

Università degli Studi della Calabria  
*Dipartimento di Scienze Giuridiche*  
Dottorato di ricerca *Impresa, Stato e Mercato*

*XXII CICLO*

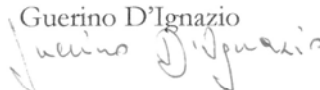
TESI DI DOTTORATO

**IL *FEDERALIZING PROCESS* TRA DINAMISMO ED  
EVOLUZIONISMO NEGLI STATI UNITI E  
NELL'UNIONE EUROPEA**


LA *COMMERCE CLAUSE* IN PROSPETTIVA COMPARATA

S.S.D. IUS/21

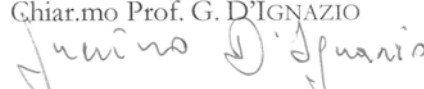
**Supervisore**

Chiar.mo Prof.  
Guerino D'Ignazio  


**Dottoranda**

Giuseppina  
Passarelli  


**Coordinatore**

Chiar.mo Prof. G. D'IGNAZIO  


---

Anno Accademico 2008 – 2009

# INDICE

<i>Introduzione</i> .....	v
---------------------------	---

## Parte I

### GENESI E SVILUPPO DEL MODELLO FEDERALE STATUNITENSE

#### *Capitolo Primo*

##### FEDERALIZING PROCESS E CONSTITUTIONAL TRENDS NEGLI STATI UNITI D'AMERICA DELLE ORIGINI

1.1 Genesi e crisi dell'originario assetto confederale.....	3
1.2 Il “ <i>Great Compromise</i> ” costituzionale del 1787 e l'introduzione della <i>Interstate Commerce Clause</i> .....	14
1.3 Dinamiche economiche e struttura del mercato negli Stati Uniti d'America del XIX secolo.....	30
1.4 I concetti di “ <i>dual federalism</i> ” e di “ <i>ethos</i> ” liberale e loro prime applicazioni pretorie.....	30
1.5 La Guerra Civile e l'avvio della transizione costituzionale verso il liberalismo maturo.....	56

#### *Capitolo Secondo*

##### RINNOVATI EQUILIBRI TRA POTERI NELLA *PROGRESSIVE ERA*

2.1 Sviluppo industriale e libertà economica negli Stati Uniti d'America della “ <i>Reconstrued Constitution</i> ”.....	64
2.2 I concetti di “ <i>liberty</i> ” e di “ <i>property</i> ” nella cornice della <i>due process of law Clause</i> ..	71
2.3 La disciplina del commercio interstatale nell'era del liberalismo maturo e l'emanazione dell' <i>Interstate Commerce Commission Act</i> .....	87
2.3.1 Prime aperture pretorie nello sviluppo della dottrina della “corrente di commercio”.....	98
2.4 Ascesa sul mercato del <i>corporate business</i> e legislazione federale <i>antitrust</i> ...	104
2.5 Aspetti della realtà giuslavoristica nella <i>Long Gilded Age</i> : il caso <i>Lochner v. New York</i> .....	120
2.5.1 Il declino del dogma del <i>laissez-faire</i> nella critica giusrealista nordamericana.....	127

#### *Capitolo Terzo*

##### METAMORFOSI COSTITUZIONALE E TRANSIZIONE FEDERALE NELLA CORNICE STATUALE NEO-LIBERALE

3.1 Il ‘Nuovo Corso’ del diritto costituzionale statunitense: l'avvento del modello democratico-sociale.....	135
3.2 La Corte Suprema ‘reinventa’ la <i>interstate commerce clause</i> : la “metamorfosi costituzionale” del 1937.....	153
3.3 Dalla “libertà dei moderni alla libertà degli antichi”: la rivoluzione della Corte di Earl Warren.....	165
3.4 L'applicazione della <i>Commerce Clause</i> nel caso <i>Five Gambling Devices</i> del 1953 e la mutata tutela delle libertà economiche.....	174
3.5 Il passaggio dal federalismo duale.....	180
3.6 ... ad un modello di federalismo cooperativo.....	190
3.6.1. La <i>preemption doctrine</i> o dottrina della prevenzione federale.....	194

## Capitolo Quarto

### DALLA *GREAT SOCIETY* AI *NEW FEDERALISMS*: LA *COMMERCE CLAUSE* NELLA CORNICE DEL MUTAMENTO SOCIO-CULTURALE STATUNITENSE

4.1 “Nuova Frontiera” della politica statunitense nei mille giorni della Presidenza di John F. Kennedy.....	206
4.2 La “ <i>Great Society</i> ” e l’approvazione del <i>Civil Rights Act</i> : l’inaspettato intreccio con l’ <i>interstate commerce clause</i> .....	211
4.2.1 I concetti di <i>New Property</i> e di <i>Welfare Rights</i> nella “Guerra alla povertà” di Lindon Johnson.....	217
4.3 La Presidenza imperiale di Richard Nixon e i primi segnali di cambiamento istituzionale.....	225
4.4 Le intersezioni tra commercio interstatale e diritto penale nel corso degli anni Settanta e la svolta negli equilibri federali nel caso <i>National League Cities v. Usery</i> .....	232
4.5 Il <i>New Federalism</i> e la <i>deregulation</i> reaganiani degli anni ’80.....	237
4.5.1 La nozione di commercio interstatale nella <i>federalism jurisprudence</i> delle Corti Burger e Renhquist.....	247
4.6 Attuali <i>trends</i> giurisprudenziali sul concetto di commercio interstatale.....	254
4.7 La nozione di <i>dormant commerce clause</i> e le sue dinamiche evolutive.....	261
4.8 Il ruolo peculiare dello <i>Uniform Commercial Code</i> .....	274

## Parte II

### IL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA NELLE DINAMICHE EVOLUTIVE DEL MERCATO INTERNO

## Capitolo Quinto

### L’EUROPA DEI “PICCOLI PASSI” NELLA CORNICE DELLE TRE COMUNITÀ

5.1 L’Europa unita: un’idea sospesa tra mito e realtà.....	283
5.2 Il ruolo della Corte di Giustizia ovvero della costituzionalizzazione in via pretoria dell’ordinamento comunitario.....	300
5.3 Il mercato comune delle merci.....	308
5.4 La nozione di unione doganale.....	314
5.4.1 Raffronto tra fonti e <i>discrimen</i> sottile: l’art. 30 e l’art. 110 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione allo specchio.....	322
5.5 La teorizzazione della sfera applicativa dell’art. 34 nella formula <i>Dassonville</i> .....	329
5.5.1 La nozione di esigenze imperative e di parallelismo funzionale nella sentenza <i>Cassis de Dijon</i> .....	337
5.6 La libera circolazione delle merci, le fattispecie derogatorie ed i loro limiti.....	346
5.7 Fisiologica dinamica degli scambi commerciali e legislazione comunitaria <i>antitrust</i> .....	353

## Capitolo Sesto

### L’UNIONE EUROPEA E LA NOZIONE DI MERCATO INTERNO: METAMORFOSI NEL SISTEMA

6.1 La “Grande Rivoluzione Tranquilla” nel Libro Bianco di Delors e l’approvazione dell’Atto Unico Europeo.....	367
6.2 L’Unione economica e monetaria nell’Europa di Maastricht degli anni Novanta.....	384
6.2.1 L’ <i>enforcement</i> delle politiche comunitarie nel Trattato di Amsterdam del 1997.....	390
6.3 La sfera applicativa dell’art. 30 del Trattato ed i casi di discriminazioni	

infranzionali di rilievo comunitario.....	392
6.4 Restrizioni quantitative alla libera circolazione delle merci e misure d'effetto equivalente nelle realtà infrastatali.....	398
6.5 I casi <i>Clinique</i> e <i>Schmidberger</i> ovvero della dottrina delle esigenze imperative e della tutela dei diritti fondamentali nell'arco di un decennio.....	401
6.6 Il caso <i>Keck&amp;Mithouard</i> e la sua progenie: una svolta pretoria nell'Europa di Maastricht.....	404
6.7 L'armonizzazione positiva delle normative nazionali nella casistica giurisprudenziale. Ambiti applicativi e limiti.....	411
6.8 Armonizzazione minima, restrizioni quantitative alle esportazioni e libero commercio intracomunitario.....	418
6.8.1 Il volto attuale del mercato unico delle merci e le sue regolamentazioni più recenti.....	421
6.9 Libertà economiche, diritti sociali e la "bandiera di convenienza".....	426

### Parte III

#### IL FEDERALIZING PROCESS TRA DINAMISMO ED EVOLUZIONISMO NEGLI STATI UNITI E NELL'UNIONE EUROPEA

##### Capitolo Secondo

##### LE ESPERIENZE STATUNITENSE ED EUROPEA TRA DINAMISMO ED ORIGINALITÀ

7.1 Ragioni e metodi della comparazione.....	435
7.2 Stati Uniti d'America ed Unione Europea: peculiarità di due modelli <i>sui generis</i> nella cornice del mercato unico.....	442
7.3 L'integrazione negativa e il dilemma liberale, negli Stati Uniti .....	450
7.4 ... e nelle Comunità Europee.....	455
7.5 Dinamiche evolutive e consolidamento del mercato unico negli Stati Uniti e nell'Unione Europa.....	461
7.5.1 Analogie e differenze nel raffronto casistico delle due esperienze.....	470
7.6 Il camaleonte, la crisalide e i loro destini: riflessioni conclusive.....	476

<i>Bibliografia</i> .....	I
---------------------------	---

## INTRODUZIONE

La *ratio* di questa tesi risiede nel tentativo di porre allo specchio secondo una prospettiva di analisi comparata, gli Stati Uniti d'America e l'Unione Europea, considerati dei sistemi dinamici inseriti in un processo di trasformazione di notevole intensità che non conosce battute d'arresto.

La scelta dei formanti, inscritta nella cornice di una macro-comparazione, potrebbe far pensare al raffronto tra “cristalli o forme solidificate con liquidi” (G.Gorla), ma in verità la formula utilizzata si è dimostrata solo in parte un utile termine di confronto.

Si è reso necessario rinvenire un filo d'Arianna che consentisse la comparazione tra i due modelli al fine di non rendere la trattazione magmatica e priva di coerenza intra-sistemica.

Per tale motivo, i percorsi di costruzione e di consolidamento dei mercati unici seguiti in ambedue i sistemi hanno costituito un valido strumento sul quale adagiare i *trends* evolutivi dei due processi, (federativo statunitense e di integrazione europea) al fine di comprendere i cambiamenti di ordine giuridico e politico che vi si sono ineludibilmente intrecciati

In siffatta cornice hanno costituito strumenti di indagine privilegiati la *commerce clause* della Costituzione degli Stati Uniti e le disposizioni del Trattato di Roma sulla libera circolazione delle merci, considerate parte integrante della *European Economic Constitution* (M.P.Maduro, 1998). In virtù della cangiante interpretazione ed applicazione elaborata dalla sede giudiziaria e da quella politica, sono stati cadenzati i ritmi di consolidamento dei mercati unici cui si sono ancorate, in modo ancillare, le stagioni del costituzionalismo in ambedue le esperienze.

La notevole estensione spazio-temporale di una indagine che si presenta sin dall'origine diacronica ha reso opportuno suddividere la trattazione in tre parti distinte, che si pongono l'una nei confronti dell'altra a mo' di tesi, di antitesi e di sintesi.

La prima parte analizza il percorso di realizzazione di un mercato unico nazionale negli Stati Uniti in virtù della difforme interpretazione che il Congresso e la Corte Suprema hanno fornito della *commerce clause*, anche nella sua accezione *dormant*, intesa quale divieto gravante sugli Stati di non recare ostacolo o intralcio al libero svolgimento degli scambi interstatali. È stato, così, possibile ricostruire le origini del compromesso costituzionale del 1787 e analizzare l'affermarsi, il maturare e il dissolversi del paradigma liberale tra Ottocento e Novecento, in ragione di una graduale estensione della sfera applicativa della *commerce clause*. Essa è divenuta il parametro mobile entro il quale non solo si è realizzato e consolidato il mercato unico nazionale, ma attraverso il quale è stato garantito il libero dispiegarsi delle principali libertà economiche. Si è consacrato, così, il

valore della libertà di mercato e di concorrenza in seno al mercato, al riparo delle ristrette oligarchie del *corporate business*.

Siffatti valori liberali non sono mai venuti meno, ma nel corso del *New Deal* hanno subito l'intervento correttivo del *Federal Government* che ne ha plasmato il contenuto e le modalità di esercizio, associandovi la necessaria tutela dei diritti sociali. Di conseguenza, la *commerce clause* è divenuta una clausola ad ampio spettro nomologico, utilizzata per disciplinare ogni minimo aspetto della realtà economica e sociale (settore agricolo, industriale, manifatturiero, minerario e giuslavoristico), anche se solo indirettamente correlato al commercio interstatale, talvolta, 'forzandone' la previsione letterale.

Il mutato indirizzo pretorio, elaborato dalla Corte Suprema negli anni Trenta e Quaranta del secolo scorso, ha dischiuso un universo valoriale, sottostante alla clausola sul commercio interstatale, che lo ha reso strumento di straordinaria efficacia nel rafforzamento delle fondamenta del mercato unico nazionale. Esso si è munito di una dimensione plurale del tutto innovata che ha camminato di pari passo con un *federalizing process*, il cui *trend* era divenuto *centralizing* ed in cui un ruolo cardine fu svolto dalla Presidenza e non dal Congresso, discostandosi dalla formulazione testuale della clausola che ascrive a quest'ultimo il compito di regolare il commercio tra Stati. Nel suggestivo intreccio creatosi tra percorso di realizzazione di un mercato unico integrato e avvento di un *centralizing trend* nel processo federale, si insinua la nuova stagione liberal-democratica del costituzionalismo statunitense e l'affermazione di un modello neo-liberale di conduzione dei rapporti socio-economici che segnerà il definitivo tramonto del federalismo duale a favore di un modello di federalismo cooperativo.

Il mercato non è concepito solo come il luogo di incontro della domanda e dell'offerta ed entro il quale si dispiega la libera iniziativa del singolo o del *big business* al riparo dai controlli pubblici eccessivi, ma è il luogo in cui la libertà di contratto del datore di lavoro incontra il diritto ad un salario minimo del lavoratore, in cui il *surplus* della produzione agricola richiede correttivi, in cui il fallimento delle grandi imprese lascia privi di lavoro migliaia di individui e quello delle banche paralizza il circuito del mercato creditizio e annienta i risparmi di numerose famiglie.

L'analisi giunge sino ai nostri giorni e iscrive la *commerce clause* nella cornice del mutamento socio-culturale statunitense. La clausola diviene, così, parametro che nel 1964 consentirà la validazione del *Civil Rights Act* sul riconoscimento dei diritti civili a favore degli afro-americani, eliminando quelle odiose forme di discriminazione razziale nei luoghi pubblici o aperti al pubblico che ostacolavano la libera circolazione delle persone nel circuito di mercato interstatale.

È accaduto che una clausola di apparente ristrettezza applicativa sia divenuta strumento di modulazione dei rapporti tra *Federal Government* e singoli Stati attratti, oggi, nella parabola del

*New Federalism* che ha ricondotto l'azione federale nel perimetro degli *enumerated powers* ed ha restituito vigore al X emendamento ed al ruolo degli Stati. I *trends* più recenti confermano che gli Stati Uniti sono, oramai, un sistema federale non centralizzato, in cui una pluralità di centri decisionali si muove nelle trame di un mercato compiutamente integrato secondo logiche di complementarietà funzionale ed innanzi alla difficile sfida lanciata da una sfera economica globale. In modo analogo risulta strutturata la seconda parte del lavoro che concerne il processo di integrazione europea, il cui *iter* evolutivo è, in tale sede, analizzato nel suo stretto intreccio con il percorso di costruzione e di consolidamento di un mercato unico.

La scelta delle disposizioni del Trattato di Roma non è casuale, poiché nella loro formulazione negativa, difforme da quella affermativa/attributiva di una competenza propria della *commerce clause*, si sono poste le fondamenta per la costruzione di un mercato comune, eliminando ogni misura discriminatoria o protezionistica che ostacolava la libertà degli scambi intracomunitari. Risulta evidente l'accostabilità degli attuali artt. 28, 30, 34 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (già artt. 23, 25 e 28 del Trattato CE) alla *dormant commerce clause* che fa divieto agli Stati di ostacolare il commercio interstatale. La costruzione di un mercato comune delle merci risultava essere, del resto, la strada più facilmente percorribile a seguito del fallimento della Comunità Europea di Difesa e dei propositi di creazione di una Comunità di tipo politico. Nell'opzione funzionalista e nel metodo di Jean Monnet si sintetizza l'originalità del processo di integrazione europea e del percorso congiunto di costruzione del mercato comune. Il compromesso raggiunto a Roma nel 1957 dai *conditores* comunitari, rifletteva il tentativo di creare un'area in cui fosse garantita la libertà degli scambi intracomunitari al fine di operare un graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri e di contribuire allo sviluppo armonioso delle attività economiche nella Comunità.

Anche per l'esperienza europea si può ricorrere all'utilizzo metaforico delle generazioni nel percorso di realizzazione del mercato unico che hanno cadenzato gli *steps* del processo di integrazione, incardinato originariamente nel compromesso dell'*embedded liberalism*, in cui il proposito comunitario di liberalizzazione degli scambi si doveva confrontare con consolidati regimi di *welfare state* nazionali, custodi gelosi della gestione delle politiche macroeconomiche interne. A tal fine, si è dimostrata originale e utile la primigenia integrazione negativa dei mercati nazionali e delle attività economiche dei singoli Stati membri attraverso l'eliminazione di ogni ostacolo alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi e la garanzia di un sistema concorrenziale non distorto. In un certo senso, sino alla fine degli anni Settanta, l'equilibrio originario tra mercato comune, sottoposto al controllo della Comunità, e responsabilità degli Stati nella conduzione delle politiche economiche, si è gradualmente modulato e modificato grazie al

sapiente contributo della Commissione e alla straordinaria giurisprudenza creativa della Corte di Giustizia. Basti rammentare le formule principiologiche *Dassonville*, *Cassis de Dijon*.

L'iniziativa della Commissione si dimostrerà fondamentale nella seconda metà degli anni Ottanta, in cui il Libro Bianco di Delors, la Nuova Strategia dell'Armonizzazione e l'Atto Unico Europeo sul mercato interno, prepareranno l'avvento dell'Europa di Maastricht. La stagione normativa inaugurerà la seconda generazione del mercato unico, quella dell'integrazione positiva in cui sarà dato un forte *imprimatur* alla definitiva eliminazione degli ostacoli fisici, tecnici e fiscali agli scambi intracomunitari e all'armonizzazione della fiscalità indiretta necessaria per elidere i rischi di distorsione della concorrenza. La definitiva realizzazione del mercato poggerà sull'art. 95 del Trattato di Roma, modificato dal Trattato di Amsterdam, (oggi art. 115 TFUE) che consentirà un graduale ravvicinamento delle discipline legislative, regolamentari ed amministrative dei singoli Stati membri. L'applicazione del criterio del mutuo riconoscimento nei settori non ancora armonizzati, la possibilità di invocare una clausola di salvaguardia in deroga al regime di armonizzazione comunitaria e il ricorso allo strumento della direttiva, rappresentano degli espedienti ricercati per garantire il mantenimento di un equilibrio tra *centralizing* e *decentralizing trends*.

L'introduzione, in virtù dell'Atto Unico, del principio di sussidiarietà, suggellato poi dal Trattato sull'Unione Europea, e la previsione, in taluni casi, della regola decisionale della maggioranza qualificata, hanno costituito un passaggio importante, mentre il Trattato di Maastricht, nell'espungere l'aggettivo 'economica' alla Comunità Europea, ha costituito un punto di non ritorno nel consolidamento del mercato unico. Su di esso si sono adagiati: uno sviluppo armonioso delle attività economiche, una unione economica e monetaria, una coesione economica e sociale e una cittadinanza europea. In tal modo, il mercato è divenuto un quadro giuridico complessivo in cui si dispiegano non solo le libertà economiche degli scambi e di concorrenza, ma in cui si agitano le rivendicazioni e i diritti dei lavoratori, delle donne, dei giovani, i problemi delle aree depresse e della coesistenza di differenti culture, costituenti patrimonio ineludibile dei popoli europei e delle moderne democrazie.

In virtù delle esposizioni condotte nella prima e nella seconda parte, è stato possibile redigere la parte finale che costituisce un momento di sintesi, il quale ha posto allo specchio gli Stati Uniti e l'Unione Europea, ricercandone gli elementi di analogia e di diversità.

In ambedue le esperienze raffrontate vi è un elemento di analogia rappresentato dal sostantivo 'processo' che lascia presagire un percorso dinamico di evoluzione giuridica, economica, politica e culturale. Si tratta di un movimento fluido scandito da *trends and steps* che ne cadenzano il ritmico evolversi in modo parallelo ai percorsi di realizzazione dei mercati unici che diventeranno i luoghi



di ‘scambi’, sempre più complessi, e di sintesi di contrapposte esigenze, sempre più difficili da armonizzare. Un simile assunto ha determinato l’erosione del paradigma liberale in ambedue le esperienze, seppur in modo diverso. Non solo, l’analisi dei due sistemi ha dimostrato come lo scorrere del tempo, l’evoluzione dei rapporti socio-economici ed i mutamenti culturali hanno cambiato il volto e la dimensione dell’*homo oeconomicus* e, dischiuso alle sue spalle, un universo animato da individui titolari di diritti e libertà di straordinario rilievo giuridico.

Le realtà fenomeniche analizzate alla fine si presenteranno differenti, peculiari e del tutto originali. L’originalità è conseguenza della dinamica evoluzione dei due processi, indotti a sperimentare soluzioni sempre nuove per mantenere in vita l’Unione.

Gli Stati Uniti navigano oramai tra i flutti di un *federalizing process* che plasma in modo flessibile e mobile gli equilibri tra differenti poteri nel seno di un “*noncentralized system*” (di elazariana intuizione) e di un mercato ben integrato, in virtù di una cangiante interpretazione costituzionale fornita dalla Corte Suprema.

L’Unione Europea prosegue nel suo processo di integrazione e di consolidamento del mercato unico, differenziandosi dalle esperienze e dai modelli confederali e federali in auge negli altri sistemi giuridici. Le battute d’arresto che l’edificio europeo sta incontrando sul suo cammino non freneranno il processo di integrazione il quale, nella ratifica del Trattato di Lisbona, ha rinvenuto un ulteriore *step* evolutivo. Il mercato unico costituisce, in tal senso, la metafora sulla quale si dispiegano i due processi e si misurano gli equilibri tra poteri, in ambedue i casi costruiti sul modello del *network* e non della piramide.

Ciò ha condotto anche ad un ripensamento del concetto di Stato e di sovranità, rimodellati dalle dinamiche evolutive dei due processi. Inoltre, nei percorsi di costruzione dei mercati unici, si può considerare avverata l’intuizione di Polanyi, secondo il quale l’avvento del libero mercato e di un regime liberalizzato di scambi commerciali, ha camminato di pari passo con l’introduzione di maggiori regole, controlli ed interventi destinati a garantirne la necessaria e rinnovata base pluralistica che sarà ripresa nell’analisi di Irti sull’ordine giuridico del mercato. Nonostante tutto, gli Stati Uniti rimangono uno Stato federale in base al disegno costituzionale del 1787 e dei suoi successivi emendamenti, interpretato secondo il mutevole evolversi dei tempi e delle generazioni, l’Unione Europea, invece, conserva i tratti di una Unione sovranazionale di Stati, con “alcune tracce federali” che rende l’Europa più un *tertium genus* che non una nuova *species* nell’universo dei *federalizing processes*.

## **PARTE I**

### **GENESI E SVILUPPO DEL MODELLO FEDERALE STATUNITENSE**

## **CAPITOLO I**

### ***FEDERALIZING PROCESS E CONSTITUTIONAL TRENDS* NEGLI STATI UNITI D'AMERICA DELLE ORIGINI**

## CAPITOLO I

### FEDERALIZING PROCESS E CONSTITUTIONAL TRENDS NEGLI STATI UNITI D'AMERICA DELLE ORIGINI

SOMMARIO: 1. Genesi e crisi dell'originario assetto confederale; - 1.2. Il “*Great Compromise*” costituzionale del 1787 e l'introduzione della *Interstate Commerce Clause*; 1.3. Dinamiche economiche e struttura del mercato negli Stati Uniti d'America del XIX secolo; 1.4 I concetti di “*dual federalism*” e di *ethos* liberale e loro prime applicazioni pretorie; 1.5 La Guerra Civile e l'avvio della transizione costituzionale verso il liberalismo maturo.

#### *1. Genesi e crisi dell'originario assetto confederale*

Quando nel corso di eventi umani, sorge la necessità che un popolo sciolga i legami politici che lo hanno stretto ad un altro popolo ed assuma tra le potenze della terra lo stato di potenza separata ed uguale a cui le Leggi della Natura e del Dio della Natura gli danno diritto, un conveniente riguardo alle opinioni dell'umanità richiede che quel popolo dichiari le ragioni per cui è costretto alla secessione. Noi riteniamo che sono per se stesse evidenti queste verità: che tutti gli uomini sono creati eguali; che essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e la ricerca della Felicità; che per garantire questi diritti sono istituiti tra gli uomini governi che derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati; che ogni qualvolta una qualsiasi forma di governo tende a negare questi fini, il popolo ha diritto di mutarla o abolirla e di istituire un nuovo governo fondato su tali principi e di organizzarne i poteri nella forma che sembri al popolo meglio atta a procurare la sua Sicurezza e la sua Felicità ... quando una lunga serie di abusi e di malversazioni, ... rivela il disegno di ridurre gli uomini all'assolutismo, allora è loro diritto, è loro dovere rovesciare un siffatto governo e provvedere nuove garanzie alla loro sicurezza per l'avvenire.

(*Dichiarazione d'Indipendenza delle Tredici Colonie, 4 luglio 1776*)

La Unanime Dichiarazione d'Indipendenza del 4 luglio 1776 da parte delle Tredici Colonie non costituì solo il ripudio dell'autorità della Corona britannica e delle violazioni che la medesima aveva perpetrato a scapito del diritto positivo imperiale; incarnò, piuttosto, l'esaltazione dei principi dell'illuminismo e del giusnaturalismo volti alla protezione di talune libertà fondamentali<sup>1</sup>. In virtù

---

<sup>1</sup> Tra gli illustri redattori del Documento figurano Thomas Jefferson, John Adams e Benjamin Franklin. Il testo della Dichiarazione è suddivisibile in tre parti contenenti: una enucleazione di principi relativi ai diritti dell'uomo e alla legittimità della rivoluzione; un elenco circostanziato di accuse rivolte al re Giorgio III ed una dichiarazione formale di indipendenza. Alcuni degli eventi causativi della Rivoluzione americana e delle sanguinose battaglie di Lexington e di Concord furono lo *Sugar Act* che imponeva alle Colonie alti dazi sui prodotti importati dalla Madre Patria quali lo zucchero, il caffè, il vino e la melassa, lo *Stamp Act* che imponeva tasse sui documenti ufficiali e sui giornali, i *Townshends Acts* che stabilivano la tassa sul tè ed i *Coercive Acts* che prevedevano la chiusura del porto di Boston, portando al collasso l'economia del Massachusetts. Si trattava di provvedimenti che non solo limitavano profondamente la libertà commerciale delle Colonie, ma allo stesso tempo ne condizionavano l'autonomia, ostacolandone le principali attività economiche. Sul punto, di rilievo, i contributi di T.H. BREEN, *The Marketplace of Revolution: How Consumer*

di essa si affermò un ordine sociale completamente nuovo in cui i privilegi in base al censo ebbero modo di recedere innanzi al valore dell'eguaglianza di tutti gli uomini. In essa presero forma e vennero rivendicati diritti inalienabili dell'individuo quali il *writ of habeas corpus* o il consenso dei governati alla tassazione o il diritto ad una giuria di pari in sede processuale, appartenenti alla tradizione storica della *common law* e, allo stesso tempo, sussunti nei principi della ragione universale.

All'ideale liberale proteso alla garanzia dei diritti e delle libertà individuali si coniugò il valore della democrazia che impresse nel popolo il diritto di rivedere quelle forme di governo lesive della volontà e delle prerogative inalienabili dei governati<sup>2</sup>. Nel novero dei diritti spiccavano la libertà e la proprietà considerati presupposti di una piena realizzazione ed espressione delle potenzialità individuali<sup>3</sup>.

La Guerra d'Indipendenza non costituì solo la formale rescissione del vincolo di sudditanza che legava le Colonie alla Gran Bretagna<sup>4</sup>. Le reali ragioni che indussero al conflitto armato non furono costituite da una semplice volontà di emancipazione quanto dalla rivendicazione di una rappresentanza politica nel Parlamento britannico, aduso ad esigere l'adempimento dei doveri da parte dei territori coloniali, ma non a riconoscerne, in modo speculare, i diritti. Il Paese si frammentò tra sudditi "lealisti", fedeli alla Corona, in contrasto con i ribelli, individui animati da uno spirito di spiccata libertà e di indipendenza che costrinsero i primi ad emigrare nel vicino Canada, confiscando loro i terreni. Ciò fece sì che la società americana sviluppasse, sin dalle sue origini, profondi sentimenti di eguaglianza e di affezione ai valori liberali e democratici<sup>5</sup>.

---

*Politics Shaped American Independence*, New York, 2005, pp. 22 e ss.; J. MERRILL, *The Founding of a Nation. A History of the American Revolution, 1763-1776*, New York, 1968, pp. 10 e ss.; J.C. MILLER, *Origins of the American Revolution*, Stanford, 1959, p. 255, J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs and Tragedies at the Founding of the Republic*, New York, 2007, pp. 23-24 e M.A. JONES, *Storia degli Stati Uniti d'America. Dalle prime Colonie inglesi ai nostri giorni*, Milano, 2007, pp. 46 e ss. Come rileva Malandrino, nella Dichiarazione d'Indipendenza confluirono la tradizione protestante, quella giusnaturalista e quella contrattualista esaltanti i valori del diritto naturale alla vita, alla libertà e alla felicità e ossequiosi della sovranità del popolo, dei principi di eguaglianza e di rescissione del patto raggiunto, in caso di tirannide. C. MALANDRINO, *Federalismo. Storia, idee, modelli*, Roma, 1998, p. 39.

<sup>2</sup> La Dichiarazione d'Indipendenza del 1776 stilò, pertanto, un catalogo di verità auto-evidenti secondo cui i Governi sono istituiti tra gli uomini e derivano il loro potere dal consenso dei governati, seppure parte della dottrina ne sottolinei la natura imperfetta, dovuta alla mancata sottoposizione del documento alla ratifica popolare. Sul punto, A.R. AMAR, *America's Constitution. A Biography*, New York, 2005, pp. 8-9.

<sup>3</sup> In particolare, occorre raffrontare il contenuto della Dichiarazione d'Indipendenza con la Sezione I della Dichiarazione dei diritti della Virginia del 12 giugno 1776 secondo cui: "*Tutti gli uomini sono per natura egualmente liberi ed indipendenti, ed hanno alcuni diritti innati dei quali non possono, entrando nello stato di società, privare o spogliare per convenzione la loro posterità; vale a dire il godimento della vita e della libertà mediante l'acquisto ed il possesso della proprietà ed il perseguire e ottenere felicità e sicurezza*". Sul punto, A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1984, p. 14 il quale rileva che i concetti di *property* e di *liberty* costituiscono il presupposto giusnaturalistico della *Confederacy*, ossia le premesse inadidicabili per la stipula del contratto sociale tra gli individui secondo la logica lockiana.

<sup>4</sup> Il riconoscimento definitivo dell'indipendenza dei territori un tempo coloniali, da parte della Gran Bretagna, avvenne solo con il Trattato di pace di Parigi del 1783.

<sup>5</sup> A riguardo, suggestiva è la descrizione fatta da Alexis de Tocqueville che evidenziò il carattere "*eminamente democratico dello stato sociale degli americani* ... [e la] *grandissima eguaglianza* [che] *regnava fra gli emigranti che*

Dismesse le anguste vesti coloniali, i nuovi Stati in breve tempo si munirono di Costituzioni scritte, particolarmente rigide, approvate da assemblee popolari che sostituirono le pregresse *Charters* coloniali, frutto di una graziosa concessione o sanzione regia e non della deliberazione di un popolo sovrano, pur condividendone con le prime l'intento di limitare ed indirizzare l'attività delle assemblee legislative e delle corti locali<sup>6</sup>.

Siffatte Costituzioni esordivano con una articolata elencazione di diritti fondamentali, basti pensare alla Costituzione dello Stato della Virginia contenente una vera e propria dichiarazione di principi inneggianti ai valori della democrazia e dello stato di diritto<sup>7</sup>.

Molte Costituzioni statali si dichiararono fedeli al principio di separazione dei poteri nella forma tripartita del ramo legislativo, esecutivo e giudiziario, ognuno in veste di controllore e di argine dei possibili straripamenti dell'altro.

---

*vennero a stabilirsi sulle coste della Nuova Inghilterra. In questa parte dell'Unione non fu mai depresso il germe della aristocrazia".* A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Libro I, Capitolo III, ed. it., Milano, 1999, p. 57. L'assenza del germe dell'aristocrazia è, del resto, confermata da quella parte della dottrina che ritiene la società americana priva, sin dall'inizio, di ceti o classi privilegiate da proteggere. Non occorre fare *tabula rasa* del passato, dovendosi solo sperimentare *ex nihilo* soluzioni istituzionali nuove e del tutto originali. In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Vol. I, Torino, 1998, p. 23. La profonda originalità del contesto ordinamentale americano è agevolmente stigmatizzabile nella definizione che ne diede il filosofo romantico Ralph Waldo Emerson, uno degli interpreti più autentici dello spirito che pervadeva il Nuovo Continente, che definì gli americani un "popolo giovane d'un Paese senza passato". Il riferimento è contenuto nell'opera di A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia ... cit.*, pp. 14-15

<sup>6</sup> Le origini delle Colonie furono, piuttosto, diverse. La Colonia del Massachusetts era sorta per effetto della emigrazione di dissidenti religiosi, i *Pilgrim Fathers*; la Virginia era nata per iniziativa diretta della Corona, la Pennsylvania e il Maryland sorsero in virtù della concessione dei territori, da parte della Corona, a favore di un proprietario. L'apparato dei pubblici poteri contava sulla presenza di un Governatore, nominato dalla Corona inglese, di un'Assemblea legislativa elettiva, e di Corti di Giustizia tenute a verificare la legittimità statutaria delle leggi locali e le cui decisioni erano impugnabili innanzi al *Privy Council* di Londra, anticipando, in modo embrionale, l'attività di *judicial review*. Sul punto, si rimanda all'opera di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, pp. 18-19. Degno di nota è l'influsso che le tradizioni e le costumanze di cui i Padri Pellegrini erano custodi ebbe sullo sviluppo della cultura americana. Come rileva, A.G. Zorzi Giustiniani, secondo Max Weber, la morale protestante nella sua accezione calvinista e puritana incise profondamente "sulla formazione dello spirito capitalistico ovvero sulle sue connotazioni etiche. Il rilievo particolare dato alla libera iniziativa economica, al commercio e alle libere professioni, che assurgono a simbolo dell'impegno attivo e costruttivo del cristiano nel mondo, nonché del successo terreno ... [che costituisce] il segno premonitore ed il viatico della felicità eterna ... [e] può ben considerarsi una sollecitazione in grado di generare e moltiplicare le iniziative e le intraprese economiche". A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia ... cit.*, p. 12. Malandrino sostiene che alle origini del federalismo nordamericano vi sia la commistione di due elementi, costituiti dalla teologia federale puritana del *covenant* (patto) e la tendenza a consolidare tale ispirazione in documenti scritti. C. MALANDRINO, *Federalismo. Storia, idee, modelli*, Roma, 1998, p. 39.

<sup>7</sup> Basti rammentare il principio della sovranità popolare, dell'avvicendamento alle cariche pubbliche, la libertà delle elezioni, l'enumerazione delle libertà fondamentali, la previsione di pene detentive e di trattamenti sanzionatori moderati, di una milizia volontaria e non di un esercito regolare e permanente, di giudizi in tempi ragionevoli e condotti *secundum legem* e con una giuria regolare, il riconoscimento della libertà di stampa, di coscienza e di religione, la proibizione di mandati di perquisizione per motivi generici e il diritto della maggioranza di riformare la forma di governo. Altri Stati ampliarono questo elenco, includendovi la libertà di parola, di riunione, di petizione, di porto d'armi, il diritto di *habeas corpus*, l'inviolabilità del domicilio privato e la previsione di norme processuali civili e penali applicabili, in modo eguale, nei confronti di ciascun individuo. Non è mancato chi, in dottrina, abbia definito le Costituzioni dei nuovi Stati sovrani un "ponte di passaggio, fra il diritto costituzionale inglese, ancora affidato alle fonti consuetudinarie, e i documenti costituzionali dei vari Stati continentali in Europa". Sul punto, A. REPOSO, "Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo: Appunti di un comparatista", in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N. 8, 2004, p. 391.

Si formarono così degli Stati sovrani retti da un Governatore, scelto di norma dalle Assemblee legislative e titolare di un mandato a termine. La funzione legislativa era affidata ad Assemblee elettive aventi una struttura monocamerale, mentre il potere giudiziario faceva capo a corti locali cui si affiancava un organo supremo, sovente collegato con i poteri politici. L'originaria suddivisione dei poteri nei singoli Stati pendeva a favore del ramo legislativo che, per quanto fosse rappresentativo degli interessi della comunità, controllava e penetrava negli interstizi del potere esecutivo e di quello giudiziario, condizionandone le scelte e cagionando importanti effetti per il futuro.

L'adesione al principio illuministico di separazione dei poteri costituiva un valido strumento per elidere *in nuce* il pericolo della formazione di una tirannide politica. Fu John Adams, in una celebre opera dal titolo *Thoughts on Government* pubblicata sul *Pennsylvania Packet* il 22 aprile 1776, a delineare un progetto costituzionale in cui i tre rami del governo, in senso lato, fossero separati gli uni dagli altri e poggiassero su di un organo giudiziario indipendente e su di un corpo legislativo a base bicamerale. Le riflessioni di Adams si collocarono oltre le soluzioni istituzionali sperimentate nelle *ex* Colonie e costituirono un profetico nucleo di principi, una finestra sul 1787 e sulla futura struttura del *National Government*<sup>8</sup>.

Chiusosi il periodo dello scontro armato con la Madrepatria, si pose il problema della conquista dei territori dell'Ovest al di là dei monti Appalachi e dei rapporti con le tribù indiane che suscitò aspri contrasti tra i singoli Stati. In particolare, il Maryland presentò una mozione secondo cui i territori occidentali avrebbero dovuto essere considerati una proprietà comune da frazionare ad opera del Congresso in Stati liberi ed indipendenti, dotati di governi propri. La proposta non riscosse molto successo, ad eccezione dello Stato di New York che nel 1780 rinunciò ad ogni pretesa su quei territori a favore degli Stati Uniti d'America. Divenne ben presto volontà condivisa ascrivere al Congresso il possesso dei territori al di sopra del fiume Ohio e ad Ovest degli Allegheny, rivelando lo sviluppo di un embrionale spirito unitario<sup>9</sup>. La prassi di riunirsi nel luogo in cui fu dichiarata l'Indipendenza per risolvere problemi comuni era stata, del resto, già sperimentata anche nell'epoca

---

<sup>8</sup> In particolare, J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs and Tragedies at the Founding of the Republic*, New York, 2007, pp. 46 e ss.

<sup>9</sup> Lo spirito unitario si era, del resto, già palesato nel noto *Albany Plan* proposto da Benjamin Franklin al Congresso di Albany il 10 luglio 1754 e respinto dalle assemblee coloniali. Scopo del documento era quello di dare vita ad una unione delle colonie inglesi suggellata dalla sottoposizione ad un governo accentrato per poter fronteggiare il conflitto con i francesi e gli indiani. Vi aderirono le colonie del Maryland, della Pennsylvania, di New York, del Connecticut, del Rhode Island, del Massachusetts e del New Hampshire. Sulla rivista *Pennsylvania Gazette*, Franklin esaltò l'importanza dell'unione coloniale, ricorrendo alla immagine allegorica del corpo di un serpente suddiviso in più parti (ognuna riportante il nome di una Colonia), cui ineriva lo slogan: "*Join or Die*". Il piano di Franklin prevedeva l'istituzione di un *Grand Council* eletto da assemblee coloniali. Si trattava di un importante prodromo normativo, privo di valore giuridico, del successivo assetto confederale, pur essendo una unione di colonie e non di Stati, suggellata da un documento che non istituiva obblighi in capo alle Colonie in merito al trattamento da riservare ai cittadini di altri territori. Sul punto, A.R. AMAR, *America's Constitution.. cit.*, pp. 250-251.

coloniale. Alla presenza di un organo di raccordo interistituzionale quale il Congresso si affiancò ben presto la necessità di stabilire una Unione più stabile e duratura formalizzata negli Articoli di Confederazione ed Eterna Unione, ratificati nel 1782<sup>10</sup>.

Si trattò di una primigenia soluzione costituzionale che dette vita agli Stati Uniti d'Americae si ispirò, in parte, al modello cantonale elvetico ed a quello in auge nei Paesi Bassi<sup>11</sup>. Del resto, già durante il periodo rivoluzionario, numerosi erano stati i richiami alle teorie del giurista svizzero Emmerich de Vattel che nell'opera *Law of Nations* del 1760 riconobbe il diritto di ciascuno Stato indipendente e sovrano di unirsi con altri Stati in una *perpetual confederacy*, senza per questo smarrire la propria originaria identità<sup>12</sup>.

Gli Articoli riconoscevano la piena sovranità, libertà ed indipendenza degli Stati confederati cui erano riservati ampi poteri e diritti, fatta eccezione per quelli concessi espressamente all'Autorità Centrale. Il modello confederale si presentava come una lega di soggetti sovrani costituita al fine di garantire una comune difesa, la protezione delle rispettive sfere di attribuzioni ed il generale benessere, assicurando la libertà di movimento delle persone anche oltre i confini dei singoli Stati<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Tra gli Stati firmatari figurano, il New Hampshire, il Massachusetts-bay, il Rhode Island e le Providence Plantations, il Connecticut, lo Stato di New York, il New Jersey, la Pennsylvania, il Delaware, il Maryland, la Virginia, la North Carolina, la South Carolina e la Georgia.

<sup>11</sup> Sul punto si espresse criticamente, alcuni anni dopo, Alexander Hamilton, nel *Paper* n. 19 del *Federalist*, sottolineando come il legame esistente tra i singoli cantoni svizzeri non fosse assimilabile ad una federazione, sebbene fosse munito di una certa stabilità, stante l'assenza di un erario comune, di un esercito comune, di una comune moneta, di una amministrazione della giustizia comune o di un altro elemento comune di sovranità. L'essenza della confederazione risiedeva nella peculiare posizione topografica e geografica e nella sua attitudine a mitigare "la debolezza e l'insignificanza" dei singoli cantoni. Hamilton evidenziò, in modo acuto, come l'efficienza del modello cantonale sul piano degli atti di ordinaria amministrazione si fosse, poi, scontrata con l'incapacità di fornire una risposta comune nell'ambito delle controversie di natura religiosa, dando vita a separate alleanze. In merito al modello in uso nei Paesi Bassi, Hamilton nel *Paper* n. 20 del *Federalist*, sottolineò che nonostante il novero di competenze degli Stati Generali, anche nel riscuotere dazi sulle importazioni e sulle esportazioni, "una sovranità su altre sovranità, un governo su altri governi, una legislazione che si esplica sugli Stati, distinta da una legislazione nei confronti degli individui [sostituiscono] la violenza alla legge, e la coercizione ... della spada alla ... coercizione della magistratura". In particolare, A. Hamilton, "The Federalist, Papers n. 19-20", in *Il Federalista* (a cura di G. Sacerdoti Mariani), Torino, 1997, pp. 126-127 e pp. 128-131.

<sup>12</sup> Sul punto, Amar rileva che la allocazione della sovranità nel periodo antecedente il 1787 si ancorava alla concezione secondo cui ogni Stato sovrano in ossequio ai principi di diritto tradizionali fosse libero di aderire a trattati multilaterali, leghe, federazioni o confederazioni senza per questo rinunciare alla propria *ultimate sovereignty*. A.R. AMAR, *America's Constitution.. cit.*, p. 27. Una simile impostazione di pensiero si rifletteva sulla natura stessa del Congresso confederale che venne definito dal giudice Marshall nel caso *Gibbons v. Ogden* 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 187, (1824), *leading case* sulla *interstate commerce clause*, risalente al 1824, non una Camera di rappresentanti bensì di semplici ambasciatori.

<sup>13</sup> Ne era derivato un quadro istituzionale in cui gli Stati ritenevano la propria sovranità, diventandone custodi gelosi. L'articolo II degli Articoli di Confederazione sanciva, infatti, che: "Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every Power, Jurisdiction and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled". Il successivo articolo III statuiva che: "The said states hereby severally enter into a firm league of friendship with each other, for their common defence, the security of their Liberties, and their mutual and general welfare, binding themselves to assist each other, against all force offered to, or attacks made upon them, or any of them, on account of religion, sovereignty, trade, or any other pretence whatever". Il testo integrale degli Articoli di Confederazione ed Eterna Unione, con i relativi commenti a margine, è consultabile sul sito [www.avalon.law.yale.edu/18th\\_century/artconf.asp](http://www.avalon.law.yale.edu/18th_century/artconf.asp). Come ha rilevato la dottrina, l'utilizzo dei termini "confederacy", "confederation" e "league" possiedono la medesima valenza semantica atta a conferire ai nascenti Stati Uniti d'America la natura di alleanza fondata su di un trattato multilaterale tra Stati-nazione sovrani. A sostegno di tale interpretazione si collocano i testi della Costituzione del Massachusetts del 1780 secondo cui: "The people of this commonwealth have



L'Autorità centrale disponeva di una limitata *jurisdiction*, riflessa nella sua struttura monocamerale, rappresentativa degli interessi dei tredici Stati che disponevano equamente di un voto ciascuno e le cui deliberazioni risultavano valide purché avessero conseguito il voto favorevole di almeno nove Stati su tredici<sup>14</sup>.

Il Congresso aveva un potere di intervento minimo, concentrato nelle materia della politica estera e della difesa, finanziate attraverso un sistema di tributi erogati in base all'estensione del territorio dei singoli Stati, mentre sul piano della politica interna l'azione diretta dell'autorità centrale risultava quasi assente. Infatti, nell'ambito degli affari interni, si delineavano solo obblighi negativi in capo alle entità confederate tra i quali il divieto di interferire od ostacolare i traffici interstatali e l'obbligo di non discriminare tra cittadini di Stati diversi<sup>15</sup>. Ma la forza deterrente di tali prescrizioni normative era mitigata fortemente dall'incapacità del Congresso confederale di sanzionarne l'inottemperanza da parte dei singoli Stati. Ne derivava un quadro istituzionale improntato ad un principio di separazione dei poteri alquanto limitato sull'asse verticale, ove il Congresso appariva quale mera camera di ratifica delle volontà delle entità decentrate, e più articolato nell'ambito dei

---

*the sole and exclusive right of governing themselves, as a free, sovereign and independent state*" e del New Hampshire del 1784 che contiene una clausola speculare. A suffragio di tali disposizioni si collocavano le analisi speculative del filosofo John Locke condotte nel *Second Treatise*, secondo cui Stati sovrani riuniti in una lega con altri Stati non intendevano, necessariamente, unirsi per dare vita ad un unico corpo politico. Senza tralasciare il pensiero desumibile dai *Commentaries* di William Blackstone del 1766 secondo cui un'alleanza federale siglata tra distinti Stati-nazione non avrebbe mai compromesso od intaccato le rispettive sfere di sovranità. Sul punto, si rinvia alle ricostruzioni fatte da A.R. AMAR, *America's Constitution.. cit.*, p. 27 e ss., nonché al contributo di D.S. LUTZ, *The Origins of American Constitutionalism*, 1988, pp. 14-34 e di G. LOMBARDI, *Lo Stato federale. Profili di diritto comparato*, Torino, 1987, pp. 64-70.

<sup>14</sup> Come rilevano Krasner e Chaberski, gli Articoli di Confederazione costituirono la legge superiore della nascente Repubblica, "quando il Congresso non era in sessione, a gestire l'amministrazione era chiamato un «Comitato di Stati». Tale Comitato era formato da un delegato per ogni Stato, uno dei quali assumeva la Presidenza, con una frequenza non superiore ad un anno ogni tre. Negli Articles non era prevista l'istituzione di alcun potere giudiziario ... Dopo pochi anni, cominció tuttavia a serpeggiare lo scontento per l'inadeguatezza degli Articles. Fra le principali cause della protesta vi era la incapacità del Governo «confederato» di raccogliere fondi in modo autonomo, in quanto esso dipendeva dagli stanziamenti degli Stati, che spesso erano lenti e persino inadempienti nel trasferimento delle risorse finanziarie. Da ciò derivava l'inattendibilità del credito negli Stati Uniti, che teneva in perenne apprensione quanti avevano prestato soldi al Governo, o che con esso avevano relazioni commerciali. [Ciò indusse ad inferire] la percepita impotenza del Congresso nell'affrontare le esigenze di gestione della cosa pubblica". Sul punto, M.A. KRASNER, S.G. CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America. Profili istituzionali*, Torino, 1994, pp. 35-36.

<sup>15</sup> In particolare, l'art. 4 degli Articoli di Confederazione ed Eterna Unione sanciva che: "The better to secure and perpetuate mutual friendship and intercourse among the people of the different States in this Union, the free inhabitants of each of these States, paupers, vagabonds, and fugitives from justice excepted, shall be entitled to all privileges and immunities of free citizens in the several States; and the people of each State shall free ingress and regress to and from any other State, and shall enjoy therein all the privileges of trade and commerce, subject to the same duties, impositions, and restrictions as the inhabitants thereof respectively, provided that such restrictions shall not extend so far as to prevent the removal of property imported into any State, to any other State, of which the owner is an inhabitant; provided also that no imposition, duties or restriction shall be laid by any State, on the property of the United States, or either of them. If any person guilty of, or charged with, treason, felony, or other high misdemeanor in any State, shall flee from justice, and be found in any of the United States, he shall, upon demand of the Governor or executive power of the State from which he fled, be delivered up and removed to the State having jurisdiction of his offense. Full faith and credit shall be given in each of these States to the records, acts, and judicial proceedings of the courts and magistrates of every other State". Per un commento si rimanda al contributo di J. MERRIL, "The Idea of a National Government during the American Revolution", in *Political Science Quarterly*, Vol. 58, N. 3, (Sept. 1943), pp. 360 e ss nonché a S. VENTURA, *Il federalismo*, Bologna, 2000, p. 39.

singoli Stati. L'assenza a livello confederale di un distinto potere esecutivo e giudiziario (esisteva solo un organo competente a decidere le controversie di diritto marittimo) ne erano la riprova, tanto che i Presidenti, succedutisi nel periodo confederale, si limitarono a presiedere il Congresso, rimanendo privi di poteri di governo reali e concreti. Si trattava di un elemento di debolezza dell'Autorità centrale non trascurabile che condizionò in modo rilevante il destino dell'Unione e la sua osannata perpetuità.

All'indomani della stipula del Trattato di Parigi che pose fine al conflitto con la Madrepatria nel 1783, George Washington riconobbe che gli esiti positivi del conflitto erano da ricondursi a due fattori: l'uno storico, costituito dalla diffusione degli ideali dell'illuminismo che fornirono il modello per una nuova architettura politica da applicare nella prassi, e l'altro geografico, fondato sulla lontananza dall'Europa, dai suoi poteri predatori e dal possesso di territori sconfinati che avrebbero consentito il raggiungimento di un elevato benessere economico<sup>16</sup>.

Non risulta essere un elemento trascurabile il fatto che il messaggio firmato da Washington fosse rivolto ai rispettivi governi statali, costituendo un implicito riconoscimento della circostanza secondo cui questi ultimi e non il Congresso confederale fossero le fonti sovrane del potere politico nella nascente Repubblica americana. Tanto che il Trattato di Parigi venne ratificato con alcune settimane di ritardo a causa del mancato raggiungimento del *quorum* di voti validi prescritto. Nello scenario istituzionale che si profilava all'orizzonte si scorgeva la sagoma di un'autorità centrale che non incarnava un vero e proprio apparato di governo unitario, quanto una conferenza diplomatica di Stati sovrani, ognuno dei quali guardava a se stesso come ad una autonoma nazione che si riuniva nel Congresso confederale per coordinare, in ambito interno, la politica estera. Nella prospettiva di George Washington, il Congresso confederale non risultava essere altro che un corpo inutile, “*a little more than an empty sound*”<sup>17</sup>. Secondo l'opinione pubblica di allora, invece, la intrinseca debolezza degli Articoli di Confederazione costituiva un valido esempio del cuore dei principi repubblicani, dal momento che la previsione di un forte governo centrale avrebbe favorito la formazione di un potere politico dispotico e distante dagli interessi dei cittadini simile a quello contro cui si erano da poco ribellati, che aveva sovente leso i diritti e le libertà dei singoli<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Come affermò George Washington: “*The citizens of America ... are from this period, to be considered as the Actors on a most conspicuous Theatre, which seems to be peculiarly designed by Providence for the display of human greatness and felicity*”. Si esprime, invece, più criticamente sulla Rivoluzione Americana John Adams, il quale ripudiava ogni forma di deificazione dei *leaders* rivoluzionari che avrebbe rischiato di trasformare la verità storica in un racconto melodrammatico e romanzato. A suo parere, una corretta ricostruzione degli eventi imponeva di evidenziare le debolezze di uomini imperfetti, piuttosto che di divinità, costretti a delle scelte drammatiche in virtù di ragioni contingenti. Sul punto, si rimanda all'opera di J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs ...* cit., pp. 4 e ss.

<sup>17</sup> W.W. ABBOT e D. TWOHIG (a cura di), *The Papers of George Washington: Colonial Series*, Vol. 6, n. 3:299, Charlottesville, 1992-1997.

<sup>18</sup> Basti rammentare il pensiero di Burke il quale sottolineava che “... *l'impotenza del Congresso rispondeva al desiderio segreto degli Stati ... Un armatore di Boston non aveva certo nessun desiderio di delegare grandi poteri ad un'assemblea dove rischiava di essere battuto da una coalizione del Sud; il piantatore della Virginia nutriva gli stessi*

Le aporie del modello confederale furono ben presto evidenti. L'assenza di nette linee di demarcazione tra i singoli Stati e l'emanazione da parte dei tribunali di sentenze contrastanti avevano ingenerato forti tensioni, acuite dall'approvazione da parte del Massachusetts, della Pennsylvania e dello Stato di New York di leggi tariffarie a scopo protezionistico che pregiudicavano gli interessi economici degli Stati vicini e minori.

Numerose erano le restrizioni commerciali cui era sottoposto il New Jersey qualora avesse voluto immettere nel mercato dello Stato di New York i propri prodotti agricoli ed il pollame, dovendo pagare un pedaggio pari a 1,800 dollari annui ed elevati diritti doganali per poter oltrepassare il fiume Hudson<sup>19</sup>. Le difficoltà economiche, conseguenza della guerra, erano del resto notevoli. Basti pensare alla crisi nel settore agricolo dovuta ad una produzione eccedentaria rispetto alla domanda di mercato che cagionò un crollo dei prezzi. Siffatta situazione provocò un profondo sentimento di inquietudine negli agricoltori indebitati che rivendicavano provvedimenti normativi che assicurassero loro il riscatto delle ipoteche sulle proprietà e prevenissero le pene detentive comminate in caso di morosità<sup>20</sup>. Si erano, intanto, diffuse numerose leggi statali che incidevano sulle libertà e sui diritti economici dei singoli individui, ostacolando lo sviluppo di un sistema economico in cui venissero esaltate le potenzialità dell'agire individuale.

Simili provvedimenti normativi confliggevano con lo spirito irrequieto e la personalità dinamica degli americani, muniti di inclinazioni naturali del tutto peculiari. Come rilevava Alexis de Tocqueville: *“Negli Stati Uniti le fortune si distruggono e si ricostituiscono facilmente. Il Paese è immenso e pieno di risorse inesauribili. Il popolo ha tutti i bisogni e tutti gli appetiti di un essere in crescita e, per quanti sforzi faccia, è sempre circondato da beni superiori alle sue possibilità d'acquisto. Ciò che in un simile popolo si deve temere non è già la rovina di alcuni individui, presto riparata, ma l'inattività e la mollezza di tutti. L'audacia nelle imprese industriali è la causa prima dei suoi progressi rapidi, della forza e della sua grandezza. L'industria è spesso una grande lotteria dove pochi uomini perdono quotidianamente, ma lo stato guadagna continuamente; un simile popolo deve, dunque, favorire e onorare l'audacia in materia di industria ... In ciò gli americani differiscono non solo dagli europei, ma da tutte le nazioni commerciali dei nostri tempi, come non rassomigliano ad alcuna di esse per la posizione e i bisogni”*<sup>21</sup>. Il profondo dinamismo

---

*sentimenti nei confronti del mercante yankee”*. Il passo è integralmente riportato nell'opera di A. MAUROIS, *Storia degli Stati Uniti*, Milano, 1957, p. 184.

<sup>19</sup> In particolare, M. RAMASWAMY, *The Commerce Clause in the Constitution of the United States*, New York, 1949, pp. 3 e ss.

<sup>20</sup> In quel periodo, le liti pendenti nei vari tribunali per l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie dedotte nei vari contratti aumentarono in modo repentino.

<sup>21</sup> A. TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Libro III, Parte III, Capitolo XVII, ed. it., Milano, 1999, p. 652.

dell'agire individuale, tendente alla ricerca di sempre nuove opportunità, indusse a delineare la figura prototipica del *self-made man*, metafora e fine dell'*american way of life*<sup>22</sup>.

Il diffondersi di interventi normativi, variamente limitativi delle libertà economiche dei singoli, che imponevano elevati dazi doganali, tasse e restrizioni al commercio e l'incapacità delle autorità statali di arginare i diffusi fenomeni di illegalità che piagavano il loro territorio, iniziarono a minacciare lo sviluppo di un mercato unitario. Oltre alle leggi tariffarie vennero approvati numerosi provvedimenti che incidevano sulle posizioni contrattuali di contraenti molto indebitati, ledendo, in tal modo, la certezza dei rapporti giuridici sottostanti e minando la sicurezza e trasparenza delle relazioni commerciali che si svolgevano a livello infra ed interstatale.

La confisca dei terreni e dei possedimenti gravati da ipoteche a carico di individui incapaci di adempiere le obbligazioni assunte provocò una crescente elisione dei diritti di proprietà privata. Anche l'emissione smodata di carta moneta, quale mezzo legale di pagamento, aveva ingenerato una pericolosa spirale inflazionistica<sup>23</sup>. Si era delineato un quadro normativo altamente frammentato ed eterogeneo in cui la libertà di iniziativa economica, la libertà e la sicurezza dei commerci, la liceità dei vincoli contrattuali e i diritti di proprietà privata, risultavano profondamente lesi nel loro contenuto essenziale con una notevole dispersione del potere commerciale tra i singoli Stati<sup>24</sup>.

Nell'estate del 1786 si svolsero assemblee popolari e di privati cittadini che richiedevano la riforma dei sistemi di governo dei rispettivi Stati. Nello Stato del Massachusetts, nell'autunno dello stesso anno, il malcontento sviluppatosi nel ceto agricolo indusse folle di agricoltori, capeggiati dall'ex generale Daniel Shays, ad assediare i tribunali di contea per ostacolare lo svolgimento delle cause per morosità in attesa delle successive elezioni dei legislativi statali<sup>25</sup>.

La situazione precipitò in occasione delle divergenze sorte tra lo Stato del Maryland e della Virginia in merito alla navigazione delle acque del fiume Potomac e alla crescente introduzione di misure protezionistiche che spinsero a nominare una conferenza riunitasi ad Annapolis nel mese di settembre del 1786. Fu proprio in occasione della Convenzione di Annapolis che Alexander Hamilton, uno dei delegati, riuscì a convincere i suoi colleghi del fatto che al problema delle

---

<sup>22</sup> In particolare, W. MILLER, *A New History of the United States*, New York, 1964, pp. 58 e ss.

<sup>23</sup> Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Vol. I, Torino, 1998, p. 28, nonché W.W. HOLT, "The Establishment of the Federal Court System (1787-1791)" in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (a cura di C. TOMLINS), New York, 2005, pp. 7-8.

<sup>24</sup> Come rilevò Frankfurter, "the mercantilism pursued by thirteen States was in effect a policy of economic feud which Balkanized an area dependent on the free interchange of goods". F. FRANKFURTER, *Mr. Justice Homes and ...* cit., p. 92.

<sup>25</sup> Quando la rivolta divenne di tale portata da minacciare l'assedio della sede del Governo a Boston, intervenne la milizia che soffocò la protesta, inducendo, però, il legislativo statale ad indagarne le cause e a ricercarne i rimedi. In merito alle cause della Ribellione di Shays si rinvia ai contributi critici di W.W. HOLT, *The Establishment of the Federal ...* cit., p. 6, di A. MAUROIS, *Storia degli Stati Uniti*, Milano, 1957, p. 186 nonché di J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs ...* cit., pp. 96-97, che mitiga la portata della rivolta quanto al numero di ribelli impegnati nella protesta, seppur non ne neghi l'effetto dirompente sul piano delle riforme costituzionali successive e di C. A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, London, 1941, pp. 28-30.

relazioni commerciali interstatali fossero intrecciati ulteriori questioni cui un organismo poco rappresentativo quale il Congresso confederale, privo di qualsiasi potere regolatorio del commercio - ad eccezione dei rapporti commerciali con le tribù indiane - degli affari e della moneta, non avrebbe mai potuto porre rimedio<sup>26</sup>. Si rendeva, pertanto, necessaria l'introduzione di un sistema uniforme di regolazione commerciale al fine di salvaguardare interessi comuni e garantire una permanente armonia<sup>27</sup>. Il fallimento della Convenzione spinse Madison ad asserire che una modesta riforma degli Articoli di Confederazione era politicamente impossibile e che le circostanze suggerivano di condurre una revisione ben più radicale<sup>28</sup>. Hamilton propose, allora, la convocazione dei rappresentanti di ciascuno Stato “*onde escogitare quei provvedimenti che sembrassero loro necessari per adeguare la Costituzione del Governo federale alle esigenze dell'Unione*”<sup>29</sup>. Inizialmente la proposta suscitò l'indignazione del Congresso, ma la notizia che la Virginia aveva eletto quale proprio rappresentante George Washington fece cadere ogni protesta o dissenso tanto che nell'autunno del 1786 le elezioni si svolsero in ogni Stato ad eccezione del Rhode Island. Il Convegno federale che ebbe luogo nel Palazzo del Governo di Filadelfia nel maggio del 1787, si svolse con l'iniziale proposito di emendare gli Articoli di Confederazione. Ben presto, però, si giunse alla determinazione di sperimentare una soluzione istituzionale alquanto differente ed innovativa rispetto alla precedente<sup>30</sup>. In particolare, James Madison ritenne nelle sue “*Notes on Ancient and Modern Confederacies*” che una disamina storica delle esperienze confederative greca, romana, germanica e olandese induceva ad inferire la intrinseca debolezza delle alleanze

---

<sup>26</sup> Come rileva Olivetti Rason, alla Convenzione di Annapolis parteciparono solo cinque Stati. Si trattò di una riunione informale dalla quale scaturì un documento informale destinato ai soli partecipanti, ma di cui furono resi edotti anche gli altri Stati. Lo scopo della Convenzione fu quello di prendere in considerazione e di elaborare tutti quei provvedimenti necessari per rendere la Costituzione del Governo federale adeguata alle esigenze dell'Unione. “*Annapolis preparò dunque Filadelfia*”. In particolare, N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 1984, pp. 42 e s.

<sup>27</sup> In particolare, W.W. HOLT, *The Establishment of the Federal ... cit.*, pp. 4-5 nonché S.F. SCHRAM, “United States. History and Development of Federalism”, in *Handbook of Federal Countries. 2005*, (edited by A.L. GRIFFITHS e coordinato da K. NERENBERG), Montreal&Kingston, 2005, pp. 373-375, R. STERN, *Commerce Clause*, 1986, pp. 453-454, M. RAMASWAMY, *The Commerce Clause in the Constitution ...cit.*, pp. 4-5 e F.H. COOK, *The Commerce Clause of the Federal Constitution*, Littleton, 1987, p. 4-5, il quale rileva che il degrado raggiunto nelle relazioni commerciali e l'esazione di dazi doganali troppo elevati, da parte dei singoli Stati, costituivano uno dei peggiori mali di cui era afflitta la Confederazione. Come rilevano Carrubba e Rogers, il caos commerciale che si era innervato nelle relazioni tra Stati poteva essere ben definito con il termine di “*prisoners' dilemma*”. In particolare, J.R. ROGERS, “National Judicial Power and the Dormant Commerce Clause”, in *The Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 19, No. 2, (2003), pp. 546 e s.

<sup>28</sup> Sul punto, W.T. HUTCHINSON ET AL. (a cura di), *The Papers of James Madison*, Chicago, 1962, 9:115-119.

<sup>29</sup> Nell'agosto del 1786, Hamilton comunicò a Thomas Jefferson la necessità di convocare una Convenzione plenipotenziaria al fine di emendare gli Articoli di confederazione, non celando la volontà di concentrare la propria attenzione sulla cd. “*Commercial Reform*” nonostante dietro di essa si nascondesse l'intento di arginare insidie ulteriori, quale uno smembramento dell'unione in confederazioni regionali sulla scia del modello in auge in Europa. Sul punto, W.T. HUTCHINSON ET AL. (a cura di), *The Papers of James Madison*, Chicago, 1962, 9:96.

<sup>30</sup> In virtù di una *Resolution* del 21 febbraio 1787, il Congresso confederale indicava l'opportunità che gli Stati inviassero i propri delegati a Filadelfia, con “il solo e specifico scopo che di sottoporre a revisione gli articoli di confederazione” che si rivelerò, nel prosieguo la soluzione meno praticabile. Sul punto, in particolare, N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti ...cit.*, p. 43.

confederali create a scopi di difesa contro un nemico comune. Le strutture confederative presentavano, pertanto, una configurazione politica profondamente transitoria che le condannava al destino di una metamorfosi dall'esito duplice che aleggiava nella possibile evoluzione in una unica nazione o nella dissoluzione e nell'oblio<sup>31</sup>.

Differentemente da George Washington, James Madison era giunto, almeno inizialmente, a conclusioni difformi in merito al destino dell'Unione in caso di fallimento degli Articoli di Confederazione. A suo parere, il collasso dell'assetto confederale non avrebbe condotto all'anarchia, bensì allo smembramento dell'Unione in due o tre separate confederazioni. In un interessante articolo pubblicato da Madison sul *Boston Independent Chronicle*, egli pronosticò la possibile creazione di una unione regionale di cinque nuovi Stati nella Nuova Inghilterra, lasciando il resto del continente “*to pursue their own imbecilic and disjointed plans*”, e disegnò il possibile scenario di alleanze regionali volte alla tripartizione del territorio in tre grandi aree simili a quelle presenti in Europa nello stesso periodo<sup>32</sup>. A parere di Madison un simile assetto, “*this new American Trinity*”, avrebbe potuto andare incontro ad un duplice destino: la guerra civile e l'invasione da parte di potenze straniere o la coesistenza stabile e pacifica di repubbliche indipendenti. Dunque, la dissoluzione dell'assetto confederale non avrebbe condotto all'anarchia, ma avrebbe, comunque, eluso il fine della Guerra d'Indipendenza, che era quello di creare uno stabile, duraturo e consolidato *Nation-State*<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> L'argomentare di James Madison si snodava in tre cruciali momenti teoretici che riuscivano a sintetizzare e collocare le ragioni della crisi dell'assetto confederale americano nella compresenza di tre fattori negativi. Il primo era costituito dall'incapacità delle singole entità confederate di cooperare per creare e potenziare le vie di comunicazione che avrebbero favorito i traffici commerciali interstatali, essendo prassi corrente ostacolare tali programmi in virtù di logiche d'azione protezionistiche. Il secondo fattore era rappresentato dalla legislazione di parte ed elitaria che gli organi legislativi emanavano in modo costante ed il terzo risiedeva nella profonda debolezza interna degli apparati di governo degli Stati, piccole repubbliche in cui il principio di separazione dei poteri risultava inquinato dalla permeabilità agli interessi e alle passioni di fazioni politiche e di *élite* economicamente forti che condizionavano la qualità ed il contenuto della legislazione, immettendovi il germe della parzialità e della iniquità. Per una disamina completa si rimanda al contributo di W.T. HUTCHINSON ET AL. (a cura di), *The Papers of James Madison*, Chicago, 1962, 9:3-34. Si rimanda per un'analisi critica all'opera di J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs ...* cit., p. 103 e ss. il quale rileva che il duplice destino cui sono condannate le strutture di potere confederali risulta essere quasi un assioma matematico, un passaggio teoretico visto che il Paese risultava essere un “*collage*” di distinte fazioni in lotta tra di loro. I corpi legislativi statali dimostrarono tutta la loro incapacità a sanare la situazione, emanando leggi non in grado di proteggere i diritti civili dei poveri e dei soggetti privi di beni di proprietà, ma solo di tutelare gli interessi di talune categorie come quelle dei creditori attraverso l'emanazione di ulteriore carta-moneta. Una legislazione di parte era riflesso della profonda vulnerabilità dei legislativi statali alle pressioni delle fazioni e dei gruppi di potere economicamente più forti.

<sup>32</sup> Gli Stati Uniti d'America sarebbero stati costituiti dalla regione del New England, da un'area geografica pari alla zona centrale del Paese e da un'altra area a sud del fiume Potomac che risultavano assimilabili rispettivamente alla regione scandinava, all'Europa occidentale e ai Paesi del Mediterraneo presenti nel Continente Europeo.

<sup>33</sup> W.T. HUTCHINSON ET AL. (a cura di), *The Papers of James Madison*, Chicago, 1962, 9:299 e 9:291-92.

## 1.2 Il “Great Compromise” costituzionale del 1787 e l’introduzione della Interstate Commerce Clause.

Gli equilibri intrasistemici dell’Unione confederale si dimostrarono profondamente deboli e vacillarono non appena emersero i segnali della crisi economica, evidenziando la profonda instabilità politica del modello istituzionale delle origini.

Il popolo americano e il destino dell’Unione si trovarono innanzi alla tragica insidia della dissoluzione. Come affermò Alexis de Tocqueville vi era la minaccia che “*gli ingranaggi di governo andassero arrestandosi*”.<sup>34</sup>

La Convenzione di Filadelfia riuscì a stilare in breve tempo il nuovo Testo costituzionale che fu sottoposto al voto popolare tra il 1787 ed il 1788. La ratifica unanime della nuova Costituzione non fu affatto agevole. In seno alla Convenzione costituente si agitavano animi contrastanti e le forze antifederaliste, contrarie alla formazione di uno Stato in senso federale, erano numerose ed influenti. Tra i singoli delegati spiccavano le personalità di Alexander Hamilton proveniente dallo Stato di New York, di George Washington che rappresentava la Virginia, di Gouverneur Morris e James Wilson venuti dalla Pennsylvania, di Rufus King ed Elbridge Gerry dal Massachusetts e di Roger Sherman dal Connecticut<sup>35</sup>.

Gli uomini di Stato che si riunirono a Filadelfia si ispirarono alla teoria dell’equilibrio e della separazione dei poteri propugnata dal Montesquieu e sostenuta negli scritti di Locke<sup>36</sup>. L’intento comune che animò i dibattiti dei costituenti fu quello di porre fine alla grave “*balkanization characteristics of the Articles of Confederation*”<sup>37</sup>.

La presenza di un potere legislativo, di uno esecutivo e di uno giudiziario, inseriti nella cornice dei *checks and balances*, avrebbe dovuto costituire una forma di controllo contro possibili derive in

---

<sup>34</sup> Come rilevò Alexis de Tocqueville: “*Fu allora che ogni cittadino volse lo sguardo su se stesso per misurare la profondità del male, raccogliersi per due anni interi al solo scopo di scoprirne con calma il rimedio e, trovato, sottomettersi volontariamente senza spargere né sangue né lacrime. La poco numerosa assemblea che s’incaricò di redigere la seconda Costituzione racchiudeva i migliori spiriti e i più nobili caratteri che fossero apparsi nel nuovo mondo ... Questa commissione nazionale, dopo lunghe e mature deliberazioni, offrì all’approvazione del popolo un corpo di leggi organiche che ancora ai nostri giorni regge l’unione. Tutti gli Stati successivamente l’adottarono. Il governo federale entrò in funzione nel 1789, dopo due anni di interregno. La rivoluzione d’America finiva, dunque, nel preciso istante in cui la nostra cominciava*”. A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Libro I, Capitolo VIII, ed. it., Milano, 1999, p. 116-117.

<sup>35</sup> Per una disamina del pensiero e della personalità di Alexander Hamilton si rinvia all’opera *Alexander Hamilton. Il Federalismo*, (a cura di Domenico Fisichella), Milano, 1993.

<sup>36</sup> In particolare, divenne presupposto teorico della democrazia liberale il messaggio contenuto nell’opera più importante di John Locke secondo cui: “Per bene intendere il potere politico e derivarlo dalla sua origine, si deve considerare in quale stato si trovino naturalmente gli uomini e questo è uno stato di perfetta libertà di regolare le proprie azioni e disporre dei propri possessi e delle proprie persone come meglio si crede, entro i limiti delle leggi di natura, senza chiedere permesso o dipendere dalla volontà di nessun altro. È anche uno stato di eguaglianza, in cui ogni potere e giurisdizione è reciproco, nessuno avendone più di un altro”. J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, Torino, 1992, Cap. II, paragrafo 4.

<sup>37</sup> In particolare, W.N. ESKRIDGE, J. FERREJOHN, “The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47:1355, 1994, p. 1361.

chiave autoritaria del potere. Fu proprio George Washington nel corso dei lavori della Convenzione a sottolineare come “l’amata Repubblica americana” non si trovasse più nell’acme della grandezza quanto alla base della anarchia. La costruzione confederale appariva come un immenso castello di sabbia minacciato dai venti della confusione e del caos. In una lettera indirizzata a John Jay, Washington evidenziava come: “... *Thirteen sovereignties pulling against each other, and all tugging at the foederal head, will soon bring ruin on the whole ... I do not conceive we can exist long as a nation, without having lodged somewhere a power which will pervade the whole Union in as energetic manner, as the authority of the different state governments extends over the several States. We are either a United people, or we are not. If the former, let us, in all matters of general concern act as a nation, which have national objects to promote and a National character to support. If we are not, let us no longer act a farce by pretending it*”<sup>38</sup>. La prospettiva di George Washington appariva eccezionale piuttosto che tipica e si era sviluppata in virtù dell’osservazione della inabilità del Congresso continentale ad indirizzare (*to coerce*) l’attività degli Stati e a vincere la loro ritrosia nel provvedere alle esigenze degli individui e a regolare gli affari e la moneta in modo equo e ragionevole. Per tali motivi si rendeva necessaria la formazione di un forte *Federal Government* e la creazione di una “*American Nationhood*”, unitaria e non frammentata. Lo stesso Washington ribadì innanzi alla Convenzione che: “*The Articles of Confederation did not need to be revised, they needed to be completely replaced with a fully empowered national government that possessed a clear mandate to coerce the states in both foreign and domestic policy. As it turned out, Madison had also reached exactly the same conclusion*”<sup>39</sup>.

La Costituzione del 1787 non può certo definirsi un testo completo e perfetto ed il motivo della sua lacunosità non è certo ascrivibile ad improbabili demeriti dei suoi redattori, quanto alla natura intrinseca che l’ha, sin dal primo momento, caratterizzata, conferendole il volto di un grande compromesso tra contrapposte concezioni teoriche e politiche. Costituiva, dunque, un punto di rottura rispetto alla tradizione costituzionale in auge nei Paesi di *common law*<sup>40</sup>.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> W.W. ABBOT e D. TWOHIG (a cura di), *The Papers of George Washington: Colonial Series*, Vol. 6, n. 4:212-13 e 3:420, Charlottesville, 1992-1997

<sup>39</sup> Sul punto, J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs ...* cit., pp. 92-99. Occorre, altresì, rammentare il *Paterson Plan* o *Small State Plan*, presentato dallo Stato del New Jersey alla Convenzione di Filadelfia, il 15 giugno del 1787, secondo cui la Costituzione avrebbe dovuto rappresentare la legge suprema del Paese ed essere munita di un nucleo forte di principi. In esso si sancì che “*The Articles of Confederation should be changed to be more adequate to the plan of Confederation*”. Sul punto, J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs ...* cit., pp. 109 e ss.

<sup>40</sup> Come sostengono Krasner e Chaberski, la Costituzione degli Stati Uniti costituisce una specie di “*livre de chevet*”, del quale un americano non può fare a meno, un testo che presenta un carattere “strumentale” e “simbolico”. Sul punto, M.A. KRASNER, S.G. CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d’America. Profili istituzionali*, Torino, 1994, pp. 7-8. Si rimanda anche al pensiero di A. REPOSO, “Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo: Appunti di un comparatista”, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N. 8, 2004, p. 391.

<sup>41</sup> Una componente minoritaria della dottrina è giunta poi, a considerare un momento cruciale ed apicale del percorso costituente e della storia del costituzionalismo americano non già la convocazione della Convenzione di Filadelfia nell’estate del 1787, quanto la Convenzione di ratifica insediata dallo Stato della Virginia nell’estate dell’anno



Questo non esime chi scrive dal dover condividere, comunque, le conclusioni di quella parte della dottrina che l'ha definita “*un capolavoro di ingegneria costituzionale*”<sup>42</sup>. Risultava evidente che la maggioranza dei delegati avrebbe desiderato un ampio rafforzamento dell'Unione per lenire il profondo localismo economico e politico che avevano segnato il triste destino degli Articoli di Confederazione. Il cuore del passaggio da un ordine legale all'altro è coglibile nel raffronto tra la formula “*We the people of the Confederate States*” degli Articoli di Confederazione e la formula “*We the people of the United States*” della Costituzione federale, che consentirà al Congresso di rivolgersi non solo a degli Stati sovrani, ma direttamente ad un popolo sovrano di una Nazione che aveva il dovere di rappresentare<sup>43</sup>.

A ciò aggiungasi che un forte terreno di scontro fu costituito dalla decisione in merito alla struttura del potere legislativo federale ove il contrasto tra gli Stati “minori” e quelli “maggiori” raggiunse toni critici. In particolare, lo Stato della Virginia si era fatto portavoce di un progetto secondo cui il potere legislativo avrebbe dovuto possedere una organizzazione bicamerale ed un numero di rappresentanti proporzionale alla popolazione residente in ciascuno Stato (a tutto vantaggio dei territori di maggiori dimensioni), mentre lo Stato del New Jersey (nel citato *Paterson Plan* o *Small State Plan*)<sup>44</sup> proponeva un legislativo federale a base monocamerale, a rappresentanza paritaria e voto a maggioranza qualificata sul modello del Congresso confederale.

Ma il motivo di maggiore frizione fu costituito dalla questione della schiavitù. Il fatto che la maggioranza dei delegati alla Convenzione di Filadelfia aderisse agli ideali liberali che riconoscevano il principio di eguaglianza di tutti gli individui innanzi alla legge e prevedevano che ciascuna persona dotata della capacità giuridica e della capacità legale d'agire disponesse di un nucleo rigido di libertà fondamentali, confliggeva *in nuce* con l'atteggiamento degli Stati del Sud, ove l'istituto della schiavitù trovava costante applicazione, rendendo l'uomo, in particolare di razza nera, oggetto di proprietà, confondendo, in modo drammatico, il valore della persona con il valore

---

successivo, ove i termini del dibattito tra i due fronti contrapposti furono pienamente evidenti. Tanto che la medesima dottrina insiste nel ritenere i membri della Convenzione costituzionale del 1787 “*as a players*” che consideravano il Testo costituzionale non altro che “il risultato di un doloroso compromesso e di una elegante improvvisazione piuttosto che un puro ed articolato argomento di teoria politica”. In particolare, J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs ...* cit., p. 90.

<sup>42</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Vol. I, Torino, 1998, p. 28.

<sup>43</sup> Come ha rilevato Frankfurter, quella formula poteva anche avere una origine puramente letteraria, ma si rivelò, in seguito, “*one of those accidents of phrasing to which historical development has given psychological significance*”. F. FRANKFURTER, *Mr. Justice Homes and ...* cit., p. 93.

<sup>44</sup> In merito al *New Jersey Plan*, poi rigettato, di rilievo sono i commenti critici di A.R. AMAR, *America's Constitution..* cit., pp. 30 e s., nonché i rilievi sollevati dallo stesso Madison in seno alla Convenzione, consultabili nell'opera di W.T. HUTCHINSON ET AL. (a cura di), *The Papers of James Madison*, Chicago, 1962, 10:55-63. Il percorso costituente è, altresì, approfonditamente analizzato da N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 1984, che passa in rassegna anche il *Pinckney Plan* e il *Paterson Plan* e da S. KOFF, “Il sistema federale americano e la presidenza”, in *Federalismo, regionalismo ed autonomismo* (a cura di E.A. Albertoni e M. Ganci), Tomo II, Enna, 1987, pp. 329 e ss.

della cosa. L'attaccamento all'istituto della schiavitù non desta, poi, tanta meraviglia se si bada alla struttura di mercato degli Stati meridionali, legati alle logiche anguste di una economia preindustriale e di piantagione, fondata sulla produzione agricola.

L'ammissione implicita della "legittimità" della schiavitù fu uno dei tratti salienti del grande compromesso che venne raggiunto nel 1787. Per quanto la parola schiavitù non rivenisse espressa formulazione nel Testo costituzionale, non mancarono le clausole che in modo implicito vi facessero riferimento, avallandone la pratica. Basti pensare all'art. IV, Sezione 2 che imponeva agli Stati limitrofi la restituzione dello schiavo fuggiasco che si fosse volontariamente ed 'arbitrariamente' sottratto alla potestà del proprio padrone secondo quanto prevedeva la legge dello Stato di appartenenza<sup>45</sup>.

Per tale motivi, la Costituzione costituì una difficile soluzione compromissoria tra istanze unitarie ed autonome che vennero condensate nel riconoscimento di una eguale rappresentanza dei piccoli Stati in seno alla Camera alta del Congresso federale<sup>46</sup>. L'esigenza di assicurare al Governo centrale poteri decisori concreti e reali indusse i *Framers* ad espungere l'avverbio 'espressamente' dall'elenco di materie delegate al *Federal Government*, introducendo la *necessary and proper clause*<sup>47</sup> e sancendo la superiorità del diritto federale, comprensivo della Costituzione, delle leggi e dei trattati siglati a livello federale, su quello emanato a livello statale<sup>48</sup>.

La necessità di assicurare la presenza di una unica valuta a livello nazionale, di fronteggiare la concorrenza europea, proclive a politiche di *dumping* economico e di espungere gli ostacoli frapposti alla libera circolazione delle merci tra i singoli Stati, costituivano le ragioni primarie della convocazione della Convenzione di Filadelfia. Le forze che ostacolavano la formazione di un forte governo centrale e di una unica nazione camminavano di pari passo con la prassi di impedire la creazione di un mercato unico nazionale, vasto e concorrenziale.

Per tale motivo, la Costituzione federale conteneva una serie di disposizioni a 'vocazione economica' che per quanto non pienamente organiche miravano a proteggere la libertà e la sicurezza dei commerci nazionali. Il potere di intervento del Congresso era diretto a sostenere una

---

<sup>45</sup> L'art. IV, Sezione 2, clausola 2, prevede che: "Qualsiasi persona accusata in uno Stato di alto tradimento, di fellonia o di altro crimine e che si sia sottratta alla giustizia e sia trovata in altro Stato sarà – su richiesta degli organi esecutivi dello Stato da cui è fuggita – consegnata e condotta allo Stato che abbia giurisdizione per il reato ad essa imputato".

<sup>46</sup> Come rilevava Alexis de Tocqueville sino a quando si trattò di combattere contro un comune nemico, le *ex* Tredici Colonie avevano interesse a fondersi in una sola nazione e ad unirsi intimamente tra di loro. Cessato, però, lo stato di pericolo, il principio dell'unione si sgretolò gradualmente dietro le usanze e gli interessi particolari che ogni governo statale perseguiva, temendo che l'unione avrebbe lasciato perire le loro personalità particolari. Per tale motivo sorsero due tendenze contrapposte, l'una centrifuga, volta alla divisione, l'altra, centripeta, data dall'unione. A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Libro I, Capitolo VIII, ed. it., Milano, 1999, p. 115.

<sup>47</sup> Art. I, Sezione 8, comma 18, della Costituzione federale che sancisce: "Di fare tutte le leggi necessarie ed adatte per l'esercizio dei poteri di cui sopra, e di tutti gli altri poteri di cui la presente Costituzione investe il Governo degli Stati Uniti o i suoi Dicasteri ed uffici".

<sup>48</sup> Si tratta della *Supremacy Clause* introdotta dall'art. VI, comma 2, della Costituzione federale.

economia fondata sulla proprietà privata dei mezzi di produzione, sull'autonomia contrattuale, sulla libertà di impresa e di lavoro, dunque, a sostenere lo sviluppo economico, pur non potendo approntare interventi redistributivi della ricchezza prodotta, il tutto nella cornice teorica ed ideologica del modello liberale dello Stato minimo<sup>49</sup>. In virtù di questo assunto, prese corpo la teoria degli *enumerated powers* che venne formalizzata nel X emendamento approvato nel 1791 a correttivo delle istanze centralistiche che le componenti antifederaliste disdegnavano<sup>50</sup>.

I primi dieci emendamenti apportati alla Costituzione nel 1791, meglio noti come *Bill of Rights*, costituirono un 'concordato aggiustamento' al compromesso del 1787, limitando talune sfere d'azione del *Federal Government* e rilanciando l'indipendenza, nell'ambito della protezione di taluni diritti, delle singole realtà statuali<sup>51</sup>.

La Costituzione del 1787 apparve un Testo permeato da uno "spirito antimaggioritario"<sup>52</sup>, diretto a preservare i diritti e le libertà dei singoli, *in specie* in campo economico, e improntato al principio di separazione dei poteri sia sull'asse verticale che su quello orizzontale, ma affetto da una forma di parzialità od anche lacunosità di talune disposizioni che indusse immediatamente ad emendare la Carta costituzionale a sostegno delle tesi repubblicane di Thomas Jefferson.

L'approvazione del *Bill of Rights* venne, sovente, riconosciuta come momento conclusivo del percorso costituente della Federazione americana e come momento di sintesi delle antinomiche prospettive dei nazionalisti-federalisti e dei repubblicani-antifederalisti<sup>53</sup>.

Il neo-istituito assetto federale poggiava sulla compresenza di un Governo federale investito di poteri conferiti dalla Costituzione e rigidamente elencati, sottratti alla competenza dei singoli Stati la cui sovranità conservò intatto un carattere generale e residuale. Come ha affermato Wheare, il

---

<sup>49</sup> Per descrivere il ruolo dello Stato nel periodo liberale si ricorse, spesso, all'immagine metaforica dello Stato guardiano notturno o dello Stato gendarme i cui poteri di intervento e di azione in ambito economico erano, comunque, minimi e diretti a presidiare piuttosto che pervadere le singole libertà economiche. Nel *Paper* n. 10 del *Federalist*, James Madison asseriva che scopo di una Unione ben costruita è quello di arginare la violenza delle fazioni. A parere dell'autore, alla base degli atteggiamenti faziosi vi era una ineguale distribuzione dei patrimoni, tanto che: "Coloro che hanno proprietà e coloro che ne sono privi hanno sempre contribuito a creare interessi distinti nella società. Per quelli che sono creditori e quelli che sono debitori vale una simile distinzione. Gli interessi agrari, quelli industriali, quelli commerciali, gli interessi di chi possiede capitali ... crescono inevitabilmente nelle nazioni civili e le dividono in classi diverse sotto la spinta di sentimenti ed opinioni diverse. Disciplinare i vari interessi, che interferiscono tra di loro è il compito principale della legislazione moderna". J. MADISON, "Il Federalista n. 10", in *Il Federalista* (a cura di G. Sacerdoti Mariani), Torino, 1997, pp. 82 e ss.

<sup>50</sup> Il X emendamento sancisce che: "I poteri non delegati dalla Costituzione agli Stati Uniti, o da essa non vietati, sono riservati ai rispettivi Stati, ovvero al popolo".

<sup>51</sup> I primi Dieci Emendamenti alla Costituzione federale, in quanto *Bill of Rights*, riconoscevano la libertà di religione, di culto, di stampa, di parola, di riunione, di petizione (I emendamento), il diritto di tenere armi (II emendamento) ed i principi del giusto processo e del *ne bis in idem*, formalizzati nella *due process of law clause* e nel *double jeopardy* previsti nel V, VI, VII, VIII e IX emendamento.

<sup>52</sup> La definizione si deve a G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Vol. I, Torino, 1998, pp. 72-74.

<sup>53</sup> Come rileva Zorzi Giustiniani, "nella nuova Carta, difatti, si compendiano le istanze di quanti volevano un governo stabile ed autorevole e di quanti, viceversa, si preoccupavano del little man e dei suoi diritti ... l'ideale di democrazia jeffersoniana che aveva ispirato il Bill of Rights appariva, tuttavia, inconciliabile col modello istituzionale caldeggiato da Hamilton". Sul punto, A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia ... cit.*, p. 24.

*discrimen* che separava la Costituzione federale dagli Articoli di Confederazione risiedeva nel fatto che “la prima sostituiva il principio della subordinazione e della dipendenza del governo centrale dai governi regionali con il principio della coordinazione e della indipendenza, nell’ambito delle rispettive sfere di attribuzione, dei governi centrali e regionali”<sup>54</sup>. Per tali motivi è condivisibile l’assunto teorico che ha pervaso l’attività dei *Founding Fathers*, avente lo scopo di creare “a more perfect union” ossia di perfezionare ulteriormente l’Unione al fine di assicurare il benessere generale secondo quanto affermato nel Preambolo della Costituzione del 1787. Non si verificò, dunque, una rottura rispetto al passato, bensì si ottenne un perfezionamento in chiave innovativa di un assetto istituzionale già esistente, ma rimodellato secondo logiche del tutto nuove<sup>55</sup>. Nella mente di Madison si agitava l’idea secondo cui dietro una nuova federazione, si celava l’immagine di una “*expounded republic*” protesa alla tutela della libertà e munita dei poteri necessari per combattere la tirannide della maggioranza<sup>56</sup>.

Il Testo costituzionale fu pervaso dall’ossequio all’ideale liberale che riconosceva il valore della separazione della società civile dallo Stato, il quale ultimo doveva limitarsi a regolare taluni aspetti della vita associata, garantendone un ordinato svolgimento, mai invadendone gli aspetti più intimi e dinamici. Il modello costituzionale liberale ruotava intorno al valore della libertà di autodeterminazione individuale che si snodava, nel campo economico, negli istituti della proprietà privata, dell’autonomia contrattuale, della libertà di iniziativa economica e nella libertà di lavoro e delle transazioni commerciali, componenti imprescindibili di una efficiente economia di mercato, in cui la produzione e la distribuzione della ricchezza avvenivano secondo le logiche delle leggi della domanda e dell’offerta. In tali casi, eventuali condotte lesive degli equilibri fisiologici dei mercati sarebbero stati corretti da “mani invisibili” secondo meccanismi di aggiustamento spontanei, detenendo lo Stato un ruolo più marginale, motivato da ragioni eccezionali<sup>57</sup>.

Nel corso dell’esperienza confederale, il potere di imporre la propria carta moneta quale mezzo legale di pagamento, di imporre tasse e dazi sulle importazioni di merci provenienti dagli altri Stati e di limitare le esportazioni verso altri territori avevano costituito un’indubbia ostruzione agli

---

<sup>54</sup> K. C. WHEARE, *Del governo federale*, Bologna, 1997, p. 43.

<sup>55</sup> Hamilton si rifece alla metafora dell’allargamento dell’orbita entro la quale i sistemi polari di governo avrebbero dovuto ruotare per spiegare l’allargamento della base territoriale del governo repubblicano e l’ampliamento dell’orizzonte degli interessi e delle passioni politiche che solo il repubblicanesimo federale era in grado di garantire nella sua accezione plurale. In tal modo, il federalismo si atteggiava a forma di organizzazione del potere che consentiva di civilizzare le fazioni e di controllare gli abusi di potere, dividendolo su base territoriale, nella cornice di una Repubblica composita. Sul punto, A. VESPAZIANI, “Federalismo (dir.comp.)”, voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XIV, 2006, p. 3.

<sup>56</sup> La concezione politica di Madison possedeva una base pluralistica, alimentata dagli studi degli scritti di David Hume e della “*Ricchezza delle Nazioni*” di Adam Smith dalla quale riprese l’analisi delle sinergie e degli equilibri del libero mercato che applicò all’arena politica. Sul punto, in particolare, si rinvia a S.F. SCHRAM, “United States. History and Development of Federalism”, in *Handbook of Federal Countries. 2005*, (edited by A.L. GRIFFITHS e coordinato da K. NERENBERG), Montreal&Kingston, 2005, p. 374.

<sup>57</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2001, pp. 16-17.

scambi motivata da fini protezionistici che frammentava il mercato e incideva sul volume degli scambi, cagionando una diseguale distribuzione della ricchezza ed una lesione al principio di certezza del diritto. Il libero movimento delle merci, dei capitali, delle persone e dei servizi era variamente ostacolato secondo le logiche del più gretto localismo economico. Lo spiccato sentimento di *localism* era riflesso di pregresse e mai sopite rivalità commerciali che inducevano a stilare trattamenti privilegiati (*local dealings*) per i residenti a scapito di chi proveniva da Stati diversi, secondo quel diffuso sentire che vedeva le entità statali “*which thought themselves as nations*”<sup>58</sup>.

Alla necessità di garantire la sicurezza dei traffici commerciali si associava l’esigenza di assicurare la certezza e la stabilità dei rapporti contrattuali. L’emanazione di leggi che incidevano sulle obbligazioni pecuniarie dedotte nei contratti, dilazionandone il termine ed ammettendone l’adempimento attraverso differenti mezzi legali di pagamento, aveva creato forti asimmetrie e squilibri nelle posizioni delle parti contraenti. Si espresse molto severamente in proposito William Livingstone, Governatore del New Jersey e delegato alla Convenzione di Filadelfia, il quale asserì che: “*The interest of the creditor coincides with that of the community. Not so the interest of the debtor. The former desires no more than is own. The latter wants to pocket the property of another*”<sup>59</sup>. La consapevolezza dell’entità del problema indusse Edmund Randolph, Governatore della Virginia a commentare in tal modo il *Madison’s Virginia Plan*, osservando che: “*When the Confederation was formed, no commercial discord was arisen among any states – no rebellion had appeared as in Massachusetts – foreign debts had not become urgent – the havoc of paper money had not been foreseen treaties had not been violated*”. Anche Alexander Hamilton si trovò concorde sulle cause della crisi dell’assetto confederale dovuta ad una forma di illegalità diffusa a livello statale che richiedeva l’istituzione di un forte “*national power ... to tax and to control commerce*”<sup>60</sup>. Fu così che nel compromesso costituzionale del 1787 prese corpo l’idea di sottrarre agli Stati il potere di regolare gli affari economici in un modo così pervasivo. Se gli Articoli di Confederazione ponevano un mero obbligo negativo in capo alle entità decentrate di non ostacolare i traffici interstatali, la Costituzione procedette oltre, ascrivendo al Congresso il potere di regolare il

---

<sup>58</sup> Sul punto, W.W. HOLT, *The Establishment of the Federal ... cit.*, pp. 4-5. Sulla proliferazione di pratiche commerciali discriminatorie da parte dei singoli Stati si è espresso, in modo critico, anche G. GUNTHER, *Constitutional Law*, New York, 1991, p. 93.

<sup>59</sup> Differentemente si espresse un noto commerciante della Pennsylvania, Charles Pettis che, resosi portavoce della volontà popolare, dichiarò la necessità di una “*Total abolition of all Debts both Public and Private and even a general Distribution of Property*” che richiedeva la presenza di un più forte Governo nazionale. Il pensiero di William Livingstone e quello di Charles Pettis sono consultabili nello scritto di W.W. HOLT, *The Establishment of the Federal ... cit.*, p. 9.

<sup>60</sup> Le citazioni sono riportate nel contributo di W.W. HOLT, *The Establishment of the Federal ... cit.*, p. 10. Per un’analisi del periodo si rimanda anche all’opera di A. KULIKOFF, *The Agrarian Origin of American Capitalism*, Charlottesville, 1992.

commercio con le altre Nazioni, fra i diversi Stati e con le tribù indiane<sup>61</sup>. L'articolo I, Sezione 8, Clausola 3, meglio nota come *commerce clause*, fu redatta, nella sua versione finale da Gouverneur Morris e costituì la principale disposizione attributiva di poteri allo Stato centrale nell'ambito degli affari interni e delle faccende economiche, essendo, comunque, 'enumerata' e ristretta la *jurisdictio* domestica del *Federal Government*, il quale disponeva di un potere molto più incisivo e, pressoché, esclusivo, nelle materie della politica estera e della difesa<sup>62</sup>.

Occorre, del resto, precisare che il potere regolatorio del commercio non si estendeva alle fasi prodromiche della produzione e della manifattura né tantomeno alla organizzazione interna delle industrie e alla disciplina dei rapporti di lavoro. Numerosi furono i dibattiti e le ricostruzioni dottrinarie sull'esatto significato da attribuire alla nozione di commercio e sulle intenzioni che animarono i lavori dei *Framers*. Lo studioso Natelson ha perimetrato il valore giuridico del concetto di commercio, scindendolo dal significato corrente, e riconduce il lemma *commerce* al termine latino *commercium*, sinonimo di scambio, di traffico e di tutte quelle attività consistenti nell'acquisto e nella vendita di beni allo scopo di trarne un utile che avvenivano lungo i fiumi, i laghi, i canali e le vie di comunicazione terrestri attraverso l'utilizzo di diversi mezzi e strumenti<sup>63</sup>. L'esclusione di ogni riferimento alle attività legate alla produzione, agricola o industriale, rimandava al pensiero di William Blackstone, ispiratore degli *American Founding Fathers*, che non le includeva nel novero delle attività commerciali. Blackstone sosteneva l'importanza nella disciplina degli scambi della *Lex Mercatoria* od anche del *Law of the Merchants*, uno speciale corpo di leggi in materia di regolazione commerciale che ben presto fu ritenuta una prerogativa

---

<sup>61</sup> Come rilevò James Madison, "Fra i difetti della Carta confederale che l'esperienza ha messo più chiaramente in evidenza c'è il seguente: non è previsto il potere di disciplinare il commercio fra i diversi Stati Membri ... Senza questa attribuzione, sarebbe del tutto inutile avere conferito al governo federale il potere di regolare il commercio con l'estero. Un aspetto rilevante consiste nell'aver affrancato gli Stati, che importano ed esportano attraverso altri Stati, dalle tasse inopportune imposte da questi Stati di transito. Se questi ultimi avessero la libertà di regolare il commercio fra Stato e Stato, c'è da prevedere che troverebbero il modo di applicare tributi sugli articoli di importazione e di esportazione ... che andrebbero a colpire i fabbricanti ed i consumatori ... Questa prassi ... provocherebbe animosità senza fine e probabilmente giungerebbe a minacciare la pace pubblica ... Il potere di «fare leggi in materia di fallimento, che siano identiche in tutti gli Stati Uniti» è così intimamente connesso con la disciplina del commercio ed eviterà tante di quelle frodi ... che della sua opportunità non è nemmeno il caso di discutere". J. MADISON, "Il Federalista n. 42", in *Il Federalista* (a cura di G. Sacerdoti Mariani), Torino, 1997, pp. 232-237. Sui limiti e le aporie del modello confederale si rimanda al contributo di R.G. NATELSON, "The Legal Meaning of "Commerce" in the Commerce Clause", in *St. John's Law Review*, Vol. 80:789, 2006, pp. 838-839.

<sup>62</sup> Come afferma Cooke, lo stato oppressivo e degradato del commercio, nel periodo della Confederazione, risultava difficile da dimenticare, essendo segnato dal localismo economico interno e dalla dipendenza economica dall'Europa per taluni generi di beni. Egli afferma che: "The power of Congress to regulate commerce among the States is perhaps the most benign gift of the Constitution. Indeed it may be said that without it the Constitution would not have been adopted. One of the chief evils of the confederation was the power exercised by the commercial States of exacting duties upon goods destined for the interior of the country or for other States". F.H. COOKE, *The Commerce Clause of the Federal Constitution*, Littleton, Colorado, 1987, pp. 4-5.

<sup>63</sup> Cooke conduce un'analisi etimologica e parallela della parola inglese *commerce* e di quella latina *commercium*, sintesi entrambe del termine "com-cum" che significa insieme, e del latino "merx", equivalente alla nozione di bene, oggetto di proprietà da cui sarebbero derivate le parole inglesi "merchant" e "merchandise". In particolare, F.H. COOKE, *The Commerce Clause of the Federal Constitution*, Littleton, Colorado, 1987, pp. 8-9.

regia, ma che i giudici non esitarono a includere nel *case law*. Il giurista paragonò il commercio al sangue umano che trasportava nel “corpo politico” l’ossigeno ed il nutrimento<sup>64</sup>. Dai *Commentari* di Blackstone del 1765, gli americani attinsero la nozione di commercio, inteso quale “*trade, traffic, navigation, buying and selling, exchange with foreign nations and associated financial activities ... commerce was the ... conduct governed by Lex Mercatoria*”<sup>65</sup>, escludendo quelle attività di rilievo economico e con scopo lucrativo che non avevano natura commerciale. Analoga linea di pensiero si scorgeva negli *Institutes of the Laws of England* di Edward Coke del 1628, nella opera di Giles Jacob, *Lex Mercatoria or, the Merchant’s Companion* del 1762 e di Wyndham Beawes, *Lex Mercatoria Rediviva* del 1771<sup>66</sup>.

Risulta evidente che ricomprendere nella nozione di commercio interstate qualsivoglia attività economica avrebbe reso difficilmente compatibile la disposizione con la disciplina del commercio con l’estero e con le tribù indiane e gli avrebbe ascritto un contenuto ridondante rispetto alle altre clausole in materia economica.

I *Framers* attribuirono al lemma commercio (interstatale) una precisa valenza semantica, scindendolo dal novero delle attività manifatturiere, agricole ed estrattive, costituenti settori economicamente distinti e non interdipendenti come accade, invece, nella realtà attuale. Il proposito dei Padri Fondatori era quello di creare una realtà costituzionale riflessa in clausole ampie e generiche che fossero in grado di rispecchiare i ritmi dinamici della realtà economica. Il patto costituzionale formalizzava, così, una divisione dei poteri ed una scissione di autorità tra coloro che regolavano il commercio e coloro che governavano la restante parte della vita economica<sup>67</sup>. Si trattò di disegno che sarebbe stato arricchito dalle complesse vicende economiche e politiche successive

---

<sup>64</sup> Anche se la *Lex Mercatoria* non divenne mai parte integrante della *common law* e, differentemente dagli Statuti, si basava sulle consuetudini commerciali dei mercanti ed era ovunque applicabile, disciplinando l’attività di acquisto e di vendita dei beni, la navigazione, le assicurazioni marittime e taluni aspetti della finanza.

<sup>65</sup> Sul punto, R.G. NATELSON, “The Legal Meaning of “ Commerce” in the Commerce Clause”, in *St. John’s Law Review*, Vol. 80:789, 2006, p. 813-826.

<sup>66</sup> Coke esclude gli agricoltori e gli artigiani dal novero dei commercianti, definendo il commercio ed i traffici “*the livelihood of a merchant and the life of the commonwealth*”, anche Jacob definisce il commercio: “*the trade of buying and selling of goods*” e Beawes che distingue il lavoro dell’artigiano che rende un servizio dotato di utilità, dal commercio che è circolazione e scambio di servizi e di utilità. Per un’analisi dettagliata delle opere si rimanda a R.G. NATELSON, “The Legal Meaning of “ Commerce” in the Commerce Clause”, in *St. John’s Law Review*, Vol. 80:789, 2006, p. 826-828. L’autore richiama anche il contributo importante di Charles Molloy, *De Jure Maritimo* del 1769 che assimila il commercio all’attività di scambio ed ai traffici, *ibid.*, p. 828.

<sup>67</sup> Differentemente dal *Virginia Plan* in cui era previsto il pieno potere del Congresso di regolare l’economia e le esternalità negative provocate dalle condotte dei singoli Stati, cui si associava il potere di disciplinare le materie sulle quali gli Stati erano privi di autorità ed una sfera di attribuzioni che consentisse al Congresso di garantire l’armonia della legislazione, disponendo del potere di veto su tutta le leggi emanate a livello statale. Sul punto, R.G. NATELSON, “The Legal Meaning of “ Commerce” in the Commerce Clause”, in *St. John’s Law Review*, Vol. 80:789, 2006, p. 843. In merito al *Virginia Plan*, vedasi anche il contributo di S. VENTURA, *Il federalismo*, Bologna, 2000, pp. 50 e s.

che avrebbero condizionato il dinamico evolversi del *federalizing process* e dei rapporti tra pubblici poteri sia sull'asse orizzontale che su quello verticale<sup>68</sup>.

Al ruolo 'attivo' del Congresso faceva da contraltare quello negativo degli Stati, che non dovevano ingerirsi nelle questioni commerciali interstatali, ma limitare il loro intervento alla disciplina degli scambi infrastatali. Come rileva Gunther, il pregio della clausola sul commercio interstatale risiede nella duplice ragione di costituire "*as a restraint on state action and as a source of national authority*", elevando il valore della libertà di commercio e di scambio al rango di interesse nazionale<sup>69</sup>. La ripartizione delle competenze tra autorità centrale e autorità decentrate che ne derivava era improntata alla garanzia della autonoma iniziativa economica della società civile in ossequio all'ideale liberale che non tollerava intromissioni e controlli pubblici eccessivi, fossero essi statali o federali. La medesima prassi di taluni Stati di regolare il commercio interno in modo restrittivo fu mitigata dalla consapevolezza che legislazioni interne protezionistiche avrebbero indotto imprenditori, commercianti, artigiani ed agricoltori a migrare nei vicini Stati dalla legislazione più favorevole<sup>70</sup>.

La garanzia della libertà di mercato e della sicurezza e liceità degli scambi commerciali costituì il preludio e la *condicio* ineludibile per la creazione di un mercato unico nazionale ove fosse effettivamente protetta la libera circolazione di tutti i fattori di produzione. L'ideale liberale rinvenne compiuta formulazione non solo nella Costituzione federale degli Stati Uniti d'America, ma ricevette, altresì, applicazione anche nel Continente Europeo. Basti pensare all'Atto di rifondazione della Confederazione elvetica del 1815, il cui art. 11 sanciva che, su tutto il territorio della Confederazione, "il libero mercato delle derrate, dei prodotti del suolo, la libera uscita delle merci e il passaggio da un cantone all'altro di questi oggetti e del bestiame sono garantiti" o rammentare il contenuto dell'Atto costitutivo della Confederazione germanica del 1815, il cui art. 18 garantiva "la libera mobilità personale e patrimoniale all'interno della Germania", presupposto indispensabile per quella unione doganale (*Zollverein*) che porrà le premesse economiche della

---

<sup>68</sup> Parte della dottrina, tra cui Amar ripudia una lettura così restrittiva della *commerce clause*, includendovi ogni forma di scambio e legame, economico e non (*all interactions or altercations*). Sul punto, A.R. AMAR, *America's Constitution..* cit., pp. 107-108.

<sup>69</sup> Sul punto, G. GUNTHER, *Constitutional ...* cit., New York, 1991, p. 93-94. In un lungo *pamphlet* anonimo di quel periodo, intitolato *The True Interest of the United States*, si legge che: "*A civilized Nation, without commerce, is a solecism in politics. It is the rudest state of mankind only*". La citazione è rinvenibile nel contributo di R. GARSON, "Counting Money: The US Dollar and American Nationhood, 1781-1820", in *Journal of American Studies*, 35, (2001), I, p. 33.

<sup>70</sup> Come rileva Bognetti "Il sistema funzionava in senso nettamente restrittivo e impeditivo nei confronti di qualunque volontà normativa speciale; e tutelava ed esaltava in conseguenza il ruolo di una società civile che liberamente produceva e distribuiva ricchezza, in modo unitario su tutto il territorio nazionale, avvalendosi degli strumenti giuridici tipici dell'ideologia individualistica: la proprietà privata estesa a tutti i mezzi di produzione, la libertà di iniziativa economica; la libertà di lavoro; la più ampia autonomia contrattuale ... Gli sviluppi dell'ordinamento federale americano durante l'epoca liberale non fecero che accentuare e perfezionare la sua conformazione in tutto funzionale alla logica della società civile «separata» e dell'individuo giuridicamente indipendente che ne costituisce il fulcro". G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2001, pp. 21-22.



futura unificazione politica e militare<sup>71</sup>. Anche in Europa si stava avviando la grande stagione del costituzionalismo, basti pensare alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e alla Costituzione francese del 1791 in cui trovarono espressione importanti valori libertari ed egualitari. Una stagione che venne arrestata bruscamente dal Congresso di Vienna del 1814 -1815 e dalla Restaurazione che segnò il trapasso da un costituzionalismo deliberato ad un costituzionalismo ottriato, il quale si connotò per la presenza di *charters* e statuti concessi graziosamente dal sovrano<sup>72</sup>.

Senza dimenticare l'importanza avuta in Europa, sul piano della disciplina dei rapporti tra privati, dalla codificazione napoleonica del 1804 che incarnava appieno il pensiero liberale e che condizionò lo sviluppo del diritto civile nei Paesi dell'Europa continentale e di una tradizione normativa di *civil law*, ossequiosa della codificazione romana gaiano-giustiniana<sup>73</sup>. Il diritto espresso nelle costituzioni era regolazione del pubblico potere ed elemento di sutura tra Stato e società, quello espresso nei codici era strumento di disciplina degli interessi dei privati nei luoghi in cui si realizzava la loro personalità, costituiti dalla famiglia, dalle formazioni sociali e dal mercato.

---

<sup>71</sup> Con riguardo alla Confederazione elvetica, a seguito del tentativo di secessione esperito dai cantoni cattolici nel 1848, la Svizzera approvò una Costituzione federale definitiva nel 1874, in cui venne propugnato il valore della libertà dell'individuo, *in specie* quella di industria, di commercio e di circolazione delle persone in campo economico, da preservare a fronte di possibili provvedimenti cantonali restrittivi. Allo Stato centrale competeva la disciplina del commercio, delle transazioni mobiliari, del fallimento, della proprietà intellettuale e della disciplina dei rapporti di lavoro di adulti e bambini in ambienti malsani. Sul punto, G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2001, p. 24. Un richiamo alle esperienze confederali elvetica e germanica, nella versione anteriore ai rispettivi Atti costitutivi della Confederazione del 1815, venne operato anche da James Madison, nel *Paper* n. 42 del *Federalist*, in cui ribadì, con toni critici, "*the necessity of a superintending authority over the reciprocal trade of confederated States has been illustrated by other examples as well as our own. In Switzerland, where the Union is so very slight, each Canton is obliged to allow to merchandizes, a passage through its jurisdiction into other Cantons, without an argumentation of the tolls. In Germany, it is a law of the empire, that Princes and States shall not lay tolls or customs on bridges, rivers, or passages, without the consent of the Emperor or the Diet ... that the practice ... has not followed the law, and has produced there the mischiefs which have been foreseen here*". J. MADISON, "The Federalist No 42", in *The Federalist Papers* (with an introduction and commentary by G. Wills), New York, 2003, p. 257.

<sup>72</sup> La contemporaneità delle stagioni costituzionali, in America ed in Francia, è segnata dal comune prodromo degli eventi rivoluzionari. A parere di Reposo, proprio allora sorse l'equivoco sui concetti di costituzione e di costituzionalismo, considerati, allora, termini di un binomio imprescindibile. A. REPOSO, *Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo ... cit.*, p. 393-394.

<sup>73</sup> Basti rammentare la struttura del *Code Napoléon*, composto da ben 2281 articoli e suddiviso in tre Libri, preceduti da un Titolo Preliminare. Il Primo Libro concerneva le persone e la famiglia, il Secondo ineriva il regime giuridico dei beni e la differente modificazione della proprietà, distinguendo le varie categorie di diritti reali e qualificando le situazioni possessorie quali stati di fatto e non diritti ed il Terzo Libro dedicato ai diversi modi di acquisto della proprietà cui si aggiunse la disciplina delle obbligazioni e dei contratti. Come ha sottolineato Reposo, con l'approvazione del Code Civil, le Facoltà Giuridiche divennero Scuole di Diritto poste sotto il controllo dell'autorità politica e aventi il compito di spiegare il Codice Civile come una specie di grammatica, secondo la distribuzione della materia seguita dal legislatore. Il metodo esegetico seguiva la logica aristotelica, utilizzata dai glossatori medievali e fu poi, affinato dalla Scuola Storica del diritto composta da romanisti quali Puchta, Windscheid e Savigny, attenti ad una dimensione culturale del diritto, costruito secondo schemi sillogistici e nella cornice di una genealogia dei concetti giuridici, eretti a dogmi sempre più generali ed astratti. In particolare, A. REPOSO, *Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo ... cit.*, p. 395. Come ha rilevato Lombardi, nel diritto anglosassone la proprietà non era considerato un istituto unitario ed assoluto, ma come una serie di *interest in land*, che si distingueva nettamente dalla concezione quiritaria del *Dominium ex jure Quiritium* che riemerse con la Rivoluzione Francese, il quale "*ipostatizza e istituzionalizza in modo autonomo e concreto, quelle che sono le diverse possibilità, riconosciute dalla legge, di utilizzazione del bene*". G. LOMBARDI, *Lo Stato federale. Profili di ... cit.*, pp. 76 e s.

Si inseriva così un sottile *discrimen* categoriale alla base della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato<sup>74</sup>.

Come precisato sopra, l'art. I, Sezione 8, cl. 3, costituisce una disposizione breve, ma ad ampio spettro nomologico per una serie nutrita di ragioni<sup>75</sup>. Innanzitutto, accanto alla *commerce clause*, nell'articolo I, vennero introdotte ulteriori clausole in materia economica che ascrivevano al Congresso la facoltà di imporre e percepire tasse, diritti, imposte e dazi che dovevano essere "uniformi" in tutti gli Stati Uniti; di pagare debiti pubblici (clausola I) e di fissare la normativa in ambito fallimentare (clausola III), di battere moneta, di stabilirne il valore e di fissare i pesi e le misure, punendo la contraffazione dei titoli di moneta corrente (clausole V e VI).

Tali disposizioni sono suscettive di una lettura in combinato disposto con la Sezione 9, il cui comma 5 fa divieto, al Congresso, di imporre tasse o diritti sulle merci esportate da uno qualunque degli Stati ed il cui comma 6 prevede che non possono essere emanati regolamenti commerciali o fiscali che prevedano trattamenti privilegiati a favore dei porti di uno Stato a scapito di un altro o dispongano che le navi dirette verso uno Stato o provenienti da un altro debbano pagare diritti per poter navigare nelle relative acque territoriali. Le menzionate disposizioni ineriscono ai poteri e ai doveri posti in capo al Congresso federale in alcuni settori cruciali della vita economica del Paese. A queste previsioni si aggiungono le speculari e negative imposizioni gravanti sui singoli Stati federati a dimostrazione dell'entità della separazione dei poteri delineatasi sull'asse verticale. La Sezione 10 della Costituzione federale prevede, alla clausola 1, che alcuno Stato potrà battere moneta, emettere titoli di credito, o consentire che il pagamento dei debiti possa avvenire con altri mezzi che non siano le monete d'oro e d'argento, o emanare leggi che portino una deroga alle obbligazioni dedotte nei contratti (cd. *Contract Clause*). Il comma 2 pone il divieto di esazione, a carico di ciascuno Stato, di imposte e diritti di ogni genere sulle importazioni e sulle esportazioni, a meno che non vi sia il consenso del Congresso e ciò non risulti assolutamente necessario per dare esecuzione alle leggi interne di ispezione. Inoltre, la Costituzione prevede che il gettito netto dei diritti e dei contributi imposti sulle merci in transito da uno Stato ad un altro saranno a disposizione della Tesoreria degli Stati Uniti e che le relative leggi saranno sottoposte al controllo e alla

---

<sup>74</sup> Occorre precisare che gli Stati Uniti e, del resto quasi tutti i Paesi dell'area a *common law*, si dimostrarono restii nel corso del periodo prebellico a forme di codificazione del diritto privato. Erano gli anni in cui si consumava la vivace diatriba tra i *jacksoniani*, sostenitori della codificazione, ed i difensori della tradizione di *common law* che assicurava che fossero le prassi consuetudinarie ed i costumi di un popolo e non la volontà politica a creare regole giuridicamente vincolanti nei confronti della società. Sul punto, M. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano (1870-1960)*, Bologna, 2004, pp. 3 e ss. In merito, invece, alla natura del diritto pubblico quale "tecnica organizzativa del potere", secondo regole speciali rispetto a quelle previste dal diritto privato, si rimanda al contributo di A. REPOSO, *Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo ... cit.*, p. 395 e ss.

<sup>75</sup> Parte della dottrina ha osservato come il carattere succinto della clausola celi la circostanza secondo cui la sua interpretazione abbia ricoperto un ruolo chiave nel dare forma alla attuale concezione del federalismo e all'ambito di esercizio dei poteri nazionali. In particolare, J.E. NOWAK, R.D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, St. Paul Minnesota, 1995, p. 131.

revisione del Congresso. Ulteriore obbligo negativo posto in capo agli Stati concerne il divieto di stabilire imposte sulle navi in base al tonnellaggio.

Il complesso organigramma normativo disegnato dalla Costituzione del 1787 godeva di una notevole ampiezza prescrittiva che, però, si dimostrò ben presto inadeguata a disciplinare la complessa evoluzione dei rapporti economici, la diversificazione della produzione, l'aumentare del volume degli scambi attraverso vie di comunicazioni più sicure e più veloci e i numerosi tentativi di elusione apprestati dai singoli Stati. Intervenne a riguardo l'opera acclaratrice della Corte Suprema e della sua giurisprudenza a fare luce sul contenuto normativo di talune *clauses* la cui formulazione risultava chiara solo in apparenza. La *necessary and proper clause* si dimostrò in prosieguo un'arma straordinaria ed uno strumento 'elastico' per espandere il potere del *Federal Government* di regolare il commercio interstatale e di promuovere il benessere economico generale<sup>76</sup>.

In effetti, soprattutto, sulla nozione di commercio interstatale – l'unica sulla quale si incentrerà la presente trattazione, tralasciando la regolazione del commercio con le altre Nazioni e con le tribù indiane – si sono succedute plurime ricostruzioni, talvolta contrastanti. Nella primigenia stagione applicativa, la *commerce clause* venne intesa quale strumento per destituire gli Stati dal potere di regolare il commercio interstatale (*among the States*). Come ribadirà la Corte Suprema, nella sentenza *Cohens v. Virginia* del 1821 (sulla quale ci si soffermerà in prosieguo), era estraneo al potere regolatorio del Congresso l'incidere a fini selettivi o dirigistici sul commercio interstatale con il solo scopo di restringere piuttosto che ampliare la libera circolazione delle merci e degli altri fattori di produzione sull'intero territorio nazionale, pur potendo il Congresso proibire o limitare taluni scambi per ragioni di sicurezza o di tutela della salute. Nella sua accezione originaria e nella sua interpretazione letterale, fedele all'impronta liberale, la *interstate commerce clause* avrebbe dovuto consentire al *Federal Government* di sanzionare ed annullare tutte quelle misure e quelle prassi condotte a livello dei singoli Stati che fossero state in grado di ledere la libertà di commercio e con essa tutte le libertà economiche che vi risultavano collegate in modo ancillare, ostacolando la creazione di un mercato unico nazionale. Erano gli anni in cui lo Stato federale presentava una dimensione minima e limitava il proprio potere di intervento in ambito economico a presidio (*ab externo*) dei diritti di libertà economica contro possibili condotte abusive perpetrate da parte dei singoli Stati.

Nel modello costituzionale del 1787 si disegnò il volto di uno Stato federale liberale che si incardinava nel contesto di un federalismo duale in cui la separazione dei poteri e delle competenze sull'asse verticale era rigida e delimitata.

---

<sup>76</sup> Sul punto, in particolare, S.F. SCHRAM, *United States. History and Development of...* cit., p. 397.

Fu proprio Hamilton a sottolineare, nel *Paper* n. 11 del *Federalist*, che “*rapporti commerciali senza limiti tra gli Stati promuoveranno il commercio di ciascuno Stato con l’interscambio dei rispettivi prodotti ... Le vene del commercio in ogni parte del paese verranno così rifornite e acquisteranno ulteriore dinamismo e vigore grazie alla libera circolazione dei prodotti di ogni zona. L’iniziativa commerciale avrà ben più ampio respiro per la differenza di produzione dei singoli Stati ... L’unità di interessi commerciali, come di quelli politici, può risultare solamente dall’unità di governo*”. A suo parere una produzione diversificata e un dinamico regime di scambi commerciali avrebbe consentito di arginare i rischi delle fluttuazioni economiche, delle crisi di mercato e della stagnazione, favorendo la scoperta di beni succedanei in grado di sostituire le materie prime e altri prodotti nonché di ridurre la dipendenza economica dall’Europa, dalla quale gli Stati Uniti importavano numerosi manufatti, dal momento che “*la prosperità commerciale è sentita e riconosciuta, da tutti gli statisti illuminati, come la fonte più utile e produttiva di ricchezza nazionale ed è divenuta l’oggetto primario delle loro cure politiche*”<sup>77</sup>.

Hamilton, nel *Paper* n. 12 del *Federalist*, scorgeva nell’immagine del “mercante instancabile, dell’agricoltore laborioso, dell’artigiano attivo e del fabbricante industrioso” i fautori del progresso economico e sociale degli Stati Uniti tanto da sostenere che tra agricoltura e commercio non sussistesse rivalità alcuna, ma solo un intreccio di interessi intimo ed armonioso che, però, poneva il fiorire del primo quale condizione per un proporzionale aumento di valore della seconda. Il commercio costituiva l’*instrumentum* che dava sbocco ai prodotti della terra, che incentivava la produzione agricola e aumentava il volume di danaro circolante. Nel pensiero di Hamilton, l’attività imprenditoriale, in particolare nel campo manifatturiero, e quella mercantile avrebbero dovuto essere privilegiate rispetto all’agricoltura, dal momento che la crescita del settore agricolo dipendeva dallo sviluppo dell’industria e dei commerci. Questi ultimi, invece, vennero giudicati da Thomas Jefferson come il germe perverso dell’elitismo economico e della “degenerazione plutocratica” che avrebbe concentrato la ricchezza nei soli ceti industriali e mercantili e favorito lo sviluppo del mondo urbano a scapito di quello rurale. A parere di Jefferson, la concentrazione della ricchezza nelle mani di pochi e l’avvento di un regime capitalistico avrebbero minato le basi democratiche della nascente Nazione americana, il suo era un modello che privilegiava la produzione agricola e l’astensionismo dello Stato dagli affari economici. Nelle due contrastanti elaborazioni si scontrarono, “*le due anime della democrazia americana: la democrazia industriale e*

---

<sup>77</sup> I due passaggi sono ripresi rispettivamente dal *Paper* n. 11 e dal *Paper* n. 12 del *Federalist*, scritti entrambi da Alexander Hamilton nel novembre del 1787. Nel *Paper* n. 12 sottolineò come “*la posizione geografica di questi Stati, il numero di fiumi dai quali sono attraversati e collegati, la quantità di baie che ornano le loro sponde, la facilità di comunicazioni in ogni direzione, l’affinità di lingua e consuetudini, l’abitudine agli scambi – son tutti elementi che concorrerebbero a rendere ben poco difficile il contrabbando tra loro e permetterebbero reciproche e frequenti infrazioni dei regolamenti commerciali*”. A. Hamilton, “The Federalist, Papers n. 11-12” in *Il Federalista* (a cura di G. Sacerdoti Mariani), Torino, 1997, pp. 91-92 e pp. 93-94.

*mercantile auspicata da Alexander Hamilton e la democrazia rurale dei piccoli farmers vagheggiata da Thomas Jefferson*<sup>78</sup>. Fu proprio Hamilton a sostenere, nel noto *Report on Manufactures*, l'importanza dell'intervento pubblico a sostegno della piccola e media impresa manifatturiera e la necessità che il Governo creasse un clima di fiducia favorevole agli investimenti. Ciò era indispensabile affinché anche il volume degli scambi con l'Europa poggiasse su di un equilibrato rapporto tra il livello di beni esportati e quello di beni importati al fine di elidere la dipendenza economica dal Vecchio Continente, *in specie* dalla Gran Bretagna, un volta conquistata l'indipendenza politica dalla Madre Patria, segnando il passaggio da una *colonial economy* ad una *national economy*<sup>79</sup>.

Era evidente che nel pensiero dei due statisti si agitassero due contrapposte concezioni della vita politica e della dimensione economica, quella di Hamilton fedele all'immagine di uno Stato federale munito di un ponderato e misurato potere di intervento negli affari economici e quella di Jefferson legata al principio dell'astensionismo del pubblico potere dalla sfera di vita privata dei cittadini in ossequio all'osannato principio liberale di separazione dello Stato dalla società civile.

Simili impostazioni teoriche si pongono nel solco di quella tradizione di pensiero che ha denunciato, in modo veemente, le origini od anche la dimensione economica della Costituzione federale, evidenziando come gli interessi della classe dei proprietari terrieri, dei commercianti e degli imprenditori abbiano, in guisa diversa, influito sul compromesso costituzionale e sulla formazione delle volontà dei singoli *Founding Fathers*.

In particolare, Charles Beard colse un sottile determinismo economico, spesso negletto agli ambienti intellettuali del tempo, nel percorso costituente americano. Beard fa proprio l'ideale liberale che dagli studi di Bancroft in poi, consideravano la società americana una miscellanea di atomi separati e liberi, in costante movimento ed in reciproca interazione ai quali la legge e le istituzioni assicuravano un ordinato svolgimento. Una fraseologia, ritenuta da Beard, vaga, ma applicabile alla sua interpretazione economica della storia costituzionale americana e al suo giudizio sulla Costituzione del 1787, ritenuta a pieno titolo, "*an economic document*"<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> L'espressione si deve ad A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia ...* cit., p. 21. Nella stessa opera è riportata l'affermazione fatta da Hamilton nel suo *Report on Manufacture*, secondo cui: "*not only the wealth but the independence and security of a country appear to be materially connected with the prosperity of manufacture*", *ibid.* p. 23. Sulle contrapposte concezioni politiche di Hamilton e Jefferson, interessante è il contributo di S. VENTURA, *Il federalismo*, Bologna, 2002, p. 52 e s.

<sup>79</sup> Sul punto, di rilievo, è l'analisi condotta da L.B. SCHMIDT, "Internal Commerce and the Development of National Economy before 1860", in *The Journal of Political Economy*, Vol. 47, No. 6, (Dec. 1939), p. 798.

<sup>80</sup> A parere dell'autore: "... *It is necessary to realize at the outset that law is not an abstract thing, a printed page, a volume of statutes, a statement by a judge. So far as it becomes of any consequences to the observer it must take on a real form; it must govern actions; it must determine positive relations between men; it must prescribe processes and juxtapositions. A statute may be on the books for an age, but unless, under its provisions, a determinate arrangement of human relations is brought about or maintained, it exists only in the imagination. Separated from the social and economic fabric by which it is, in part, conditioned and which, in turn, it helps to condition, it has no reality*". Sul punto, C.A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, 1941, p. 12.

Beard coglie nella classe dei proprietari terrieri, dei commercianti e degli artigiani una fascia di elettorato molto importante, i cui altalenanti umori avrebbero condizionato il percorso di ratifica del Testo costituzionale, a differenza, dei piccoli proprietari, delle donne e degli schiavi che, invece, erano privi del diritto di voto. A parere di Beard, dietro le ragioni ufficiali e la parvenza politica della storia costituzionale degli Stati Uniti d'America, si celavano ben più profonde e determinanti cause economiche, sociali e geografiche<sup>81</sup>. Analoga linea di pensiero si scorge nell'opera di Vernon Parrington che riteneva la fase costituente americana condizionata da due anime distinte, quella hamiltoniana di tipo elitario e quella jeffersoniana di natura populista, propendendo, egli, per la seconda ipotesi a tutelare le singole sovranità statali<sup>82</sup>. Il trittico di storiografi progressisti si completa con la figura di Allen Smith, che sostenne la tesi delle origini non democratiche della Costituzione federale, riflesso degli interessi di una categoria economicamente forte quale quella dei grandi proprietari terrieri, anticipando di qualche anno, il contributo di Beard<sup>83</sup>.

Le argomentazioni teoriche degli storici progressisti che in Beard, Parrington e Smith rinvennero i loro maggiori esponenti furono esposte alle critiche di quella parte della storiografia successiva al Secondo Conflitto Mondiale che non riteneva opportuno ridurre l'eziologia del percorso costituente americano ed il mutato spirito che segnò il trapasso dalla Rivoluzione alla Costituzione in mere ragioni economiche, concorrendovi anche il mutato pensare, il nuovo agire politico ed il clima culturale che si erano creati negli anni della Confederazione. Uno studioso quale John Pocock, profondo conoscitore della storia inglese, ritenne il patto costituzionale siglato nel 1787 non altro che una forma di ristabilimento di taluni importanti legami simili a quelli esistenti tra Colonie e Corona britannica. Pocock sostenne l'ideale secondo cui nella storia delle grandi repubbliche, da Catone a Montesquieu sino a Hume, il moderno mondo civilizzato avesse sempre reputato opportuno controllare il commercio in modo tale da garantire un disciplinato sviluppo degli interessi economici tale da rendere una privata virtù compatibile con una pacifica e ordinata vita pubblica<sup>84</sup>. L'impronta teorica di Pocock non mancò di suscitare le critiche di quella parte della

---

<sup>81</sup> Egli ravvisò, inoltre, la presenza di un costante interesse economico o di parte nel corso delle discussioni in seno alla Convenzione costituzionale che trovò poi, espressa formulazione in ciascuna di quelle clausole aventi una connotazione economica e nella manifesta intenzione di tutelare i diritti di proprietà privata, assicurandone una uniforme distribuzione ed eque e lecite modalità di acquisizione. In particolare, C.A. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution* ... cit., pp. 14-25 nonché, 152-175. Per un commento contemporaneo all'opera di Beard, si rinvia all'interessante articolo di R. HOFSTADTER, "Beard and the Constitution: The History of an Idea", in *American Quarterly*, Vol. 2, N. 3, (Autumn 1950), pp. 194-210. Sull'opera di Beard si è espresso, di recente, in modo critico, Amar che ha ravvisato nelle parole del Preambolo della Costituzione l'essenza dello spirito democratico e non dello spirito di classe. Sul punto, A.R. AMAR, *America's Constitution*.. cit., p. 472. Un interessante commento dottrinario italiano, in materia, è fornito da G.BROSIO, *Equilibri instabili. Politica ed economia nell'evoluzione dei sistemi federali*, Torino, 1994, pp. 57 e ss.

<sup>82</sup> Sul punto, V.L. PARRINGTON, *Main Currents in American Thoughts*, Vol. III, New York, 1927.

<sup>83</sup> In particolare, J.A. SMITH, *The Spirit of the American Government*, (1907), rist. Cambridge, Massachusetts, 1965.

<sup>84</sup> Per una disamina generale del pensiero di Pocock, si rimanda alla sua opera, J.A. POCOCCO, *La ricostruzione di un impero. Sovranità britannica e federalismo americano*, Roma, 1996.

dottrina, tra cui Roger Smith, il quale sostenne che: “*Pocock has not, however, explored in detail the relationship of the republican tradition to the liberalism of American political thought*”<sup>85</sup>. Smith considerava le origini della storia costituzionale americana pervase dall’ideale liberale lockiano della pace civile e della prosperità materiale perseguite attraverso la crescita economica ed il progresso scientifico.

Il modello istituzionale delle origini appariva, dunque, incorniciato in un patto costituzionale che segnava la nascita di uno Stato federale avente una forma di governo repubblicana e presidenziale ed in cui il riparto dei poteri sull’asse verticale, tra *Federal Government* e singoli Stati, era improntato ad un rigido dualismo e ad una iniziale diffidenza reciproca che si compendia nella metafora madisoniana del “*novelty and compound federal system*”<sup>86</sup>. Sull’asse orizzontale era, invece, imperniato su di una netta separazione delle sfere di competenza tra i singoli poteri con un ruolo chiave ricoperto dal Congresso<sup>87</sup>.

Il Paese era avviato ad un notevole sviluppo economico sospeso, talvolta in modo stridente, tra una dimensione agraria ed una industriale e mercantile, necessarie per il comune benessere, ma con una inclinazione verso il mondo della manifattura e del commercio che consentirà l’avveramento della profezia hamiltoniana e non di quella jeffersoniana che scorgeva negli Stati Uniti i tratti geomorfologici di una democrazia industriale<sup>88</sup>.

### *1.3 Dinamiche economiche e struttura del mercato negli Stati Uniti d’America del XIX secolo*

In seguito alla pace con la Gran Bretagna del 1783, molti territori ubicati ad Ovest risultavano ancora inabitati e pochi erano gli appezzamenti di terreno oggetto di proprietà privata. Fu così che

---

<sup>85</sup> In particolare, R. M. SMITH, *Liberalism and American Constitutional Law*, Cambridge, Massachusetts, 1985, p. 15 e 16 nonché pp. 146 e ss. L’autore coglie nella prima stagione applicativa della *Commerce Clause*, un atteggiamento volto a favorire il superamento di una economia rurale e statica, fondata sul mero godimento della terra, a tutto sostegno dello sviluppo di un uso produttivo della proprietà privata, attraverso un incremento della produzione e dei commerci, preservati da eccessive forme di intervento apprestate dai pubblici poteri, in linea con l’ideale hamiltoniano di un Paese che sperimentava i frutti di una economia dinamica, manifatturiera e mercantile.

<sup>86</sup> H.N. SCHEIBER, “Federalism and the American Economic Order, 1789-1910”, in *Law and Society Review*, Vol. 10, No. 1, (Autumn 1975), p. 57. L’autore ribadisce che, per Hamilton, il sistema federale costituiva un “*necessarily compromise of dissimilar interests and inclinations*” che dette grande impulso al successivo sviluppo economico della Nazione, *ibid.* p. 57.

<sup>87</sup> Nonostante l’apparato giudiziario, eccetto la prevista Corte Suprema, prenderà corpo solo in virtù del *First Judiciary Act*, (1 Stat. 73) del 1789. Per un commento ed una ricostruzione si rimanda al contributo di W.H. HOLT, “The Establishment of the Federal Court System, 1787-1789”, in *The United States Supreme Court. A Pursuit of Justice* (edited by C. Tomlins), New York, 2005, pp. 18 e ss.

<sup>88</sup> Brillanti, a riguardo, sono i richiami che Zorzi Giustiniani fa al pensiero di Bertrand Russell, il quale asserì: “Jefferson fece dell’America la patria della democrazia, Hamilton ne fece la patria dei milionari. La democrazia agricola di tipo jeffersoniano può avere successo in un Paese come la Danimarca che offre scarse possibilità per uno sviluppo capitalistico su vasta scala. Ma in una regione vasta come gli Stati Uniti, dove l’agricoltura è in tutto dipendente dalle ferrovie, un liberalismo agrario non può avere speranze di successo. Non è possibile dominare le grandi forze del capitalismo moderno per mezzo di un amabile individualismo alla “fa-come-ti pare”. Gravando sui progressisti questa ormai inadeguata filosofia, Jefferson senza volerlo, rese la vittoria dell’economia hamiltoniana più completa di quanto non sarebbe stato necessario”. A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell’economia ... cit.*, p. 25.

per promuovere la nascita di nuovi insediamenti vennero attribuite numerose terre in proprietà privata a chiunque ne facesse richiesta e dietro pagamento di un modico prezzo. Taluni lotti erano riservati dal Congresso confederale alla costruzione di opere pubbliche quali scuole e chiese. In virtù di due *Land Ordinances* del 1785 e del 1787, venne stabilito che i territori con un certo numero di abitanti si munissero di organi di autogoverno e di assemblee elettive. Ne era derivato un regime di proprietà delle terre occidentali assai confuso, in cui il *discrimen* tra titolarità pubblica e titolarità privata risultava, sovente, evanescente.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione federale e del *Bill of Rights*, il territorio degli Stati Uniti d'America, dunque, non presentava certo le dimensioni e i confini odierni. Solo con gli anni si ebbero ulteriori acquisizioni all'ombra dell'art. IV, Sezione 3 della Costituzione che riconosceva il potere di ammettere nuovi Stati in seno all'Unione. Fu così che nel 1792 venne annesso il Kentucky e che nel 1803 il Presidente Jefferson stipulò un trattato con la Francia che gli conferì la sovranità dell'intero territorio del bacino del Mississippi, dalla sorgente sino alla foce del fiume che comprendeva la Louisiana<sup>89</sup>. L'enorme acquisizione territoriale, per effetto di un trattato internazionale bilaterale, suscitò l'immediato sospetto della sua incostituzionalità, stante la restrittiva concezione jeffersoniana del novero dei poteri centrali. Ma a sorpresa la Corte Suprema ne riconobbe l'attrazione nella sfera di competenza del *Federal Government*<sup>90</sup>. Successivamente venne acquisito il Texas, nel 1845, sino a giungere, paradossalmente, alle soglie della Guerra di Secessione all'annessione di tutti i territori dell'Ovest<sup>91</sup>. Seppure il completamento del processo di espansione territoriale si sia protratto anche oltre la fine del XIX secolo.

Intorno al 1861, l'Unione federale contava sulla presenza di trentuno Stati sovrani all'interno dei quali furono avviati importanti programmi di privatizzazione delle terre. Nell'ambito dei neo-annessi territori di frontiera maturò, comunque, un forte sentimento di unità nazionale cui si accompagnava uno spiccato individualismo, estrinsecato nell'ambito delle singole attività economiche e commerciali.

---

<sup>89</sup> Sul punto, J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs ... cit.*, pp. 210 e ss.

<sup>90</sup> La vicenda *de qua* venne decisa nel noto caso *American Ins. Co. v. Bales of Cotton* 1 Pet. 511 (1828) in cui il Giudice Supremo riconobbe il potere del *Federal Government* di acquisire nuovi territori con il fine di implementare la propria estensione geografica. Jefferson era giunto a proporre un emendamento costituzionale per legittimare la nuova acquisizione della Louisiana.

<sup>91</sup> La Florida venne ceduta dalla Spagna il 1819, lo Stato dell'Oregon venne ceduto dalla Gran Bretagna nel 1846, e la California venne ceduta dal Messico nel 1848. Nel 1867, venne acquistata dalla Russia l'Alaska, nel 1898, a seguito di un colpo di Stato, venne annesso l'arcipelago delle Hawaii. Nel corso dello stesso anno furono annessi, conclusasi la Guerra Ispano-americana, i territori di Guam, Portorico e delle Filippine, queste ultime si resero, poi, indipendenti. Nel 1803 gli Stati Uniti acquistarono dalla Francia, per un compenso di circa 23 milioni di dollari, i territori che oggi corrispondono agli Stati americani dell'Arkansas, del Missouri, dell'Iowa, di Oklahoma, del Kansas, del Nebraska, del Minnesota, del North Dakota, del South Dakota, a nord-est del New Mexico, a nord del Texas, una parte del Montana, del Wyoming e del Colorado. In particolare, nel 1816 venne creato lo Stato dell'Indiana, nel 1817 quello del Mississippi, nel 1818 l'Illinois, nel 1819 l'Alabama, nel 1820 il Maine, e nel 1821 il Missouri. Sul punto, J.A. MALDWIN, *Storia degli Stati Uniti d'America. Dalle prime colonie inglesi ai nostri giorni*, Milano, 2005, pp. 88-91 nonché di J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs ... cit.*, pp. 207 e ss.



Un territorio così vasto presentava ingenti risorse naturali, profondamente diversificate in relazione al clima e all'ambiente esterno. Risultava, pertanto, agevole suddividere il territorio in tre grandi sezioni, comprendenti le regioni occidentali dedite alla produzione di beni alimentari; le regioni del Sud ricche di enormi piantagioni e quelle orientali impegnate nell'attività manifatturiera e bancaria. Le crescenti relazioni commerciali tra queste tre grandi regioni avevano provocato una profonda specializzazione, a livello delle singole aree, della produzione, con conseguente sviluppo dell'economia nazionale. Il commercio tra le regioni centro-orientali e quelle meridionali era favorito dall'uso del battello a vapore (non essendo ancora state costruite internamente strade e ferrovie) che solcava le acque del fiume Mississippi, trasportando verso Sud carni, whiskey, farina e melassa e risaliva verso Nord carico di cotone, mais, avena, tabacco e zucchero di canna. Questo fece sì che cittadine che si affacciavano lungo i fiumi ed i canali divennero ben presto fiorenti centri commerciali, basti pensare a Pittsburgh, Cincinnati e Louisville sul fiume Ohio; o a Memphis e New Orleans nel basso Mississippi o a St. Louis, a Davenport e a Burlington sulla parte alta del Mississippi. Come affermò DeBow, *"No city of the world has every advanced as a mart of commerce with such gigantic and rapid strides as New Orleans"*, tra il 1830 ed il 1860<sup>92</sup>.

Il fiorire dei commerci interni ridusse la dipendenza economica dalla Gran Bretagna nell'approvvigionamento di materie prime e dei beni di primaria necessità e segnò la transizione da una economia coloniale ad una nazionale. La crescita del commercio interstatale fu accompagnata da una riduzione delle esportazioni verso i paesi stranieri, segnando l'inizio dell'espansione dei mercati interni. L'evoluzione nel volume degli scambi accentuò, però, la dipendenza economica del Sud dal Nord-Ovest, dal quale riceveva ingenti quantità di frumento e di grano. Ma sino al 1830 circa, la domanda del tabacco del Kentucky e del Tennessee, dello zucchero della Louisiana e del cotone del Sud-Est aumentò notevolmente, coprendo il fabbisogno dei territori nord-orientali e rendendo la zona del Golfo del Messico un importante snodo marittimo e commerciale. A sua volta, i territori dell'Est esportavano verso le regioni meridionali manufatti di sempre più sofisticata fattura<sup>93</sup>. Simili strutture di mercato riflettevano dinamiche economiche legate a vie di comunicazione quali i fiumi, i laghi, i canali e l'Oceano, che ponevano in relazione le varie parti del Paese. I contatti commerciali tra le regioni dell'Est e dell'Ovest erano ostacolati, invece, dall'assenza di vie di comunicazione interne, comode e sicure, e limitate dalla presenza di vasti territori incontaminati e disabitati nelle regioni dei Grandi Laghi.

---

<sup>92</sup> Sul punto, L.B. SCHMIDT, "Internal Commerce and the Development of National Economy before 1860", in *The Journal of Political Economy*, Vol. 47, No. 6, (Dec. 1939), p. 802. L'autore sottolinea come il numero di battelli a vapore diretti a New Orleans aumentò da un numero pari 989 mezzi con un carico di trasporto pari a 260,900 tonnellate, nel 1830, ad un numero di battelli pari a 3,566 con un carico di merci di 2,187,560 tonnellate.

<sup>93</sup> Sul punto, H.N. SCHEIBER, "Property Rights and Definition of the "Market": Law and the American Economy", in *The Journal of Economic History*, Vol. 41, No. 1, (March 1981), pp. 104 e ss.

Il contesto mutò non appena furono abitati i terreni che si affacciavano sui Grandi Laghi e non appena vennero potenziate le vie di comunicazione interne su strada e su rotaia che resero gli scambi più veloci e sicuri. Questo accentuò i legami commerciali tra Est ed Ovest, rendendo l'area del *Middle-West* un nuovo punto di snodo commerciale che rese le città di Cleveland, di Toledo, di Detroit, di Chicago e di Milwaukee, fiorenti centri di scambio di merci<sup>94</sup>. Ogni giorno ingenti quantità di prodotti e di manufatti, (*surplus products*), di tipo tessile, alimentare ed agricolo cui si associavano bestiame, spezie, medicinali, thè, tabacco, sale e pesce, attraversavano tali immensi territori, coprendo una vastissima porzione di mercato interno, a fronte di una domanda crescente e di una offerta in continua espansione<sup>95</sup>. Anche le rivierasche Città di Boston e New York, affacciantesi sull'Oceano Atlantico, incrementarono i loro punti di collegamento con le regioni centro-orientali, consegnando a New York lo scettro di "*leading commercial metropolis of the country – [with] a position it has since retained by virtue of water, rail, highway, and airway connections with the West*"<sup>96</sup>.

Come rilevò Alexis de Tocqueville: "*il commercio scende e risale i fiumi dell'interno con una rapidità senza esempio. A questi elementi creati dalla natura o dall'arte, si aggiungono l'instabilità dei desideri, l'inquietudine dello spirito, l'amore delle ricchezze, che, spingendo continuamente l'americano fuori dalla sua dimora, lo mettono in comunicazione con un gran numero di concittadini ... Via, via che l'industria degli americani fa progressi, si restringono i legami economici che uniscono i vari Stati confederati e si realizza l'unione delle abitudini dopo quella delle opinioni ... perché il buon mercato è la legge suprema del commercio ...*"<sup>97</sup>.

Tocqueville notò come l'agricoltura del Sud, l'industria ed il commercio del Nord e le ingenti risorse dell'Ovest costituissero fonti inestimabili di ricchezza cui si poteva congiuntamente attingere solo preservando il valore dell'Unione federale. Proprio il Nord costituiva un importante intermediario tra il Sud e l'Ovest. Ma la mappatura dei mercati tracciata da De Tocqueville, tra il 1830 ed il 1832, venne smentita dall'evolversi delle relazioni economiche tra il Nord e l'Ovest a scapito delle regioni meridionali<sup>98</sup>. Il potenziamento delle vie di comunicazione esistenti tra le

---

<sup>94</sup> Sono interessanti, sul punto, la cartografia e i dipinti di Beaumont che accompagnò de Tocqueville nel suo viaggio in America. Egli disegnò, infatti, il primo battello a vapore, chiamato *Walk-in-the-water*, che solcò dal 1820 le acque dei Grandi Laghi, nei pressi di Detroit. Per una consultazione grafica, si rinvia A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, ... cit., p. 370.

<sup>95</sup> In particolare, sui dati della produzione agricola si rimanda al contributo di C.M. CALLAHAN, W.K. HUTCHINSON, "Antebellum Interregional Trade in Agricultural Goods: Preliminary Results", in *The Journal of Economic History*, Vol. 40, No.1, (March 1980), pp. 27 e ss., all'interno del quale sono consultabili anche le rappresentazioni grafiche del livello di produzione nell'ambito dei singoli Stati.

<sup>96</sup> Sul punto, L.B. SCHMIDT, *Internal Commerce and the Development* ... cit., p. 811.

<sup>97</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Libro II, Capitolo X, ed. it., Milano, 1999, pp. 380-381.

<sup>98</sup> De Tocqueville riteneva necessaria l'unione degli Stati non solo in virtù di ragioni di utilità commerciale, bensì per motivi di interesse politico. A suo parere, l'immensa popolazione di schiavi che popolava le regioni del Sud costituiva una minaccia per il presente e ancor di più per il futuro. In particolare, A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Libro II, Capitolo X, ed. it., Milano, 1999, pp. 369-370.

regioni occidentali e quelle orientali, segnò l'isolamento degli Stati del Sud e il declino commerciale di New Orleans. Sempre DeBow dichiarò, in un discorso tenuto a Nashville nel 1850, che nel Nord, “*energy, enterprise, and an indomitable spirit had rolled back the mighty tide of the Mississippi and its ten thousand tributary streams until their mouth, practically and commercially is more at New York and Boston than at New Orleans*”<sup>99</sup>.

La vecchia teoria secondo cui “*the trade follows the rivers*”, venne smentita. Il timore dell'isolamento commerciale, preludio per una economia stagnante e per una produzione eccedentaria, spinse gli Stati del Sud a convocare la Convenzione di Memphis del 1845, in occasione della quale John C. Calhoun che la presiedeva, sostenne l'importanza del commercio fluviale e la necessità di implementare la navigazione lungo i fiumi verso Occidente, sottoponendola ad un controllo e ad una disciplina federali. Proprio allora si iniziava ad iniettare, negli Stati del Sud, il germe perverso che avrebbe condotto alla Guerra di Secessione<sup>100</sup>.

Costituisce, comunque, un dato certo che le relazioni commerciali tra queste grandi aree di mercato, implementarono i legami tra il settore agricolo e quello industriale, favorendo una maggiore interdipendenza economica che risultava fondamentale per la creazione di un mercato unico nazionale. Lo sviluppo di numerosi centri urbani fu favorito proprio dal fiorire del commercio interstatale, pur esistendo ancora tra il 1850 ed il 1860, vaste aree isolate, legate ad una produzione poco diversificata e di sussistenza<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> La citazione è riportata nel contributo di L.B. SCHMIDT, *Internal Commerce and the Development ... cit.*, p. 815.

<sup>100</sup> Il pensiero di DeBow e di John Calhoun sono rinvenibili nel contributo citato di L.B. SCHMIDT, *Internal Commerce and the Development ... cit.*, p. 816-817.

<sup>101</sup> Come rileva Schmidt, lo sviluppo del commercio interno, nel periodo prebellico, risiede nell'introduzione del principio di divisione del lavoro pronosticato da Adam Smith, considerato come la capacità di una comunità di organizzarsi per produrre ricchezza. La divisione del lavoro, per Schmidt, richiede due linee di sviluppo: la prima è costituita dall'impiego dei lavoratori, residenti in una regione, in differenti attività ed industrie; la seconda presuppone una divisione territoriale del lavoro, fondata su differenti attitudini presenti nelle regioni. La prima linea di sviluppo è intraregionale, la seconda interregionale. Negli Stati Uniti, prima del 1815, vi erano territori ove la popolazione produceva beni di primaria necessità e la comunità limitava notevolmente i propri fabbisogni in ragione delle risorse possedute. La divisione del lavoro era sconosciuta poiché le famiglie tendevano a produrre da sole quanto necessario. Solo con il tempo, il mutare crescente dei bisogni mise in relazioni *town and country* e allargò i confini dei mercati. Sul punto, L.B. SCHMIDT, *Internal Commerce and the Development ... cit.*, p. 819-820.



Fig. 1 L'immagine è consultabile nei siti *internet* appositamente dedicati alla materia della rappresentazione grafica dell'evoluzione dei confini del territorio statunitense.

#### 1.4 I concetti di “dual federalism” e di “ethos” liberale e loro prime applicazioni pretorie

Il XIX secolo costituì, per gli Stati Uniti d'America, il periodo dell'estensione territoriale e della espansione economica. La produzione e la distribuzione dei beni avveniva con grande rapidità e poneva in relazione cittadini residenti in Stati molto lontani, favorendo la conoscenza di tradizioni e costumi locali, ma evidenziò, altresì, il graduale divario di sviluppo creatosi tra le regioni del Sud e quelle dell'Ovest e dell'Est che avrebbe minacciato il destino dell'Unione.

In un simile scenario, un ruolo chiave venne ricoperto dalla *interstate commerce clause*, che divenne un valido strumento, in mano alla Corte Suprema, per abrogare la legislazione locale che ostacolava i traffici interstatali o quelle norme che, pur avendo una sfera di applicazione limitata al territorio di uno Stato, incidevano negativamente sul volume degli scambi posti in essere oltre i loro confini, discriminando cittadini ed imprese di altre regioni. Sono, del resto, gli anni in cui si disquisì dell'estensione del potere regolatorio del commercio interstatale da parte del Congresso e sulla possibile presenza di uno spazio residuo di normazione lasciato ai singoli Stati in assenza di una disciplina federale (cd. *dormant or negative commerce clause*).

Si tentò di comprendere se al ruolo affermativo del Congresso corrispondesse solo un ruolo negativo degli Stati o se si potesse, invece, ammettere un intervento marginale delle entità decentrate a fronte di un contegno ‘silente’ del *Federal Government*, visto che talune normative locali ridondavano dall’ambito di disciplina dei commerci infrastatali e, trincerandosi dietro pretestuose ragioni di necessità o di opportunità economica, ‘proteggevano’ i mercati interni. Si stava innervando negli interstizi delle relazioni statali una forma di competizione, sovente, sleale.

Il comportamento ‘silente’ dell’Autorità Centrale, nella prima decade del XIX secolo, si coniugava con l’assunto liberale che limitava l’ambito di intervento dello Stato nei vari segmenti della vita economica, lasciando ampio spazio alla autonoma iniziativa dei singoli. Solo con il tempo il Congresso federale predispose programmi nazionali per disciplinare taluni aspetti delle attività di scambio, espropriando gli Stati di sempre maggiori competenze.

In un simile contesto, la *commerce clause* divenne strumento atto a ‘limitare’ la sovranità (economica) dei singoli Stati e a ‘delimitare’, in virtù della tecnica del riparto, le sfere di competenza dell’Autorità federale e di quelle statali, tentando di coniugare le istanze unitarie con il valore dell’autonomia ed evitando sovrapposizioni tra i due livelli di governo<sup>102</sup>. Più specificamente la *commerce clause* fungeva da strumento di affermazione della competenza federale e di negazione di quella statale. Ne derivava una separazione delle competenze che, nella mente di Madison, non avrebbe messo in pericolo i poteri riservati ai singoli Stati e nello stesso tempo avrebbe garantito il mantenimento dell’Unione<sup>103</sup>. L’ampliamento graduale delle materie sottese alla *jurisdiction* federale avvenne specularmente all’evoluzione della storia economica degli Stati Uniti d’America, connotata dai progressi dell’industria e della scienza tecnica applicata al mondo dei commerci, dell’agricoltura e dell’artigianato.

L’interpretazione della clausola sul commercio interstatale ad opera della Corte Suprema e il differente modo di leggerne il substrato nomologico e di penetrarne gli interstizi applicativi, non riflettevano solo le diverse sensibilità, giuridiche e politiche, dei singoli giudici (*conservative v. liberal ideologies*), ma nello stesso tempo rispecchiavano il mutare del contesto socio-economico esterno sempre più complesso e variegato<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano, 2004, pp. 120-121, nonché L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, pp. 1030-1031.

<sup>103</sup> J. MADISON, “Federalist n. 46”, in *The Federalist Papers* (with an introduction and a commentary by G. Wills), New York, 2003, p. 285 e ss.

<sup>104</sup> A riguardo di rilievo è l’analisi operata F.B. CROSS, E.H. TILLER, “The Three Faces of Federalism: an Empirical Assessment of Supreme Court Jurisprudence”, in *Southern California Law Review*, Vol. 73:741, 1999-2000, pp. 744 e ss. che distinguono un “*political federalism*”, che riflette la concezione *liberal* o *conservative* posseduta dai singoli giudici in merito ai rapporti tra *National and State powers*; un “*institutional federalism*” che concerne l’impostazione ideologica posseduta dalla Corte, in quanto organo costituzionale complesso, ed un “*honest federalism*” che intende dare il giusto e reale riguardo ai due differenti centri decisionali. Per una analisi generale delle personalità e delle rivalità dei singoli *justices*, si rimanda all’opera di J. ROSEN, *The Supreme Court. The Personalities and the Rivalries that Defined America*, New York, 2007,

Il federalismo statunitense assorbì l'essenza di tali variabili esterne, divenendo un processo dinamico ed inarrestabile che condizionò il modo di intendere la forma di Stato e la forma di Governo e cadenzò il ritmico evolversi delle stagioni del costituzionalismo americano. Come rilevano Eskridge e Ferejohn, “*un federalismo robusto deve saper mantenere i confini tra autorità statale e nazionale, proteggendo gli Stati dall'invasione delle istituzioni nazionali, preservandoli dalle incursioni dei loro vicini e costringendoli a non trasgredire i valori costituzionali e nazionali*”. Per i due autori, la giurisprudenza sulla *commerce clause* costituisce un laboratorio naturale per lo sviluppo della *federalistic theory*<sup>105</sup>. Il fatto stesso che le elaborazioni teoriche di Hamilton, Madison e Jay siano state, talvolta, smentite o superate dalle vicende storiche successive è un riflesso della intima instabilità e temporaneità degli assetti federali che si evidenzia nei cangianti equilibri e nei dinamici rapporti tra Stato federale ed entità federate e si consuma nell'intima tensione tra tendenze centripete e centrifughe nel sistema di riparto dei poteri.

La primigenia giurisprudenza applicativa della *interstate commerce clause* ebbe rare occasioni per annullare leggi del Congresso, stante la pressoché totale assenza di una disciplina organica, in materia economica, a livello federale. Si potrebbe forse rammentare il *Whiskey Act*, approvato dal Congresso nel 1791 su iniziativa dell'allora Segretario al Tesoro Alexander Hamilton per sanare il grave *deficit* presente nel bilancio federale a seguito dell'accollo di numerosi debiti statali<sup>106</sup>. Il provvedimento introduceva una tassa che gravava pesantemente sui produttori della Pennsylvania occidentale impegnati nel trasporto e nella vendita di partite di malto d'orzo liquefatto in whisky sui mercati orientali e, nonostante, i rappresentanti dello Stato della Pennsylvania vi votarono contro, il provvedimento ottenne al Senato la maggioranza dei voti validi. Il rifiuto di riconoscerne la legittimità da parte dei singoli *farmers* della Pennsylvania, provocò, nel 1794, nei pressi di Pittsburgh, gravi disordini e un generale malcontento (cd. *Whiskey Rebellion*) e mise in dubbio, per la prima volta, l'opportunità di una legge approvata dal Congresso federale<sup>107</sup>.

Ulteriori interventi in ambito economico, apprestati dall'autorità centrale sono riconducibili al *Coniage Act* del 1792 e alle note leggi doganali approvate tra il 1828 ed il 1832, sulle quali ci si soffermerà in prosieguo, che acuirono il divario economico tra il Nord e il Sud e prepararono il terreno per lo scoppiare della Guerra Civile.

---

<sup>105</sup> W.N. ESKRIDGE, J. FEREOH, “The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47:1355, 1994, p. 1359.

<sup>106</sup> Per un'analisi della condizione finanziaria dovuta ad una crescita graduale del deficit e del debito pubblico si rimanda all'opera di A. ZORZI GIUSTINIANI, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario. Il caso della legislazione anti-deficit*, Pisa, 2000, pp. 19 e ss.

<sup>107</sup> Per ristabilire la legittimità dell'azione federale e la dignità del *Federal Government*, George Washington non esitò a predisporre una milizia di 20,000 uomini, nella città di Philadelphia, per sedare la rivolta. Nell'epico svolgersi della battaglia si coglieva il forte intento di conferire – anche con la forza – dignità ed autorità al neo-istituito Congresso federale. Sul punto, in particolare, J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs and Tragedies at the Founding of the Republic*, New York, 2007, pp. 195-196. In modo critico si esprime, a riguardo, A.R. AMAR, *American Constitution. A Biography*, New York, 2005, p. 189.

L'intervento nazionale in ambito economico si presentava, dunque, circoscritto e risultava motivato da un voluto astensionismo dal mondo degli affari e dalla dimensione limitata dei mercati interni che, pur essendo in fase di espansione, presentavano ancora confini ristretti e dinamiche di sviluppo infrastatali, il tutto in linea con l'assunto teorico di quella dottrina che riteneva gli Stati, secondo l'intenzione dei Costituenti, i motori primari delle “*developmental and allocative policies*”<sup>108</sup>.

In un simile scenario è facile comprendere il perché la Corte Suprema sia stata costretta a giudicare della costituzionalità di molte leggi statali, all'ombra della *dormant commerce clause* ed in assenza, sovente, di un intervento federale. Proprio nel solco della tradizione liberale si pose l'operato di John Marshall che dal 1801 al 1835 ricevette il delicato incarico di guidare la Corte Suprema e di sviluppare i primi indirizzi pretori in merito ai rapporti tra Stati e *National Government* anche sotto l'egida della *interstate commerce clause*.

John Marshall fu un giudice attento agli interessi dell'Unione e alle ragioni della proprietà e del libero commercio, ma occorre precisare che la sua giurisprudenza non costituì un atto di mero ossequio nei confronti dello Stato centrale, quanto una difesa di due fondamentali valori liberali quali il diritto di proprietà privata e la libertà di commercio. Egli era strenuamente convinto del fatto che il rafforzamento dell'Unione camminasse di pari passo con la salvaguardia delle libertà economiche. L'attività della Corte Marshall, con l'ausilio del *justice* Story, contribuì allo sviluppo del costituzionalismo americano e della *judicial review* che a partire dal *leading case*, *Marbury v. Madison* segnò lo sviluppo del sindacato di costituzionalità<sup>109</sup>.

Un forte sostegno al *Federal Government*, la Corte Marshall l'aveva già fornito in materia creditizia, sostenendo la legittimità costituzionale della Banca degli Stati Uniti, istituita per ben due volte dal 1791 al 1816 e dal 1816 al 1833<sup>110</sup>, ed al cui successivo rinnovo il Presidente Jackson oppose il veto presidenziale contro quella che considerava il “*mostro di Chestnut Street*”.<sup>111</sup> In tal

---

<sup>108</sup> Le definizioni si devono a Paul Peterson e sono consultabili nel contributo di W.N. ESKRIDGE, J. FERRELL, *The Elastic Commerce Clause: A Political ...* cit., p. 1360.

<sup>109</sup> Oltre al caso *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803), occorre rammentare l'importanza della sentenza *Martin v. Hunter's Lessee* 14 U.S. 304 (1816) che sancì la preminenza della Corte Suprema sulle singole Corti Statali in merito all'interpretazione del diritto federale.

<sup>110</sup> In merito alla proposta di Alexander Hamilton di creare una Banca degli Stati Uniti in veste di autorità centrale per il credito e la moneta si rinvia all'opera di R.W. HAFER, *The Federal Reserve System. An Encyclopedia*, Westport, 2005, pp. 2 e ss. Per un'analisi generale del sistema bancario delle origini si rimanda all'opera di W.H. HURST, *A Legal History of Money in the United States 1774-1970*, Lincoln, 1973.

<sup>111</sup> Furono poste, così, le basi per una *vacatio legis* bancaria a livello federale che passò alla storia con il nome di *Free Banking Era* o anche *Wildcat Era*, trasformando, come evidenziò Blau, “*la fede nell'azione della libertà, in fede nella libertà d'azione, senza valutare le conseguenze cui avrebbe portato il completo disimpegno dei pubblici poteri in materia economica*” Per una analisi organica della *Free Banking Era* e dei primi *Free Banking Acts*, si rimanda all'opera di K. SPONG, *Banking Regulation, Its Purposes, Implementation and Effects*, Division of Bank Supervision and Structure, Federal Reserve of Kansas City, Kansas City, 1994, pp. 15 e ss. nonché di A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia ...* cit., pp. 42-43, il quale rilevò che le cd. “*banche gatto selvaggio*” nascevano rapidamente in tutto il Paese e fallivano in modo altrettanto repentino, danneggiando numerosi risparmiatori e cagionando frequenti crisi finanziarie e inflazione. L'autore sottolinea come l'intento del Presidente Jackson, di smantellare il potentato economico di *Chestnut Street*, non sortì altro effetto se non quello di trasferirlo a *Wall Street*,

modo, la disciplina dell'attività bancaria transitò nella potestà dei singoli Stati, cagionando una profonda frammentazione delle normative e forti asimmetrie nella *regulation* del settore creditizio che ne minò la credibilità e la stabilità. Il merito della *First Bank of the United States*, così come della *Second Bank of the United States*, fu proprio quello di assicurare una stabilizzazione del mercato monetario, garantendo una ordinata espansione del credito ed un costante sviluppo dell'iniziativa imprenditoriale<sup>112</sup>. Il mancato rinnovo fece sì che solo sul finire della Guerra Civile, il Congresso riuscì ad approvare il *National Currency Act*, nel 1863, ed il *National Banking Act*, nel 1864, che introdussero una uniforme valuta a livello nazionale e istituirono un sistema di banche federali che divennero poi, nazionali, avverando il proposito di Hamilton, secondo cui “*the single currency, emitted through a national mint*” servirà quale “*indispensable lubricant*” degli scambi e quale “*dispassionate thermometer of economic progress*” necessari per assicurare un equilibrato sviluppo della manifattura interna e dei mercati<sup>113</sup>.

In tal modo prese corpo il *dual banking system* con un circuito di credito articolato su due livelli, l'uno statale, in cui si offrivano depositi ed uno federale, in cui si offrivano banconote. Ma le reticenze dei singoli Stati ad accogliere, nell'ambito del proprio territorio, semplici succursali o autonome sedi operative di banche presenti in altri Stati si protrassero sino ai primi del '900, attraverso l'introduzione di misure restrittive del *branch banking* e dell'*interstate banking*.

Proprio in quegli anni si consumò la diatriba teorica tra Hamilton e Jefferson, il primo favorevole ad una disciplina federale dell'attività bancaria, il secondo radicalmente contrario alla Banca degli

---

rafforzando i banchieri di New York a scapito di quelli di Filadelfia. Nella medesima opera è rinvenibile la citazione di J.L. Blau a p. 43.

<sup>112</sup> Il capitale della Banca degli Stati Uniti era posseduto solo per un quinto dal Governo federale, la restante parte era in mano a privati ed alimentava l'assunto jeffersoniano che vi scorgeva uno strumento per favorire gli interessi della potente classe industriale. Il Tesoro federale deteneva presso di essa i suoi fondi e presso di essa si versavano i tributi dovuti agli Stati Uniti. La Banca rilasciava ai propri clienti banconote che non avevano il valore di moneta legale, ma erano convertibili in monete metalliche. Le banconote sostituivano la carta-moneta che si dubitava il Congresso potesse costituzionalmente stampare. Anche le banche private, istituite a livello statale, rilasciavano biglietti di banca a clienti e depositanti, ma quando bisognava versare i tributi federali occorreva convertirli in moneta metallica. Il mancato rinnovo della *Second Bank of United States* cagionò un indomabile e caotico *laissez-faire* monetario che si protrasse sino alla Guerra Civile. Accanto alla moneta metallica di conio federale non vi era una moneta cartacea nazionale con valore legale. Agli Stati era interdetto emettere propria carta-moneta, così si diffusero banco-note emesse da banche private con la promessa di conversione a vista in moneta metallica. Il disordine provocato nel circuito del credito da una smodata bramosia di liquidità rese gli scambi rischiosi. Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, pp. 81-83 nonché A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia ... cit.*, pp. 39 e ss. L'eccessiva quantità di banco-note circolanti rendeva complicati i calcoli di conversione e incideva sul volume degli scambi dipendenti dalla velocità di circolazione della moneta. Jefferson ebbe modo di sperimentare la fisica newtoniana anche per stabilire fisse correlazioni tra differenti unità di misura. Sul punto, si rinvia al contributo di R. GARSON, *Counting Money: The US Dollar and ... cit.*, pp. 33 e ss.

<sup>113</sup> Il pensiero di Hamilton è brillantemente espresso nel *Report on a National Bank* del 1790 e ripreso nel successivo *Report on Manufactures* del 1791 Sul punto, A. HAMILTON, “Report on Manufactures, December, 1791”, in *The Reports of Alexander Hamilton* (edited by J.E. Cooke), New York, 1964, pp. 115-205;



Stati Uniti tanto da affermare che “*Banking establishments are more dangerous than standing armies*”<sup>114</sup>.

La contestazione si era poi spostata dal fronte repubblicano di Jefferson a quello democratico di Jackson e si trascinò sino al noto caso *McCulloch v. Maryland* del 1819 in cui la Corte Marshall ribadì che era legittimo e, come tale rientrava nella competenza del Congresso, il potere di istituire una banca, seppure tale attribuzione non rinvenisse espressa formulazione nel Testo costituzionale, ma fosse implicitamente desumibile dalla sua complessa architettura normativa<sup>115</sup>. Tra le righe della pronuncia si rinviene una delle prime organiche formulazioni della teoria dei poteri impliciti (cd. *implied powers*) secondo cui il potere federale non incontrava limiti nella Costituzione, ma nella struttura complessiva dell’ordinamento che costituiva un necessario momento di sutura tra volontà dell’elettorato ed azione di governo<sup>116</sup>. Il fatto che taluni poteri federali fossero desumibili implicitamente dal tessuto sottostante alle clausole costituzionali, si dimostrò uno strumento formidabile per ampliare la sfera di attribuzioni del *Federal Governemnt* e per avallare la legittimità costituzionale della sua azione. La nozione di potere implicito era, del resto, strettamente connessa alla *necessary and proper clause*, come ribadì la Corte nella sentenza successiva sul caso *Osborn*, in cui sottolineò che un potere, quale quello di creare una banca, fosse uno strumento “*necessary and proper for carrying on the fiscal operations of Governments*”, fungendo da corredo a presidio della costituzionalità degli *implied powers*, la cui *ratio* risultava correlata e mai estranea ai poteri enumerati previsti in Costituzione<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> La citazione è riportata nell’opera di D.M. JAFFE, *Money, Banking and Credit*, New York, 1989, p. 129. Mentre Hamilton si era espresso sul punto, già nel “Federalist n. 30”, asserendo che “*Money is with propriety considered as the vital principle of the body politic; as that which sustains its life and motion, and enables it to perform its most essential functions*” In particolare, A. HAMILTON, *Federalist n. 30*, in *The Federalist Papers* (with an introduction and a commentary by G. Wills), New York, 2003, p. 171.

<sup>115</sup> Caso *McCulloch v. Maryland* 17 U.S. 316 (1819).

<sup>116</sup> Nell’*opinion* del Giudice Marshall venne ribadito, infatti, che la Costituzione degli Stati Uniti non fu emanata “*from a compact of States but directly from the people*”. Sul punto, di rilievo, è l’analisi condotta da D. MCKAY, *Design Europe. Comparative Lessons from the Federal Experience*, New York, 2001, pp. 26 e s. nonché da R.S. STERN, “The Problems of Yesteryear – Commerce and Due Process”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 4, 1950-1951, p. 462.

<sup>117</sup> Caso *Osborn v. Bank of the United States* 22 U.S. 738 (1824). Come sostiene Charles Hobson, la *necessary and proper clause* non si raccordava solo agli *enumerated powers* posseduti dal Congresso, ma divenne per la Corte Marshall, strumento di definizione della legittimità costituzionale della teoria dei poteri impliciti. Come affermava Marshall, “*Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all the 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*”. Sul punto, e per un’analisi della vicenda *McCulloch v. Maryland* si rimanda al contributo di C.F. HOBSON, “The Marshall Court 1801-1835. Law, Politics, and the Emergence of the Federal Judiciary”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by C. Tomlins), New York, 2005, pp. 65-66. In materia bancaria occorre rammentare il caso *Ogden v. Saunders* 25 U.S. 213 (1827) in cui fu affermata la costituzionalità di una legge statale sulla bancarotta, il caso *Providence Bank v. Billings* 29 U.S. (4 Pet.) 514 (1830) secondo cui il potere di tassare una *corporation* non confliggeva con la Costituzione e con la *contract clause* e che il potere di tassare una banca statale fosse un legittimo esercizio del *taxing power*. Nell’era Taney, degna di nota è la sentenza *Briscoe v. Commonwealth Bank of Kentucky* 39 U.S. 56 (1840) in cui si sostenne che una banca statale potesse emettere banco-note, attuando un *overruling* del precedente *Craig v. Missouri* 29 U.S. 410 (1830), deciso dalla Corte Marshall.

In quegli anni, la Corte Marshall si trovò ad applicare per la prima volta la *interstate commerce clause*. Nel caso *Gibbons v. Ogden* del 1824 il Giudice Supremo fornì la prima organica definizione di commercio interstatale<sup>118</sup>. Il caso concerneva una legge dello Stato di New York che consentiva la navigazione sulle proprie acque solo dei battelli a vapore autorizzati con apposita licenza dalla *Livingston and Fulton*. Ciò non solo ostacolava la navigazione dei battelli carichi di merci provenienti dal New Jersey, ma nello stesso tempo istituiva un regime di monopolio della navigazione fluviale a favore della compagnia che possedeva la licenza, rilasciata<sup>119</sup>,

In tale fattispecie, ostacolare la navigazione dei battelli a vapore costituiva un grave intralcio al commercio interstatale che su di essa faceva affidamento e ingenerava comportamenti protezionistici da parte degli Stati vicini, i quali fecero divieto alle imbarcazioni provenienti da New York di solcare le proprie acque interne o istituirono, a favore dei propri battelli a vapore, diritti esclusivi di navigazione nelle rispettive acque territoriali. Ne era derivato un regime di monopolio della navigazione fluviale che ostacolava il trasporto delle merci ed inaspriva le rivalità commerciali tra gli Stati in modo simile a quanto era avvenuto nell'epoca confederale. La vicenda *Gibbons* è degna, altresì, di nota poiché contiene, *in nuce*, non solo aspetti relativi al commercio fluviale tra Stati e alla tutela del mercato, ma anche problemi legati alla protezione della concorrenza a fronte di regimi legalizzati di monopolio a favore di talune imprese<sup>120</sup>.

La risposta della Corte non si fece attendere e il Giudice Marshall dichiarò incostituzionale la legge dello Stato di New York, all'ombra della *commerce clause* e della specifica normativa federale inerente il commercio costiero e fluviale. Nella opinione della maggioranza trovò espressione una prima compiuta enucleazione della nozione di commercio tra Stati, stabilendosi che: "*The power of regulating commerce extends to the regulation of navigation. The power to regulate commerce extends to every species of commercial intercourse between the United States and foreign nations, and among the several States. It does not stop at the external boundary of a State. But it does not*

---

<sup>118</sup> Caso *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824). In tale fattispecie, il Giudice Johnson sottolineò come nell'epoca confederale l'assenza di una autorità nazionale sul commercio tra Stati, fosse stata la causa primaria della convocazione della Convenzione di Filadelfia. Il rimando è operato da J.R. ROGERS, "National Judicial Power and the Dormant Commerce Clause", in *The Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 19, No. 2, (2003), p. 546. Interessante è anche il contributo della dottrina italiana, basti pensare alla rilevante analisi di G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione. Alla luce dell'esperienza statunitense*, Milano, 1964, pp. 32 e s.

<sup>119</sup> Nel caso *de qua*, la licenza di navigazione era stata rilasciata ad Aaron Ogden i cui battelli a vapore avevano il diritto esclusivo di navigare sulle acque tra New York ed Elizabethtown, nel New Jersey. Thomas Gibbons, precedente *partner* commerciale di Ogden, stabilì un servizio di battelli a vapore e traghetti in concorrenza con Ogden ed in virtù di una legge federale del 1793 (1 Stat. 305) che autorizzava i traghetti di sua proprietà "*to be employed in the coasting trade*". Ogden ottenne dal Tribunale di New York una ingiunzione a carico di Gibbons che avrebbe dovuto cessare la propria attività. Gibbons non accettò l'imposizione e adì la Corte Suprema

<sup>120</sup> Sul punto, G. GUNTHER, *Constitutional Law*, New York, 1991, pp. 94-97 nonché M. RAMASWAMY, *The Commerce Clause in the Constitution of the United States*, New York, 1949, pp. 9 e ss., F.H. COOKE, *The Commerce Clause of the Federal Constitution*, Littleton, Colorado, 1987, pp. 10-11, B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 3.02 (A) nonché E.S. CORWIN, "The Passing of Dual Federalism", in *Virginia Law Review*, Vol. 36, No. 1, (February 1950), p. 14.

*extend to a commerce which is completely internal. The power to regulate commerce is general, and has no limitations but such as are prescribed in the Constitution itself. The power to regulate commerce, so far as it extends, is exclusively vested in Congress, and no part of it can be exercised by a State*". Dalla pronuncia si evinse che la potestà regolatoria del commercio ricomprendeva anche la navigazione<sup>121</sup>, investiva ogni scambio commerciale tra i singoli Stati compreso il trasporto dei passeggeri e non si arrestava innanzi ai confini di uno Stato, ma vi penetrava all'interno purché la materia non fosse di rilievo puramente infrastatale e che il potere riconosciuto in capo al Congresso era di per sé completo, soggetto solo a quelle limitazioni previste in Costituzione<sup>122</sup>.

Il Giudice Marshall operò un parallelismo semantico tra il concetto di *interstate* e quello di *intermingled with more than a State*, per sottolineare la portata delle regolazione interstate ed il significato dei termini "*among the several States*". Eventuali 'straripamenti' dal novero delle competenze esercitabili, potevano essere prevenuti solo fidando sulla saggezza e discrezionalità del Congresso che sapeva di essere titolare di un mandato elettorale e di ricoprire un ruolo rappresentativo. Risulta evidente che la Corte non definì i confini e lo spazio giustiziabile che separavano le competenze federali da quelle statali, ma si limitò a stabilire l'entità del potere federale di limitazione di quello statale, nella cornice della *interstate commerce clause*<sup>123</sup>.

Il potere del Congresso, di regolazione degli scambi tra i singoli Stati, non era ancorato alla specifica disposizione costituzionale che lo contemplava, ma si riagganciava alla complessa architettura dell'ordinamento che ne costituiva la fonte legittimante. Il caso *Gibbons* ebbe importanti conseguenze anche sul piano economico, visto che ancorò la navigazione dei battelli a

---

<sup>121</sup> In particolare, il Giudice Marshall affermò che: "*If commerce does not include navigation, the government of the Union has no direct power over that subject, and can make no law prescribing what shall constitute American vessels or requiring that they shall be navigated by American seamen. Yet this power has been exercised from the commencement of the government, has been exercised with the consent of all, and has been understood by all to be a commercial regulation. All America understands, and has uniformly understood, the word "commerce" to comprehend navigation. It was so understood, and must have been so understood, when the Constitution was framed. The power over commerce, including navigation, was one of the primary objects for which the people of America adopted their government, and must have been contemplated in forming it. The convention must have used the word in that sense, because all have understood it in that sense, and the attempt to restrict it comes too late. If the opinion that "commerce," as the word is used in the Constitution, comprehends navigation also, requires any additional confirmation, that additional confirmation is, we think, furnished by the words of the instrument itself*".

<sup>122</sup> Marshall reputò di rilievo infrastatale talune materie di rilievo interno, ma dallo spettro applicativo ampio, quali la tutela della salute, le leggi di ispezione interne ed altri settori che giustificavano un esercizio del *police power* statale ed una "*immense mass of legislation*". Sul punto, A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia ... cit.*, p. 58. I limiti alla regolazione statale furono opposti già nel caso pregresso, *Thomas Jefferson*, del 1825, in occasione del quale la Corte Marshall fece divieto agli Stati di regolare il flusso dei traffici commerciali che si svolgevano nelle acque interne. Caso *The Steamboat Thomas Jefferson*, 23 U.S. (10 Wheat.) 428 (1825).

<sup>123</sup> Pur dovendosi precisare che il Giudice Marshall provvide ad elencare una serie di materie che rientravano nella competenza dei singoli Stati, tra le quali le leggi di ispezione, di protezione della salute di regolazione del commercio interno e delle vie di trasporto domestiche, che costituirà un valido punto di partenza per individuare i limiti di operatività della *dormant commerce clause* visto che "*are not within the power granted to Congress*". Sul punto, L.H. TRIBE, *American Constitutional ... cit.*, pp. 1046 e ss. nonché S.E. CORWIN, J.W. PELTASON, *Corwin and Peltason's Understanding the Constitution*, New York, 1994, p. 76, M. RAMASWAMY, *The Commerce Clause in the Constitution of the United States*, New York, 1949, p. 9 e C.W. MCCURDY, "American Law and the Marketing Structure of the Large Corporation, 1875-1890", in *The Journal of Economic History*, Vol. 38, No. 3, (Sept. 1978), pp. 635 e s.

vapore sulle acque costiere e interne ai principi della libera concorrenza, assicurando un maggior trasporto di merci da una regione ad un'altra ed una più ampia e diversificata distribuzione<sup>124</sup>.

Non mancarono, però, neppure in questo periodo, degli indirizzi di apertura nei confronti della legislazione statale che aprirono una breccia nella struttura monolitica della Corte. Del resto, i segnali di una frattura nell'unanimità decisionale, se non addirittura nell'unità strutturale della Corte, si ebbero già nel caso *Gibbons*, in occasione del quale il Giudice Johnson espresse una *concurring opinion* non certo per smentire le conclusioni della maggioranza, ma per delineare il suo peculiare *iter* ermeneutico in cui raffrontava il valore semantico del potere dell'Autorità centrale, desumibile dalla *commerce clause*, con la sovranità dei singoli Stati, soggetti sovrani che preesistevano al Congresso federale, tentandone un raccordo funzionale.

In una successiva pronuncia del 1827 relativa al caso *Brown v. Maryland*, la Corte Marshall annullò una legge del Maryland che imponeva alle aziende importatrici il pagamento di una tassa di concessione (*license fee*) per poter vendere prodotti importati sul mercato interno statale, confliggendo la normativa non tanto con la *commerce clause* quanto con l'art. I, Sezione 10, Clausola 2 della Cost. che fa divieto agli Stati di imporre, sotto qualsiasi forma, imposte e diritti sulle importazioni e sulle esportazioni, a meno che ciò non si renda necessario per dare esecuzione a proprie leggi di ispezione che, nel caso di specie, non sussistevano (anche se il disposto menzionato riguarda il *foreign commerce*)<sup>125</sup>. Si comprende bene, pertanto, il motivo per il quale la giurisprudenza marshalliana si muova nell'ampio perimetro nomologico fornito da tutte quelle clausole aventi una vocazione "economica" e non si ancori al tenore letterale della singola disposizione.

Si trattava di una ermeneutica costituzionale che leggeva ogni clausola in combinato disposto con le altre di cui condivideva la *ratio*, in ossequio all'intento originario dei Padri Fondatori che volevano stabilire un equilibrio tra *Federal and States Governments* nella cornice di una '*more perfect Union*'. In tal modo, la Corte istituì un *living link* con la generazione che stilò il Testo costituzionale<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Nel fiorire dei commerci si coglieva un incentivo alla iniziativa economica e alla produzione. Occorre, inoltre, sottolineare che il caso *Gibbons* ebbe anche importanti riflessi politici. In un passaggio importante della sentenza, il Giudice Marshall stabilì che nella transizione dall'assetto confederale a quello federale, gli Stati alleati convertirono la loro lega in un Governo e il Congresso degli Ambasciatori divenne "*a legislative*" cui venne affidato il compito di disciplinare con legge determinate materie. In tale pronuncia, si sintetizzò, in chiave anticipatrice, il drammatico dilemma costituzionale che avrebbe contrapposto 'sudisti' e 'nordisti'. Sul punto, A.R. AMAR, *America's Constitution...* cit., p. 39.

<sup>125</sup> Caso *Brown v. Maryland*, 25 U.S. (12 Wheat.) 419 (1827). Sul punto, C.F. HOBSON, *The Marshall Court 1801-1835. Law, Politics, and the Emergence of the ...* cit., p. 61, nonché L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, pp. 1046 e s.

<sup>126</sup> In particolare, Hobson rileva che "*the nationalistic perspective of the Marshall Court hence inclined not to the Nation-State that emerged after the Civil War but backward to the 1787 idea of a Union whose objectives were primarily conservative and defensive. The Constitution was designed to establish an equilibrium between the federal and*

Sempre in quel periodo, la Corte Suprema, nel caso *Weston v. City Council of Charleston* del 1829, annullò una legge statale che imponeva una tassa sui titoli di credito, cosa che interferiva con il potere del Congresso “*to coin money and to regulate the value thereof*” (art. I, Sezione 8, clausola 5). Analoga linea interpretativa, seppure con il consenso di una maggioranza più risicata, si palesò anche nella sentenza *Craig v. Missouri* del 1830<sup>127</sup>.

Il velato ‘*nationalism*’ della Corte Marshall fu, comunque, mitigato da pronunce di segno opposto. Basti rammentare il caso *Willson v. Blackbird Creek Marsh Company* del 1829, in occasione del quale una Corte unanime dichiarò, a sorpresa, costituzionale una legge del Delaware che autorizzava la costruzione di una diga su di un fiume navigabile, solcato anche da imbarcazioni munite di licenza federale, visto che rientrava nel legittimo esercizio di un “*regulatory power*” statale, motivato da ragioni di tutela della salute e dell’incolumità pubblica, che non interferiva con il “*Congress’s dormant power to regulate commerce*”. In tale decisione, la Corte pervenne alla prima organica definizione del concetto di “*dormant commerce clause*” per validare una legge statale, anche se interferiva con il commercio tra Stati, a fronte di una inazione federale<sup>128</sup>.

Si trattò di pronunce, solo sporadicamente, favorevoli alla legislazione statale. Il caso è, altresì, degno di nota poiché indusse ad elaborare la dottrina sui *vested* e sugli *unvested rights*. I primi si identificavano con la proprietà fondiaria e con tutte le altre situazioni patrimoniali di tipo tangibile. Gli *unvested rights*, invece, concernevano interessi commerciali, diritti contrattuali e proprietà azionarie intangibili che, nelle menti di Marshall e di Story, costituivano, comunque, delle aspettative legittime da proteggere. Ma le opinioni dei due Giudici costituirono le voci dissenzienti di un coro che intendeva confinare il divieto di leggi statali retroattive al solo novero dei *vested rights*. L’era Marshall ebbe il pregio di inaugurare un filone giurisprudenziale bicefalo, in grado di stabilire la natura del potere federale sul commercio interstatale a fronte di straripamenti protezionistici dei singoli Stati Membri, ma nello stesso tempo di ponderare l’entità dell’intervento del *Federal Government* che non avrebbe mai dovuto intralciare o limitare, senza giusto motivo, le

---

*state governments, but this equilibrium was in continual danger of breaking down in favor of state power*”. C.F. HOBSON, *The Marshall Court 1801-1835. Law, Politics, and the Emergence of the ...* cit., p. 64 e p. 73 .

<sup>127</sup> Caso *Craig v. Missouri*, 29 U.S. 410 (1830).

<sup>128</sup> Caso *Willson v. Blackbird Creek Marsh Company*, 27 U.S. (2 Pet.) 245 (1829). In particolare, C.F. HOBSON, *The Marshall Court 1801-1835. Law, Politics, and the Emergence of the ...* cit., p. 62 nonché M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e ...* cit., p. 248 e H.N. SCHEIBER, “Federalism an the American Economic Order, 1789-1910”, in *Law and Society Review*, Vol. 10, No. 1, (Autumn 1975), p. 79. Ma anche nel precedente caso *Ogden v. Saunders* del 1827 la Corte sostenne la validità di una legge statale sulla bancarotta che riguardava, *incidenter tantum*, la materia contrattuale. Caso *Ogden v. Saunders*, 25 U.S. 213 (1827). Erano gli anni in cui si disquisiva della irretroattività della legge civile che, a parere di Marshall, era di fondamentale importanza per evitare incursioni pubbliche in atti di disposizione di diritto privato. Marshall scrisse la *dissenting opinion* nel caso *Ogden*, poiché a suo parere anche se l’intervento normativo riguardava i debiti futuri, ogni regolazione delle obbligazioni contrattuali costituiva, di fatto, una legge retroattiva. Basti rammentare che otto anni prima, la Corte, nel caso *Sturges v. Crownshield*, 17 U.S. 122 (1819), aveva dichiarato incostituzionale una *insolvency law* che liberava i debitori dalle obbligazioni pregresse assunte. In particolare, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, pp. 268 e ss.

libertà economiche e le attività commerciali svolte dai singoli cittadini. Un simile assunto teorico si evidenziò proprio in una delle prime sentenze sulla *commerce clause*, nel noto caso *Cohens v. Virginia* del 1821, in cui la Corte stabilì che l'acquisto di un biglietto della lotteria, stampato ed estratto nella Città di Washington, e rivenduto, prima dell'estrazione, nello Stato della Virginia costituiva un reato ai sensi di una apposita legge statale in materia e, come tale, era perseguibile innanzi ad una Corte statale che, a parere della *Supreme Court*, aveva solo errato nell'arrogarsi il diritto di decidere in ultima istanza le controversie tra cittadini e Stati e, tra questi e il *Federal Government*, in materie di natura penale<sup>129</sup>. Occorre, comunque, precisare che il potere regolatorio del commercio tra Stati, ad opera del Congresso, non comprendeva solo interventi promozionali, ma anche discipline restrittive o proibitive di taluni scambi, motivate da ragioni di tutela della salute, della sicurezza e del benessere, seppure in epoca liberale, ricevette una minore applicazione in tal senso<sup>130</sup>.

L'attenzione ai valori liberali si era espressa anche nell'ambito delle pronunce sulla *Contract Clause*. Già nel caso *Fletcher v. Peck* del 1810 venne stabilita l'importanza della tutela della proprietà fondiaria e della certezza dei rapporti contrattuali sottostanti. Il Giudice Supremo nel censurare la costituzionalità di una legge della Georgia che espropriava terreni di privati senza corrispondere il relativo indennizzo, invocò "*the rules of property*" e i principi di *equity* che erano applicati in modo equanime da ogni tribunale statale, essendo elemento cardine della tradizione di *common law*. Occorrerà, infatti, attendere l'approvazione del XIV emendamento, nel 1868, per sancire una eguale protezione delle leggi e la applicazione della due *process of law* alla proprietà anche a livello della legislazione statale. In tale fattispecie, si era ribadito, a sostegno delle tesi unioniste, che la Costituzione degli Stati Uniti conteneva l'elenco dei diritti fondamentali dei cittadini di ogni Stato e che la legislazione degli Stati era soggetta al controllo di un organo federale<sup>131</sup>. In modo simile, si espresse la Corte di John Marshall nel caso *Dartmouth College v. Woodward* del 1819, in cui equiparò il valore dell'assegnazione delle terre, a mezzo di un contratto,

---

<sup>129</sup> Il Giudice Supremo asserì che: "*The Supreme Court had jurisdiction to review state criminal proceedings the Court was bound to hear all cases that involved constitutional questions, and that this jurisdiction was not dependent on the identity of the parties in the cases ... state laws and constitutions, when repugnant to the Constitution and federal laws, were absolutely void*", sottintendendo anche che il Congresso non avrebbe potuto intervenire in materia, predisponendo interventi dirigistici, limitando la compravendita dei biglietti della lotteria. Caso *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821), C.F. HOBSON, *The Marshall Court 1801-1835. Law, Politics, and the Emergence of the ...* cit., p. 68.

<sup>130</sup> In particolare, S.E. CORWIN, J.W. PELTASON, *Corwin and Peltason's Understanding ...* cit., p. 76.

<sup>131</sup> *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810). La vicenda prese avvio dalla vendita, da parte della Georgia, nel 1794, di circa 35 milioni di acri di *Yazoo Lands* (ossia i terreni tra l'Alabama ed il Mississippi) a favore di talune società, proprietarie terriere del New England. Queste avevano poi, frettolosamente, provveduto a rivendere i terreni a terzi. Quando nel 1796, emerse che uno dei rappresentanti della Georgia possedeva azioni con diritto di voto nelle società del New England, l'organo legislativo neo-eletto provvide a rescindere il contratto. La Corte Suprema annullò l'atto di rescissione a tutela delle ragioni dei terzi subacquirenti di buona fede, elevando a valore costituzionale la salvaguardia della proprietà privata e di quella pubblica. In tale sentenza, come rilevò Oliver Wendell Holmes, la Corte definì il suo potere "*as delicate [affair]*", in particolare, F. FRANKFURTER, *Mr. Justice Homes and the Supreme Court*, Cambridge, Massachusetts, 1961, p. 60. Sul punto, anche S. VENTURA, *Il federalismo*, Bologna, 2002, p. 46.

alle *corporate charters* che costituivano un formale riconoscimento della titolarità del diritto di proprietà operata da parte del pubblico potere ed aventi la natura di un vero e proprio accordo contrattuale. La Corte argomentò che il *Dartmouth College* disponeva di una proprietà riconosciuta dalla Corona britannica nel 1769 in virtù di una *charter* che costituiva a pieno titolo un contratto protetto dalla Costituzione e che la legge del New Hampshire, palesemente incostituzionale, non poteva rescindere a suo piacimento, pur di acquisire il controllo del *College*<sup>132</sup>.

Le pronunce sulla *Contract Clause* elevarono “*the sanctity of property and of contractual rights*” al rango di valori nazionali che dovevano essere armonizzati con lo sviluppo di una moderna economia capitalistica e la crescita di un mercato interno comune, costituendo più una conseguenza successiva e sottintesa che non un deliberato disegno nell’ambito del nascente diritto costituzionale americano<sup>133</sup>.

La giurisprudenza dell’era Marshall non pervenne ad una completa definizione degli assetti tipici del *dual federalism*, ma ebbe il merito di coniugare l’esaltazione del ruolo del *Federal Government* con la protezione dei principali valori insiti in una società liberale. Marshall non definì i confini che separavano in modo esatto l’autorità centrale da quelle statali. Provvide, piuttosto ad annullare le leggi statali di ispirazione protezionistica che perseguivano il duplice scopo di invadere le competenze federali e di limitare le libertà economiche e i diritti di proprietà privata. Per tale motivo è riduttivo ed erroneo fregiare la giurisprudenza della Corte Marshall dell’epiteto di *Nationalistic Court*, poiché il suo operato va ben oltre la difesa dei valori del nazionalismo e dei propositi madisoniani. Il suo intento più intimo è quello di arginare le tendenze localistiche e protezionistiche dei singoli Stati per riabilitare il ruolo del Congresso federale e la sua attitudine a proteggere le libertà individuali, evitando involuzioni ordinamentali riecheggianti l’epoca confederale. Nella Corte di John Marshall aleggiarono due anime, l’una nazionalistica e l’altra liberale, unite indistintamente nella cornice di una ermeneutica che ha anticipato la nozione più moderna del *liberal nationalism*<sup>134</sup>. Come affermò Oliver Wendell Holmes “*the Marshall Court*

---

<sup>132</sup> Caso *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819). Il principio di diritto fu esteso oltre che ai *colleges* privati, anche alle organizzazioni benefiche (*charitable corporations*) e alle associazioni con scopo di lucro (*business corporations*). Sul punto, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Lochner Era. Police Power Jurisprudence*, Durham, 1993, p. 17.

<sup>133</sup> In particolare, C.F. HOBSON, *The Marshall Court 1801-1835. Law, Politics, and the Emergence of the ...* cit., p. 68. Anche Anderson sottolinea che: “*If contract described the statics of legitimate order, the market described its dynamics*”. In particolare, C.W. ANDERSON, “Pragmatic Liberalism, the Rule of Law, and the Pluralistic Regime”, in *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society* (edited by S.L. Elkins and K.E. Sołtan), Chicago, 1993, p. 101.

<sup>134</sup> Il suo è un nazionalismo difensivo o negativo che tenta di affermare l’*auctoritas* federale sulla sfera della sovranità statale senza troppo soffermarsi sulle potenzialità applicative ed estensive dei poteri del *Federal Government* che, in ossequio all’ideale liberale, pondera la necessità e la misura del suo intervento con l’intento di preservare la ‘sacrale’ autonomia della società civile dal pubblico potere.

*represented a strategic point in the campaign of history*” e parte della sua grandezza è dovuta al suo *“being there”*, nella stagione dell’infanzia del costituzionalismo americano<sup>135</sup>.

Un approccio interpretativo difforme si registrò negli anni della Corte di Roger Taney che ricoprì il ruolo di *Chief Justice* dal 1836 al 1864, gli anni della crescita economica e dello scoppiare della Guerra Civile. La sua impronta ermeneutica, basata sulla forza della suggestione piuttosto che della persuasione esercitata nei confronti dei singoli giudici, differì molto da quella marshalliana. Nelle sue pronunce si coglie un diverso modo di intendere i rapporti tra Stati e *Federal Government* che modificò gli equilibri tra i poteri dislocati sull’asse verticale e il modo stesso di procedere del *federalizing process*.

Il nuovo indirizzo pretorio non attese a lungo tempo per essere espresso, proprio nel caso *Charles River Bridge v. Warren Bridge* del 1837, la Corte applicò la *contract clause* in modo antitetico rispetto alla vicenda *Dartmouth*, sostenendo la legittimità costituzionale di una legge dello Stato del Massachusetts che intendeva abrogare le pregresse *charters* coloniali che concedevano a talune compagnie il diritto esclusivo di navigazione sulle acque dei fiumi.<sup>136</sup> La Corte Taney respinse le argomentazioni difensive del ricorrente, dichiarando costituzionale la legislazione statale che abrogava gli antichi privilegi concessi per contratto, stabilendo la necessità di *“strengthen state governments by giving them more latitude in regulating their economies and to allow new technologies and industries to compete with and often supplant older ones”*<sup>137</sup>. In tal caso l’azione statale veniva potenziata in quanto motore di sviluppo economico e di progresso tecnico anche a scapito dei diritti contrattuali dei privati.

Ma la propensione a favore dell’autonomia dei singoli Stati da parte della Corte Taney emerse nel caso *Mayor of the City of New York v. Miln*, anch’esso del 1837, in cui si dibatteva della costituzionalità di una legge dello Stato di New York che imponeva ai capitani delle navi e di ogni altra imbarcazione di comunicare, alle autorità portuali di New York, il numero di passeggeri trasportati<sup>138</sup>. Ancora una volta la Corte Suprema difese l’azione statale, formulando la dottrina

---

<sup>135</sup> La citazione è rinvenibile nell’opera di C.F. HOBSON, *The Marshall Court 1801-1835. Law, Politics, and the Emergence of the ...* cit., p. 73.

<sup>136</sup> Caso *Charles River Bridge v. Warren Bridge*, 36 U.S. 420 (1837). La *Charles River Bridge Company*, titolare del diritto di esclusiva di navigazione, a favore dei propri traghetti, sulle acque del Charles River tra Boston e Charleston, si opponeva alla costruzione, da parte della *Warren Bridge Company*, di un nuovo e più grande ponte che collegasse le due sponde, ostendendo il proprio contratto attributivo di un diritto di esclusiva. Era chiaro che la costruzione del nuovo ponte avrebbe facilitato i trasporti su strada a scapito di quelli fluviali

<sup>137</sup> Per un commento sulla vicenda, si rimanda al contributo di P. FINKELMAN, “The Taney Court 1836-1864. The Jurisprudence of Slavery and the Crisis of the Union”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, (edited by C. Tomlins), Boston, New York, 2005, pp. 79 e s. Per un’analisi generale, si rinvia al contributo di I. KUTLER, *Privilege and Creative Destruction: The Charles River Bridge Case*, New York, 1978 e di H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise ...*, cit. pp. 17 e s.

<sup>138</sup> *Miln*, che era il destinatario del carico di una nave di cui il capitano aveva ommesso di comunicare il numero di persone a bordo, ricevette una sanzione di 15,000 dollari. Il ricorrente sostenne che la legge statale violava la *commerce*



costituzionale del “*police power*” e sostenendo la natura di *police law* del provvedimento statale, avente lo scopo di controllare i flussi migratori interstatali e non il commercio tra Stati che rimaneva, comunque, disciplinabile a livello locale in assenza di una normativa federale<sup>139</sup>.

Se la tradizione marshalliana riposava nei valori del *nationalism* e del *liberalism*, quella di Taney la ribalta. Egli credeva che l’ideale liberale di separazione dello Stato dalla società civile si realizzasse appieno a livello federale, ed ascriveva agli Stati il compito di disciplinare aspetti importanti della vita economica attraverso l’esercizio di un *police power* che si sviluppava in assenza di una regolazione federale.

Ma in che misura è possibile scindere tra due livelli di governo e secondo criteri difformi la protezione delle libertà e dei diritti dei singoli all’ombra dello stesso Testo costituzionale (federale), fino a che punto sono conciliabili e non antinomici, l’astensionismo del Congresso con il *police power* degli Stati, il *dual federalism* non presuppone la separazione delle competenze in una prospettiva di raccordo funzionale piuttosto che di antitesi strutturale? Probabilmente, gli interrogativi sollevati non tengono conto del fatto che il federalismo statunitense fosse ancora giovane se non addirittura acerbo, ed in cui gli equilibri relazionali, tra le singole parti componenti, avrebbero formato oggetto di profondi ripensamenti e di impensabili trasformazioni.

Risulta evidente che la disciplina di aspetti non afferenti al mero commercio infrastatale possa tramutarsi, ove abusata, in una misura protezionistica o pseudo tale che, celata dietro l’intento di svariate finalità di politiche pubbliche, sia in grado di frammentare il mercato unico nazionale in una pluralità di singoli mercati statali, creando forti divari di sviluppo economico.

Una timida inversione di tendenza si registrò nel caso *Swift v. Tyson* del 1842 per merito del redattore della pronuncia, il Giudice Story, permeato dall’impronta marshalliana, che si rese portavoce di una Corte unanime, stabilendo che nelle materie di ordine commerciale, il Giudice federale avrebbe dovuto elaborare “*a national common law*” che si distingueva dalle normative statali<sup>140</sup>. L’intera sentenza è animata dalla volontà di creare un giurisprudenza ed un corpo di principi nella materia del commercio di tipo federale, piuttosto che una congerie disorganica di pronunce statali. In *Swift*, come affermano Eskridge e Ferejohn, l’intento di Story era quello di

---

*clause* poiché intralciava il trasporto fluviale delle merci. Caso *Mayor of the City of New York v. Miln*, 36 U.S. (11 Pet.) 102 (1837).

<sup>139</sup> L’assunto fu ribadito nei noti *Passenger Cases*, 48 U.S. 283 (1849) in occasione dei quali la Corte colpì talune leggi statali che tassavano coloro i quali provenivano da altri Stati, all’ombra della *commerce clause*. Sul punto, si rimanda al contributo di G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione ...cit.*, pp. 47 e s.

<sup>140</sup> Caso *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 1 (1842). Finkelman ha ribadito che: “*It was a dramatically nationalistic decision, reminiscent of Marshall Court at its most expansive moments*”. Sul punto, P. FINKELMAN, *The Taney Court 1836-1864. The Jurisprudence of ... cit.*, p. 82.

favorire “*the federalizing [of] the law of commerce and [of] negotiable instruments*”<sup>141</sup>. Si trattava di un proposito realizzabile sul piano commerciale, ma che risultava più complesso su quello contrattuale ove la disciplina statale ricopriva un ruolo essenziale. Non è mancata poi, dottrina che ha ritenuto la decisione *Swift* non tanto la prova di una teoria nazionalistica sul federalismo quanto la dimostrazione che la *common law* è fonte e garanzia di libertà e prova della stabilità delle regole “*in multistate commercial transactions*”<sup>142</sup>. L’insofferenza verso una giurisprudenza sul commercio unificata a livello federale non tardò a manifestarsi in talune pronunce statali. Basti rammentare il caso *Sharpless* del 1853, in cui la Corte Suprema della Pennsylvania asserì che: “*costituisce un grave errore supporre che il dovere dello Stato si esaurisca con le creazione di quelle istituzioni che sono necessarie all’esistenza del Governo: come quelle per l’amministrazione della giustizia, la conservazione della pace e la protezione del Paese dai nemici esterni ... Incoraggiare e stimolare il commercio interno ed esterno è un dovere di uno Stato sovrano tanto evidente e tanto universalmente riconosciuto come qualunque altro*”<sup>143</sup>.

Il caso *Swift* rappresentò una deroga importante all’indirizzo pretorio che dominò la Corte Taney<sup>144</sup>. Nei successivi *License Cases* del 1847, riconobbe la legittimità costituzionale del diritto di ogni Stato di vietare l’importazione dei liquori<sup>145</sup>. Nel caso *Cooley v. Board of Post Wardens* del 1851, affermò la legittimità costituzionale di una legge dello Stato della Pennsylvania del 1803 che obbligava le navi, che facevano ingresso nel porto di Filadelfia, di ingaggiare un pilota locale per ragioni di sicurezza, visto che i piloti del luogo conoscevano bene le acque interne, nonostante la misura intralciasse profondamente il commercio interstatale. Ancora una volta, la Corte mostrò deferenza agli Stati, nella cornice legittimante degli “*state police powers*”. Nella sentenza, si introdusse un importante *discrimen* tra commercio concernente interessi nazionali, precluso all’intervento dei singoli Stati e, commercio che investiva interessi locali in cui la legislazione statale era ammessa. L’estensore della pronuncia, il Giudice Curtis, combinò la dottrina della

---

<sup>141</sup> Sul punto, W.N. ESKRIDGE, J. FEREJOHN, “The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47:1355, 1994, pp. 1371. Wheare, invece, evidenzia lo scarso successo riscosso, in seno ai singoli Stati, dalla pronuncia *Swift* che venne ribaltata solo nel 1938. In particolare, K.C. WHEARE, *Del governo federale*, Bologna, 1997, pp. 141 e s.

<sup>142</sup> Sul punto, in modo difforme da Finkelman, si esprime H.N. SCHEIBER, “Federalism and the American Economic Order, 1789-1910”, in *Law and Society Review*, Vol. 10, No. 1, (Autumn 1975), p. 77-78.

<sup>143</sup> In particolare, A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell’economia ... cit.*, p. 40. Anche Hartz ha sottolineato come in Stati quali la Pennsylvania o il Massachusetts, il protezionismo economico fosse molto accentuato e si manifestasse in una rigida disciplina della qualità delle merci, delle condizioni lavorative e in un controllo accurato del livello generale dei prezzi. In particolare, L.M. HARTZ, *Economic Policy and Democratic Thought: Pennsylvania, 1776-1860*, Cambridge, Massachusetts, 1948, p. 121 e s.

<sup>144</sup> Per un’analisi generale della giurisprudenza della Corte Taney si rinvia al contributo di W.N. ESKRIDGE, J. FEREJOHN, “The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47:1355, 1994, pp. 1373-1376.

<sup>145</sup> Caso *License Cases*, 46 U.S. (5 How.) 504, 578 (1847). Per un commento si rinvia a L.H. TRIBE, *American Constitutional ...*, cit., p. 1047 e a G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione. Alla luce dell’esperienza statunitense ... cit.*, pp. 46 e ss.

competenza esclusiva federale con quella della competenza concorrente statale, sancendo che le materie “*national in scope*” dovessero essere disciplinate in modo uniforme dal Congresso e quelle restanti di tipo locale, potessero essere regolate dai singoli Stati sino a quando non fosse intervenuta una legge federale<sup>146</sup>.

Una simile impronta si riflettè nel successivo caso *Pennsylvania v. Wheeling and Belmont Bridge Company* in cui si ebbe una iniziale declaratoria di incostituzionalità, espressa nel 1852, a scapito di una legge dello Stato della Virginia che aveva consentito la costruzione di un ponte sull’*Ohio River*, il quale collegava l’Ohio alla Virginia e che si era dimostrato troppo basso, costringendo i battelli a vapore ad abbassare i propri fumaioli. Lo Stato della Pennsylvania che percorreva con le sue imbarcazioni il fiume ed aveva esperito il ricorso, definì il ponte una “*nuisance*” che impediva il commercio interstatale. Ma nel 1856, il Congresso approvò una legge che definiva il ponte “*a lawful structure and a post road which Congress had the power to regulate*”. In tale fattispecie emerse un elemento importante secondo cui era sempre e comunque un apposito atto del Congresso, espressione del suo potere di regolazione, a costituire l’unica fonte di legittimazione delle attività costituenti o correlate al commercio interstatale, non anche la legge di un singolo Stato<sup>147</sup>.

La Corte Taney sostenne lo sviluppo economico e la crescita del commerci, supportando l’azione dei singoli Stati e, talvolta, avallando misure protezionistiche. Il suo sostegno ad una interpretazione in chiave *nationalistic* della *commerce clause* e della *contract clause* avvenne solo nei rari casi in cui l’azione statale risultava chiaramente confliggente con la sfera di attribuzioni del Congresso. Ma la giurisprudenza della Corte fu molto flessibile con le legislazioni statali di sviluppo delle rispettive economie. Il sistema federale era sbilanciato verso il basso ed il *federalizing process* procedeva lungo direttrici forse un po’ troppo centrifughe. Un simile scenario, ha indotto taluni autori, a scindere il concetto di “*formal authority*” da quello di “*real power*” e a ritenere, “*decentralized*”, il federalismo dell’epoca prebellica<sup>148</sup>.

Nell’era Marshall, l’astensionismo del *Federal Government* fu sì controbilanciato dal protezionismo statale, ma la Corte Suprema seppe ricoprire il ruolo di *arbiter* tra le due parti in conflitto, cassando quei provvedimenti che intralciavano le competenze federali e limitavano lo sviluppo di un mercato unico nazionale. Nell’era Taney, invece, l’astensionismo federale fu seguito da un forte attivismo statale che nella giurisprudenza costituzionale della Corte non rinvenne un argine (salvi casi

---

<sup>146</sup> Caso *Cooley v. Board of Post Wardens*, 53 U.S. (12 How.) 299 (1851). Per un commento si rinvia a L.H. TRIBE, *American Constitutional ...*, cit., pp. 1047 e s.

<sup>147</sup> Caso *Pennsylvania v. Wheeling and Belmont Bridge*, 50 U.S. 647 (1852). In tale pronuncia, espressero una opinione dissenziente i giudici McLean, Wayne e Grier, di norma “*supporters of the nationalistic view*” poiché convinti assertori della teoria secondo cui il commercio non si estendeva alle costruzioni o alle ostruzioni ai traffici fluviali. Sul punto, M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e ...* cit., pp. 123 e s. nonché P. FINKELMAN, *The Taney Court 1836-1864. The Jurisprudence of ...* cit., pp. 83 e s.

<sup>148</sup> Sul punto, H.N. SCHEIBER, *Federalism and the American Economic Order, 1789-1910*, in *Law and Society Review*, Vol. 10, No. 1, (Autumn 1975), p. 67 e ss.

sporadici), ma una giustificazione<sup>149</sup>. Al diffuso protezionismo degli Stati si contrappose, del resto, solo una episodica e, talvolta, incoerente legislazione federale che, congiuntamente a quella statale, innervarono nella società i germi della crisi e del malcontento che misero a repentaglio l'Unione faticosamente raggiunta circa settanta anni prima. Le fratture interpretative tra le due Corti non devono, dopo tutto, destare meraviglia visto che l'interpretazione costituzionale è *coniunctio* di teoria e prassi e non vive di formule astratte e ripetibili, ma di casi concreti da decidere che riflettono i cangianti equilibri della società ed i mutati assetti economici. Un assunto che verrà poi enunciato in termini lapidari da Oliver Wendell Holmes nel 1881, il quale considerò la vita del diritto e l'interpretazione giudiziale non un'opera di logica bensì di esperienza<sup>150</sup>.

Proprio in quegli anni si assistette, infatti, alla liberalizzazione della *Common Law* di origine britannica fondata sulla tradizione orale che venne ripasmata dalle Corti statali in virtù delle esigenze in auge nella società nordamericana che si affacciava allo sviluppo industriale, arricchendosi di principi di diritto meglio rispondenti alle problematiche commerciali e contrattuali emergenti<sup>151</sup>. Alla reinterpretazione in chiave evolutiva delle costumanze antiche della *Common Law* fece seguito la redazione dei primi *Law Reports*, destinati a favorire la circolazione per iscritto del precedente e limitare il peso della tradizione orale. Lo svolgimento del processo a mezzo di giurie e la crescita della classe forense consentirono simili sviluppi<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> Sul punto, in particolare, A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia ... cit.*, p. 40.

<sup>150</sup> Holmes si esprime letteralmente in tali termini: "*The life of law has not been logic; it has been experience*". Richard Posner vi ha colto lo *slogan* del *legal pragmatism* che si snoda nelle contrapposte endiadi del "*logic-formalism*" e della "*experience-empiricism*". A parere di Posner, Holmes riteneva la *Common Law* un genere di diritto che si originava dal bisogno sociale di ordine e certezza dei rapporti tra privati. Il suo approccio costituisce un antidoto al formalismo legale in cui il diritto, dimentico delle sue origini, diviene un "*autotelic body of thought*". Sul punto, R. A. POSNER, *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, 2003, pp. 57-58 nonché B. ACKERMAN, "The Living Constitution", in *Harvard Law Review*, Vol. 120, No. 7, (May 2007), pp. 1758 e 1793 e ss., il quale, in ossequio al pensiero di Holmes, reputa riduttivo dare una lettura del Testo costituzionale o in una chiave meccanicistica e newtoniana o in una organicistica e darwiniana, essendo la sintesi di ambedue le concezioni.

<sup>151</sup> Occorre precisare che la *Common Law*, intesa quale complesso delle consuetudini medievali consolidate dalle Corti regie in territorio inglese ed applicabile negli Stati Uniti d'America, era quella sedimentata sino al 1776, data di proclamazione dell'Indipendenza dalla Madre Patria. Le Corti statali si dimostrarono restie a compiere una opera di mera ricognizione delle consuetudini del passato, arricchendone il contenuto in ragione del mutare dei tempi e delle abitudini. Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Vol. I, Milano, 1998, pp. 92 e ss.

<sup>152</sup> Era maturata la consapevolezza che una società in costante espansione economica e commerciale non potesse fare affidamento sulla sola fonte fatto, ma che occorressero leggi incentivanti la libera iniziativa dei privati, basti pensare a quelle che consentivano la libera costituzione di società di capitali e a responsabilità limitata senza il passaggio dell'autorizzazione speciale o all'abrogazione del fedecommesso e del maggiorascato o alla disciplina della proprietà fondiaria e del diritto di uso delle acque che ne permise un migliore sfruttamento commerciale. Senza tralasciare la regolazione della fattispecie dell'illecito extracontrattuale e la semplificazione della *probatio* della responsabilità per colpa o alla materia dell'interpretazione contrattuale in cui venne formulata la teoria oggettiva del contratto. La materia dell'illecito extracontrattuale, cd. *tort*, si fondava su di un regime di responsabilità per colpa che imponeva la prova della negligenza, della imprudenza o dell'imperizia da parte di chi aveva cagionato il danno. Il legislatore semplificò il regime dell'onere della prova, coniugando la libertà d'azione del privato con gli interessi protetti della società civile. Sul piano contrattuale, invece, alla teoria che della volontà che si rifaceva alla intenzione espressa dalla parti contraenti si sostituì quella oggettiva che faceva perno sul valore obiettivo delle dichiarazioni rese dai contraenti. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 95.

Nella materia giuslavoristica, invece, venne introdotto un regime di *favor* nei confronti della parte datoriale, escludendo sia la responsabilità del datore di lavoro verso terzi per fatto commesso dal proprio dipendente qualora il danno fosse stato subito da un altro dipendente (*fellow servant rule*), sia la responsabilità del datore di lavoro per un fatto che il dipendente, colposamente, avesse contribuito con la sua condotta a cagionare (*contributory negligence rule*)<sup>153</sup>. Si coglieva una sottile funzionalizzazione del diritto all'economia che avrebbe dovuto garantire una disciplina delle attività ed uno sfruttamento delle risorse in modo servente all'espansione economica e commerciale statunitensi.

La tradizione liberale americana possiede le proprie peculiarità, ma non costituisce un fenomeno isolato. Anche nell'Europa continentale, nell'area dei Paesi a *Civil Law*, la codificazione civile e commerciale aveva condotto ad una puntuale disciplina della responsabilità per colpa e della materia delle obbligazioni e dei contratti che nell'analisi di Pound costituiva la prova della diffusione universale dell'ideologia liberale che accompagnava il vorticoso sviluppo della produzione industriale su scala globale.

La liberalizzazione della *Common Law* aveva il pregio di ancorare il diritto alla società per meglio tutelarne le inalienabili prerogative e libertà, ma custodiva una dimensione statale, frutto della ricostruzione pretoria delle Corti locali che confliggeva con l'intento di creare un corpo di leggi ed una giurisprudenza, in materia commerciale, a livello federale che fosse uniforme su tutto il territorio nazionale. Come sostenne il Giudice Story, nel citato caso *Swift v. Tyson*, le libertà economiche ed i valori sottesi al libero mercato costituivano oramai una materia di interesse nazionale.

Nella prima metà dell'Ottocento gli Stati Uniti mutarono il loro volto, acquisendo una complessità strutturale e dimensionale notevole. Nelle contrastanti visioni del diritto e della politica dei federalisti, dei repubblicani di Jefferson e dei democratici di Jackson è possibile cogliere un nucleo di valori comuni che riposa nel principio di certezza del diritto e nella presenza di apparati del pubblico potere minimi, difensori dell'autonoma iniziativa del singolo individuo nel seno di una libera società.

Ciò non esime dal dover considerare che gli ardui tentativi di creare un mercato unico nazionale abbiano camminato di pari passo con gli sforzi di consolidare il *National Government* all'ombra della Costituzione federale. La concezione del federalismo duale è un riflesso di tale ideologia ed incarna un sistema di riparto dei poteri fondato sulla definizione-delimitazione delle rispettive sfere

---

<sup>153</sup> Si trattava di un regime che limitava fortemente le fattispecie di responsabilità del datore di lavoro e le possibilità di risarcimento danni per le vittime di incidenti sul luogo di lavoro con lo scopo di non gravare troppo sui bilanci delle imprese, nella cornice di un liberalismo che mirava a potenziare un rapido sviluppo industriale.

di attribuzioni, elidendo il rischio di straripamenti, invasioni e ibridazioni competenziali<sup>154</sup>. Un rischio, quest'ultimo, che le Corti Marshall e Taney affrontarono, anche se in modo difforme, vagliando la presunta costituzionalità di ogni interferenza o sovrapposizione tra i due livelli di governo. Parte della dottrina, ha ritenuto elemento tipizzante il *federal system* proprio il costante conflitto politico che si innerva nei legami tra *national and state governments*<sup>155</sup>.

Alla vigilia della Guerra di Secessione, “*le relazioni intergovernative erano in bilico tra una concezioni unionista*”, che credeva nella supremazia della Costituzione e dello Stato federale, ed una “*dottrina contrattualistica ... che configurava la Costituzione come un compact tra Stati sovrani*”<sup>156</sup>. Nella scissione delle competenze in materia di commercio inter ed infrastatale si compendia l'assunto teorico di base del *dual federalism*, posto in funzione servente di un modello economico improntato ai principi del *laissez-faire* e a suffragio di quella concezione che disegna il sistema federale come una invenzione originale degli Stati Uniti d'America, “*the most unique American contribution to the political art*”<sup>157</sup>. La *ratio* fondante la reale distribuzione dei poteri suggerisce che si trattava di un sistema sospeso tra l'astensionismo federale e l'accentuato protagonismo statale, all'ombra del riconosciuto *policy power*<sup>158</sup>. Del resto, anche Watts ha sottolineato come l'essenza del federalismo, come principio normativo, è quella di garantire una duratura coesistenza dell'unione e della non centralizzazione<sup>159</sup>. Si avvalora, così, l'intuizione di Scheiber, secondo cui: “*American federalism was thus a kind of mosaic: each constituent element*

---

<sup>154</sup> Come rilevò Corwin, il modello federale duale era imperniato sugli *enumerated powers* del Governo nazionale, sulle elencate finalità che poteva perseguire, sulla compresenza di due livelli di governo, entrambi sovrani ed eguali e su di un sistema di relazioni vicedevoli fondate, spesso, sulla competizione e non sulla collaborazione. Sul punto, E.S. CORWIN, “The Passing of Dual Federalism”, in *American Constitutional History. Essays by E.S. Corwin*, New York, 1964. La circostanza secondo cui, in Corwin, vi sono le prime elaborazioni teoriche della nozione di federalismo cooperativo contrapposto a quello duale è evidenziato da A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienze giuridica degli Stati Uniti*, Torino, 2003, pp. 20 e s. Parte della dottrina, ravvede nel modello del *dual federalism* una forma di “*layer cake*” ossia di una torta a strati con i diversi livelli separati e distinguibili. Sul punto, S. VENTURA, *Il federalismo*, Bologna, 2002, p. 56.

<sup>155</sup> M.J. LASLOVICH, “The American Tradition: Federalism in the United States”, in *Comparative Federalism and Federation* (edited by M. Burgess and A.G. Gagnon), New York, 1993, pp. 187 e s.

<sup>156</sup> Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Stato costituzionale ed espansione della democrazia*, Padova, 1999, pp. 328 e s.

<sup>157</sup> Si tratta di una delle brillanti osservazioni di Elazar a riguardo del fenomeno federale, che qui di seguito si riporta per intero, nella sua versione originale. “*If there are truly unique aspects in the American political system, it may well be that they lie embodied in the ways and means of American federalism. Indeed, the creation of a viable and lasting federal system of government is probably the most unique American contribution to the political art*”. D. ELAZAR, *The American Partnership: Intergovernmental co-operation in the nineteenth-century United States*, Chicago, 1962, p. 338.

<sup>158</sup> Elazar valorizza la distinzione tra decentramento e non centralizzazione federale e stabilisce che il primo è tipico del modello regionalistico in cui il centro si de-centra, ma rimane libero di riaccentrarsi, mentre la seconda è tipica del sistema federale in cui non esiste un'autorità centrale e sussistono vere e proprie barriere costituzionali che elidono il rischio di un accentramento di potere. Sul punto, D. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Milano, 1998. Sulla scorta di tale assunto, si muove anche la critica che Giorgio Lombardi muove nei confronti di Scelle, in merito alla dottrina francese del federalismo dinamico. A parere di Lombardi, l'espunzione della differenza tra federalismo e decentramento annullerebbe la peculiarità medesima dello Stato federale che diventerebbe non dissimile da ogni altra forma di Stato, in seno al quale si palesa una qualsivoglia forma di decentramento. In particolare, G. LOMBARDI, *Lo Stato federale ... cit.*, p. 96.

<sup>159</sup> Sul punto, R. WATTS, *Comparing Federal Systems*, Montreal, 1999.

*had its own coloration and design*”<sup>160</sup>. Unico dato negativo di un simile assetto era costituito dal fatto che un eccessivo *regulatory power* statale avrebbe creato e, di fatto creò, un profondo divario nello sviluppo economico tra i singoli Stati.

Da tale analisi è possibile cogliere lo stretto intreccio presente tra il concetto di *federalizing process* con il ruolo dell’interpretazione costituzionale e la nozione di forma di Stato, ciascuno termine mobile di un processo dinamico di evoluzione istituzionale alla costante ricerca di nuovi equilibri e di diverse soluzioni.

Il dinamismo che pervade il loro ritmico evolversi è riflesso del mutare storico e sociale. Risulta, pertanto, corretto asserire che il processo federativo preceda l’entrata in vigore della Costituzione federale, si innervi negli anni della Confederazione e, influenzando sul sistema di riparto dei pubblici poteri, condizioni le diverse stagioni del costituzionalismo americano, avverando la tesi del Friedrich secondo cui ai livelli più alti, il federalismo è profondamente legato al costituzionalismo, in quanto presuppone “il governo della legge e la santità dei contratti”<sup>161</sup>. In tale prospettiva Friedrich, considera lo Stato federale una forma territoriale di divisione del potere politico in base ad una Costituzione in cui l’articolazione del potere politico, in ambito spaziale, si sommerebbe alla suddivisione funzionale del potere fra i diversi organi, come accade nella maggior parte delle costituzioni liberali. Come rileva De Vergottini, la riconduzione del federalismo al costituzionalismo rientra nell’identificazione tra struttura federale e ideologia liberale che si ancora all’immagine di uno Stato liberale in cui la suddivisione dei poteri su base territoriale, tra le diverse entità componenti, avviene nella cornice disegnata dalla Costituzione, la quale riconosce specifiche sfere di competenza spettanti agli enti territoriali minori anche se le dinamiche relazionali tra centro e periferia riportano all’esistenza di un unico Stato, definito federale<sup>162</sup>.

La Costituzione assolve ad una “funzione rappresentativa, cd. *topocratic representation*, della divisione federale dei poteri, nella quale rimane viva una dialettica di reciproche influenze fra i vari

---

<sup>160</sup> H.N. SCHEIBER, “Federalism and the American Economic Order, 1789-1910”, in *Law and Society Review*, Vol. 10, No. 1, (Autumn 1975), p. 97.

<sup>161</sup> Per Friedrich, la nozione di federalismo si risolve in una forma di coesione tra comunità politiche territoriali, con una divisione di poteri su più livelli, in virtù di un *constitutional arrangement*. Sul punto, C.J. FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York, 1968, pp. 7 e ss.

Ad una concezione dinamica del processo federativo, Felix Frankfurter associò una nozione dinamica ed evolutiva della Costituzione asserendo che ogni sistema legale che operi per una *living society*, anche quando custodito in una Costituzione scritta, “*must itself be alive ... not merely imprisonment in the past*”. La vita politica di una Nazione e il sistema federale sono le cose più complesse ed indefinibili (*subtles*) e richiedono i più flessibili e creativi aggiustamenti al fine di armonizzarle con gli interessi locali e nazionali. Per l’autore, la Costituzione degli Stati Uniti “*is not a printed finality but a dynamic process; its application to the actuality of Government is not a mechanical exercise but a function of statecraft*”. F. FRANKFURTER, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, New York, 1938, p. 75 e s. In merito al pensiero di Friedrich, si rinvia alla sua opera C.J. FRIEDRICH, *L’uomo, la comunità, l’ordine politico*, Bologna, 2002, pp. 265 e s.

<sup>162</sup> Sul punto, G. DE VERGOTTINI, “Stato Federale”, voce in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLII, Milano 1990, p. 833.

livelli”<sup>163</sup>. Non solo, nella Costituzione degli Stati Uniti la previsione di un organo rappresentativo, quale il Senato che, a livello federale, esprime la volontà delle singole entità decentrate, costituisce un momento formale di raccordo interistituzionale e luogo di compromesso, di frizione, ma anche di sconfitta<sup>164</sup>.

Siffatta considerazione avvalora la teoria di Friedrich, secondo cui il binomio federalismo-Stato federale è fallace poiché istituisce una statica equazione tra concetti correlati, ma autonomi, dal momento che il dinamismo intimo delle esperienze federative induce ad inferirne una declinazione plurale che si riflette nella varietà degli esiti e delle soluzioni istituzionali sperimentabili, cui il medesimo può condurre e che far convergere nella sola immagine dello Stato federale potrebbe svilire. Proprio Friedrich ritiene che, incasellare le esperienze federative in modelli statici di descrizione del sistema di riparto dei poteri, non penetri a fondo la complessità di tali fenomeni politici e giuridici che si evolvono in modo costante, riflettendo un substrato di valori che cambiano nel tempo e nello spazio<sup>165</sup>. L'autore giunge a porsi l'interrogativo: “*The main question is: What the function does a federal relationship have? – rather than: What structure?*”<sup>166</sup>. La circostanza secondo la quale taluni *federalizing process(es)* abbiano condotto a dei risultati analoghi non smentisce, ma avvalora la loro natura intrinsecamente dinamica e la loro attitudine a riflettere problematiche socio-economiche complesse, ma pervase, talvolta, da una *ratio* comune o simile. Il modello federale è uno strumento flessibile ed elastico di organizzazione di una comunità politica che consente di raggiungere un accordo associativo per risolvere problemi comuni o di stipulare un accordo dissociativo che lascia le singole comunità politiche libere di affrontare problemi non più condivisi. Si realizzano, in tal modo, i postulati del federalismo per associazione e del federalismo per dissociazione delle entità politiche coinvolte (Stati o altri tipi di associazione), costituenti l'ampio spettro entro cui si dispiegano le varie soluzioni federali, sospese nella ricerca di una

---

<sup>163</sup> C. MALANDRINO, *Federalismo. Storia, idee, modelli*, Roma, 1998, p. 44 e s.

<sup>164</sup> La previsione di un Senato i cui membri erano dapprima eletti da un legislativo statale e di poi, dalla popolazione di ciascuno Stato, in virtù del XVII emendamento, approvato nel 1913, ma che, in ogni caso, erano rappresentanti di una specifica realtà territoriale, costituiva l'elemento più decentralizzato in una Costituzione centralizzatrice. Sul punto, D. MCKAY, *Design Europe. Comparative Lessons from the Federal Experience*, New York, 2001, pp. 25 e ss. L'autore rileva come il senatore seguisse la “*doctrine of instructions*” ossia le istruzioni che ogni Stato dava in merito ai provvedimenti da approvare a livello federale. Egli sottolinea come l'anima del periodo prebellico aleggi tra “*the national idea and the rise of sectionalism*”.

<sup>165</sup> Come rileva anche Felix Frankfurter, “*federalism ... is not a form of Government with unvarying content. Its essence is the division of power between two governments in the same territory or ... the co-existence of two Governments having authority over the same physical territory in respect of different situation. But the distribution of power between center and constituent units may take a variety of forms, differing in different countries at the same time and in the same country at different times*”. Egli ritiene i sistemi federali così complicati da richiedere i più flessibile e originali meccanismi di aggiustamento per armonizzare interessi locali e nazionali. F. FRANKFURTER, *Mr. Justice Homes and ...* cit., p. 89 e p. 96.

<sup>166</sup> La citazione è rinvenibile nell'opera di M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Napoli, 1996, p. 27.



maggior unità o di una più spiccata autonomia<sup>167</sup>. Il processo federativo, sovente, si dispiega lungo un percorso tortuoso e secondo variabili così mutevoli che risulta arduo individuare dei *trends* evolutivi univoci. La compresenza di fattori metagiuridici di tipo etnico, linguistico, culturale e religioso contribuisce a tipizzare i *federalizing processes* e ad imprimergli un differente ritmo, centripeto o centrifugo<sup>168</sup>

### 1.5 La Guerra Civile e l'avvio della transizione costituzionale verso il liberalismo maturo

Lo sviluppo economico che connotò gli Stati Uniti d'America nei primi anni dell'Ottocento fu rapido, ma ebbe un differente fiorire territoriale che segnò un crescente divario tra la dimensione industriale e manifatturiera del Nord e dell'Ovest e quella agricola del Sud. Le diverse economie non erano che il riflesso di una differente sensibilità culturale. Il Sud presentava, del resto, classi agiate che si erano formate in Gran Bretagna e mostravano un grande interesse verso il mondo rurale fatto di equilibri naturali e riponevano numerose speranze nel commercio su scala globale del cotone. Nel modo di pensare dell'imprenditore agricolo del Sud, l'utilizzo di una forza lavoro di colore non costituiva una circostanza meno deprecabile dello sfruttamento della manodopera salariata nei plessi industriali del Nord, seppure lo schiavo fosse considerato un bene oggetto di proprietà e l'operaio un libero lavoratore.

L'affermarsi di differenti strutture economiche condizionò il diverso modo di percepire il ruolo del *Federal Government* da parte degli Stati e di intendere il valore della Costituzione federale. L'appartenenza all'Unione divenne insopportabile per il Sud nel momento in cui la politica dei dazi sulle importazioni, attuata a livello federale, divenne una misura protezionistica che danneggiava i flussi commerciali delle regioni meridionali. Il ricorso alla tariffa daziaria costituiva uno dei pochi strumenti che consentiva al *Federal Government* di finanziare i propri programmi di spesa, non potendo contare su di un sistema di imposte dirette. Le leggi doganali inasprirono i dazi sulle

---

<sup>167</sup> Come rileva Friedrich, "il federalismo come processo deve essere inteso come una realtà che lega diversi sistemi di relazioni posti nella sezione centrale del continuum. Come tale esso identifica una serie di configurazioni di ordini politici adatti a situazioni in cui la popolazione è organizzata (in) contesti territorialmente diversificati di valori, interessi e credenze, sopra i quali vi sono valori, credenze e interessi comuni della comunità più inclusiva". La creazione di un tale modello complesso di valori e di credenze comuni è fondamentale affinché si origini il processo federativo di entità politiche preesistenti, desiderose di una maggiore autonomia o di una più spiccata unità. C.J. FRIEDRICK, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Bologna, 2002, p. 273. Le teorie di Friedrich hanno trovato diffusione in Italia, grazie al contributo di La Pergola, il quale ne segue l'approccio metodologico, seppure ne riduca la portata innovativa ed originale. Non ne sottace, però, la capacità di dare maggiore risalto allo studio strumentale del federalismo, indagato in una ottica funzionale e funzionalista. Sul punto, A. LA PERGOLA, *Residui contrattualistici e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, 1969, pp. 6 e ss. In merito al *continuum* fenomenologico di una diversificata distribuzione dei poteri, vedasi anche il contributo di G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2001, pp. 6-8.

<sup>168</sup> Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Stato costituzionale ed espansione ... cit.*, pp. 320 e s. L'autore sottolinea, poi, che i fattori economici, politici e culturali costituiscono il codice che delinea la mappatura genetica dello Stato federale.

importazioni di manufatti dall'Europa, danneggiando l'economia del Sud, prevalentemente agricola che era costretta ad importare numerosi prodotti, e favorendo la nascente industria del Nord che poteva contare su una florida attività manifatturiera. I dazi sulle importazioni avrebbero dovuto rendere difficili gli acquisti di merci europee, vendute a prezzi più vantaggiosi, e facilitare il commercio dei prodotti industriali del Nord.

Le prime leggi doganali del 1789 e del 1816 ebbero effetti più contenuti, ma le successive leggi del 1828 e del 1832 imposero tariffe così elevate da danneggiare pesantemente l'economia del Sud<sup>169</sup>.

Già nel 1820, la Carolina del Sud denunciò, in una petizione al Congresso, il carattere incostituzionale, oppressivo e ingiusto della legge doganale del 1816 cui si aggiunsero le proteste della Georgia, della Virginia, della Carolina del Nord e dell'Alabama. Proprio le successive leggi del 1828 e del 1832, varate dal Congresso e riaffermanti i principi espressi nelle precedenti misure tariffarie, suscitarono un malanimo tale da indurre ogni Stato del Sud che avesse ritenuto una legge federale incostituzionale a dichiararne la nullità. La inaugurata prassi della "nullificazione" esautorava, *de facto*, la Corte Suprema degli Stati Uniti del suo ruolo di arbitro dei conflitti tra Stato federale e singoli Stati Membri, e la privava, *de jure*, della titolarità in ultima istanza della *judicial review*. Come ebbe modo di affermare John Calhoun a proposito dei nullificatori del Sud, nel 1833, innanzi al Senato degli Stati Uniti: "*La Costituzione è un contratto nel quale gli Stati sono comparsi come sovrani. Ora ogni volta che si stipula un contratto fra parti che non riconoscono un arbitro comune, ognuna di esse mantiene il diritto di giudicare da sola l'estensione della sua obbligazione*"<sup>170</sup>. Si stava diffondendo, in modo strisciante, un sentimento di delegittimazione dell'autorità federale che avrebbe di lì a poco vibrato duri colpi all'Unione e al Documento costituzionale<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Occorre rammentare che nel 1807 era stato decretato un embargo generale sui commerci con l'estero, in particolare con la Gran Bretagna. Sul punto, J.A. FRANKEL, "The 1807-1809 Embargo against Great Britain", in *The Journal of Economic History*, Vol. 42, No. 2, (June 1982), pp. 291 e ss., nonché S. VENTURA, *Il federalismo*, Bologna, 2002, pp. 52-54.

<sup>170</sup> La citazione è riportata nell'opera di A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Libro II, Capitolo X, ed.it., Milano, 1999, p. 387. Sul punto, interessante il contributo critico di D. MCKAY, *Designing Europe. Comparative Lessons ...* cit., p. 27.

<sup>171</sup> Lo Stato della South Carolina decise di non avviare la nullificazione della legge doganale del 1832 solo perché raggiunse un debole compromesso con il Governo federale che si era impegnato a modificarla. Nel 1832, la South Carolina aveva eletto una Convenzione che aveva pubblicato una legge sotto forma di ordinanza che intendeva annullare la legge federale sulle tariffe. L'ordinanza fu preceduta da una relazione redatta da un apposito Comitato in cui si stabilì che: "Quando i diritti riservati ai diversi Stati dalla Costituzione sono deliberatamente violati, il diritto e il dovere di questi Stati è di intervenire per arrestare il progresso del male, opporsi all'usurpazione, e mantenere nei rispettivi limiti i poteri e i privilegi che appartengono loro come sovrani indipendenti ... La Carolina del Sud dichiara di non riconoscere sulla terra alcun tribunale al di sopra di sé. È vero che essa ha stipulato con altri Stati sovrani ... un contratto di unione (a solemn contract of union), ma reclama ed eserciterà il diritto di spiegarne quale ne è il senso secondo lei e ... di giudicare dell'estensione dell'infrazione e decidere sulle misure migliori da prendere per ottenere giustizia". La citazione è riportata nell'opera di A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Libro II, Capitolo X, ed.it., Milano, 1999, p. 388. Come rileva La Pergola, Calhoun tentò di compenetrare la connessione di Constitution con quella di Confederation, "sovrapponendo all'ordinamento federale", la cui struttura è consacrata nel Testo costituzionale, "la figura logica di una Confederazione". Per una suggestiva disamina dei fattori eziologici che

Il protezionismo economico, perpetrato dall’Autorità centrale fu, però, solo una delle tante cause che condussero alla Guerra di Secessione. Ridurre l’eziologia della Guerra Civile del 1860 al solo dato economico è erroneo, occorre associarvi ulteriori fattori di ordine culturale e morale che in modo concomitante e, talvolta, preponderante vi contribuirono.

Il problema della schiavitù ne è l’emblema. Proprio in quegli anni, infatti, avvenne l’annessione all’Unione di nuovi territori ubicati ad Ovest. L’intento degli Stati del Nord e del *Middle-West* era quello di creare un blocco di Stati liberi da contrapporre agli Stati schiavisti del Sud che avrebbe consentito la formazione di ampie maggioranze nella Camera alta, necessarie per emendare la Costituzione in senso antischiavista. Sino al 1820 la proporzione tra Stati schiavisti e Stati non schiavisti rimase equilibrata, ma nello stesso anno il Missouri fece ingresso nell’Unione come Stato schiavista e venne, di contro, approvata una legge federale che stabiliva che al di sopra del 36° parallelo la schiavitù non sarebbe stata ammessa. Il conflitto tra i due fronti contrapposti crebbe in modo graduale ed acuto<sup>172</sup>. Tra il 1850 ed il 1854 furono approvate due leggi federali che rispettivamente inasprivano la procedura di restituzione dello schiavo fuggiasco in territorio “libero” e consentivano agli Stati del Kansas e del Nebraska (peraltro, al di sopra del 36° parallelo) di vagliare l’opportunità di introdurre l’istituto della schiavitù.

Siffatti provvedimenti normativi suscitarono una diffusa indignazione che venne aggravata dalla decisione della Corte Suprema sul caso *Dredd Scott v. Sandford* del 1857, che sancì il diritto del cittadino americano di condurre con sé i beni di cui è proprietario nei territori sottesi alla *jurisdiction* federale la quale ultima si impegnava a proteggere le proprietà ivi importate tra cui anche lo schiavo<sup>173</sup>. Negare una tutela federale dello schiavo importato, oggetto di proprietà privata, equivaleva addirittura ad una espropriazione delle proprietà “*without due process of law*” e senza giusto indennizzo. In virtù di simili argomentazioni ermeneutiche la legge federale del 1820 che, escludeva l’istituto della schiavitù nei territori al di sopra del 36° parallelo, venne dichiarata incostituzionale. La pronuncia della Corte Taney aggravò il conflitto tra abolizionisti e schiavisti e

---

condussero alla Guerra Civile, si rimanda all’opera di A. LA PERGOLA, « *Residui contrattualistici* » e *struttura federale nell’ordinamento* ... cit., pp. 57 e ss.

<sup>172</sup> In quegli anni venne respinta a stento la proposta (cd. *Wilmot proviso*) di approvare una legge federale che escludeva la schiavitù da tutti i territori che dovevano essere eretti come nuovi Stati. Sempre in quel periodo la California fece ingresso nell’Unione come Stato libero. Sul punto, W.J. COOPER, *The South and the Politics of Slavery 1828-1856*, Louisiana State University, 1978, pp. 225-229 e L.L. RICHARDS, *The Slave Power and Southern Domination 1780-1860*, Louisiana State University, 2000, pp. 154-159.

<sup>173</sup> Caso *Dredd Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). La vicenda era stata preceduta dalle decisioni *United States v. Amistad* 40 U.S. (15 Pet.) 518 (1841) in cui la Corte Suprema aveva accolto le ragioni degli schiavi fuggiaschi che si erano liberati con forza dal giogo delle catene e *Groves v. Slaughter* 40 U.S. 449 (1841) in merito al traffico interstatale di schiavi in cui la Corte accolse le ragioni del venditore che reclamava il pagamento dello schiavo consegnato all’acquirente, il quale si faceva scudo di una disposizione costituzionale statale che vietava il pagamento degli schiavi acquistati dopo la data dell’ 1 marzo 1833 Per un commento si rimanda a P. FINKELMAN, *The Taney Court 1836-1864. The Jurisprudence of ...* cit., pp. 84 e ss. Nonché a W.N. ESKRIDGE, J. FERREJOHN, “The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47:1355, 1994, pp. 1375 e s. e a J. ROSEN, *The Supreme Court. The Personalities and the Rivalries ...* cit., pp. 79 e ss.

influi sulla formazione di nuove forze politiche che ai tradizionali *whigs* (di ascendenza federalista) e ai democratici di Jackson, vide contrapporre il partito repubblicano. Quest'ultimo non negò mai apertamente la schiavitù, ma condannò la decisione sul caso *Dredd Scott*, ritenendo intollerabile, per una società liberale, rendere la persona, al pari della *res*, un bene oggetto di proprietà. Fu proprio la divisione interna dei *whigs* in merito al problema della schiavitù da rimettere o alla disciplina federale o, al contrario, alle singole sovranità statali, che consegnò la vittoria al repubblicano Abraham Lincoln.

La Presidenza di Lincoln intimorì gli Stati del Sud e li spinse a coalizzarsi in una nuova distinta Confederazione che nasceva da un contratto tra Stati sovrani che si riservavano il diritto di recedere in ogni momento, segnando un ritorno al passato ed una pericolosa involuzione istituzionale. Nella coalizione sudista aleggiavano il desiderio di combattere il protezionismo federale a favore delle industrie del Nord e la difesa dell'istituto della schiavitù, considerata una fonte di ricchezza in quanto lo schiavo costituiva un bene oggetto di proprietà privata ed una forza lavoro ed un capitale umano da utilizzare nelle piantagioni di cotone, poste alla base dell'economia rurale del Sud.

Fu, infatti, proprio a seguito dell'elezione di Lincoln a Presidente che la Carolina del Sud, il Mississippi, la Florida, l'Alabama, la Georgia, la Louisiana ed il Texas si staccarono dall'Unione in virtù di ordinanze di secessione, eleggendo quale Presidente degli Stati Confederati, Jefferson Davis, e munendosi di una Costituzione scritta che preservava i diritti dei singoli territori confederati. Venne così avviata dalle forze sudiste una confisca delle proprietà fedearli presenti sul loro territorio. L'unica fortezza dell'Unione a resistere nel Sud era *Fort Sumter*, guidata dalla guarnigione del maggiore Robert Anderson. Fu proprio quando, nel 1861, le forze armate della Confederazione del Sud si impadronirono della fortezza federale di *Fort Sumter* che si scatenò una cruenta guerra tra Stati che si trascinò sino al 1865, anche se la sconfitta della coalizione sudista avvenne formalmente a Westport nel 1864. Lo scontro raggiunse livelli di notevole cruenta, basti rammentare l'applicazione della legge marziale nello Stato del Maryland, disposta dal Presidente Lincoln. Lo scontro di *Fort Sumter* è considerato dalla storiografia americana il *casus belli* per eccellenza, in tale vicenda storica<sup>174</sup>.

Nel pensiero dei sudisti, espresso nell'opera di Calhoun, si delineava l'immagine di una Costituzione federale intesa quale patto tra Stati sovrani che rafforzava la loro Unione, delegandole materie enumerate, rispetto agli Articoli di Confederazione, ma li lasciava soggetti sovrani ed

---

<sup>174</sup> Per una disamina storico-giuridica, corredata da una serie di elementi grafici, si rinvia al contributo di C. O'BRIEN, "America's Crucible", in *U.S. News&World Report*, 2008, New York, pp. 6 e ss., nonché a P. FINKELMAN, *The Taney Court, 1836-1864. The Jurisprudence of Slavery and the Crisis of the Union*, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, (edited by C. Tomlins), New York, 2005, pp. 95 e ss.

indipendenti, liberi di recedere dall'accordo in caso di violazione delle sue più intime condizioni<sup>175</sup>. La Costituzione federale non era altro che un accordo contrattuale rescindibile in caso di lesione dei suoi principi e dei suoi fini. Un diritto, quello di secessione, che i "nordisti" ritenevano, ancor di più dell'istituto della schiavitù, confliggente con la Costituzione intesa quale atto normativo fondamentale, espressione della volontà di un popolo sovrano che aveva proclamato la propria indissolubile unione già negli Articoli di Confederazione<sup>176</sup>.

Nel corso della Guerra di Secessione emersero le due distinte anime del popolo americano, espresse nelle concezioni antinomiche della Costituzione-Patto e della Costituzione-Atto (di volontà). Il valore dell'indissolubilità dell'Unione e i principi liberali stridevano con il propugnato diritto di secessione e con l'istituto della schiavitù. In un simile scenario, il diritto di secedere si copriva delle tinte dell'illecito costituzionale da reprimere con la forza. La dissoluzione dell'Unione avrebbe semmai potuto essere provocata da una unanime decisione del popolo americano per effetto dell'attivazione della procedura prevista dall'art. V Cost.

Alexis de Tocqueville che non poté assistere alla Guerra Civile poiché venuto meno alla vigilia del suo scoppiare nel 1859, già nel 1830, scriveva che "*lo scopo della Costituzione federale non è stato quello di costituire una lega, ma quello di creare un governo nazionale. Gli americani degli Stati Uniti ... formano un solo popolo*"<sup>177</sup>. Si potrebbe certo opinare che nel popolo della nascente Repubblica americana si agitavano gli animi contrastanti di chi dichiarava fedeltà assoluta alla Nazione e di chi, invece, si dimostrava più ossequioso del proprio Stato e vi si muovevano le passioni più svariate che inducevano il cittadino ad assecondare cangianti desideri<sup>178</sup>. Se nel 1789, la Costituzione si poneva quale elemento di sutura delle rivalità crescenti di singoli soggetti sovrani

---

<sup>175</sup> Come rileva Giuseppe De Vergottini, Calhoun propose l'idea di uno Stato federale condizionato dalle deleghe di potere rilasciate dagli Stati membri sovrani. In particolare, G. DE VERGOTTINI, "Stato Federale", voce in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLII, Milano 1990, p. 836. Per una disamina organica del pensiero di Calhoun, si rinvia, invece, al contributo di G. BUTTÀ, *Democrazia e federalismo: John C. Calhoun*, Messina, 1995. L'autore rileva come Calhoun abbia sempre esaltato il ruolo della sovranità del popolo, ma non di tutto il popolo degli Stati Uniti considerato unitariamente come entità nazionale, bensì del popolo di ciascuno Stato, considerato nella sua capacità sovrana. Egli evidenzia che: "... Il popolo degli stati è sovrano poiché solo tra gli individui che lo compongono è stato stipulato il social compact, mentre il popolo degli Stati Uniti, quale entità sovrana, non esiste perché il patto - la Costituzione - era stato stabilito dai governi di stati sovrani e non dai membri individuati di tutto il popolo unitariamente considerato: gli Stati Uniti sono una comunità di stati tra loro legati da un patto politico e non una comunità nazionale di individui uniti da un patto sociale", *ibid.*, in particolare, pp. 129 e s. Sulla concezione contrattualista di Calhoun non si possono non rammentare rilevanti le ricostruzioni di A. LA PERGOLA, « *Residui contrattualistici* » e *struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, 1969, pp. 235 e ss.

<sup>176</sup> In particolare, G. LOMBARDI, *Lo Stato federale. Profili di diritto comparato*, Torino, 1987, pp. 64 e ss. Per una disamina approfondita della Guerra di Secessione e sul contrasto tra *yankees* e *dixies* ossia le popolazioni del Nord e del Sud si rimanda ai contributi di J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs ...* cit., pp. 207 e ss. che coglie le ragioni della crisi e del malcontento in quella mai sopita rivalità tra sovranità federale e sovranità statale, in part. p. 242 nonché A.R. AMAR, *America's Constitution. A Biography*, New York, 2005, pp. 351 e ss. Per un approccio critico si rimanda a D. MCKAY, *Design Europe. Comparative Lessons ...* cit., pp. 28 e s.

<sup>177</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Libro II, Capitolo X, ed.it., Milano, 1999, p. 387.

<sup>178</sup> Fu proprio la graduale espansione verso l'Ovest che favorì la formazione di un forte sentimento nazionale alimentato dalla giurisprudenza della Corte Suprema, in *specie* di John Marshall, che contribuì a dare una lettura nazionale e liberale del Testo Costituzionale.

che coesistevano a fatica, negli anni successivi, assunse la veste di strumento di coesione sotto l'egida della funzione di indirizzo e di controllo del *Federal Government*. Fu forse proprio l'estremizzazione dell'ideale liberale a condurre alla Guerra Civile. L'approvazione delle leggi doganali avrebbe dovuto incentivare lo sviluppo industriale del Nord (ma anche del Sud) ed una libera iniziativa imprenditoriale che poggiava su di una fiorente manifattura al fine di ridurre il numero di importazioni dall'Europa, ma si rivelò una scure che falciò l'economia del Sud, incrementò la loro dipendenza economica dal Nord e infiammò gli animi delle classi produttrici del cotone e del tabacco. Dall'altro lato, si poneva il problema della schiavitù, ritenuta odiosa per le popolazioni del Nord e dell'Ovest che credevano nel valore della libertà civile che l'essere schiavo negava e che, come rilevò de Tocqueville, “*non intaccava direttamente la confederazione attraverso gli interessi, ma indirettamente attraverso i costumi*”<sup>179</sup>.

L'obiezione morale alla schiavitù sorgeva proprio dall'intima essenza liberale della società americana. Le popolazioni del Nord non erano meno razziste di quelle del Sud, ma credevano che la condizione dello schiavo fosse in radice incompatibile con i valori di un mondo fedele agli ideali della giustizia e della libertà. Il rilievo della Guerra di Secessione risiede nel suo aver segnato una importante tappa di transizione costituzionale riflessa negli emendamenti approvati all'indomani del suo cessare.

Nel 1865 venne approvato il XIII emendamento alla Costituzione federale che bandì l'istituto della schiavitù e della servitù involontaria, conferendo al Congresso il compito di emanare le norme necessarie a darvi attuazione. Compito che venne ben presto adempiuto con l'approvazione del *Civil Rights Act* del 1866 che riconosceva pari dignità ed eguale trattamento giuridico a tutti i cittadini americani in ciascuno Stato, in risposta ai *Black Codes* che molti Stati del Sud avevano approvato per discriminare, sul piano del diritto civile e penale, gli afroamericani.

Nel 1868 venne introdotto il XIV emendamento che conferiva la cittadinanza americana a tutti i cittadini nati o naturalizzati negli Stati Uniti e fece divieto di privare ogni persona della vita, della libertà o della proprietà senza una procedura legale e in assenza di una eguale protezione delle leggi (*due process of law*). Infine, per limitare la tendenza diffusa negli Stati del Sud di limitare il diritto di voto di taluni cittadini maschi, fu approvato, nel 1870, il XV emendamento, che vietava di introdurre discriminazioni nelle condizioni dell'elettorato attivo per ragioni legate alla razza o ad una precedente condizione servile, assicurando al Congresso il potere di garantire l'*enforcement* di tale previsione<sup>180</sup>. L'*emendatio* costituzionale non costituì solo un ampliamento dello spettro

---

<sup>179</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Libro II, Capitolo X, ed.it., Milano, 1999, p. 373.

<sup>180</sup> Occorre ribadire che nel 1798 era stato approvato l'XI emendamento, in merito all'estensione del potere giudiziario federale nelle controversie con Stati esteri e che nel 1804 era stato approvato il XII emendamento, il quale introduceva una importante modifica alla procedura elettorale. Sul punto, L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, pp. 920 e ss.

nomologico della Costituzione, fu, soprattutto, una espansione dei poteri del Congresso federale, arricchiti di nuovi e più forti garanzie a favore dei valori liberali, ma non si tradusse mai in una *reformatio* dei più intimi principi che costituivano espressione dello spirito recondito del Testo costituzionale<sup>181</sup>.

Un simile assunto rinvenne compiuta formulazione nel discorso pronunciato da Abraham Lincoln a Gettysburg, il 19 novembre del 1863, 87 anni dopo la proclamazione dell'Indipendenza dalla Madre Patria, in cui asserì che: “*We are highly resolved that these dead shall not have died in vain, that the Nation shall, under God, have a new birth of freedom; and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth*”<sup>182</sup>. Nel *Gospel* di Gettysburg, Lincoln evidenziò come la società americana era sorta sui principi di libertà, di eguaglianza e di autogoverno, ma ribadì che vi era il rischio che quei valori potessero essere travolti e messi in discussione, condannando la Nazione alla dissoluzione<sup>183</sup>. Per tale motivo occorreva difendere e rafforzare l'azione del Governo centrale anche a costo di molte vite umane e con una riduzione del ruolo dei singoli Stati affinché l'Unione ed i principi che sino a quel momento l'avevano retta non venissero meno. V'è chi ha colto nelle parole brevi e concise di Lincoln i germi dell'*american exceptionalism* e di quel messianismo che spingerà gli Stati Uniti d'America, nel bene e nel male, a diffondere sulla terra il proprio modello di democrazia e di libertà secondo uno spirito quasi “*missionario*”<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Occorre rilevare che il *Civil Rights Act* del 1866 ed i successivi *Reconstruction Acts* del 1867 e del 1868 che condizionarono la riammissione dei territori ribelli entro l'Unione purché garantissero il diritto di voto a favore degli afro-americani, furono approvati superando il veto opposto dal Presidente Andrew Johnson, a vennero bocciati dalla Corte Suprema nel 1883, nei noti *In re Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 25, 23 (1883), in cui si palesò l'assunto secondo cui l'abolizione della schiavitù non comportava il riconoscimento automatico di una parità di diritti. Occorrerà attendere oltre un secolo per avere una pronuncia difforme della Corte Suprema. Inoltre, gli atti normativi federali non riconoscevano la cittadinanza e parità di diritti a favore dei nativi americani che la otterranno solo nel 1965. Per una analitica disamina di tali vicende normative e giudiziarie e del contenuto del veto presidenziale, si rimanda al contributo di C. CASONATO, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Trento, 1998, pp. 108 e ss.

<sup>182</sup> In particolare, G. BORITT, “The Gettysburg Gospel. Secrets of Civil War”, in *U.S. News&World Report*, 2008, New York, pp. 50-51 nonché J. MURPHY, *The Long Road to Gettysburg*, New York, 1992, p. 128 e G. WILLS, *Lincoln at Gettysburg: The Word that Remade America*, New York, 1992, p. 319.

<sup>183</sup> Seppure Lincoln non abbia esitato a sospendere il *writ of habeas corpus*, in talune zone e nei confronti di taluni individui, trattenuti in arresto senza curarsi della prova della legittimità della loro detenzione. La Corte Suprema dichiarò incostituzionale la sua condotta senza conseguire effetti pratici (sentenza *ex parte Merriman*, Fed. Cas. No. 9, 487 del 1861), tanto che il Congresso, l'unico organo legittimato costituzionalmente a sospendere l'*habeas corpus*, approvò una legge penale dall'efficacia retroattiva che autorizzava il Presidente ad adottare simili misure. Sul punto, C.F. HOBSON, “The Taney Court 1836-1864. The Jurisprudence of Slavery and the Crisis of the Union”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by C. Tomlins), New York, 2005, p. 95 nonché R.A. POSNER, *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, 2003, p. 273.

<sup>184</sup> Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 115.

## **CAPITOLO II**

### **RINNOVATI EQUILIBRI TRA POTERI NELLA *PROGRESSIVE ERA***



## CAPITOLO II

### RINNOVATI EQUILIBRI TRA POTERI NELLA *PROGRESSIVE ERA*

SOMMARIO: 2.1. Sviluppo industriale e libertà economica negli Stati Uniti d'America della “*Reconstrued Constitution*”; - 2.2. I concetti di “*liberty*” e di “*property*” nella cornice della *due process of law clause* 2.3. La disciplina del commercio interstatale nell'era del liberalismo maturo e l'emanazione dell'*Interstate Commerce Commission Act* – 2.3.1. Prime aperture pretorie nello sviluppo della dottrina della “corrente di commercio” - 2.4. Ascesa sul mercato del *corporate business* e legislazione federale *antitrust*; - 2.5. Aspetti della realtà giuslavoristica nella *Long Gilded Age*: il caso *Lochner v. New York*. - 2.5.1. Il declino del dogma del *laissez-faire* nella critica giusrealista nordamericana.

#### 2.1 *Sviluppo industriale e libertà economica negli Stati Uniti d'America della “Reconstrued Constitution”*

All'indomani della Guerra Civile il volto degli Stati Uniti d'America si trasformò gradualmente, assumendo i connotati di una matura democrazia industriale. La crescente domanda di armamenti e di equipaggiamenti per le truppe e lo sviluppo delle linee telegrafiche condussero ad un notevole fiorire delle attività manifatturiere. A ciò si aggiunse il potenziamento delle vie di comunicazione interne, garantito dalla costruzione di una poderosa rete ferroviaria che mise in relazione le varie parti del Paese agevolando gli interscambi di beni. Gli uomini d'affari che ricevettero le varie commesse di guerra divennero ben presto gli attori di un percorso di concentrazione monopolistica che avrebbe segmentato il mercato statunitense e inciso sulle dinamiche degli scambi e della concorrenza tra imprese<sup>1</sup>. Anche lo sviluppo tecnologico applicato al mondo della manifattura consentì una elevata specializzazione della produzione industriale. L'atteggiamento fideistico nei valori della scienza era riconducibile all'ideale positivistico che rinveniva nella forza dell'intelletto la fonte del progresso dell'umanità.

Simili *trends* evolutivi consentirono una forte crescita dell'economia nazionale ed un ampliamento dei mercati, segnando la transizione da un modello di *laissez-faire*, incentrato sulla libera iniziativa individuale, ad un modello fondato sul potere d'azione e di controllo del mercato delle grandi *corporations*. La consacrazione di un sistema economico industriale segnò il tramonto, non certo la

---

<sup>1</sup> Come affermò McCurdy, il mercato americano era concepito “*as a free trade unit*” piuttosto che in termini di un “*integrated transport network*”, in cui i pionieri della *business organization* divennero uno strumento di creazione e strutturazione del *marketplace*. In particolare, C.W. MCCURDY, “American Law and the Marketing Structure of Large Corporations, 1875-1890”, in *The Journal of Economic History*, Vol. 38, No. 3, (Sep. 1978), p. 632.

scomparsa, della *economic plantation* degli Stati del Sud, indotti a sperimentare i successi dell'industria nell'ambito della produzione tessile, senza conseguire sempre risultati molto proficui. Il veloce ritmo impresso dal fiorire dell'industria alla crescita economica celava profondi dissidi interni che indussero a coniare l'aggettivo di “*Gilded Age*” o età dell'oro, forgiato dalla penna degli scrittori americani Mark Twain e Charles Dudley Warner<sup>2</sup>.

La “*progressive era*”, che fece seguito alla *Gilded Age*, costituì un importante spartiacque tra l'era prebellica e quella del *New Deal* e si pose quale elemento di congiunzione di due epoche profondamente diverse. Alla patina esteriore del progresso economico e tecnologico si associò la crescita di una profonda conflittualità sociale, alimentata dalle degenerazioni del modello di produzione capitalistico che condusse ad uno sfruttamento della manodopera e a fenomeni di grave emarginazione sociale. I segnali di crisi del progressivismo si manifestarono con maggiore evidenza all'epoca della Corte White, nella prima decade del XX secolo. Fu allora che dietro il mondo dell'industria emersero i problemi delle grandi città con milioni di nuovi immigrati provenienti dalle regioni del Sud e dell'Est europeo che si concentrarono nelle grandi aree urbane<sup>3</sup>. Intorno al 1910 la quota di immigrati sulla popolazione totale registrò un notevole innalzamento, dando vita a fenomeni interni di avversione nei confronti degli stranieri.

L'incomprensione tra l'America rurale e gli immigrati fu aggravata dal proibizionismo degli anni '20. Il movimento contrario all'uso delle bevande alcoliche tendeva a sorgere in quei territori piagati dalla crisi del settore agricolo. Lo Stato del Kansas fu il luogo di nascita del populismo e del proibizionismo, presentando sul palcoscenico americano un delicato problema di valori che oscillava tra la vita del povero contadino protestante e quella del povero lavoratore urbano, spesso di fede cattolica. Ciò fece sì che il proibizionismo ricevesse un riconoscimento costituzionale in virtù del XVIII emendamento, approvato nel 1919. Ma, come rileva parte della dottrina, “la più

---

<sup>2</sup> L'opera degli scrittori americani aveva il titolo “*The Gilded Age. A Tale of Today*”. Fu pubblicata nel 1876 e denunciava la grave corruzione politica presente nell'America post-bellica. Sul punto, si rimanda al contributo di H. GILLMAN, “The Waite Court 1874-1888. The Collapse of Reconstruction and the Transition to Conservative Constitutionalism”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, (edited by C. Tomlins), New York, 2005, pp. 127 e ss. L'autore rileva che nella *progressive era* erano diffusi i fenomeni di corruzione politica. Anche Paul Krugman sottolineò che sia il partito democratico che quello repubblicano perseguissero una forma di politica plutocratica che tendeva a favorire le classi più agiate. Ciò spiegava anche perché, quando a vincere le elezioni erano i democratici, chi ne usciva vittoriosa era sempre il candidato *bourbon democrat* ossia la componente elitaria ed abbiente del partito, vicina agli interessi dei ceti più ricchi. Infatti, l'unico candidato democratico a vincere le elezioni presidenziali tra la Guerra di Secessione e la vittoria di Woodrow Wilson nel 1912, fu Grover Cleveland, un *Bourbon candidate*. A ciò occorre aggiungere la grave prassi del voto di scambio che raggiunse toni critici nei cd. *swing States* ossia quegli Stati ove l'esito elettorale era assai incerto. Basti pensare che nel corso della *Gilded Age* fino ad un terzo degli elettori del New Jersey riceveva regolarmente danaro in cambio di voti, tanto che per controllare il rispetto del patto elettorale, gli scrutatori vagliavano spesso le schede, manipolandone, talvolta, il contenuto. In particolare, P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Bari, 2007, pp. 14 e ss.

<sup>3</sup> In particolare, Bognetti rileva come la formula politica dominante prevedeva per i *blacks*, così come per gli altri gruppi etnici europei, costituiti da irlandesi, tedeschi, italiani e polacchi, la regola dura, “ma educatrice” del *self made man*. In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998, p. 123.

micidiale di tutte era la divisione tra poveri bianchi e poveri neri” che si trascinerà, con tristi conseguenze, per molto tempo ancora<sup>4</sup>. L’antagonismo razziale era radicato così profondamente nella cultura americana da incidere sugli equilibri politici, tanto da consegnare, per molti anni, lo scettro del potere alla componente conservatrice. Una delle poche voci fuori dal coro che fu possibile udire in anni di forte intransigenza fu quella espressa da Tom Watson, un esponente politico della Georgia, che in un articolo del 1892 dal titolo “*The Negro Question in the South*” pronosticò l’illuminato progetto di una alleanza interrazziale, facendo in modo che la politica “*compels the support of a great body of both races, from those motives which imperiously control human action, and which will thus obliterate forever the sharp and unreasoning political divisions of to-day*”<sup>5</sup>.

Il modello di produzione capitalistico segnò anche la disgregazione della famiglia patriarcale, dovuta ai fenomeni migratori interni e all’ingresso, nel mondo delle fabbriche, della forza lavoro femminile<sup>6</sup>. Simili accadimenti determinarono la reiezione dei valori del dogmatismo liberale classico, fondato sulla centralità del solo agire individuale e segnarono l’affermarsi di più gravi problematiche sociali. Ma le classi politiche presero coscienza della gravità del problema solo col passare del tempo, quando il Presidente Theodore Roosevelt e il Giudice Louis Brandeis solleccitarono le Corti e la classe forense a sviluppare una giurisprudenza “*more attentive to social facts and social consequences*”<sup>7</sup>.

Negli Stati del Sud il problema presentava profili più spiccati. L’abolizione della schiavitù non aveva certo sanato i problemi della popolazione di colore, spesso emarginata dalla società e impiegata sotto costo nelle attività più umili. Anche nel nascente settore tessile, i salari erogati a favore della manodopera bianca, risultavano essere di esiguo ammontare, stante la scarsa

---

<sup>4</sup> In particolare, P. KRUGMAN, *La coscienza di un ...cit.*, p. 26.

<sup>5</sup> Come affermò Watson, “*It is safe to say that the present status of hostility between the races can only be sustained at the most imminent risk to both. It is leading by logical necessity to results which the imagination shrinks from contemplating. And the horrors of such a future can only be averted by honest attempts at a solution of the question which will be just to both races and beneficial to both. Having given this subject much anxious thought, my opinion is that the future happiness of the two races will never be assured until the political motives which drive them asunder, into two distinct and hostile factions, can be removed. There must be a new policy inaugurated, whose purpose is to allay the passions and prejudices of race conflicts and which makes its appeal to the sober sense and honest judgment of the citizen regardless of his color. To the success of this policy two things are indispensable - a common necessity acting upon both races, and a common benefit assured to both - Without injury or humiliation to either*”. In particolare, T.E WATSON, “The Negro Question in the South”, in *The Arena*, Vol. VI, (October 1892), pp. 540 e ss.

<sup>6</sup> Furono proprio le classi lavoratrici femminili, nel corso della *Progressive Era*, a condurre battaglie per il riconoscimento dei diritti politici. Sul punto, A.R. AMAR, *America’s Constitution. A Biography*, New York, 2005, pp. 405 e ss.

<sup>7</sup> In particolare, W.E. FORBATH, “The White Court, 1910-1921. A Progressive Court?”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005, pp. 175 e s. L’autore rileva come: “*equally pervasive in progressive thought was the rejection of a dogmatically liberal legal understanding of justice for a truer and deeper social understanding*”. Come sosteneva Brandeis, ogni cittadino deve avere “*a reasonable income ... regular employment ... health and leisure, decent working conditions and some system of social insurance*”. Brandeis e Theodore Roosevelt concordavano sul fatto che simili istanze e valori erano pienamente sussumibili nella formula “*We the People*” della Costituzione federale, *ibid.*, pp. 175 e 176.

specializzazione tecnica richiesta per tale tipo di lavorazione. Ma l'estremizzazione dell'ideale liberale aveva indotto a considerare come legittime talune forme di discriminazione, dovute al fatto che un libero mercato provocava diseguaglianze economiche e sociali tra i singoli ed i gruppi poiché poggiava sulla libera iniziativa e sulla creatività degli individui. Sulla scorta di tale *forma mentis* appariva addirittura legittima la decisione della Corte Suprema sul caso *Plessy v. Ferguson* del 1896 che riteneva rispettosa del XIV emendamento una legge statale che sanciva la fruizione separata tra bianchi ed afro-americani dei servizi pubblici, in particolare di trasporto (dottrina dei *separate but equal*)<sup>8</sup>. Una violazione della *equal protection clause* si sarebbe potuto paventare solo nel caso in cui – secondo la Corte – la disciplina statale avesse riservato la fruizione del servizio a favore di determinati gruppi etnici. A ciò aggiungevasi il fatto che, nel 1910, molti lavoratori adulti erano immigrati non naturalizzati e, come tali, privi del diritto di voto.

Lo sviluppo delle regioni meridionali era ostacolato dalla carenza di capitali dovuta allo sciupio consumatosi nel periodo della Guerra Civile e alla struttura del sistema bancario nazionale che non favoriva l'iniziativa economica del Sud<sup>9</sup>.

L'arretratezza economica degli Stati meridionali indusse i grandi potentati economici del Nord a stabilirvi i propri insediamenti industriali, profittando del minore costo della forza lavoro<sup>10</sup>.

Ciò produsse una crescente concentrazione del potere economico, in capo ad un ristretto numero di grandi imprese e ad una monopolizzazione di vaste porzioni di mercato che indebolì il ruolo delle piccole industrie del Sud, spesso inglobate in grandi *trusts*, come accadde per il settore siderurgico nell'Alabama, o all'acciaio di Birmingham o alla *Tennessee Coal, Iron and Railroad Company* che

---

<sup>8</sup> Caso *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). Come ebbe ad affermare il Giudice Harlan, che stilò la *dissenting opinion*, “*the Constitution forbade government from creating a pervasive racial caste system*” al fine di garantire la creazione di una “*equal citizenship*” e di una “*equal protection*”. In particolare, A.R. AMAR, *America's Constitution. A Biography*, New York, 2005, p. 383 e pp. 399 e ss., nonché W.E. FORBATH, “The White Court, 1910-1921. A Progressive Court?”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005, pp. 191 e ss. nonché S.F. SCHRAM, “United States of America”, in *Handbook of Federal Countries, 2005. Forum of Federations*, (edited by A.L. Griiffiths and coordinated by K. Nerenberg), Montreal&Kingston, 2005, p. 380.

<sup>9</sup> La tassazione statale sui privati per la realizzazione delle infrastrutture pubbliche, mai tollerata dal popolo, e la previsione di agevolazioni fiscali solo a favore delle iniziative industriali era considerata discriminatoria rispetto alle altre attività economiche. Il programma politico dei repubblicani per gli Stati del Sud fu ben presto contestato, segnando la rimonta dei *redeemers* dei democratici, fautori della supremazia bianca, suggellata nell’“accordo di Wormley” del 1877 che si rivelò disastroso per l'economia meridionale. I *Redeemers*, detti anche *Bourbon Democrats*, erano la componente abbiente ed elitaria del Partito Democratico che prese il controllo delle regioni del Sud e negoziò con il Partito Repubblicano le condizioni ed i termini della riannessione degli Stati meridionali, formalizzato nell'accordo di *Wormley* del 1877 che consegnò la vittoria elettorale al candidato Hayes nella cornice della *Redemption* sudista. Sul punto, J.T. MOORE, “Redeemers Reconsidered: Change and Continuity in the Democratic South, 1870-1900”, in *Journal of Southern History*, Vol. 44, No. 3 (Aug., 1978), pp. 358 e ss..

<sup>10</sup> Fu proprio allora che si creò una comunione di intenti economici e politici tra i *carpetbaggers*, piccoli imprenditori provenienti dal Nord e gli *scalawags*, nativi del Sud favorevoli alle scelte federali di ricostruzione post-bellica, entrambi attratti nell'orbita del Partito Repubblicano che innervò tensioni nella discendenza dei vecchi confederati ed alimentò il mai sopito rancore nei confronti del Governo federale. I *carpetbaggers* erano così denominati in ragione delle valigie di stoffa con cui migravano verso i territori del Sud, mentre gli *scalawags*, rappresentavano la componente sudista passata al servizio del Governo Centrale dopo la Guerra Civile. Per una disamina generale del periodo storico si rimanda al contributo di S.V. ASH, *When the Yankees came: Conflict and Chaos in the Occupied South*, University of North Carolina, 1995, pp. 105 e ss.

venne assorbita nel 1907 dalla *U.S. Steel* di Andrew Carnegie. Si delineò un sistema economico che avrebbe di lì a poco favorito il mondo dell'industria e della finanza del Nord, spinto a 'delocalizzare' le proprie imprese nei luoghi ove si profilava una maggiore convenienza di mercato, che la dottrina ha definito una forma di "colonizzazione dell'industria meridionale"<sup>11</sup>. In un simile scenario, parte della dottrina è giunta a ritenere che le *integrated corporations* della fase postbellica e la rivoluzione nella *business organization* che ne derivò fossero un prerequisito piuttosto che una conseguenza dell'allargamento e della crescita dimensionale del mercato nazionale<sup>12</sup>.

Anche il comparto agricolo venne rimodellato secondo i dettami offerti dalla scienza tecnica che sostituì il lavoro umano con quello delle macchine. Vi furono massicci espropri di terreni in mano a piccoli proprietari terrieri e che costrinsero contadini di colore a lavorare la terra in qualità di braccianti e di mezzadri<sup>13</sup>. La crisi nel settore agricolo, segnata da un crollo della produzione, acuì il fenomeno degli espropri. Tra il 1872 ed il 1877 si registrò un grave crollo dei prezzi del cotone cui fecero seguito taluni *financial panics* nel corso del 1873, del 1884 e del 1893, dovuti all'incapacità del settore creditizio di far fronte alla differente domanda di moneta da parte delle imprese manifatturiere e di quelle agricole<sup>14</sup>. Fu così che si innervò nel sistema economico un profondo malcontento tra gli agricoltori indebitati, che risentivano del crollo dei prezzi dei prodotti agricoli e i lavoratori industriali deprivati del posto di lavoro<sup>15</sup>. A seguito dei panici finanziari le tensioni sociali

---

<sup>11</sup> Sul punto, S. DELFINO, "Gli Stati Uniti dopo la Guerra Civile: il Sud e la ricerca di un nuovo assetto", in *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America (1874-1910)* (a cura di S. Volterra), Torino, 2003, p. 13.

<sup>12</sup> In particolare, C.W. MCCURDY, *American Law and the Marketing Structure ...* cit., p. 631 e ss.

<sup>13</sup> Giovanni Bognetti, le definisce leggi agrarie espropriatrici che uccisero l'economia del Sud fondata sulla produzione del cotone e tradirono gli assunti più intimi del XIV emendamento in materia di proprietà privata. Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998, p. 123. Occorre poi, rammentare il fatto che tra il 1860 ed 1910, il numero delle fattorie presenti negli Stati del Sud, era passato da due a sei milioni, segnando un notevole incremento della produzione di frumento, di granturco, di cotone cui si associava l'allevamento del bestiame e la produzione della lana. Il falchetto a mano venne sostituito dall'uso della falce a rastrello che consentiva di mietere in un giorno un intero ettaro. Vennero costruite fabbriche di mietitrici nei pressi di Chicago. Ciò segnò un incredibile incremento della produzione agricola in un ristretto arco di tempo. Inoltre, già la legge *Merril* del 1862 aveva previsto la concessione di terre ad istituti universitari. Il Congresso assegnò a ciascuno Stato terre demaniali per la creazione di istituti agricoli e industriali che dovevano fungere da centri di ricerca scientifica nel campo agricolo cui si associarono stazioni sperimentali di agricoltura e l'erogazione di fondi speciali a favore del Ministero dell'Agricoltura.

<sup>14</sup> Nelle regioni occidentali, il terribile inverno del 1886 e del 1887, sterminò intere mandrie all'addiaccio e la siccità negli Stati del Sud distrusse interi raccolti nelle terre a coltura intensiva e non variegata. In particolare, sulle ragioni delle crisi finanziarie degli ultimi anni del XIX secolo, si rimanda al contributo di L. BROZ, *International Origins of the Federal Reserve System*, New York, 1997, pp. 5 e ss. nonché M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 106 e s.

<sup>15</sup> Non bisogna tralasciare la circostanza secondo la quale, nonostante la industrializzazione crescente, la società americana risultava ancora legata alla terra. Nel 1890, il 64 per cento degli americani viveva in zone rurali e il 14 per cento abitava in piccole cittadine. Per tali motivi la questione del *Free Silver*, costituente un movimento che propugnava l'abbandono del sistema aureo a favore di uno misto, a base di oro e di argento per la produzione di moneta, risultava utile ai fini dell'attuazione di politiche inflazionistiche che avrebbero dovuto ridurre i numerosi debiti gravanti sugli agricoltori, ma era, altresì, irrilevante per i cittadini residenti nelle grandi città. Il distacco tra mondo agricolo e realtà cittadina era, del resto, acuito dal profondo divario culturale esistente tra gli autoctoni residenti nelle zone periferiche e gli immigrati, concentrati nelle aree urbane. Sulla questione del *Free Silver*, il candidato democratico William J. Bryan basò l'intera campagna elettorale. La crisi nel settore agricolo portò anche alla nascita del movimento *Granger*, una associazione agricola che nel 1867 assunse carattere politico, eleggendo propri candidati e incoraggiando gli iscritti

raggiunsero livelli critici, sfociando nelle violente rivolte di *Haymarket* del 1886, negli scioperi di *Homestead* del 1892 e di *Pullman* del 1894 che vennero repressi con una violenza inaudita. Gli Stati Uniti d'America sperimentarono, per la prima volta, la inesorabile vulnerabilità ai cicli economici. Nel contrasto tra le teorie economiche classiche e le emergenti teorie sociali si scontrarono le due anime del pensiero conservatore, l'una fedele ad un sistema di mercato 'naturalmente' competitivo, affidato al controllo limitato dei singoli Stati; l'altra incline allo sviluppo di un mercato unico nazionale dominato dalla presenza di grandi *corporations* e fondato su economie di scala<sup>16</sup>.

In un simile scenario, il *Federal Government* elaborò una nuova strategia d'azione che incise nell'ambito economico, ma che incontrò non pochi sbarramenti invalidanti nella Corte Suprema.

Del resto, in Europa si stavano già sperimentando da tempo politiche sociali destinate a tutelare i diritti delle categorie più deboli, basti rammentare la Germania di Bismark, che seppe coniugare i valori dell'unità nazionale con una poderosa e moderna riforma sociale e che considerava "*lo Stato non ... solo una istituzione necessaria, ma anche una istituzione assistenziale*"<sup>17</sup>. In Gran Bretagna, invece, la questione operaia nella seconda fase della industrializzazione raggiunse toni drammatici, segnando l'avvento delle *Trade Unions* che costituirono la base istituzionale del futuro partito laburista<sup>18</sup>. Infine, in Francia le delicate vicende dello sfruttamento della manodopera nelle

---

all'azione cooperativa. Venne anche costituito il *People's Party* (Partito Populista) che tentò, invano, di creare alleanze con le classi lavoratrici del Nord ed elaborò un programma politico che sosteneva le imposte sul reddito, un sistema nazionale di prestiti agrari, la nazionalizzazione delle ferrovie, la giornata lavorativa di otto ore e la circolazione monetaria. A sostegno delle ragioni dei lavoratori venne creata l'organizzazione dei Cavalieri del lavoro che fu poi, soppiantata dalla Confederazione Americana del lavoro in cui confluirono artigiani ed operai. Sul punto, S. DELFINO, "Gli Stati Uniti dopo la Guerra Civile: il Sud e la ricerca di un nuovo assetto", in *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America (1874-1910)* (a cura di S. Volterra, Torino, 2003, p. 15. Sul movimento *Granger* si rinvia all'opera di A. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno della piccola e media impresa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1984, pp. 48 e s. Per una disamina completa del periodo, sotto il profilo degli equilibri finanziari e monetari, si rimanda all'opera di D.R. DEWEY, *Financial History of the United States*, New York, 1934, rist. 1968 e A.B. HEPBURN, *History of Coinage and Currency in the United States*, 1924, rist. 1967.

<sup>16</sup> Lo sviluppo economico provocò rilevanti conseguenze, segnate dalla crescita dimensionale delle imprese manifatturiere e di quelle agricole, aventi una diramazione ultrastatale, favorita dall'uso del *trust* e determinò la transizione da un modello liberale, fondato sulla centralità dell'agire individuale che si dispiegava nel singolo mercato statale, ad uno imperniato sulle grandi *corporations*, dedite a monopolizzare cospicue porzioni di mercato nazionale, incidendo sul livello generale della produzione e dei prezzi e riducendo la concorrenza tra imprese. Ad una società di agricoltori e di commercianti si era sostituita una società composta da grandi imprese e da una folta classe operaia. Simili evoluzioni della realtà capitalistica avrebbero condizionato i rapporti tra pubblici poteri, segnando il passaggio verso il liberalismo maturo.

<sup>17</sup> La citazione è rinvenibile nel contributo di D.K. CASTÉRAS, *The Impact of Bismark's Social Legislation on German Emigration Before World War I*, consultabile sul sito internet dell'Università di Berkeley, [http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=berkeley\\_econ211](http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=berkeley_econ211).

<sup>18</sup> L'industria tedesca, nel periodo della Germania Bismarkiana del *Kulturkampf*, era molto avanzata nel settore metallurgico e tessile, al progresso economico si associò un sistema di Stato sociale che contava su di un avanzato sistema di assistenza e previdenza sociale. Basti pensare alla riforma sanitaria del 1883, all'istituzione dell'assicurazione contro gli infortuni, nel 1884, e previsione di una pensione di invalidità e di anzianità, nel 1889. A parere di Bismark, lo Stato non era "*un organismo concepito esclusivamente per proteggere le classi più abbienti della società, ma anche come un organismo che soddisfa i loro bisogni e i loro interessi*". In territorio britannico, invece, la nascita del *Labour Party* fu segnata dalla necessità. Infatti, nonostante la depenalizzazione dello sciopero nel 1871-1875, i sindacati venivano spesso vocati in giudizio per risarcire i danni cagionati dall'astensione dal lavoro che costituiva una violazione dei doveri contrattuali, dunque, un illecito civile. La creazione di un partito di ideazione sindacale, consentì di raggiungere una rappresentanza in Parlamento che condusse all'approvazione della legge sulla

fabbriche condusse all'estremo sindacalismo rivoluzionario di Sorel<sup>19</sup>. Nella Germania di Bismark, si iniziarono a sviluppare un modello di Stato sociale e politiche analoghe a quelle che sarebbero state adottate con il *New Deal*, ben prima che gli Stati Uniti elaborassero un sistema di *Welfare State*<sup>20</sup>. Anche l'Europa proveniva da una propria tradizione liberale, in Gran Bretagna la *rule of law* divenne strumento di tutela della proprietà privata e delle libertà economiche e personali a fronte di interventi autoritativi del pubblico potere. Analogamente si erano espressi in Francia studiosi quali Constant, Tocqueville e Thiers che sostenevano la necessaria autonomia della società e dell'economia dallo Stato<sup>21</sup>.

Un contributo di notevole respiro teorico si deve all'opera di Hans Kelsen che, nell'elaborare una dottrina pura del diritto postulò la necessaria distinzione tra essere e dover essere, affrancando la società civile e i principi liberali dagli ultimi retaggi giusnaturalistici<sup>22</sup>. L'estremizzazione, in Europa, del concetto di sovranità illimitata e i retaggi del nazionalismo imperialistico, rinvennero un violento sfogo nel Primo Conflitto Mondiale che tradiva l'ideale kantiano di una "Pace Perpetua" tra le Nazioni assicurata da istituzioni internazionali che avrebbero condotto alla creazione di un *foedus amphictyonum* tra i popoli, garante della sicurezza e dei diritti dell'umanità<sup>23</sup>.

---

non perseguibilità, anche in sede civile, dei sindacati. Il regime di immunità sopravvisse immutato solo sino all'era Thatcher che ne limitò fortemente la portata. La Gran Bretagna introdusse, inoltre, nel 1908 e nel 1910, rispettivamente, un sistema limitato di assicurazione per la vecchiaia ed un sistema di assicurazione sanitaria. Come ha rilevato Krugman, in Europa, la Gran Bretagna, la Francia e la Germania, spendevano in programmi sociali una percentuale del PIL superiore a quella che gli Stati Uniti avrebbero speso sino alla fine degli anni trenta. Sul punto, P. KRUGMAN, *La coscienza di un ...cit.*, p. 31. Il pensiero di Bismark è reperibile nel citato contributo di D.K. CASTÉRAS, *The Impact of Bismark's Social Legislation on German Emigration Before World War I*, consultabile sul sito internet dell'Università di Berkeley, [http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=berkeley\\_econ211](http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=berkeley_econ211) mentre, le esperienze europee, nella loro generalità, sono esaminate da D.M.CUTLER, R. JOHNSON, "The Birth and Growth of the Social-Insurance State: Explaining Old-age and Medical Insurance Across Countries", in *Kyklos*, Vol. LVII, No. 4, 2004, pp. 475 e ss.

<sup>19</sup> Secondo i sindacalisti rivoluzionari la causa dell'emancipazione operaia risiedeva nella sola istituzione sindacale, l'unica in grado di rappresentare la classe operaia, rifuggendo da ogni compromissione politica. L'ideologia sindacalista rivoluzionaria rinvenne formale espressione nella *Confederation General du Travail* (Carta d'Amiens del 1906), che operò come copertura difensiva del movimento sindacale rispetto alla frammentazione del movimento politico che prima dell'unificazione avvenuta nel 1905, contava ben sette partiti socialisti. Sul punto, di rilievo è la disamina generale condotta da L. JOUHAUX, *Le syndicalisme et la C.G.T.*, Paris, 1920, nonché P. LOUIS, *Le syndicalisme français d'Amiens à Saint Etienne (1906-1922)*, Paris, 1924.

<sup>20</sup> In particolare, P. KRUGMAN, *La coscienza di un ...cit.*, p. 31. Occorre, comunque, rammentare che nel 1901, il Maryland sancì una legge sulle indennità dei lavoratori che dovevano essere erogate in virtù di un sistema di contribuzione da parte dei singoli datori di lavoro, in modo analogo si espresse lo Stato di New York, mentre nel 1923, il Montana, il Nevada e la Pennsylvania si munirono di leggi sulle pensioni di vecchiaia che furono annullate dai Tribunali, *ibid.*, p. 33.

<sup>21</sup> Ma siffatti assunti teorici, furono accompagnati da una estremizzazione del concetto di sovranità del popolo che in Francia assunse una dimensione illimitata, mentre in Germania contribuì allo sviluppo della giuspubblicistica (con esponenti di spicco quali Gerber, Jellinek e Laband) e alla costruzione della teoria della personalità giuridica dello Stato, munito di una sovranità che non conosceva limiti. Per una disamina del periodo si rimanda all'opera di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Vol. II, Torino, 2000, pp. 11 e ss.

<sup>22</sup> In particolare, H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, ed.it., Torino, 1952, pp. 61 e ss.

<sup>23</sup> Si trattava di un ideale che camminava di pari passo con quello volto alla garanzia di un libero e pacifico commercio su scala globale, in grado di vincere gli isolazionismi, i protezionismi e le rivalità mercantili tra Stati sovrani. Sul punto, I. KANT, "La pace e la condizione umana", in *Il Federalismo* (a cura di M. Albertini), Bologna, 1993, pp. 27 e ss. Il

Gli Stati Uniti d'America, invece, risultavano ancora legati ai dettami dell'ideologia liberale che nel Giudice costituzionale rinveniva il suo difensore e custode. Risulta, pertanto, agevole comprendere le ragioni dell'atteggiamento censorio della Corte nei confronti di leggi federali troppo 'interventiste' negli affari economici e sociali. L'intento recondito era quello di salvaguardare il nucleo intangibile di taluni diritti e libertà fondamentali della persona, di assicurare un equilibrato riparto di poteri tra Stato centrale e singoli Stati e di garantire un rapporto armonioso tra Presidente e Congresso.

La divisione dei poteri si rifletteva sulla sistematica delle fonti del diritto che poggiava sulla prevalenza gerarchica della Costituzione e delle leggi federali sul diritto statale e sulla *Common Law* liberalizzata, assumendo il volto di una "grande piramide tronca"<sup>24</sup>.

La versione matura del costituzionalismo liberale americano offre, all'interprete, un nuovo volto del *Federal Government* che, al voluto astensionismo dal mondo degli affari e dei commerci, sostituisce un peculiare attivismo. Per tale motivo, la tutela apprestata dai pubblici poteri iniziò a coprire tutte quelle situazioni giuridiche soggettive in seno alle quali si realizzava la personalità individuale, comprensive anche dei rapporti intimi e familiari, non solo di quelli economici. Il fatto che questi ultimi sino al *New Deal* abbiano beneficiato, comunque, di un trattamento privilegiato è dovuto al modo di intendere tali libertà, concepite quale strumento di realizzazione di ricchezza e di benessere, costituenti prerequisiti ineludibili per il godimento di tutti gli altri diritti.

## 2.2 I concetti di "liberty" e di "property" nella cornice della due process of law clause

Il sistema di garanzia approntato, in tale periodo, si mosse dietro l'egida di specifiche clausole costituzionali, in particolare della *due process of law* inserita nel XIV emendamento che funse da cornice ampia per la tutela di differenti diritti e libertà, tra cui quelli patrimoniali e contrattuali,

---

filosofo rileva come "ogni Stato, anche il più piccolo, possa sperare la propria sicurezza e la tutela dei propri diritti non dalla propria forza o dalle proprie valutazioni giuridiche, ma solo da questa grande federazione di popoli, da una forza collettiva e dalla deliberazione secondo elggi della volontà comune ... si aggiunga che la libertà civile ora non può essere violata senza che non ne risentano danno tutte le attività, soprattutto il commercio, con conseguente diminuzione delle forze dello Stato nei rapporti esterni", *ibid.*, pp. 34 e 38. Il federalismo, in Kant, costituiva una componente ideale ed un principio organizzativo della pronosticata repubblica universale. Per un commento, si rimanda al contributo di G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2001, pp. 82 e ss. Come ricorda anche Friedrich, Kant credeva profondamente nel progetto di una Pace Perpetua e criticò aspramente chi ridicolizzava il suo proposito. Infatti, affermò che: "Per quanto chimerica questa idea possa apparire ..., certo è che questa è l'inevitabile via d'uscita dai mali che gli uomini si procurano a vicenda e che devono costringere gli stati a quella stessa decisione a cui l'uomo selvaggio non meno volentieri fu costretto: cioè rinunciare alla sua libertà brutale e cercare pace e sicurezza in una costituzione legale". La citazione è rinvenibile nell'opera di C.J. FRIEDRICH, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Bologna, 2002, pp. 337 e ss.

<sup>24</sup> Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Vol. I, Torino, 1998, p. 125.



riducendo la sfera applicativa della *contract clause*. La *due process of law* divenne un parametro costituzionale mobile che consentì di forgiare una serie di situazioni giuridiche, non ancora definite fondamentali, che risultavano intangibili da parte del pubblico potere. Siffatti diritti che, nella lettera del XIV e del V emendamento si compendiarono nei valori della vita, della libertà e della proprietà, dovevano essere preservati da ogni forma di intervento autoritativo che ne impoverisse il significato più intimo, violando i principi del diritto e della giustizia<sup>25</sup>.

La *due process of law* e la *equal protection clause*, costituivano uno strumento di garanzia dei diritti individuali e di argine dei possibili abusi condotti dai pubblici poteri. Per tale motivo, la legislazione statale poteva ragionevolmente limitare le situazioni soggettive di natura economica solo per ragioni di tutela della salute, della sicurezza pubblica, del buon costume o di altre circostanze peculiari, altrimenti il *police power* sarebbe risultato costituzionalmente illegittimo. Lo stesso dicasi per lo Stato federale, che alla luce del V emendamento, non avrebbe potuto privare un individuo della vita, della libertà e dei suoi beni senza un regolare procedimento legale.

In tale fase costituzionale, la *due process of law clause* divenne strumento di definizione della ragionevolezza dell'intervento del pubblico potere. Si fece strada la tecnica del *balancing* tra differenti valori costituzionali, attraverso il raffronto valoriale tra il fine del provvedimento apprestato e quello del bene giuridico inciso. L'opera di bilanciamento consentiva di cogliere quando e in che modo situazioni quali la vita, la libertà e la proprietà risultavano ragionevolmente comprimibili e regolabili, delineando una soglia, oltrepassata la quale, la legittimità dell'azione del pubblico potere veniva meno. La ragionevolezza divenne parametro in virtù del quale 'misurare' la costituzionalità dell'intervento pubblico sui vari mezzi e nei differenti luoghi di realizzazione della personalità, fungendo da spettro entro cui compendiare autorità e libertà<sup>26</sup>.

Per tali motivi, la *due process of law* fungeva da strumento di garanzia del nucleo intimo dei valori liberali della vita, della libertà e della proprietà contro possibili azioni intrusive del pubblico potere (cd. *substantive due process*), e allo stesso tempo imponeva che l'azione legislativa, esecutiva e giurisdizionale si svolgessero secondo una procedura legale (cd. *procedural due process*)<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Basti rammentare che la *due process of law* rinveniva una precipua consacrazione anche nella Costituzione dello Stato del Tennessee stilata nel febbraio del 1796, che all'art. II, *Section 8*, sanciva che: "*no free man shall be deprived of his life, liberty or property, but by the judgement of his peers or the law of the land*". In particolare, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Lochner Era*, Durham, 1993, p. 53. Per una analisi del V e del XIV emendamento, in combinato disposto, si rinvia all'opera di A.R. AMAR, *America's Constitution ... cit.*, pp. 385 e ss.

<sup>26</sup> Riusciva, contestualmente, a definire il *quantum* limitabile e a fungere da strumento di tutela della libertà (privata) e di controllo dell'autorità (pubblica), tracciando il confine entro cui i due concetti erano conciliabili e varcato il quale, la condotta del pubblico potere si rivelava arbitraria ed illegittima.

<sup>27</sup> La *due process of law* fungeva da cornice costituzionale di protezione dell'intima essenza dei principali diritti e delle libertà individuali, ma, come ha rilevato Boggetti, la Corte Suprema non giunse mai a definire e delineare in modo certo un nucleo inviolabile ed imprescindibile nell'ambito di quei diritti. Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 133.

Occorre, tuttavia, mettere in evidenza che il novero di diritti tutelabili all'ombra della *due process of law*, era limitato alla sfera della vita, della libertà e della proprietà. Un ruolo chiave era ricoperto proprio dal concetto di *property*, comprensivo di tutte quelle situazioni di natura patrimoniale stabilite tra soggetti privati<sup>28</sup>. Erano, dunque, situazioni di tipo patrimoniale quelle sussunte nell'ampio spettro del concetto di *property*, le uniche, allora, qualificabili in termini di *rights* ossia di diritti, *strictu sensu* considerati. Una concezione ristretta che rifletteva gli assunti teorici del modello liberale in cui le prestazioni erogate a favore della collettività, sotto forma di pensioni ai veterani di guerra o di un sistema di istruzione pubblica a favore delle giovani generazioni, costituivano mere elargizioni (*privileges*) destinate a favore della comunità e non veri e propri *rights*. Anche, i diritti sorti in ragione di rapporti di pubblico impiego costituivano dei *privileges* tutelabili innanzi ad organi amministrativi e non giurisdizionali. La giurisprudenza costituzionale dell'era postbellica riflettè una simile concezione, esaltò l'ideale liberale e si discostò dalle ricostruzioni teoriche che in Europa avevano condotto all'elaborazione della categoria dei diritti sociali e degli interessi legittimi.

Nel caso *Allgeyer* del 1897, il Giudice Supremo giunse ad una compiuta enunciazione del contenuto delle libertà economiche e della nozione di *property*, intese quali strumenti di realizzazione dell'individuo e delle sue aspirazioni, attraverso l'esercizio della libertà di lavoro, di commercio, di contratto e di impresa e il compimento di atti di disposizione, *inter vivos* o *mortis causa*, di beni oggetto di proprietà<sup>29</sup>. Sono gli anni in cui la libertà di iniziativa economica non pertiene solo alla singola persona fisica, ma transita in capo a persone giuridiche quali le grandi *corporations* che sorgono in quegli Stati dalla legislazione più benevola e diramano, poi, la loro sfera di attività nell'ambito del più vasto mercato nazionale<sup>30</sup>.

Il fatto che taluni Stati conferissero un monopolio legale, a singoli privati, per l'esercizio di talune attività imprenditoriali, fu ritenuto, inizialmente, legittimo, ma a distanza di pochi anni si rivelò lesivo della libertà di mercato e di concorrenza tra imprese tanto da indurre ad una declaratoria di incostituzionalità. Basti rammentare l'originario approccio ermeneutico emerso negli

---

<sup>28</sup> In tale ambito rientravano i diritti sui beni mobili ed immobili, i diritti sorti in ragione di donazioni, di eredità, di contratti o per effetto di illeciti extracontrattuali.

<sup>29</sup> Caso *Allgeyer v. Louisiana*, 165 U.S. 578 (1897), in cui il Giudice Supremo sancì che il XIV emendamento faceva divieto agli Stati di violare o limitare la libertà individuale di contratto, a meno che non avvenisse l'ostensione di un ragionevole motivo per farlo e che il termine libertà, usato in Costituzione, non concerneva solo una condizione di deprivazione fisica dovuta all'incarcerazione, ma una libertà dell'individuo di realizzare la propria ricchezza ed il proprio benessere. Sul punto, H. GILLMAN, *The Waite Court 1874-1888. The Collapse .. cit.*, p. 162 e s.

<sup>30</sup> Sino alla Guerra Civile, anche la libertà di intraprendere taluni percorsi professionali, ad eccezione della professione medica, forense e dell'architetto, non necessitava di alcuna autorizzazione preventiva statale. Solo col passare del tempo, si diffuse la prassi di rilasciare licenze, ritenute un legittimo esercizio del *police power* statale, motivato dalla necessità di appurare la sussistenza delle dovute competenze tecniche. Basti pensare ai casi *Dent v. West Virginia*, 129 U.S. 144 (1889) o *Watson v. Maryland*, 218 U.S. 153 (1910) o *Smith v. Texas*, 233 U.S. 630 (1914). Ma occorre rammentare anche casi in cui l'azione statale di rilascio delle licenze venne reputata incostituzionale poiché motivata da ragioni protezionistiche, ad esempio *Frost v. California*, 271 U.S. 583 (1927).

*Slaughterhouse Cases* del 1873, in occasione dei quali la Corte Suprema sostenne la legittimità di un monopolio istituito con legge statale a favore della *Crescent City Slaughterhouse*, per motivi di tutela della salute pubblica e della sicurezza dei cittadini non lesiva del XIII e del XIV emendamento<sup>31</sup>. Il redattore della pronuncia, il giudice Miller, sostenne che l'approvazione dell'emendamento sui privilegi e le immunità aveva introdotto limiti di poco conto alla legislazione statale e che il XIV emendamento non poteva costituire “*uno statuto centralistico di regulation federale*”<sup>32</sup>. La vicenda è, altresì, degna di nota per le *dissenting opinions* del Chief Justice Chase e dei Giudici Field, Bradley e Swayne, i quali sostennero che i su citati emendamenti furono disegnati solo per i cittadini afro-americani e non potevano essere usati per invocare privilegi ed immunità di “*non blacks*” e, in questo caso, addirittura di “*tradesmen*”.

Ciò fece sì che la pronuncia divenne nota, non tanto per la portata della *majority opinion* quanto per le ricostruzioni argomentative dei dissenzienti<sup>33</sup>. Risulta evidente che nella sentenza si tentò di comprendere se il XIV emendamento avesse modificato, in modo significativo, se non addirittura definitivo, i rapporti tra Governo federale e singoli Stati. A parere del Giudice Field, la *due process of law* aveva provocato un'alterazione radicale nel sistema federale. L'asserzione fu mitigata dal redattore della decisione, il Giudice Miller, il quale sostenne la necessità di interpretare i nuovi emendamenti costituzionali in modo tale da rispettare l'originario equilibrio tra potere centrale e statale disegnato nel 1787, evitando straripamenti che proprio il Giudice costituzionale avrebbe dovuto contenere.

In un simile scenario, la libertà di iniziativa economica nel settore della produzione e della distribuzione di beni e di servizi divenne un diritto costituzionalmente garantito da esercitare in

---

<sup>31</sup> *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36 (1873). La vicenda prende le mosse dalla prassi di taluni mattatoi presenti nello Stato della Louisiana, di riversare le carcasse e le interiora degli animali macellati nel fiume Mississippi che trasportava le carni decomposte nel centro di New Orleans. Il legislatore della Louisiana statui che i resti delle carni macellate potessero essere riversati nelle varie parti della città solo da parte della *Crescent City Slaughterhouse*, una *corporation* privata impegnata nello smaltimento dei resti della macellazione, dietro corrispettivo di un prezzo e sottoposta al controllo e alle regolari ispezioni di uffici di igiene pubblici. La costituzionalità della legislazione statale riposava nel suo essere un ragionevole esercizio del *police power* statale. In particolare, M. VORENBERG, “The Chase Court, 1864-1873. Cautious Reconstruction”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005, pp. 117 e ss. e 129, nonché H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Lochner Era*, Durham, 1993, pp. 64 e ss., il quale conduce una approfondita analisi delle opinioni dei dissenzienti e Zorzi Giustiniani, che sottolinea come il caso costituisca una pietra miliare nella evoluzione della *judicial review* sulle libertà economiche, contenendo *in nuce* gli elementi che avrebbero condizionato lo sviluppo della giurisprudenza successiva. Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore (1874-1910). Le libertà economiche, Public Utilities e monopoli al vaglio della Corte Suprema in ...* p. 214 e p. 216.

<sup>32</sup> In particolare, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004, pp. 32 e s.

<sup>33</sup> Bruce Ackerman ha sostenuto che la sentenza “*transformed the great promise of the new Citizenship Clause into a mockery, virtually reading these new provisions out of the Constitution*”. Sul punto, B. ACKERMAN, “The Living Constitution”, in *Harvard Law Review*, Vol. 120, No. 7, (May 2007), p. 1748.

seno ad un mercato libero, aperto e concorrenziale, munito di una necessaria base pluralistica cui si poteva derogare in presenza di insopprimibili e preponderanti ragioni di *public policy*<sup>34</sup>.

Il rilascio di licenze e di altri provvedimenti autorizzatori per l'esercizio di attività imprenditoriali di tipo infra ed inter-statale risultava legittima nella misura in cui fosse rispettato il canone della ragionevolezza tra il mezzo utilizzato ed il fine perseguito. La compressione delle libertà economiche non doveva, dunque, risolversi in una compromissione dei loro aspetti essenziali. Lo stesso libero mercato era concepito quale luogo in cui la formazione dei prezzi avveniva in modo autonomo, attraverso l'incontro spontaneo della domanda e dell'offerta.

In tal senso anche la fissazione autoritativa dei prezzi costituiva un elemento alterante i meccanismi della libera concorrenza<sup>35</sup>.

Il potere federale e quello statale erano, dunque, contenuti nei limiti della ragionevolezza dell'intervento regolatorio apprestato. In tale periodo, la Corte Suprema funse da arbitro tra la dimensione autonoma della società civile che si evolveva e il complesso apparato dei pubblici poteri che intendeva disciplinare taluni aspetti della vita economica, garantendo un equilibrato sviluppo del mercato nazionale ed una corretta circolazione dei fattori di produzione. Il criterio della ragionevolezza, all'ombra della *due process of law*, divenne strumento di difesa delle libertà economiche e dei diritti di *property* contro 'incursioni pubbliche arbitrarie' e, allo stesso tempo, di legittimazione del *public police power* che intendeva regolarne taluni aspetti esteriori per evitarne utilizzi abusivi e distorsivi degli equilibri di mercato. In tal modo, la ragionevolezza divenne elemento di sutura tra Stato e società e tra pubblico potere e libero mercato.

Nella stagione del liberalismo maturo, la *property* ed i diritti patrimoniali ad essa correlati, assunsero la veste di diritti costituzionalmente garantiti nella cornice della *due process of law* e della *taking clause*, sancita dall'ultimo alinea del V emendamento, che ne ammetteva l'espropriazione solo in ragione di un "uso pubblico" e dietro corresponsione di un indennizzo. La tutela si estendeva alle relative facoltà di godimento e di disposizione che tale *right* presupponeva.

---

<sup>34</sup> A tal proposito, di interesse, sono i casi *Adams v. Tanner*, 244 U.S. 590 (1917) e *Liggett v. Balridge* 278 U.S. 105 (1928).

<sup>35</sup> La determinazione pubblica del livello dei prezzi si verificava solo nei casi di concessione a privati di servizi di pubblica utilità (cd. *public utilities*) o dello svolgimento di attività economiche che fossero "*affected with a public interest*". Fu proprio il concetto di "*public affectation*" a legittimare taluni interventi statali per evitare che privati, agenti in condizione di monopolio naturale, potessero assumere condotte abusive ed inique. Nel caso *German Alliance Ins. Co. v. Lewis*, 233 U.S. 389 (1914), la Corte Suprema ammise che lo Stato potesse fissare i massimali delle assicurazioni contro gli incendi, ma negò al pubblico potere la facoltà di determinare il prezzo dei biglietti di teatro (caso *Tyson Bro v. Banton*, 273 U.S. 418 del 1927), o il prezzo delle prestazioni elargite da un'agenzia privata di collocamento del lavoro (caso *Ribnik v. McBride*, 277 U.S. 350), o i prezzi della benzina (caso *Williams v. Standard Oli Co.*, 278 U.S. 235 del 1929). La determinazione del livello dei prezzi si estese anche al settore degli affitti degli immobili adibiti ad uso abitativo, non anche commerciale, in cui singoli Stati provvidero a stabilire il livello dei canoni, ma solo in quei territori in cui la Guerra aveva provocato la carenza di dimore e per periodi limitati, visto che in tale ipotesi la proprietà era considerata "*affected with a public interest*". Sul punto, si rimanda al caso *Block v. Hirsh e Marcus Brown Holding Co. V. Feldman*, 256 U.S. 135 (1919).

Occorre precisare che l'esercizio della facoltà di disposizione dei beni oggetto di proprietà, attraverso differenti strumenti negoziali, risultava suscumbibile sia nel concetto di *property* che in quello di *liberty*, parimenti previsto dalla *due process of law*, che ricompredeva la *liberty of contract*<sup>36</sup>. La *liberty of contract* divenne dogma costituzionale, espressione dell'essenza del *laissez-faire* e dei principi del libero mercato. La sua estremizzazione fu denunciata, con toni vibranti, da Roscoe Pound, nel 1909, nell'opera dal titolo *Liberty of Contract*, che costituì una delle più significative critiche che la storiografia progressista lanciò contro la giurisprudenza dell'era *Lochner*<sup>37</sup>. Sono, del resto, gli anni in cui, in materia di interpretazione contrattuale, la dottrina volontaristica lasciò il posto alla teoria oggettivistica che privilegiava una valutazione del tenore complessivo ed obiettivo del vincolo negoziale, piuttosto che una analisi delle intenzioni delle singole parti contraenti, espresse al momento di esteriorizzazione della volontà. Ciò in ragione del fatto che la teoria volontaristica o soggettiva non consentiva sempre di risalire all'intento delle parti contraenti nella materia dei contratti taciti<sup>38</sup>.

In una economia nazionale sempre più condizionata dalla grande industria, l'obiettivo di standardizzare le transazioni commerciali prevaleva sul desiderio di considerare il diritto contrattuale l'espressione di desideri individuali. Le due teorie interpretative non si collocarono immediatamente nel solco di una antitesi strutturale, ma si inserirono dapprima nella cornice di una complementarità funzionale che nella ricostruzione della volontà delle parti riusciva a risalire al contenuto oggettivo della pattuizione<sup>39</sup>.

Erano, del resto, gli anni in cui venne elaborata anche la dottrina della *objective causation* da applicarsi alla materia del *tort law*, ossia all'ambito dell'illecito civile, extracontrattuale, formalizzato nella concezione di Wharton che difendeva il principio della "ordinaria sequenza naturale" come criterio per risalire alla fonte della condotta causativa dell'illecito e, quindi, della

---

<sup>36</sup> La circostanza non trascurabile, secondo cui la libertà di contratto fosse sussunta nel più ampio concetto di *liberty*, congiuntamente alla libertà di iniziativa economica, di impresa e di commercio, fu uno dei motivi principale che provocò l'eclissi applicativa della *contract clause*, che presentava una *deminutio* nomologica rispetto alla *due process of law clause*, visto che ineriva alla struttura del contratto e non al diritto di porre in essere il vincolo negoziale.

<sup>37</sup> L'autore contestò aspramente la sussistenza di una parità di diritti e di libertà contrattuali, nell'ambito dei rapporti di lavoro, tra parte datoriale e dipendenti, sostenendo che l'eguaglianza delle condizioni di esercizio della *liberty of contract* fosse solo *facta*.

<sup>38</sup> Il maggiore dilemma non sorgeva tanto nei contratti taciti di fatto, in cui l'intenzione si coglieva nei *facta concludentia*, quanto in quelli taciti di diritto, ove l'intento e la volontà negoziale non erano né espressi né taciti. Quest'ultima tipologia venne ricompresa da William Keener nella categoria dei *quasi-contracts*. Il ripudio della teoria volontaristica, sostenuta anche da Oliver Wendell Holmes, riposava sull'intimo intento di sottrarre alle Corti poteri di interpretazione dei vincoli negoziali che potevano risolversi in manipolazioni delle volontà delle parti contraenti in virtù di esigenze di *public policy*. In tal caso, si violava il principio di certezza dei rapporti contrattuali in modo del tutto confliggente con lo spirito della *liberty of contract*, tutelata dalla *due process of law*. Per una ricostruzione storica della materia contrattuale nell'ambito dei Paesi di *Common Law* e sulla materia dei *quasi-contract*, si rinvia all'opera di K.M. TEEVEN, *A History of Anglo-American Common Law of Contract*, 1990, pp. 17 e ss.

<sup>39</sup> Lo sviluppo della teoria oggettiva venne favorita dallo sviluppo dell'*agency law* che concerneva la disciplina delle attività degli *agents* a favore delle grandi *corporations*, sospesi tra il rapporto di agenzia e quello di lavoro subordinato. In particolare, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del ...* cit., pp. 59 e ss.

responsabilità.<sup>40</sup> Wharton tentò di limitare, profondamente, la responsabilità degli imprenditori alla luce del paradigma classico della *objective causation*. Fu, infine, negli anni '20 e '30 del XX secolo che i realisti abbandonarono gradualmente la teoria della *objective causation*, ideando le subcategorie della *causation* effettiva (cd. *actual*) e della *legal o proximate causation*, quest'ultima attratta nell'orbita delle valutazioni di opportunità e di *public policy*.

Il problema della imputazione della responsabilità si era, del resto, trasformata in un problema di ripartizione dei rischi, tanto che la responsabilità per danni delle imprese era divenuta un ulteriore costo economico, coperto dalle compagnie assicurative e incluso nel prezzo praticato al pubblico. La ricostruzione del concetto di *negligence* e la sua possibile graduazione in grave (*gross*), ordinaria (*ordinary*) e lieve (*slight*) si intrecciò allo sviluppo della categoria dei *punitive damages*, i cd. danni punitivi, che soddisfacevano esigenze di *regulation* e di confisca. In seno alla materia del *tort law*, il danno punitivo costituiva uno strumento di risarcimento dei danni materiali risentiti dal danneggiato e un ristoro per la violazione morale che l'illecito arrecava all'individuo. Non è mancato chi, in dottrina, vi abbia criticamente ravvisato una ibridazione tra la funzione risarcitoria tipica del diritto privato e quella regolatoria, deterrente e punitiva, propria del diritto pubblico (*in specie* penale).

Fu il giusrealista Oliver Wendell Holmes a sostenere che una graduazione del concetto di *negligence* avrebbe consegnato in mano a giurie popolari, emotivamente instabili, il potere di emettere un verdetto carico di ragioni morali e non giuridiche, dando vita ad idiosincrasie personali. L'estensione del criterio della responsabilità obiettiva, nell'ambito del *tort law*, non avrebbe fatto altro che gravare oltre misura sulle figure imprenditoriali<sup>41</sup>. Siffatte aporie furono ritenute inconciliabili dalla Corte Suprema del Colorado in una pronuncia del 1884, in cui venne condannato il tentativo, esperito per mezzo della categoria del danno punitivo, di conciliare interessi individuali

---

<sup>40</sup> Wharton sosteneva che, qualora un accadimento dipendesse da una determinata *negligence* secondo una "sequenza ordinaria e naturale", in assenza di un contegno umano esterno e indipendente, a prescindere che tale accadimento fosse stato considerato di probabile verifica o meno, quest'ultimo era da imputarsi a quella *negligence*. Basti rammentare il caso *Ryan v. New York Central Railroad*, 35 N.Y. 210 (1866), in cui la Corte d'Appello di New York, sancì che una compagnia ferroviaria che aveva, con colpa, causato un incendio, era responsabile solo per i danni causati al proprietario di una casa immediatamente vicina e non per i danni arrecati alle cause più distanti, per effetto del propagarsi delle fiamme. La Corte distinse tra cause prossime e cause remote per limitare, in tal caso in modo molto forzato, la responsabilità della compagnia ferroviaria. Wharton si avvale di tale pronuncia, per farlo rientrare nel paradigma ortodosso della *objective causation*. A suo parere, l'intervento di un agire umano indipendente e responsabile avrebbe sollevato da responsabilità l'imputato colpevole di *negligence*, poiché se una casa è munita di un efficace e sicuro sistema antincendio e di un sistema di sorveglianza, l'evento dannoso non si sarebbe propagato alla sua proprietà. Tra le principali opere di Wharton, spicca *A Treatise on the Law of Negligence*, pubblicato nel 1878. Per un commento allo sviluppo della scienza giuridica in materia di *tort law*, si rimanda al contributo di G.E. WHITE, "The Impact of Legal Science on Tort Law", in *Columbia Law Review*, Vol. 78, (March 1978), No. 2, pp. 214 e ss. In merito alla evoluzione che la materia del *tort law* ebbe nel corso del XX secolo, basti rammentare il caso *Palsgraf v. Long Island Railroad*, 248 U.S. 339 (1928), in cui il giudice della Corte d'Appello di New York, Cardozo, giunse a delineare una precipua nozione di *negligence*, che necessitava di una accurata *probatio* per poter divenire criterio di attribuzione della responsabilità, non potendosi fare riferimento al concetto di *negligence in the air*. Sul punto, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del ... cit.*, pp. 102-103.

<sup>41</sup> In particolare, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del ... cit.*, pp. 205 e s.

con esigenze sociali<sup>42</sup>. Il rischio di ibridazioni disciplinari tra diritto pubblico e diritto privato si riflettè nella mai celata reticenza ai tentativi di codificazione del diritto privato, che divenne vera e propria resistenza al proposito di tradurre in regola scritta antiche tradizioni consuetudinarie risalenti alla *common law* britannica. La liberalizzazione della *common law*, condotta in periodo prebellico, aveva solo facilitato la raccolta ed il reperimento delle pregresse prassi consuetudinarie. Il diritto consuetudinario si poneva quale momento di congiunzione tra stato e società, dal momento che la volontà popolare risiedeva nella consuetudine e non nel potere legislativo.

Lo spirito democratico si annidava nella tradizione di *common law* e poiché il diritto privato si era sviluppato sulla base di una prassi consuetudinaria, avrebbe dovuto continuare a maturare sulla base di quella tradizione storica che la codificazione avrebbe eroso, consegnando allo stato e non alla società la fonte della propria disciplina. Oliver W. Holmes giunse a sostenere che il diritto pubblico e quello privato possedevano autonoma dignità e che uno studioso del diritto non poteva confondere la natura apolitica e antiredistributiva del diritto privato con quella politica ed instabile del diritto pubblico. Per tali motivi si comprende perché la codificazione del diritto e della procedura civile negli Stati Uniti si sia sviluppata molto più tardi rispetto ai Paesi dell'Europa continentale, in cui la tradizione giuspositivistica ebbe maggiore successo e risonanza<sup>43</sup>.

La seconda metà dell'Ottocento costituì, inoltre, l'epoca dell'urbanizzazione e della disciplina della proprietà edilizia con apposizione dei vincoli di edificabilità. La razionale distribuzione dei fondi urbani (cd. *zoning*) fu seguita da massicce espropriazioni di vasti territori. Analoghe misure furono adottate in occasione della costruzione della rete ferroviaria o della istituzione di consorzi di bonifica che vennero affidati a soggetti privati, ma per soddisfare finalità pubbliche<sup>44</sup>.

La traslazione coatta della titolarità del diritto di proprietà da un soggetto privato ad uno pubblico, costituiva, nello scenario liberale, una deprivazione della proprietà ad opera del pubblico potere, federale o statale, che richiedeva l'attivazione della procedura legale tracciata dalla *due process of law* che avrebbe garantito la ragionevolezza e, come tale, la legittimità dell'azione apprestata<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Caso *Murphy v. Hobbs*, 7 Colo., 541, 551 (1884).

<sup>43</sup> Solo la California si munì nel 1851 del *Civil Practice Act*, mentre nello Stato di New York, il veto del Governatore, rafforzato dagli ostruzionismi delle associazioni di categoria, tra il 1875 ed il 1886, bloccarono il processo di codificazione del diritto privato. Come rilevò Horwitz, la reticenza culturale alla codificazione era il riflesso di una estremizzata ideologia liberale che nella consuetudine ravvisava il punto di congiunzione tra “la supremazia del potere legislativo e l'individualismo giusnaturalista”, mediando tra una eccessiva coercizione del pubblico potere e l'anarchia derivante da un agire individuale lasciato in balia di se stesso. In particolare, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del ...* cit., pp. 215 e ss.

<sup>44</sup> La sottrazione di un bene di proprietà privata provocava una deprivazione e necessitava di un ristoro a mezzo di un giusto indennizzo. La misura dell'indennizzo era parametrata al valore di mercato del bene oggetto di proprietà. Il *quantum* indennizzabile doveva essere commisurato alla perdita subita dall'espropriato e non al vantaggio che poteva derivarne all'espropriante. Basti rammentare i casi *Monongahela Navigation Co. v. United States*, 148 U.S. 212 (1893) e *Boston Chamber of Commerce v. Boston*, 217 U.S. 189 (1910).

<sup>45</sup> Basti rammentare, tra le sentenze a favore dei provvedimenti di esproprio, *Welch v. Swasey*, 193 U.S. 364 (1909) e *Village of Euclid v. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. 365 (1926) tra quelle contrarie si annovera *Eubank v. Richmond*, 226

Sono gli anni in cui la nozione di proprietà si dematerializza profondamente. All'immagine della proprietà fondiaria connotata dall'apprensione fisica ad un bene si associarono nuove forme di ricchezza, astratte ed intangibili, quali l'avviamento commerciale, il brevetto, il diritto d'autore e l'evoluzione della proprietà azionaria. Una simile impostazione teorica si evinse già nella sentenza sugli *Slaughterhouse Cases* del 1873, quando il dissenziente Giudice Swayne sostenne che la proprietà è qualcosa che possiede un valore di scambio.

Nel successivo *Minnesota Rate Case* del 1890, la Corte Suprema giunse a ricomprendere nel concetto di *property* ogni bene che non fosse solo munito di un valore d'uso, ma di un qualsiasi valore di scambio e precisò che: “*non solo le cose puramente fisiche possono essere oggetto di proprietà, ma anche le aspettative di potenziale guadagno che ... la proprietà viene sottratta al suo possessore non solo attraverso l'esercizio del dominio eminente, che toglie il titolo o il possesso, ma anche attraverso l'esercizio del potere di polizia che toglie il suo valore di scambio*”<sup>46</sup>. Per dominio eminente si intendeva il potere di esproprio per pubblica utilità cui si raccordava la corresponsione di un indennizzo solo nei casi in cui la misura espropriativa avesse provocato danni diretti, non anche nell'ipotesi di danni indiretti. La *ratio* di una simile distinzione risiedeva nella volontà di limitare le responsabilità dello Stato e delle compagnie ferroviarie che, beneficiavano di appositi privilegi, di risarcire i danni cagionati da quelle attività che riducevano il valore della terra e non involgevano violazioni fisiche delle proprietà<sup>47</sup>. Ma la graduale astrazione del concetto di proprietà e l'affermarsi della nozione di valore di mercato del bene accanto al valore d'uso, indussero a rivedere le fattispecie di esproprio e del *quantum* indennizzabile. Come rilevò John Lewis intorno al 1888, le nozioni di proprietà e di *eminent domain*, sino ad allora elaborate, erano completamente errate poiché rapportati al termine *taken* e non a quello di *property*. Bastava leggere tra le righe del XIV emendamento e infrangere la barriera esteriore del lemma proprietà per coglierne la natura ampia e pluridimensionale, essendo fallace identificare la proprietà con l'oggetto fisico cui ineriva, costituendo, invece, un intreccio di diritti e di *facultates agendi* in cui si esprimeva la libertà individuale<sup>48</sup>.

---

U.S. 137 (1912) e *Nectow v. City of Cambridge*, 277 U.S. 183 (1928) in cui il *police power* statale venne reputato illegittimo.

<sup>46</sup> Caso *Minnesota Rate Case*, 94 U.S. 113 (1876).

<sup>47</sup> Sul punto, in particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore (1874-1910). Le libertà economiche, Public Utilities e monopoli al vaglio della Corte Suprema ...cit.*, pp. 251 e ss. L'autore rammenta, altresì, la posizione del giurista John F. Dillon, il quale in un corso di lezioni svolte alla Yale University, nel 1892, sostenne che il potere fiscale, l'*eminent domain* e il *police power* statale, fossero le insidie più pericolose per il diritto di proprietà privata e per il suo pieno godimento, *ibid.*, p. 254. In particolare, si esprime sulla cd. *Dillon's rule*, A.M. SBRAGIA, *Debt Wish. Entrepreneurial Cities, U.S. Federalism, and Economic Development*, Pittsburgh, 1996, p. 89.

<sup>48</sup> Nell'opera di John Lewis, *A Treatise on the Law of Eminent Domain in the United States* del 1888, l'autore affermò che: “*Se, quindi, la proprietà consiste non in cose tangibili in se stesse, ma in determinati diritti legati a tali cose e afferenti a tali cose, ne consegue che, quando un individuo viene privato di uno qualsiasi di quei diritti, egli è, in pari misura, privato della sua proprietà ... anche se il titolo o il possesso rimangono immutati*”. La citazione è rinvenibile nell'opera di M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 263.



Fu così che nella sentenza *Eaton v. Boston, Concord e Montreal R.R.* del 1872, la Corte Suprema del New Hampshire sostenne che non solo l'appropriazione fisica del bene, costituisce *taking*, dal momento che il fondo non si identificava con la proprietà, ma ne rappresentava l'oggetto. La nozione di *property* è più ampia e ricomprende il diritto di “*possedere, usare, godere e disporre di una cosa ... ecco perché anche il rifiuto di pagare un debito costituisce un danno alla proprietà del creditore*”<sup>49</sup>. Nel caso *Pumplelly v. Green Bay Co.*, del 1871, fu la stessa Corte Suprema a rigettare la distinzione tra danni diretti e indiretti e ad ammettere il ristoro di tutte quelle fattispecie di privazione o di semplice riduzione del contenuto dei diritti sottesi al concetto di *property*<sup>50</sup>. Nel corso della seconda metà del XIX secolo, la profonda astrazione del concetto di proprietà indusse ad ampliare notevolmente il novero degli *unvested rights*, assicurandogli una protezione ed una tutela analoghe a quelle predisposte a favore dei *vested rights* che sarebbe stata, col tempo, ridimensionata<sup>51</sup>.

Anche l'esercizio irragionevole della potestà regolatoria statale a scapito della proprietà privata, veniva equiparata ad una espropriazione. Degno di nota, a riguardo, è il caso *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* del 1922, in cui fu dichiarata incostituzionale una legge statale che faceva divieto ai privati di estrarre i prodotti del sottosuolo nei fondi di loro appartenenza, per il pericolo di frane nei terreni altrui sovrastanti, anche in presenza di accordi con i proprietari dei fondi finitimi. La misura statale non solo proibiva lo svolgimento dell'attività estrattiva, avente un rilievo economico, ma nello stesso tempo non teneva indenne il proprietario della inibizione subita. Nella fattispecie si delineava un palese esercizio di un *police power* che incideva, in modo arbitrario, sulle varie facoltà di godimento sottese al diritto di *property*, risultando incostituzionale.

L'ampiezza applicativa del concetto di *property* indusse, del resto, a coglierne importanti vincoli alla potestà impositiva del *Federal Government* che contava sulla sola imposizione fiscale indiretta, non potendo incidere, a mezzo di un prelievo diretto, sul reddito delle persone fisiche, in quanto il reddito realizzato si sussumeva nel più ampio concetto di *property* tutelato dalla *due process of law* e dalla *equal protection clause*<sup>52</sup>. Analogo problema si poneva per le *corporations* che erano scarsamente tassate proprio per evitare di scoraggiare l'esercizio dell'iniziativa economica. In tal

---

<sup>49</sup> Caso *Eaton v. Boston, Concord e Montreal R.R.*, 51 N.H. 504, (1872), in cui fu ribadito che il diritto di brevetto, il diritto d'autore, il diritto di servitù e i beni incorporei ereditati avessero un valore pari a quello di una miniera di granito e che, privare il proprietario di uno solo dei diritti di cui la *property* si compone, equivaleva ad una sottrazione da indennizzare.

<sup>50</sup> Caso *Pumplelly v. Green Bay Co.*, 80 U.S. 166 (1871).

<sup>51</sup> La giurisprudenza della Corte Suprema giunse a ricomprendere nell'ampio spettro della *taking clause*, dopo un periodo di breve chiusura, anche i casi di perdita fisica (non giuridica), di un bene di proprietà o di un suo danneggiamento a causa della costruzione di opere pubbliche, sancendo la corresponsione di adeguati indennizzi a favore dei soggetti danneggiati. A riguardo, noto è il caso *United States v. Lynah* 188 U.S. 445 (1903).

<sup>52</sup> Come rileva Bognetti, limitare l'imposizione a livello nazionale alle sole imposte indirette, lascia l'individuo libero di sottoporsi o meno al prelievo fiscale. In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 155 e s.

modo, lo Stato federale e gli Stati membri non potevano tassarsi a vicenda, visto che al Congresso era inibito stabilire imposte dirette sulla proprietà individuali e sul capitale delle *corporations*, mentre agli Stati era fatto divieto di introdurre misure fiscali o daziarie che potessero intralciare od ostacolare il commercio con l'estero e interstatale<sup>53</sup>.

Ai singoli Stati venne spesso fatto divieto di consentire agli enti locali di riscuotere danaro dai privati cittadini, attraverso obbligazioni municipali, per raccogliere fondi da erogare, poi, sotto forma di investimenti a favore di imprese che avevano intenzione di stabilirsi nel loro territorio (caso *Loan Association v. Topeka*)<sup>54</sup>. L'estensore del provvedimento sulla vicenda *Topeka* fu, come negli *Slaughterhouse cases*, il giudice Miller. Il caso *Topeka* è degno di nota poiché nel deciderlo non fu invocato il XIV emendamento, bensì la sola Costituzione statale, sostenendo che, una tassa statale non supportata da motivi di pubblica utilità, altro non era che una “*peversion of the legislative power*” che avrebbe mandato in rovina una parte e fatto le fortune di un'altra.

Solo nei successivi *tax cases* del 1882 e del 1883, decisi, però, presso una *Circuit Court*, il Giudice Field stabilì che una legge californiana, che prevedeva differenti aliquote fiscali per la proprietà individuale e per quella delle imprese, violasse il XIV emendamento, poiché “*una esazione differenziata ... si risolve in un onere oppressivo [e discriminatorio]*”<sup>55</sup>.

Il problema fiscale raggiunse il suo acme più critico nel caso *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.* del 1895, in occasione del quale la Corte Suprema sancì che una imposta sul reddito era una imposta diretta che rimandava al criterio dell'apporzionamento tra Stati. Nella sentenza *Pollock* emerse, in modo evidente, la considerazione secondo cui un'imposizione fiscale progressiva potesse difficilmente conciliarsi con quelle esigenze di uniformità nella tassazione difese a livello costituzionale e precisò che il Congresso non poteva tassare il reddito derivante dalle obbligazioni emesse dagli Stati e dagli enti locali, tanto da non includerlo nella base imponibile delle imposte federali<sup>56</sup>. Il pensiero dei giudici e dei giuristi dell'epoca era fortemente condizionato

---

<sup>53</sup> In particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Stato costituzionale ed espansione della democrazia*, Padova, 1999, p. 329.

<sup>54</sup> Caso *Loan Association v. Topeka*, 87 U.S. (20 Wall.) 655 (1874). Si trattava di un *diversity case*, in cui *plaintiff* e *defendant* provenivano da Stati diversi e che venne deciso innanzi ad una Corte federale. Il Giudice Miller giunse a sostenere che: “*attribuire con una mano il potere del governo sulla proprietà del cittadino e con l'altra conferirlo a individui favoriti per aiutare imprese private a costruire fortune private non è niente di meno che un furto, benché ciò avvenga sotto forma di legge e venga chiamato tassazione*”. M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 31 e ss., nonché H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Lochner Era*, Durham, 1993, p. 68.

<sup>55</sup> Casi *Santa Clara v. Southern Pac. R.R. Co.* 18 F. 385 (C.C.D. Cal.) 1883, *Railroad Tax Cases*, 13 F. 722 (C.C.D. Cal.) 1882.

<sup>56</sup> Caso *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429, 532 (1895). Joseph Choate, sostenendone l'incostituzionalità, giunse a definirla una imposta “*comunista nei suoi propositi e obiettivi*”. Anche uno dei più autorevoli giuristi americani, John Dillon, in un discorso innanzi alla *Bar Association* dello Stato di New York, sostenne che la tassazione della proprietà privata, a scopi redistributivi della ricchezza prodotta, era una misura antirepubblicana. Le citazioni sono rinvenibili nel contributo di M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto ... cit.*, pp. 35-36 nonché A.R. AMAR, *America's Constitution. A Biography*, New York, 2005, pp. 406 e ss., il quale sottolinea che, nella *dissenting opinion*, il Giudice Harlan definì la pronuncia “*a disaster to the country*” e L. PRZYBYSZEWSKI, “The Fuller

dall'orientamento del Presidente della Corte Suprema del Michigan, Cooley che, nell'opera *Treatise on the Law of Taxation* del 1876, difese strenuamente l'uniformità dell'imposizione fiscale, considerata una imprescindibile condizione di eguaglianza. Ma Cooley era, altresì, cosciente del fatto che il potere di tassazione fosse un potere accessorio alla sovranità, dunque, “*tutti i soggetti ... sui quali si estende(va) il potere sovrano dello Stato [erano], a sua discrezione, soggetti legittimamente tassabili*”<sup>57</sup>.

La situazione degenerò proprio a seguito dei numerosi *financial panics* che si susseguirono nella tarda metà dell'Ottocento e che spinsero gli Stati ad imporre tributi ai cittadini sotto forma di contribuzioni speciali per esigenze di pubblica necessità, tra le quali la costruzione di poderose vie di comunicazione interne. Per evitarne utilizzi distorti ed iniqui, i legislativi statali emendarono le rispettive Costituzioni, informandole ai principi di eguaglianza ed uniformità del prelievo fiscale. La reticenza culturale ad un sistema fiscale, federale e statale, riposava sull'assunto liberale della neutralità degli apparati del pubblico potere che si compendia nell'allegoria dello Stato guardiano notturno di madisoniana memoria in cui la tassazione non fungeva da strumento di redistribuzione della ricchezza prodotta, ma quale mezzo di elisione dei diritti di *property* sanciti dal XIV emendamento.

In particolare, il sistema fiscale federale contò su di un meccanismo di imposizione diretta solo a partire dal 1913, anno in cui venne approvato il XVI emendamento che riconobbe al Congresso la facoltà di “*stabilire ed esigere imposte sui redditi derivanti da qualunque fonte, senza ripartirle tra i vari Stati e senza tenere conto di alcun censimento o valutazione*”. L'introduzione della income tax federale fece aumentare vistosamente il prelievo fiscale e assicurò allo Stato centrale entrate notevoli. Il *Federal Government*, oramai affrancato dal vincolo dell'*apportionment*, iniziò ad utilizzare le proprie risorse per finanziare Stati o aree depresse, nel campo della istruzione, dei servizi, dell'agricoltura, della riabilitazione dei veterani di guerra e della costruzione della rete autostradale. In tal modo, si inaugurava un sistema di cofinanziamento che consentiva una invasione dello Stato federale nel perimetro d'azione statale e locale che faceva vacillare i rigidi separatismi competenziali, tipici del *dual federalism*<sup>58</sup>. Anche l'imposizione tributaria statale, motivata dal compimento di opere di miglioria, avrebbe dovuto essere supportata dalla destinazione

---

Court, 1888-1919. Property and Liberty”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005, p. 153.

<sup>57</sup> L'unico limite all'arbitrio era il principio di responsabilità del Parlamento nei confronti dei suoi elettori, visto che al potere giudiziario era inibito censurare provvedimenti legislativi non oltrepassanti i limiti costituzionali. Come affermò Cooley, il problema fu che il pubblico potere non solo non ricercò l'eguaglianza, ma la evitò, utilizzando il potere di tassazione come un potere oppressivo e di confisca. In particolare, C.W. MCCURDY, *American Law and the Marketing Structure ... cit.*, pp. 639 e ss.

<sup>58</sup> Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Stato costituzionale ed espansione ...*, p. 332.

pubblica dell'attività svolta (caso *Martin v. District of Columbia*)<sup>59</sup>. Con riferimento ai programmi statali di prelievo fiscale a carico delle imprese e di imposizione sul reddito dei cittadini più abbienti, l'atteggiamento degli Stati fu sempre molto cauto, ben coscienti del fatto che legislazioni societarie benevole avrebbero favorito lo stabilimento di grandi *corporations* nel territorio dello Stato, incrementando il numero di investimenti, il livello della produzione e dell'occupazione intrastatale. Era riflesso di una simile concezione anche l'intento di limitare l'ingresso di istituti di credito provenienti da altri Stati, con lo scopo di favorire la crescita ed il radicamento, sul mercato interno, delle banche domestiche, (cd. limite dell'*interstate* e del *branch banking*).

L'*emendatio* costituzionale non sopì, comunque, la profonda avversione popolare nei confronti della tassazione federale cui si era associata una smodata crescita della spesa pubblica<sup>60</sup>. Tale situazione aveva contribuito allo sviluppo della teoria delle immunità fiscali intergovernative che secondo Fischer si sviluppava nella cornice di un federalismo duale che poggiava sulla separazione delle giurisdizioni federali e statali. La dottrina delle immunità fiscali intergovernative era stata formulata, per la prima volta, nel noto caso *McCulloch v. Maryland* del 1819 in cui si negò la possibilità di imporre una tassa statale sull'attività di una banca federale e venne ribadita nel caso *Collector v. Day* del 1871 in cui fu escluso che una tassa federale sui redditi potesse essere estesa agli stipendi dei pubblici ufficiali statali. La specularità delle decisioni comprova la teoria della reciprocità delle immunità fiscali<sup>61</sup>.

La stagione del liberalismo maturo si sviluppò, comunque, all'ombra di un "*dual federalism*" e si connotò per una vorticoso crescita economica. Come ha rilevato Klein, il possesso di immense ricchezze, la presenza di vaste aree sconfiniate, di risorse del sottosuolo e di condizioni climatiche tanto differenti e favorevoli costituivano la fonte naturale del progresso e della crescita che a nulla avrebbero condotto se non fossero state supportate da una forte "*diligence and ambition*" dei singoli

---

<sup>59</sup> Caso *Martin v. District of Columbia*, 205 U.S. 135 (1907).

<sup>60</sup> In un articolo pubblicato dal *New York Times* nel gennaio del 1923, intitolato: "*I crescenti oneri fiscali minacciano il benessere della Nazione*", si denunciava un forte incremento della tassazione federale *pro capite* ed una smisurata crescita della spesa pubblica, che aveva continuato ad aumentare anche dopo la fine dello stato di emergenza provocato dal Primo Conflitto mondiale. L'articolo riportava i risultati di una ricerca condotta dal *National Industrial Conference Board* che evidenziò quali fossero i mali di una imposizione fiscale eccessiva. La citazione è rinvenibile nell'opera di P. KRUGMAN, *La coscienza di un ...cit.*, p. 29. Occorre, del resto, precisare che il livello di indebitamento federale e del deficit pubblico era aumentato già all'indomani della Guerra Civile. Nel 1885, il Presidente Cleveland sostenne l'illegittimità di prelievi fiscali non commisurati al volume di spesa pubblica richiesto per l'adempimento delle funzioni basilari dello Stato. L'altalenante stato del bilancio federale spinse il Presidente Taft ad istituire la *Commission on Economy and Efficiency*. Negli anni '20, poi, il Presidente Coolidge adottò una versione restrittiva della dottrina del pareggio di bilancio, con l'intento di contenere la spesa pubblica. Anche nei singoli Stati, nelle contee, nelle *townships* e nelle varie municipalità, la gestione della finanza locale avveniva in modo clientelare e poco trasparente. Per una ricostruzione puntuale degli equilibri finanziari, in tale periodo storico, si rinvia all'opera di A. ZORZI GIUSTINIANI, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario. Il caso della legislazione antideficit*, Pisa, 2000, pp. 28 e ss.

<sup>61</sup> Casi *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) e *Collector v. Day*, 78 U.S. 113 (1871), Fischer precisa che siffatta teoria delle immunità fiscali intergovernative non esime gli Stati dalla tassazione federale, cui sono sottoposti nell'ambito delle varie operazioni commerciali. Sul punto, L. FISHER, *American Constitutional Law*, North Carolina, 2001, p. 404.

individui. La creatività indomita della “*human enterprice*”, applicata al mondo dell’industria, dei commerci e dell’agricoltura, divenne l’ingrediente artificiale di una notevole espansione economica. Klein immagina il territorio americano come una grande serra, una “*economic hothouse*” in cui le piante e ciascun vegetale crescevano rigogliose grazie alle cure laboriose dell’uomo che imprimeva un ordine artificiale ad elementi naturali<sup>62</sup>. Il progresso economico fu, del resto, agevolato dalla crescita demografica seguita alla Guerra Civile che fece aumentare la domanda di beni e di servizi. L’interazione dell’uomo e delle macchine, il *marvel of men and machines*, incrementò la produzione, imponendo, però, drammatici e repentini cambiamenti nella struttura e nei valori della società americana, penetrandone ogni più intimo aspetto<sup>63</sup>.

L’urbanizzazione, lo sviluppo di nuove vie di comunicazione interne, l’innovazione tecnologica, l’avvento di una produzione di larga scala e la specializzazione tecnologica delle varie fasi della lavorazione dei prodotti segnarono la crescita e l’allargamento del mercato nazionale. Ma la “*Gilded Age*” celava, dietro l’apparenza dorata di una smisurata crescita economica, profondi dissidi e gravi problemi.

L’industria era pilotata da imponenti *corporations* che a mezzo di *trust* e di fusioni con altre grandi società implementavano la loro struttura e la loro presenza nel mercato, beneficiando di trattamenti di favore da parte delle grandi banche che erogavano credito a tassi molto agevolati. Le commistioni tra mondo imprenditoriale e realtà finanziaria e bancaria crearono pericolose concentrazioni di potere che minarono la sicurezza e la trasparenza delle operazioni svolte in seno al mercato. La legislazione *antitrust* che vide la luce nel 1890, riuscì solo in parte ad arginare tale fenomeno, fungendo da strumento di controllo dell’attività delle *labor unions* piuttosto che delle grandi *corporations*<sup>64</sup>.

Iniziarono a germinare nel sistema economico e finanziario statunitensi le prime forme di compenetrazione tra industria e finanza che si sarebbero innervati nella realtà circostante, preparando il terreno per la grande crisi degli anni ‘20 del XX secolo. Il fatto che le banche collocassero presso i propri clienti i titoli emessi da una impresa alla quale era stato concesso un prestito, lasciava presagire la formazione di situazioni di conflitto di interessi che minarono profondamente la stabilità dei mercati. Un simile intreccio di interessi costituiva il contraltare oscuro del luccichio scintillante dell’età dorata del progresso economico e tecnologico come

---

<sup>62</sup> Maury Klein giunse a ritenere il cambiamento economico degli Stati Uniti, nel corso della seconda metà del XIX, secolo, inserito in una *hothouse* ossia “*an artificial enviroment in which plants can be grown under ideal conditions*”, alimentate dalla diligenza ed ambizione individuali. M. KLEIN, *The Genesis of Industrial America, 1870-1920*, Cambridge, Massachusetts, 2007, p. 6.

<sup>63</sup> Come ebbe ad affermare il Presidente Woodrow Wilson: “*The life of America is not the life it was twenty years ago. We have changed our economic conditions from top to bottom, and with our economic conditions has changed also the organization of our life*”. La citazione è riportata nel contributo di M. KLEIN, *The Genesis of Industrial ... cit.*, p. 17.

<sup>64</sup> Sul punto, M. KLEIN, *The Genesis of Industrial ... cit.*, p. 149.

sostenne criticamente il Giudice Louis Brandeis in un noto *pamphlet* del 1914, alla vigilia dell'approvazione della seconda legislazione *antitrust* (*Clayton Antitrust Act*)<sup>65</sup>. Analoga denuncia fu condotta, un anno prima, dalla Commissione *Pujo*, istituita dal Congresso, in concomitanza con la ratifica del XVI emendamento e con l'approvazione del *Federal Reserve Act* che istituì il *Federal Reserve System*<sup>66</sup>.

I fenomeni menzionati costituirono deviazioni nel modo di funzionare del modello di produzione capitalistico ed estremizzazioni perverse di un sistema improntato ad un eccessivo *laissez faire* che era divenuto una “*dominant economic social philosophy*”. La strenua difesa dei valori della *liberty* e della *property*, divennero dogmi costituzionali, forse un po' troppo estremizzati<sup>67</sup>. Era evidente che anche gli indirizzi pretori espressi a livello statale e federale riflettessero una profonda impronta liberale che tendeva, nei vari comparti del diritto, a limitare la responsabilità dell'imprenditore al fine di svincolare la libertà di iniziativa economica da eccessivi “lacci e laccioli” che ne avrebbero condizionato e limitato lo sviluppo.

Simili degenerazioni rinvennero, piuttosto, un argine nell'intervento normativo statale e federale che, a parere di Frankfurter, dal punto di vista giuridico costituivano “entità antitetiche”, ma sotto il

---

<sup>65</sup> Il Giudice Brandeis sosteneva che una grande Nazione industrializzata fosse controllata e condizionata dal proprio sistema creditizio. Le collusioni tra industriali e singole banche aveva lasciato radicare nel sistema una oligarchia finanziaria in cui un ruolo chiave era ricoperto proprio dalle banche di investimento. Sul punto, L. BRANDEIS, *The Other People's Money and How the Bankers Use it*, New York, 1914, p. 4 nonché pp. 203 e ss.

<sup>66</sup> Con riguardo alla attività della *Pujo Sub-Committee*, istituita dalla *House Committee on Banking and Currency*, i deputati, ivi impegnati, analizzarono il cd. *money-trust*, ossia il tentativo di taluni banchieri di *Wall Street* di acquisire il controllo del mercato finanziario nazionale. La sottocommissione, istituita dal Congresso, condusse una serie di *hearings* alle quali presero parte, in qualità di testimoni, J.P. Morgan e G.F. Baker, cui fece seguito la dichiarazione secondo cui il sistema creditizio e gli apparati bancari avevano creato “*a vast and growing concentration of control of money and credit in the hands of a comparatively few men*”. Si evinse la compenetrazione fraudolenta tra *banks* e *trust companies* che rinveniva, tra i suoi maggiori esponenti, *J.P. Morgan & Co.*, *First National Bank of New York*, *National City Bank of New York*, *Lee, Higginson & Co. of Boston and New York*, *Kidder, Peabody & Co. of Boston and New York* e *Kuhn, Loeb & Co. of New York*. Sul punto, M. KLEIN, *The Genesis of Industrial ...* cit., p. 148, nonché, in linea generale, R. HEILBRONER, *The Economic Transformation of America*, New York, 1977.

Circa la struttura della *Federal Reserve*, essa contava sulla presenza di dodici banche nazionali aventi una dislocazione regionale e munite del potere di emettere banconote. Era noto che in virtù della Costituzione federale, il potere di conio transitò in capo al Congresso e fu sottratto ai singoli Stati. Restava il dubbio se il *Federal Government* potesse non solo stabilire i tipi e i valori della moneta metallica e coniarla, ma anche emettere carta-moneta, conferendole valore legale (*legal tender*), imponendone eventualmente il corso forzoso. Il Congresso iniziò a stampare carta-moneta all'indomani della Guerra Civile, introducendo anche il corso forzoso. Nel caso *Hepburn v. Griswold* 75 U.S. 603 del 1869, la Corte Suprema negò tale competenza, ma nel successivo caso *Knox v. Lee* 79 U.S. 457 del 1870, la Corte riconobbe il potere del Congresso di emettere carta-moneta avente corso legale e inconvertibile, sia in tempo di guerra che in tempo di pace. Rimase intatta, però, la regola che imponeva l'adempimento dei contratti stipulati con clausola-oro, con moneta metallica (caso *Bronson v. Rodes*, 74 U.S. 229 del 1868). Dal 1879, il Congresso emanò carta-moneta avente corso legale e convertibile in oro, i cd. *greenbacks* o dollari verdi., almeno sino al *New Deal*. Il sistema monetario americano si basava sulla convertibilità del dollaro in oro, uniformandosi a quello in auge in altri Paesi, meglio noto come regime di *Gold Standard*. In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998, pp. 211 e s. nonché M. VORENBERG, “The Chase Court. 1864-1873. Cautious Reconstruction”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005, pp. 112 e s.

<sup>67</sup> Sul punto, F. FRANKFURTER, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, Cambridge, Massachusetts, 1961, pp. 62 e s., il quale asserì che: “*The economic revolution caused by technology, combined with the Darwinism of man's way of thinking about his destiny, has, in very democratic society, enormously intensified the problem of reconciling property rights with human rights and has vastly complicated the great issue of freedom and social obligation*”, *ibidem*, p. 88.

profilo delle materie di interesse economico, risultavano essere “*interacting forces*”, sovente, limitate dal ruolo censorio della Corte Suprema<sup>68</sup>. Ecco perché il ruolo degli apparati del pubblico potere, nell’epoca del costituzionalismo liberale maturo, sembrò essere informato ai dettami di una Corte ancora conservatrice, piuttosto che essere il frutto di un deliberato e condiviso progetto politico.

Pur tuttavia, gli anni della “*Reconstrued Constitution*” confermarono i pilastri del *dual federalism*, che si connotò sì per una perdurante scissione delle competenze tra *Federal Government* e singoli Stati, ma riscoprì un ruolo più incisivo del potere centrale in importanti ambiti della vita economica<sup>69</sup>, inoculando nel sistema costituzionale tensioni intestine e profonde conflittualità che fu sempre il Giudice Supremo a dover ricondurre nello spettro nomologico della Costituzione, delimitando i rispettivi compiti e le relative funzioni. Le “*Reconstruction Measures*” del periodo post-bellico alterarono, in modo drammatico, gli equilibri del sistema federale. Come rilevano Eskridge e Ferrejohn, “*unlike the pre-Civil War Constitution, whose first ten amendments provided rights enforceable against the national government, the Constitution after Reconstruction provided rights for citizens enforceable against the states*”. La Corte Suprema era cosciente del problema e si impegnò a preservare con forza l’autonomia degli Stati nell’ambito di una “*new national economic and civil rights policies*”<sup>70</sup>. Del resto all’indomani della Guerra Civile, la Corte Chase sostenne che: “*The Constitution, in all of its provisions, looks to an indestructible Union, composed of indestructible States*”, sancendo nuovi doveri in capo agli Stati Uniti d’America, tra i quali quello di ricostruzione dell’Unione, attraverso la soppressione degli ultimi afflati ribelli, e di ristabilimento delle “*broken relations of the States with the Union*”<sup>71</sup>.

Per tali motivi, la Corte Suprema si avvalse di uno strumento tanto mobile ed elastico quale la *due process of law clause* per colpire la legislazione federale e quella statale, sostanziale e procedurale, in modo da garantire un uniforme ed omogeneo sviluppo degli istituti del libero mercato.

---

<sup>68</sup> Sul punto, F. FRANKFURTER, *Mr. Justice Holmes and ...cit.*, p. 98.

<sup>69</sup> Occorre rammentare che all’indomani della Guerra Civile, il Congresso degli Stati Uniti approvò non solo il *Civil Rights Act* nel 1866, ma anche il *Reconstruction Act* del 1867 e i *Ku Klux Klan Acts*, tra il 1870 ed il 1871. Questi ultimi affidarono all’esercito statunitense il compito di distruggere organizzazioni razziste e xenofobe quali il Ku Klux Klan, ampliando la tutela offerta dal XIV emendamento. In particolare, M. VORENBERG, “The Chase Court, 1864-1873. Cautious Reconstruction” in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005, p. 116.

<sup>70</sup> Le citazioni sono entrambe consultabili nel contributo di W.N. ESKRIDGE, J., FERREJOHN, “The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, 1994, p. 1377. Per tale motivo, la *Reconstruction Court* estese il brocardo elaborato ai tempi della sentenza *McCulloch v. Maryland*, ribadendo la reciprocità dell’immunità del Governo Nazionale e dei singoli Stati dai rispettivi sistemi di tassazione, poiché rientrava nelle premure del Testo costituzionale, preservare e garantire il ruolo degli Stati e dei loro governi, così come tutelare la funzione dell’Unione e del *National Government*, basti rammentare il caso *Collector v. Day*, 78 U.S. 113 (1871).

<sup>71</sup> Caso *Texas v. White*, 74 U.S. 700 (1869). Per un commento, si rimanda al contributo di H.N. SCHEIBER, “Federalism and the American Economic Order, 1789-1910”, in *Law&Society Review*, Vol. 10, No. 1, (Autumn 1975), pp. 100 e ss.

Fu proprio forse, in tale periodo, che si concretizzarono gli assunti del federalismo duale, fondato su di un sistema di riparto dei poteri congegnato in modo tale da assicurare l'immunità della realtà economica dalle intrusioni del pubblico potere.

La crescita del ruolo del Governo federale nelle materie di rilievo economico fu, dunque, molto circoscritta e contenuta nei paradigmi liberali che la Corte Suprema continuava a proteggere. I numerosi tentativi federali di disciplina delle materie di rilievo economico, nella cornice della *commerce clause*, subirono restrizioni e bocciature. Il potere d'azione statale incontrava minori limitazioni, ma tendeva a proteggere e incentivare iniziative imprenditoriali domestiche per favorire la crescita economica interna. Gli assunti del federalismo duale si riflettevano, del resto, sul piano orizzontale di riparto dei poteri, sbilanciato a favore del Congresso e del suo ruolo regolatorio. La Presidenza rimase, spesso, schiacciata dal potere legislativo e, fatta eccezione per lo *Square Deal* di Theodore Roosevelt e per la *New Freedom* di Woodrow Wilson, ricoprì un ruolo marginale<sup>72</sup>. L'istituzione delle prime autorità amministrative indipendenti, quali la *Interstate Commerce Commission*, nel 1887, munite di funzioni amministrative in determinati ambiti e indipendenti dal potere esecutivo, provocò una spaccatura nel classico sistema di riparto dei poteri e nella sfera delle prerogative del Presidente quale vertice dell'amministrazione federale. In un simile scenario era evidente che la forma di governo risultasse sbilanciata a favore del Potere legislativo e delle commissioni parlamentari interne tanto che il Presidente Wilson fu indotto a coniare l'epiteto di "*Congressional Government*", nel 1884<sup>73</sup>.

I presupposti del liberalismo maturo vennero, dunque, riplasmati dal Giudice costituzionale che all'ombra della *due process of law* e del criterio della ragionevolezza riusciva a mediare tra i due differenti livelli di governo secondo un'ottica che privilegiava l'autonoma iniziativa economica e commerciale della società civile. Simili assunti pretori erano destinati a scontrarsi con le degenerazioni del modello di produzione capitalistico che alla crescita economica coniugò, in modo drammatico, il sorgere di sempre più profonde diseguaglianze e di gravi conflittualità sociali.

### 2.3 La disciplina del commercio interstatale nell'era del liberalismo maturo e l'emanazione dell'Interstate Commerce Commission Act

Il maggiore interventismo del *Federal Government* nel corso della seconda metà del XIX secolo, nei vari ambiti della vita economica avvenne, sovente, sotto l'egida della *interstate commerce*

---

<sup>72</sup> La circostanza secondo cui il Presidente non poteva licenziare i suoi più prossimi collaboratori senza il consenso del Congresso e che il sistema dello *spoil system* non operasse per le cariche amministrative federali di tipo inferiore, indebolirono il ruolo del Presidente.

<sup>73</sup> L'opera di Wilson era intitolata *Congressional Government* e fu pubblicata nel 1895. Sul punto, M.J. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, 1998, pp. 295 e ss.



*clause*. Nel periodo precedente l'approvazione dell'*Interstate Commerce Act* nel 1887, la clausola costituzionale sul commercio interstatale veniva evocata per caducare quei provvedimenti normativi statali di stampo protezionistico che ostacolavano lo scambio di beni tra i singoli Stati. L'azione regolatoria dell'*interstate trade*, da parte del Congresso federale, era pressoché assente. Fu la Corte Suprema federale a definire in via pretoria quali fossero gli ostacoli frapposti alla libera circolazione delle merci, costituiti da misure daziarie, imposizioni fiscali e provvedimenti normativi impeditivi della fisiologica dinamica degli scambi. L'intento del Supremo Giudice federale era quello di garantire una uniformità di trattamento a livello nazionale ed in assenza di una disciplina commerciale unificata di natura federale. Per tale ragioni, vennero risparmiate dalla scure del giudizio di incostituzionalità solo quelle leggi statali che, pur incidendo in vario modo sul commercio tra Stati, erano motivate da preponderanti esigenze di tutela della salute e della sicurezza pubbliche, del buon costume e dell'ordine interno che rendevano legittimo l'esercizio del *police power*<sup>74</sup>.

Sulla scorta di assunti siffatti si giustificava l'atteggiamento proibizionista che trovò definitiva espressione a livello federale, con l'approvazione del XVIII emendamento ed inaugurò il periodo *dry* su tutto il territorio dell'Unione, retaggio di una rinvigorita cultura puritana e di quella crociata per la temperanza sorta nel 1810, che era conseguenza di un eccessivo uso delle bevande alcoliche tra le varie classi sociali<sup>75</sup>. Ma la diffusione di attività criminali con lo scopo di eludere l'emendamento costituzionale e la nascita di un movimento quale l'*Association against the Prohibition Amendment* che propugnava la difesa della libertà di scelta e di autodeterminazione individuale, indussero ad approvare, nel 1933, il XXI emendamento che abrogò il XVIII.

Nel corso dell'epoca liberale, l'*interstate commerce clause* costituì, pertanto, uno strumento di garanzia della libertà di commercio a fronte delle interferenze e degli ostacoli frapposti dalle

---

<sup>74</sup> Si spiega, allora, la ragione in virtù della quale furono censurate di incostituzionalità leggi statali che imponevano il pagamento di un pedaggio per il trasporto di persone provenienti da un altro Stato o che imponevano tariffe ferroviarie diversificate per percorsi locali, nel perimetro, però, di tratte interstatali, ma indussero anche a validare provvedimenti che vietavano la produzione ed il commercio di bevande alcoliche, seppur con gli opportuni distinguo dettati dai casi concreti.

<sup>75</sup> Il XVIII emendamento sanciva che: "A partire da un anno dopo la ratifica del presente articolo, e per effetto del medesimo, sono vietati entro i confini degli Stati Uniti, la fabbricazione, la vendita e il trasporto a scopo di consumo dei liquori nocivi, nonché l'importazione e l'esportazione dei medesimi da e per il territorio degli Stati Uniti e di tutte le regioni soggette alla loro giurisdizione". Il comma due ne garantiva l'*enforcement*, attraverso l'intervento normativo del Congresso e degli Stati. Il XVIII emendamento è stato abrogato nel 1933 in virtù del XXI emendamento che sancì la illegittimità del solo trasporto e della relativa vendita di liquori nocivi nel territorio dell'Unione in violazione delle leggi vigenti. La fine del periodo *dry* fu motivato dal fatto che il proibizionismo avallò il contrabbando ed il *gangsterismo*, inducendo a consumare le bevande alcoliche in bar clandestini, detti *speakeasy*. L'avversione al consumo di liquori si era già manifestata nel corso della prima metà dell'Ottocento, quando erano sorti movimenti quali l'*American society for the promotion of temperance*, fondata da pastori di Boston nel 1826, l'*American Temperance Union*, fondata a Filadelfia, nel 1833, e l'*Anti-Saloon League of America*. Al movimento sociale si aggiunse quello politico che rinvenne espressione nel *Prohibition Party*, fondato nel 1869. In particolare, A.R. AMAR, *America's Constitution ... cit.*, pp. 415 e ss. L'autore rileva come l'uso smodato delle sostanze alcoliche rendeva *women and children* spesso vittime di *drunken men*, *ibid.*, p. 416.

legislazioni statali. Basti rammentare il caso *Crandall v. Nevada* in cui la Corte Suprema bocciò uno *statute* del Nevada che imponeva una *capitation tax* su ogni persona che lasciava il territorio dello Stato. Due Giudici considerarono la tassa lesiva della *Dormant Commerce Clause*, ma il Giudice Miller che scrisse l'*opinion of the Court*, asserì che non si paventava, nel caso di specie, una violazione della *commerce clause*, quanto una lesione del diritto di ciascun cittadino di circolare attraverso ed oltre i confini dei singoli Stati. L'intento della Corte era quello di favorire una interpretazione della *Reconstrued Consitution* in modo tale da creare un corpo di diritti fondato sul concetto di cittadinanza nazionale<sup>76</sup>.

Fu nel 1870 che la Corte Suprema, nel caso *United States v. Dewitt*, annullò una legge federale che proibiva la vendita di petrolio illuminante composto da nafta e da olio in quanto materiali infiammabili, poiché tale attività possedeva un rilievo meramente infrastatale<sup>77</sup>. Ma l'anno successivo validò un regolamento federale di sicurezza inerente le imbarcazioni che, pur percorrendo il solo fiume Michigan, venivano adoperate per il trasporto interstatale di beni e la cui insicurezza avrebbe messo a repentaglio il carico trasportato, provocando ricadute negative sul commercio tra Stati (*Daniel Ball case*)<sup>78</sup>. La giurisprudenza del periodo è affetta da profonde oscillazioni pretorie, riflesso della inaspettata necessità di giudicare la costituzionalità dei primi interventi normativi federali. Nei noti *Trademark Cases* del 1878, la Corte sancì che il Congresso aveva ecceduto i suoi poteri di regolazione del commercio interstatale, tentando di stabilire un regime di registrazione commerciale uniforme e un omogeneo sistema di precetti ad essa relativi, senza esentare le transazioni svolte solo a livello infra-statale<sup>79</sup>.

Fu così che gli assunti del *dual federalism*, influenzarono la Corte Suprema, inducendola a perimetrare la sfera di intervento statale e federale, evitando le tanto neglette ibridazioni competenziali che affollavano il carico pendente innanzi alla Corte. Per tale ragione, si fece strada la necessaria distinzione tra produzione e commercio e tra effetti diretti ed effetti indiretti, escludendo dall'ambito applicativo della *commerce clause*, tutte le attività manifatturiere, agricole, industriali ed estrattive che avevano solo indirette incidenze sul commercio tra Stati<sup>80</sup>. In virtù di siffatto criterio distintivo, la legislazione federale poteva inerire attività infrastatali che solo direttamente influivano sul commercio tra Stati, in caso contrario, la materia rientrava nel novero

---

<sup>76</sup> Caso *Crandall v. Nevada*, 73 U.S. 35 (1867). Per un commento, si rimanda al contributo di W.N. ESKRIDGE, J. FERREJOHN, *The Elastic Commerce Clause: A Political ...* cit., p. 1377. Gli autori richiamano a sostegno della tesi inerente la costruzione di una concezione di cittadinanza nazionale, priva di riflessi discriminatori, il caso *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880), in cui venne caducata una legge statale che vietava agli afroamericani di far parte delle giurie, *ibid.*, p. 1378.

<sup>77</sup> Caso *United States v. Dewitt*, 76 U.S. 9 Wall. 41 41 (1869).

<sup>78</sup> Caso *The Daniel Ball*, 77 U.S. 557 (1870).

<sup>79</sup> Casi *Trade Mark*, 100 U.S. 82 (1879). Sul punto, H. GILLMAN, *The Waite Court 1874-1888. The Collapse ..* cit., p. 140.

<sup>80</sup> In particolare, R.L. STERN, "The Problems of Yesteryear –Commerce and Due Process", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 4, 1950-1951, p. 452.

delle competenze statali, all'ombra del X emendamento<sup>81</sup>. L'intento di stabilire l'esatto valore semantico da attribuire al lemma commercio interstatale indusse a restringerne il significato al solo concetto di traffico, di scambio e di trasferimento di beni in cambio di una utilità<sup>82</sup>.

Occorre poi, evidenziare che la *Gilded Age* costituì una stagione di impetuosa crescita economica, supportata dall'innovazione tecnologica e dallo sviluppo dell'industria. In un siffatto contesto, un ruolo cardine fu ricoperto dalla costruzione della rete ferroviaria che consentì di potenziare le vie di comunicazione interne, agevolando un rapido interscambio di beni sino ad allora legato al trasporto fluviale<sup>83</sup>. L'accresciuta commercializzazione dei prodotti agricoli e di quelli industriali consentirono una maggiore integrazione dei mercati, resi molto più competitivi. Le compagnie ferroviarie riuscirono ad ammortizzare in breve tempo i cospicui investimenti effettuati, ottimizzando il rapporto tra costi e profitti. In particolare, per ridurre i costi fissi e massimizzare i profitti, le compagnie ferroviarie iniziarono a praticare politiche tariffarie discriminatorie, che scaricavano sull'utenza gli scompensi derivanti da una diseguale distribuzione dei costi di gestione nelle tratte.

Gli agricoltori del *Middle-West* furono la categoria più colpita dalle discriminazioni tariffarie e dagli abusi dei grossisti. Un simile malcontento trovò espressione nel movimento *National Grange* sorto nel 1867 con finalità sociali e che, in seguito, si organizzò in cooperative destinate a fronteggiare i soprusi delle compagnie ferroviarie e dei grossisti che li indusse a far eleggere propri rappresentanti negli organi legislativi statali, contribuendo all'approvazione in Stati quali l'Illinois, il Wisconsin, il Minnesota e l'Iowa, di leggi per la regolamentazione pubblica delle tariffe di stoccaggio e di trasporto dei cereali. Si trattava delle note *Granger Laws* che non si limitarono a fissare calmieri statali delle tariffe ferroviarie e dei prezzi dei servizi forniti dai grossisti nelle attività di stoccaggio, di trasporto e di commercializzazione dei cereali (*warehouses and elevators*), ma, incisero anche sulla disciplina dei rapporti di lavoro, tentando di correggere le asimmetrie di un mercato in cui lo svantaggio dei contraenti deboli, quali gli agricoltori e i lavoratori dipendenti,

---

<sup>81</sup> Il quale sancisce che: “I poteri non delegati dalla Costituzione agli Stati Uniti, o da essa non vietati agli Stati, sono riservati ai rispettivi Stati o al popolo”.

<sup>82</sup> Ne risultavano esclusi anche i contratti siglati tra cittadini residenti in Stati diversi ed aventi natura assicurativa o di acquisto di titoli di credito. Basti rammentare i casi *Paul v. Virginia* 75 U.S. (8 Wall) 168 del 1869 e *New York Life Insurance Co. v. Dear Lodge County* 271 U.S. 109 del 1913. Sul punto, si rinvia all'opera di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998, p. 201.

<sup>83</sup> Negli anni '60 del 1800, la costruzione di nuove linee ferroviarie fu agevolata dall'intervento del *Federal Government* in virtù del *Pacific Railway Act* del 1862. L'impegno finanziario del Governo fu notevole e consistette nella messa a disposizione di un certa estensione di terreno per ogni miglio di strada ferrata costruita e nella concessione di prestiti garantiti da ipoteche di secondo grado, che consentì alle compagnie ferroviarie di rastrellare ingenti somme di danaro, emettendo prestiti obbligazionari garantiti da ipoteche di primo grado. Il Governo federale ottenne in cambio la possibilità di vedersi praticate tariffe agevolate del trasporto su rotaia, per il servizio postale e per il trasporto delle truppe. Fu così che la linea ferroviaria assunse dimensione transcontinentale, congiungendo la *East Coast* con la *West Coast*, coprendo una superficie di circa 200,000 miglia. Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno ... cit.*, pp. 44 e s.

rispetto alla parte imprenditrice, era spesso manifesta. Siffatte caratteristiche indussero a definire le *Granger Laws* una forma di *class legislation* e ad impugnarle innanzi alla Corte Suprema nel 1870<sup>84</sup>.

Nel caso *Munn v. Illinois*, deciso nel 1877 e *leading case* di ben otto controversie aventi ad oggetto lo stesso oggetto e meglio noti come *Granger Cases*<sup>85</sup>, la Corte Suprema, guidata da Waite, enunciò la *affectation doctrine*, sancendo la costituzionalità di una legge dell'Illinois che fissava i livelli massimi delle tariffe da corrispondere ai gestori degli ammassi e degli *elevators*. Lo stoccaggio era controllato, infatti, nella città di Chicago, da nove imprese che operavano in regime di oligopolio e che furono considerate un monopolio virtuale che controllava in modo arbitrario i prezzi da praticare, condizionando, in via unilaterale, la “*gateway of commerce*”<sup>86</sup>.

Il *virtual monopoly test* divenne un valido strumento per accertare la legittimità dell'intervento statale. Per tale ragione, la gestione ed il controllo dei magazzini di frumento e degli elevatori costituiva una materia di interesse pubblico che richiedeva l'applicazione di una disciplina normativa la quale non limitava il diritto di proprietà privata<sup>87</sup>. In modo brillante, Waite, con l'ausilio di un *memorandum* redatto dal Giudice Bradley, richiamò un principio espresso nella *Magna Charta Libertatum*, che imponeva in talune circostanze, il necessario bilanciamento tra tutela della proprietà privata ed esercizio del *police power* e sottolineava che quando il diritto di proprietà privata presupponeva facoltà di godimento e di utilizzo che incidevano sulla comunità nel suo complesso, risultava *affected with a public interest* e, come tale, suscettiva di controlli e regolazioni da parte del *police power* statale<sup>88</sup>. In tale fattispecie, la proprietà privata e la libertà economica non risultarono tutelabili all'ombra della *due process of law*, mancandone i presupposti,

---

<sup>84</sup> Le *Granger Laws* prevedevano la fissazione di livelli tariffari massimi per il trasporto su rotaia dei prodotti agricoli, che sancivano la disciplina dell'attività di ammasso, l'introduzione di misure calimieristiche dei prezzi imposti dai gestori dei cd. *grain elevators* e l'istituzione di commissioni statali per l'applicazione della legge tariffaria. Ciò indusse l'opinione pubblica a ritenere le *Granger Laws* affette da un'impronta comunista, la quale aveva provocato la crisi ed il fallimento di numerose compagnie ferroviarie, cosa che indusse i legislativi statali a modificarne il contenuto. Sul punto, si rimanda al contributo di A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore ...cit.*, p. 215. Per una ricostruzione generale delle *Granger Laws* si rinvia all'opera di G.I. MILLER, *Railroads and Granger Laws*, University of Wisconsin, 1971.

<sup>85</sup> I *Granger Cases* sono costituiti dalle pronunce sui casi, *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877) e *Chicago, Burlington & Quincy Railroad Company v. Iowa*, 94 U.S. 155; *Peick v. Chicago and Northernwestern Railroad Company*, 94 U.S. 164; *Lawrence v. Chicago and Northernwestern Railroad Company*, 94 U.S. 164; *Chicago, Milwaukee and St. Paul Railroad Company v. Ackley*, 94 U.S. 179; *Winona and St. Peter Railroad Company v. Blake*, 94 U.S. 180; *Southern Minnesota Railroad Company v. Coleman*, 94 U.S. 181; *Stone v. Wisconsin*, 94 U.S. 181, tutti dello stesso anno. In particolare, H. GILLMAN, *The Waite Court 1874-1888. The Collapse ...cit.*, p. 134 e ss.

<sup>86</sup> In particolare, R.L. STERN, “The Problems of Yesteryear –Commerce and Due Process”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 4, 1950-1951, p. 448.

<sup>87</sup> In particolare, Alberta Sbragia ricorda testualmente un passaggio della sentenza *Munn* in cui si evidenzia come, nel caso di specie, “*property had become clothed with a public interest*”. Sul punto, A.M. SBRAGIA, *Debt Wish. Entrepreneurial Cities, U.S. Federalism ... cit.*, pp. 92 e s.

<sup>88</sup> Nel *memorandum* stilato dal Giudice Bradley, si evocò un argomento sostenuto nel *De Portibus Maris* da Lord Chief Justice Matthew Hale nel 1670, edito, però, solo nel 1787, in cui si sosteneva che quando la proprietà privata risulta “*affected with a public interest it ceases to be juris privati only*”. In particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore ...cit.*, p. 217.

in ragione della loro *public affectation*. Il dissenziente Giudice Field, di cultura puritana e fedele alla teoria dei diritti naturali, non condivise la lettura di Waite e temeva che la *affectation doctrine* rischiasse di porre il diritto di proprietà privata alla mercé dell'organo legislativo e di cangianti valutazioni politiche. Fu così che nel caso *Railroad Co. v. Maryland*, la Corte Suprema validò una legge statale che disciplinava il trasporto passeggeri, applicando differenti tariffe su tratte interne e su quelle esterne tra Washington e Baltimora, essendo una materia di *internal commerce*, differente dalla navigazione tra Stati e interna agli Stati, che, invece, non era sempre sottoponibile alla disciplina statale<sup>89</sup>.

Proprio in tali anni, il diaframma tra gli assunti del libero mercato e il *police power* e il rapporto tra Stati e *Federal Governemnt* si compendiarono in vario modo all'ombra della *due process of law* e della *commerce clause*.

Nel successivo caso *Stone v. Farmers Loan and Trust Company* del 1886, la Corte Waite sostenne la costituzionalità di una legge del Mississippi che attribuiva ad una commissione regolatrice il potere di determinare le tariffe ferroviarie<sup>90</sup>. La Corte precisò che una società, in virtù della tradizione di *common law*, aveva il diritto di fissare le proprie tariffe di trasporto ferroviario di persone e merci, senza subire condizionamenti pubblici che non dovevano risolversi mai in misure irragionevolmente limitative e confiscatorie e ribadì che la regolazione statale risultava legittima solo se suffragata dalla *due process*<sup>91</sup>.

Nel caso, *Wabash St. Louis and Pacific Railway Co. v. Illinois* del 1886 la Corte annullò una legge dell'Illinois che tentava di eliminare le discriminazioni tariffarie collegate alla lunghezza del tragitto, in modo da assicurare un equilibrato rapporto tra costo del biglietto e tratta percorsa<sup>92</sup>. Ma la Corte sostenne che la regolazione statale non potesse estendersi ai casi in cui il trasporto su rotaia faceva parte di una *interstate transaction* attratta nell'orbita del potere federale<sup>93</sup>. In tal modo, la Corte limitava il *police power* statale al solo controllo delle tratte ferroviarie interne e secondarie. Il caso *Wabash* preparò il terreno per la istituzione, nel 1887, della prima commissione regolatrice indipendente delle tariffe ferroviarie, la *Interstate Commerce Commission* in virtù dell'*Interstate*

---

<sup>89</sup> Caso *Railroad Co. v. Maryland*, 88 U.S. 456, 470 (1874). In particolare, B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 3.02 B.

<sup>90</sup> Caso *Stone v. Farmers Loan and Trust Company*, 116 U.S. 307 (1886).

<sup>91</sup> Nel successivo caso *Mugler v. Kansas* del 1887, la Corte fu adita da un produttore di birra che era stato arrestato ed aveva subito il sequestro del proprio opificio per aver condotto la sua attività senza la necessaria licenza. Il ricorrente lamentava il fatto che la birra prodotta era destinata al solo consumo domestico e, pertanto, lamentava una illegittima deprivazione della proprietà privata. La Corte precisò che la legge del Kansas era costituzionalmente legittima, ma affidò alle corti la valutazione dei casi in cui il *police power* fosse stato esercitato correttamente.

<sup>92</sup> Caso *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887) e caso *Wabash St. Louis and Pacific Railway Co. v. Illinois*, 118 U.S. 557 (1886).

<sup>93</sup> Caso in cui spiccarono le opinioni dissenzienti di Waite, Bradley e Gray. La sentenza costituì un vero e proprio *overruling* del pregresso caso *Peick v. Chicago Railroad Company* del 1877, in cui si riconosceva una *plena potestas* statale sulle tariffe ferroviarie.

*Commerce Commission Act* <sup>94</sup>. Alla Commissione fu affidato il potere di controllare le tariffe ferroviarie, di impedire e sanzionare ogni discriminazione e di sventare accordi e pratiche collusive tra compagnie ferroviarie a scapito degli utenti. La Corte Suprema ne limitò i poteri d'azione, confinati alla sola possibilità di accertare la ragionevolezza delle tariffe applicate e non comprensivi della facoltà di stabilirne di nuove. In effetti, la *Interstate Commerce Commission* (in prosieguo *ICC*) inaugurò una stagione della *regulation* federale per via amministrativa che si scontrò con quella classe di giudici contrari alla “autocrazia amministrativa” e ad un intervento pubblico dell'economia.

Il contrasto sfociò in una vera e propria lotta per la supremazia che si consumò tra le Corti e le agenzie amministrative, seppure la creazione di queste ultime fosse stata dettata dalla volontà di sottrarre al potere legislativo l'autorità di fissare le tariffe, piuttosto che dall'intento di aprire un divario tra potere amministrativo e potere giudiziario<sup>95</sup>. Infatti, la Commissione era composta da funzionari esperti della materia che avrebbero dovuto assicurare una precisa disciplina del settore. In virtù della *Interstate Commerce Commission* avrebbe dovuto realizzarsi quella necessaria scissione tra politica e amministrazione che, a parere di Godnow, le avrebbe rese, rispettivamente, l'espressione e l'esecuzione della volontà statale<sup>96</sup>. In modo analogo, Felix Frankfurter giunse a sostenere che “*our administrative law is inextricably bound up with the constitutional law ... constitutional safeguards with flexible, appropriate, and economical [agency] procedure and identified judicial review of administrative discretion as the principle mechanism for safeguarding constitutional liberties*”<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> L'*Interstate Commerce Commission Act* del 1887 fu uno dei primi organici atti normativi ordinari, approvati dal Congresso, avente lo specifico scopo di tutelare il commercio interstatale all'ombra della clausola costituzionale della *commerce clause*. In precedenza l'intervento legislativo federale si era limitato a garantire, soprattutto, la crescita economica. Il Congresso decise così di “*address ... quintessential progressive causes as consumer safety, worker safety and accidents on the railways, child labor and the interstate and international traffic in women*”. Occorre aggiungere che i funzionari amministrativi vennero qualificati come membri dell'esecutivo, con il compito di dare attuazione ai comandi e agli obiettivi imposti dal legislatore. Il funzionario amministrativo aveva il compito di raggiungere tali obiettivi, in modo efficiente, mentre alle corti era affidato l'incarico di vigilare su tale rapporto, riportando il potere della Commissione nel perimetro della delega legislativa. In particolare, W.E.FORBATH, “The White Court, 1910-1921. A Progressive Court?”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005, p. 180 e ss. e K.C. WHEARE, *Del Governo federale*, Bologna, 1997, pp. 230 e ss., il quale rileva che i poteri attribuiti alla Commissione da tale atto furono estesi alle compagnie di messaggerie, alle compagnie dei vagoni letto, alle compagnie telefoniche e telegrafiche sottomarine, agli oleodotti, alle comunicazioni aeree, per via radio e alle borse valori che saranno poi, sottoposte alla vigilanza della *Securities and Exchange Commission*, *ibid.*, p. 230.

<sup>95</sup> Sul punto, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 402 e p. 419.

<sup>96</sup> A sostegno di tale concezione si poneva il pensiero di Émile Durkheim che considerava lo sviluppo della competenza professionale una valida alternativa allo sfrenato interesse egoistico, generatosi in seno al mercato. Il riferimento al pensiero di Godnow e a quello di Durkheim, è rinvenibile nell'opera di M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, pp. 422 e s. Anche White, evidenzia come: “*The complex problem of railroad regulation would be much better handled by a body of experts*”. G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, Boston, 2000, pp. 98 e ss.

<sup>97</sup> La citazione è rinvenibile nell'opera di G.E. WHITE, *The Constitution and ... cit.*, pp. 105 e s. L'autore rileva come Frankfurter, in un articolo pubblicato nel 1924 con Landis sull'*Harvard Law Review*, attaccò le “*essentialist readings of the enumerated federal powers*”. A suo parere, il principio di separazione dei poteri doveva essere applicato con una

Alla fine del XIX secolo la *due process of law* veniva concepita come garanzia sostanziale ancor prima che processuale, dei concetti di *life, liberty e property*, interpretate in prospettiva dinamica e secondo un'accezione spiccatamente economica. Il concetto di *liberty* e quello di *property* assunsero un veste pluridimensionale, divenendo strumenti di realizzazione e di espressione dell'individuo nell'ambito della società civile che mal tolleravano illegittime interferenze o intromissioni da parte del pubblico potere come sostennero Tiedeman e Cooley<sup>98</sup>. Basti rammentare il caso *Butcher's Union Co. v. Crescent Co.* del 1884 in cui il Giudice Field ricondusse nel perimetro della libertà individuale, la facoltà di intraprendere un legittimo commercio o altra attività lavorativa considerati dei *common rights* iscritti nella tradizione di *common law* in qualità di diritti *unwritten*, propri della *law of the land* e posti a fondamento delle libere istituzioni in qualità di principio morale della società civile<sup>99</sup>.

All'indomani dell'approvazione del *Commerce Act*, fu nominato *Chief Justice*, Melville Fuller, uomo di fede democratica e dalla personalità poco spiccata. Quando il Giudice Fuller fu chiamato a decidere il caso *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co. v. Minnesota* del 1890, annullò un ordine emesso dalla *Railroad and Warehouse Commission* del Minnesota che imponeva di ridurre la tariffa per il trasporto del latte su alcune tratte infrastatali<sup>100</sup>. L'annullamento era motivato in ragione della presenza di un vizio procedurale dovuto alla mancata convocazione della compagnia ferroviaria innanzi alla Commissione, cui avrebbe dovuto fare seguito l'instaurazione del contraddittorio tra le parti. In tal modo, la Corte paventava una peculiare forma di espropriazione lesiva dei presupposti procedurali e sostanziali della *due process of law*.

La determinazione delle tariffe era una materia di sicuro appannaggio del potere legislativo che doveva, però, essere sottoposto al successivo vaglio delle corti che ne vietavano un uso espropriativo. La Corte precisò, inoltre, che il potere di azione delle agenzie amministrative doveva essere informato al canone della ragionevolezza e doveva essere sottoposto al controllo di

---

“*latitude in a work-day world*”. Ecco perché le relazioni tra i pubblici poteri non potevano essere concepite come “*automatic*”. Lo studioso sosteneva, comunque, la necessità che lo sviluppo del diritto amministrativo avvenisse nella cornice della Costituzione e sotto il controllo della Corte Suprema, *ibid.*, p. 106.

<sup>98</sup> Il pensiero di Tiedeman poggiava sulla nozione di *neutrality* o anche *inactivity* del Governo federale e si sussumeva nel noto borcardo latino “*sic utere tuo, ut alienum non laedas*”. Analogamente, Cooley riteneva il diritto di proprietà uno dei più importanti *natural rights*. Tra le opere di Christopher G. Tiedeman, basti rammentare *A Treatise on the Limitations of the Police Power in the United States* del 1886, e *The Unwritten Constitution of the United States* del 1890, mentre l'opera più celebre di Thomas McIntyre Cooley è rappresentata da *A treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union* del 1868.

<sup>99</sup> In particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore ...cit.*, p. 225. L'autore richiama anche la sentenza *Powell v. Pennsylvania*, 127 U.S. 578 (1888), in cui la Corte, per mano del Giudice Harlan, affermò che ogni individuo ha il privilegio di coltivare le proprie inclinazioni imprenditoriali, visto che acquistare, vendere o detenere beni di proprietà “*is an essential part of his rights of liberty and property, as guaranteed by the Fourteenth Amendment*”, *ibid.*, pp. 225 e s. La pronuncia rifletteva una *judicial philosophy* imperniata ai principi di *laissez faire* ed esaltante i concetti di *liberty* e di *property*.

<sup>100</sup> Caso *Chicago, Milwaukee & St. Paul Railway Co. v. Minnesota*, 134 U.S. 418 (1890). Sul punto, L. PRZYBYSZEWSKI, “The Fuller Court, 1888-1919. Property and Liberty”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005, p. 158.

costituzionalità dell'organo giurisdizionale<sup>101</sup>. All'indomani del 1890, nonostante l'approvazione della prima legislazione federale *antitrust*, la composizione della Corte Suprema mutò, circondandosi della presenza dei Giudici Brown e Shiras, di fede conservatrice e provenienti dall'ambiente del grande *business*. La conferma del nuovo indirizzo pretorio, rinvenne espressione nella sentenza *Reagan v. Farmers' Loan and Trust Company* del 1894 in cui fu sancito che il potere regolatorio delle tariffe ferroviarie dovesse essere sempre sottoposto al sindacato di ragionevolezza della Corte, indipendentemente dall'organo che aveva esercitato il potere regolatorio, fosse quello legislativo o quello di una *public service commission*. Fu così annullata una tariffa ferroviaria dello Stato del Texas che non permetteva alla compagnia di realizzare profitti adeguati e proporzionati rispetto al capitale iniziale investito. Per il Supremo Giudice si paventava una violazione della *due process of law* poiché si ledeva il diritto di proprietà privata e, nello stesso tempo, si operava una indebita traslazione di ricchezza dalla classe imprenditrice a quella degli utenti<sup>102</sup>.

L'orientamento ermeneutico della Corte fu pressoché omogeneo e confermato dall'unanimità decisionale che tipizzò le sentenze di tale periodo. Ma il caso che consacrò lo spirito di *laissez-faire* della Corte Fuller, fu costituito dalla vicenda *Smith v. Ames* del 1898<sup>103</sup>. La Corte, all'unanimità, sancì che la tariffa di un pubblico servizio risultava ragionevole solo quando consentiva di realizzare un profitto calcolato in ragione del capitale iniziale investito. L'estensore della pronuncia, il Giudice Harlan, elaborò la regola del *fair value* secondo cui una tariffa per non assumere carattere confiscatorio avrebbe dovuto soddisfare due parametri: il valore aggregato degli investimenti e il valore economico dell'impresa. In tal modo, però, il giudizio di ragionevolezza e di congruità della misura tariffaria si avvaleva di una pluralità di studi e di indici economici quali l'ammortamento, i costi di esercizio e di manutenzione, le spese di progettazione e di costruzione e i costi di gestione che richiedevano conoscenze settoriali di natura contabile e aziendale, probabilmente possedute dai membri di una commissione regolatrice, ma difficilmente intuibili dalla mente di un magistrato<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> Infatti, nel successivo caso *Budd v. New York*, 143 U.S. 517 (1892), la Corte, operò un *distinguishing* rispetto al *Minnesota case*, validando una legge dello Stato di New York in materia di tariffe dei *grain elevators*, richiamando la dottrina della *public affectation* e precisando che, nel caso di specie, la determinazione tariffaria era stata effettuata direttamente dall'organo legislativo e non da una commissione regolatrice.

<sup>102</sup> Caso *Reagan v. Farmers' Loan and Trust Company*, 154 U.S. 362 (1894). Analogo *trend* interpretativo si rinviene nella sentenza *Convington and Lexington Turnpike Road Company v. Sandford*, 164 U.S. 578 (1896), in cui venne bocciata all'unanimità una legge del Kentucky che fissava un pedaggio stradale, danneggiando i conti economici della compagnia e impedendo la realizzazione dei profitti e la relativa corresponsione dei dividendi. Sul punto, L. PRZYBYSZEWSKI, *The Fuller Court, 1888-1919. Property and ...* cit., p. 159.

<sup>103</sup> Caso *Smith v. Ames*, 171 U.S. 361 (1898). Oggetto della controversia era una legge del Nebraska del 1893, la quale risultava influenzata dagli afflatti populistici che pervadevano l'arena politica, in quegli anni, e che stabiliva i massimali tariffari applicabili dalle compagnie ferroviarie su tratte infrastatali, in modo tale da cagionare un decremento dei corrispettivi praticati pari al 30 per cento.

<sup>104</sup> Come rilevano Urofsky e Finkelman, con la *fair value rule*, la Corte aveva elaborato un criterio ermeneutico di difficile applicazione pratica che rendeva annosa, in ambito giurisdizionale, la verifica della congruità di un regime tariffario, già difficilmente determinabile in sede legislativa ed amministrativa. In particolare, M.I. UROFSKY, P.



Siffatto criterio ermeneutico aumentò il carico di lavoro pendente innanzi alle Corti e rese sempre più difficile l'applicazione pratica dello scrutinio di *fairness*.

Ulteriore esempio di potere regolatorio degli Stati che confliggeva con gli interessi delle compagnie ferroviarie erano i cd. *stoppage statutes* che imponevano ai convogli che trasportavano passeggeri di effettuare un numero minimo di fermate nei villaggi con un certo numero di abitanti. Nel caso *Lake Shore & Michigan Southern Railway Company v. Ohio* del 1899, la Corte ritenne la *three stop provision* della legge dell'Ohio che imponeva tre fermate giornaliere nei centri con più di tremila abitanti, un legittimo esercizio del *police power* statale che non interferiva con il potere del Congresso di regolare il commercio "*among the States*" e, dunque, non violava il nucleo normativo della *interstate commerce clause*<sup>105</sup>. La Corte non guardava al potere regolatorio statale con cieca avversione, seppur la vicenda non sia stata decisa in modo unanime della Corte, ma dimostra come la Corte Fuller non badò agli effetti che una legislazione statale, regolatoria delle tariffe ferroviarie, poteva provocare sul sistema federale delle ferrovie<sup>106</sup>.

La Corte Fuller continuò per lungo tempo a manifestare una intima ostilità nei confronti della ICC, tanto che nel caso *Texas Pacific Railway Company* asserì che il potere di accertare la congruità e la ragionevolezza delle tariffe ferroviarie non includeva, implicitamente, quello di fissarle in via amministrativa<sup>107</sup>. Una simile impostazione di pensiero apriva un diaframma tra il concetto di *fact-finding* rispetto a quello di *rate-making*. A ciò aggiungasi il fatto che la ICC non era munita, qualora avesse accertato, a seguito di un regolare contraddittorio la irragionevolezza delle tariffe, del potere di fissarne delle nuove (cd. *rate-setting*), poiché tale funzione spettava al Congresso e non ad una agenzia amministrativa<sup>108</sup>. In tal modo, alla Commissione rimaneva la possibilità di colpire gli abusi perpetrati dalle compagnie ferroviarie, attraverso lo strumento del *cease and desist order* ossia della sospensione cautelare delle tariffe irragionevoli che poteva essere impugnata in sede giurisdizionale, sovente incline ad accogliere le strenue difese dei *property rights* evocate dai

---

FINKELMAN, *A March of Liberty – A Constitutional History of the United States: From 1877 to the Present*, Vol. II, New York-Oxford, 2002, p. 531.

<sup>105</sup> Caso *Lake Shore & Michigan Southern Railway Company v. Ohio*, 173 U.S. 285 (1899).

<sup>106</sup> Come rileva Ely, la rottura dell'unanimità decisionale, in seno alla Corte, riposava nella volontà di sostenere, talvolta, le ragioni di *public policy* che informavano l'azione dei legislativi statali. Infatti, il tentativo di arginare un abusivo esercizio del potere regolatorio statale rinvenne compiuta espressione nelle sentenze redatte dal Giudice Holmes, che caducarono rispettivamente una legge del Kentucky, la quale imponeva alle compagnie ferroviarie proprietarie delle tratte principali di mettere a disposizione delle società che gestivano le linee secondarie i propri convogli, in assenza di un adeguato corrispettivo, e annullarono una legge del Nebraska che imponeva alle ferrovie di costruire binari morti e raccordi a titolo gratuito a favore dei gestori degli *elevators* di frumento. Casi *Louisville and Nashville Railroad Company v. Central Stock Yards Company*, 212 U.S. 132 (1909) e *Missouri Pacific Railway Company v. Nebraska*, 217 U.S. 196 (1910). Sul punto, J.W. ELY JR., *The Chief Justiceship of Melville W. Fuller, 1888-1890*, Columbia, SC., 1995, pp. 89 e s.

<sup>107</sup> Caso *Cincinnati, New Orleans and Texas Pacific Railway Company v. Interstate Commerce Commission*, 162 U.S. 184 (1896).

<sup>108</sup> Caso *Interstate Commerce Commission v. Cincinnati, New Orleans and Texas Pacific Railway Company*, 167 U.S. 479 (1897).

ricorrenti. Ma il colpo più duro sferrato alla *ICC* avvenne nel 1897, quando il Giudice Shiras stabilì che le Corti federali potevano riesaminare, in grado d'appello, le *quaestiones* già decise in via definitiva dalla Commissione, in ragione del sopraggiungere di prove nuove (cd. *de novo review*). La decisione operò un vero e proprio *vulnus* alla *section 4* dell'*Interstate Commerce Act* (cd. *long-short haul provisions*), tradendo le intenzioni del legislatore<sup>109</sup>.

L'eccessivo spirito di *laissez-faire* che pervase l'operato della Corte, ebbe gravi ripercussioni sul settore del trasporto ferroviario, innescando una spietata concorrenza tra compagnie e ingenerando un ginepraio tariffario inestricabile che si rivelò fatale per gli utenti e i produttori di merci destinate al trasporto su rotaia. Fu così che la Commissione lamentò l'inadeguatezza dei suoi poteri, del tutto inestetizzati da una ostile giurisprudenza costituzionale.

Fu solo nel 1903 che l'*Edkins-Rebating Act* estese alle compagnie ferroviarie l'obbligo di attenersi alle tariffe pubblicate ed estese alle società la responsabilità per condotte discriminatorie che prima ricadeva sui solo agenti e sugli impiegati<sup>110</sup>.

L'*Hepburn Act*, voluto fortemente dal Presidente Theodore Roosevelt nel 1906, fece divieto alle compagnie ferroviarie di acquisire partecipazioni azionarie in imprese commerciali in concorrenza con altre società di trasporto non ferroviarie al fine di evitare discriminazioni contro le imprese concorrenti (cd. *commodities clause*)<sup>111</sup> e fece transitare l'*onus probandi* della legittimità dei comportamenti assunti in capo alle compagnie, stabilendo una presunzione a favore della Commissione che ne rafforzò la posizione sul piano processuale<sup>112</sup>. Fu, infine, il *Mann-Elkins Act* del 1910 ad attribuire alla *ICC* il potere di controllare la liceità delle clausole contrattuali discriminatorie dei prezzi praticati in ragione della tratta percorsa. Infine, il *Transportation Act* del 1920 estese il potere della Commissione non solo alla determinazione delle tariffe interstatali, ma anche alla fissazione di quelle infrastatali. Gli interventi legislativi stabilizzarono la *regulation* del settore, sottraendola al potere di intervento diretto degli Stati, ma privilegiò gli interessi e le posizioni oligopolistiche solo di talune compagnie<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Caso *Interstate Commerce Commission v. Alabama Midland Railway Co.*, 168 U.S. 144 (1897). Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore ... cit.*, pp. 239 e s.

<sup>110</sup> L'*Edkins Act* qualificò come illecito penale l'applicazione di tariffe diverse da quelle ufficiali, stabilendo una sanzione pecuniaria il cui massimo edittale era di 20.000 dollari.

<sup>111</sup> Anche se la Corte Suprema, nel caso *United States v. Delaware and Hudson Company*, 213 U.S. 366 (1909), giudicò legittimo il trasporto su rotaia di carbone ad opera di compagnie ferroviarie che avevano acquisito partecipazioni azionarie in società carbonifere.

<sup>112</sup> A tale attribuzione si aggiunse la possibilità di caducare le tariffe incongrue e di fissare il massimo tariffario in sostituzione delle tariffe annullate. Gli ordini impartiti dalla Commissione divennero vincolanti e insuscettivi di controllo giurisdizionale, il quale rimase limitato alla sola garanzia costituzionale dei *property rights*.

<sup>113</sup> Come rilevò Zorzi Giustiniani, venne scongiurato il pericolo di una statizzazione delle ferrovie, ma si consolidarono i poteri di alcuni oligopoli. In particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno ... cit.*, pp. 46 e s.

All'indomani del rafforzamento, ad opera del Congresso, del ruolo e delle funzioni della *Interstate Commerce Commission*, la Corte Suprema dovette mitigare la sua reiterata ostilità avverso l'Agenzia federale tanto che nel caso *Illinois Central Railroad Co.* del 1910 dichiarò di non avere titolo per poter condurre un controllo sulla correttezza delle politiche regolatorie della Commissione, che avrebbe palesato una indebita interferenza da parte del potere giudiziario nei confronti di quello amministrativo<sup>114</sup>.

La Corte si limitava a stabilire la legittimità costituzionale delle funzioni esercitate dalla *ICC* in ragione delle competenze attribuitegli dalla legge e con riferimento alla conformità delle misure apprestate al canone della ragionevolezza. Siffatto approccio pretorio inaugurò la diffusione, a livello federale, di agenzie amministrative munite di poteri di *enforcement*, di *rule-making* e di *adjudication*<sup>115</sup>. Nel 1907, la Corte Suprema ribadì che la *Interstate Commerce Commission* avesse competenza funzionale anche per i rimedi di *common law*, delegandole il contenzioso paragiurisdizionale in tema di tariffe ferroviarie (cd. *primary jurisdiction*)<sup>116</sup>.

Si trattò di pronunce in cui la Corte Suprema fece un largo uso dell'accezione *dormant* della *commerce clause* per colpire condotte illegittime ed arbitrarie dei singoli Stati.

### 2.3.1 Prime aperture pretorie nello sviluppo della dottrina sulla "corrente di commercio"

La maturazione di un differente approccio ermeneutico da parte della Corte, si evinse anche in altri casi non collegati alla spinosa questione del trasporto e delle tariffe ferroviarie. Fu così che nella

---

<sup>114</sup> Caso *Interstate Commerce Commission v. Illinois Central Railroad Co.*, 215 U.S. 452 (1910). Sull'importante ruolo della *Interstate Commerce Commission* si espresse favorevolmente anche Carl Friedrich il quale sostenne che, in seno ad essa si realizzava il principio di separazione dei poteri, seppur confinato ad un solo organo. Infatti, le decisioni amministrative sono assunte da un commissario, quelle quasi giudiziarie da tre commissari e quelle legislative dall'intera commissione. Ogni funzione è diversificata secondo la natura della decisione. Sul punto, C.J. FRIEDRICH, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Bologna, 2002, p. 174 nonché R.E. CUSHMAN, *Independent Regulatory Commissions in Report of the President's Committee on Administrative Management*, Washington, U.S., Government. Print., Off., 1937.

<sup>115</sup> Come rileva D'Ignazio, il potere di *enforcement* concerneva il dare attuazione alle leggi, quello di *rule-making* presupponeva una delega di potere regolamentare alquanto ampia e quello di *adjudication* concerneva il potere di giudicare casi concreti. Sul punto, G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, Milano, 2004, p. 146.

<sup>116</sup> Caso *Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil Co.*, 204 U.S. 426 (1907). Successivamente, la Corte rinunciò alla *de novo review* sulle decisioni della *Commerce Commission*, riservandosi il sindacato delle sole questioni di diritto e conferendo, all'Agenzia indipendente, la decisione delle questioni di fatto o regolatorie in virtù di provvedimenti inappellabili, purché non arbitrari. Caso *Interstate Commerce Commission v. Illinois Central Railroad*, 215 U.S. 452 (1910). Infine, nel caso *Railroad Commission of Wisconsin v. Chicago, Burlington & Quincy Railroad* del 1920, la Corte difese vigorosamente il potere regolatorio federale, mentre in una successiva pronuncia del 1927, sul caso *Collector of Internal Revenue*, una Corte unanime capeggiata dal Presidente Taft, sostenne l'importanza della creazione di un mercato unico nazionale. Casi *Railroad Commission of Wisconsin v. Chicago, Burlington & Quincy Railroad*, 257 U.S. 563 (1920) e *Compania General de Tabacos de Filipinas v. Collector of Internal Revenue*, 275 U.S. 87 (1927). Sul punto, M.I. UROFSKY, "The Taft Court, 1921-1930. Groping for Modernity", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005, pp. 203 e s.

sentenza *Leisy v. Hardin* del 1890, la Corte Suprema annullò una legge dell'Iowa che proibiva la vendita di birra imbottigliata in Illinois, dal momento che si trattava di una materia rientrante nel novero del commercio interstatale, la cui disciplina spettava al Congresso, unico organo costituzionale che poteva legittimare un simile provvedimento statale. Il Congresso approvò, in seguito, il *Wilson Act* con cui sancì che ogni bevanda alcolica trasportata in ogni Stato o territorio e destinata a rimanervi per l'uso, il consumo, la distribuzione o l'immagazzinamento, era sottoposta alla legislazione dello Stato o del territorio in cui era giunto, essendo inconferente la circostanza secondo cui il prodotto era stato introdotto in confezioni originali. Il Supremo Giudice federale fece proprio l'indirizzo del Congresso e, nel caso *Wilkerson v. Rahrer* del 1891, validò la legge statale nella sua formulazione originaria<sup>117</sup>.

Nella successiva vicenda *Swift & Co. v. United States* del 1905, la Corte Suprema, per voce del Giudice Holmes, sancì che un accordo sui prezzi tra commercianti di carni impegnati nell'ambito di un solo mercato statale, anche se limitato ad una sola piazza, aveva l'effetto di interrompere o, semplicemente, di influire sul flusso del commercio interstatale, ostacolandolo in spregio alla *commerce clause*<sup>118</sup>. La sentenza è degna di nota poiché costituisce il *leading case* inerente la dottrina dello *stream of commerce* che consentirà alla Corte Suprema di erodere la rigida distinzione tra produzione e commercio e tra effetti diretti ed indiretti, sanzionando quelle condotte confinate al solo mercato infrastatale che, in vario modo, incidevano sul flusso degli scambi tra i singoli Stati, ostacolandoli. Era necessario, comunque, che le ricadute sui traffici interstatali fossero dirette e tangibili, non meramente teoriche e potenziali. Occorre precisare anche che la vicenda cadde sotto la scure dello *Sherman Antitrust Act* del 1890 che sanzionava quegli accordi tra imprese, impegnate nella distribuzione di beni, idonei a condizionare il livello generale dei prezzi e a restringere il commercio tra Stati<sup>119</sup>. Ciò a dimostrazione del profondo intreccio nomologico ed applicativo tra le

---

<sup>117</sup> Si trattò dei casi *Leisy v. Hardin*, 135 U.S. 100 (1890) e *Wilkerson v. Rahrer*, 140 U.S. 545 (1891).

<sup>118</sup> Caso *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375 (1905). In casi risalenti ad alcuni anni prima, quale *Welton v. Missouri*, 91 U.S. 275 (1876), la Corte annullò una legge statale che imponeva il pagamento di una tassa che discriminava i venditori di beni provenienti da altri Stati. Il Giudice Field spiegò che il trasporto e lo scambio di utilità richiedeva una disciplina uniforme in base alla *commerce clause*. La sentenza consacrò la *free trade doctrine*, sul punto C.W. MCCURDY, *American Law and the Marketing Structure ... cit.*, p. 643. Analoghe bocciature di leggi statali all'ombra della *commerce clause*, si verificarono nei casi *Henderson v. Mayor of New York*, 92 U.S. 259 (1876) inerente la circolazione degli immigrati a mezzo delle imbarcazioni, analogamente in *Hannibal & St. Joseph R.R. v. Husen*, 95 US 465 (1878) e in *Hall v. DeCuir*, 95 U.S. 485 (1878). Mentre, in *Louisville, New Orleans & Texas Railway Co. v. Mississippi*, 133 U.S. 587 (1890), la Corte sancì che non violava la *commerce clause*, stabilire con legge statale che le compagnie ferroviarie potessero disporre sistemazioni differenti e posti separati sui vagoni per i bianchi e per gli afroamericani. In particolare, H. GILLMAN, *The Waite Court 1874-1888. The Collapse .. cit.*, pp. 138 e ss. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, p. 1107. Per una disamina generale delle pronunce di tale periodo, si rinvia all'opera di D.P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years, 1789-1888*, Chicago, 1985.

<sup>119</sup> In particolare, R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, Thomson West, 2007, p. 585 e p. 591, gli autori sostennero che con la teoria dello *stream* o anche *current of commerce*, la Corte temperò la sfera di applicazione del X emendamento. Gunther rileva, in modo più analitico, come la *current of commerce* stabiliva che: "*some local activities were controllable not because of their effects on commerce, but because*

due discipline, che rendeva la *commerce clause* il cappello costituzionale che aveva legittimato l'introduzione della legislazione federale *antitrust* che ne era la proiezione settoriale esterna, resa necessaria dall'acquisita multiformità assunta dal mercato e dalle imprese. L'ortodossia ermeneutica sulla *commerce clause* iniziò a divenire più elastica e meno ingessata in rigide catalogazioni ideologiche che rischiavano di sganciare il disposto costituzionale dalla realtà economica e delle strutture imprenditoriali esistenti.

Nel successivo *Schreveport Rate Case* del 1914, la Corte abbandonò ulteriormente la classica distinzione tra produzione e scambio, a favore di un approccio più pragmatico ed empirico. Il caso prendeva le mosse da una politica discriminatoria che talune compagnie ferroviarie texane perpetravano a scapito della città di Schreveport in Louisiana, imponendo tariffe molto più elevate per il trasporto delle merci destinate alla suddetta Città, rispetto a quelle praticate per tragitti molto più lunghi, ma su tratte interne al Texas. L'intento era quello di fare concorrenza alla Città di Schreveport che costituiva una importante stazione d'imbarco per le merci provenienti dall'est del Texas. Le compagnie ferroviarie, in sede di giudizio di costituzionalità, contestarono il potere della Corte di sindacare le tariffe interne, ma la Corte Suprema rigettò tali argomentazioni difensive sulla scorta dell'assunto secondo cui il *Federal Government* aveva il potere di controllare l'attività svolta da vettori interstatali, considerati strumento del commercio tra Stati. Il ruolo della Corte era quello di garantire la sicurezza, l'efficienza ed il carattere equo e paritario del trasporto ferroviario interstatale delle merci <sup>120</sup>.

D'altra parte il Congresso, nel caso in cui non si limiti a disciplinare le attività di scambio tra i singoli Stati, ma provveda a proibire il commercio interstatale di taluni beni, detiene il diritto di farlo solo se in modo ragionevole ritenga che il bene o il servizio possano produrre seri pericoli e inconvenienti nel corso del trasporto o nel luogo della loro destinazione finale<sup>121</sup>. Sulla scorta di tali assunti, la Corte Suprema validò l'*Erdman Act* del 1898 e il *Nowland Act* del 1913 che prevedevano forme di arbitrato per controversie di lavoro tra imprese impegnate nel trasporto interstatale e i loro dipendenti, ai quali venivano riconosciuti specifici diritti <sup>122</sup>.

---

*they could themselves be viewed as in commerce or as an integral part of the current of commerce*". Sul punto, G. GUNTHER, *Constitutional Law*, New York, 1991, p. 105.

<sup>120</sup> In effetti, la discriminazione tariffaria operata dalle compagnie induceva i commercianti a preferire il trasporto delle proprie merci verso le città del Texas e non quelle della Louisiana, in ragione del minor costo da sopportare, provocando immediate ricadute sul commercio tra Stati e danneggiando la fisiologica dinamica degli scambi. Caso *Houston E. & W. Texas Ry Co. v. United States*, 234 U.S. 342 (1914). In particolare, W.E. FORBATH, *The White Court, 1910-1921. A Progressive ... cit.*, p. 182 e s. L'autore rileva come la pronuncia abbia costituito "a victory for a national regulatory authority and celebrated by nationalistic-minded progressive as such", *ibid.*, p. 183. Sul punto, inoltre, R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance ... cit.*, p. 586.

<sup>121</sup> Basti rammentare i casi *Champions v. Ames*, 188 U.S. 321 (1903), *Caminetti v. United States*, 242 U.S. 470 (1917), *United States v. Hill*, 248 U.S. 420 (1919), *United States v. Simposon*, 252 U.S. 465 (1920) e *Brook v. United States*, 267 U.S. 432 (1925). Sul punto, R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance ... cit.*, p. 592.

<sup>122</sup> Così come vennero dichiarate costituzionali leggi federali che punivano il trasporto interstatale di biglietti della lotteria, giochi d'azzardo e di cibi e bevande adulterate (*Lottery Tickets Act* del 1895 e *Pure Food and Drugs Act* del

Tra le più discusse censure di incostituzionalità si pone il caso *Hammer v. Dagenhart* del 1918 in cui venne dichiarato incostituzionale il *Child Labor Act* del 1916 attraverso il quale il Congresso aveva tentato di estendere a livello federale il divieto di impiego di manodopera minorile nella lavorazione industriale, proibendo il trasporto e il commercio interstatale di beni prodotti da minorenni, all'ombra del potere regolatorio assicuratosi dalla *Interstate Commerce Clause*<sup>123</sup>. Ma la Corte Suprema non reputava il lavoro minorile contrario alla *due process*, tanto da essere ammesso nelle leggi di molti Stati. Il Supremo Giudice giudicò la legge incostituzionale poiché lesiva della sfera delle attribuzioni statali in materia di produzione dei beni e di disciplina dei rapporti di lavoro. Infatti, il divieto di lavoro minorile non era assimilabile al divieto di commerciare beni o prodotti adulterati che potevano provocare danni o pericoli nel corso del trasporto o nella meta finale. Nel caso di specie, la Corte ravvisò nell'intervento federale una illegittima intromissione nelle prerogative statali, incidendo dietro lo scudo della *commerce clause*, sulla fase della manifattura e nell'ambito dei rapporti di lavoro che trascendeva l'autorità delegata al Congresso in materia di commercio e colpiva una materia di carattere puramente statale.

La Corte vi ravvisò, pertanto, un soffocamento dello scambio di beni tra Stati e della libertà del commercio che avrebbe eliminato il potere statale sugli affari locali, con conseguente distruzione del sistema di governo. Ma nell'opinione dissenziente del Giudice Holmes si lesse una profonda reiezione di quei valori. Holmes propugnò una “*embargo theory of congressional power over the interstate transportation of people or products*”<sup>124</sup>. A suo parere la regolazione dell'orario di lavoro minorile rientrava a pieno titolo nella disciplina del commercio interstatale e legittimava l'intervento del Congresso federale.

---

1921), di donne adulte e di giovani ragazze, destinate alla prostituzione (*Mann Act* del 1910), provvedimenti che disciplinavano il traffico aereo nazionale (*Air Commerce Act* del 1926), il sistema nazionale di trasmissione radio (*Radio Act* del 1927), il commercio nazionale di animali da macello (*Packers and Stockyards Act* del 1921) e il traffico di veicoli rubati (*Dyer Act* del 1919). In particolare, la legittimità del *Pure Food and Drug Act* del 1906 venne sostenuta nel caso *Hipolite Egg Co. v. United States* e, quella del *Mann Act*, venne ribadita nel caso *Hoke v. United States* del 1910 sul trasporto nazionale ed internazionale di donne destinate all'prostituzione. Casi *Hipolite Egg Co. v. United States*, 220 U.S. 45 (1911) e *Hoke v. United States*, 227 U.S. 308 (1913). Per un commento si rimanda al contributo di W.E. FORBATH, “The White Court. 1910-1921. A Progressive Court?”, in *The United States Supreme Court. A Pursuit of Justice* (edited by C. Tomlins), New York, 2005, p. 181.

<sup>123</sup> Caso *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918), la legge faceva divieto di impiegare nelle industrie bambini di età inferiore ai quattordici o di età compresa tra i quattordici ed i sedici anni, per più di otto ore al giorno e per più di sei giorni alla settimana e dopo le sette di sera o prima delle sei di mattina. La Corte sostenne che la produzione e l'estrazione del carbone non costituiscono oggetto del commercio e che “*il controllo del commercio interstatale da parte del Congresso non è tale da poter autorizzare l'esercizio di autorità non conferite dalla Costituzione*”. In particolare, W.E. FORBATH, “The White Court. 1910-1921. A Progressive Court?”, in *The United States Supreme Court. A Pursuit of Justice* (edited by C. Tomlins), New York, 2005, pp. 183 e ss e 193 e s., R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance ...cit.*, p. 594, e B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 2.03. Come rileva Corwin, nelle argomentazioni della Corte si comprende che la legge federale non costituiva una “*commercial regulation*”, bensì una “*usurpation of the reserved power of the States to protect the public health, safety, morals, and general welfare*”. Sul punto, E.S. CORWIN, “The Passing of Dual Federalism”, in *Virginia Law Review*, Vol. 36, No. 1, (February 1950), pp. 12 e s.

<sup>124</sup> In particolare, R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance ...cit.*, pp. 595 e s.

I retaggi liberali così radicati nelle menti dei singoli *justices*, spinsero la Corte ad operare sempre un profondo *balancing* tra centro e periferia, evitando allargamenti esorbitanti dal nucleo costituzionale del potere federale e comprimendo discipline statali sin troppo invasive delle libertà economiche e dei diritti di proprietà privata. Si palesava una forma di costituzionalismo del *laissez-faire* e della dottrina del *substantive due process*, eredi della tradizione economica classica, fedele all'immagine di uno Stato liberale, neutrale nella posizione e minimo nell'azione, che nella cornice del *dual federalism* doveva rinvenire i necessari equilibri tra singoli Stati e *Federal Government*, tra pubblico potere e autonomia privata<sup>125</sup>. Il dilemma si consumò lungo le direttrici che intendevano garantire, congiuntamente, lo sviluppo di una unitaria società nazionale e la salvaguardia dell'autonomia d'azione e di scelta dei singoli Stati federati<sup>126</sup>. La ricerca di un punto di equilibrio non fu sempre agevole. Nella tensione, ancora tenue, tra Congresso e Corte Suprema, tra quest'ultima e le Agenzie Amministrative Indipendenti, alla costante ricerca di un ruolo autonomo, si consumarono gli ultimi strascichi degli assunti del federalismo duale e dell'ideale liberale che gli eventi storici e la crisi socio-economica travolsero repentinamente. Come affermò McCurdy, l'orientamento pretorio della Corte Suprema, a cavallo tra il 1875 ed il 1890, dette grande impulso allo sviluppo delle grandi imprese e alla crescita economica, dotandosi del ruolo di “*umpire of the nation's free trade network*”<sup>127</sup>.

Nell'ultima fase del costituzionalismo liberale maturo si ricomposero pregressi diaframmi interpretativi e si stabilizzarono gli assunti del *dual federalism* che rimaneva sospeso nei reciproci equilibri tra sovranità federale, cristallizzata nel perimetro della *commerce clause* e poteri statali, protetti all'ombra del X emendamento<sup>128</sup>. Si denotò un rinnovato quadro di equilibri tra poteri fondato sulla specularità dei limiti posti a carico del *Federal Governemnt* e dei singoli Stati, il cui potere d'azione e di intervento nei vari ambiti della vita economica doveva limitarsi a preservare gli equilibri del mercato e a correggerne eventuali distorsioni, senza mai invadere in modo irragionevole il nucleo intangibile della *liberty* e della *property*, garantendo il *free play of economic*

---

<sup>125</sup> Sul punto, H. HOVENKAMP, “The Political Economy of Substantive Due Process”, in *Stanford Law Review*, Vol. 40, 1988, p. 379. Come ha rilevato, in ambito italiano, Giuseppe De Vergottini, il principio di autosufficienza dei singoli stati che pretendevano di porsi come separati ed equiordinati rispetto allo Stato federale, si riagganciava all'immagine di una società civile che respingeva l'intervento pubblico regolatore in campo economico, facendosi scudo degli assunti del federalismo duale che esaltava il principio costituzionale della libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone su tutto il territorio nazionale e sul principio economico dello spontaneo spostamento delle iniziative economiche da uno Stato ad un altro. Sul punto, G. DE VERGOTTINI, “Stato federale”, voce in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIII, 1990, p. 850.

<sup>126</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 203.

<sup>127</sup> In particolare, C.W. MCCURDY, *American Law and the Marketing Structure ... cit.*, p. 648. Sul ruolo rilevante delle grandi *corporations*, in tema di commercio interstatale, si rinvia al contributo di S. MCCUNE LINDSAY, “Reciprocal Legislation”, in *Political Science Quarterly*, Vol. 25, No. 3, (Sept. 1910), p. 438.

<sup>128</sup> Sul punto, M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano, 2004, p. 126.

*forces*<sup>129</sup>. Si spiegano, pertanto, gli interventi normativi federali nel campo bancario, commerciale e *antitrust*, che intendevano assicurare gli equilibri e le dinamiche del mercato senza mai dirigerne in modo eccessivo gli andamenti. Inoltre, nella fase del liberalismo maturo si esaltò formalmente il ruolo del *Federal Governemnt*, ma persistette un ruolo attivo e propositivo dei singoli Stati<sup>130</sup>. Interessante, a riguardo è l'opinione di Lindsay che ravvisò un episodico atteggiamento 'cooperativo' che l'autore definì *reciprocal legislation* tra i singoli Stati, come nel caso della legge del New Jersey del 1895 sulla protezione degli storioni che avrebbe avuto effetti normativi solo se analoghe disposizioni fossero state approvate dallo Stato del Delaware e dalla Pennsylvania, iniettando, nel sistema costituzionale, i germi di un atteggiamento cooperativo di tipo orizzontale<sup>131</sup>. Si palesava una "collaborazione orizzontale" tra Stati federati che presupponeva la stipula di accordi interstatali la quale era sottoposta all'approvazione da parte del Congresso federale, in base all'art. I, *Section 10* della Costituzione federale (che vieta la stipula di trattati, alleanze o patti confederali di natura politica), ma che non impedì lo sviluppo di forme di collaborazione su base negoziale per disciplinare materie di comune interesse, la creazione di organismi comuni e l'approvazione di legislazioni parallele<sup>132</sup>.

L'interventismo economico, *in specie* nel corso della *Progressive Era*, era comunque visto come un pericoloso strumento di riduzione e di limitazione dei *property rights*. Emblematico a riguardo è il pensiero di Theodore Sedgwick secondo cui "una sana economia pubblica non può che fondarsi su buone leggi, ovvero su leggi che favoriscano la produzione della ricchezza e non si preoccupino della sua distribuzione"<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> In particolare, R.L. STERN, "The Problems of Yesteryear –Commerce and Due Process", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 4, 1950-1951, p. 446.

<sup>130</sup> In particolare, W.N. ESKRIDGE, J. FERREJOHN, *The Elastic Commerce Clause: A Political ...* cit., pp. 1037 e ss.

<sup>131</sup> La *Section 3* del *New Jersey Act* prevedeva che "similar acts shall have been passed by the legislatures of Delaware and Pennsylvania". Analogo trend si registrò nella materia giuslavoristica in cui venne promossa la stipula di accordi e di progetti tra singoli Stati per assicurare l'uniformità della disciplina in un delicato settore normativo, agevolando l'iter procedurale di ottenimento del consenso del Congresso federale, al fine di creare un maggiore *compact between the states*. In particolare, S. MCCUNE LINDSAY, *Reciprocal Legislation*, in *Political Science Quarterly*, Vol. 25, No. 3, (Sept. 1910), pp. 454 e ss.

<sup>132</sup> In particolare, De Vergottini rileva come il divieto di stipulare accordi interstatali riguardava solo gli accordi politici. Analoghe disposizioni normative si rinvencono nell'esperienza svizzera, ove la Costituzione, all'art. 7, vieta le intese politiche tra cantoni, ma ammette accordi intercantionali bilaterali e multilaterali sottoposti al controllo federale di legalità. In modo simile, dispone la Costituzione austriaca che all'art. 15a, 2, prevede che i *Laender* possono stipulare accordi nelle materie di loro competenza, tramite procedimento stabilito con leggi, negoziate tra i medesimi. Anche in tale caso, gli accordi sono trasmessi al governo federale che può impugnarli innanzi al Tribunale costituzionale. Accanto alla menzionata *reciprocal legislation*, si pongono organi comuni con funzione di coordinamento, in campo politico-amministrativo, delle relazioni tra Stati e con funzione di gestione diretta in specifici settori amministrativi. Tra questi figurano nell'esperienza statunitense, il *Council of States Governments* e la *Governor's Conference* che sono organi di collaborazione tra Stati, con funzione di coordinamento e la *Compact Agency*, con funzioni regolatorie e amministrative, sottoposta al controllo dei parlamenti statali. In particolare, G. DE VERGOTTINI, "Stato federale", voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XLII, 1990, pp. 853 e s.

<sup>133</sup> La citazione è rinvenibile nell'opera di A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore ...* cit., p. 255.



È un dato incontrovertibile che l'approvazione dell'*Interstate Commerce Act* del 1887 abbia contribuito in modo graduale allo sviluppo dell'*administrative law* negli Stati Uniti d'America, conferendo alle agenzie indipendenti il ruolo di risolutori dei conflitti di interesse nel settore delle *public utilities*, lasciando transitare la regolazione, l'ispezione e la sanzione delle condotte lesive del *public interest*, dal procedimento giurisdizionale a quello amministrativo<sup>134</sup>. Fu proprio Roscoe Pound ad esaltare i benefici della nascita di uno stato amministrativo che non costituiva un "fenomeno allarmante, che denotava una decadenza dello spirito di libertà", ma era concepito come l'esito naturale di una evoluzione economica e sociale che aveva trasformato la società americana da rurale in industriale<sup>135</sup>. Non bisogna tralasciare la circostanza secondo la quale anche in Europa, in particolare in Francia, era stata avviata la costruzione di organico sistema di *droit administratif* che aveva suscitato le critiche dell'americano Dicey che si rivelarono erronee ed infondate<sup>136</sup>.

In tale fase storica, pertanto, gli assunti del federalismo duale si dispiegarono lungo le dicotomiche traiettorie del *police power* statale e del *commerce power* federale chiamati ad agire in modo rispettoso delle esigenze della *business community*<sup>137</sup>.

#### 2.4 Ascesa sul mercato del corporate business e legislazione federale antitrust

L'ascesa sul mercato nazionale delle grandi *corporations* fu favorito proprio dalla giurisprudenza della Corte Suprema che in una nutrita serie di pronunce non celò la sua soggezione agli interessi della grande industria, nel corso della *Gilded Age*.

Nella sentenza *Santa Clara* del 1886, il Giudice costituzionale definì una *corporation* una persona ai sensi del XIV emendamento, meritevole di tutela all'ombra della *due process of law*. Ciò che destò meraviglia, fu la brevità della decisione in cui si posero le basi per i futuri sviluppi della teoria

---

<sup>134</sup> In particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore ...cit.*, pp. 261 e ss. Sul ruolo delle agenzie amministrative federali e per i dibattiti dottrinari che vi fecero seguito, si rimanda al contributo di G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, Boston, 2000, pp. 98 e ss.

<sup>135</sup> Sul punto, R. POUND, *The Growth of Administrative Law*, in *Wisconsin Law Review*, Vol. 2, 1924, p. 321.

<sup>136</sup> Albert Dicey sosteneva che in Francia le relazioni tra funzionari amministrativi e cittadini privati erano regolati da leggi speciali, diverse da quelle che disciplinavano i rapporti tra privati. L'autore ribadiva che i tribunali amministrativi francesi, anche se non erano parte degli organi esecutivi, agivano in ossequio del superiore interesse dello Stato o del governo, piuttosto che nel rispetto dei diritti degli individui. Ma le argomentazioni teoriche di Dicey, come sostiene Cosgrove, furono smentite da tutti i moderni studiosi di diritto costituzionale. Sul punto, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 425.

<sup>137</sup> Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Stato costituzionale ed espansione della democrazia*, Padova, 1999, p. 329.

sulla personalità giuridica, seppure come rileva criticamente Horwitz, non si fosse giunti a delineare la nozione di *corporation* intesa quale *natural entity*<sup>138</sup>.

Sorgeva spontaneo chiedersi se la tutela tracciata dal XIV emendamento si estendesse anche alle persone giuridiche oltre che a quelle fisiche. L'interrogativo alimentò nutriti dibattiti dottrinali che, a parere di Dewey, avrebbero solo consentito di manipolare, in senso restrittivo o estensivo, la struttura ed i poteri delle *corporations* e delle *labor unions*<sup>139</sup>. Il Giudice Field si era già espresso, in tal senso, nel caso *San Mateo* del 1882 nella *Circuit Court opinion*, asserendo che le *corporations* sono composte da gruppi di individui le cui *liberties* e le cui *properties* non potevano risentire di una deminuta tutela normativa per il solo fatto di appartenere ad una società, dal momento che ogni giudice guarderà sempre “al di là del nome dell'entità artificiale, agli individui che essa rappresenta”<sup>140</sup>. Per tale motivo, la teoria della *corporation*, intesa quale persona giuridica non artificiale, ma quale *real* o *natural entity* si affermerà con maggiore compiutezza dopo alcuni anni dalla decisione sul caso *Santa Clara*<sup>141</sup>.

Si tentava di recidere il ruolo regolatorio dello Stato e di erodere l'immagine dell'individualismo liberale e “naturalistico” del XIX secolo, visto che negli Stati Uniti, la *business organization*

---

<sup>138</sup> Nel caso *Santa Clara* risultarono interessanti le ricostruzioni dell'avvocato Pomeroy, il quale sostenne che le disposizioni costituzionali, federali e statali, si applicassero pure alle società per azioni di diritto privato, non solo perché le *corporations* sono delle persone, ma anche perché il XIV emendamento tutela i diritti di proprietà dei singoli azionisti che compongono la società. In particolare, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 116. Anche Zorzi Giustiniani rileva come la sentenza *Santa Clara* sia “dominata da un conservatorismo vecchia maniera e da una pregiudiziale diffidenza verso il corporate power che asseconda ... un trend inarrestabile di incorporation, che nel 1890 arriverà a concentrare in società per azioni circa il 75% di capitale investito in attività imprenditoriali”. Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore ... cit.*, p. 222.

<sup>139</sup> Sul punto, J. DEWEY, *The Historical Background of Corporate Legal Personality*, in *Yale Law Journal*, Vol. 35, 1926, p. 655 e s., il quale rilevò che ogni teoria sulla personalità giuridica era solo uno strumento di mistificazione delle strutture societarie con il solo scopo di servire fini opposti. Del resto, Dewey si era espresso in modo critico sulla teoria dei diritti naturali e della bontà del *laissez-faire*. Per un commento, si rinvia al contributo di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Vol. II, Torino, 2000, p. 30. Interessante è anche il commento che ne fa Richard Posner, richiamando l'interrogativo sollevato da Dewey se “*the corporation has enough personality to be a person within the meaning of the Fourteenth Amendment*”, fornendo una risposta affermativa a favore della teoria della *real entity*. In particolare, R.A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, 2003, pp. 113 e s.

<sup>140</sup> Caso *San Mateo v. Southern Pacific Railroad*, 13 F. 722, 743-744 (C.C.D. Cal., 1882).

<sup>141</sup> Lo afferma criticamente Horwitz il quale osserva ed argomenta le tappe evolutive di siffatta teoria. Sul punto, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, pp. 116 e s. In effetti, la vicenda *de qua* costituì un importante punto di svolta per lo sviluppo della *corporate theory*, ma non contribuì ad elaborare una nozione organica del concetto di personalità giuridica. Sul concetto di *corporate personality* si susseguirono numerosi dibattiti giusfilosofici che, in territorio europeo, avevano indotto lo studioso von Gierke a ritenere le *corporations* degli enti reali o naturali, dotati di una personalità giuridica degna di riconoscimento. Il suo pensare affascinò l'opera dell'americano Ernst Freund che, concordando con i teorici europei, aveva notato come in Europa ed in America l'impresa economica del tardo Ottocento avesse assunto una dimensione societaria che iniziava ad erodere le pregresse elaborazioni teoriche della società quale *fictio juris* ossia quale ente artificiale creato dallo Stato. Si narra che quando Otto von Gierke incontrò Maitland, gli disse di non aver compreso a fondo i tratti strutturali di un istituto quale il *trust*. Egli cresciuto nella consapevolezza dell'unità e dell'organicità dell'ordinamento giuridico, difficilmente riusciva a calarsi nell'ottica della *common law*, fondata sulla concorrenza delle *jurisdictiones* e sulla compresenza di diversi ordini istituzionali nei rapporti tra privati. L'opera di von Gierke, *Political Theories of the Middle Age*, fu tradotta proprio da Maitland nel 1900.

produceva, oramai, i tre quarti dell'intera ricchezza nazionale e si riorganizzava in strutture societarie.

La *natural theory* ossia la teoria della società quale ente naturale e non artificiale certo non ripudiava, ma partiva proprio dalle premesse dell'individualismo metodologico che poneva l'individuo alla base del fenomeno associativo anche di tipo societario.

La *natural theory* si poneva in posizione antinomica rispetto alla pregressa *grant o concession theory* che considerava l'atto costitutivo di una società per azioni (cd. *Incorporation Act*) uno speciale privilegio concesso dallo Stato per soddisfare finalità pubbliche. In tal modo la *business organization* assumeva i connotati di un ente artificiale frutto di una 'graziosa concessione per mano pubblica' che ne condizionava la struttura e le finalità e si prestava alla corruzione del potere politico da parte dei più forti potentati economici privati<sup>142</sup>. L'assurda degenerazione di un simile modello avrebbe rischiato di legalizzare concentrazioni economiche lesive della libertà di mercato e di concorrenza in seno al mercato, considerate da sempre valori di interesse nazionale.

Per tale motivo iniziò ad affermarsi la prassi della *free incorporation* al fine di affrancare le *corporations* dal controllo pubblico. La *free incorporation* fece rientrare il fenomeno societario nelle ordinarie categorie contrattuali del *partnership law* che regolava i rapporti associativi.

Ma una società per azioni si poteva considerare, al pari di una associazione, un insieme di individui o costituiva, invece, una entità separata dal substrato di persone fisiche che la componevano? La teoria della *partnership* si rivelò ben presto non esaustiva e inadeguata a risolvere il problema delle perquisizioni illegali, dei sequestri e dell'autoincriminazione avuto riguardo ai diritti costituzionalmente garantiti delle *corporations* e non dei singoli azionisti. Nel caso *Hale v. Henkel* del 1905<sup>143</sup>, la Corte Suprema ribadì che le *corporations* beneficiassero delle garanzie di cui al XIV emendamento, ma non anche delle tutele previste dal V emendamento in materia di autoincriminazione, riflesso dell'intima reticenza della Corte a considerare le società per azioni soggetti parificabili alle persone fisiche. Simili aporie ermeneutiche indussero a distinguere i privilegi di cui beneficiava la *corporation* dai diritti costituzionali di cui erano titolari i singoli azionisti.

---

<sup>142</sup> Le *special charters of incorporation* erano approvate dal Congresso dopo lunghe negoziazioni tra interessi privati e singoli Stati. Nel periodo jacksoniano erano state più volte criticate poiché considerate un incentivo alla corruzione del potere legislativo da parte di importanti *lobbies* economiche, tra il 1850 ed il 1870. Il problema si pose già nell'era Marshall, nei noti casi *Dartmouth College* in cui si disquisì della validità costituzionale delle *charters* concesse addirittura in epoca coloniale.

<sup>143</sup> Caso *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1905). Analoga reticenza culturale emerse in una pregressa pronuncia del 1904 in cui si affermò che, anche se "per finzione del diritto" una società per azioni è considerata una persona giuridica, questa non potrà essere mai considerata titolare di diritti inalienabili al pari delle persone fisiche (caso *Northern Sec. Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 362 del 1904). Nel 1906, ribadì che la libertà contro gli espropri alla luce della *due process* fosse la libertà delle persone naturali e non delle persone giuridiche (caso *Western Turf Ass'n v. Greenberg*, 204 U.S. 359, 363 del 1906). Ma simili approcci pretori iniziarono ad essere invertiti a partire dal 1910.

Nonostante tutto, la *free incorporation* ebbe il merito di erodere i presupposti della *grant theory* e consentì di considerare le società per azioni il frutto di un libero contratto tra i singoli azionisti che esaltava l'iniziativa imprenditoriale dei privati, affrancandola da eccessivi condizionamenti pubblici.

La dottrina sulla *partnership* venne utilizzata anche in numerosi casi di *anti-consolidation*, tra i quali spiccò lo *Standard Oil Trust*<sup>144</sup>. Lo Stato dell'Ohio aveva, infatti, avviato un procedimento giudiziario contro la *Standard Oil Company* che aveva travalicato i poteri della *corporation* nell'unirsi al *trust*. Ma la difesa della società asserì che dal momento che era stata la maggioranza degli azionisti a votare a favore del trasferimento delle quote al *trust*, la responsabilità della condotta posta in essere ricadeva sugli *shareholders* e non sulla *corporation*. La Corte Suprema dell'Ohio sancì che considerare una società per azioni un ente giuridico distinto dalle persone che la componevano costituiva una mera finzione e provvide così a disporre lo smembramento della società che eluse la sentenza separando le gestioni e conservando il controllo.

L'affrancamento da un eccessivo controllo pubblico si era esteso anche alla disciplina degli atti *ultra-vires*, riguardanti quelle condotte e quelle misure che eccedevano la sfera di poteri attribuiti alle singole *corporations*. All'ombra della *grant theory*, era evidente il tentativo delle Corti di interpretare restrittivamente il contenuto delle *corporate charters* per limitare il potere d'azione delle società. Ma il declino delle *incorporation laws* tra il 1850 ed il 1870, favorì l'avvento di leggi sempre più generali che si sostituirono ai pregressi *Special Incorporation Acts*, ampliando oltremodo il perimetro d'azione delle società, meno controllate sotto il profilo strutturale e finanziario.

Nella transizione dal modello delle *incorporation laws* a quello della *free incorporation* si crearono le prime spaccature tra i grandi potentati economici e il mondo della piccola e media impresa. Basti rammentare una *incorporation law* del New Jersey del 1889 che spostò nel novero degli atti *intra-vires* una serie di provvedimenti che fino a qualche anno prima erano considerati *ultra-vires* e, come tali, illegittimi. La disciplina statale divenne un potente strumento di ampliamento della sfera di attribuzioni delle *corporations* che ne agevolò l'ascesa e il radicamento sul mercato. La legislazione societaria degli Stati divenne, inoltre, un temibile mezzo di esclusione dal mercato interno di società provenienti da altre regioni<sup>145</sup>. La libertà di stabilimento delle imprese a livello interstatale era fortemente ostacolata e il problema non riguardava il solo settore creditizio. L'intento era quello di favorire e preservare l'iniziativa economica domestica, anche se ciò poteva condurre a lesioni e

---

<sup>144</sup> Caso *State v. Standard Oil Co.*, 49 Ohio, St. 137, N.E. 279 (1892).

<sup>145</sup> Un simile contegno protezionistico aveva ricevuto una prima formalizzazione nel caso deciso dalla Corte Taney nel 1839, in merito alla vicenda *Bank of Augusta v. Earle*, 38 U.S. 519 (1839) che indusse a considerare le *corporations* una creazione delle legge statale che ne condizionava l'attività, gli obblighi e il venir meno, escludendo che uno Stato dovesse curarsi anche degli affari condotti, nel suo territorio, da imprese esterne

limitazioni della libertà di impresa di società straniera. Simili misure legislative costituivano il retaggio di rivalità economiche e commerciali mai sopite e di quello spirito competitivo che si innervava ancora nelle relazioni interstatali. Si potrebbe addirittura asserire che le dinamiche relazionali tra Stati, in tale settore, erano improntate ai dettami di una ‘sleale cooperazione’ che, sovente, sostituiva alle regole della ragionevole competizione, quelle di un serrato antagonismo, in fin dei conti, anticompetitivo.

Il sostegno statale alla concentrazione industriale contribuì all’affermarsi del *trust*. Il ruolo del *trust* nello scenario industriale americano affascinò gli studiosi del tempo e indusse a sollevare interrogativi critici sulla sua natura, sospesa tra l’essere “*uno sviluppo logico del sistema economico o una escrescenza anomala che la legge dovrebbe estirpare*”<sup>146</sup>. Ancor prima del *trust*, nel mercato statunitense si era fatto uso del *pooling*, una particolare forma di intesa in virtù della quale si affidava al gestore del *pool* il compito di definire le rispettive quote di mercato ed i margini di profitto di ciascuna impresa. Ma spesso le pattuizioni interne al *pool* venivano violate, senza poter beneficiare di alcuna forma tutela. Inoltre, la pratica del *pooling* cadde sotto la scure dell’*Interstate Commerce Act* del 1887 che lo vietò nell’ambito del settore ferroviario<sup>147</sup>.

Fu così che venne ideato il primo grande *trust* con scopi anticoncorrenziali rappresentato dallo *Standard Oil*, che sorse nel 1882 dietro iniziativa del consulente legale della società, Dodd, al fine di rendere possibile la fusione tra *corporations*, eludendo il divieto sancito dalle leggi statali, che impedivano ad una società di possedere azioni di un altro gruppo. Fu così che gli azionisti delle *corporations* si univano ed affidavano le loro quote azionarie a degli amministratori fiduciari (*trustees*) in cambio di certificati di fiducia (*trust certificates*), il *trust* che derivava da tale operazione non veniva registrato come *corporations* e, dunque, era immune dal controllo della legislazione statale, astutamente elusa<sup>148</sup>.

Vi era anche una parte della dottrina che continuava a ravvisare nelle illegittime interferenze pubbliche nell’economia, attraverso un sistema di tariffe e di contributi speciali alle imprese e nelle concessioni di privilegi, i reali fenomeni distorsivi della concorrenza nel mercato e non nel *trust* che

---

<sup>146</sup> Si trattava dell’interrogativo che un Comitato del *Minneapolis Socialist Labour Party* pose al Professore Folwell dell’Università del Minnesota. La citazione è rinvenibile nell’opera di M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 135.

<sup>147</sup> Sulla pratica del *pooling* si rinvia al contributo di E. FOX, L. SULLIVAN, “Antitrust. Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where are we going?”, in *New York University Law Review*, No. 62, 1987, pp. 937-939 nonché ad A. ZORZI GIUSTINIANI, *Interventi pubblico nell’economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d’America*, Firenze, 1984, p. 60 e a G. AMATO, *Il potere e l’antitrust*, Bologna, 1998, p. ....

<sup>148</sup> In virtù di tale tecnica sorse, in seguito, l’*American Cotton Oil Trust* nel 1884, il *National Linseed Oil Trust* nel 1885, il *National Lead Trust* nel 1887, il *Whiskey Trust* e lo *Sugar Trust* nel 1889. Il problema della crescita dimensionale dei *trusts* divenne evidente solo poco tempo prima l’approvazione dello *Sherman Antitrust Act* nel 1890. Il *trust* venne ideato nella tradizione di *common law* e consisteva nella delega, ad un fiduciario, del diritto di voto nel consiglio di amministrazione di un’altra società. Attraverso un sistema incrociato di deleghe di voto, gli amministratori delle varie società concordavano le politiche di mercato e il livello dei prezzi, dando vita a dei veri e propri cartelli. In particolare, G. AMATO, *Il potere e l’antitrust*, Bologna, 1998, p. 13 e s.

non avrebbe potuto erodere la forza della concorrenza perfetta<sup>149</sup>. Analogamente, il Presidente dell'*American Cotton Oil Trust*, Flagler, sosteneva che il monopolio avrebbe costituito un miglioramento nel sistema di conduzione degli affari, transitato dal singolo individuo al modello della *partnership*, di poi, a quello della *corporation* ed, infine, in capo al *trust*<sup>150</sup>.

Siffatte concezioni confliggevano con l'atteggiamento delle Corti statali che revocarono numerose *charters* costitutive di *corporations* inglobate in *trusts*.

Degne di nota furono le 'battaglie' che gli Stati di New York e dell'Ohio condussero rispettivamente contro lo *Sugar Trust* e lo *Standard Oil Trust*, stabilendo che l'atto in virtù del quale il singolo entrava a far parte del *trust* non era altro che un atto posto in essere dalla stessa *corporation*. Contrariamente, lo Stato del New Jersey emendò la legge societaria del 1889 che già consentiva l'*incorporation* per qualsiasi esercizio di affari con scopi leciti, e permise ad una *corporation* di possedere quote di capitale azionario di un'altra, legalizzando, in tal modo, la *holding company* (società finanziaria) che condannò l'istituto del *trust* all'oblio.

Il *favor* concesso al mondo dei potentati industriali, da parte del *New Jersey Act* del 1889, spinse l'*American Cotton Oil Trust* e la *Standard Oil Trust* a trasferirsi nel New Jersey, trasformandosi in *holding companies*. Anche lo *Sugar Trust* presente nello Stato di New York si trasferì nel New Jersey, riorganizzandosi in una nuova *corporation* che risultò esente dall'applicazione della legislazione federale *antitrust*. Infatti, nel caso *United States v. E.C. Knight Co.* del 1895 si disquisì dell'acquisizione, da parte dell'*American Sugar Refining Company* di altre quattro raffinerie di zucchero che le avrebbero concesso di portare la sua quota di raffinazione dello zucchero venduto negli Stati Uniti al 98 per cento<sup>151</sup>. A parere dei ricorrenti, l'acquisizione avrebbe costituito una violazione della normativa federale *antitrust*. Ma la Corte Suprema statui che le disposizioni dello *Sherman Act* non fossero applicabili alle industrie manifatturiere, dal momento che il potere di controllare la produzione di una cosa determinata involgeva anche il potere di controllarne gli atti di disposizione, ma ciò non sarebbe avvenuto come effetto primario dell'acquisizione, ma solo indirettamente, visto che il commercio segue la produzione, ma non è parte di essa. In tal modo, i monopoli risultavano sanzionabili all'ombra della legislazione federale *antitrust* e "*can be regulated under the commerce power*" del Congresso solo nel caso in cui si fossero risolti in un "*monopoly of commerce*"<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> In particolare, T.W. DWIGHT, *The Legality of Trust*, in *Political Science Quarterly*, Vol. 3, 1888, pp. 592 e ss.

<sup>150</sup> Come rilevava Dwight, la crescita del *trust* era imposta dalla crescente domanda di infrastrutture, di maggiori capitali ed energie, di maggiori competenze ed intelligenze. Sul punto, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 142.

<sup>151</sup> Caso *United States v. E.C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895).

<sup>152</sup> La *majority opinion*, nel caso *Knight*, fu redatta dal *Chief Justice* Fuller, il quale sancì che: "*Doubtless, the power to control the manufacture of a given thing involves in a certain sense the control of its disposition, but this is a secondary and not the primary sense; and although the exercise of that power may result in bringing the operation of commerce*

L'intento sottile, sotteso a simile approccio ermeneutico, era quello di evitare controlli e regolazioni federali arretrati alle fasi prodromiche della produzione che avrebbero consentito di allargare, oltre misura, il perimetro d'azione dell'Autorità centrale, restringendo quella statale e lo spazio di azione e delle *'private enterprises'*. Infatti, il monopolio istituito dall'*American Sugar Refining Company* presentava una diramazione limitata al solo contesto statale e riguardava l'attività manifatturiera della raffinazione che solo indirettamente ed incidentalmente ricadeva sul commercio tra Stati e, pertanto, non violava la normativa *antitrust* né limitava *"the trade between the States"*<sup>153</sup>. Tale fattispecie conferma, del resto, la modalità di lettura della *commerce clause*, fondata sulla distinzione tra produzione e commercio e tra effetti diretti e indiretti.

Un siffatto approccio pretorio avallò la diffusione di leggi societarie statali tanto difformi ed eterogenee e, talvolta, in contrasto con lo *Sherman Act*, in modo tale da elidere la coerenza intrasistemica della normativa *antitrust*<sup>154</sup>. Il Giudice Fuller era incline ad una interpretazione letterale della disciplina federale che, a suo parere, non consentiva al *Federal Government* neppure lo smembramento dei monopoli (cd. *trust-busting*). Fu solo il dissenziente Giudice Harlan a sostenere che la legittimazione di un monopolio nel campo della produzione avrebbe avallato politiche unilaterali dei prezzi in totale spregio dei diritti dei consumatori e degli equilibri dell'intero mercato e avrebbe favorito una massimizzazione dei profitti di pochi potentati economici.

---

*into play, it does not control it, and affects it only incidentally and indirectly. Commerce succeeds to manufacture and is not a part of it*". La forza deterrente della disciplina federale era contenuta nel perimetro di una voluta interpretazione letterale dei relativi disposti normativi, che sanzionavano solo quelle pratiche e quei contegni finalizzati ad una restrizione del commercio tra Stati (*in restraint or to monopolize the trade and the commerce among the several States*). Per un commento, si rinvia a G. GUNTHER, *Constitutional Law*, New York, 1991, p. 100 e s. e a R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance ...cit.*, p. 585, nonché p. 590. Come rileva Zorzi Giustiniani, la nozione di commercio elaborata dalla Corte Fuller, ricomprende solo il trasporto fisico della merce che segue cronologicamente la produzione. In particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1984, p. 61 e, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione. Alla luce dell'esperienza statunitense*, Milano, 1964, pp. 91 e s. nonché L. PRZYBYSZEWSKI, *The Fuller Court, 1888-1919. Property and ...cit.*, pp. 151 e s.

<sup>153</sup> Nel caso *Sugar Trust*, il convenuto, John Jonson, proprietario della società, sostenne che la legislazione *antitrust* ancor prima che essere rivolta alla tutela del commercio tra Stati, intendeva condizionare il diritto di stipula di talune tipologie contrattuali, ledendo la *liberty of contract* e i *property rights* dei singoli individui. In particolare, si rimanda la contributo di B.R. TWISS, *Lawyers and the Constitution: How Laissez Faire Came to the Supreme Court*, Princeton, 1942, p. 210. L'autore rileva come l'avversione nei confronti delle interferenze pubbliche negli affari privati, venne trasposta in alcune formali limitazioni costituzionali. Come rileva anche Zorzi Giustiniani, una interpretazione estensiva della *commerce clause* avrebbe condotto ad una confisca del *police power* statale, dal momento che è compito dei legislativi statali occuparsi della disciplina delle attività produttive e manifatturiere. In particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore ...cit.*, p. 245.

<sup>154</sup> Come rilevò Gavil, nella *opinion* di Fuller sul caso *Knigh*t, non si legge solo una ostilità antifederalista, ma in generale, una reiezione di un eccessivo interventismo pubblico, federale e statale, in materia economica. L'autore opera un parallelismo tra il caso *Knigh*t ed il caso *Lochner*, a dimostrazione dell'approccio restrittivo, a scapito tanto del *federal regulatory power* che dello *State regulatory power*. Sul punto, A.I. GAVIL, "Reconstructing the Jurisdictional Foundation of Antitrust Federalism", in *Georgetown Law Review*, Vol. 61, (1993), pp. 657 e ss. Per un'analisi critica dell'impatto della legislazione *antitrust* sul sistema federale, si rinvia al contributo di D.A. CRANE, "Antitrust Antifederalism", in *California Law Review*, Cardozo Legal Studies Research, Paper No. 187 (March 2007), pp. 3 e ss. L'autore rileva come il corpo della legislazione *antitrust* fosse sospesa tra *"the interference with federal competition policy by parochially interested state regulatory"*.

In linea con siffatti prospettive interpretative si collocò la pregressa sentenza *Kidd v. Pearson* del 1888 in cui la Corte Suprema sostenne la validità di una legge dell'Iowa che proibiva la produzione di bevande alcoliche intossicanti, destinate al commercio interstatale<sup>155</sup>.

Nel caso *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States* del 1899, la Corte Suprema sostenne la illegittimità di un accordo stipulato tra sei società che producevano tubature in ferro, poiché ritenuto lesivo della concorrenza tra imprese. Infatti, l'accordo non solo limitava il numero di soggetti impegnati nell'attività manifatturiera, rivelandosi anticoncorrenziale, ma nello stesso tempo incideva sul livello dei prezzi, cagionando “*a direct restraint upon interstate commerce*”<sup>156</sup>. In tale fattispecie, diversamente dal caso *Knight*, nonostante le imprese fossero impegnate nella sola attività manifatturiera, l'accordo incideva sul livello dei prezzi provocando immediate e dirette ricadute sulla fase della distribuzione dei beni immessi nel circuito commerciale. L'accordo, pertanto, non era limitato alla sola attività manifatturiera, ma aveva ricadute sui prezzi, incidendo, “*directly*”, sul volume delle transazioni commerciali, condizionandole. Per tale motivo, nella spartizione del mercato e nella concertazione dei prezzi, si palesavano evidenti violazioni dello *Sherman Act*<sup>157</sup>.

A seguito dell'approvazione del *New Jersey Corporation Act* nel 1889, l'intera spesa pubblica del New Jersey venne finanziata attraverso i *corporation fees* che le società per azioni, i *trusts* e le *holding companies* versavano allo Stato<sup>158</sup>. Lo Stato di New York tentò allora di attrarre i capitali fuggiti in altri Stati e varò una serie di leggi in materia societaria che avrebbero dovuto incentivare lo stabilimento delle *corporations*, creando allettanti prospettive di investimento che, però, non sortirono gli effetti sperati. In questa corsa alla ‘*deregulation*’ del settore societario si inseriva una estremizzazione condivisa della dottrina del *laissez-faire* che avrebbe presto reso necessaria l'approvazione dello *Sherman Act*. Ma dal momento che la successiva legislazione federale *antitrust* non era applicabile alle fusioni societarie dirette, molte *corporations* sperimentarono il

---

<sup>155</sup> In tale caso, non si paventava una violazione del *dormant commerce clause*, poiché la condotta statale costituiva un legittimo esercizio del *police power* statale che poteva disciplinare le modalità di svolgimento di una attività manifatturiera al fine di tutelare la salute pubblica, anche se i beni prodotti erano destinati alla distribuzione nazionale, incidendo sul commercio interstatale. Caso *Kidd v. Pearson*, 128 U.S. 1 (1888). Sul punto, R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance ...cit.*, p. 588, i quali rilevano che “*the basis of this ruling was ... that this activity could be regulated by the State because it was manufacturing and not commerce*” e B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 3.04.

<sup>156</sup> Caso *Addyston Pipe & Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899). Sul punto, G. GUNTHER, *Constitutional ... cit.*, pp. 101 e s., nonché L. PRZYBYSZEWSKI, *The Fuller Court, 1888-1919. Property and ...cit.*, pp. 160 e s. e B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, p. 2-5.

<sup>157</sup> Parimenti, nel citato caso *Swift v. United States* del 1905, la Corte Suprema invalidò un *trust* siglato tra inscatolatori di carne che, seppure confinato al solo mercato statale, provocava effetti diretti sul commercio interstatale. Caso citato *Swift v. United States*, per un commento si rinvia al contributo di L. PRZYBYSZEWSKI, *The Fuller Court, 1888-1919. Property and ...cit.*, p. 161.

<sup>158</sup> Come affermò Cook: “*Le relazioni tra Stato e corporations assomigliano a quelle tra barone feudale e gli abitanti del borgo che pagavano per ottenere protezione*”. W.W. COOK, *Treatise on Stock and Stockholders, Bonds, Mortgages and General Corporation Law*, Vol. I, Callaghan, 1894, pp. 971 e s.



nuovo istituto del *direct merger* per eludere la scure del controllo centrale. Proprio in quel periodo, molti Stati approvarono leggi generali sulle unioni delle *corporations* estensibili al settore ferroviario che consentivano fusioni senza che fosse necessario il voto unanime degli azionisti. Occorre, comunque, precisare che le prime leggi consentivano forme di integrazione orizzontale tra imprese operanti nello stesso settore, ma impedivano fusioni verticali tra *corporations*, impegnate in diversi comparti economici, spesso, realizzate in modo tacito, attraverso la vendita diretta dell'attività<sup>159</sup>.

Simili espedienti erano il frutto della profonda e radicata volontà di conquistare e dominare il mercato ed erano favoriti da legislatori statali compiacenti. Ne era derivata una congerie di disposizioni normative, eterogenee, disorganiche e insidiose che favorirono il percorso di concentrazione monopolistica del potere economico. La struttura interna delle società per azioni si trasformò gradualmente, consegnando lo scettro del controllo non più agli azionisti, il cui ruolo venne indebolito da un azionariato sempre più diffuso tra un pubblico vasto di sottoscrittori che li trasformò da “proprietari attivi in investitori passivi”, ma agli amministratori, al *board of managment* che prese le redini della vita societaria<sup>160</sup>.

Nello scenario liberale il mercato era concepito quale luogo di esercizio dei diritti di proprietà privata estesa ai mezzi di produzione, della libertà di iniziativa economica, di impresa, di contratto e di lavoro che dovevano essere preservate da azioni eccessivamente intrusive, approntate dal pubblico potere. Nel tardo Ottocento la *due process of law* divenne parametro entro cui contenere ragionevolmente la mano pubblica al fine di salvaguardare i naturali equilibri del mercato. Ma nell'epoca postbellica la minaccia ai pilastri dell'ideologia liberale non proveniva tanto dagli apparati del pubblico potere, quanto dalle imponenti *corporations* private che diramavano sul mercato la loro attività, ‘sp(i)azzando’ la concorrenza delle altre imprese di minori dimensioni e provocando svantaggi anche nei confronti dei consumatori.

I gruppi societari che si affermarono sulla scena economica in tali anni, furono indotti a stipulare accordi con altre società al fine di acquisire il controllo di vaste porzioni di mercato nell'ambito della produzione o della distribuzione di beni e di servizi. Monopolizzare la manifattura o il commercio di importanti prodotti provocava effetti immediati sul livello generale dei prezzi e sulla

---

<sup>159</sup> Furono quattordici gli Stati che, nel 1901, emanarono simili provvedimenti, tra questi lo Stato di New York nel 1890, il New Jersey nel 1896 e il Delaware nel 1899.

<sup>160</sup> In particolare, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 188. Erano del resto, gli anni in cui le corti si trovarono impegnate a disquisire del grado di responsabilità degli azionisti per la sottoscrizione di quote di capitale annacquato, sottoscritto ad un prezzo inferiore a quello nominale cui fecero seguito accuse di frodi commerciali e manipolazioni finanziarie che segnarono il tramonto della *trust fund doctrine*. Il problema era acuito dall'assenza, a livello federale, di una legge sulla bancarotta. La medesima prassi di adottare le decisioni all'unanimità venne soppiantata dalla regola della maggioranza. Simili trasformazioni segnarono il passaggio verso la teoria delle ente naturale che, nell'attrazione degli individui in seno alla *corporation*, coglieva un espediente per attribuire diritti e doveri direttamente in capo alla società, *ibid.* pp. 163 e ss.

produzione. Le concentrazioni monopolistiche ed oligopolistiche segnarono il tramonto del modello della concorrenza perfetta e condizionarono il libero accesso al mercato di altre imprese, spesso costrette all'annessione per poter sopravvivere sulla scena economica. Si affermarono sulla scena economica personalità forti quali quelle di John Rockefeller, di Andrew Carnegie o di J. Pierpont Morgan. La concentrazione del potere economico, in capo ad un ristretto numero di soggetti privati, risultava lesivo degli equilibri concorrenziali di un libero mercato munito di una base pluralistica, tradendo i valori dell'individualismo liberale dell'economia classica. Non si può sottacere che accanto alla massimizzazione dei profitti privati, l'affermarsi di potenti gruppi societari aveva anche contribuito anche ad un rapida crescita del benessere economico generale, pur dovendosene valutare i costi complessivi.

Il Congresso federale assisteva, da tempo, alle degenerazioni del modello di produzione capitalistico e al diffondersi dei *trusts* e fu indotto a varare, all'ombra della *interstate commerce clause*, una legge diretta a reprimere gli accordi restrittivi della concorrenza e quelle combinazioni di potere in grado di stabilire monopoli di livello nazionale<sup>161</sup>. Lo *Sherman Antitrust Act* (15 U.S.C., 1890) vide la luce nel 1890, esattamente un anno dopo l'approvazione, da parte del New Jersey, della nota legge di *favor* nei confronti delle fusioni societarie che gli valse l'epiteto di "*Garden State*"<sup>162</sup>. La prima legislazione federale *antitrust* presentava una architettura semplice e si limitava a considerare illegali quei contratti, quegli accordi e quelle associazioni limitative del commercio tra Stati e a sancire la illiceità penale (anche se si trattava di reati minori, cd. *misdemeanors*), di ogni accordo, prassi associativa e di ogni tentativo di monopolizzare una qualsiasi parte degli scambi o del commercio tra Stati e con le Nazioni straniere<sup>163</sup>.

Nella tradizione di *Common Law* simili disposti erano già presenti, ma ad essere tutelato non era il valore della concorrenza, *strictu sensu* considerata, quanto quello della libertà di contratto, nell'ipotesi di accordi in restrizione del commercio, e quello della libertà dei terzi, in caso di

---

<sup>161</sup> Il problema della concentrazione monopolistica aveva suscitato, del resto, aspre critiche da parte della componente democratica che propugnava la scomparsa di tutti i monopoli e di tutti i privilegi. Come affermò l'editore del *New York Evening Post*, la libertà "[is] nothing more than the total absence of all monopolies of all kinds, whether of rank, wealth or privilege". L'avversione nei confronti dei monopoli rinvenne un forte sostegno nell'attività del *Locofoco Democrats Party*, fondato a New York da George Bancroft. Sul punto, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Lochner Era*, Durham, 1993, pp. 37 e s.

<sup>162</sup> Come rileva Zorzi Giustiniani, il New Jersey era, altresì, soprannominato "*the mother of trusts*". In particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore (1874-1910). Le libertà economiche, Public Utilities e monopoli al vaglio della Corte Suprema* in ...p. 245.

<sup>163</sup> L'art. 1 sancisce che: "è illegale qualsiasi contratto, associazione sotto forma di *trust* o altra forma, o accordo che limiti gli scambi o il commercio tra i diversi Stati o con nazioni estere". Il comma 2 stabilisce la illiceità penale dei monopoli e dei tentativi di monopolizzare, a mezzo di accordi o di associazioni, gli scambi o il commercio tra Stati. Sul punto, per una disamina critica e dettagliata, R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, 2001, pp. 33 e ss. Come rileva Wheare, lo *Sherman Act* dichiarò infrazione dolosa la partecipazione ad un contratto, ad una combinazione o ad un complotto che avesse di mira la restrizione dei traffici e del commercio interstatale o con le nazioni estere, o la monopolizzazione o il tentativo di monopolizzare qualsiasi settore di tale commercio. In particolare, K.C. WHEARE, *Del Governo federale* ...cit., p. 231.

conspirazioni in restrizione al commercio. Ogni lesione di tali libertà era sanzionata sul solo piano civile attraverso il rimedio dell'invalidità del vincolo negoziale<sup>164</sup>. Lo *Sherman Act* andò oltre gli assunti della tradizione di *common law* e intese colpire quelle concentrazioni di potere economico privato che fossero risultate lesive della libertà di (e del) mercato e di concorrenza, considerati valori di interesse nazionale e, pertanto, materie di rilievo pubblico<sup>165</sup>. Per tale motivo, si intese ascrivere rilievo penale a talune condotte anticoncorrenziali considerate, *pleno jure*, dei comportamenti criminosi suscettivi di condanne. La legislazione federale *antitrust* del 1890 sorse in virtù dell'esigenza di tutelare l'interesse pubblico, legittimando pratiche restrittive che non ledevano la concorrenza e sanzionando comportamenti illeciti poiché in restrizione dei "channels of trade"<sup>166</sup>. Lo *Sherman Act* pose in *facultate solutionis* dei Procuratori pubblici degli Stati Uniti il potere di perseguire gli autori di tali reati e di richiedere alle Corti di adottare provvedimenti inibitori, ingiuntivi o restrittivi della libertà personale nei confronti degli autori di condotte anticoncorrenziali<sup>167</sup>.

Come rileva, Zorzi Giustiniani, "la politica antitrust divenne un terreno di scontro giudiziario tra i teorici del laissez-faire e gli assertori dell'intervento regolatorio dello Stato", inteso quale *instrumentum* di controllo e di repressione delle condotte anticoncorrenziali<sup>168</sup>. Fu così che alcuni anni dopo venne varato il *Clayton Antitrust Act*, nel 1914, che provvide ad elencare talune fattispecie di atti anticoncorrenziali tra i quali la pratica dei prezzi predatori, la fissazione di talune condizioni di subvendita, le fusioni societarie realizzate con l'acquisto di azioni ordinarie dei

---

<sup>164</sup> Come rileva Amato, nel primo caso l'intesa era restrittiva non perché lesiva della concorrenza, ma della *liberty of contract* di una delle parti, spesso, vittima di una clausola di non concorrenza; nel secondo caso, l'intesa era considerata restrittiva qualora avesse privato i terzi della libertà di stare sul mercato. Sul punto, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, pp. 14 e s.

<sup>165</sup> Come rileva Zorzi Giustiniani, pur esistendo nella tradizione di *common law, regulae juris*, volte a sanzionare la irragionevole restrizione della concorrenza, la disciplina pubblica ebbe il merito di "garantire il rispetto delle norme di correttezza commerciale, non più esclusivamente in sede contenziosa, nei confronti delle controparti contrattuali danneggiate, bensì *erga omnes*, nei confronti della generalità dei cittadini". In particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore (1874-1910). Le libertà economiche, Public Utilities e monopoli al vaglio della Corte Suprema* in ... p. 243.

<sup>166</sup> Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore ...cit.*, p. 243. Occorre sottolineare che i parlamentari, fautori dello *Sherman Act* vedevano nella legge federale solo una "incorporation into federal law" dei precetti della *common law*, punendo solo quelle combinazioni di potere economico che tentavano di controllare il commercio interstatale e di limitare la concorrenza nel mercato. In particolare, si rinvia all'analisi di J. WEINSTEIN, *The Corporate Ideal in the Liberal State*, Boston, 1968, p. 65 e s.

<sup>167</sup> Ma la notevole genericità delle disposizioni federali *antitrust* accompagnate dalla semplice discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale, da parte dei procuratori, misero in evidenza la loro intrinseca debolezza nel colpire le "diaboliche orchestrazioni" delle *corporations* a scapito della concorrenza. Come rileva criticamente Zorzi Giustiniani, l'*Attorney General* si avvaleva di una apposita divisione *antitrust* creata all'interno del Dipartimento di Giustizia, ma la reale interpretazione delle disposizioni rimase una prerogativa dell'autorità giurisdizionale che "riuscì a trasformare una legge di per sé generica e inadeguata a combattere il fenomeno monopolistico in uno strumento del tutto inoffensivo". In particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno ... cit.*, p. 49.

<sup>168</sup> Basti rammentare le *holding companies* e i *direct mergers*, ideati proprio per eludere la scure del controllo federale, a dimostrazione della voracità del *management* delle grandi industrie nel conquistare vaste porzioni di mercato, spiazzando la concorrenza. Era evidente l'inadeguatezza degli strumenti di *common law*, quali l'annullamento dei contratti in restrizione del commercio, al fine di tutelare il mercato e la concorrenza. Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore ...cit.*, p. 244.

concorrenti destinate a stroncare la concorrenza, proibì i consigli di amministrazione incrociati e i cd. *interlocking directorates* che consentivano di attribuire ad una sola persona fisica la carica di direttore di diverse società al fine di deciderne le politiche gestionali interne<sup>169</sup>. Ebbe, altresì, il merito di punire ogni “*unfair method of competition*”, per come verrà ribadito dal *Federal Trade Commission Act* del 1914 che incaricò una apposita Commissione quale la *Federal Trade Commission* di vigilare sul rispetto delle sue disposizioni, di individuare le condotte *unfair* e di disporre provvedimenti inibitori (cd. *cease and desist orders*) ed ingiuntivi che avrebbero essere dovute convalidati in forma vincolante dai tribunali<sup>170</sup>. La nuova normativa federale ricevette una

---

<sup>169</sup> Il *Clayton Antitrust Act*, 38 Stat. 730, del 1914 sancì che era illecito effettuare discriminazioni di prezzo tra acquirenti diversi di beni dello stesso rango e qualità ove l'effetto di tale discriminazione poteva ridurre la concorrenza o tendere a creare un monopolio in qualsiasi tipo di commercio. Il *Clayton Act* provvede anche a tutelare i consumatori dalla pratica dei contratti vincolanti che imponevano al cliente di acquistare un articolo abbinato al prodotto desiderato. Più specificatamente, il *Clayton Act* sanzionava comportamenti quali il mantenimento dei prezzi al dettaglio in cui i produttori non consentivano ai rivenditori al dettaglio di vendere un prodotto al di sotto del prezzo di listino; la fissazione predatoria dei prezzi ove una impresa vende i prodotti ad un prezzo inferiore ai costi di produzione (costo marginale o variabile unitario), escludendo dal mercato le imprese minori che non potevano praticare simili politiche sui prezzi; i contratti vincolanti ossia accordi in virtù dei quali una impresa vende un dato prodotto, a condizione che se ne acquisti dapprima un altro ed, infine, la discriminazione dei prezzi in cui l'impresa vende ai clienti lo stesso prodotto, ma praticando prezzi diversi. Si tratta di fattispecie in cui ad essere sanzionata non è la struttura di mercato della *corporation*, grande o piccola che sia, ma la condotta assunta a scopi anticoncorrenziali. Risulta evidente che le fattispecie comportamentali considerate *unfair*, concerne quelle condotte assunte nella fase di distribuzione del bene e non in quella della produzione. Circa poi, la prassi di considerare *per se condemnation* la prassi di fissare i prezzi di rivendita dei beni al dettaglio, da parte dei produttori, questa era stata suggellata nella sentenza *Dr. Miles Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 del 1911, ma a sorpresa è stata *overruled* in tempi molto recenti, nella sentenza *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.*, 551 U.S. \_ (2007) in cui è stato ribadito che, alla luce della moderna teoria economica, non fosse più possibile considerare illecito, in via presuntiva, ogni accordo tra produttore e distributore volto alla fissazione del prezzo minimo di rivendita (la possibilità, per il produttore, di fissare il prezzo massimo di rivendita, era stata già sancita nel caso *State Oil Co. v. Khan*, 552 U.S. 3 del 1997 e nel pregresso caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 del 1977 era stata eliminato il divieto dei contratti verticali “non di prezzo”, come la distribuzione esclusiva e territoriale). La Corte Suprema ha sottolineato che scopo primario del diritto *antitrust*, in materia di restrizioni verticali, sia quello di proteggere la concorrenza *inter-brand*, ossia tra rivenditori al dettaglio di diversi prodotti e non la concorrenza *intra-brand*, tra rivenditori al dettaglio del medesimo prodotto. In tal modo, si dovrebbe disincentivare la vendita sotto costo nei negozi *deep discounting* ed in quelli *on-line*, al fine di proteggere i consumatori, ma si potrebbe anche incentivare la formazione di cartelli tra produttori e distributori *intra-brand*. A correttivo di possibili rischi degenerativi nell'applicazione della regola, la Corte Suprema ha rimesso ai tribunali di grado inferiore il compito di valutare caso per caso la natura dell'accordo. Sul punto, R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, 2001, pp. 188 e s., nonché P.M. IPPOLITO, “Resale Price Maintenance. Empirical Evidence from Litigation”, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 34, No. 2, (October 1991), pp. 265 e ss. Occorre poi, sottolineare che a partire dal 1929, si affermò la prassi virtuosa del *benchmarking* tra imprese operanti nello stesso comparto produttivo o in uno analogo, che consentiva il raffronto tra i prezzi praticati e le strategie di impresa utilizzabili. In tal modo, al *price fixing* si sostituì il *price stabilization* che produsse effetti di equilibrio in seno al mercato. Sul punto, G. BERK, M. SCHNEIBERG, “Varieties in Capitalism, Varieties of Association: Collaborative Learning in American Industry, 1900 to 1925”, in *Politics and Society*, Vol. 33, No. 1, March 2005, pp. 56 e ss. La complessa materia della disciplina *antitrust*, negli Stati Uniti, rifletteva gli antitetici assunti fatti propri dalla Scuola di Harvard e dalla Scuola di Chicago, la prima incline ad analisi di organizzazione industriale e lontana dagli assunti teorici dell'economia classica; la seconda, invece, favorevole ai principi dell'economia classica, depurata dalle infiltrazioni di economia industriale. Tra gli esponenti di spicco della prima corrente, figurano studiosi quali Turner e Mason, mentre nella la Scuola di Chicago, spiccano studiosi quali Posner e Bork. Per una disamina ed un raffronto delle due scuole di pensiero, si rimanda all'opera di G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, pp. 20 e ss.

<sup>170</sup> La *Federal Trade Commission* è un'agenzia federale composta da cinque *commissioners* e sostituì il pregresso *Bureau of Corporations*, istituito da Theodore Roosevelt per denunciare, innanzi all'autorità giudiziaria, gli illeciti e le malversazioni condotte dalle grandi imprese, ma che era privo di *regulatory powers*. Alla nuova agenzia federale vennero, invece, conferiti poteri regolamentari di *enforcement* della disciplina *antitrust*, di effettuare indagini, redigere rapporti informativi e di emettere diffide contro i trasgressori, (cd. *cease-and-desist orders*) che dovevano essere

limitata applicazione giurisdizionale, accompagnata da una lettura sin troppo ‘elastica’ della *rule of reason*.

La Corte Suprema valutò con favore la normativa federale *antitrust*, riflesso della volontà del Congresso di garantire la necessaria struttura pluralistica del mercato, ma ne diede una interpretazione restrittiva che intendeva salvaguardare la intima dinamicità del processo di espansione economica e gli assetti del *dual federalism*. Nei casi *United States Machinery* e *United States Steel*, due imponenti *trusts* muniti di una posizione di dominio nei rispettivi comparti di mercato, vennero risparmiati dalla scure federale, sol perché la macroscopica dimensione assunta dalle due imprese, non era stata seguita dall’assunzione di comportamenti monopolistici lesivi dello *Sherman Act*. Anche la *Federal Trade Commission* si rivelò un soggetto debole che si limitava a stilare minuziosi rapporti, a condurre attività ispettive, ma mai a censurare e proibire con diffide le condotte *unfair*, preferendo ai *cease and desist orders*, i *consent orders*, peculiari accordi transattivi stipulati con le grandi *corporations* che legittimavano pratiche antimonopolistiche, in cambio di limitate inversioni di tendenza. Del resto, i poteri dell’Agenzia federale erano sempre condizionati dalla ‘ratifica’ giudiziaria che si poneva quale garante ultimo del rispetto della normativa *antitrust*. Basti rammentare i casi *Federal Trade Commission v. Gratz* o *Federal Trade Commission v. Curtis Publishing Company*, rispettivamente del 1920 e del 1923, in cui la Corte Suprema esautorò la Commissione del necessario potere ispettivo, avocando a sé il compito di condurre indagini ed la attività inquirente di *fact-finding*<sup>171</sup>. Per tale motivo, la *Supreme Court* escluse dal perimetro nomologico della legislazione *antitrust* tutte quelle situazioni di monopolio od oligopolio che concernevano la sola attività di produzione.

In tal modo, si difendeva e si rafforzava l’intersezione presente tra la normativa *antitrust* e la *commerce clause*, che ne costituiva il corredo costituzionale. Ma poiché la clausola sul commercio interstatale veniva interpretata in modo restrittivo e confinata alla sola dimensione degli scambi commerciali anche la normativa *antitrust*, che ne era la proiezione settoriale poteva riguardare solo quelle pratiche anticoncorrenziali in grado di alterare o restringere il commercio tra Stati. In tal modo, venivano punite solo quelle concentrazioni di potere economico destinate ad incidere ‘*with unfair method of competition*’ sulla fase di distribuzione di un bene o di un servizio. Alla luce di tali argomentazioni ben si comprendono le ragioni della decisione nel citato caso *E.C. Knight* del 1895, in cui la Corte Suprema non ritenne applicabile lo *Sherman Act* nei confronti dell’*American Sugar*

---

convalidate dai tribunali federali. Sul poter di diffida si rinvia al contributo di D.H. NELSON, *Administrative Agencies of the U.S.A. Their Decisions and Authority*, Detroit, 1964, pp. 69 e ss.

<sup>171</sup> Casi *Federal Trade Commission v. Gratz*, 253 U.S. 421 (1920) e *Federal Trade Commission v. Curtis Publishing Company*, 260 U.S. 568 (1923). Per un commento si rimanda al contributo di M.I. UROFSKY, “The Taft Court, 1921-1930. Groping for Modernity”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005, p. 202.

*Refining Company* poiché l'acquisizione delle altre quattro raffinerie di zucchero avrebbe sì implementato la sua presenza sul mercato, ma ciò riguardava la sola fase della raffinazione che si riteneva un'attività manifatturiera la quale solo indirettamente incideva sulla fase della distribuzione e, quindi, sul commercio interstatale. Era evidente l'intento della Corte di proteggere la libertà di impresa dei privati e di salvaguardare il ruolo degli Stati, essendo le attività di produzione, appannaggio della disciplina statale.

Un simile criterio ermeneutico si presentava, comunque, debole poiché non sempre era agevole distinguere tra attività che direttamente o indirettamente fossero in grado di restringere il flusso commerciale interstatale, tanto da essere superato, in chiave estensiva, nel 1905. In modo difforme si espresse la Corte nel caso *U.S. v. Trans Missouri Freight Association* del 1897, concernente le tariffe fissate attraverso un'intesa, da un *pool* di numerose compagnie ferroviarie impegnate nel trasporto delle merci che non era stato contestato dalla *Interstate Commerce Commission*<sup>172</sup>. Il redattore della pronuncia, il Giudice Rufus Peckham, sostenne che al di là della ragionevolezza delle tariffe, occorreva pur sempre tutelare la dinamica della concorrenza. Un accordo di cartello, volto alla fissazione dei prezzi, costituiva una lesione della libertà di azione e di ingresso sul mercato di tanti altri piccoli imprenditori, e come tale risultava anticoncorrenziale<sup>173</sup>. Nel successivo caso *Northern Securities Co. v. U.S.* del 1904, la Corte Suprema dichiarò incostituzionale un accordo siglato tra J.P. Morgan, proprietario delle compagnie *Northern Pacific*, *Great Northern* e *Burlington*, e James Hill, titolare della grande compagnia ferroviaria *Union Pacific*, in virtù del quale venne costituita la *Northern Security Company*, una *holding company* che, attraverso le proprie partecipazioni azionarie, controllava plurime società operative con uno *stock* pari a 400 milioni di dollari. L'accordo aveva lo scopo di far cessare la concorrenza tra le due grandi linee ferroviarie transcontinentali, incidendo sul volume degli scambi interstatali. Nel caso di specie, come rilevò il Giudice Harlan, si paventava una immediata restrizione del commercio ed una limitazione della concorrenza del tutto irragionevoli e *contra legem*<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> Caso *U.S. v. Trans Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897) analoga posizione venne assunta nel caso *U.S. v. Joint Traffic Association* 171 U.S. 505 (1898) in cui la Corte Suprema invalidò un accordo siglato tra compagnie ferroviarie, volto alla fissazione di talune tariffe che si sarebbero rivelate eccessive ed inique per i consumatori. Sul punto, L. PRZYBYSZEWSKI, *The Fuller Court, 1888-1919. Property and ...cit.*, p. 160.

<sup>173</sup> Nella *dissenting opinion*, il Giudice White criticò la rigidità decisionale della Corte in merito alla ragionevolezza delle intese, sostenendo che la tradizione di *common law* non avrebbe sanzionato l'accordo incriminato, dal momento che non si trattava di una forma di concorrenza sleale, perseguita mediante occulte riduzioni tariffarie. Nel successivo caso, *United States v. Joint-Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898), il Giudice Peckham ribadì che la libertà contrattuale non potesse fungere da scudo per difendere, incondizionatamente, accordi tra compagnie ferroviarie diretti a soffocare la concorrenza e, ancor prima, a schiacciare la libertà di mercato dei piccoli imprenditori non appartenenti al cartello. In particolare, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 16 nonché A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore ...cit.*, p. 247 e s.

<sup>174</sup> Caso *Northern Securities Co. v. U.S.*, 193 U.S. 197 (1904), in cui i dissenzienti non ritenevano la condotta contestata, una irragionevole restrizione al commercio. Per un commento si rimanda al contributo, J. ROSEN, *The Supreme Court. The Personalities and Rivalries that Defined America*, New York, 2007, pp. 115 e ss. L'autore

Un approccio ermeneutico così stringente venne ribaltato alcuni anni dopo, nel caso *Chicago Board of Trade v. United States* del 1917, in cui fu considerato legittimo il fatto che il *Board* avesse bloccato sull'ultimo prezzo delle negoziazioni mattutine, il prezzo d'acquisto delle partite di grano comprate nel pomeriggio a distanza e poi, spedite a Chicago <sup>175</sup>. Nonostante le due sentenze giungessero a conclusioni difformi, intesero proteggere, entrambe, i diritti dei consumatori e la libertà di azione delle piccole imprese contro gli abusi delle grandi *corporations*.

Occorre poi, ribadire che la semplice esistenza di una posizione dominante sul mercato, in un settore del commercio interstatale non costituiva di per sé una violazione dello *Sherman Act* neppure se raggiunta in ragione di condotte restrittive della concorrenza, qualora il monopolista si fosse comportato, in seguito, in modo corretto e leale. Sulla scorta di simili assunti, la Corte Suprema si rifiutò di smembrare la *U.S. Steel Corporation* di Andrew Carnegie che dominava oltre la metà del commercio dell'acciaio negli Stati Uniti, dal momento che all'iniziale contegno sleale aveva fatto seguito un comportamento corretto e rispettoso della concorrenza<sup>176</sup>.

All'ombra di tale indirizzo giurisprudenziale risiedeva la volontà di evitare politiche *antitrust* troppo radicali ed estreme che reprimessero in modo eccessivo il libero esercizio dell'attività di impresa e la sua capacità di organizzarsi e di operare sul mercato. In tal modo, risultavano sanzionabili solo quelle pratiche che si fossero risolte in un sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato, evitando di falcidiare quelle realtà industriali che, per quanto imponenti, offrivano beni e servizi di qualità nei confronti della clientela e, più in generale, dei consumatori.

Ciò non significava che il pubblico potere tollerasse sempre i fenomeni di monopolio o di oligopolio. Per evitare il perpetrarsi delle condotte scorrette e sleali, le autorità giudiziarie non mancarono di adottare provvedimenti inibitori e ingiuntivi, giungendo ad imporre addirittura lo smembramento di importanti *trusts* poiché radicati sul mercato in modo tale da dominarlo. Fu così che nel 1911 la *Standard Oil Corporation* di John Rockefeller che, nel mentre si era trasferita nel New Jersey, mutando la ragione sociale e monopolizzava il commercio del greggio, fu smembrata

---

sottolinea come, nel caso di specie, emerse la *dissenting opinion* del Giudice Holmes, il quale sottolineò che lo *Sherman Act* intendeva reprimere la *combination* e non la *competition* tra imprese. Holmes era convinto che la legislazione *antitrust* fosse stata concepita per colpire i *large trusts*, non anche gli *small local mergers*, in modo tale da evitare di istituire un "*bellum omnium contra omnes*". Nel successivo caso, *Loewe v. Lawlor*, 208 U.S. 274 (1908), meglio noto come il *Danbury hatter's case*, la Corte Suprema sancì l'illegittimità della condotta assunta da una unione di cappellai che tentò di boicottare, a livello nazionale, l'attività svolta dall'azienda di Dietrich Loewe nella città di Danbury, nel Connecticut, che non aveva aderito alla loro unione. La Corte rigettò le argomentazioni del resistente Lawlor, presidente dell'unione dei cappellai, asserendo che il boicottaggio era, del pari ad una cospirazione, una condotta restrittiva del commercio e che anche le *labor unions* ricadevano, insieme alle *corporations*, nella cornice dello *Sherman Act*. Sul punto, L. PRZYBYSZEWSKI, *The Fuller Court, 1888-1919. Property and ...cit.*, pp. 161 e s., nonché T.H. CALVERT, *Regulation of Commerce under Federal Constitution*, Littleton, 1980, pp. 42 e ss. nonché B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 5.01 [A].

<sup>175</sup> Caso *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918). Sul punto, R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, 2001, pp. 241 e ss., il quale sottolinea come l'importanza della decisione abbia indotto i Giudici Supremi a non compierne mai l'*overruling*, *ibid.*, p. 242.

<sup>176</sup> Caso *United States v. U.S. Steel Co.*, 251 U.S. 417 (1920).

in trentaquattro distinte società e sottoposta a vendita obbligatoria delle partecipazioni azionarie. Analogo destino toccò alla *American Tobacco Corporation* che fu sciolta sotto la vigilanza dell'organo giudiziario, nel corso dello stesso anno<sup>177</sup>. Dalla difformità degli indirizzi pretori emergenti nei casi sopra citati, fu possibile distinguere quelle condotte e quegli accordi che risultavano *per se condemnation* ossia illeciti in quanto tali<sup>178</sup>, da quei contegni che, pur presentando profili di illiceità, risultavano ragionevoli e non eccessivamente lesivi delle dinamiche della concorrenza tra imprese all'interno del mercato. Ancora una volta, al radicalismo insito nella previsione di talune condotte incondizionatamente illecite, si associava il tentativo di mitigare la rigidità di quelle regole, attraverso l'espedito della *rule of reason*, elaborata proprio in occasione del caso *Standard Oil* e rinvigorita nel caso *U.S. v. American Tobacco Co.*<sup>179</sup>.

Non bisogna dimenticare che si trattava pur sempre di un'epoca permeata all'ideale liberale che credeva nel ruolo minimo degli apparati del pubblico potere. Per tale motivo, la presenza di un'autorità amministrativa quale la *Federal Trade Commission* cui si associava il ruolo dei procuratori e dei giudici doveva essere limitata, dal momento che il presidio della concorrenza nel mercato era sì una materia di interesse nazionale, ma continuava pur sempre ad essere un valore liberale che non tollerava l'interventismo, se non addirittura, il dirigismo statale<sup>180</sup>.

Ancora una volta si riproponeva il dilemma liberale che tentava di definire i giusti equilibri tra differenti centri di potere, pubblici e privati. Si intendeva stabilire l'autonomia della società civile

---

<sup>177</sup> Casi *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) e *United States v. American Tobacco Corporation*, 221 U.S. 106 (1911). Le due *Holding Companies* furono ritenute del monopolio che provocavano irragionevoli restrizioni del commercio e della concorrenza.

<sup>178</sup> Tra queste spiccavano il *price fixing* ossia la fissazione predatoria dei prezzi e il *tying contracts* (cd. *tie in*) ossia i contratti vincolati che imponevano il necessario e previo acquisto di un prodotto per poter ottenere quello desiderato. Quest'ultima condotta venne punita più aspramente in caso di *tie in* e *leverage* che indurrà a condannare la stipula dei contratti vincolati ogni volta che l'impresa ha un potere di mercato sul primo prodotto e lo usa per estenderlo anche al mercato del secondo. Sul punto, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 19, nonché R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, 2001, pp. 51 e ss., il quale si esprime criticamente circa la pratica del *price fixing*, reinterpretando i rapporti tra la fissazione dei prezzi realizzata a mezzo di un accordo tra più *competitors*, impegnati nella vendita dello stesso bene (cd. *explicit collusion*) e quella realizzata attraverso pattuizioni tra oligopolisti (cd. *tacit collusion*). Nel primo caso l'intento è quello di mantenere elevato il livello dei prezzi, nel secondo caso gli oligopolisti intendono spiazzare la concorrenza in un modo, sottilmente, più fraudolento. In ogni caso, il fenomeno collusivo ha l'effetto di danneggiare il naturale processo di formazione dei prezzi in seno al mercato.

<sup>179</sup> Come rileva acuta dottrina, la *common law* sanciva espressamente quali fossero le condotte "*reasonable and unreasonable restraints on trade*", condannando solo le seconde. La legislazione federale *antitrust* non conteneva, invece, alcuna distinzione, rimettendo, alle Corti, di valutarne la ricorrenza caso per caso. Come afferma Forbath, "[the] Congress had preferred ambiguous statutory language so that it could please competing constituencies". In particolare, W.E. FORBATH, "The White Court. 1910-1921. A Progressive Court?", in *The United States Supreme Court. A Pursuit of Justice* (edited by C. Tomlins), New York, 2005, pp. 177 e ss.

<sup>180</sup> A ciò aggiungasi la circostanza secondo la quale la disciplina *antitrust* si muoveva specularmente al modo di interpretare la *commerce clause*, risultandone condizionata. Dal momento che la *interstate commerce clause* concerneva i flussi commerciali interstatali, anche la disciplina *antitrust* doveva colpire forme di concentrazione di potere economico di livello ultrastatale. Inoltre, la lettura restrittiva del lemma *commercium*, nell'era postbellica, ebbe riflessi immediati sulla sfera applicativa della legislazione *antitrust* cui era inibito colpire la formazione di potenti gruppi societari sol perché impegnati nell'attività manifatturiera e non anche in quella distributiva, passibile, invece, di controlli e di sanzioni. Ciò avrebbe consentito una discriminazione tra imprese impegnate in diverse attività, consegnando lo scettro dell'immunità solo a talune di esse, in totale spregio alla *equal protection clause* e a tutte quelle dottrine che tentarono di riconoscere la personalità giuridica delle *corporations*, al fine di ampliarne le tutele.



dallo Stato, garantendo le libertà degli individui, singoli e associati e si voleva assicurare un corretto equilibrio tra i poteri degli Stati e del *Federal Government* nella cornice del federalismo duale. Emerge, del resto, una difforme *ratio* nella legislazione statale di tipo societario ed in quella federale *antitrust*, la prima tendenzialmente di forte sostegno alla iniziativa economica e all'attività delle *corporations*, la seconda più restrittiva e più attenta agli equilibri di mercato<sup>181</sup>. In un simile scenario fatto di dicotomie e di dualismi, la tecnica del *balancing* era fondamentale, ma i risultati ottenuti non sempre furono frutto di soluzioni equilibrate.

Nell'epoca del liberalismo maturo emersero con maggiore evidenza e drammaticità i dilemmi della democrazia liberale che si compendiano nella metafora della doppia linea di confine che non avrebbe mai dovuto essere valicata: “uno è quello al di là del quale prende corpo il potere non legittimato dei privati, l'altro è quello al di là del quale diviene illegittimo il potere legittimo del pubblico”<sup>182</sup>.

Ma a quale distanza, l'uno dall'altro, sono ubicati i due confini? Stabilirlo potrebbe richiedere, ancora una volta, un'opera di bilanciamento talvolta molto ardua.

## 2.5. Aspetti della realtà giuslavoristica nella Gilded Age: il caso *Lochner v. New York*

La crescita economica e lo sviluppo industriale non indussero solo a regolare le varie forme di concentrazione del potere di impresa che restringevano il mercato e la concorrenza, ma posero anche il problema della disciplina dei rapporti di lavoro. La notevole presenza di immigrati europei sul suolo americano spinse addirittura ad approvare una legge che limitava il numero di lavoratori, privi della cittadinanza, ma regolarmente residenti negli Stati Uniti, che una impresa privata aveva la possibilità di assumere. Il provvedimento fu invalidato dalla Corte Suprema nel caso *Truax v. Raich* del 1905, ma il divieto di assumere lavoratori stranieri oltre una determinata quota fissata dalla legge, rimase valido per le imprese pubbliche o appaltanti opere pubbliche. La reiezione della

---

<sup>181</sup> Occorre rammentare che nel corso della *Progressive Era* fu approvato anche il primo organico provvedimento sulla bancarotta a correttivo dei precedenti, il *Bankruptcy Act* del 1898, noto anche come *Nelson Act* che fu, poi, emendato nel 1938 in virtù del *Chandler Act*, che introduceva il noto *Chapter Eleven* nella legge che consente, ancora oggi, ad una impresa sull'orlo del fallimento di ottenere la sospensione per un anno delle pendenze debitorie al fine di riorganizzare l'attività economica. Venne varato anche il *Meat and Inspection Act* ed il *Pure Food and Drug Act* nel 1906, avente lo scopo di introdurre controlli federali sulla qualità dei cibi e dei medicinali, vietando, attraverso la istituita *Food and Drug Administration*, la produzione, la vendita ed il trasporto di cibi adulterati e di prodotti farmaceutici nocivi per la salute umana. Basti rammentare il caso *United States v. Forty Barrels and Twenty Kegs of Coca-Cola*, 241 U.S. 265 (1916), in cui la Corte Suprema, per mano del Giudice Hughes, valutò l'utilizzo di una dose eccessiva di caffeina artificiale nella bevanda ed i suoi possibili effetti di adulterazione del prodotto rispetto ai suoi ingredienti originari. Per una disamina della materia si rinvia all'interessante contributo di I.D. BARKAN, “Industry Invites Regulation. The Passage of Pure Food and Drug Act of 1906”, in *American Journal of Public Health*, Vol. 75, No. 1, (January 1985), pp. 18 e ss.

<sup>182</sup> L'espressione di Giuliano Amato è rinvenibile nella sua opera, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 9.

disciplina normativa, ad opera della Corte, riposava sull'assunto secondo il quale, ogni individuo, indipendentemente dalla cittadinanza posseduta, fosse libero di lavorare alle dipendenze altrui nel settore privato.

Dal momento che il settore privato copriva quasi interamente il sistema produttivo nazionale, la salvaguardia del diritto di lavorare di ciascuno divenne costituzionalmente rilevante e non suscettiva di discriminazioni o di limitazioni immotivate ed arbitrarie che avrebbero privato l'individuo della possibilità di condurre una vita dignitosa. Nonostante le garanzie apprestate dalla Corte, l'atteggiamento del pubblico potere nel regolare l'organizzazione interna dell'impresa, *in specie* sotto il profilo dei rapporti col "fattore lavoro", fu dettato dalla cautela.

I rapporti di lavoro sino ad allora erano stati disciplinati in virtù delle norme di *common law* in materia di *master and servant*, basti rammentare le citate *fellow servant and contributory negligence rules* che escludevano la responsabilità del datore di lavoro in caso di incidenti cagionati da un comportamento del compagno di lavoro o con il concorso causativo della propria condotta negligente. Nell'epoca del liberalismo maturo, l'abolizione di tali rigide regole, dovuta anche ad una maggiore complessità e pericolosità della lavorazione industriale e alla insalubrità di taluni ambienti di lavoro, non incontrò sbarramenti invalidanti nella giurisprudenza costituzionale, statale e federale, anche perché la responsabilità della parte datoriale poggiava sulla prova della relativa colpevolezza<sup>183</sup>.

Successivamente vennero approvate le *Workmen Compensation Laws* che ponevano a carico dell'impresa un obbligo assoluto di risarcire i danni arrecati ai lavoratori in caso di incidenti sul lavoro. Ma le Corti americane si dimostrarono restie ad accettare una nozione di responsabilità assoluta od oggettiva, temendo di ampliare a dismisura le fattispecie in cui era possibile colpire la condotta dell'imprenditore. Gli echi del maturato ideale liberale risuonarono nella giurisprudenza dell'epoca incline a proteggere le varie forme di esercizio della libertà di impresa, limitando la responsabilità risarcitoria del datore di lavoro ai soli in cui vi fosse stato un contegno colposo. Si spiegava, dunque, la decisione della Corte Suprema dello Stato di New York di invalidare la propria *Workmen Compensation Law*, in virtù dell'assunto secondo cui il principio "*no liability without fault*" avesse un rilievo costituzionale<sup>184</sup>.

L'approccio della Corte statale non fu, però, seguito dalla Corte Suprema federale che dichiarò costituzionali molte *Workmen Compensation Laws* che prevedevano una responsabilità oggettiva dell'impresa nel risarcire i danni arrecati al proprio lavoratore dipendente<sup>185</sup>.

---

<sup>183</sup> Basta rammentare, a riguardo, il caso *Missouri Pacific R.R. Co. v. Mackey*, 127 U.S. 205 (1888).

<sup>184</sup> Caso *Yves v. South Buffalo R. Co.*, 201 N.Y. 271 del 1911.

<sup>185</sup> Casi *New York Central R. Co. v. White*, 243 U.S. 188 (1917) e *Arizona Employers' Liability Cases*, 250 U.S. 400 (1919). Occorre, comunque, precisare che vi era una componente minoritaria e dissenziente di *Supreme Justices* che continuava ad ancorare la responsabilità risarcitoria al concetto di colpa e a sostenere che la materia dei rapporti di

L'atteggiamento censorio della Corte Suprema si palesò, invece, in materia di disciplina dell'orario di lavoro. Nel caso *Lochner v. New York* del 1905, considerato il *leading case* in materia di rapporti di lavoro nel periodo del liberalismo maturo, la Corte Suprema invalidò una legge dello Stato di New York (cd. *Bakeshop Act*) che fissava in dieci ore giornaliere ed in sessanta settimanali, il limite massimo dell'orario di lavoro nel settore della panificazione<sup>186</sup>. La Corte non ravvisò nella legge i requisiti di un legittimo esercizio del *police power* statale, motivato da ragioni di tutela della salute pubblica e cassò il provvedimento. Le ragioni della declaratoria di incostituzionalità risiedevano nell'assunto secondo cui ogni individuo, munito della capacità legale d'agire, avesse il diritto di decidere i termini e le condizioni del proprio rapporto di lavoro senza dover subire le ingerenze e le interferenze del pubblico potere. L'estensore della pronuncia, il Giudice Peckam non considerò il lavoro dei fornai una attività di tipo insalubre, per tale motivo ritenne che il *Bakeshop Act* esercitasse una indebita interferenza con la libertà negoziale dei privati, suggellata dalla *substantive due process of law* che intendeva garantire i diritti dei datori di lavoro e dei lavoratori<sup>187</sup>.

Difforme linea di pensiero si evinse nella *dissenting opinion* redatta dal Giudice Holmes, il quale riteneva che la Corte non avesse solo spogliato, senza motivo, lo Stato del potere di disciplinare la delicata materia dei rapporti di lavoro, ma nello stesso tempo avesse contribuito a costituzionalizzare una data concezione del darwinismo sociale elaborata da Spencer che radicalizzava gli assunti del liberismo economico<sup>188</sup>. Come ha rilevato Gillman la *ratio* implicita, sottesa alla pronuncia sul caso *Lochner*, non è costituita dalla tutela del valore della libertà di mercato o dalla volontà di ridurre al minimo lo spazio di intervento del pubblico potere, ma è rappresentata dall'intenzione di proibire l'approvazione di leggi destinate a promuovere gli interessi

---

lavoro avrebbe dovuto essere sussunta nella sfera della *liberty of contract* del datore di lavoro e del lavoratore, all'ombra della *due process of law*. Le *dissenting opinions* emersero proprio nel su citato caso *Arizona* del 1919.

<sup>186</sup> Caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905). Degno di nota nel caso *Lochner* è il fatto che uno dei difensori di Joseph Lochner era Henry Weismann, che era stato presidente del *Journeyman Bakers' and Confectioners' International Union of America* ed editore del *Bakers' Journal*. Weismann si era impegnato molto per far approvare il *Bakeshop Act* di cui poi, chiese l'abrogazione innanzi alla Corte. Il collegio difensivo di Lochner non si appellò alla libertà di contratto, quanto alla nozione costituzionale di *equality*. Sul punto, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Lochner Era*, Durham, 1993, p. 126 nonché L. PRZYBYSZEWSKI, *The Fuller Court, 1888-1919. Property and ...cit.*, pp. 162 e ss. e R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance ...cit.*, p. 592.

<sup>187</sup> Non è mancata dottrina che ha considerato la pronuncia, interamente pervasa dal pensiero di Albert Dicey che lo stesso anno aveva criticato aspramente le leggi inglesi sulle fabbriche, considerate un segno premonitore del socialismo. L'opera di Dicey aveva il titolo *Diritto e opinione pubblica*, fu pubblicata nel 1905 e raccoglieva una serie di *lectures* tenute alla Harvard Law School, nel 1898. Il libro suscitò aspre polemiche e fu ritenuto privo di obiettività e di scientificità. In particolare, per un commento, si rinvia al contributo di M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 426 e s.

<sup>188</sup> Come rileva Horwitz, dall'opinione dissenziente del Giudice Holmes, nel caso *Lochner*, fu possibile trarre il noto aforisma: "Le proposizioni generali non decidono i casi concreti". In particolare, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 375.

di una sola parte o la previsione di oneri e di onori in capo ad un dato gruppo sociale, deprivando di valore il principio di *equality* tutelato all'ombra della *equal protection clause*<sup>189</sup>.

Si palesava così il dilemma liberale che vedeva contrapposte la libertà di contratto e la protezione della salute dei lavoratori, i diritti economici e i disagi sociali in cui il *balancing* propendeva troppo spesso a favore dei primi<sup>190</sup>. Il caso *Lochner* rappresentò “*the corruption of judicial power*” per almeno due motivi: il primo era costituito dal fatto che una eccessiva ostensione della libertà di contratto, da parte della Corte Suprema, avrebbe costituito un “*unprecedented step of constitutionalizing an ethos of market freedom*” nel momento in cui si consumava una disputa politica sui problemi derivanti da un sistema di mercato non regolato. Il secondo motivo era rappresentato dal fatto che considerare le *labor laws* non correlate alle materie di interesse pubblico, avrebbe indotto a ritenerle sempre una “*unnecessary and arbitrary interferences with personal liberty*”<sup>191</sup>. Siffatti orientamenti ermeneutici riflettevano gli assunti teorici dell'ideologia liberale che difendeva la neutralità degli apparati del pubblico potere nella cornice di una *commercial republic* disegnata dai *framers* in modo tale da assicurarne l'indifferenza nei confronti dei conflitti sorti tra classi sociali nell'ambito di una “*private economy*”. In tal modo, il caso *Lochner* inaugurò una stagione giurisprudenziale a sostegno del *big-business*, segnata da altalenanti indirizzi e

---

<sup>189</sup> Sul punto, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Lochner Era*, Durham, 1993, p. 61. Siffatta concezione risulta avvalorata dai commenti alla sentenza redatti in quegli anni da studiosi quali Whitney Dunscomb Jr. che in un articolo sulla *Columbia Law Review* sostenne che la maggioranza della Corte difese il valore costituzionale dell'eguaglianza, distinguendo tra i provvedimenti che legittimamente promuovevano la salute e la sicurezza pubbliche da quelli che illegittimamente proteggevano gli interessi di date classi economiche. Anche Frederick Green sostenne che il *Bakeshop Act* fosse una semplice regolazione dell'orario di lavoro non motivata né correlata ad alcuna esigenza di tutela del benessere psico-fisico dei lavoratori, che interferiva con la libertà individuale ed eccedeva i “*due limits of governmental power*”. In modo difforme, si espresse Ernst Freund che criticò le argomentazioni della Corte e sostenne la validità della legge dello Stato di New York che, in modo acuto, mise in evidenza il “*link between working hours and worker health*”, denunciando l'insalubrità di un ambiente di lavoro quale un panificio. La citazione è rinvenibile nell'opera di H. GILLMAN, pp. 133 e ss.

<sup>190</sup> Vi è stata poi, una rilettura favorevole e aggiornata della sentenza *Lochner* che ha indotto a cogliervi la volontà dei Giudici di difendere gli imprenditori più grandi del settore, dalla concorrenza spregiudicata dei piccoli *boss bakers* che sfruttavano intensamente il lavoro dei fornai. Ma un simile argomento mostrò un fianco scoperto, visto che avrebbe potuto lasciare alle imprese uno spazio d'azione contrattuale troppo vasto. Sul punto, B.H. SIEGAN, *Economic Liberties and the Constitution*, Chicago, 1980, pp. 113 e ss.

<sup>191</sup> Sul punto, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Lochner Era*, Durham, 1993, pp. 19 e ss. L'autore rileva come le implicazioni derivanti dalla pronuncia sul caso *Lochner* e la diffusa ostilità della Corte nei confronti di taluni provvedimenti normativi, “*was a function of the idiosyncratic biases of unrestrained judges and not a function of any standard or practices embedded in the American constitutional tradition*”, *ibid.*, p. 20. Come sostiene anche Griffin, a partire dal caso *Lochner*, la giurisprudenza costituzionale si avvale con regolarità dell'argomentazione sistematica che consenti di cassare numerosi provvedimenti legislativi, non evocando un solo parametro costituzionale, ma appellandosi ad una data concezione della sfera di attribuzioni del potere legislativo. Differentemente, si esprime a favore di una ermeneutica testualista, Ely che ritiene la giurisprudenza costituzionale di tale periodo incorniciata nel perimetro della *due process of law*. Sul punto, S.T. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 1996, p. 262 nonché J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts, 1980, pp. 18 e ss. Come ha rilevato Choudhry anche la sentenza sul caso *Lochner* costituì “*an example of danger judicial review*”, contrariamente Dworkin ha sostenuto che si trattò di un “*whipping boy*” del costituzionalismo americano. Sul punto, S. CHOUDHRY, “*The Lochner Era and Comparative Constitutionalism*” in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No. 1, 2004, p. 2 e R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Boston, 1996, p. 82.

numerosi arresti<sup>192</sup>. Simile approccio non impedì alla Corte di validare taluni provvedimenti autoritativi di regolazione dell'orario di lavoro in settori quali le industrie estrattive e con riguardo alla condizione delle donne lavoratrici in virtù della ragionevolezza della misura apprestata e nel massimo rispetto della libertà di contratto e di lavoro degli individui, tanto da ammettere la presenza di taluni patti in deroga che avrebbero garantito la salvaguardia delle prerogative dei singoli<sup>193</sup>. Era evidente che la tutela della salute dei lavoratori costretti a lavorare in ambienti insalubri, in taluni casi, predominasse sulle *liberty of contract* dei singoli individui<sup>194</sup>.

Nel caso *Yick Wo v. Hopkins* del 1886 la Corte cassò una ordinanza della Città di San Francisco, la quale poneva il divieto di lavorare in lavanderie che non fossero state costruite in pietra o in mattoni, a meno che non fosse stata rilasciata una apposita autorizzazione da parte del *Board of Supervisors*. Il *Board*, sovente, rifiutava il rilascio della licenza a favore di taluni, imprenditori cinesi che le richiedevano, ostendendo quale ragione del diniego il fatto che le loro lavanderie erano costruite in legno. Nel caso di specie la suddivisione degli edifici adibiti a lavanderie in due categorie, non perseguiva l'obiettivo di tutelare la salute dei lavoratori, ma veniva usata per limitare la libertà di impresa e la speculare libertà di lavoro di un determinato gruppo razziale, in totale spregio della *equal protection clause*<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> In generale, sul punto, P. KENS, *Judicial Power and Reform Politics: the Anatomy of Lochner*, Lawrence, Kansas, 1990.

<sup>193</sup> Casi *Holden v. Hardy*, 169 U.S. 366 (1898) sul lavoro nelle miniere, casi *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908) e *Miller v. Wilson*, 236 U.S. 373 (1915), sulla condizione lavorativa femminile nelle lavanderie. Come sostiene Gillman, nel caso *Muller* si avviò una approfondita analisi sulla condizione delle lavoratrici che presentavano una struttura fisica diversa da quella degli uomini e dovevano, spesso, svolgere il ruolo di madri e di mogli che le rendevano inadeguate a svolgere determinati tipi di lavoro.

<sup>194</sup> In tale periodo, si affermarono le *National Housing Association*, l'*American Association for the Promotion of Labor Legislation*, la *National Consumers League*, la *National Association for the Prevention of Tuberculosis* e la *National Public Health League*, ognuna dedita alla protezione delle condizioni lavorative e di salute delle donne e dei minori. Sul punto, S. MCCUNE LINDSAY, "Reciprocal Legislation", in *Political Science Quarterly*, Vol. 25, No. 3, (Sept. 1910), pp. 440 e s. A riguardo occorre rammentare il caso *Barbier v. Connolly* del 1884, in cui una Corte unanime condotta dal Giudice Field sostenne la costituzionalità di una ordinanza municipale emessa dalla Città di San Francisco che proibiva lo svolgimento dell'attività di lavaggio e di stiratura in un orario compreso tra le dieci di sera e le sei del mattino, poiché si limitava a tutelare la salute delle lavoratrici senza discriminare tra categorie sociali e contrattuali. Come rileva Gillman, nella breve *opinion* redatta dalla Corte, si sostenne che la *equal protection clause* non imponeva solo di proteggere la libertà e la proprietà contro forme di spoliazioni e di deprivazioni arbitrarie, ma nello stesso tempo intendeva fornire piene e paritarie garanzie nella salvaguardia dei diritti dei singoli, poiché "*all persons engaged in the same business within it are treated alike; are subject to the same restrictions and are entitled to the same privileges under similar conditions*". In particolare, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise ...cit.*, pp. 70 e s.

<sup>195</sup> Non è mancata dottrina che ha ravvisato nella ordinanza municipale, non tanto una discriminazione tra individui fondata sulla diversità della razza, quanto una immediata lesione del diritto di *property* che non riceveva forme di garanzia analoghe a quelle assicurate ai cittadini bianchi. Caso *Lee Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886). Come sostenne Richard S. Kay, "*Is not the presence of race, but the absence of justification which is paramount ... This is one application of the general proposition that the mere preference of one group over another, that is, legislation based only on favoritism or on spite, is outside the scope of proper governmental activity*". La citazione è rinvenibile nell'opera di H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise ...cit.*, p. 71. L'approccio critico si deve a G.J. CHIN, "Unexplainable on Grounds of Race: Doubts about *Yick Wo*", in *Arizona Legal Studies Discussion, Paper No. 07-30*, Dec. 2007.

L'attenzione crescente ai problemi del mondo del lavoro indusse proprio nel 1886 a costituire l'*American Federation of Labor* a sostegno di un movimento nazionale di difesa dei lavoratori. La materia giuslavoristica ricevette contrastanti risposte anche nell'ambito della disciplina statale. Relativamente agli approcci pretori maturati nei singoli Stati, basti rammentare una legge dello Stato della California del 1880 che qualificava un *misdemeanor* far lavorare i dipendenti impiegati nel settore della panificazione, in un orario compreso tra le sei di sera di sabato e le sei del mattino della giornata di domenica, legge che la Corte Suprema statale bocciò all'unanimità poiché restrittiva dell'orario e della giornata di lavoro di una sola categoria professionale e, per tale motivo, discriminatoria<sup>196</sup>.

Nel caso *Ritchie v. People* del 1895 la Corte Suprema dell'Illinois annullò una legge che imponeva l'orario massimo di lavoro delle donne impegnate nella industria vestiaria poiché "*arbitrary, unequal and partial ... legislature has no right to deprive one class of persons of privileges allowed to other persons under like conditions*"<sup>197</sup>. Si espresse in modo antitetico la Corte Suprema del Nebraska nel caso *Low Rees Printing Company v. United States* del 1894 in cui sancì che, fatta eccezione per il lavoro domestico, la giornata lavorativa di ogni categoria professionale non doveva eccedere le otto ore e che le ore svolte in eccedenza dovevano essere adeguatamente remunerate. Analoga linea di pensiero si colse nella pronuncia della Corte Suprema federale sul caso *Bunting v. Oregon* del 1917, in cui venne validata una legge dello Stato dell'Oregon che fissava l'orario massimo di lavoro nelle industrie in dieci ore giornaliere, prorogabili di altre tre, purché venisse corrisposto un aumento del trattamento salariale<sup>198</sup>. Come sostenne Guthrie nel corso delle sue *Lectures on the Fourteenth Amendment* nel 1898, nel periodo del liberalismo maturo ciò che riceveva grande attenzione da parte delle Corti, statali e federali, non era tanto il concetto di *liberty* o il principio di *laissez-faire*, quanto quello di *equality* e di *state neutrality* che richiamavano alla

---

<sup>196</sup> Occorre, altresì, rammentare il caso *In re Jacobs*, 98 N.Y. 98 (1885) in cui la Corte d'Appello di New York annullò una legge che tentava di disciplinare la difficile e deprecabile condizione lavorativa degli occupati nel settore della produzione dei sigari, poiché considerata non rispondente, in modo pieno, col fine di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori. Nel caso *Millett v. People*, 117 Illinois 294 del 1886, la Corte Suprema dell'Illinois dichiarò incostituzionale una legge che imponeva ai proprietari delle miniere un dato modo di corrispondere il relativo salario poiché ritenuta lesiva della *freedom of contract*. In modo difforme, si espresse la Corte Suprema della Pennsylvania, nel caso *Godcharles v. Wigeman* dello stesso anno, in cui fu sostenuta la legittimità di una legge che imponeva di corrispondere in contanti il salario ai minatori. Analogamente, seppure in un caso diverso, si espresse la Corte Suprema federale nel caso *McLean v. Arkansas*, 211 U.S. 539 (1909). Le problematiche emergenti nel settore del lavoro minerario indussero il Congresso a istituire una *Industrial Commission*, al fine di investigare sulla condizione lavorativa in tale comparto produttivo. Sul punto, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise ... cit.*, pp. 88 e ss, nonché p. 138.

<sup>197</sup> In particolare, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise ... cit.*, p. 92.

<sup>198</sup> Per un'analisi della vivace diatriba che si insinuò tra le posizioni delle contrapposte parti processuali, interessanti risultano le elaborazioni di Felix Frankfurter. Sul punto, si rimanda alle ricostruzioni di H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise ... cit.*, p. 141.

memoria gli assunti teorici della Dichiarazione d'Indipendenza secondo cui “*all men are created equal*”<sup>199</sup>.

Molte memorie difensive presentate nel corso dei processi che si susseguirono in quegli anni, meglio note come *Brandeis Briefs*, dimostrarono la pericolosità per l'integrità psico-fisica dei lavoratori di molte occupazioni nelle fabbriche e nei cantieri. Fu proprio nel caso *Muller v. Oregon* del 1908 che Louis Brandeis presentò innanzi alla Corte Suprema il primo “*Brandeis Brief*” in cui condusse una serie di studi sociologici sulla vita delle donne lavoratrici per difendere la legittimità costituzionale di una legge che fissava un limite massimo all'orario di lavoro nelle lavanderie<sup>200</sup>.

Louis Brandeis condusse, del resto, un'approfondita analisi comparativa delle singole esperienze legislative statali in materia giuslavoristica che facevano divieto di impiegare manodopera femminile in determinati tipi di attività e di lavorazione industriale, evidenziandone la profonda simmetria nomologica e la comune *ratio*.

L'attenzione di taluni giuristi nei confronti degli accadimenti sociali rifletteva la volontà di liberare le trame del fenomeno giuridico da un eccessivo formalismo e da una rigida astrattezza che aveva allontanato il diritto dalla realtà, ampliando il diaframma tra il *law in books* ed il *law in action*. Fu proprio il Giudice *in pectore* Brandeis a sottolineare come la libertà contrattuale in ambito lavorativo dovesse recedere innanzi alle esigenze familiari della donna lavoratrice considerata parte debole del sinallagma contrattuale. Il merito di un simile approccio, fu quello di inaugurare il filone della giurisprudenza sociologica, suffragata da indagini *fact-oriented* che tipizzò l'attività della Corte Fuller<sup>201</sup>.

Ancora una volta la ragionevolezza funse da criterio per delimitare lo spazio di intervento del pubblico potere e per operare il necessario *balancing* tra diritti dei privati ed esigenze di *public policy*. Analogo dilemma si pose in occasione della determinazione autoritativa del livello delle

---

<sup>199</sup> L'autore rilevò come “*the purpose of the founders of the Union was to establish a government of equality before law in which privileged classes should not exist – a government of equality of rights, equality of duties and equality of burdens*”. Sul punto, W.D. GUTHRIE, *Lectures on the Forteenth Amendment to the Constitution of the United States*, Boston, 1898. Il pensiero di Guthrie venne ripreso da John Dillon, sostenitore della teoria secondo cui “*The State is a commonwealth. It exists for the general good, for rich and poor alike. It knows or ought to know no classes ... The blessings and the benefits of the State are intended to diffuse themselves over all*”. Sul punto, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and ...cit.*, p. 103.

<sup>200</sup> Per una consultazione grafica dei *Brandeis Briefs* si rimanda al sito internet [www.louisville.edu/library/collections/brandeis/files/brief1.pdf](http://www.louisville.edu/library/collections/brandeis/files/brief1.pdf). Per un commento si rimanda al contributo di E. MARGOLIS, *Beyond Brandeis: Exploring the Use of Non-Legal Materials in Appellate Briefs*, in *University of San Francisco Law Review*, Winter 2000, pp. 301 e ss., la quale evidenzia l'esaltazione, operata da Brandeis, dei *non-legal materials*, nonché M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, pp. 393 e s.

<sup>201</sup> Sul punto, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 351. La distinzione tra *law in books* e *law in action* è frutto della intuizione di Roscoe Pound, rinvenibile in R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, Vol. 44, 1910, p. 12, nonché, sempre R. POUND, “*The End of Law as Developed in Juristic Thought*”, in *Harvard Law Review*, Vol. 27, 1914, p. 605. Il pensiero di Pound è posto alla base di una giurisprudenza sociologica che ravvisa, nei giuristi e nei giudici, gli interpreti dei bisogni di una società in continua evoluzione. Una simile impronta di pensiero avrebbero dovuto rendere gli uomini dei giudici “giusti”, anziché “essaminatori di legge”. La citazione è contenuta nell'opera di G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Vol. III, Bologna, 1995, pp. 232 e s.

retribuzioni. In tale ambito, l'atteggiamento censorio della Corte Suprema fu radicale. Nel caso *Adkins v. Children's Hospital* del 1923, la Corte Suprema negò al *Federal Government* di stabilire il trattamento retributivo minimo da corrispondersi a favore delle donne lavoratrici e dei minorenni, nel territorio del Distretto di Columbia-Washington sotteso alla *plena jurisdictio* federale<sup>202</sup>. Il divieto fu esteso anche ai singoli Stati che non potevano demandare ad una commissione amministrativa il potere di determinare la condizione salariale dei lavoratori nelle industrie dedite alla manifattura di capi di vestiario o di alimenti che non rientravano nel novero delle attività produttive *affected with a public interest*, così come vietò agli operai di scioperare<sup>203</sup>.

### 2.5.1 Il declino del dogma del laissez-faire nella critica giusrealista nordamericana

L'ideale liberale aveva provocato delle ripercussioni anche sull'attività delle *labor unions*, le organizzazioni sindacali che si battevano per un miglioramento delle condizioni di lavoro, proponendo trattamenti salariali più adeguati e inducendo la classe operaia a scioperare e protestare contro gli abusi della parte datoriale. Ma lo sciopero era considerato un illecito e nei casi più gravi assumeva rilievo penale. Questo perché nella tradizione di *common law* ogni *conspiracy* volta a limitare la libertà di scambio di quella particolare merce che era la forza lavoro, risultava illegittimo, dal momento che ostacolava il libero incontro della domanda e dell'offerta nella formazione del prezzo. Fu, comunque, a seguito di una sentenza della Corte Suprema del Massachusetts nel 1848 che lo sciopero, inteso quale strumento di negoziazione di migliori condizioni lavorative, divenne un fatto lecito.

Gradualmente lo sciopero si trasformò in un legittimo strumento di rivendicazione di migliori condizioni lavorative e solo nei casi in cui si fosse attuato con picchettaggi (*pickets*) assumeva venature illecite che consentivano al datore di lavoro di ottenere dei risarcimenti a mezzo di *labor injunctions* ordinate dai tribunali. Anche il datore di lavoro poteva procedere alla serrata della propria azienda ed era legittimato, con l'avallo delle corti, a stipulare contratti solo con lavoratori non iscritti ad alcun sindacato (cd. *yellow dogs contracts*, fortemente avversati dalle *labor unions*). La protesta sindacale contro la pratica discriminatoria perpetrata attraverso i *yellow dogs contracts*

---

<sup>202</sup> In particolare, Roscoe Pound affermò che “*in the best of faith judges might be referring all twentieth-century social legislation to an ideal picture of the rural, agricultural, pioneer society of one hundred years ago, when our law was formative ... [the consequence of which was to] give a fixed content to the idea of reasonableness which is not necessarily reasonable in the urban, industrial society of to-day*”. La citazione è rinvenibile in H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and ...cit.*, p. 178.

<sup>203</sup> Caso *Wolff Packing Co. v. Court of Industrial Relations*, 262 U.S. 522 (1923). La possibilità di incidere sui salari era ammessa solo in circostanze eccezionali, quali lo stato di emergenza e il conflitto armato (caso *Wilson v. New*, 243 U.S. 332 del 1917, deciso in pendenza del Primo Conflitto Mondiale).



ricevette il sostegno di numerose leggi statali che caddero, però, sotto la scure del Giudice costituzionale federale che le riteneva lesive della *due process of law* poiché incidenti sulla libertà di contratto dei singoli<sup>204</sup>. La Corte Suprema cassò anche taluni provvedimenti legislativi statali che proibivano di adottare *labor injunction* nei confronti di ogni tipo di picchettaggio poiché danneggiavano la proprietà del datore di lavoro<sup>205</sup>.

La materia giuslavoristica cadde anche sotto il controllo dello *Sherman Act* che sanzionò, a mezzo di *injunctions*, numerose concertazioni sindacali volte ad interferire con il commercio interstatale o ad ostacolare il servizio postale federale, qualificandole come illegali. In particolare, nel caso *In re Debs* del 1895, il sindacalista Eugene Debs impugnò, a mezzo di un *writ of habeas corpus*, una condanna a sei mesi di reclusione per *contempt of court*, emessa nei suoi confronti da una corte di *equity* per aver inadempito una ingiunzione di sgombero inflitta da un giudice federale del *Chicago Circuit*<sup>206</sup>. Nell'*opinion of the Court* redatta dal Giudice Brewer, venne escluso che la fattispecie fosse riconducibile ad una cospirazione in restrizione del commercio. La Corte sostenne, piuttosto, che rientrava nelle attribuzioni sovrane, seppur enumerate, del *Federal Government*, il potere di rimuovere ogni ostacolo frapposto al commercio tra Stati e al servizio postale, utilizzando ogni mezzo, anche militare, e ricorrendo alle ordinanze-ingiunzioni emesse da una Corte federale, pure in ragione di un giudizio di *equity*. In tal modo, la Corte avallava la legittimità delle *labor injunctions* che divenivano strumento per reprimere gli scioperi e inibire il potere d'azione delle associazioni sindacali<sup>207</sup>.

Il successivo *Clayton Act* fornì una maggiore protezione alle *labor unions*, escludendo la loro responsabilità per danni in caso di sciopero non violento ed esautorando le corti del potere di ingiunzione. Ma la Corte Suprema ne mitigò la portata, escludendo la responsabilità del sindacato solo in caso di sciopero riguardante direttamente le controversie tra lavoratore e datore di lavoro, non anche nei casi di boicottaggi secondari<sup>208</sup>. La Corte Suprema aveva, del resto, dichiarato incostituzionale una legge federale che vietava alle compagnie ferroviarie private, impegnate nel

---

<sup>204</sup> Caso *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915). I cd. *yellow dogs contracts* furono dichiarati incostituzionali in virtù del *Norris-La Guardia Act* del 1932. Per un'analisi dei *yellow dogs contracts* e delle specifiche clausole in cui erano formalizzati, si rimanda al contributo di A. SCHLESINGER, *The Crisis of Old Order, 1919-1933*, Boston, 1957, pp. 238 e s.

<sup>205</sup> Caso *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 33 (1921).

<sup>206</sup> La vicenda prese le mosse da una rivolta sindacale che Debs, presidente della *American Railway Union* aveva posto in essere insieme agli operai della *Pullman Car*, occupando i binari ferroviari di proprietà delle compagnie colluse con l'azienda automobilistica. Il mancato ottemperamento della ingiunzione inflitta dal Giudice federale dell'Illinois, valse a Debs una condanna che giunse all'attenzione della Corte Suprema. Caso *In re Debs*, 158 U.S. 564 (1895).

<sup>207</sup> In particolare, L. PRZYBYSZIEWSKI, "The Fuller Court, 1888-1919. Property and Liberty", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005, p. 154 e ss. L'autrice rileva che: "The National Government had the power to ensure free flow of interstate commerce and the mails against such forcible obstruction as organized by the conspiring union leaders", *ibid.* p. 155 nonché A. ZORZI GIUSTINIANI, *Alle origini dello Stato regolatore ...cit.*, p. 246.

<sup>208</sup> Caso *Duplex Printing Press Co. v. Deering*, 254 U.S. 443 (1921).

trasporto e nel commercio interstatale, di licenziare i propri dipendenti sol perché iscritti ad un sindacato. Le *rationes* della pronuncia di incostituzionalità erano riconducibili al fatto che la materia dei rapporti di lavoro non rientrava, a parere della Corte, nel perimetro nomologico della *interstate commerce clause* e ledeva, a sua volta, la *liberty of contract* tutelata dalla *due process of law clause*. Nuovamente, l'utilizzo della tecnica del *balancing* avvenne a suffragio delle ragioni del libero mercato e delle imprese che fecero un uso, sovente, arbitrario e discriminatorio del diritto di licenziare i lavoratori<sup>209</sup>.

Nel periodo del liberalismo maturo permaneva ancora un'idea di mercato inteso quale *locus*, in cui l'iniziativa individuale e la giustizia distributiva avrebbero potuto coesistere armoniosamente sospinti da una mano invisibile. Il riconoscimento di eguali diritti e di pari opportunità avrebbe, comunque, condotto ad una distribuzione diseguale delle ricchezze in ragione della diversità dei talenti e degli ingegni individuali<sup>210</sup>.

Ma l'ortodossia liberale classica era destinata a scontrarsi con la nascente corrente giusrealista e con gli assunti del pragmatismo giuridico, restii ad accettare una nozione di economia di mercato neutrale in cui prevalessero gli assunti di una giustizia distributiva di tipo procedurale ed in cui i risultati dei processi economici fossero di per sé legittimi e giusti. L'analisi giuridica venne permeata dai fenomeni sociali esterni che mostrò con forte evidenza le conseguenze della degenerazione del modello di produzione capitalistico il quale aveva cagionato gravi diseguaglianze economiche e profonde conflittualità sociali che la "mano invisibile" avrebbe potuto difficilmente arginare o correggere<sup>211</sup>. Come rileva Gillman, si stava sgretolando l'assunto secondo cui il benessere avrebbe potuto essere garantito "*by a harmonious market uncorrupted by the imposition of artificial government burdens or benefits*"<sup>212</sup>. La circostanza secondo la quale le pronunce susseguitesi in materia di rapporti di lavoro erano dettate dalla semplice volontà di evitare il perpetrarsi di prassi discriminatorie lesive dell'eguaglianza delle condizioni, piuttosto che essere motivate dall'intento di tutelare la *liberty of contract*, è smentita dal fatto che i concetti di *liberty* e

---

<sup>209</sup> Caso *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908). Sul punto, B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 2.04.

<sup>210</sup> Come sostenne il Giudice Pitney nel caso *Coppage v. Kansas*, in un economia di mercato quale quella del periodo del liberalismo maturo, l'autonomo esercizio del diritto di proprietà privata e del diritto di libero contratto avrebbero condotto naturalmente ad una diseguale distribuzione delle ricchezze che erano "il risultato necessario dell'esercizio di quei diritti", dando per scontato che nell'incontro delle volontà negoziali, una parte contraente sarebbe sempre risultata economicamente più debole dell'altra. Sul punto, in particolare, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and ...cit.*, p. 139.

<sup>211</sup> Basti rammentare che i realisti erano ostili alle elaborate categorie astratte di proprietà, colpa, libertà e volontà che Cohen amava ironicamente definire il "paradiso dei concetti giuridici". In particolare, F. COHEN, "Transcendental Nonsense and Functional Approach", in *Columbia Law Review*, Vol. 35, 1935.

<sup>212</sup> L'eterodossia realista non fece altro che mettere in evidenza le conseguenze e gli effetti del modello di produzione capitalistica che erose l'*ethos* della *neutral polity*. Per tale ragione, la tutela della *liberty of contract*, nel campo giuslavoristico e non solo, doveva camminare di pari passo con la salvaguardia della eguaglianza delle condizioni di ciascun individuo. In particolare, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and ...cit.*, p. 39.

di *equality* fossero fortemente intrecciati l'uno all'altro. Entrambi erano sussunti nel più ampio fine di assicurare l'eguale godimento dei diritti e delle libertà nel seno di una società sempre più complessa e sovrastrutturata che nei principi del *laissez-faire* rinveniva un ausilio, se non addirittura, un sostegno<sup>213</sup>.

L'anticoncettualismo realista inaugurò una stagione dell'ermeneutica giuridica più attenta ai fenomeni sociali e alle valutazioni casistiche, ripudiando metodi di indagine del dato normativo fondati sulla meccanica deduzione dal generale del particolare<sup>214</sup>. Nel pensiero di Robert Hale si rinvennero significative critiche realiste all'ortodossia giuridica ed economica che rifiutavano l'idea classica della volontarietà e della libertà degli scambi di mercato<sup>215</sup>.

Simili argomentazioni avrebbero dovuto incidere sulla natura della giurisprudenza, immettendo nel *judicial process* una relazione tra due differenti strutture di pensiero, influenzate dal *world of social fact* e dal *world of social ideas*<sup>216</sup>.

A partire della sentenza *Lochner*, si avviò una trasformazione della giurisprudenza costituzionale che evidenziò come il cambiamento delle strutture sociali condizionasse il tradizionale approccio conservatore che tipizzava le sentenze delle corti.

Si avvalorò, in tal modo, la concezione secondo cui il periodo post-bellico costituiva un importante momento di transizione rispetto al modello costituzionale delle origini. Gli assunti teorici del *dual federalism* si radicalizzarono nella giurisprudenza sul *police power* che limitava la sfera di

---

<sup>213</sup> Come affermò Frederick Robinson in un discorso innanzi alle *Trades' Union* di Boston, nel 1834, “*Equality comprises everything that is good; inequality everything is evil. Equality is liberty. Liberty without equality is dead ... equality is democracy*”. In particolare, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and ...cit.*, p. 42. Sugli intrecci presunti del principio di *laissez-faire* con gli assunti giusnaturalistici, si rinvia al *Treatise on the Limitations of the Police Power in the United States* di Christopher Tiedeman del 1886, e al *Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union* del 1903.

<sup>214</sup> La critica realista alla sistematica giuridica astratta della fine dell'ottocento rinvenne tra i suoi maggiori esponenti accanto a Cohen, anche John Dewey. Sull'approccio antiformalista di Dewey si rinvia al suo contributo, J. DEWEY, “*Logical Method and Law*”, in *Cornell Law Quarterly*, Vol. 10, 1924, pp. 17 e s. Per un interessante commento generale sul pensiero di Dewey si rimanda all'opera di R.A. POSNER, *Law, Democracy, and Pragmatism*, Cambridge, Massachusetts, 2003, pp. 97 e ss.

<sup>215</sup> A parere di Hale, le transazioni erano condizionate da una diseguale distribuzione delle ricchezze e dei diritti che inducevano a considerare il mercato come il luogo in cui le ragioni del più forte prevalevano su quelle del più debole. La critica di Hale sviluppò un *trend* di pensiero che si era affermato già all'indomani della fondazione dell'*American Economic Association* nel 1885, nel corso della prima stagione di cartellizzazione dell'economia. Hale tentò di scardinare i fondamenti logici della teoria della volontà posta alla base del diritto privato americano e, in particolare, del diritto dei contratti, evidenziando la diseguale e sperequata distribuzione del potere contrattuale all'interno della struttura sofisticata e complessa che aveva assunto il mercato. In particolare, R. HALE, “*Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*”, in *Political Science Quarterly*, Vol. 38, 1923, pp. 470 e ss. Come rileva Gillman, già nel 1777, il Congresso Continentale aveva sottolineato come la regolazione dei prezzi del fattore lavoro e dell'attività manifatturiera era fondamentale per poter sopperire alla mancanza di una pubblica virtù e per correggere le conseguenze viziose che ne erano le figlie. L'autore rileva come già nel pensiero di Madison, trovasse compiuta espressione il concetto di eguaglianza che “*ought to be the basis of every law, and its principle is violated when laws subject some to peculiar burdens or grant to other peculiar exemptions*”. In particolare, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and ...cit.*, pp. 28 e 29.

<sup>216</sup> La riflessione si deve a Max Lerner, il quale sostenne che la “*constitutional fabric*” conteneva l'assoluto individualismo del Giudice Sutherland, lo *humanistic individualism* di Holmes e il *social constructivism* di Brandeis, tentando di compendiarli. Sul punto, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and ...cit.*, p. 196.

intervento legislativo dei singoli Stati ai soli casi di tutela della salute e della sicurezza pubbliche e marginalizzò il ruolo del *Federal Government*.

Ma la cornice ideologica che sostenne siffatti approcci pretori si scontrò con lo sviluppo di nuove correnti di pensiero, più attente al fenomeno sociale, alla conflittualità e alle diseguaglianze economiche innervate in una realtà sempre più complessa<sup>217</sup>. Siffatti accadimenti non determinarono la semplice transizione dall'*individual liberalism* al *corporate liberalism*, ma segnarono, inevitabilmente, il tramonto dell'originario ideale liberale che i convulsi anni '20 condannarono all'oblio, almeno nell'accezione e nel volto assunti sino ad allora.

A tala dato occorre aggiungere la rilevante riflessione di Roscoe Pound secondo cui l'ultima stagione del costituzionalismo liberale maturo, non poteva neppure definirsi quale *progressive era* bensì quale *formative era* del diritto privato americano e della crescita economica. Ma come ebbe a sottolineare Hurst "*the modern corporate capitalism and the administrative state*" dovevano ancora entrare a regime. L'autore evidenziò come dietro i progressi di un *modern polity* e di una *modern economy* si celassero, in modo sempre più preponderante, i cambiamenti giuridici, i conflitti di interessi, i contrasti sociali e un intervento statale non sempre coerente ed equo. Si può concordare con l'autore sul fatto che il mutato volto del costituzionalismo americano, non poggiasse sulla semplice oscillazione ermeneutica del pronunciamento di una corte, ma piuttosto si risolveva in una "*a structure of power in society and the values that informed that structure*"<sup>218</sup>.

In modo sempre più manifesto si evidenziò lo stretto intreccio tra dimensione giuridica, politica, economica e sociale che avvalorò la concezione di Hurst secondo cui "*the law [is] not self-contained system but as a part of the life of its society, law was a product of the larger social, economic and political forces around it*"<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Come rilevò la *U.S. Industrial Commission*, intorno al 1900, vi era una fascia di individui, compresa tra il 60 e l'88 per cento, che versava in condizioni di profonda e grave indigenza. In particolare, H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and ...cit.*, p. 77. Degno di nota è il riferimento che l'autore fa al pensiero di Jan Jacques Rousseau, riportando testualmente una sua citazione relativa ai rischi di una degenerata sperequazione delle ricchezze, in cui affermò che in una vera Repubblica "*no citizen should be rich enough to be able to buy another, and none so poor as to be forced to sell himself*", *ibid.*, p. 24. Sul punto, si rimanda anche al contributo di W.J. NOVAK, "The Not-So-Strange Birth of the Modern American State: A Comment on James A. Henretta's "Charles Evans Hughes and the Strange Death of Liberal America", in *Law and History Review*, Vol. 24, No. 1, Spring 2006, pp. 197 e ss.

<sup>218</sup> Le citazione di Hurst e di Pound sono rinvenibili nell'opera di W.J. NOVAK, "Law, Capitalism, and the Liberal State: The Historical Sociology of James Willard Hurst", in *Law and History Review*, Vol. 18, No. 1, (Spring 2000), p. 132. L'autore evidenzia come in Hurst, non si considerò mai il *laissez-faire* quale *governing dogma*, piuttosto le sfide della crescita economica, le spaccature sociali e lo sviluppo istituzionale richiedevano uno sforzo collettivo ed una politica pubblica che prestassero attenzione ad un "*commonwealth values*", *ibid.*, p. 134.

<sup>219</sup> La citazione di Hurst è consultabile nell'opera di W.J. NOVAK, *Law, Capitalism, and the Liberal State ... cit.*, pp. 107 e s. A parere di Hurst le forze sociali risultavano suddivisibili in: *focused pressure* (date dall'interazione tra differenti centri di potere e di concomitanti interessi), *functional pressure* (consistenti nel coinvolgimento di aspetti sociali in processi giuridici), e l'*inertia* (data da fattori influenzanti inconsapevoli). Hurst, come rileva Novak, riprese questi assunti dicotomici, sintetizzando l'ottimismo progressista di Brandeis con la concezione dell'umana finitudine di Niebhur, *ibid.* p. 127.

Per tale motivo, l'analisi del diritto non poteva più svolgersi secondo prospettive uni-dimensionali, ma risultava sospesa tra i valori di *liberty* e *order*, *freedom* e *control*, costituenti i due volti del *liberal constitutionalism*, alla ricerca di un ragionevole punto di equilibrio tra autorità e libertà, tra Stato e mercato e tra Stati e *Federal Government* legati da una tensione duplice che si cristallizzava negli assunti teorici ed applicativi del *dual federalism*. Un *dual federalism* che, in tale fase, non si fondava più su di una rigida limitazione delle rispettive sfere di attribuzione del pubblico potere, statale e federale, ed in una semplice protezione delle libertà economiche, ma in un bilanciamento della sfera di esercizio del *police power* statale che ora si confrontava “*with an early expansion of federal affirmative power*”<sup>220</sup>, nel tentativo di esaltare l'*individual creative energy* inteso quale valore dominante, seppur non confinabile al solo settore economico.

In tale periodo il modello federale duale raggiunse piena compiutezza tanto da contenere in sé i germi del suo stesso superamento che si evinsero già nella sentenza *Hoke v. United States* del 1913 in cui la Corte Suprema sancì che: “*The power given to Congress by the Constitution over interstate commerce is direct, without limitation, and far-reaching. While our dual form of government has its perplexities, state and Nation having different spheres of jurisdiction, we are one people, and the powers reserved to the states and those conferred on the Nation are adapted to be exercised, whether independently or concurrently, to promote the general welfare, material and moral*”<sup>221</sup>. Ma la sentenza si limitò solo a pronosticare un'azione concorrente e, non pienamente cooperativa, di Stati e *Federal Government* che si svolgeva, in modo particolare, attraverso lo strumento del raffronto politico, in seno alla Camera Alta del Congresso federale le cui modalità di elezione dei componenti erano state, del resto, modificate nel 1913 in virtù del XVII emendamento che sancì il principio di elezione popolare diretta dei senatori<sup>222</sup>.

La cooperazione nel corso della *progressive era* è, soprattutto, orizzontale e non lo si evince solo dai casi di legislazioni ordinarie statali, menzionati in precedenza, ma si appura dallo stesso Testo costituzionale che all'art. IV, *Sections* 1 e 2, elenca una serie di fattispecie che esaltano una cooperazione in chiave legislativa, amministrativa e giudiziaria che come ha rilevato acuta dottrina, dette vita ad una forma di *comity* tra singoli Stati, considerati particelle indispensabili dell'unità federale<sup>223</sup>.

Risulta, comunque, condivisibile l'opinione di quella dottrina secondo cui il sistema costituzionale post-bellico non avesse fornito il necessario impulso per la creazione di “*centralized leviathan*”, ma

---

<sup>220</sup> In particolare, B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 5.01.

<sup>221</sup> Caso *Hoke v. United States*, 227 U.S.. 308 (1913).

<sup>222</sup> In particolare, S.F. SCHRAM, “United States of America”, in *Handbook of Federal Countries. 2005. Forum of Federations* (edited by A.L. Griffiths and coordinated by K. Nerenberg), 2005, Montreal&Kingston, p. 376.

<sup>223</sup> Sul punto, M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano, 2004, pp. 182 e s. L'autore richiama la *full faith and credit clause* e la *immunity and privileges clause*, sancite dall'art. IV, *Sect.* 1 e dall'art. IV, *Sect.* 2.

avesse contribuito a far sopravvivere uno “*state-centered federalism*”<sup>224</sup>, ma non si può sottacere il crescente rilievo assunto dall’apparato di governo federale che, attraverso la legislazione sulle tariffe ferroviarie, la legislazione *antitrust*, la legge istitutiva del *Federal Reserve System*, prese coscienza della complessità acquisita dal mercato e della necessità di assicurarne una disciplina uniforme a livello nazionale. Fu così che nei primi anni del XIX secolo si susseguirono il *New Nationalism* di Theodore Roosevelt e la *New Freedom* di Woodrow Wilson<sup>225</sup>.

Siffatte ideologie politiche ‘camminarono’ di pari passo con l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale, pervasa da un cangiante *ethos* liberale, contaminato dallo sviluppo graduale della corrente giusrealista e dagli studi sociologici, muniti di una profonda carica progressista<sup>226</sup>.

Il tentativo di rinvenire un armonioso equilibrio tra potere federale e statale e di garantire una ragionevole coesistenza tra libertà ed autorità, rafforzò la natura dinamica dei processi federativi e delle evoluzioni istituzionali che vi si accompagnarono, conferendogli il volto di un *living organism* ed un *fact* destinato a mutare nel tempo<sup>227</sup>.

Si potrebbe evocare, a mo’ di chiosa finale del periodo del liberalismo maturo, la sintesi che McEvoy fece del pensiero di Hurst, secondo cui: “*Law and the market ... do not exist independently of one another rather create each other. The law ... creates and sustains the life of market economy*”<sup>228</sup>.

---

<sup>224</sup> In particolare, H.N. SHEIBER, “Federalism and Legal Process: Historical and Contemporary Analysis of the American System”, in *Law & Society Review*, Vol. 14, No. 3, (Spring, 1980), p. 702., nonché H.N. SHEIBER, “Federalism and the American Economic Order, 1789-1910”, in *Law & Society Review*, Vol. 10, No. 1, (Autumn 1980), pp. 107 e ss.

<sup>225</sup> In particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell’economia e sostegno della piccola e media impresa negli Stati Uniti ... cit.*, p. 75.

<sup>226</sup> Basti pensare al numero cospicuo di *Chief Justices*, susseguitisi in quegli anni, quali Salmon Chase (dal 1864 al 1873), Morrison Waite (dal 1874 al 1888), Melville Fuller (dal 1888 al 1910), Edward White (dal 1910 al 1921) e William Taft (dal 1921 al 1930). Per un’analisi delle personalità dei singoli Presidenti, si rinvia all’opera di *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, (edited by C. Tomlins), New York, 2005.

<sup>227</sup> In particolare, H.N. SHEIBER, *Federalism and Legal Process ... cit.*, p. 707. La nozione di federalismo inteso quale *living organism* si sposa con la contemporanea nozione di *living constitution* elaborata da Oliver Wendell Holmes che Ackerman rielabora, tentando di compendiare e, allo stesso tempo superare, la lettura meccanicistico-newtoniana e quello evolutivo-darwiniana, della Costituzione federale, in una cornice più dinamica ed organica che considera il Testo costituzionale un *link between generations*. Sul punto, B. ACKERMAN, “The Living Constitution”, in *Harvard Law Review*, Vol. 120, No. 7, (May 2007), pp. 1793 e ss.

<sup>228</sup> La citazione è rinvenibile nell’opera di A.M. SBRAGIA, *Debt Wish. Entrepreneurial Cities, U.S. Federalism ... cit.*, p. 14. In effetti, come ebbe modo di rilevare James Bryce, nel 1888, nell’opera *The American Commonwealth*, il federalismo che si innerverà nel sistema statunitense all’indomani della Guerra Civile, rese non solo impensabili le teorie di Calhoun, ma concepì l’ordinamento complessivo come un “*Commonwealth di Commonwealths*”, ossia una “*Repubblica di Repubbliche*”, “*uno Stato che benché sia uno, è tuttavia composto da altri Stati, più essenziali ancora per la sua esistenza di quanto non lo siano per la propria*”. Il riferimento è consultabile nell’opera di C.J. FRIEDRICH, *L’uomo, la comunità, l’ordine politico ... cit.*, p. 302.

## **CAPITOLO III**

### **METAMORFOSI COSTITUZIONALE E TRANSIZIONE FEDERALE NELLA CORNICE STATUALE NEO-LIBERALE**

## CAPITOLO III

### METAMORFOSI COSTITUZIONALI E TRANSIZIONE FEDERALE NELLA CORNICE STATUALE NEO-LIBERALE

SOMMARIO: 3.1. Il ‘Nuovo Corso’ del diritto costituzionale statunitense: l’avvento del modello democratico-sociale; - 3.2. La Corte Suprema ‘reinventa’ la *interstate commerce clause*: la “metamorfosi costituzionale” del 1937 - 3.3. Dalla “libertà dei moderni alla libertà degli antichi”: la rivoluzione della Corte di Earl Warren; - 3.4. L’applicazione della *Commerce Clause* nel caso *Five Gambling Devices* del 1953 e la mutata tutela delle libertà economiche; - 3.5. Il passaggio dal federalismo duale ...; - 3.6. ... ad un modello di federalismo cooperativo; 3.6.1 La *preemption doctrine* o dottrina della prevenzione federale.

#### *3.1 Il ‘Nuovo Corso’ del diritto costituzionale statunitense: l’avvento del modello democratico-sociale*

Il periodo del liberalismo maturo aveva condotto ad un notevole fiorire dell’attività di impresa e alla crescita dimensionale del mercato nazionale statunitense, consentendo un aumento della ricchezza complessiva e del tenore di vita collettivo. Ma il maggiore benessere economico raggiunto camminava di pari passo con le conseguenze negative dei cicli economici recessivi, dei fallimenti del libero mercato e della conflittualità sociale sempre più elevata. La scarsa presenza dello Stato nei vari settori di una economia industrializzata, schiacciata dall’imperativo liberale dell’astensionismo pubblico, aveva contribuito a radicalizzare la virulenza delle fasi di crisi che presentavano una rapida propagazione intra-sistemica. Non solo, lo sviluppo di scambi commerciali su scala globale aveva provocato, sovente, un effetto domino che si dispiegava nel seno di più ampi mercati, non solo nazionali.

Il dogma liberale classico, stigmatizzato nell’immagine di un mercato libero e ‘perfettamente concorrenziale’, aveva iniziato a vacillare già alla fine del XIX secolo, quando emerse che la formazione dei prezzi non sempre era frutto del libero incontro della domanda e dell’offerta, ma era, spesso, conseguenza di orchestrazioni ordite da ristretti gruppi di imprese che dominavano il mercato di riferimento. La mano invisibile mostrò, in più occasioni, la sua inattitudine a correggere le deviazioni ed i fallimenti provocati dalla concentrazione monopolistica ed oligopolistica, inducendo il legislatore federale a stilare i primi interventi normativi ordinari in materia di commercio interstatale, di disciplina *antitrust* e di ordinamento del credito. Ad un ruolo federale più



attivo rispetto al passato, fece da contraltare una speculare produzione legislativa statale che, in talune circostanze, restrinse la libertà di iniziativa economica dei privati in ragione di esigenze di *public policy* di natura generale. La Costituzione liberale consentì, inoltre, l'esercizio in forma associata dell'attività economica col beneficio della responsabilità limitata ai soli capitali investiti. La notevole industrializzazione della società aveva favorito l'ascesa, sulla scena economica, del *big business* che ebbe modo di ramificare il proprio potere di controllo del mercato e di ottenere un trattamento privilegiato da parte dei maggiori enti creditizi.

Una siffatta concentrazione di potere economico in capo ad un ristretto numero di soggetti privati, non solo indusse l'apparato dei pubblici poteri a stilare discipline più minuziose, ma addirittura ad ascrivere rilevanza penale alle condotte anticoncorrenziali più gravi. L'accresciuta disciplina normativa del settore fu seguita dall'istituzione delle prime autorità amministrative indipendenti, con compiti di vigilanza e sanzionatori che inaugureranno la stagione dell'*administrative law* negli Stati Uniti d'America. L'estremizzazione dell'ideale ottocentesco del libero esercizio delle iniziative economiche aveva condotto al sorgere della questione operaia e dello sfruttamento della manodopera minorile e femminile nelle fabbriche, favorendo l'ascesa delle *labor unions* e dell'azione sindacale, preludio per la formazione della disciplina giuridica del diritto del lavoro.

Infatti, lo sviluppo repentino della produzione industriale aveva aumentato il numero dei lavoratori dipendenti, riducendo il peso sociale dell'artigianato, della piccola proprietà contadina, del lavoro autonomo e delle piccole imprese. Il sorgere della questione operaia aveva provocato echi diversi nel territorio europeo, laddove lo sviluppo del movimento politico socialista si era reso il portavoce ideologico della complessa condizione delle classi lavoratrici impiegate nelle fabbriche. Si era creato un forte intreccio tra partiti politici e sindacati. In Gran Bretagna il movimento sindacale delle *Trade Unions* aveva costituito la premessa per la creazione del *Labour Party*, mentre nell'Europa continentale, in modo inverso, fu il movimento socialista a condurre alla formazione delle prime organizzazioni sindacali<sup>1</sup>. Negli Stati Uniti, invece, non vi fu mai una notevole diffusione del movimento socialista, piuttosto si diffuse un sentimento di avversione nei confronti di tale ideologia. Anche la formazione di partiti di ispirazione socialista ebbe scarso successo, mentre i sindacati decisero di mantenere un ruolo scisso e separato dal mondo politico e dalle organizzazioni di partito, battendosi solo per un miglioramento delle condizioni lavorative, seppur

---

<sup>1</sup> Basti pensare che in Italia il partito socialista era sorto, seppur con diversa denominazione nel 1892, mentre la Confederazione Generale Italiana del Lavoro, meglio nota come CGIL, sorse nel 1906. In sostanza, nei Paesi latini il movimento ideologico e politico ha preceduto lo sviluppo del movimento sindacale che si è posto come proiezione di una iniziativa dei soggetti politici. I differenti *trends* evolutivi dei rapporti tra sfera politica e sindacale riflettono le differenti mentalità, ideologizzata quella dei latini, più empirica quella degli anglosassoni. Sul punto, D.L. HOROWITZ, *Il movimento sindacale in Italia*, Bologna, 1963.

con tante difficoltà ed ostruzionismi<sup>2</sup>. I primi segnali di ripudio dell'ideologia liberale si colsero nel pensiero di John Dewey che rifuggiva ogni acritico fideismo nei confronti del giusnaturalismo e della dottrina del *laissez-faire*, cogliendo nello sperimentalismo l'esaltazione della democrazia intesa quale processo politico aperto, non soggetto a principi che ne riducevano le possibilità applicative da sperimentare<sup>3</sup>.

Nei tardi anni '20 giunse a maturazione la corrente giusrealista che si impegnò a distinguere tra l'*is* e l'*ought* del diritto, scindendo in modo puntuale il piano descrittivo da quello prescrittivo del fenomeno giuridico, utilizzando il *discrimen* tra essere e dover essere. La rivoluzione realista giunse a sconfessare i presupposti teorici di un eccessivo formalismo giuridico che rischiava di incorniciare i disposti normativi in uno spazio teorico non aderente a quello reale, giungendo a concepire il diritto come non altro che "la previsione di quanto faranno le corti"<sup>4</sup>.

L'affermarsi, sul piano sociale, di una "personalità eterodiretta" che si sostituì gradualmente ad una "personalità autodiretta", contribuì allo sviluppo di una nuova cultura, favorevole ad un intervento regolatorio pubblico e consentì un progressivo sviluppo dell'azione statale<sup>5</sup>. Non è mancato chi, in

---

<sup>2</sup> L'assenza di una ideologia socialista organizzata in partiti stabili condizionò molto le modalità di affermazione del modello democratico-sociale in territorio americano. Non si può neppure ritenere socialista, nel senso proprio del termine, il programma fiscale di Henry George o la critica alle degenerazioni del capitalismo, mossa da Thorstein Veblen. Quest'ultimo giunse a distinguere tra le classi agiate dei capitalisti e quelle degli industriali, ossia tra cultura umanistica e cultura tecnologica, la prima generatrice di ozio, la seconda costituente l'unica ragione del progresso e dell'efficienza del sistema produttivo. In particolare, T. VEBLEN, *The Theory of a Leisure Class*, New York, rist. 1934, pp. 5 e ss. Tra le altre rilevanti di Veblen si annoverano *La teoria dell'impresa commerciale* del 1904 e *L'istinto lavorativo e lo stato delle arti industriali* del 1914. George, invece, pubblicò la sua prima opera nel 1879, e, precorrendo i tempi, dichiarò che: "*The tendency of what we call material progress is in nowise to improve the condition of the lowest class in the essentials of healths, happy human life*", attraverso corrette discipline normative in materia di eque condizioni reddituali dei lavoratori, destinate ad arginare la depressione cagionata, in quegli anni, dalla crisi del settore industriale. In particolare, H. GEORGE, *Progress & Poverty*, rist., New York, 1929, p. 7.

<sup>3</sup> Per una disamina analitica del pensiero di John Dewey, si rimanda al contributo di R.A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, 2003, pp. 99 e ss., il quale indaga i passaggi deweyiani di transizione da una democrazia epistemica ad una deliberativa. Grazie a questi contributi ideologici si diffonderà negli Stati Uniti, una cultura *liberal* che si contrapporrà efficacemente a quella *conservative*.

<sup>4</sup> L'espressione sintetizza la teoria predittiva del diritto elaborata da O.W. Holmes ed è consultabile nell'opera O.W. HOLMES, "La via del diritto (1897)", in *Opinioni dissenzienti*, (a cura di C. Geraci), Milano, 1975, pp. 275 e s. La corrente di pensiero giusrealista, che conobbe, tra i suoi maggiori esponenti, John Dewey, Charles Pierce, William James, Karl Llewellyn, Jerome Frank, Oliver Wendell Holmes e Roscoe Pound, utilizzava un criterio di indagine del dato normativo che muoveva dal caso concreto, piuttosto che dal tessuto astratto delle norme giuridiche, privilegiando un'analisi degli interessi in gioco emergenti dei singoli casi concreti, piuttosto che una rigida sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta, prevista dalla norma. Il giusrealismo, con Jerome Frank, giunse, in modo estremo, a negare la normatività del diritto, sancendo la preesistenza della decisione alla disposizione e concependo il comportamento giudiziario come il risultato di una intuizione, piuttosto che di un'argomentazione che elideva il rischio di creare una scienza geometrica del diritto. Llewellyn, invece, si mostrò più cauto e ricondusse la tradizione giudiziaria nel perimetro della *common law*, ripudiando il ricorso ad argomenti extra-giuridici nell'adozione della decisione, a scanso di derive arbitrarie. Sul punto, A.T. KRONMAN, *The Lost Lawyer*, Cambridge-London, 1995, p. 211, il quale ritiene che, tra le virtù caratteriali del giurista, vi sia la nozione aristotelica di *prudence*, ossia la capacità di essere giusti. A conclusioni difformi pervenne la corrente giurealista scandinava di Karl Olivecrona e Alf Ross, sostenitori dell'immagine di un diritto oggettivo inteso quale macchina che funzionava anche grazie alla introiezione psicologica dei cittadini. Sul punto, S. CASTIGLIONE, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, 1974.

<sup>5</sup> Thomas Jefferson rinveniva nella sviluppo della democrazia industriale i segnali della crisi e del tramonto dell'ideologia liberale. Come rileva Bognetti, molti studi sociologici avevano messo in evidenza come il modello di produzione industriale avesse sostituito ad una personalità autodiretta, tipica delle società agricolo-commerciali, una

dottrina, abbia ravvisato tra gli elementi di passaggio dallo Stato liberale a quello sociale l'introduzione del suffragio universale che permise la transizione da uno Stato monoclasse, quale quello borghese, ad uno Stato pluriclasse, al servizio degli interessi delle categorie più deboli<sup>6</sup>. Ma siffatta concezione si attrasse le critiche di chi non considerava lo Stato liberale in funzione servente agli interessi della sola borghesia e non reputava il modello liberale incompatibile con il suffragio universale, dal momento che negli Stati Uniti la generalità dei cittadini maschi godeva del diritto di voto sin dai primi anni dell' '800<sup>7</sup>. Per tale motivo, parte della dottrina giunge a ripudiare la distinzione tra democrazia governata e democrazia governante, quali metafore di distinzione tra il modello liberale e il modello democratico-sociale<sup>8</sup>.

Risulta evidente che la democrazia sociale realizzatasi in Europa, nel corso del XX secolo, presenti dei tratti caratteristici che la rendono profondamente diversa da quella che riceverà consacrazione sul suolo nordamericano.

In Gran Bretagna, all'indomani del Secondo Conflitto mondiale, si era affermato un maturo *welfare state* che contava sulla presenza di una legislazione in materia di servizio sanitario, di sistema previdenziale, di sussidi contro la disoccupazione e di un sistema fiscale altamente progressivo, con alte aliquote dell'*income tax* per i redditi più elevati, nella cornice di una Costituzione non scritta. Mutò il modo di concepire la *rule of law* che, da strumento di autolimitazione dell'azione statale nei confronti della sfera decisionale privata, si trasformò in mezzo per controllare la legittimità dell'azione della pubblica amministrazione<sup>9</sup>. In modo difforme, il modello democratico-sociale si

---

personalità eterodiretta, abituata ad inserirsi in organizzazioni precostituite e a rivendicare minore autonomia d'azione rispetto al passato. Era chiaro che, nel primo caso, l'astensionismo dello Stato fosse necessario; mentre nel secondo, si faceva strada una mentalità aperta ad un intervento pubblico regolatorio. L'autore, in tal modo, sintetizzava efficacemente il pensiero dello studioso Riesman. In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Vol. II, Torino, 2000, p. 18.

<sup>6</sup> In particolare, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1970.

<sup>7</sup> Indubbiamente, il suffragio universale è un fattore rilevante nella configurazione della forma di Stato, ma contribuisce a mutarne il volto e la struttura solo congiuntamente ad altri fattori di ordine culturale, politico e socio-economico. Come rileva Bognetti, il suffragio universale non era il fattore decisivo, visto che l'interventismo sociale dello Stato si era sviluppato, nel corso del Novecento, anche in seno ad ordinamenti autoritari che negavano il diritto di voto a determinate categorie di individui. Inoltre, il riconoscimento del suffragio universale a favore della collettività non avrebbe certo impedito il superamento dello stesso modello democratico-sociale. In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 19.

<sup>8</sup> Occorre, del resto, precisare che l'allargamento del suffragio, tra il 1920 ed il 1950, avvenne molto gradualmente. Nel 1920, il 20 per cento degli americani adulti era nato all'estero, era privo della cittadinanza americana e come tale, del diritto di voto. A tale percentuale, occorre aggiungere quella di afroamericani residenti nel Sud che erano privi dei diritti politici. Fu solo in seguito all'introduzione di severi limiti ai fenomeni migratori, nel 1924, che si ridusse la percentuale di individui privi del diritto di voto. Dal 1940 al 1950, la percentuale di immigrati era scesa dal 13 al 10 per cento, e oltre il 60 per cento dei medesimi era stato naturalizzato, potendo così esercitare il diritto di voto. Il riconoscimento del diritto di voto a favore degli afroamericani, invece, avvenne solo nel 1964. Risulta incontrovertibile che la fascia di elettorato, formatasi negli anni '20 e '30, comprendesse i gruppi sociali più deboli, molti, comprensivi di iscritti ai sindacati che offrirono un largo consenso al programma politico democratico. Ciò a dimostrazione della lentezza con cui, negli Stati Uniti, avvenne l'allargamento del suffragio. Sul punto, P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Bari, 2008, pp. 61 e ss.

<sup>9</sup> In materia di nozione della *rule of law*, di grande rilievo, fu la concezione elaborata da Dicey che influenzò le successive discussioni sullo sviluppo dello stato amministrativo. Egli sosteneva che vi fosse un conflitto tra l'ideale

diffuse sul territorio dell'Europa continentale che, all'indomani della Seconda Guerra mondiale, contava sulla presenza di Testi costituzionali scritti di pregevole contenuto, custodi di lunghe elencazioni di diritti e concilianti la materia economica con sempre più composite finalità sociali<sup>10</sup>. La stagione del costituzionalismo scritto seguiva una fiorente epoca di codificazione del diritto privato e del diritto penale che avevano contribuito ad una sistematizzazione organica di istituti e categorie giuridiche complesse<sup>11</sup>. Il modello democratico-sociale, nell'Europa continentale, presentò differenti sfumature a seconda del contesto socio-politico di affermazione e conobbe difformi applicazioni anche in ragione della diversità delle forme di governo in auge nei singoli Paesi. In un simile scenario, lo Stato assunse un volto nuovo, di imprenditore, di regolatore e di fornitore di servizi da destinare a favore della collettività<sup>12</sup>. L'affermarsi del modello democratico-

---

della *rule of law* e la crescita della *regulation*, per via amministrativa. Come rileva Horwitz, Dicey non solo tendeva ad identificare tutte le forme di *regulation* con il socialismo, ma anche a rappresentare lo stato amministrativo come un nemico perenne della legalità. In una serie di *lectures* tenute alla Harvard Law School, nel 1898, attaccò le leggi inglesi sulle fabbriche come segni preminitori del socialismo. Egli sosteneva un ideale della *rule of law* radicata nel *laissez-faire* ed inconciliabile con la figura del *welfare state* regolatore, corollario della giurisprudenza della futura era *Lochner*. Una condanna allo stato amministrativo venne anche dal *Chief Justice* inglese, lord Hewart, il quale nel libro *The New Despotism* del 1929 condannò la crescita della pubblica amministrazione. Nonostante tutto, Hewart non pervenne mai al radicalismo di Dicey ed elogiò sotto taluni aspetti il sistema di *droit administratif* francese. Entrambi, però, identificavano la *rule of law* con le sentenze emesse dalle Corti di *common law*, considerata, a pieno titolo, la *law of the land*. Non si può non rammentare, in tale sede, l'attacco sferrato dal viennese Friedrich von Hayek, di fede liberale, allo stato amministrativo. Nell'opera *La via della schiavitù* del 1944, Hayek, riteneva la nascita del socialismo incompatibile con ogni forma di legalità e affermò che il problema del socialismo risiedeva nella circostanza secondo la quale per raggiungere fini legittimi, "l'imprenditore che lavora per il profitto viene rimpiazzato da un organismo centrale di pianificazione". A parere di Hayek, una pianificazione economica centralizzata e la libera concorrenza sono due entità antinomiche. L'autore nell'opera *La programmazione e la rule of law*, sconfessò perfino il pensiero di Dicey, in merito al ruolo indispensabile delle Corti di *common law*. A suo parere, il significato più autentico della *rule of law* era associato al concetto di *Rechtsstaat* tedesco dei primi anni del XIX secolo ed implicava che "il governo in tutte le sue attività è vincolato da norme giuridiche stabilite in precedenza". In particolare, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004, pp. 426 e ss. e M.J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, 1998, pp. 259 e ss. e pp. 385 e ss. Per un'analisi del pensiero di Hayek si rimanda al rilevante contributo di R.A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, 2003, pp. 250 e ss. in cui si evidenzia come il diritto era considerato da Hayek uno strumento neutrale, generale ed astratto, che il liberalismo classico aveva affidato allo stato guardiano notturno.

<sup>10</sup> Acuta dottrina ha sottolineato come la crisi e la trasformazione delle istituzioni libero-democratiche hanno largamente coinvolto e trasformato lo Stato di diritto. Una nuova rappresentazione del fenomeno statale era stata avviata dopo la Prima Guerra mondiale nella Repubblica di Weimar e nella Seconda Repubblica spagnola, che tentò di integrare i gruppi sociali nello Stato pluriclasse, ma si scontrò con le degenerazioni dei totalitarismi. Fu solo dopo il Secondo Conflitto mondiale che venne superato lo Stato agnostico delle democrazie liberali e delle libertà negative, segnando il passaggio verso lo Stato sociale che si proponeva di costituzionalizzare i diritti sociali, rimuovendo tutti quegli ostacoli, anche di ordine economico, che si frapponevano al godimento di quei diritti e di quelle libertà. In particolare, A. REPOSO, *Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo: appunti di un comparatista*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 8 del 2004, p. 397

<sup>11</sup> In particolare, Reposo rileva come: "nel '900, la Costituzione ha cominciato a presentarsi anche in Europa come un raffinato sistema di tecniche giuridiche volte a disciplinare l'organizzazione politica e i diritti, efficacemente tutelati dalla giustizia costituzionale. Al processo di costituzionalizzazione delle fonti seguiva, infatti, l'abbandono del primato attribuito alla legge nello Stato liberale e la sua subordinazione ai valori della Costituzione, così come interpretata dalle Corti costituzionali". In particolare, A. REPOSO, "Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo: appunti di un comparatista", in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 8 del 2004, p. 397.

<sup>12</sup> La Costituzione italiana include espressamente, accanto ai diritti politici e alle libertà civili, i diritti sociali della persona e i principi dell'intervento dello Stato nell'economia, in virtù di un nutrito ed organico corpo di precetti che si compendiano nella fondamentale norma-principio dell'art. 3, comma 2, Cost. Il tentativo di compendiare le esigenze della proprietà privata con quelle sociali è facilmente intuibile dalla lettura del disposto dell'art. 41 Cost. La differenza

sociale, in Europa, avvenne in modo graduale, a cavallo dei due conflitti mondiali, e ricevette piena consacrazione, sul finire degli anni '40, in Testi costituzionali che costituirono il ripudio delle tragiche degenerazioni dei regimi totalitari che giunsero alla radicale negazione dei valori più intimi inscritti nel genoma dell'umanità.

Anche negli Stati Uniti d'America, la metamorfosi costituzionale avvenne in ragione di circostanze eccezionali che misero a nudo i difetti e i limiti del modello liberale. Fu così che la estremizzata protezione dei diritti di libertà economica, in particolare la libertà di impresa, di contratto e il diritto proprietà privata, all'ombra della *due process of law clause* e nel contesto di un mercato sempre meno equilibrato e plurale, iniziò a vacillare. L'interpretazione cauta e restrittiva della *interstate commerce clause* a difesa di un ruolo minimo dello Stato nell'economia, nella cornice del federalismo duale, mostrò tutti i suoi limiti innanzi alle sempre più crescenti degenerazioni del modello di produzione capitalistico. Anche il modello del *Congressional Government* presentava dei limiti, dovuti alla lentezza estrema con cui funzionava il potere legislativo.

I limiti e le aporie del modello liberale vennero colti dal Presidente Theodore Roosevelt che colpì efficacemente i monopoli industriali e finanziari e dal Presidente Wilson che introdusse speciali forme di tutela del lavoro minorile e apposite discipline del settore creditizio<sup>13</sup>. Con la creazione del *Federal Reserve System* si approntò una organica riforma dell'intero apparato bancario in senso federale, al fine di tutelare l'interesse di tutti i componenti la federazione, riducendo la creazione di gruppi di potere sul versante dell'*East Coast*<sup>14</sup>. Il fenomeno della corruzione politica nei grandi

---

qualitativa rispetto al modello liberale ottocentesco è analizzabile in virtù di un raffronto testuale con le speculari disposizioni dello Statuto Albertino del 1848. Il *Grundgesetz* tedesco contiene un elenco meno dettagliato, ma all'art. 20 afferma il carattere democratico e sociale della Repubblica federale tedesca. In Francia, la Costituzione del 1958, richiama nel Preambolo la Dichiarazione dei diritti del 1789 e all'art. 2 sancisce il carattere democratico e sociale della Repubblica francese.

<sup>13</sup> Occorre precisare che, nel 1907, a seguito di un grave *bank panic*, venne istituita una Commissione Monetaria Nazionale per risolvere i problemi monetari. L'anno successivo venne approvato l'*Aldrich-Ureeland Act*, introduttivo di misure temporanee a sostegno del credito e della moneta. Fu nel 1913 che venne approvato il *Federal Reserve Act* che istituì il *Federal Reserve System* e prevedeva la cd. *discount window* che consentiva di erogare prestiti in danaro o sotto altra forma, alle banche in difficoltà. Nel 1914, un nuovo, grave *bank panic*, dovuto alla crisi nel mercato agricolo, spinse ad approvare l'*Edge Act* che istituì le *Edge Act Corporations*, speciali organi sussidiari delle banche statunitensi, tenute a garantire servizi bancari internazionali e a finanziare il commercio con l'Europa, l'Asia e l'America Latina. Ulteriore provvedimento, il *McFadden Act*, venne approvato nel corso del 1927, che prevede che ciascuna banca che intendeva stabilire una sede o una succursale in uno dei singoli Stati federati, doveva rispettare le norme locali sull'*interstate* e sul *branch banking*. In particolare, E. WICKER, *The Great Debate on Banking Reform Nelson Aldrich and the Origins of the Fed*, Columbus, 2005, pp. 42 e ss., R.W. HAFER, *The Federal Reserve System. An Encyclopedia*, Westport, 2005, p. xii, M. MAYER, *The Fed: The Inside History of How World's Most Powerful Financial Institutions Drives the Markets*, New York, 2001, pp. 55 e ss., nonché, per una disamina storica sul *Federal Reserve System*, D. WELLS, *The Federal Reserve System: A History*, Jefferson, 2004.

<sup>14</sup> Al vertice della *Federal Reserve* vi è il *Board of Governors* cui si affianca una struttura regionale suddivisa in dodici distretti cui fanno capo le *Regional Federal Reserve Banks*. I membri del *Board*, congiuntamente a cinque rappresentanti delle banche della Riserva federale facevano parte anche del *Federal Open Market Committee*. Le dodici Banche della Riserva Federale che completano il quadro del *Federal Reserve System* sono collocate nelle città di Boston, New York, Philadelphia, Cleveland, Richmond, Atlanta, Chicago, St. Louis, Minneapolis, Kansas City, Dallas e San Francisco. All'interno dei *Federal Reserve Districts* sono ricompresi venticinque *branch offices*, ossia delle succursali che collaborano con le singole Banche del Distretto. Dei cinque rappresentanti delle Banche della Riserva

centri urbani, suggellata da una eccessiva diffusione del voto di scambio, indusse ad approvare riforme organiche nei metodi della pubblica amministrazione e dell'organizzazione della giustizia. Le riforme approntate sino ad allora, a livello federale, presentavano un carattere episodico e riuscirono ad arginare le conseguenze negative di cicli economici e di *financial panics* dalla durata limitatata. Ma quando nel 1929 si verificò il crollo della borsa di Wall Street che in soli tre anni dimezzò il PIL degli Stati Uniti e gettò nella disoccupazione, senza soccorsi, milioni di lavoratori, il Paese entrò nella spirale di una tragica recessione che, come rileva Boggetti, indusse “*la maggioranza [dei cittadini americani], da tempo educata ad avvalersi dello strumento del voto, ad insediare al potere a Washington chi prometteva di instaurare nell’Unione un vero e proprio nuovo regime (New Deal)*”<sup>15</sup>. La Grande Depressione che seguì al ‘*Great Crash*’ del ’29, mise in evidenza la gravità dell’elevato tasso di disoccupazione involontaria raggiunto che costrinse le categorie più deboli a vivere in condizioni di estrema indigenza<sup>16</sup>.

L’allora Presidente in carica, Herbert Hoover, non riuscì ad arginare l’aggravarsi degli effetti cagionati dal *great crash*. L’istituzione del *Federal Farm Board*, in virtù dell’*Agricultural Market Act* del 1929 e della *Reconstruction Finance Corporation*, si dimostrarono insufficienti e parziali per sanare la crisi, mettendo a nudo l’incapacità di un Presidente, repubblicano e fortemente

---

Federali, membri della *Federal Open Market Committee*, solo quello facente capo alla Banca di New York detiene un ruolo stabile, gli altri quattro membri hanno un mandato che varia dai due ai tre anni. Le dodici Banche Federali ricoprono, inoltre, il ruolo di agenti fiscali per il *Federal Government*, oltre a proporre il tasso di sconto. Sul punto, B. SHULL, *The Fourth Branch, The Federal Reserve’s Unlikely Rise to Power and Influence*, Westport, 2005, pp. 56 e ss.,

<sup>15</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 29. Sul valore semantico da attribuire al lemma *New Deal*, si rimanda al contributo di Sunstein il quale richiama il pensiero di Roosevelt e sottolinea come il sostantivo “*Deal implied that government itself was going to use affirmative action to bring about its avowed objectives ... The word New implied that a new order of things designed to benefit the great mass of our farmers, workers and business men would replace the old order of special privilege in a Nation was completely ... disgusted with existing dispensation*”. In particolare, C.R. SUNSTEIN, “Constitutionalism After the New Deal”, in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), p. 424.

<sup>16</sup> Gli anni ’20 avevano costituito, infatti, gli anni di un cieco conservatorismo e della politica neo-mercantilistica e protezionistica di Harding a Coolidge. Le elevate barriere doganali erette, avevano lo scopo di porre al sicuro l’industria americana dalla concorrenza estera, ma si rivelarono ben presto una forma di voluto isolazionismo politico ed economico che, nell’immediato, provocò una forte crescita della produzione interna, ma nel medio termine cagionò il collasso del sistema economico. Infatti, l’aumento della base produttiva non fu seguito da un incremento dei redditi *pro-capite* dei singoli lavoratori, il *surplus* prodotto negli Stati Uniti non trovava pieno sbocco sui mercati esteri, i monopoli aumentarono notevolmente e il mercato azionario era divenuto il luogo di speculazioni senza limiti. L’inasprimento delle tariffe doganali raggiunse il suo livello più elevato in virtù dello *Smoot-Hawley Act* del 1930 che asservì il Governo alle esigenze del *big business*, nella cornice di un estremizzato ideale di *laissez-faire*. Molti studiosi hanno rinvenuto, nello *statute*, una delle cause formali del crollo del 1929. Sul punto, in particolare, R.L. STERN, “The Commerce Clause and the National Economy”, in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 653 e s., B. BEAUDREAU, *How the Republican Caused the Stock Market Crash of 1929: GPT’s Failed Transitions and Commercial Policy*, New York, 2005, pp. 78 e ss. nonché J.B. MADSEN, “Trade Barriers and the Collapse of World Trade during the Great Depression”, in *Southern Economic Journal*, 1995, Vol. 4, No. 67, pp. 849 e ss. e M. CRUCINI, J. KAHN, “Tariffs and Aggregate Economic Activity: Lessons from the Great Depression”, in *Journal of Monetary Economics*, 2001, Vol. 3, No. 38, pp. 430 e ss.

liberista, di stilare un programma organico di politica economica in grado di sanare i fallimenti dei mercati<sup>17</sup>.

Il dissesto economico interno determinò la vittoria, nel 1932, di un candidato democratico quale Franklin Delano Roosevelt che si faceva portavoce di un ampio programma d'intervento per fronteggiare la crisi e contava su di una larga maggioranza democratica in seno al Congresso<sup>18</sup>.

Il nuovo volto assunto dall'apparato dei pubblici poteri scardinò una secolare tradizione di astensionismo dello Stato dalla vita economica all'ombra della *due process of law* (V e XIV emendamento) e nella cornice del *dual federalism*. Per superare la radicata tradizione di uno Stato minimo nell'apparato e nella funzione, si sarebbe potuto optare per una modifica costituzionale come accadde in Svizzera, ma quello strumento non era utilizzabile negli Stati Uniti di allora, visto che Roosevelt non godeva di una maggioranza tanto ampia da assicurargli il consenso dei due terzi dei voti nella Camera dei Rappresentanti e i tre quarti dei consensi nel Senato secondo quanto previsto dall'art. V della Costituzione. In Svizzera, invece, occorre il consenso della maggioranza popolare in sede di consultazione referendaria e della maggioranza dei Cantoni. In tale periodo, l'*emendatio* costituzionale fu assai rara a differenza del periodo della *Reconstrued Constitution* e della *Progressive Era*<sup>19</sup>.

Il percorso di riforma che costituì una vera e propria rivoluzione del costituzionalismo americano, avvenne in virtù di leggi ordinarie altamente innovative che solo la differita convalida della Corte Suprema rese pienamente effettive ed efficaci. Accadde così che il *Federal Governemnt* si fece promotore di un programma politico riformista, suggellato in una serie di *statutes* che, nel pensiero di Roosevelt, riflettevano il significato più profondo della Costituzione e del substrato di valori ad essa sottesi. Per tale motivo, il mutamento della Costituzione americana e dei principi costituzionali che sovrintendevano la materia socio-economica, la struttura dei poteri sull'asse verticale e orizzontale e il ruolo del *Federal Government*, non avvenne in virtù di formali revisioni della lettera

---

<sup>17</sup> Il *Federal Farm Board* era un organsimo per il sostegno dei prezzi agricoli, mentre la *Reconstruction Finance Corporation* era un istituto creato per salvare le banche dal fallimento e per interrompere la pericolosa spirale deflazionistica che si era innervata nel sistema. Per una disamina approfondita della natura e dei fattori eziologici del *Great Crash*, si rimanda al contributo di V. CASTRONOVO, M. FRIEDMAN, J.K. GALBRAITH, J. ROBINSON, P. SAMULESON, "Il grande crollo 50 anni dopo", in *Il Mondo*, suppl. al n. 44 del 2 novembre 1979. Sul valore anticipatorio della legislazione agricola del *New Deal*, ad opera dell' *Agricultural Market Act*, si rimanda al contributo di rilievo di G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione. Alla luce dell'esperienza statunitense*, Milano, 1964, p. 124.

<sup>18</sup> In modo speculare, molti Stati federati affidarono il ruolo di Governatore a candidati e a forze politiche che propugnavano programmi simili a quelli stilati a livello federale. In tal modo, le misure apprestate dai pubblici poteri, statali e federali, al di là delle peculiarità che li tipizzavano, intendevano, in modo congiunto, incidere sulle dinamiche interne del mercato, correggendone le numerose distorsioni.

<sup>19</sup> Il Dipartimento di Giustizia brancolava nel buio, non sapendo se elaborare emendamenti dettagliati o generici. Vi era il rischio che i nuovi emendamenti fossero interpretati restrittivamente dalla Corte Suprema. L'*amending clause* conteneva un procedimento farraginoso e la riverenza del popolo alla Costituzione ne avrebbe screditato il prestigio politico. Ecco perché fu abbandonato il proposito di emendare la Costituzione. Sul punto, D.V. KYVIG, "The Road Not Taken: FDR, the Supreme Court and the Constitution Amendements", in *Political Science Quarterly*, Vol. 104, (1989), pp. 473 e ss., nonché, in linea generale, S.G. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, Bologna, 1996, pp. 72 e ss.

del Testo costituzionale, bensì attraverso profonde e non formalizzate trasformazioni dei significati sottesi ai singoli precetti. L'adesione ad una moderna concezione valoriale della Costituzione inaugurò una stagione costituzionale sganciata dai rigidi dettami dell'ideologia liberale e segnò il passaggio al modello democratico e sociale in grado di esaltare il valore del disposto normativo e la sua polivalenza applicativa, in luogo del pregresso formalismo restrittivo<sup>20</sup>. Ogni clausola costituzionale diveniva, in tal modo, una *rule* ad ampio spettro nomologico, munita di una intrinseca elasticità. La metamorfosi costituzionale non avvenne, però, in modo agevole. Il conflitto raggiunto tra la Corte Suprema e la Presidenza divenne forte e pose i due organi federali su posizioni gravemente inconciliabili. Le reticenze della Corte al *New Deal* di Roosevelt erano il riflesso di quella radicata ortodossia liberale e liberista che aveva pervaso, sino ad allora, la giurisprudenza costituzionale. L'*overruling* di una ermeneutica che aveva dato vita al concetto di *economic due process* avvenne solo dopo svariate bocciature del primigenio programma di Roosevelt e dopo la minaccia presidenziale di incidere significativamente sulla struttura della Corte, mutandone gli equilibri decisionali interni.

Occorre, comunque, rilevare come il pregresso *ethos* liberale fosse profondamente radicato nella cultura e nella tradizione, giuridica e politica, statunitensi. Per tali motivi la trasformazione costituzionale avvenne in modo graduale e con non poche battute d'arresto.

L'anima del *New Deal* consisteva in una serie di interventi pubblici che ponevano significative regolamentazioni delle attività economiche, finanziamenti a scopo di incentivo, tassazioni mirate, ampi programmi di costruzione di nuove opere pubbliche, speciali enti pubblici con il ruolo di imprenditori, avanzati sistemi previdenziali ed assicurativi per i lavoratori con lo specifico fine di risollevere l'economia in virtù di un poderoso programma d'intervento stilato dal *Federal Government*. L'essenza del *New Deal* di Roosevelt poggiava proprio sulla consapevolezza che solo lo Stato federale disponesse delle risorse e dei poteri necessari per sanare le gravi deviazioni occorse nel mercato. La legislazione *newdealista* si pose in netta controtendenza con quella tipica del periodo liberale. Se nello Stato liberale il principio di pareggio del bilancio era una regola di importanza fondamentale cui si poteva derogare solo in presenza di situazioni di emergenza, nel corso della Presidenza di Roosevelt venne legittimata una politica di bilancio in permanente disavanzo (*deficit spending*) che si ispirava alle teorie macroeconomiche keynesiane<sup>21</sup>. La 'terapia

---

<sup>20</sup> Non occorre modificare la Costituzione, bastava semplicemente assicurarne una interpretazione ed una applicazione, in sede legislativa e pretoria, che superasse le barriere della patina esasperata della forma e della lettera, per meglio coglierne il tessuto valoriale sottostante, ampio e meglio rispondente alle dinamiche della realtà esterna. Sul punto, C.R. SUNSTEIN, "Constitutionalism After the New Deal", in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), p. 422 e ss.

<sup>21</sup> Fu di straordinaria rilevanza la lettera che John Maynard Keynes scrisse a Roosevelt, nel dicembre del 1933, in risposta alla precedente lettera che il Presidente aveva indirizzato all'economista ed in cui Keynes mosse una serie di critiche al *National Industrial Recovery Act* e fornì numerosi suggerimenti al Presidente americano, ben cosciente del fatto che la crisi non era dovuta ad una mera congiuntura temporanea e che non rientrava nelle leggi della semplice



economica' keynesiana, occupando, attraverso la spesa pubblica, lavoro altrimenti privo di sbocco, avrebbe dovuto cagionare uno sviluppo aggiuntivo del sistema economico in grado di mantenere stabile il livello generale dei prezzi nonostante l'aumento di liquidità provocato da un forte incremento della pressione tributaria<sup>22</sup>.

Nei famosi primi "cento giorni" della sua Presidenza, Roosevelt stilò drastici programmi di sostegno all'economia. Il suo programma di riforme risentiva dell'influenza dell'opera di Adolf Berle jr., dal titolo *The modern Corporation and the New Property*, scritta nel 1932 in collaborazione con Gardner Means in cui proposero l'introduzione di forme attive di collaborazione tra Stato e grandi imprese al fine di dare vita ad un nuovo *ordo oeconomicus*<sup>23</sup>. Diversamente,

---

ciclicità. Keynes precisò che: "*N.I.R.A., which is essentially Reform and probably impedes Recovery, has been put across too hastily, in the false guise of being part of the technique of Recovery ... My second reflection relates to the technique of Recovery itself. The object of recovery is to increase the national output and put more men to work. In the economic system of the modern world, output is primarily produced for sale; and the volume of output depends on the amount of purchasing power, compared with the prime cost of production, which is expected to come on the market. Broadly speaking, therefore, an increase of output depends on the amount of purchasing power, compared with the prime cost of production, which is expected to come on the market*". Il fatto che tra lo statista e l'economista vi fosse un rapporto di profonda stima e di reciproca ispirazione è confermato dal fatto che nella parte conclusiva della lettera Keynes mostrò tutta la sua disponibilità a supportare tecnicamente la politica del *New Deal* ed elogiò il Presidente Roosevelt, asserendo che: "*You may be feeling by now, Mr President, that my criticism is more obvious than my sympathy. Yet truly that is not so. You remain for me the ruler whose general outlook and attitude to the tasks of government are the most sympathetic in the world. You are the only one who sees the necessity of a profound change of methods and is attempting it without intolerance, tyranny or destruction*". L'articolo di Keynes, dal titolo "*From Keynes to Roosevelt: Our Recovery Plan Assayed*", fu pubblicato sul numero del *New York Times* del 31 dicembre del 1933. Sul punto, G. BROSIO, *Equilibri instabili. Politica ed economia nell'evoluzione dei sistemi federali*, Torino, 1994, p. 124.

<sup>22</sup> Le teorie di Keynes si ponevano in netta antitesi con le dottrine economiche neoclassiche e propugnavano la necessità di un diretto intervento pubblico nell'economia attraverso politiche fiscali e monetarie mirate, qualora la domanda aggregata non fosse riuscita a garantire il raggiungimento di una situazione di piena occupazione. Tra le opere più importanti di John Maynard Keynes, si annovera la *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, pubblicata nel 1936 e considerata, ancora oggi, come il nucleo teorico principale della moderna macroeconomia. Attraverso il concetto di domanda aggregata, Keynes esplicò le variazioni del livello complessivo delle attività economiche per come osservate nel corso della Grande Depressione. A parere di Keynes, il reddito nazionale si componeva di consumi, investimenti, risparmio e spesa pubblica. In una condizione di sotto-occupazione e di capacità produttiva inutilizzata risultava necessario una stimolazione pubblica della domanda aggregata. Per aumentare il reddito e l'occupazione occorre implementare la spesa per consumi e gli investimenti. Keynes non credeva nelle virtù autocorrettive del mercato e sosteneva che per raggiungere un equilibrio di piena occupazione occorresse sempre un intervento pubblico di sostegno della domanda aggregata. Lo studioso nel corso della *Sidney Ball Lecture*, tenuta ad Oxford nel novembre del 1926, condannò i principi metafisici sui quali si fondava il sistema di *laissez-faire* e precisò che: "*Non è vero che gli individui posseggano una «libertà naturale» nelle loro attività economiche. Non vi è alcun patto che conferisca diritti perpetui a coloro che posseggono o a coloro che acquistano. Il mondo non è governato dall'alto in modo che gli interessi privati e sociali coincidano sempre. Esso non è condotto quaggiù in modo che in pratica essi coincidano. Non è una deduzione corretta dai principi di economia che l'interesse egoistico illuminato operi sempre nell'interesse pubblico. Né è vero che l'interesse egoistico sia generalmente illuminato; più spesso individui che agiscono separatamente per promuovere i propri fini sono troppo ignoranti o troppo deboli persino per raggiungere questi. L'esperienza non mostra che gli individui, quando costituiscono un'unità sociale, siano sempre di vista meno acuta di quando agiscono separatamente*".

<sup>23</sup> In particolare, Zorzi Giustiniani evidenzia come, per Berle e Means, le grandi società per azioni quotate in borsa e caratterizzate da un'ampia diffusione dei titoli azionari, nonché sulla separazione tra proprietà del pacchetto azionario e controllo esercitato dal *management*, possono essere definite *quasi-public corporations* poiché, in ragione dei poteri e dell'autonomia di cui godono le *big corporations*, sarebbero assunte ad istituzioni sociali con ampie responsabilità in campo economico, sociale e politico. Gli autori sottolineano come il *corporate system* entri in diretta competizione con lo Stato che rischia di essere sopraffatto dal modello della moderna società anonima. Sul punto, A.G. ZORZI

Rexford Tugwell credeva nell'importanza di un coordinamento governativo del sistema industriale e riteneva necessaria una pianificazione pubblica al fine di indirizzare gli investimenti delle grandi imprese verso fini sociali. Il "cooperazionsimo" di Berle coesisteva con il "collettivismo" di Tugwell e con il "corporativismo" di Hugh Johnson ed influenzarono l'azione e l'iniziativa del Presidente Roosevelt di cui erano stretti collaboratori. Il fatto che la nuova Presidenza fece un largo uso del potere della finanza pubblica per sostenere lo sviluppo economico non costituì una novità nel panorama statunitense, visto l'intervento federale per favorire l'espansione verso Ovest e la costruzione della rete ferroviaria nel corso del XIX secolo. Ma il *New Deal* costituì ben altro che un mero intervento economico a sostegno delle imprese. Esso si proponeva, in virtù di un programma di *pump-priming*, di ottenere una più equa distribuzione del reddito e di connotare in senso quasi-dirigistico la conduzione dell'economia<sup>24</sup>.

*In primis*, fu approvato l'*Emergency Banking Act* in virtù del quale venne disposta la chiusura di tutti gli istituti di credito al fine di monitorarne la struttura e le carenze organizzative (cd. *Bank Holiday*). Gli sportelli vennero riaperti all'indomani dell'approvazione del *Glass Steagall Act* che introdusse l'assicurazione federale sui depositi bancari e separò il circuito credito/depositi dal mercato finanziario che doveva limitarsi a collocare, nel modo più corretto ed informato possibile, i capitali necessari alle imprese. Lo *statute* intese evitare la creazione di pericolosi intrecci relazionali tra il mondo bancario e quello industriale, scongiurando il rischio di creazione di una oligarchia finanziaria secondo il giudizio critico del Giudice Louis Brandeis<sup>25</sup>. Il pregio del *Glass Steagall Act* fu, soprattutto, quello di essere riuscito a separare l'attività svolta dalle banche commerciali da quella svolta dalle banche d'investimento, introducendo una uniforme *regulation* federale dell'intero settore creditizio e impedendo alle banche commerciali o a società, dalle medesime controllate, di sottoscrivere, detenere, vendere o acquistare titoli emessi da imprese private<sup>26</sup>. Il

---

GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1984, p. 100.

<sup>24</sup> Sul punto, A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1984, pp. 86 e ss., il quale rileva che, al di là, dei naturali limiti del programma di Roosevelt, il *New Deal* non potesse essere riposto "nel letto di Procuste del Keynesismo", come ebbe modo di affermare Lucio Villari.

<sup>25</sup> In particolare, sull'oligarchia finanziaria di Wall Street, sulla loro reticenza ad una regolazione federale del settore creditizio e sullo strapotere detenuto dalle banche d'investimento, si rinvia all'opera di L. BRANDEIS, *The Other People's Money and How the Bankers Use It*, New York, 1914, p. 4 e pp. 203 e ss.

<sup>26</sup> Il *Glass Steagall Act* del 1933 non deve essere confuso con il *Glass Steagall Act* del 1932 che conferì maggiore libertà d'azione alla *Federal Reserve* nell'erogare prestiti a favore degli istituti di credito in difficoltà. La legge bancaria del 1933 stabilì un sistema federale di assicurazione dei depositi bancari, attraverso la *Federal Deposit Insurance*, cui dovettero aderire tutte le banche nazionali. Per le banche statali l'adesione era opzionale. La legge fece anche divieto di pagare gli interessi sui depositi a vista (*checking accounts*). La separazione tra banche di investimento e banche commerciali fu motivata dai risultati di una indagine condotta nel 1932 dal *Pecora Committee*, dal nome del suo Presidente, Ferdinand Pecora, che indagò sulle cause dei fallimenti di numerosi istituti di credito nel corso del 1929. La Commissione appurò che alcune banche avevano collocato presso i propri clienti titoli emessi da imprese loro affidate. I fondi raccolti servivano, dunque, a rimborsare i prestiti precedentemente concessi dalla banca. In tal modo, le banche trasformavano potenziali sofferenze in emissioni collocate presso i propri clienti. Molte furono le critiche mosse

Presidente dispose la riapertura di quegli istituti di credito i cui bilanci apparivano sufficientemente solidi e autorizzò l'emissione di nuove banconote da parte delle *Federal Reserve Bank*, abbandonando il vigente sistema del *Gold Standard*<sup>27</sup>. Di particolare rilevanza, furono anche il *Securities Act* del 1933 ed il *Securities Exchange Act* del 1934 che istituì la *Securities Exchange Commission* (cd. *SEC*), una Commissione di vigilanza sulle società e la borsa, in virtù dei quali si imposero precise regole deontologiche di trasparenza e di correttezza in capo gli operatori del mercato finanziario<sup>28</sup>. L'anno successivo, il Congresso approvò il *Banking Act* con cui vennero ampliati i poteri della *Federal Reserve* e fu introdotta la *Regulation Q* che consentiva alla Banca Centrale di fissare i tassi di interesse sui depositi<sup>29</sup>.

Siffatti interventi si inserirono nel quadro del cd. Primo *New Deal* che si connotò per una serie di *statutes* dalla portata innovativa e fortemente incisiva nei vari segmenti della vita economica e finanziaria. Tra le altre misure, fu approvato, nel 1933, il *National Industrial Recovery Act* che autorizzava il Presidente a far redigere alla *National Recovery Administration* codici di condotta (cd. di *fair competition*) vincolanti nei confronti degli imprenditori e dei lavoratori, i quali stabilivano precise regole in materia di concorrenza tra imprese, di livello generale dei prezzi e di

---

all'operato della Commissione Pecora, visto che i titoli collocati dalle banche commerciali avevano subito minori perdite di quelle subite dalle banche di investimento, sottacendo, però, il fatto che le banche commerciali disponevano di informazioni privilegiate sulle condizioni finanziarie dei loro clienti, potendo, così, valutare in anticipo la rischiosità di un investimento. Per un'analisi della relazione redatta da Ferdinand Pecora si rinvia alla sua opera, F. PECORA, *Wall Street Under Oath: The Story of Our Modern Money Changers*, New York, 1939. Per un commento generale, si rimanda al contributo di E.D. RUSSELL, *New Deal Banking Reforms and Keynesian Welfare State Capitalism*, New York, 2008, pp. 47 e ss. e di A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1984, pp. 145 e ss.

<sup>27</sup> Nel 1933, il Presidente Roosevelt provvide alla creazione dell'*Home Owners' Loan Corporation*, un ente pubblico destinato a convertire le ipoteche iscritte dalle banche sulle case di abitazione in titoli governativi, al fine di salvare dalla vendita all'asta i beni immobili gravati da mutui ipotecari in sofferenza.

<sup>28</sup> Il *Securities Act* aveva conferito alla *Federal Trade Commission* il compito di controllare e di vigilare sull'emissione di titoli azionari, avendo diritto di esigere dagli amministratori delle *corporations*, informazioni dettagliate sull'andamento delle società emittenti e di incriminare coloro i quali avevano fornito notizie o dichiarazioni false. Lo *statute* del 1934, trasferì le funzioni della *Federal Trade Commission* alla *SEC*, cui venne conferito il compito di sorvegliare l'emissione e la vendita al pubblico di titoli azionari, di reprimere condotte fraudolente, di regolare l'attività svolta dagli agenti di cambio e dagli operatori di borsa, di disciplinare la struttura e l'attività delle società finanziarie e d'investimento e di controllare non solo il momento della distribuzione dei titoli, ma anche quello succedaneo delle negoziazioni, per meglio tutelare gli investitori. Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno alla piccola e media impresa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1986, pp. 78 e ss. Occorre anche rammentare lo *Holding Companies Act* del 1935 che soppresse tutte le società per azioni di pubblica utilità che esistevano esclusivamente per interessi finanziari. Sul punto, K.C. WHEARE, *Del Governo federale*, Bologna, 1997, p. 233.

<sup>29</sup> Il *Banking Act* ebbe poi, il merito di ampliare i poteri del *Board of Governors* del *Federal Reserve System* in materia di fissazione dei tassi di sconto e dei massimali della riserva obbligatoria per le banche aderenti al sistema. Aumentò anche i poteri della *Federal Open Market Committee* che divenne supervisore e gestore delle operazioni di mercato aperto. Sempre nel 1934 fu approvato il *Gold Reserve Act* il quale proibiva la circolazione o il solo possesso privato, a scopo di circolazione, di monete d'oro, eccezion fatta per quelle da collezione e sancì che le monete d'oro non avevano più corso legale negli Stati Uniti. Il provvedimento segnò l'abbandono definitivo del regime del *Gold Standard*, facendo venir meno la regola seconda la quale tutta la valuta cartacea potesse essere convertita in oro presso una qualsivoglia banca nazionale. Per un'analisi della struttura complessiva e delle relazioni intrasistemiche del *Federal Reserve System* si rinvia al contributo di B. SHULL, *The Fourth Branch, The Federal Reserve's Unlikely Rise to Power and Influence*, Westport, 2005, pp. 57 e ss., nonché D.M. JAFFE, *Money, Banking and Credit*, New York, 1989, pp. 129 e ss.

rapporti di lavoro (livello della retribuzione ed orario massimo e minimo di lavoro). I codici riflettevano i pregressi accordi raggiunti dai rappresentanti della maggioranza delle imprese e dalle organizzazioni sindacali attive in ciascun comparto produttivo, riflesso di un diffuso potere di autoregolazione affidato alle imprese private<sup>30</sup>. Lo *statute* federale istituì, inoltre, un'Agenzia federale, la *Public Work Administration* avente il delicato compito di gestire i fondi stanziati a livello federale.

Al fine di favorire la ripresa del settore agricolo, venne varato l'*Agricultural Adjustment Act* che fissava autoritativamente le quote massime di produzione, stabiliva acquisti governativi di prodotti immagazzinabili, aiuti finanziari agli agricoltori, misure fiscali sulle attività di trasformazione dei prodotti agricoli e incentivava la riduzione della superficie agraria coltivabile dietro corresponsione di un indennizzo in danaro. La determinazione autoritativa del livello quantitativo della produzione agricola intendeva porre un argine al *surplus* di *output* che sarebbe derivata da una concorrenza sfrenata tra produttori. Un *executive order* del 1933 istituì, successivamente, la *Farm Credit Administration* per consentire agli agricoltori di estinguere i mutui ipotecari contratti con le banche, al fine di evitare i crescenti pignoramenti dei fondi agricoli. Venne, di poi, approvato una legge istitutiva del *Civilian Conservation Corps*, un organismo per la difesa e la tutela delle risorse naturali<sup>31</sup>.

Nell'aprile del 1933, il Congresso approvò, su iniziativa del Presidente, il *Tennessee Valley Authority Act* che istituì la *Tennessee Valley Authority*, una *public corporation* destinata a valorizzare una delle aree più depresse del Paese. L'ente pubblico riuscì in poco tempo ad imbrigliare il corso d'acqua del fiume Tennessee, utilizzandolo per la produzione di energia elettrica, per l'irrigazione delle terre limitrofe e per il funzionamento delle fabbriche<sup>32</sup>. Nel 1934 fu

---

<sup>30</sup> In particolare, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004, pp. 389 e s. Per un'analisi dettagliata del *National Industrial Recovery Act*, considerato elemento fondante il primo *New Deal* si rimanda ai contributi di R.L. STERN, "The Commerce Clause and the National Economy", in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 653 e ss., il quale rammenta che la *Section 9* dello *Statute* federale autorizzava il Presidente a proibire il trasporto e l'immissione nel flusso commerciale interstatale di petrolio e di derivati dal petrolio prodotti in violazione della legge statale. HAWLEY, *The New Deal and the Problem of Monopoly*, New York, 1966 nonché SCHLESINGER JR., *The Age of Roosevelt: The New Deal in Action*, McMillan, 1958. Come rileva Zorzi Giustiniani, il *National Industrial Recovery Act* determinò una sospensione "virtuale" della legislazione *antitrust* che avrebbe dovuto favorire una maggiore collaborazione tra potere pubblico e imprese private, ma che alla fine si rivelò un valido strumento per rafforzare la posizione dei grandi monopoli. In particolare, A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1984, pp. 78 e ss.

<sup>31</sup> Sul punto, A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1984, p. 77.

<sup>32</sup> La *Tennessee Valley Authority* era un ente investito di poteri governativi, ma contava su di una flessibilità organizzativa simile alle imprese private. Nella Valle in cui operava l'Autorità federale vi era un impianto di nitrati e una diga (cd. *Wilson Dam*), fatta costruire dal Governo federale presso *Muscle Shoals*. L'intento del Governo era quello di assicurare uno sviluppo commerciale dell'area e di evitare, attraverso la costruzione di altre dighe, straripamenti nella parte meridionale del fiume Mississippi. Erano stati avviati programmi per un miglioramento delle condizioni del suolo e di rimboschimento, al fine non solo di migliorare le condizioni economiche di una zona fortemente depressa, ma anche di dare lavoro a molti disoccupati della regione. L'Autorità operava nel territorio dello Stato del Tennessee, di parte dell'Alabama, del Mississippi, del Kentucky, della Georgia, della North Carolina e della Virginia. L'Autorità è

approvato il *Taylor Grazing Act* con lo scopo di preservare le risorse naturali e di promuovere il benessere economico degli Stati Uniti<sup>33</sup>. Nel 1934 venne, poi, approvata una legge sul pensionamento del personale delle ferrovie che introduceva disposizioni obbligatorie (*Railroad Retirement Act*).

Il *corpus* normativo varato nel 1933 dal Congresso federale, su iniziativa del Presidente Roosevelt, aveva determinato un ampio intervento in materia economica, avvalendosi di una interpretazione elastica di clausole costituzionali quali la *Interstate Commerce Clause* e di quella inerente lo *spending power* del Congresso. Ma siffatto approccio confliggeva con la classica interpretazione fornita dalla Corte Suprema che aveva sempre escluso che la produzione e la manifattura fossero suscettibili nel lemma *commercium* in cui non poteva, del resto, ricomprendersi neppure la disciplina dei rapporti di lavoro né tantomeno la regolazione delle attività e della produzione agricole. Queste materie erano tutte sottese al *police power* statale che si limitava a garantirne un equilibrato svolgimento senza mai invaderne, in modo eccessivo, il nucleo più intimo, in ossequio all'ideale liberale dello Stato minimo.

La Corte Suprema aveva riconosciuto in capo al Congresso federale il solo potere di disciplinare quelle attività (di sicuro rilievo economico) che incidessero direttamente (*directly*) sul commercio interstatale o che fossero attratte nel circuito della corrente di commercio tra Stati (*stream or current of commerce*). Analogamente il potere di tassare doveva essere utilizzato solo per finanziare limitati interventi federali, non anche per regolare e dirigere gli andamenti dell'economia. Per tali ragioni, la Corte Suprema, ancora radicata nei dogmi ermeneutici della *economic due process* e di una interpretazione restrittiva della *commerce clause*, invalidò quasi integralmente la legislazione del "primo *New Deal*", reputando gran parte della legislazione federale confliggente con il dettato del X emendamento<sup>34</sup>. Per i *Supreme Justices* si paventava un intollerabile sconfinamento dal novero e dai confini netti degli *enumerated powers* federali che rischiavano di attribuire al *Federal*

---

tuttora attiva, nel corso degli anni ha implementato notevolmente il proprio programma di attività. Per una disamina completa della struttura attuale, si rinvia al sito internet: <http://www.tva.gov/>. In particolare, per un'analisi critica, si rinvia a E. SHAPIRO, "The Southern Agrarians and the Tennessee Valley Authority", in *American Quarterly*, Vol. 22, No. 4, (Winter 1970), pp. 792 e ss., nonché a S.M. NEUSE, "TVA at Age Fifty Reflections and Retrospect", in *Public Administration Review*, Vol. 43, No. 6, (Nov. - Dec. 1983), pp. 491 e ss. e ad A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1984, pp. 77 e s.

<sup>33</sup> Degni di nota furono anche il *Re-Settlement Administration*, creata, nel 1935, per togliere alla coltivazione i terreni sub-marginali e per migliorare le aree rurali; la *Farm Security Administration*, istituita nel 1937, che fornì aiuti ai fittavoli, ai braccianti agricoli e agli indigenti; la *Soil Conservation Service*; la *Public Works Administration*, nata nel 1933, destinata a sostenere la ripresa economica per mezzo delle opere pubbliche e la *Works Progress Administration* sorta nel 1935, per coordinare i soccorsi governativi. Sul punto, in particolare, K.C. WHEARE, *Del Governo federale*, Bologna, 1997, pp. 233 e s.

<sup>34</sup> La definizione si deve a G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 37. Per una disamina della ostilità della Corte nei confronti del Primo *New Deal*, si rinvia al contributo di W.J. ROSS, "The Hughes Court, 1930-1941, Evolution and Revolution", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, (edited by Christopher Tomlins), New York, 2005, pp. 231-234.

*Government* un ‘abusivo ruolo dirigista’, nell’ambito del sistema economico e sociale nel suo complesso.

Fu così che nella sentenza *Panama Refining Company* del 1935, noto anche come “*Hot Oil case*”, fu dichiarato incostituzionale il *National Industrial Recovery Act* poiché delegava amplissimi poteri al Presidente tra i quali quello di proibire la vendita nel circuito commerciale interstatale di petrolio e di manufatti realizzati con petrolio il cui ammontare superava gli *standards* fissati dalle leggi statali, senza neppure specificare in base a quali criteri avrebbe dovuto essere esercitato il potere delegato<sup>35</sup>. Nel successivo caso *Schechter Poultry v. United States*, annullò una ulteriore disposizione del *National Industrial Recovery Act*, nella parte in cui autorizzava il Presidente ad adottare le misure necessarie per favorire la ripresa<sup>36</sup>. Anche in tale caso si paventava una delega di potere legislativo a favore del Presidente in materia di fissazione dell’orario massimo di lavoro e di determinazione dei redditi, non adeguatamente circostanziata e non suffragata da alcun criterio direttivo<sup>37</sup>. La legge, inoltre, non fu ritenuta applicabile a coloro i quali erano impiegati nella vendita al dettaglio di pollame effettuata all’interno dello Stato poiché non inerente il commercio interstatale<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Caso *Panama Refining Company v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935). La Corte Suprema, per voce del Giudice Hughes, ravvisò un eccesso nell’esercizio del potere di delega legislativa ed un’attribuzione, al Presidente, di un potere che debordava dai limiti posti dalla *commerce clause*. In modo difforme si espresse, nella *dissenting opinion*, il Giudice Cardozo. Nella sentenza, la Corte sostenne che: “*The question is not as to the intrinsic importance of the particular statute involved, but of the constitutional processes of legislation which are an essential part of our system of Government*” non potendo, il Congresso, delegare al Presidente “*the Prohibition of Transportation in Interstate and Foreign Commerce of Petroleum and the Products Thereof Unlawfully Produced or Withdrawn from Storage*” che, per giunta, vi provvede attraverso un *executive order*. Sul punto, J. HART, “Limits of Legislative Delegation”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 221, (May 1942), pp. 88 e ss. nonché R.L. STERN, “The Commerce Clause and the National Economy”, in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 656 e ss. e R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, p. 599.

<sup>36</sup> Caso *Schechter Poultry Corporation v. United States*, 295 U.S. 495, (1935).

<sup>37</sup> Acuta dottrina ha rilevato come la sentenza non fosse nota solo per una incostituzionale delega di potere legislativo, da parte del Congresso nei confronti del Presidente, ma anche perché il provvedimento presidenziale recepiva i codici di autoregolamentazione industriale autorizzati dalla legge che, in tal modo, acquisivano efficacia giuridica e le cui disposizioni, frutto di un accordo tra gruppi di interessi, molte volte rimanevano esenti da un severo controllo. La questione, però, raggiungerà l’acme più critico nel successivo caso *Carter*. Sul punto, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto ... cit.*, p. 390, R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, pp. 600 e s. B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 5.02 C.R. SUNSTEIN, “The Enduring Legacy of Republicanism”, in *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society* (edited by S.L. Elkins and K.E. Softan), Chicago, 1993, pp. 194 e ss., nonché A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell’economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d’America*, Firenze, 1984, p. 82.

<sup>38</sup> La sentenza fu redatta, ancora una volta, dal Giudice Hughes che espresse l’opinione di una Corte unanime, dichiarando che la legge violava il principio costituzionale di separazione dei poteri, ampliando in modo eccessivo la sfera di attribuzioni dell’*executive branch*. Il Giudice Cardozo, in tal caso, espresse una *concurring opinion*. Per Cardozo, infatti, la vendita al dettaglio del pollame non incideva sul commercio tra Stati in ragione del minimo ruolo di mercato svolto dal venditore. Come rileva Wheare, anche i membri *liberal*, quali Brandeis, Cardozo e Stone sostennero l’opinione di maggioranza. Infatti, la nozione di commercio interstatale poteva essere interpretata estensivamente, ma non fino al punto di far scomparire completamente la dizione “nell’ambito degli Stati”. Come affermarono i Giudici Cardozo e Stone, “*vi può essere un rapporto di causalità che può far dimenticare la distinzione fra ciò che è nazionale e ciò che è locale nelle attività commerciali. Il movimento dei margini estremi si comunica percettibilmente, se pur minutamente agli strumenti regolatori del centro*”. In tali casi risulta, dunque, difficile comprendere se si tratta di

La Corte elaborò una nozione organica della *nondelegation doctrine* per evitare che il Presidente venisse investito di poteri d'azione e di intervento troppo ampi e del tutto confliggenti con il modello del *Congressional Government* sino ad allora in vigore.

La violazione della *commerce clause* fu lamentata anche nel successivo caso *U.S. v. Butler* del 1936, in occasione del quale la Corte invalidò le disposizioni dell'*Agricultural Adjustment Act* poiché la disciplina dell'attività agricola e delle relative quote di produzione era una materia di competenza statale. Il Giudice Roberts ebbe modo di precisare che l'attività di *judicial review* consisteva in un mero raffronto della legge con la lettera della Costituzione, non involgendo alcun giudizio di valore sull'opportunità della scelta legislativa effettuata dall'organo politico, il suo compito rimaneva solo quello di accertare e dichiarare la conformità di una legge alla Costituzione.

La Corte argomentò, inoltre, che lo *spending power* del Congresso dovesse essere finalizzato a soddisfare finalità di *general welfare*, non anche di *local welfare* e dichiarò che la legge federale di riassetto del sistema agricolo non perseguisse finalità generali<sup>39</sup>. La materia agricola venne, di poi, ridisciplinata dal *Soil Conservation and Domestic Allotment Act* che fu integrato da un ulteriore *Agricultural Adjustment Act* nel 1938 relativo, soprattutto, alla mercatura e fu validato dalla Corte Suprema nel caso *Mulford v. Smith* del 1939<sup>40</sup>.

L'unico provvedimento del Congresso a non subire una censura di incostituzionalità fu il *Tennessee Valley Authority Act*, nel caso *Ashwander v. TVA* del 1936. La sentenza è degna di nota poiché il Supremo Giudice giunse a sostenere che: "*regulating commerce among the states includes regulation of streams and that controlling floods is required for keeping streams navigable. The war powers also authorized the project. The argument before the court was that electricity*

---

commercio infra o interstatale, perché è una questione di gradazione, la cui valutazione è rimessa alla Corte Suprema. Quest'ultima è tenuta a valutare sino a che punto può giungere il Governo federale nel controllo delle transazioni commerciali interne agli Stati, per il solo motivo che "interessano" il commercio interstatale, occorre stabilire una distinzione tra gli effetti diretti e quelli indiretti. Come ha rilevato Amato, la distinzione tra effetti diretti ed indiretti delle transazioni intrastatali sul commercio interstatale era di fondamentale importanza per escludere l'applicabilità della *commerce clause*. Sul punto, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze ...cit.*, pp. 103 e s. e K.C. WHEARE, *Del Governo federale*, Bologna, 1997, pp. 231 e ss. Di rilievo, sono anche i contributi di R.L. STERN, "The Commerce Clause and the National Economy", in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 659 e ss. nonché C.R. SUNSTEIN, "Constitutionalism After the New Deal", in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), pp. 447 e ss.

<sup>39</sup> Caso *U.S. v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936). Tra le *dissenting opinions* emergono, ancora una volta, quelle di Cardozo, di Brandeis e di Stone. Analoga declaratoria di incostituzionalità, all'ombra della *commerce clause*, si ebbe nel caso *Railroad Retirement Bd. v. Alton R.R. Company*, 295 U.S. 330 (1935) con fu invalidato il *Railroad Retirement Act* del 1935 che prevedeva la formazione di un fondo previdenziale per i dipendenti di compagnie ferroviarie visto che ineriva l'efficienza del servizio ferroviario e non concerneva il commercio interstatale. La Corte argomentò che: "*The power of Congress to regulate interstate commerce is subject to the guaranty of due process in the Fifth Amendment ... the Railroad Retirement Act of June 27, 1934, is unconstitutional because it contains inseverable provisions that violate the due process clause, and because it is not, in purpose or effect, a regulation of interstate commerce within the meaning of Art. I, § 8*". Sul punto, in particolare, R.L. STERN, "The Commerce Clause and the National Economy", in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 670 e ss. nonché 676 e ss. e R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, pp. 599 e s.

<sup>40</sup> Caso *Mulford v. Smith*, 307 U.S. 38 (1939), *U.S. v. Rock Royal Corporation*, 307 U.S. 533 (1939) e *H.P. Hood & Sons v. U.S.*, 307 U.S. 588 (1939). Sul punto, K.C. WHEARE, *Del Governo federale*, ... cit., p. 233.

*generation was a by-product of navigation and flood control and therefore could be considered constitutional*<sup>41</sup>.

La bocciatura del primo *corpus* normativo del *New Deal* non scoraggiò l'iniziativa del Presidente Roosevelt che predispose nuovi programmi di intervento federale.

Nel 1935, il Congresso approvò il *National Labor Relations Act* istitutivo del *National Labor Relations Board*, un organo federale tenuto a organizzare, nelle aziende, elezioni dei rappresentanti dei lavoratori con i quali il datore di lavoro avrebbe dovuto negoziare, in buona fede, i contratti collettivi<sup>42</sup>. Nello stesso anno furono istituite la *Federal Power Commission*, con competenze nel settore elettrico e la *Federal Communication Commission*, con competenze nel campo delle trasmissioni via radio ed etere. In virtù del *Guffey-Snyder Bituminous Coal Conservation Act* del 1935 venne stilato un regolamento complessivo dell'industria del carbone, sottoposta ad un regime di prezzi autoritativamente amministrati da un'apposita commissione<sup>43</sup>. La Corte Suprema risultò ancora una volta restia ad accogliere gli interventi di un *Regulatory State* federale. Fu così che nel 1936, nel caso *Carter v. Carter Coal Company*<sup>44</sup>, annullò il *Bituminous Coal Conservation Act*, che disciplinava, nella prima parte, i prezzi di vendita del carbone destinati al commercio interstatale e, nella seconda parte, i salari e le condizioni di lavoro nelle miniere, dal momento che l'attività di produzione analogamente a quella del commercio al minuto, si poneva ad uno dei due terminali del commercio interstatale. La controversia sorse solo in merito alla seconda parte in ragione di uno sciopero che aveva paralizzato l'industria carbonifera e tutti i settori della vita economica ad esso correlati. La Corte precisò che, a differenza dello *Schechter case*, ove il potere federale ineriva la fase successiva alla terminazione del commercio interstatale (vendita al dettaglio dei polli), nel caso *Carter* lo si voleva affermare su di una fase precedente al commercio. Fu così che la Corte elaborò una nozione 'definitivamente' organica delle differenze tra effetto diretto ed effetto indiretto.

---

<sup>41</sup> In tale fattispecie, ritornò in auge la dottrina della corrente di commercio e venne ribadito che la produzione di energia elettrica che scaturiva dalla regolazione del flusso delle acque fosse conforme con lo spirito della Costituzione che ricomprendeva nella nozione di commercio tra Stati anche la menzionata navigazione fluviale e le discipline regolatorie ad essa correlate. Caso *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288 (1936).

<sup>42</sup> Quando Roosevelt firmò la legge asserì che essa "definisce, nel quadro del nostro diritto positivo, il diritto dei lavoratori dell'industria di organizzarsi autonomamente ai fini della contrattazione collettiva, e prevede le misure con le quali il governo può salvaguardare tale diritto giuridico". Sul punto, P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Bari, 2007, p. 49.

<sup>43</sup> La legge federale introdusse norme in materia di rapporti di lavoro dei minatori e di efficacia *erga omnes* dei contratti conclusi in tale comparto. Siffatti interventi normativi intervenivano, ancora una volta, nel campo della produzione, dell'estrazione mineraria, dei rapporti di lavoro e della materia sociale che sino ad allora erano rimaste appannaggio dei singoli Stati e di norma affidate al libero incontro della domanda e dell'offerta, in seno al mercato. In particolare, R.L. STERN, "The Commerce Clause and the National Economy", in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 664 e s.

<sup>44</sup> Caso *Carter v. Carter Coal Company*, 298 U.S. 238 (1936). Per una ricostruzione della vicenda processuale si rimanda al contributo di R.L. STERN, *The Commerce Clause and the National Economy*, in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 666 e ss. nonché R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional law. Substance and Practice*, Thompson West, 2007, pp. 601 e s. e di B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 3.05.



Il Supremo Giudice precisò che: “la parola diretto implica che le attività o le condizioni cui ci si richiama ... debbano operare in modo prossimo, non mediato, né remoto o collaterale per produrre l’effetto. Essa indica la mancata sopravvenienza di una condizione efficiente; ...poiché tra lo sciopero ed il commercio vi è la produzione, l’effetto è indiretto ... E i danni che derivano al commercio interstatale dalle controversie fra datori di lavoro e lavoratori, incidono su quel commercio in modo secondario e indiretto”<sup>45</sup>. La Corte lo ritenne un fenomeno che solo incidentalmente e indirettamente influiva sul flusso commerciale interstatale <sup>46</sup>.

Nel 1935 fu anche approvato il *Social Security Act*, una legge in materia di sicurezza sociale che predisponneva elargizioni di fondi e di finanziamenti a favore degli Stati che li avessero accettati al fine di proteggere individui che si trovavano in condizione di indigenza e di disoccupazione. Come ha rilevato Corwin, grazie alla legislazione sociale, si fece gradualmente strada una concezione cooperativa del federalismo, nella cui cornice “*the National and the States are mutually complementary parts of a single governmental mechanism*”<sup>47</sup>.

Con riguardo alla legislazione statale, il vaglio di costituzionalità della Corte Suprema fu piuttosto altalenante. Nel 1931, dichiarò costituzionalmente legittima una legge statale che fissava autoritativamente i premi delle polizze assicurative contro gli incendi, in quanto *business affected with a public interest*. Due anni dopo, invece, invalidò una legge statale che imponeva il previo e discrezionale rilascio di un’autorizzazione amministrativa per l’esercizio di una attività di commercio del ghiaccio, essendo un provvedimento limitativo della concorrenza nel settore. Nel 1936, aveva dichiarato incostituzionale una legge dello Stato di New York che fissava il salario minimo dei lavoratori.

Nel 1934, la Corte aveva, invece, condotto una innovativa interpretazione della *contract clause* della Costituzione federale, in modo antitetico a quanto statuito nell’Ottocento dal Giudice

---

<sup>45</sup> Sul punto, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze ...cit.*, pp. 105 e ss.

<sup>46</sup> Il Supremo Giudice federale, inoltre, censurò una disposizione del *Bituminous Act* che consentiva alle compagnie carbonifere di regolare la produzione, considerandola una delega incostituzionale di potere legislativo. A parere della Corte, era costituzionalmente illegittima una delega di potere pubblico a favore di soggetti privati. Si espresse criticamente sull’eccessivo potere di normazione, esercitato da gruppi di interesse privati che erose la classica distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, Louis Jaffe, in un commento alla sentenza *Carter*. In particolare, L. JAFFE, “Law Making by Private Groups”, in *Harvard Law Review*, Vol. 51, 1937, p. 201 nonché M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004, p. 389. Anche Corwin rileva come la sentenza contenga in modo completo lo spirito ermeneutico impregnato degli assunti del *laissez-faire* che non tollera dirigismi pubblici delle attività manifatturiere, produttive ed estrattive. In particolare, E.S. CORWIN, “The Passing of Dual Federalism”, in *Virginia Law Review*, Vol. 36, No. 1, (February 1950), pp. 16 e ss.

<sup>47</sup> Sul punto, E.S. CORWIN, “The Passing of Dual Federalism”, in *Virginia Law Review*, Vol. 36, No. 1, (February 1950), pp. 21 e s., l’autore evidenzia come la Corte Suprema nel caso *Carmichael v. Southern Coal & Coke Co.*, 301 U.S. 495 (1937) avesse sottolineato che: “*The United States and the State of Alabama are not alien governments. They co-exist within the same territory. Unemployment is their common concern ... The Constitution does not prohibit such cooperation*”. Nella pronuncia le leggi, federale e statale, sono considerate elementi complementari di una *cooperative legislative*, finalizzata al conseguimento di un comune presupposto pubblico, *ibid.* p. 21. L’autore pone, però, in evidenza le aporie del modello cooperativo, insite nella concentrazione di potere di controllo e di supervisione sulle politiche pubbliche locali a Washington e sulla devitalizzazione delle *State policies.*, *ibid.*, p. 21.

Marshall, ed aveva validato una legge statale che stabiliva una dilazione delle procedure esecutive per l'adempimento di debiti, almeno in situazioni di grave emergenza economica. La Corte Suprema validò anche una legge statale che introduceva la fissazione autoritativa del prezzo del latte e che limitava la concorrenza tra imprese nel settore lattiero<sup>48</sup>.

Le declaratorie di incostituzionalità della Corte Suprema, non furono una semplice caducazione giuridica del *corpus* normativo del primo *New Deal*, ma costituirono, soprattutto, una reiezione dei valori politici ed ideologici ad esso sottesi, ancora per poco inaccettabili agli occhi del Supremo Giudice.

### 3.2. La Corte Suprema 'reinventa' la interstate commerce clause: la 'metamorfosi costituzionale' del 1937

La bocciatura costituzionale di gran parte della legislazione federale in materia economica e sociale non frenò la 'crociata' del Presidente contro le concentrazioni di potere economico, le degenerazioni del modello di produzione capitalistico, i fallimenti e le speculazioni illimitate presenti nel mercato e le gravi diseguglianze sociali che erano scaturite dalla crisi finanziaria. Alla vigilia delle elezioni per il rinnovo del secondo mandato presidenziale, nel 1936, Franklin D. Roosevelt pronunciò un memorabile discorso al Madison Square Garden, asserendo che:

"Fu necessario lottare contro i vecchi nemici della pace: i monopoli industriali, la speculazione, l'attività bancaria sconsiderata, l'antagonismo di classe, l'affarismo di guerra. Avevano cominciato a considerare il governo degli Stati Uniti come una mera appendice dei loro affari. Ora sappiamo che il governo esercitato dalla finanza organizzata è altrettanto pericoloso del governo esercitato dalla plebaglia organizzata. Mai prima d'ora, nell'intero arco della nostra storia, queste forze sono state così unite nell'opporci ad un candidato. Sono unanimi nel loro odio nei miei confronti, e io mi compiaccio della loro avversione".

Come continuò ad affermare Roosevelt "*in the 1932 the issue was the restoration of American democracy; and the American people were in a mood to win. They did win. In 1936 the issue is the preservation of their victory. Again they are in a mood to win. Again they will win*"<sup>49</sup>.

La nuova vittoria delle elezioni presidenziali spinse Roosevelt a presentare innanzi al Congresso un disegno di legge per modificare la composizione interna della Corte Suprema, al fine di operare una

---

<sup>48</sup> L'anno dopo, infatti, la Corte dichiarò costituzionale una legge federale che sanciva la nullità, con effetto anche retroattivo, delle clausole contrattuali tra privati che prevedevano il pagamento dei debiti in oro o quelle analoghe contenute in certificati di credito del Tesoro federale. Si tratta, rispettivamente, dei casi *O'Gorman and Young v. Hartford Fire Insurance Co.* 282 U.S. 251 (1931), *New State Ice Co. v. Liebeman* 285 U.S. 262 (1932), *Morhead v. New York ex rel. Tipaldo* 298 U.S. 587 (1936), *Home Building and Loan Association v. Blaisdell* 290 U.S. 398 (1934), *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934) e nell'ambito delle leggi federali, si rammentino i casi *Norman v. B. and O.R.R. Co.* 294 U.S. 240 (1935), *Nortz v. U.S. Perry*, 249 U.S. 317 (1935) e *Perry v. U.S.*, 294 U.S. 330 (1935). Per un commento si rimanda a G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 35 nonché a R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, pp. 598 e s.

<sup>49</sup> La citazione è rinvenibile nell'opera di P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Bari, 2007, p. 57.

“*infusion of new blood in the [federal] courts*”<sup>50</sup>. La proposta presidenziale prevedeva che per ogni giudice che avesse compiuto settant’anni, il Presidente avrebbe potuto nominare un nuovo *justice*. La misura avrebbe condotto alla nomina di sei nuovi giudici, consentendo di incidere sugli equilibri decisionali interni alla Corte<sup>51</sup>.

Il *Court Packing Plan* risultò, però, inaccettabile anche agli occhi di un Congresso in cui il Partito Democratico godeva di un’ampia maggioranza e rifletteva un sentimento diffuso nel popolo americano, quello della intangibilità del Supremo Organo di giustizia costituzionale.<sup>52</sup>

Fu proprio in quel periodo che la Corte Suprema, in modo autonomo, prese coscienza della gravità della crisi e della necessità che la pregressa ideologia liberale cedesse il posto a favore della nuova maggioranza politica, espressa a livello nazionale e statale, come esige la logica della democrazia<sup>53</sup>. Già da tempo, al suo interno, i Giudici Brandeis, Stone e Cardozo, esprimevano opinioni dissenzienti nei confronti delle *majority opinions* redatte dalla Corte. Fu solo nella primavera del 1937 che il *Chief Justice* Hughes si persuase della necessità di rileggere il dettato costituzionale in armonia con i mutati equilibri politici e con le problematiche aperte da una società sempre più industrializzata. Il ‘*liberal argument*’ che, sino ad allora, aveva pervaso il giudizio della Corte iniziò a vacillare.

Il voto decisivo per raggiungere la maggioranza dei cinque voti fu fornito, a sorpresa, da Owen Roberts nella sentenza *West Coast Hotel v. Parish* del 1937<sup>54</sup>. Come ha rilevato Brinkley, “*this*

---

<sup>50</sup> Sul punto, B. CUSHMANN, *Rethinking the New Deal Court. The Structure of a Constitutional Revolution*, New York, 1998, p. 11., nonché R.L. STERN, “The Commerce Clause and the National Economy”, in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), p. 682.

<sup>51</sup> In particolare, W.J. ROSS, *The Hughes Court, 1930-1941, Evolution and ... cit.*, pp. 234 e ss. Roosevelt giunse a sostenere che: “*Siamo giunti al punto in cui dobbiamo agire per salvare la Costituzione dalla Corte e la Corte da se stessa ... Vogliamo una Corte che renda giustizia secondo la Costituzione e non al di sopra di essa*”. La citazione è rinvenibile nell’opera di G. GUNTHER, *Constitutional Law*, 1985, p. 130.

<sup>52</sup> Una intangibilità che riecheggia la descrizione che ne fece Tocqueville circa un secolo prima, secondo cui: “*La Corte Suprema ha un posto più alto di ogni altro tribunale conosciuto, sia per la natura dei suoi diritti, sia per la specie dei soggetti alla sua giurisdizione.....presso le Nazioni d’Europa i Tribunali esercitano la loro giurisdizione solo sui privati; mentre la corte suprema degli Stati Uniti si può dire che faccia comparire davanti a sé dei sovrani*”. A. de TOCQUEVILLE, *La Democrazia in America*, trad.it., Milano, 1999, pp. 148-149. L’autore rileva come il potere dei giudici americani, di pronunciarsi sull’incostituzionalità di una legge, costituisca una vera e propria barriera contro la tirannide delle assemblee politiche. Mentre Steven Griffin sottolinea come l’imponenza dell’edificio faccia pensare che possa ospitare non la Corte Suprema degli Stati Uniti, ma la Corte Suprema del Pianeta Terra. Ciò che induce a riflettere è che “*non vi è traccia degli emendamenti costituzionali, della guerra civile e della lotta contro le discriminazioni razziali.....persino la Costituzione è assente dall’arredo dell’edificio. Vi sono raffigurazioni del giudice Marshall e di tutti gli altri giudici ...ma non compaiono James Madison, Alexander Hamilton, Thomas Jefferson, Abraham Lincoln o altri che hanno contribuito alla genesi del costituzionalismo americano*”. In particolare, S.G. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, Bologna, 1996, pp. 225 e ss. e R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, pp. 603 e s.

<sup>53</sup> Come rileva Gorlani, “[l]’ennesima bocciatura della legislazione del *New Deal* ] ripropose, con drammatica evidenza, il tema della legittimazione democratica della Corte nel contrasto con la volontà popolare espressa dal Presidente e dal Congresso”, seppure la Corte si proponesse di proteggere i diritti inviolabili degli individui, piuttosto che le sfere di competenza dei governi. In particolare, M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano, 2004, pp. 128 e s.

<sup>54</sup> Caso *West Coast Hotel v. Parish*, 300 U.S. 379 (1937). Come rileva Horwitz, la trasformazione decisiva nell’indirizzo ermeneutico della Corte, nel 1937, si verificò quando uno dei “quattro cavalieri conservatori”, il Giudice

*switch in time ... had saved nine*”, contribuendo a formare una nuova maggioranza in seno alla Corte<sup>55</sup>.

Nella vicenda *de qua*, la Corte dichiarò la costituzionalità di una legge dello Stato di Washington che fissava il reddito minimo delle lavoratrici nel settore alberghiero. Si operò un deciso *overruling* delle sentenze *Lochner* e *Adkins*, che intendevano colpire tutte quelle leggi di disciplina dell'*economic behavior*. Il ‘nuovo corso’ della giurisprudenza costituzionale è stigmatizzabile nelle affermazioni del Giudice Hughes, il quale alla domanda “*What is the freedom [of contract]?*” rispose: “*The Constitution does not speak of freedom of contract*”<sup>56</sup>. Per Brinkley, l’utilizzo di un *externalist argument* determinò la “*constitutional revolution*” del 1937, rompendo i dettami imposti dalla *economic due process* e da una lettura restrittiva della *commerce clause*, dal momento che pensare ad una Corte e ad un diritto isolati da una “*constantly changing society is a mythological construct with no basis in reality*”<sup>57</sup>.

Nel caso *National Labour Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, la Corte con una maggioranza di cinque a quattro, dichiarò costituzionale la legge federale sui rapporti di lavoro e riconobbe al Congresso il diritto di regolare aspetti della produzione e della materia giuslavoristica<sup>58</sup>. In particolare, la Corte validò il *Wagner Act* nella parte precipua in cui riconosceva la libertà di organizzazione e di associazione sindacale dei lavoratori addetti alle industrie, i cui prodotti confluivano nel mercato interstatale e li autorizzava a stipulare i contratti

---

van Devanter, dette le proprie dimissioni e venne sostituito dal Hugo Black, favorevole allo sviluppo della branca del diritto amministrativo. In particolare, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004, p. 403, nonché R.L. STERN, “The Commerce Clause and the National Economy”, in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 678 e ss.

<sup>55</sup> L’autore sostiene che la decisione sul caso *West Coast Hotel* non deve essere letta semplicemente come una risposta pragmatica ad una pressione politica, ma dimostra come le decisioni delle corti siano il riflesso congiunto di “*internal constitutional principles*” e di “*external social, cultural and political pressures*”. In particolare, A. BRINKLEY, “The Debate over the Constitutional Revolution of 1937”, in *American Historical Review*, October 2005, p. 1049. Si esprimono criticamente Eskridge e Ferejohn i quali affermarono che il voto dato “*switch in time was politically rather doctrinally motivated*”. In particolare, W.N. ESKRIDGE, J. FEREOH, “The Elastic Commerce Clause. A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, (1994), p. 1386 e R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, p. 604.

<sup>56</sup> Charles Evans Hughes, *majority opinion*, nel caso *West Coast Hotel v. Paris*. Il *Chief Justice* argomentò che la libertà di contratto dovesse “*compete against other interests*”. Per un’analisi del rovesciamento giurisprudenziale delle pronunce dell’era *Lochner*, si rimanda al contributo di S. CHOUDHRY, “The Lochner Era and Comparative Constitutionalism”, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No. 1, 2004, p. 3.

<sup>57</sup> Occorre rilevare che la Corte non operò sempre un netto *overruling* di storici precedenti, ma si avvalse anche della tecnica del *distinguishing* per superare consolidati indirizzi pretori. A. BRINKLEY, *The Debate over the Constitutional Revolution ...cit.*, p. 1050. Sul punto, sono degni di nota anche i contributi di R. FRIEDMAN, “Switching Time and Other Thought Experiments: The Hughes Court and the Constitutional Transformation”, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 142, (1994), pp. 1892 e ss., B. CUSHMANN, *Rethinking the New Deal Court. The Structure of a Constitutional Revolution*, New York, 1998, pp. 18 e ss., W.J. ROSS, *The Hughes Court, 1930-1941, Evolution and ... cit.*, pp. 236-238, nonché, in linea generale, G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge, Massachusetts, 2000.

<sup>58</sup> Caso *National Labour Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937). Sul punto, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze ...cit.*, pp. 107 e ss.

collettivi di lavoro e conferiva loro la legittimazione a stare in giudizio nel corso delle controversie di lavoro<sup>59</sup>.

In tale fattispecie, la Corte Hughes si discostò dal precedente *Hammer v. Dagenhart*, argomentando che la *substantive labor regulation* fosse una materia che “*affected the commerce*”<sup>60</sup>. Inoltre, il Supremo Giudice federale sostenne la legittimazione del *Board* istituito nel controllare i luoghi della produzione ove si presentassero “*unfair labor practices that affect the commerce*”, tentando di prevenirne la consumazione<sup>61</sup>. Il potere di vigilanza era esteso a tutte quelle attività che fossero “*close and substantial, direct and immediate*” correlate al commercio interstatale, al fine di proteggerlo da prassi che si sarebbero potute rivelare una ostruzione o una limitazione al flusso degli scambi (cd. *unreasonable burden*)<sup>62</sup>. La sentenza sconfessò gli assunti del pregresso caso

---

<sup>59</sup> Il *National Labour Relations Act*, (49 Stat. 449, 29 U.S.C.A.), detto anche *Wagner Act*, proteggeva i lavoratori del settore privato, in particolare, industriale. La *Section 1* dello *Statute*, sanciva che la negazione dei diritti sindacali in capo ai lavoratori industriali impegnati nella produzione di beni destinati al commercio interstatale, avrebbe provocato plurimi effetti negativi, tra i quali: “*impairing the efficiency or operation of the instrumentalities of commerce; occurring in the current of commerce; affecting, restraining or controlling the flow and the prices of manufactured goods from or into the channels of commerce and causing diminution of employment and wages*”. Sul punto, K.C. WHEARE, *Del Governo federale*, ... cit., p. 233., l'autore rileva come tra i meriti della legge emergeva la possibilità, attraverso l'Ufficio Nazionale per i rapporti di lavoro, di svolgere una importante funzione protettiva a favore dei lavoratori contro le intimidazioni cui andavano soggetti e consacrò il loro diritto di organizzarsi, di scioperare e di porre dei picchetti a difesa dello sciopero, *ibid.*, p. 233.

<sup>60</sup> Per un commento, si rinvia al contributo di W.N. ESKRIDGE, J. FERRELL, “The Elastic Commerce Clause. A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, (1994), pp. 1385 e s., nonché R.L. STERN, “The Commerce Clause and the National Economy”, in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 679 e ss., E.S. CORWIN, “The Passing of Dual Federalism”, in *Virginia Law Review*, Vol. 36, No. 1, (February 1950), p. 17 e B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 5.02 e § 5.03.

<sup>61</sup> Come precisò la Corte, il potere del *Board* non si estendeva alla regolazione di qualsivoglia relazione esistente tra datore di lavoro e lavoratore, ma concerneva quelle pratiche che potevano risolversi in una limitazione od ostruzione del commercio interstatale. Per un commento, si rinvia al contributo di G. MOSKOWITZ, “Obstruction to Commerce”, in *Brooklyn Law Review*, Vol. 9, (1939-1940), p. 153.

<sup>62</sup> Nel caso di specie, l'impresa convenuta in giudizio, la *Jones & Laughlin Steel Corporation* e le sue diciannove società sussidiarie presentava delle diramazioni ultrastatali e possedeva depositi nelle Città di Chicago, Detroit, Cincinnati e Memphis. La Società era il quarto produttore di acciaio negli Stati Uniti, con un *asset* pari a 181 milioni di dollari e 22 mila lavoratori dipendenti. Per tale motivo, eventuali condotte “*unfair*” ed antisindacali della parte datoriale, nella gestione dei rapporti di lavoro, avrebbero provocato delle ricadute immediate sul commercio interstatale alla luce della produzione su scala nazionale in cui erano impegnate l'impresa e le sue affiliate. Infatti, un blocco della produzione mineraria da parte di una delle più grandi società carbonifere degli Stati Uniti avrebbe paralizzato una nutrita serie di attività industriali e commerciali di rilievo interstatale. Analoga argomentazione ermeneutica emerse nel caso *Santa Cruz Co. v. Labor Board*, 303 U.S. 453 (1937). In tale fattispecie, la Corte sostenne che il *Federal power to protect the commerce*, non ineriva solo dati di beni o servizi prodotti, né variava in ragione della percentuale di beni immessi nel circuito commerciale. La Corte precisò che: “*The power of Congress to protect interstate commerce in manufactured articles from burdens and obstructions springing from labor disputes in the factory is not dependent upon an origin outside of the the raw materials used in the manufacturing process, nor is the place where the manufacturer makes his sales a controlling element if the sales in fact are in interstate commerce*”. La Corte sottolineò, efficacemente che: “*This principle is essential to the maintenance of our constitutional system. In maintaining the balance of the constitutional grants and limitations, it is inevitable that we should define their applications in the gradual process of inclusion and exclusion. And what is reasonably clear in a particular application is not to be overborne by the simple and familiar dialectic of suggesting doubtful and extreme cases*”. Sul punto, si rinvia al contributo critico di G. MOSKOWITZ, “Obstruction to Commerce”, in *Brooklyn Law Review*, Vol. 9, (1939-1940), p. 151, nonché R.L. STERN, “The Commerce Clause and the National Economy”, in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), p. 683.

Carter e superò la rigida distinzione tra effetti diretti ed effetti indiretti quale criterio da validazione di una legge all'ombra della *commerce clause*<sup>63</sup>.

Analogo trend interpretativo emerse nei successivi casi, *Friedman-Harry Marks* e *Fruehauf Trailer Company*, in cui la Corte sostenne, in modo speculare, che “*the employers are all ... engaged in interstate commerce. They make the purchases of raw materials throughout the nation and their sales likewise. The result is a stream of commerce flowing across the country without regard to state lines ... When industries organize themselves on a national scale, making their relation to interstate commerce the dominant factor in their activities, how can it be maintained that their industrial labor relations constitute a forbidden field into which Congress may not enter when it is necessary to protect interstate commerce from the paralyzing consequences of industrial war?*”<sup>64</sup>.

L'indirizzo pretorio fu confermato nel successivo caso, *Consolidated Edison* del 1938, in cui la Corte Suprema sostenne che l'attività svolta da una Compagnia che forniva energia elettrica e gas, nell'ambito del territorio della Città di New York, a favore di società ed imprese impegnate nel commercio interstatale e a favore del *Federal Government* e di sue agenzie, fosse “*affected with the interstate commerce*”<sup>65</sup>. Nel vicenda *de qua*, l'attrazione della fattispecie nella sfera di applicazione

---

<sup>63</sup> In particolare, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze ...cit.*, p. 107 e ss. e, più recentemente, R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, pp. 615 e s.

<sup>64</sup> Casi *Labor Relations Board v. Friedman-Harry Marks*, 301 U.S. 58 (1937) e *Labor Relations Board v. Fruehauf Trailer Company*, 301 U.S. 49 (1937). Si trattava di due società impegnate, rispettivamente, nella produzione di capi di vestiario e di rimorchi e traini per il trasporto delle merci. Le attività di produzione e di distribuzione svolta dalle due imprese avevano una diramazione ultrastatale e una dimensione nazionale. Le due aziende avevano assunto condotte discriminatorie nei confronti dei lavoratori che avevano aderito al sindacato di categoria. Sia il *Labor Relations Board* che la Corte Suprema, ritennero le condotte antisindacali dei datori di lavoro *unfair* (antisindacali) e lesive della legislazione federale in materia. Occorre precisare che la *Friedman- Harry Marks Company* era una impresa il cui 90 per cento della produzione di capi di abbigliamento avveniva in sette Stati e la conseguente distribuzione avveniva in quasi tutto il territorio nazionale. Il volume d'affari dell'impresa ammontava a circa 1,750,000 dollari suddivisa in 150 mila unità in cui erano impiegati circa 800 lavoratori. L'impresa acquistava fuori dagli Stati di produzione il 99 per cento della lana da usare nella produzione e immetteva nel circuito interstatale l'82 per cento del prodotto finito. La *Fruehauf Trailer Company*, invece, produceva e vendeva rimorchi, *chassis* e traini per il trasporto delle merci. La sfera di attività aveva una diramazione ultrastatale, visto che l'80 per cento dei prodotti era esportato nel territorio di altri Stati e il ricavato delle vendite, nel giro di pochi anni, ammontò a 3,318,000 dollari. Come sostenne il *National Labor Relation Board*, la merce prodotta e venduta dall'impresa, costituiva di per sé un “*instrumentality of commerce between the states*”. Sul punto, G. MOSKOWITZ, “*Obstruction to Commerce*”, in *Brooklyn Law Review*, Vol. 9, (1939-1940), pp. 153 e s.

<sup>65</sup> Caso *Consolidated Edison Company v. Labor Board*, 305 U.S. 197 (1938). La Corte Suprema sostenne: “*The power of the Federal Government and the provisions of the National Labor Relations Act extend to the labor relations of public utilities engaged in supplying electrical energy, gas, and steam where the business and activities of the utilities are wholly within a State and where the quantum of service rendered to customers for strictly intrastate uses is vast and greatly preponderant, but where, nevertheless, a part of that service, of much importance in itself, is to railroads, steamships, telegraphs, telephones, etc., engaged in interstate or foreign commerce, and where that commerce would be seriously affected if such service were cut off by industrial strife between the utilities and their employees resulting from unfair labor practices*”. Analogamente, il *National Labor Relations Board* si espresse nel caso *In the Matter of Walter Lantz Production et al.*, del 1939. In tale caso, venne ravvisata una condotta antisindacale, che ostruiva il commercio tra Stati, nel comportamento di una piccola impresa dello Stato della California che realizzava cartoni animati. Questa impresa vendeva i *cartoons* ad una altra, più grande che vi aggiungeva gli effetti sonori, infine, il secondo imprenditore alienava il prodotto alla *Warner Bros*, una società di rilievo nazionale, impegnata nel commercio interstatale e internazionale di *films* e *cartoons*. Per la difesa, le prime due società “contemplavano la distribuzione interstatale”, non avendo alcun ruolo attivo nella fase materiale di distribuzione su scala nazionale e, non solo, del prodotto finito. Ma il

della *commerce clause* raggiunse una delle sue massime espressioni. Fu, infatti, sancita l'applicabilità della clausola sul commercio tra Stati e del *National Labor Relations Act* alla delicata materia della disciplina dei rapporti di lavoro nell'ambito dei servizi di pubblica utilità, erogati nel solo contesto statale, ma aventi ricadute ed effetti sul flusso commerciale interstatale<sup>66</sup>.

La maturazione di un simile approccio pretorio avvenne nel successivo caso *Labor Board v. Fainblatt* del 1939, in cui la Corte Suprema sostenne la validità dell'intervento federale nella disciplina dei rapporti di lavoro sorti in seno ad una piccola impresa di manifattura e di rivendita di indumenti, operante nel solo Stato del New Jersey, ma impegnata ad acquistare tessuti e stoffe da imprese impegnate nel commercio interstatale<sup>67</sup>. Nel caso di specie, si condusse una vera e propria forzatura della clausola costituzionale e un ampliamento oltre misura dei poteri del *Board*, non confinati ad un solo controllo del *volume of interstate commerce*, ma ad un vera e propria verifica di come *unfair labor practices*, potessero condurre, anche solo tendenzialmente, a dispute in grado di limitare od ostacolare il commercio tra Stati.

Le conseguenze di una siffatta giurisprudenza sulla *commerce clause* furono innumerevoli. Innanzitutto, il disposto costituzionale divenne strumento di repressione di condotte antisindacali, consumate in seno alle imprese, di grandi e piccole dimensioni, affidandone al *Labor Relations Board*, un'Autorità (non a caso) amministrativa, la disciplina. In secondo luogo, l'interpretazione del disposto e la lettura del lemma *commercium* si ampliarono a dismisura, consentendo una regolazione federale di tutte quelle attività economiche, prodromiche alla fase della distribuzione, cui si aggiunse la delicata materia dei rapporti di lavoro. Ciò permise al Congresso e al *Labor Board* federali, di controllare attività e condotte non semplicemente 'affected with the interstate commerce', ma che costituissero una vera e propria 'obstruction or burdening to commerce'<sup>68</sup>.

Nei casi *Steward Machine Co. v. Davis* ed *Helvering v. Davis*, entrambi del 1937, la Corte validò il *Social Security Act* che introduceva imposizioni e contributi federali nel settore delle assicurazioni contro la disoccupazione e delle pensioni di anzianità, erodendo definitivamente il pregresso

---

*Board* sostenne che le attività svolte dal primo e dal secondo produttore, costituivano "integrated functional units of a nationwide enterprise" e, dunque, che le loro attività avevano ricadute (*affecting*) sul commercio tra Stati e potevano ostacolare (*obstruction*) gli scambi tra Stati. Sul punto, G. MOSKOWITZ, "Obstruction to Commerce", in *Brooklyn Law Review*, Vol. 9, (1939-1940), pp. 158 e s.

<sup>66</sup> Come aveva già sostenuto la *Circuit Court of Appeals*, in caso di sospensione dell'erogazione dell'energia elettrica e del gas, "instantly, the terminals and trains of three great interstate railroads would cease to operate; interstate communication by telegraph, telephone and radio would stop; lights maintained as aids to navigation would go out; and the business of interstate ferries and of foreign steamships, whose docks are lighted and operated by electric energy, would be greatly impeded. Such effects we cannot regard as indirect and remote". Sul punto, G. MOSKOWITZ, "Obstruction to Commerce", in *Brooklyn Law Review*, Vol. 9, (1939-1940), pp. 156 e s.

<sup>67</sup> Caso *Labor Board v. Fainblatt*, 306 U.S. 601 (1939). R.L. STERN, "The Commerce Clause and the National Economy", in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 683 e ss.

<sup>68</sup> A ciò aggiungasi che il *Board* aveva il potere di individuare l'ambito imprenditoriale entro il quale i lavoratori potevano eleggere i rappresentanti per la negoziazione del contratto collettivo. Il *Board* vigilava, altresì, sulla regolarità delle elezioni e ne certificava i risultati. Costituiva l'autorità cui i lavoratori potevano rivolgersi in caso di violazioni delle norme di legge o del contratto e contro le sue decisioni era ammesso ricorso innanzi alle corti distrettuali federali.

assunto secondo cui il Congresso non potesse tassare con lo scopo di orientare i rapporti socio-economici e che non potesse spendere in ambiti di dichiarata competenza statale<sup>69</sup>. In tal modo, venne fornita una nuova lettura dello *spending power* federale in grado di ampliare la sfera di intervento del *Federal Government*.<sup>70</sup> Nel successivo caso *Mulford v. Smith* del 1939, la Corte Suprema validò la nuova versione dell'*Agricultural Adjustment Act*, sancendo che l'attività agricola fosse regolabile dal Congresso poiché i prodotti ortofrutticoli sono destinati ad essere immessi nel flusso del commercio interstatale, incidendo sulle sue dinamiche.

Analogamente la Corte si esprime nel noto caso *United States v. Darby* del 1941, in cui operò un decisivo *overruling* del precedente *Hammer v. Dagenhart*, sostenendo la legittimità costituzionale del *Fair Labor Standards Act*, che disciplinava l'orario di lavoro e il trattamento salariale minimo di coloro i quali erano impegnati nella produzione di merci destinate al commercio interstatale, sanzionando penalmente la loro inosservanza<sup>71</sup>. Nella pronuncia venne riconfermata, *pleno jure*, la dottrina elaborata circa un secolo prima da Marshall sugli *implied powers* di cui alla *necessary and proper clause*, mentre fu definito un *truism* il X emendamento. La sentenza *United States v. Darby* contiene, *in nuce*, i primi segnali di superamento degli assunti del *dual federalism*. Infatti, recupera la dottrina degli *implied powers*, formulata all'epoca della sentenza *McCulloch v. Maryland*, e pone le premesse per il passaggio verso un *cooperative federalism* fondato sul coordinamento, piuttosto che sulla separazione funzionale delle sfere di competenza dei due differenti livelli di governo. Nel passaggio finale delle sentenza sul caso *Darby*, la Corte precisò, a proposito del X emendamento, che: “*There is nothing in the history of its adoption to suggest that it was more than a declaratory of the relationship between the national and state governments as it has been established by the Constitution before the amendment, or that its purpose was other than to allay fears that the new national government might seek to exercise powers not granted, and that the states might not be*

---

<sup>69</sup> Sul punto, R.L. STERN, “The Commerce Clause and the National Economy”, in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 680 e ss., nonché E.S. CORWIN, “The Passing of Dual Federalism”, in *Virginia Law Review*, Vol. 36, No. 1, (February 1950), pp. 20 e ss., il quale rileva che l'atto si poneva nella cornice di un contesto federale embrionalmente cooperativo, consentendo al *Federal Government* ed ai singoli Stati di cooperare al fine di assicurare la protezione delle categorie socialmente più deboli degli anziani, degli indigenti, degli ammalati, delle madri lavoratrici e di altre donne con prole a carico, *ibid.* p. 20.

<sup>70</sup> Nella sentenza del 1938, *Electric Bond and Share Co. v. S.E.C.*, fu, invece, dichiarata costituzionale la legge federale istitutiva della Commissione di controllo delle società e della borsa e fu considerata legittima l'attività di controllo che le Commissioni effettuavano sulle attività definite un pubblico servizio. Nel caso *Opp Cotton Mills v. Administrator*, 312 U.S. 126 (1941), la Corte difese i poteri regolatori delle Commissioni, fondati su deleghe legislative alquanto dettagliate. In particolare, R.L. STERN, “The Commerce Clause and the National Economy”, in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 684 e s.

<sup>71</sup> Caso *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941). Sul punto, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze* ...cit., pp. 110 e ss. nonché R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, pp. 618 e ss. e B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 2.03.



able to exercise fully their reserved powers”<sup>72</sup>. Occorre, del resto, precisare che la rinnovata disciplina della materia giuslavoristica non condusse mai alla redazione di un codice unitario di disciplina del diritto del lavoro<sup>73</sup>.

Nel periodo social-democratico venne meno l’antica concezione liberale che reputava il fattore lavoro non altro che una merce sottoposta alle leggi della domanda e dell’offerta in seno ad un libero mercato<sup>74</sup>.

Nel caso *Universal Camera* del 1951, una Corte del Distretto federale fu, infatti, richiesta di chiarire se il *Taft-Harley Act* avesse esteso la portata del controllo giudiziario sulle decisioni del *Labor Board* al fine di rovesciare il consueto atteggiamento di deferenza delle corti nei confronti delle decisioni degli organi amministrativi, fondate su prove sostanziali. Del resto, il *Labor Board* aveva costituito uno dei principali oggetti della critica conservatrice rivolta alla politica del *New Deal*. Il Giudice Hand stabilì che la legge federale non aveva esteso la portata del potere di controllo giudiziario, ma che aveva solo codificato la tradizionale relazione esistente tra corti ed *administrative agencies*<sup>75</sup>. Ma quando la vicenda giunse all’attenzione della Corte Suprema. Il Giudice Frankfurter non esitò ad affermare che il *Taft-Hartley Act* era espressione di un

---

<sup>72</sup> La Corte richiamò il precedente *McCulloch v. Maryland*, sancendo che: “*The power of Congress over interstate commerce is complete in itself, may be exercised to its utmost extent, and acknowledges no limitations other than are prescribed in the Constitution*”. Il Supremo Giudice argomentò, inoltre, che il potere regolatorio del Congresso non concerneva il solo commercio interstatale, ma potesse estendersi anche a quelle attività intrastatali che risultavano *affected with the interstate commerce*. La Corte asserì che: “*The obvious purpose of the Act was not only to prevent the interstate transportation of the prescribed product, but to stop the initial step toward transportation, production with the purpose of so transporting it ... Congress ... adopted the policy of excluding from interstate commerce all goods produced for the commerce which do not conform to the specified labor standards ... Our conclusion is unaffected by the Tenth Amendment.*” Come ha rilevato Corwin, si trattò della sentenza che meglio incarnò il mutato orientamento della *New Court*. In particolare, E.S. CORWIN, “The Passing of Dual Federalism”, in *Virginia Law Review*, Vol. 36, No. 1, (February 1950), pp. 17 e s. nonché A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell’economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d’America*, Firenze, 1984, p. 85.

<sup>73</sup> Vennero approvate leggi che incidevano sui rapporti di lavoro interessanti il commercio interstatale, provvedimenti che vietavano il lavoro minorile, che stabilivano il trattamento retributivo minimo e la parità salariale tra uomo e donna, o che prevedevano l’orario massimo di lavoro, ma si trattò di interventi limitati, nelle restanti materie il Congresso federale preferì rimettere la regolazione del settore alla disciplina statale e alla contrattazione collettiva.

<sup>74</sup> In verità, già nel *Clayton Antitrust Act* del 1914, il lavoro non era considerata una merce. Infatti, oltre ad avere ristretto il potere delle Corti di emettere *injunctons* nei confronti delle *labor unions*, ed avere offerto protezione al diritto di sciopero e di picchettaggio (*Section 17, § 6*), sancì che. “*The labor of a human being is not a commodity or an article of commerce*” (*Section 17, § 6*). Nonostante, però, la grande apertura del periodo social-democratico, né la legge federale né quella statale reputarono opportuno abolire il diritto del datore di lavoro di recedere unilateralmente dal rapporto a tempo indeterminato, differentemente da quanto previsto negli ordinamenti sociali europei e nei loro successivi sviluppi. Rimane, comunque, degno di nota il *Norris La Guardia Act* del 1932, precedente al *New Deal*, che fece divieto al potere giudiziario di emettere *injunctons* nei confronti degli organizzatori di scioperi e di picchetti. I successivi e già citati *Fair Labour Standard Act* e il *National Labor Relations Act* ebbero, invece, il merito di fornire un supporto giuridico ed istituzionale nei confronti delle organizzazioni sindacali, assicurandone una disciplina unitaria ed uniforme. Il successivo *Taft-Hartley Act* del 1947 restrinse, invece, il potere di azione e di contrattazione acquisito dalle *labor unions*, superando il veto presidenziale opposto dal Presidente Truman.

<sup>75</sup> Caso *NLRB v. Universal Camera*, 179 Fd. 749, (2nd Circ. 1950).

cambiamento d'umore in seno al Congresso in merito al rapporto tra giudici e *administrative agencies*<sup>76</sup>.

Il *Landrum-Griffin Act* del 1959 si premurò di assicurare una struttura democratica in seno alle grandi organizzazioni sindacali, prevedendo libere elezioni dei dirigenti, il divieto per i dirigenti di usare i fondi sindacali per promuovere le rispettive campagne elettorali e sancendo il diritto di ciascun iscritto di manifestare liberamente il proprio dissenso. In linea generale, si trattò di provvedimenti destinati a riconoscere il diritto di ciascun lavoratore di organizzarsi sindacalmente all'interno delle imprese. Il datore di lavoro aveva il dovere di negoziare, con le rappresentanze sindacali prescelte, i contratti collettivi di lavoro che sarebbero risultati vincolanti nei riguardi di tutti i lavoratori dell'impresa. La pattuizione tra le rispettive parti sociali aveva il fine di assicurare la "pace industriale"<sup>77</sup>. Lo sciopero e il picchettaggio assusero al rango di diritti, ma rimasero privi di rilievo costituzionale formale che li rese insuscettivi dell'applicazione del criterio dello *strict scrutiny* da parte delle corti e vulnerabili alle limitazioni opponibili da parte del legislatore federale e di quello statale. Rimase, infatti, una pronuncia isolata quella che sussume il picchettaggio nell'ambito della libertà di manifestazione del pensiero, tutelata all'ombra del I emendamento<sup>78</sup>. Anche il *Norris La Guardia Act* venne interpretato in modo gradualmente restrittivo. Successive leggi federali introdussero fattispecie di scioperi illegittimi cui era correlata la responsabilità civile degli organizzatori e dei partecipanti nei cui confronti le Corti potevano anche emanare *injuncti*<sup>79</sup>. Resta, comunque, un aspetto incontrovertibile il fatto che la rilevante legislazione federale in materia, il supporto pretorio della Corte Suprema e il sostegno dell'azione sindacale abbiano contribuito a formare una nuova società *middle-class*<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Caso *NLRB v. Universal Camera*, 340 U.S. 487 (1950). Sul punto, si veda l'analisi ricostruttiva della vicenda condotta da M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004, pp. 443 e ss.

<sup>77</sup> Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 161. Come rileva, altresì, Paul Krugman, tra il 1935 ed il 1945, negli Stati Uniti, la percentuale dei lavoratori americani iscritti ad un sindacato era aumentata dal 12 al 35 per cento. In generale, anche se non sempre, i sindacati sostenevano i democratici. Tanto che nel 1948, circa i tre quarti delle due maggiori organizzazioni sindacali, l'*American Federation of Labor* e il *Congress of Industrial Organization* votarono a favore di Truman. Per molti storici americani, afferma Krugman, il ruolo dei sindacati aumentò grazie all'inversione di marcia condotta dalla politica pubblica. Il noto economista di Harvard Richard Friedman non concorda con questa tesi. A suo parere, le iscrizioni ai sindacati conoscono delle fasi cicliche di aumento e di riduzione. Per lo studioso fu la riduzione salariale smodata a contribuire, in modo autonomo, alla crescita del movimento sindacale cui afferivano i lavoratori bisognosi di tutela. Krugman si mostra cauto nei confronti di questa teoria. Risulta chiaro che gli stessi fattori che mobilitarono i lavoratori, contribuirono a dotare il *New Deal* del potere politico necessario per mutare la politica federale. Krugman ribadisce che, anche se Roosevelt non abbia da solo creato le condizioni per lo sviluppo di un forte movimento sindacale, di sicuro trasformò il governo "da agente dei padroni a difensore dei lavoratori", favorendo l'iniziativa sindacale. In particolare, P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Bari, 2007, pp. 48 e s nonché p. 66.

<sup>78</sup> Caso *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

<sup>79</sup> Così come erano illegittimi gli scioperi volti ad imporre, al datore di lavoro, l'introduzione di clausole contrattuali contrarie alle leggi federali o statali o a discriminare i dipendenti non iscritti ad alcun sindacato o determinanti forme di boicottaggio secondario nei confronti di imprese terze.

<sup>80</sup> Uno dei principali meriti della contrattazione collettiva delle condizioni di lavoro, ad opera dei sindacati, fu quella di aver ridotto il divario salariale tra gli operai e le professioni meglio retribuite, in particolar modo i dirigenti, e di aver attenuato il divario retributivo presente nella stessa classe operaia. Occorre anche rammentare che poco dopo l'attacco a

L'intervento federale non si arrestò alla sola materia giuslavoristica, nella pronuncia, *Wickard v. Filburn* del 1942, la Corte dichiarò conforme a Costituzione il disposto contingentamento federale della produzione agricola destinata al fabbisogno familiare del produttore o al mero consumo domestico, pur essendo assai tenue il nesso logico e giuridico con il commercio interstatale. La Corte, per sostenere la costituzionalità del provvedimento federale, elaborò il principio dell'effetto cumulativo secondo cui il controllo, da parte del Congresso, sulla produzione di grano di un agricoltore da destinare al consumo domestico è legittimo poiché l'effetto cumulativo del consumo di grano prodotto in casa da molti agricoltori avrebbe potuto ragionevolmente alterare la dinamica e l'equilibrio della domanda e dell'offerta, diminuendo il consumo sul mercato nazionale e deprimendo il prezzo del prodotto<sup>81</sup>.

Si fece strada una interpretazione estensiva ed ampia della *interstate commerce clause* che divenne criterio costituzionale elastico per legittimare l'intervento regolatorio del *Federal Government* nei vari ambiti della vita economica e sociale. La clausola divenne un criterio ad ampio spettro che consentì allo Stato federale di regolare non solo il commercio tra Stati e le relative fasi della distribuzione, ma anche quelle prodromiche della produzione, della manifattura, delle attività estrattive e dei rapporti di lavoro, sino ad allora attratte nell'orbita del *police power* statale senza poter influire, in modo eccessivo, sugli aspetti più intimi dei concetti di *liberty* e di *property*, protetti all'ombra del XIV emendamento.

Analogo *trend* si ripropose nella sentenza *United States v. Wrightwood Dairy Co.*, del 1942, in occasione della quale la Corte Suprema sostenne la legittimità costituzionale del potere del Congresso di regolare il mercato del latte prodotto, confezionato e venduto all'interno di uno Stato, ma da parte di imprese che operavano in concorrenza con altre nel seno del mercato interstatale nel settore lattiero<sup>82</sup>. Una lettura così estensiva del disposto ne consentì delle applicazioni ampie ed

---

Pearl Harbor, il Presidente Roosevelt istituì un nuovo *National War Labor Board (NWLB)*, specularmente a quello che nel 1918 creò Woodrow Wilson. Il *Board*, oltre ad avere la competenza nel redimere le controversie tra forza lavoro e capitale, aveva il delicato compito di stabilire i saggi salariali del settore privato a fronte della notevole spirale inflazionistica cagionata dal Secondo Conflitto Mondiale. Ogni aumento dei salari doveva essere approvato dal *Board*. Una successiva direttiva di Roosevelt sancì che gli aumenti dei salari al di sotto della norma (nella misura di 40 centesimi l'ora) potevano essere decisi dal datore di lavoro senza l'autorizzazione del *NWLB*, gli aumenti pari a 50 centesimi l'ora dovevano essere approvati dal *Board*, quelli ulteriori dovevano essere autorizzati direttamente dal Governo federale. Il sistema tendeva a far aumentare più velocemente i salari dei lavoratori pagati al minimo e, più lentamente, le retribuzioni delle categorie più abbienti. Come affermarono Goldin e Margo, gli aumenti salariali applicati dal *NWLB* servivano a comprimere i salari tra i diversi settori e al loro interno, al fine di trasformare l'America in una società più equa. Come rileva Krugman, "la cosa stupefacente è che i cambiamenti si imposero". In particolare, P. KRUGMAN, *La coscienza di un ... cit.*, pp. 50 e s.

<sup>81</sup> Caso *Wickard v. Filburn* 317 U.S. 111 (1942), Sul "cumulative effect principle", si rinvia a L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, p. 310 nonché G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze ...cit.*, pp. 112 e ss., a R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, p. 620 e a B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 3.05.

<sup>82</sup> Caso *United States v. Wrightwood Dairy Co.*, 315 U.S. 110, 119, (1942), in cui la Corte precisò che: "The commerce power ... extends to those activities intrastate which so affect interstate commerce ... as to make regulation of them appropriate means to the attainment of a legitimate end, the effective execution of the granted power to regulate

estese a vari aspetti della realtà economica non immediatamente correlati al commercio tra Stati che incontrò un sostegno validante nella Corte Suprema, che vi oppose quale limite il solo rispetto della *due process of law* che funse ancora una volta da elemento di equilibrio tra autorità pubblica e libertà privata.

Il nuovo indirizzo pretorio fu considerato dall'*ex* ministro della giustizia Robert Jackson una "ritirata" verso la Costituzione ossia un ritorno al suo significato più profondo e autentico che concepiva il Testo come uno strumento flessibile, capace di adeguarsi al multiforme e cangiante evolversi del tessuto sociale. La Corte Suprema iniziò, inoltre, ad interpretare il principio di non delegabilità di una potestà delegata con crescente elasticità, in modo tale da poter dichiarare costituzionalmente legittime le deleghe di poteri dal Congresso alle *regulatory commissions* purché fossero circostanziate e fosse possibile adire in via d'appello i tribunali ordinari<sup>83</sup>.

Il *New Deal* contribuì ad allargare la sfera di applicazione della clausola costituzionale sul commercio interstatale, rendendola il *framework* legittimante il poderoso intervento regolatorio del *Federal Government* nell'ambito economico e sociale. In tal modo, il Congresso acquisì la capacità di stabilire le condizioni, i termini e le modalità del trasporto interstatale di beni, persone e servizi, di regolare attività produttive ed estrattive e rapporti di lavoro che, pur se confinati nell'ambito infrastatale, incidevano sul commercio tra Stati e inaugurò una lettura della *commerce clause* in combinato disposto con la *necessary and proper clause* in modo tale da espandere il ruolo e la funzione del Governo centrale. La *commerce clause* assunse una forza applicativa pluridimensionale che la rese estensibile a ciascuna attività, ambito e materia economica o di rilievo economico, che risultasse *affecting with the interstate commerce*. In tal modo, la clausola divenne un parametro costituzionale elastico per legittimare una nuova *public policy* di natura federale che delinearà il volto del moderno *Regulatory Welfare State* negli Stati Uniti d'America<sup>84</sup>.

---

*interstate commerce*". Sul punto, si rimanda ai parallelismi ermeneutici condotti da L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, p. 815 nonché R.L. STERN, "The Commerce Clause and the National Economy", in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 350 e ss. e R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, p. 620.

<sup>83</sup> Sul punto, N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 1984, p. 5. L'autore richiama alla memoria il caso *Yakus v. United States*, 64 S.Ct. (1944), in cui è ammesso l'esercizio della facoltà di delega purché sia adeguatamente circostanziato.

<sup>84</sup> Come rilevano Eskridge e Ferejohn, presupposto d'azione della *new larger agenda* della Corte Suprema, fu quello di "*rethink federalist premises in light of the emerging regulatory state*". In particolare, W.N. ESKRIDGE, J. FERREJOHN, "The Elastic Commerce Clause. A Political Theory of American Federalism", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, (1994), p. 1386. Come rileva De Vergottini, l'interpretazione della Costituzione ai tempi del *New Deal* consentì una progressiva espansione delle competenze di intervento regolatore, non solo a tutti gli aspetti dell'economia, ma all'insieme della vita sociale americana, in modo tale da rendere gli Stati membri entità politico-amministrative subordinate, tenute a collaborare a piani deliberati, anche in modo puntuale, dal centro, e legati ad un flusso sostanzioso di aiuti federali. Sono state proprio le esigenze del *Regulatory Welfare State* ad elidere la possibilità di creare relazioni paritetiche tra lo Stato federale e gli Stati membri, accentuando, piuttosto, il vincolo della subordinazione. Sul punto, G. DE VERGOTTINI, "Stato federale", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLIII, Milano, 1990, p. 850.

L'esaltazione del rinnovato ruolo del *Federal Government* non determinò l'automatica reiezione del ruolo dei singoli Stati, che venne rimodellato e ricondotto nella cornice di un modello costituzionale non più liberale, ma democratico-sociale. La Corte Suprema, nella sentenza *Rice v. Santa Fe Elevator Co.*, sostenne che: “*Start with the assumption that the historic police powers of the States were not to be superseded by the Federal Act unless that was the clear and manifest purpose of Congress ... national laws will normally not trump state allocation and development policies unless the latter undetermine needs for national uniformity, impose costs outside the state, or reflect the dysfunctions of the race to the bottom and other prisoner's dilemma games*”<sup>85</sup>. La Corte Suprema, da un lato, tentò di riconciliare il *police power* statale (*state allocation and development policies*) con i nuovi *development and redistribution statutes* federali; dall'altro, esaltò l'importanza di una vigorosa regolazione nazionale dell'economia. Come sostengono efficacemente Eskridge e Ferejohn, il tessuto economico degli Stati Uniti aveva assunto una consistenza nazionale, misconosciuta ai tempi dell'era *Lochner*. Lo sviluppo dell'industria e delle organizzazioni sindacali, di oligopoli nel campo della manifattura, la diffusione di forniture di servizi e di *stock* di livello nazionale e il fiorire di un mercato *coast-to-coast* di merci deperibili che la Grande Depressione mise a repentaglio, evidenziò la necessità di una regolazione federale, piuttosto che statale di una “*increasingly nationalized (and transnationalized) features of the economy*”<sup>86</sup>.

Nel momento in cui gli Stati Uniti entravano nel Secondo Conflitto Mondiale, la loro Costituzione, nella sua nuova accezione valoriale, li legittimava a stilare un organico programma di disciplina federale della materia economica e sociale, in virtù dell'intervento regolatorio del Congresso sul commercio tra Stati, di tassare e di spendere e di delegare ampie funzioni di disciplina e di controllo ad organi amministrativi, muniti di peculiari poteri e competenze. Un simile *trends* evolutivo proseguì anche nell'epoca contemporanea e successiva al Secondo Conflitto mondiale, basti rammentare l'adozione, nel 1945, del *MacCarran-Ferguson Act*. Lo *statute* federale non disciplinava di per sé la materia assicurativa né delegava gli Stati a provvedervi, ma si limitava a conferire al Congresso il potere di approvare leggi che nel futuro avrebbero avuto l'effetto di regolare il “*business of insurance*”<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Caso *Rice v. Santa Fe Elevator Co.*, 331 U.S. 218 (1947).

<sup>86</sup> In particolare, W.N. ESKRIDGE, J. FEREOH, “The Elastic Commerce Clause. A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, (1994), p. 1387.

<sup>87</sup> Inoltre, il *MacCarran-Ferguson Act* precisò che, qualora una legge federale non fosse stata mossa dal presupposto di disciplinare la materia assicurativa, non poteva impedire (*will not preempt*) che vi provvedessero concomitanti leggi o regolamenti statali. La legge federale consentiva la regolazione statale della materia assicurativa, permetteva agli Stati di imporre il rilascio di “*mandatory licences*” al fine di svolgere l'attività assicurativa e faceva salve preesistenti disposizioni statali dettate in materia. Di estremo rilievo, è la parte in cui venne sancito che la materia assicurativa non era sottoposta all'applicazione della legislazione federale *antitrust*, stante la presenza della legge statale di settore, eccezione fatta per i casi di boicottaggio, di intimidazione e di coercizione perpetrate da una compagnia assicurativa a scapito di un'altra con il solo scopo di escluderla dal mercato. Il rimando alla legislazione dello *Sherman Antitrust Act* si giustificava per il fatto che il *MacCarran Act* fu approvato all'indomani della decisione della Corte Suprema sul caso

Occorre, infine, rammentare il *Full Employment Act* del 1946 destinato ad implementare il potere d'acquisto dei lavoratori autonomi e dipendenti, a garantire condizioni di piena occupazione e a promuovere la crescita della produzione ed in virtù del quale venne conferito al *Federal Government* la responsabilità di garantire la stabilità economica e di condurre una robusta politica macroeconomica<sup>88</sup>.

### 3.2 Dalla "libertà dei moderni alla libertà degli antichi": la rivoluzione della Corte di Earl Warren

La "Constitutional Revolution" del *New Deal* operò una profonda trasformazione dell'ordinamento statunitense, consentendo il superamento del modello costituzionale liberale che aveva caratterizzato il secolo precedente. Il sistema federale che sino ad allora si era tipizzato per una rigida separazione delle competenze tra Stato federale e singoli entità federate e che conferiva al *Federal Government* solo poteri enumerati, nel perimetro della Costituzione, mutò il proprio volto. L'era Roosevelt inaugurò la stagione dell'interventismo pubblico nei vari campi della vita economica e sociale con lo scopo di assicurare il benessere generale di tutto il popolo americano<sup>89</sup>. Si era, inoltre, verificata una profonda innovazione nel sistema del riparto dei poteri sia sull'asse orizzontale sia su quello verticale.

---

*United States v. South-Eastern Underwriters Association* del 1944, in cui il Supremo Giudice federale sancì che l'insurance business costituiva *interstate commerce* ed era soggetto all'applicazione della legge federale *antitrust*, contrariamente al caso *Paul v. Virginia* del 1869, in cui aveva sostenuto che la materia assicurativa e la richiesta di una polizza da parte di un privato "[are] not a transaction(s) of commerce". Caso *Paul v. Virginia*, 75 U.S. 168 (1869). La Corte, nel caso *Southern-Eastern Underwriters*, argomentò invece che "Any enactment by Congress either of partial or of comprehensive regulations of the insurance business would come to us with the most forceful presumption of constitutional validity. The fiction that insurance is not commerce could not be sustained against such a presumption, for resort to the facts would support the presumption in favor of the congressional action ... Congress also may, without exerting its full regulatory powers over the subject, and without challenging the basis or supplanting the details of state regulation, enact prohibitions of any acts in pursuit of the insurance business which substantially affect or unduly burden or restrain interstate commerce". Caso *United States v. South-Eastern Underwriters Association*, 322 U.S. 533 (1944). Nel caso di specie, la *South-Eastern Underwriters Association*, convenuta in giudizio, controllava circa il 90 per cento del mercato delle assicurazioni contro gli incendi in sei Stati del Sud, imponendo un livello di premi delle varie polizze molto elevato. La Compagnia aveva fatto ricorso al boicottaggio e alla intimidazione per estromettere gli altri concorrenti dal mercato e mantenere la sua posizione di oligopolio, violando la legge federale *antitrust*. Per un commento alla materia ed ai suoi passaggi giurisprudenziali e normativi, si rinvia a J.R. MACEY, G.P. MILLER, "The McCarran-Ferguson Act of 1945: Reconceiving the Federal Role in Insurance Regulation," in *New York University Law Review*, Vol. 68, April 1993, pp. 15 e ss.

<sup>88</sup> L'Act ebbe il merito di innervare, nel circuito economico, le prime forme di cooperazione tra *Federal Government* e impresa privata. Istituiti, inoltre, il *Council of Economic Advisors*, tenuto ad assistere e collaborare con il Presidente nella formulazione dei programmi di politica economica e il *Joint Economic Committee*, composto da senatori e da rappresentanti e destinata a controllare la validità delle scelte economiche della Presidenza, con cadenza annuale. Lo Statute prevedeva, inoltre, che il Presidente redigesse annualmente un *Economic Report* in cui definiva la condizione occupazionale, il livello della produzione e lo status economico-finanziario del Paese. Come ha sostenuto David Stern, il *Full Employment Act* ha contribuito a definire i presupposti e stabilire le procedure "for setting national economic policy". In particolare, D. STERN, *Managing Human Resources. The Art of Full Employment*, Massachusetts, 1989, pp. 13 e s.

<sup>89</sup> Come rileva Boggetti, si affermò, negli Stati Uniti, una vera e propria democrazia nazionale poiché il popolo americano, nella sua unità e in virtù di procedure complesse, poteva legiferare in materie rilevanti per la collettività. In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 41.

Circa le trasformazioni occorse nella geometria dei poteri a livello centrale, Franklin D. Roosevelt che durò in carica per ben quattro mandati consecutivi, cancellò il modello *whig* della Presidenza, ponendo al vertice dell'intero apparato federale la figura del Presidente, divenuto oramai il motore primario dell'azione di governo. Accanto al Presidente, si collocarono sempre più numerose autorità amministrative indipendenti, titolari di amplissimi poteri delegati e con rilevanti compiti di vigilanza sui corretti andamenti della domanda e dell'offerta nei vari comparti del mercato nazionale.

La metamorfosi si innervò anche nella distribuzione verticale dei poteri, superando gli angusti dettami del modello federale duale ed aprendo le porte ad un sistema del tutto nuovo ed originale. Il superamento del modello liberale di gestione della politica economica, fondata sull'astensionismo dello Stato dall'economia, favorì lo sviluppo graduale di un moderno *Welfare State* che degradò al rango di diritti quasi-non protetti, le grandi libertà economiche, osannate nel passato. In modo analogo ad altre esperienze consumatesi in territorio europeo, anche negli Stati Uniti il declino del modello liberale determinò un'esaltazione dei diritti politici, considerati strumenti di partecipazione attiva al circuito democratico-rappresentativo. Ai diritti politici vennero affiancate importanti libertà civili concernenti la protezione della vita privata, delle proprie scelte culturali, della propria dignità e una serie di diritti processuali esperibili contro l'azione penale repressiva dello Stato. Il riconoscimento di diritti e di libertà munite di un peculiare *status activus* si inscriveva nella cornice di un più rigoroso principio di eguaglianza formale. Ma la diffusione graduale di un modello democratico-sociale, condusse anche all'affermazione di un principio di eguaglianza sostanziale che prevedeva forme di intervento pubblico in plurimi settori al fine di rimuovere quegli ostacoli che non consentivano il pieno inserimento dell'individuo in seno alla società. Siffatto sostegno dello Stato nei confronti delle categorie più deboli o svantaggiate contribuì alla nascita della moderna categoria dei diritti sociali, dotati di uno *status positivus* che conferiva loro un indubbio valore pretensivo.

I diritti sociali ricevettero formale consacrazione in numerosi Testi costituzionali europei. Come già ricordato in precedenza, al termine del Secondo Conflitto mondiale, molti Stati europei si munirono di Costituzioni scritte contenenti lunghe elencazioni di diritti, nella cornice della nuova forma di Stato sociale inteso quale apparato di pubblici poteri posti al servizio della società. Il ripudio delle tragiche degenerazioni cagionate dai regimi totalitari, indusse i costituenti europei del Secondo Dopoguerra ad elaborare una concezione antropocentrica della funzione politica, destinata a garantire in modo effettivo e reale il pieno godimento di tutti i diritti. Venne meno l'assunto liberale della separazione dello Stato dalla società civile e si affermò un modello democratico e sociale che tendeva, piuttosto, a garantirne la congiunzione, cercando il punto di sutura tra singolo individuo e

pubblico potere. Siffatto *trends* si registrò anche a livello internazionale, basti rammentare la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo delle Nazioni Unite del 1948, e in ambito europeo, la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, che riconobbero diritti e libertà fondamentali in capo a ciascun individuo, considerati prerogative inalienabili ed universali del valore della persona a livello mondiale<sup>90</sup>.

Il modello democratico-sociale, in territorio europeo, ricevette consacrazione nella cornice di un costituzionalismo formale, mentre negli Stati Uniti d'America, come vedremo nel prosieguo, la rivoluzione costituzionale avvenne a Costituzione invariata. Ciò che subì un profondo cambiamento non fu la Costituzione in senso formale, bensì la Costituzione nella sua accezione materiale. Occorre, poi, ribadire che il pieno riconoscimento dei diritti politici e culturali, in territorio americano, avvenne in modo molto graduale e non poche difficoltà, giungendo a completa maturazione solo negli anni Settanta del '900. L'affermazione dei diritti individuali politico-culturali, nel modello democratico-sociale, non avvenne in virtù di un riacceso interesse del pensiero americano per la teoria dei modelli, ma emerse in ragione dell'ascesa degli Stati Uniti d'America sulla scena internazionale come "attore protagonista d'essa"<sup>91</sup>.

L'illusione di poter vivere lontani dal terribile conflitto che si consumava nel resto del mondo fu bruscamente interrotta dall'ingresso degli Stati Uniti nel Secondo Conflitto mondiale per sconfiggere le insidie del totalitarismo nazi-fascista.

Il finire del Conflitto non pose fine alla sfida globale che aveva intrapreso la nazione americana, che si innervò nel panorama geopolitico mondiale tra Stati Uniti ed Unione Sovietica e che suddivise il mondo in due blocchi contrapposti. Ma per poter diffondere nell'arena internazionale il proprio modello di democrazia e di civiltà, occorreva avviare un percorso di riconoscimento di diritti e libertà misconosciute all'epoca precedente, eliminando quelle disuguaglianze sociali e quelle discriminazioni razziali che continuavano in molti Stati, pur essendo trascorsi circa cento anni dall'abolizione della schiavitù.

Nel corso degli anni '50, si avviò una nuova e ulteriore rivoluzione costituzionale che non fu il risultato dell'azione e dell'iniziativa dei poteri politici bensì della giurisprudenza innovativa della

---

<sup>90</sup> Sulla Dichiarazione delle Nazioni Unite si rimanda alle riflessioni contenute nell'opera di C.J. FRIEDRICH, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Bologna, 2002, pp. 215 e ss. e di A. REPOSO, "Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo: Appunti di un comparatista", in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N. 8, 2004, p. 399.

<sup>91</sup> L'autore sottolinea come il risveglio dell'interesse per la teoria dei modelli, avvenne più tardi, con la diffusione del contrattualismo e della teoria della giustizia di Rawls. Nel corso della storia, gli Stati Uniti avevano privilegiato un atteggiamento isolazionista nei rapporti internazionali. I segnali dell'*american exceptionalism* e del desiderio di diffondere, nel mondo, il proprio modello di democrazia e di civiltà si colsero, embrionalmente, già nel discorso di Gettysburg di Lincoln e vennero ripresi da Wilson ai tempi della Prima Guerra Mondiale. L'isolazionismo era ripreso nel corso degli anni '20 e '30 del '900, alimentato dal desiderio di rimanere indenni dalle degenerazioni totalitarie che si stavano consumando in territorio europeo. In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...* cit., p. 44.



Corte Suprema che, nel *Chief Justice* Warren, rinvenne uno straordinario sostegno ideologico. Se il *New Deal* aveva operato una rivoluzione costituzionale attraverso lo strumento normativo, il cui ampio uso venne poi validato dalla Corte Suprema, negli anni '50, la seconda fase della metamorfosi costituzionale, avvenne in virtù di elaborazioni pretorie che condussero ad una rinnovata lettura di taluni disposti costituzionali. Fu così che nella sentenza *Brown v. Board of Education of Topeka* del 1954, fu ripudiato il principio del *separate but equal*, formulato in occasione della sentenza *Plessy v. Ferguson*, che isolava gli afroamericani dai bianchi nella fruizione dei servizi pubblici<sup>92</sup>. Come rileva acuta dottrina, non fu neppure in occasione del caso *Brown* che la Corte giunse a ritenere completamente *color blind* la Costituzione, dal momento che si giudicò solo la illegittimità costituzionale della prassi del *separate but equal* nel settore dell'educazione pubblica<sup>93</sup>. Il nuovo *trends* inaugurato dalla Corte Suprema si scontrò spesso con le amministrazioni dei singoli Stati e

---

<sup>92</sup> Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Degno di nota a riguardo fu il *memorandum* redatto da William Rehnquist, futuro *Chief Justice* ed allora *law clerk* del Giudice Jackson, in cui criticava la possibilità, concessa ai tribunali federali di decidere dei casi di discriminazione razziale. Nel *memorandum*, intitolato: "Una riflessione casuale sui casi di segregazione", difendeva la dottrina dei "separati, ma uguali", sostenendo che: "Mi rendo conto che questa è una posizione impopolare e disumanitaria, per la quale sono stato aspramente criticato dai colleghi 'progressisti', ma penso che *Plessy v. Ferguson* fosse giusta e debba essere confermata... All'argomento ... che a una maggioranza non può essere permesso di privare una minoranza dei suoi diritti costituzionali, si deve rispondere che mentre ciò è valido in teoria, alla fine è la maggioranza che determinerà quali siano i diritti costituzionali della minoranza". Sul punto, W. REHNQUIST, "A Random Thought on the Segregation Cases", S. Hrg. 99-1067. Per un commento si rimanda al contributo di J. ROSEN, *The Supreme Court. The Personalities and Rivalries that defined America*, New York, 2007, pp. 185 e s. Analogamente Rehnquist criticò la pregressa decisione della Corte Suprema (quando ancora Warren non era *Chief Justice*) sul caso *Terry v. Adams*, 345 U.S. 461 (1953), in occasione del quale venne posta fine alla pratica di escludere gli afroamericani dalle *primary selections* del Partito Democratico texano. Molto interessante fu il commento che i giuspositivisti fecero nei confronti della sentenza *Topeka* e degli stessi processi di Norimberga e di Tokyo, in cui la separazione tra diritto e morale e tra diritto positivo e diritto naturale è fortemente messa in dubbio. Sul punto, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004, pp. 474 e ss. Al di là della posizione di Rehnquist, degna di nota è la considerazione fatta a proposito del caso *Brown* dal Giudice Frankfurter, il quale riteneva che l'effetto limitato della pronuncia era motivato dall'esigenza di abituare la mente degli abitanti del Sud ad accettare le politiche desegregazioniste. Ma come rileva Tushnet, il concetto di "deliberate speed", concesso ai legislatori del Sud e inteso come graduale percorso di abbandono della segregazione, si rivelò del tutto erroneo e confliggente con gli animi delle popolazioni sudiste. Sul punto, M. TUSHNET, "The Warren Court, 1954-1968. Procedural Liberalism and Personal Freedom", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (a cura di C. TOMLINS), New York, 2005, pp. 281 e ss. nonché LUCAS A. (SCOT) POWE, JR., "The Supreme Court and the Elections Returns", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (a cura di C. TOMLINS), New York, 2005, pp. 436 e ss.

<sup>93</sup> Sul punto, in particolare, C. CASONATO, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Trento, 1998, pp. 185 e ss. L'autore rileva come la decisione sul caso *Brown* si ancori all'esigenza di dimostrare la totale irragionevolezza della separazione scolastica, piuttosto che su di un presunto principio costituzionale di totale indifferenza razziale, *ibid.* p. 185. Griffin rileva che la sentenza costituì il ripudio di una indagine storica ed 'originalista' sul contenuto del XIV emendamento. Infatti, la Corte asserì che una indagine storica sul significato del XIV emendamento fosse "inconclusive" ed affrontò la questione della segregazione razziale nelle scuole non sulla base delle condizioni "existing when the Fourteenth Amendment was adopted but in the light of the full development of public education and its present place in American life throughout the Nation.....in approaching this problem we cannot turn the clock back to 1868 or to 1896 when *Plessy v. Ferguson* was written". Sul punto, S.G. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, Bologna, 1996, pp. 260 e s. Non si può negare che il riconoscimento delle garanzie costituzionali avvenne in un ambito delimitato e non rispondeva ancora ad una generale ermeneutica costituzionale che vedeva nella *equal protection clause* lo strumento contro ogni forma di segregazione e discriminazione.

con gli umori di date componenti dell'elettorato locale che opponevano resistenza alle ingiunzioni giudiziali<sup>94</sup>.

Nel corso dei primi anni della Guerra Fredda, la Corte Suprema aveva consentito la repressione penale del partito comunista americano e ristretto la libertà di espressione politica. Fu proprio nel periodo ricompreso tra 1945 al 1955 circa che si diffuse sul suolo americano il fenomeno del "Maccartismo", dal nome del senatore repubblicano del Wisconsin, Joseph MacCarthy che aveva iniettato nel sistema politico americano un atteggiamento di sospetto dai risvolti, sovente, accusatori e persecutori nei confronti di chi era ritenuto simpatizzante dell'ideologia comunista, (cd. *red scare*)<sup>95</sup>. Si trattò di una pagina oscura della storia americana che ebbe inizio sotto la Presidenza di Harry Truman e cessò sotto quella di Eisenhower. Fu proprio il *Chief Justice* Warren a riconoscere la necessità di proteggere i diritti dei *suspected Communists*, suscitando le critiche dell'allora giovane avvocato William Rehnquist che in un articolo sullo *U.S. News & World Report* criticò tutti quei *law clerks* che avevano sempre manifestato un "*liberal point of view*"<sup>96</sup>. Non solo, la posizione della Corte Warren così innovativa sotto il profilo della tutela dei diritti, suscitò l'immediato attacco del Giudice Hand, già molto critico nei riguardi della sentenza *Brown*. Hand non solo metteva in discussione il potere di *judicial review*, ma addirittura giunse a sostenere che la Corte, "adottando la posizione estrema dell'eguaglianza razziale che, in ogni caso avrebbe dovuto prevalere su ogni altro interesse in conflitto, avesse agito come una terza camera legislativa". In tal modo, Hand sconfessava e temeva la portata rivoluzionaria della giurisprudenza della Corte Warren, giungendo a criticare la sentenza *Yates* del 1957 con cui la Corte riformò le sentenze di condanna di

---

<sup>94</sup> Come afferma Sofia Ventura, fu proprio in relazione alla questione razziale che negli anni cinquanta il Governo federale vinse una battaglia decisiva nei confronti delle pretese statali. Sul punto, S. VENTURA, *Il federalismo*, Bologna, 2002, p. 57.

<sup>95</sup> Il timore che l'ideologia comunista potesse influire sugli equilibri istituzionali e politici, condusse a gravi degenerazioni del maccartismo che divenne una estremizzata ideologia dietro la quale si celavano pericolosi intenti repressivi e discriminatori nei confronti di numerosi dipendenti del Dipartimento di Stato, sospettati di spionaggio. Siffatta degenerazione condannò all'oblio il fenomeno, che molti studiosi fecero coincidere con una mozione di censura che una commissione del Senato condusse contro Joe MacCarthy, il quale aveva condotto una battaglia avverso gli altri gradi dell'esercito, rei di simpatie comuniste. Ma il caso più noto nella vicenda del maccartismo resta quello dei coniugi Rosenberg che furono accusati, nel 1952, di avere trasmesso all'Unione Sovietica, informazioni segrete sulle armi atomiche statunitensi. I coniugi furono processati e condannati a morte nel 1951 e giustiziati, nel 1952. Sul punto, in particolare, si vedano i contributi di R. GRIFFITH, *The Politics of Fear Joseph R. McCarthy and the Senate*, Massachusetts, 1970, pp. 216 e ss., A. FRIED, *MacCarthyism. A Great American Scare. A Documentary History*, New York, 1996, pp. 179 e ss. e A. HERMAN, *Joseph MacCarthy: Reexamining the Life and Legacy of America's Most Hated Senator*, Free Press, 2000, pp. 302 e ss. Per un'analisi della corrente ideologica che aleggiava all'epoca del maccartismo, in occasione del discorso che McCarthy tenne a Wheeling, nel West Virginia nel 1950, si rimanda all'opera di M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004, pp. 470 e ss.

<sup>96</sup> Rehnquist critica ogni giudice e giurista che aveva mostrato "[an] extreme solicitude for the claims of Communists and other criminal defendant, expansion of federal power at the expense of State power, great sympathy toward any government regulation of business – in short, the political philosophy now espoused by the Court under Chief Justice Earl Warren. In particolare, J. ROSEN, *The Supreme Court. The Personalities and Rivalries ...* cit., pp. 186 e s.

quattordici dirigenti del Partito Comunista, ritenendo folle discostarsi, se non addirittura contraddire, un atto legislativo quale lo *Smith Act*<sup>97</sup>.

Siffatto attivismo giudiziario parve quasi stridere con il pregresso conservatissimo liberale ed inaugurò il filone di una giurisprudenza creativa che ampliò oltre misura le potenzialità applicative dei singoli disposti costituzionali, allargando il novero delle situazioni giuridiche soggettive giustiziabili<sup>98</sup>. Al legislatore federale era conferita l'autorità di fornire la più elevata protezione di quei valori, alla luce di un rinnovato modo di leggere il contenuto della *due process of law*<sup>99</sup>. In epoca liberale, la Corte Suprema si ispirava a quella che Benjamin Constant definì la "libertà dei moderni" ossia all'ideale di una società civile e di un sistema giuridico e politico che faceva perno sulla libera iniziativa del singolo, cellula vitale dell'organismo sociale, capace di autodeterminarsi e intollerante verso forme di interventi correttivi o regolatori dello Stato. All'indomani della Grande Depressione, la situazione si rovesciò in modo radicale. Alla libertà dei moderni sembrò sostituirsi la "libertà degli antichi", garantita da una repubblica che godeva di incisivi poteri sulle attività e sui beni delle persone e le cui leggi erano il riflesso di una paritaria ed ampia partecipazione di tutti i cittadini alla vita politica<sup>100</sup>.

Una simile rivoluzione ordinamentale condusse ad un ampliamento delle categorie dei diritti suscettivi di tutela all'ombra della *due process of law*. Nell'epoca liberale matura la Corte operava un bilanciamento tra situazioni soggettive contrapposte, in virtù del canone della ragionevolezza, lasciando spesso pendere l'ago della bilancia a favore dei diritti e delle libertà economiche. Un

---

<sup>97</sup> Fu sempre la Corte Warren, infatti, a restringere gradualmente l'applicazione delle fattispecie derogatorie, quali la tutela dell'ordine pubblico o altri valori analoghi, opposte ad un pieno esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e di espressione. Le *lectures* di Hand furono tenute nel 1958 e si posero quale elemento di critica nei confronti della *creative jurisprudence* della Corte Warren. Oltre al caso *Yates v. United States* (1957), occorre ricordare altre pronunce con cui vennero riformate decisioni di condanna emessa da corti inferiori a scapito di sospetti comunisti, tra le quali *Pennsylvania v. Nelson*, 350 U.S. 497 (1956), *Konigsberg v. State Bar*, 353 U.S. 252 (1957), *Jencks v. United States*, 353 U.S. 657 (1957), *Watkins v. United States*, 354 U.S. 178 (1957), *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957), *Service v. Dulles*, 354 U.S. 363 (1957) e *Kent v. Dulles*, 357 U.S. 116 (1958). Occorre, poi, rammentare in materia di *privacy* e di punibilità dell'osceno, il caso *Roth v. United States* (1957). Per una disamina delle posizioni di Hand e del contenuto delle pronunce della Corte Suprema, si rimanda al contributo di M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano ...cit.*, pp. 494 e ss.

<sup>98</sup> In una storica intervista che Earl Warren rilasciò a Joe Frantz, direttore dell'*History Project* dell'Università del Texas, il 3 novembre del 1971, quando oramai non era più *Chief Justice* ed era anche al termine della sua vita, disse a proposito della Costituzione americana che: "*I think we have to remember that the Declaration of Independence was an emotional and a spiritual expression of the American people, but it wasn't the consensus of what people thought about how they were to be governed. They wanted independence, they wanted independence for everyone, they spoke in clear terms. But when they got to drafting the Constitution of the United States, they had all of the state problems to face, you know, the relationship between the states--the large and the small, the slave states and the free states, and the industrial states and the plantation states and all of those things. And the Constitution is a series of a lot of compromises that are absolutely essential in order to bring about a nation. But in the Declaration of Independence they were just stating full force all of their feelings and sentiments, and the Constitution doesn't bear out everything that was said, it took about eighty years to bring that about*". E. WARREN, *Oral History Interview I*, 7- 9.21.71 by Joe Frantz, *LBJ Library*. Il testo dell'intervista fa parte della *Lindon Baines Johnson Library Oral History Collection* ed è integralmente consultabile, nella sua versione originale, sul sito <http://www.lbjlib.utexas.edu/johnson/archives.hom/oralhistory.hom/Warren-E/Warren-e.PDF>.

<sup>99</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2001, p. 36.

<sup>100</sup> Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 57.

simile approccio fu mitigato nel corso del *New Deal*, in cui il legislatore e la giurisprudenza costituzionale fornirono una interpretazione della *commerce clause* favorevole alle ragioni del lavoratore, del risparmiatore e del consumatore piuttosto che dell'impresa. Occorre aggiungere che la stessa presunzione di legittimità costituzionale di tutte le leggi del *New Deal* operò indiscriminata sino al 1938, in seguito, si formò una corrente di pensiero che intendeva restringere quella presunzione in modo selettivo.

Nella sentenza *Carolene Products*, la Corte Suprema fece ricorso per la prima volta ad un *deferential scrutiny*, sancendo la legittimità costituzionale di una legge federale che vietava l'immissione nel commercio interstatale di un dato tipo di latte condensato, ritenuto pericoloso per la salute pubblica. Il Supremo Giudice federale precisò, inoltre, che avrebbe condotto uno scrutinio più penetrante nei confronti di leggi che si fossero mostrate discriminatorie nei confronti di "discrete and insular minorities". In particolare, si affermò che la presunzione di legittimità non doveva valere nei riguardi di quelle leggi che restringevano le libertà di cui al I emendamento o ledevano le regole dei processi politici e democratici o incidevano sulla posizione di "minoranze deboli o isolate"<sup>101</sup>. Il caso *Carolene Products* costituì, per la Corte, una valida occasione per superare l'ortodossia ermeneutica che l'aveva tipizzata negli anni pregressi, tutelando i diritti individuali sui quali si fondava una società democratica in un modo misconosciuto per un Giudice che aveva sempre difeso strenuamente i soli *property rights*<sup>102</sup>.

In tal modo, la giurisprudenza diversificò i differenti tipi di *scrutiny* da adoperare in sede di *judicial review*, implementando il pregresso criterio del *balancing*. Fu così che i diritti politici, non anche quelli economici, furono sottoposti ad uno *strict scrutiny* che ne ammetteva limitazioni o restrizioni solo attraverso leggi che rispondevano ad interessi cogenti dello Stato. Allo *strict scrutiny*, si contrappose il *minimal scrutiny* in virtù del quale erano considerate incostituzionali solo quelle leggi che risultavano assolutamente irragionevoli nel bilanciamento con altri diritti. Furono sottoposte a tale criterio le libertà economiche e i diritti di proprietà che in passato avevano beneficiato di una giurisprudenza di notevole *favor*. Non mancarono, in quegli anni, sentenze che

---

<sup>101</sup> Caso *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), Di rilievo, in particolare, è la *footnote* redatta dal Giudice Stone, che può essere considerato un vero e proprio *obiter dictum*. Stone scrisse, in seguito, una lettera a Irving Lehman, sostenendo di essere preoccupato per la crescente intolleranza razziale e religiosa innervata nella società americana e aveva sottolineato come gli attacchi del Presidente alla Corte e alla Costituzione avrebbero potuto provocare una grave ed irreversibile *deminutio* nella tutela delle libertà individuali. Sul punto, R.M. COVER, "The Origins of Judicial Activism in the Protection of the Minorities", in *The Yale Law Review*, Vol. 91, 1982, p. 28. Come sottolinea Griffin, nel caso *Carolene Products* di grande rilievo furono le osservazioni sollevate da John Hart Ely, il quale sosteneva che le clausole costituzionali dal significato più ambiguo, in particolare, la *equal protection clause*, dovessero essere interpretate secondo un'ottica sistematica che la poneva in relazione con tutti gli altri valori espressi nel Testo costituzionale e, in modo tale, da garantire la partecipazione di ognuno al processo democratico, al fine di evitare che i pregiudizi nei confronti di determinati gruppi minoritari potessero inficiare la legislazione che li riguardava. A conclusioni simili a quelle di Ely, ma secondo argomentazioni difformi, pervennero, i politologi Dahl e Walzer. Sul punto, S.G. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, Bologna, 1996, pp. 276 e ss.

<sup>102</sup> In particolare, B.A. ACKERMAN, "Beyond *Carolene Products*", in *Harvard Law Review*, Vol. 98, 1985, pp. 714 e s.

addirittura negarono che si potesse paventare una questione di costituzionalità, considerando a priori legittime leggi regolative del settore economico-sociale<sup>103</sup>. Il criterio dello *minimal scrutiny* conduceva, del resto, a rare pronunce di incostituzionalità. Siffatto indirizzo pretorio venne confermato anche per il fatto che la Corte Suprema riconobbe, in capo agli organi amministrativi, il diritto di ordinare l'esibizione di documenti delle società commerciali per verificare se contenessero irregolarità o prove di condotte criminose, superando i dettami del periodo liberale in cui lo Stato non era legittimato a compiere *fishing expeditions* dei fascicoli di un operatore economico in assenza di gravi indizi di reato<sup>104</sup>.

Col passare del tempo, accanto ai criteri dello *strict* e del *minimal scrutiny*, si affiancò quello dell'*intermediate scrutiny*, riguardante i diritti da sottoporre ad un vaglio severo, ma non rigido come quello previsto per i diritti politici. La differenziazione dei criteri di *scrutiny* rese possibile l'introduzione di *discrimina* tra situazioni giuridiche soggettive e consentì alla Corte di graduarne le modalità di tutela.

Un ampliamento delle garanzie delle situazioni giuridiche soggettive fu resa possibile, inoltre, da una difforme interpretazione del *Bill of Rights*, da sempre considerato un documento giuridico vincolante solo nei confronti del *Federal Government*, non anche nei confronti dei singoli Stati che rimanevano sottoposti alla *due process of law*. Il graduale assorbimento del *Bill of Rights*, nel seno della *due process of law clause* prevista dal XIV emendamento, fu il risultato di una lenta riflessione teorica condotta dal Supremo Giudice che alla fine sottopose l'azione dei singoli Stati a quanto in essi previsto, limitandone ulteriormente la sfera di intervento.

Un ulteriore passaggio nel percorso di ampliamento della tutela dei diritti avvenne nel campo delle prestazioni erogate a favore dei cittadini che fruivano di taluni servizi pubblici o di altre prestazioni erogate dallo Stato. Basti pensare al pubblico impiego, ai servizi sociali, alle istituzioni scolastiche e alle prestazioni previdenziali. Tali situazioni giuridiche soggettive erano considerate dei *privileges* e non dei *rights*, ossia delle prestazioni elargite benevolmente dal pubblico potere in virtù di apposite leggi, contrariamente ai *rights* che rinvenivano la loro fonte legittimante nella tradizione di *common law* e le sottraeva dal novero della *due process of law*. I *privileges* erano sottoposti alla sola *equal protection clause* che in molti casi ricevette delle deroghe applicative, basti pensare alla segregazione nelle scuole e in taluni luoghi pubblici perpetrate sino alle vibranti condanne della

---

<sup>103</sup> Caso *Ferguson v. Skrupa*, (1963).

<sup>104</sup> Caso *Federal Trade Commission v. American Tobacco Co.* (1924). In particolare, R.L. STERN, "The Commerce Clause and the National Economy", in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 685 e ss. La Corte sancì, invece, l'obbligo per le società commerciali di esibire, a richiesta della pubblica amministrazione interessata, tutta la documentazione che erano tenute per legge a redigere e a conservare. Dal momento che le leggi obbligano le società commerciali a documentare, in modo pressoché integrale, l'attività svolta, gli operatori economici furono sottoposti ad un severo e penetrante controllo da parte dell'autorità statali, potendo invocare solo limitatamente le garanzie previste dal IV emendamento. Casi *Endicott Johnson Co. v. Perkins*, 317 U.S. 501 (1943), *Shapiro v. United States*, 335 U.S. 1 (1948) e *United States v. Morton Salt Co.*, 338 U.S. 632 (1957).

Corte Warren. Quando la struttura del pubblico impiego e della previdenza e dell'assistenza sociale divennero poderose, fu difficile relegare tali situazioni giuridiche al rango di meri *privileges*. Fu allora che la Corte iniziò a definire le situazioni favorevoli create in quegli ambiti dalle leggi, *entitlements*, attraendole nell'orbita della *due process of law* e della *equal protection clause* e sottoponendole al criterio dello *strict scrutiny*.

Nella pregressa cornice costituzionale liberale, le due clausole sopra menzionate fungevano da criterio di limitazione dell'azione statale (cd. *state action*), ma non vincolavano quella dei privati che potevano ostendere divieti e limiti nei confronti degli altri individui, senza per questo, subire controlli. Era rara l'approvazione di leggi ordinarie restrittive dell'azione dei singoli e di disciplina dei rapporti interprivati<sup>105</sup>. Siffatto principio rimase pressoché inalterato anche nel corso dell'epoca neo-liberale, divenendo una costante della giurisprudenza costituzionale. Pur tuttavia l'applicazione del principio della *state action*, nel corso dell'epoca democratica, avvenne con minor rigore rispetto al periodo liberale.<sup>106</sup>

Analogo *trends* giurisprudenziale si evinse nelle successive pronunce in cui la Corte sancì che i limiti imposti dalla *due process of law* e dalla *equal protection clause* si applicassero anche nei confronti di quelle libere iniziative private che avessero beneficiato di sovvenzioni e concessioni pubbliche ed in seno alle quali la frammistione tra aspetti pubblici ed aspetti privati era così ampia da non potersi lasciare impregiudicata<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Differentemente dall'Europa continentale in cui, a seguito del Secondo Conflitto Mondiale, la categoria dei diritti fondamentali risultava costituzionalmente garantita sia da illegittimi interventi autoritativi approntati dallo Stato che da arbitrarie incisioni condotte dai privati. Sul punto, di rilievo è il parallelismo operato da G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 63.

<sup>106</sup> In particolare, la Corte si rifiutò di dare esecuzione a contratti tra privati che prevedevano forme di discriminazione razziale, nonostante la legge statale non li avesse vietati. Caso *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948). La Corte si espresse, analogamente, nel caso *Smith v. Allwright*, 1944, in cui stabilì che un partito politico potesse ritenersi una forma di organo dello Stato al quale si poteva fare divieto, in virtù della Costituzione, di escludere dalla sua compagine interna gli afroamericani, anche se la scelta fosse stata frutto dell'autonoma iniziativa del partito e non fosse stata imposta dallo Stato. Sul punto, W.M. WIECEK, "The Stone and Vinson Court, 1941-1953. Transition and Transformation", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, (edited by Christopher Tomlins), New York, 2005, pp. 274. Circa poi, l'impossibilità per gli Stati di portare deroghe o di intaccare le obbligazioni dedotte nei contratti tra privati, basti rammentare il caso *Home Building and Loan Ass'n v. Blaisdell* (1934), costituente una delle rarissime pronunce di applicazione della *Contract Clause* di cui all'art. I, *Section 10* della Cost. Fed. nel periodo del *New Deal*. Sul punto, W.G. ROSS, "The Hughes Court, 1930-1941. Evolution and Revolution", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, (edited by Christopher Tomlins), New York, 2005, pp. 230. Analogamente, la Corte si espresse nel caso *Marsh*, sancendo che quando gli enti commerciali aprono la loro proprietà al pubblico, rendendola simili ad aree pubbliche, il proprietario non può vietare che vi si svolga la libera manifestazione del pensiero religioso. Caso *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).

<sup>107</sup> Casi *Pennsylvania v. Board of Trustees*, 353 U.S. 230 (1957) e *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961). Seppure in un successivo caso del 1972, la Corte abbia escluso che un *club* privato che aveva ottenuto la licenza per servire bevande alcoliche dovesse essere costretto a fornire il servizio anche agli afroamericani in ossequio alla *equal protection clause*. Caso *Moose Lodge n. 107 v. Irvis.*, 407 U.S. (1973).

### 3.4. L'applicazione della Commerce Clause nel caso Five Gambling Devices del 1953 e la mutata tutela delle libertà economiche

In materia di *commerce clause*, la Corte Warren si pronunciò in modo rilevante nel 1953, nel caso *Five Gambling Devices*. In tale fattispecie, si controverteva della costituzionalità di una legge federale che vietava il trasporto e il commercio interstatale dei dispositivi e dei mezzi meccanici utilizzati per il gioco d'azzardo<sup>108</sup>. La legge prescriveva che i produttori ed i rivenditori di simili strumenti per il gioco d'azzardo dovessero essere iscritti presso un apposito registro presente nel territorio del distretto dell'*Attorney General* e che ogni dovessero trasmettere all'*Attorney General* un rapporto in cui fossero riportati tutti i dati relativi al quantitativo di *gambling devices* prodotti, venduti e trasportati attraverso i confini statali. Alcuni produttori e rivenditori di siffatti prodotti furono accusati di avere violato lo *statute* federale poiché non si erano iscritti nell'apposito registro e non avevano fornito all'autorità competente i dati relativi alla vendita, alla produzione e al trasporto di tali beni.

La Corte Suprema, in una *plurality opinion* cui si associò il Giudice Frankfurter e il *Chief Justice*, asserì che, nonostante, la *commerce clause* non esaurisse il potere del Congresso di regolare il commercio, essendovi il disposto della *necessary and proper clause* ad ampliarne la sfera e la portata applicative, nel caso di specie, si paventava un illegittimo esercizio del potere federale in materia penale, poiché le disposizioni della legge erano eccessivamente vaghe. Proprio la vaghezza costituiva una condizione di incostituzionalità, visto che conferiva al *Federal Government* un potere di intrusione in una materia, quale quella penale, appannaggio dei legislativi statali, senza perimetrarne la sfera di esercizio, operando una forma di "*federalization*" dei crimini consumati nel contesto infrastatale. Nelle opinioni dei dissenzienti si coglieva un diverso approccio, volto a favorire un inasprimento dei regimi sanzionatori previsti per taluni reati di natura inter ed infrastatale al fine di ostacolare quelle attività, tra le quali la vendita e il trasporto di *gambling devices*, costituenti una delle maggiori fonti di entrata della criminalità organizzata avente una sfera di attività ultrastatale<sup>109</sup>. La sentenza attesta, comunque, una peculiare premura di mantenere intatti taluni equilibri federali, evitando che la *commerce clause* potesse trasformarsi in criterio costituzionale di intrusione nella sfera riservata alla legislazione penale dei singoli Stati.

La rammentata diversificazione del vaglio di costituzionalità operata dalla Corte Suprema, ha consentito di erigere i diritti e le libertà politiche e civili al rango di diritti protetti sottesi ad uno

---

<sup>108</sup> Caso *United States v. Five Gambling Devices*, 346 U.S. 441 (1953).

<sup>109</sup> Per un commento, si rimanda al contributo di R.L. STERN, "The Commerce Clause Revisited – The Federalization of Intrastate Crimes", in *Arizona Law Review*, Vol. 15, (1973), pp. 274 e ss.

*strict scrutiny* cui si contrapponevano i diritti proprietari e le libertà economiche degradati al novero di diritti non protetti <sup>110</sup>.

La Costituzione federale del periodo democratico non conosce, però, la categoria dei diritti sociali che vengono, di volta in volta, sanciti da apposite leggi ordinarie. In tal modo, si creano due sfere contrapposte, quella dei diritti pienamente protetti e quella dei diritti e delle libertà non protette, attraversate dalla fascia dei diritti semi-protetti sottoposti ad uno scrutinio intermedio. La categorizzazione tra diritti costituisce un forte argomento di distinzione tra Costituzione americana e Costituzioni europee contemporanee. Queste ultime contengono, invece, lunghe elencazioni di diritti e libertà, di natura civile e politica e in campo economico e sociale<sup>111</sup>. La giurisprudenza costituzionale europea non conosce la ‘gradazione’ dei vaghi di costituzionalità, dal momento che respinge una nozione piramidale e gerarchizzata dei diritti da proteggere che potrebbe avere dei risvolti discriminatori del tutto confliggenti con il principio di eguaglianza e con il criterio della ragionevolezza. Ma ciò non toglie che, in sede di giudizio, le Corti abbiano, sovente, mostrato una propensione per i diritti politici e per quelli civili e sociali a scapito di quelli economici <sup>112</sup>.

La diversificazione degli scrutini di costituzionalità avrebbe, del resto, poco senso nel contesto di ampi e lunghi Testi costituzionali formali che lasciano minore spazio a giurisprudenze costituzionali del tutto ‘creative’, differentemente dal contesto americano ove la Corte Suprema ha contribuito, con la sua rivoluzionaria giurisprudenza, a scardinare precedenti pietrificati, profittando della brevità e della elasticità delle clausole costituzionali.

L’accresciuta complessità assunta dal tessuto sociale, ha fornito al costituzionalista un materiale di indagine vasto ed eterogeneo che iniziò ad eccedere la Costituzione scritta e le poche leggi dello

---

<sup>110</sup> Questo non significa che le menzionate libertà non beneficiassero della *procedural due process*, anzi ne fruivano in modo pieno, ma solo che nella giurisprudenza della Corte non vi era più spazio per una *economic substantive due process* che aveva pervaso l’ermeneutica della *progressive era*. A sostegno di siffatta tesi, si collocarono quelle pronunce che riconoscevano il diritto ad un equo indennizzo sia nelle ipotesi di espropriazioni formali che in quelle di espropriazioni sostanziali. Le prime determinanti una materiale perdita fisica del bene, le seconde costituite da provvedimenti amministrativi e normativi, sempre più crescenti in presenza di uno Stato regolatore, che incidevano variamente sul contenuto giuridico del diritto di proprietà, limitandolo o condizionandolo. Per tale motivo, in ragione dell’accresciuto ruolo regolatorio degli apparati del pubblico potere, la Corte Suprema rinvenne nella *taking clause* un dovere generale di indennizzo anche nei casi di espropriazioni sostanziali che, pur non cagionando una traslazione della titolarità della proprietà, determinavano una notevole *deminutio* delle relative facoltà di godimento del bene da parte del proprietario (caso *Pennsylvania Coal Co. v Mahon*, 1922). Siffatti interventi regolatori della proprietà si inscrivevano nella cornice di quell’*urban renewal* che, negli anni ’50, indusse il *Federal Government* ad erogare cospicui finanziamenti a favore dell’edilizia popolare e per il potenziamento della rete stradale nazionale.

<sup>111</sup> Come rileva Reposo, “l’inserzione della socialità nello Stato di diritto, comprimendo il ruolo dell’economia nei confronti della politica, ha dato luogo ad un apparato che si inserisce nel gioco del mercato per orientarlo e correggerlo, quando non addirittura per parteciparvi in prima persona: una organizzazione del potere nella quale la preoccupazione di garantire il benessere materiale e spirituale dei cittadini introduce nel lessico costituzionale nuove modalità giuridiche, come ad es. le «azioni attive»”. Sul punto, A. REPOSO, *Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo* ... cit., p. 398.

<sup>112</sup> Come rileva Boggetti, il sistema americano di protezione dei diritti fondamentali della persona, nel periodo social-democratico, risulta maggiormente assimilabile alle Costituzioni delle odierne democrazie scandinave, contenenti elencazioni dei diritti politici e civili, non anche di quelli economici e sociali. In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano* ... cit., p. 67.



Stato liberale. In tal modo, l'adozione di atti e di provvedimenti subcostituzionali contribuì a comporre il vasto mosaico della "Costituzione sostanziale"<sup>113</sup>.

L'ordinamento statunitense raggiunse la sua piena maturazione, nella sua versione social-democratica, con la rivoluzione della Corte Warren che ridisegnò i tratti morfologici della Costituzione vivente americana, portando a compimento quel percorso di riforma avviato dal *New Deal* che aveva rimodellato gli aspetti più significativi della Costituzione in senso sostanziale<sup>114</sup>.

Per poter meglio comprendere la natura e le caratteristiche della forma di Stato in un dato periodo storico, non si può prescindere da un'analisi dei rapporti tra pubblico potere ed economia, tra sfera politica ed equilibri del mercato. Il complesso sistema dei rapporti tra stato apparato e società civile riflette un dato corpo di principi che, seppur non siano formalizzati a livello costituzionale, entrano a comporre l'ordinamento costituzionale in qualità di principi di rango sostanziale, destinati a delineare la forma di Stato e la forma di Governo. Non costituisce un fattore trascurabile il fatto che nella seconda metà del '900, negli Stati Uniti, si sia assistito ad una straordinaria metamorfosi costituzionale che non ha intaccato esteriormente né la forma di Stato né la forma di Governo. In entrambi i casi, non fu avviata alcuna formale revisione costituzionale e non fu approvato alcun emendamento per modificare significativi aspetti della Costituzione, lo Stato conservò intatta la forma federale e il Governo mantenne intatti i requisiti della forma repubblicano-presidenziale. La rivoluzione ordinamentale avvenne, in modo graduale, e non intaccò la forma, bensì la *substantia* dei più intimi valori sottesi all'universo giuridico nordamericano.

Il *New Deal* e la successiva validazione della Corte Suprema consentirono una rilettura ampia e multi-prospettica delle *constitutional clauses*. Pochi anni dopo, Earl Warren condusse un'analoga 'battaglia' con lo strumento della decisione giudiziale, ampliando oltre misura la sfera delle garanzie da estendere a favore degli individui ed elevando i diritti politici e civili al rango di situazioni giuridiche fondamentali sottese ad uno stretto scrutinio di costituzionalità. Nella cornice di una rinnovata Costituzione vivente, i diritti proprietari e le libertà economiche smarrirono le tanto osannate e difese gurarentigie di cui beneficiarono nel corso dell'epoca liberale. Per tale motivo, risulta corretto parlare di metamorfosi costituzionale che, pur non intaccando la formula esteriore del disposto, ne riplasma i contenuti e il sottostante tessuto valoriale, esaltato dal legislatore e dalle corti, sempre più protese a superare pietrificate ermeneutiche costituzionali sino ad allora

---

<sup>113</sup> Come rileva Reposo: "L'attuale complessità delle situazioni di fatto consiglia dunque di riflettere in modo nuovo sulla reale attitudine del dettato costituzionale a contenere all'interno della giuridicità gli interessi collettivi, che gruppi economici, religiosi, culturali ecc. esprimono nelle forme più varie e, principalmente, attraverso la disponibilità dei mezzi di comunicazione di massa, i quali si raccolgono nel c.d. quartopotere. La divaricazione fra normatività e Costituzione vivente è ritenuta da alcuni come il fenomeno più caratteristico del nostro tempo". In particolare, A. REPOSO, *Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo* ... cit., p. 398.

<sup>114</sup> Sui pregi e sui limiti della giurisprudenza della Corte di Earl Warren si rimanda al contributo di M. TUSHNET, "The Warren Court, 1954-1968. Procedural Liberalism and Personal Freedom," in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (a cura di C. TOMLINS), New York, 2005, pp. 277 e ss.

cristallizzate nell'ortodossia liberale. Si esalta così il ruolo di uno Stato interventista nella vita economica e sociale e di un Governo che nel Presidente rinviene il centro propulsore dell'azione esecutiva<sup>115</sup>.

In tale rinnovata cornice costituzionale, l'organizzazione della produzione, della distribuzione e della redistribuzione della ricchezza avvengono sotto l'egida dello Stato. La Costituzione economica americana della seconda metà del '900 si connota per una interpretazione estensiva dei disposti concernenti il commercio interstatale e lo *spending power* federale che conferiscono al *Federal Government* il ruolo di Stato interventista nelle faccende economiche e sociali, recidendo i legami con il pregresso modello liberale, ma mai assimilandosi con il modello di Stato sociale in auge in Europa<sup>116</sup>. Infatti, l'intervento pubblico nell'economia fu sempre più moderato rispetto agli esempi di *Welfare State* di identità europea<sup>117</sup>. Per tale ragione, il termine che meglio definisce il tipo di rapporti tra poteri politici e sfera economica, a partire dalla Grande Depressione, è quello di modello neo-liberale.

Siffatta formula politico-istituzionale vede consegnata allo Stato una funzione di promozione del benessere generale e della ricchezza nazionale. L'intento era quello di garantire un continuo e virtuoso sviluppo economico, sociale e culturale del popolo americano al riparo delle tragiche degenerazioni dei cicli economici e dei fallimenti del mercato. In tal modo, lo Stato federale, comprensivo di tutte le sue articolazioni funzionali interne, si poneva quale motore dello sviluppo socio-economico della Nazione. L'accresciuto potere di intervento dell'apparato di Governo centrale e di quello statale non giunse, però, mai a disciplinare in modo troppo puntuale gli aspetti della produzione, della distribuzione, dei prezzi, del quantitativo di *output* da immettere sul

---

<sup>115</sup> Sul punto, S.G. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, Bologna, 1996, pp. 65 e ss., nonché C.R. SUNSTEIN, "Constitutionalism After the New Deal", in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), pp. 425 e ss. e W.J. ROSS, *The "Hughes Court, 1930-1941, Evolution and Revolution"*, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, (edited by Christopher Tomlins), New York, 2005, pp. 232 e ss.

<sup>116</sup> In particolare, Boggetti evidenzia come la rivoluzione della Corte Warren ed, ancor prima, quella del *New Deal* non abbiano modificato la forma di Stato o di Governo, bensì la formula politica degli Stati Uniti, che hanno aderito ad un modello costituzionale in cui lo Stato ricopre un ruolo interventista nel campo sociale ed economico, ma che non fu mai carico di quelle componenti pubblicistiche, centralizzatrici e solidaristiche proprie dei modelli europei. Per tale motivo, risulta preferibile l'utilizzo dell'aggettivo di modello statale federale neo-liberale. Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, pp. 52 e s.

<sup>117</sup> Come rileva Andrea Pierini, la genesi storica del *Welfare State* statunitense non costituisce il risultato di un naturale processo evolutivo del sistema economico, politico e sociale verso la condivisione di un sistema di valori di natura solidaristica ed egualitaria, ma rappresenta la risposta ad un gravissimo periodo di crisi. Sotto il profilo evolutivo, invece, l'autore coglie un minore livello di sviluppo nell'esperienza statunitense rispetto a quelle canadese ed europea, sia sotto il profilo dello sviluppo degli istituti di sicurezza e di assistenza sociale, sia sotto il profilo del *quomodo* di tutela delle situazioni giuridiche soggettive aventi una connotazione sociale. La difforme fenomenologia delle categorie di *Welfare State* ha indotto l'autore a tripartirle in tre modelli: un modello residuale (*need based*) in cui gli istituti di protezione agiscono in funzione di una situazione di bisogno; un modello assicurativo, in cui il livello di protezione varia in ragione dei contributi versati dai beneficiari, ed uno della cittadinanza sociale che è universalista come il primo, ma non è collegato ad una valutazione quali-quantitativa da effettuare. Si tratta di modelli dall'applicazione complementare e non alternativa, seppur negli Stati Uniti abbiano ricevuto applicazione solo quello *need based* e assicurativo. Sul punto, A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzioni e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Torino, 2003, pp. 71 e s.

mercato, di ripartizione dei profitti e di distribuzione delle risorse. Nella cornice costituzionale neo-liberale, la formazione dei prezzi risultava ancora affidata al libero incontro della domanda e dell'offerta, in seno al mercato, evitando un dirigismo della dimensione economica eccessivo<sup>118</sup>.

Lo Stato federale acquisì la veste di regolatore, di finanziatore, ma raramente quello di imprenditore. Infatti, furono rare le occasioni in cui lo Stato federale si impegnò nella produzione e nel commercio di beni economici per mezzo di enti pubblici imprenditori, eccezion fatta per la *Tennessee Valley Authority* dedicata alla produzione ed all'erogazione di energia elettrica nel contesto geografico di un'area depressa. A livello municipale, aumentò la gestione e l'erogazione di taluni servizi pubblici economici concernenti il trasporto, l'energia elettrica e il servizio idrico. Si trattò, comunque, di fenomeni isolati che difficilmente potevano essere assimilati alla figura dello Stato imprenditore tipica dei Paesi europei.

Persisteva ancora l'ideale secondo cui talune attività di produzione e di distribuzione di beni e servizi fossero meglio gestite dai singoli soggetti privati. L'iniziativa economica e la proprietà privata, per quanto degradate a situazioni giuridiche sottese ad uno scrutinio minimo di costituzionalità, rimanevano pur sempre l'indispensabile motore dello sviluppo economico del Paese. Il controllo del mercato divenne, infatti, più stringente ed investì una pluralità di operazioni misconosciute all'epoca liberale, basti pensare alle contrattazioni azionarie svolte nel mercato mobiliare sottese al rigido controllo della *Securities and Exchange Commission*, tenuta a proteggere gli interessi dei piccoli investitori. Ancora una volta, la concorrenza assurse al rango di valore fondamentale da tutelare per assicurare un dinamico e fisiologico sviluppo del mercato<sup>119</sup>.

Non è un dato casuale, il fatto che nel corso del *New Deal* ed oltre, l'Autorità *Antitrust* abbia agito in modo tale da garantire la presenza sul mercato delle piccole e medie imprese. L'ostilità pubblica nei confronti del *big business* privato rispondeva al duplice scopo di proteggere i consumatori e di tutelare la libertà di mercato di soggetti imprenditoriali di minori dimensioni, sovente, schiacciati da potenti poteri economici privati. Nel periodo social-democratico muta anche il volto dell'azione *antitrust*. Se in precedenza si tolleravano operazioni di concentrazione, intese, fusioni ed acquisizioni di soggetti minori da parte di imprese di maggiori dimensioni, al fine di assicurare un forma di efficienza del mercato, nell'epoca postnewdealista questo non accadde più. L'autorità

---

<sup>118</sup> . In quegli anni, settori ampiamente controllati erano quelli della produzione agricola, in cui lo Stato federale intervenne con un poderoso programma di finanziamento del settore afflitto da una situazione di intrinseca debolezza di mercato, quello dell'energia, delle comunicazioni terrestri ed aeree e delle telecomunicazioni, telefoniche, televisive e radiofoniche. Un settore sottoposto ad un minore regolamentazione era, invece, quello petrolifero e dello zucchero, sottoposti ad una disciplina statale inerente il livello dei prezzi e la quantità del prodotto da destinare al commercio.

<sup>119</sup> In tale rinnovata cornice normativa il diritto degli illeciti civili extraxcontrattuali e il diritto contrattuale risentirono dell'accresciuto intervento dello Stato nell'economia. Le nuove regole approvate nel campo dei *torts* e dei *contracts* tendevano a far gravare sui produttori di merci e di servizi, la responsabilità risarcitoria per i danni provocati dalla messa in commercio dei beni medesimi, anche nei casi in cui vi fosse stato solo un legame indiretto. L'esteso regime di responsabilità poggiava sull'assunto secondo cui i produttori erano in grado di portarne meglio il peso, visto che avrebbero potuto ritrasferirlo sui consumatori e sugli utenti, attraverso leggeri aumenti dei prezzi.

*antitrust* intendeva colpire tutte quelle collusioni e quelle operazioni di fusione che limitavano la libertà di mercato e di concorrenza delle piccole e medie imprese a tutto vantaggio dei grandi monopoli e degli oligopoli. In tal modo, prese corpo una presunzione di illegittimità di tutti quelle concentrazioni monopolistiche che, per quanto legittimamente formatesi, tendevano a dominare il mercato, seppur con l'uso di strumenti legali<sup>120</sup>.

L'ostilità federale alle concentrazioni si rifletteva anche nella restrizione della sfera di applicazione della *rule of reason* e nella estensione delle condotte *per sé condemnation*<sup>121</sup>. Il rafforzamento della politica *antitrust* fu favorito, inoltre, dall'approvazione del *Celler-Kefauver Act* del 1950 che implementò i poteri della *Federal Trade Commission* e della Divisione *Antitrust*, interna al Dipartimento di Giustizia<sup>122</sup>.

L'ampliata finalità perseguita dalla legislazione *antitrust*, rispetto alla *progressive era*, venne suggellata in una serie di pronunce in cui la Corte Suprema ribadì che le leggi americane *antitrust* perseguivano finalità ultronee rispetto a quelle squisitamente economiche, tra le quali emergono la tutela dei consumatori e la protezione dello *small business* avente una diramazione solo locale e la tutela indiretta di materie e di istituzioni di ordine politico, sociale e democratico<sup>123</sup>.

Solo in seguito alla svolta della *deregulation* reaganiana e all'influsso notevole dei teorici della Scuola di Chicago, la politica *antitrust* mutò il proprio volto, avviando un *trend* inverso a quello precedente, tentando di proteggere taluni *mergers* ed altre operazioni di concentrazione che, pur ampliando e rafforzando il ruolo di talune grandi *corporations*, rispondevano ad esigenze di

---

<sup>120</sup> Casi *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F. 2d 416 (1945), *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946) e *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 347 U.S. 521 (1954). Per un analitico commento a tali vicende processuali, si rimanda al rilevante contributo di R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, 2001.

<sup>121</sup> In tal modo, gli accordi restrittivi della concorrenza, la fissazione concordata dei prezzi delle merci da parte di imprese impegnate nello stesso settore, gli accordi tra imprese volte ad escludere imprese terze o ad istituire rapporti privilegiati a favore di taluni soggetti e l'imposizione, da parte del produttore, del prezzo minimo di rivendita dei loro prodotti furono attratte nell'orbita delle condotte *per sé* illecite. Casi *United States v. Socony Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940), *F.O.G.A. v. F.T.C.*, 312 U.S. 457 (1941), *Silver v. New York Stock Exchange*, 373 U.S. 341 (1963), *United States v. General Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966) e *Albrecht v. Henrard Co.*, 390 U.S. 415 (1968). Inoltre, nella cornice di una accresciuta ostilità nei confronti del *big business*, furono reputate illecite anche quelle operazioni di fusione sul mercato ancora allo stadio embrionale, le concentrazioni verticali realizzate tra società produttrici di beni complementari o succedanei, anche se l'operazione non involgeva una quota superiore dell'1,3 per cento del commercio complessivo del prodotto, e le concentrazioni orizzontali, coinvolgenti società operanti nello stesso comparto produttivo e impegnate nel commercio delle stesse merci e non in grado di controllare una quota di distribuzione del bene sul mercato, superiore al sette per cento. Casi *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962), *United States v. Du Pont de Nemours Co.*, 353 U.S. 586 (1957) e *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966).

<sup>122</sup> La legge vietò anche le fusioni orizzontali realizzate tra venditori e compratori di una merce. Per decidere se una fusione fosse *contra legem*, era necessario identificare il *relevant product market* e il *relevant geographic market* e, quindi, stabilire se la modificazione della struttura di mercato, valutata in termini di quote di mercato e di indici di concentrazione, fosse tale da cagionare una sostanziale diminuzione della concorrenza. *Relevant markets* sono stati, ad esempio, il mercato dei fili elettrici d'alluminio, i negozi di scarpe per bambino in città con più di 10.000 abitanti, le drogherie nell'area di Los Angeles ecc. L'identificazione del *relevant market* è uno dei problemi più spinosi da affrontare. Il principale criterio adottato è quello dell'elasticità incrociata della domanda rispetto a mercati contigui. Sul punto, R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, 2001, pp. 42 e s., nonché G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998.

<sup>123</sup> Casi *Brown cit.* e *Northern Pacific Railway v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

efficienza del mercato<sup>124</sup>. La Corte restrinse il perimetro di applicazione delle condotte *per sé condemnation* e ampliò lo spettro applicativo della *rule of reason* sulla scorta dell'argomentazione secondo cui solo imponenti apparati produttivi e distributivi fossero in grado di reggere un mercato internazionale sempre più vasto e competitivo e di sostenere i costi elevati della ricerca, della sperimentazione e dell'innovazione tecnologica<sup>125</sup>. La reinvenzione della politica *antitrust* si ancorava all'acquisita dimensione globale e peculiare della concorrenza tra imprese. Il *trend* attuale è costituito da fasi di notevole apertura che hanno consentito di superare pietrificati precedenti in materia e di mitigare quel carattere sociale che tipizzò la legislazione *antitrust* nelle epoca del *New Deal* e *postnewdealista*<sup>126</sup>.

### 3.5.. Il passaggio dal federalismo duale ....

Il programma rooseveltiano di sostegno all'economia determinò un radicale cambiamento nella struttura e negli apparati del pubblico potere. Un simile metamorfosi costituzionale si innervò nel sistema in modo repentino, mutando il volto dello Stato federale. I pilastri caratterizzanti il sistema di *dual federalism* sino ad allora imperante ebbero modo di recedere a favore di un *network* relazionale molto più dinamico. Come rileva Corwin, il *dual federalism* poggiava su di un *National Government* munito di pochi poteri enumerati, sulla presenza di due centri di potere “*sovereign and*

---

<sup>124</sup> Come rileva Giuliano Amato, “l'efficienza diventa il fine esclusivo dell'*antitrust*. Dovendosi intendere come efficiente e, quindi, coerente con il benessere del consumatore, qualunque condotta o situazione che trasferisca, a beneficio di esso, miglioramenti qualitativi della produzione o riduzione di costi, senza fornire lo spazio per «restringere» il mercato nel senso indicato dal primo principio ... Le intese verticali divenivano quasi tutte spiegabili in chiave di efficienza, ivi comprese quelle considerate illegali «per sé», dal momento che migliorano la qualità del servizio reso al cliente e prevengono le scorrerie dei *free riders*. Su di una posizione difforme si poneva la Scuola di Harvard che coniugava l'economia classica con le regole desunte dall'organizzazione aziendale. Sul punto, per una disamina completa ed analitica, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 27.

<sup>125</sup> Siffatti assunti vennero formalizzati nella *National Cooperative Research and Development Act* nel 1984. Tale legge stabilisce che le *joint-venture* tra concorrenti correttamente registrate e dedite allo svolgimento di ricerca e di sviluppo siano attratte nell'orbita della *rule of reason*, confrontando i benefici del lavoro comune contro i potenziali effetti anticompetitivi. In seguito alle critiche di molti economisti, secondo i quali neanche questa legge era sufficientemente permissiva, in quanto continuava a precludere la produzione in comune tra più imprese di manufatti innovativi, la legge fu emendata, nel 1993, legittimando anche le collaborazioni e le *joint-venture* nel campo della produzione. Questa fase, infatti, era per lo più necessaria per portare a compimento il processo innovativo stesso, che non si concludeva in laboratorio, ma richiedeva informazioni che provenivano dalla realizzazione su scala industriale. Resta ancora dubbio ed incerto il trattamento della commercializzazione in comune, che può essere necessaria allorché le imprese, che hanno condotto congiuntamente la ricerca, non dispongano singolarmente delle risorse necessarie per svolgerla.

<sup>126</sup> Basti rammentare gli *overrulings* più recenti e già richiamati in nota, nel capitolo due, quali la sentenza *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.*, 551 U.S. \_ (2007) in cui è stato ribadito che, alla luce della moderna teoria economica, non fosse più possibile considerare illecito, in via presuntiva, ogni accordo tra produttore e distributore volto alla fissazione del prezzo minimo di rivendita (la possibilità, per il produttore, di fissare il prezzo massimo di rivendita, era stata già sancita nel caso *State Oil Co. v. Khan*, 552 U.S. 3 del 1997 e nel pregresso caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 del 1977 era stata eliminato il divieto dei contratti verticali “non di prezzo”, come la distribuzione esclusiva e territoriale).

*hence equal*” e su di un meccanismo relazionale pervaso dalla tensione piuttosto che dalla collaborazione<sup>127</sup>.

Il *great crash* del 1929 determinò una differente interpretazione delle clausole costituzionali attributive dei poteri al *Federal Government* e consentì di ascrivere un valore giuridico e politico, del tutto innovato, all’espressione “*general welfare*” contenuta nell’art. I, *section 8, clause 1* della Costituzione federale, letto in combinato disposto con la *necessary and proper clause*. In un simile contesto anche i poteri di cui era titolare il Presidente assunsero una dimensione del tutto diversa. Già nel caso *Myers v. United States* del 1926, la Corte Suprema sostenne che l’articolo II della Cost. Fed. fosse una “*opening clause*” che non investiva semplicemente il Presidente del potere esecutivo attraverso un semplice “*designation of office*”, ma che costituiva un vero e proprio “*grant of power*”<sup>128</sup>. In virtù della successiva sentenza *Humphrey’s Executor v. United States* del 1935, si distinse in seno all’apparato della Pubblica Amministrazione federale tra gli organi soggetti alla supremazia gerarchica del Presidente, i cui vertici egli poteva rimuovere per garantire lo *status quo* del suo indirizzo politico (principio che venne ribadito già nella sentenza *Myers*), e gli organi amministrativi indipendenti che erano, invece, sottratti al vincolo della subordinazione gerarchica<sup>129</sup>. La pronuncia sul caso *Humphrey* costituì un precedente importante nel tentativo di creare uno spazio, in seno alla Pubblica Amministrazione, in cui non fosse esprimibile l’indirizzo politico del Presidente e non fosse esercitabile la sua influenza attraverso l’esercizio del potere di nomina e di revoca dei funzionari amministrativi<sup>130</sup>.

Ad ogni modo lo sviluppo di un organo amministrativo regolatore ed autonomo dall’esecutivo si poneva nel solco di quel modello interventista che aveva sortito effetti molto positivi all’interno del

---

<sup>127</sup> Sul punto, E.S. CORWIN, “The Passing of Dual Federalism”, in *Virginia Law Review*, Vol. 36, No. 1, (February 1950), p. 4.

<sup>128</sup> Caso *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

<sup>129</sup> Caso *Humphrey v. United States*, 295 U.S. 602 (1935). Nel caso *de qua*, la Corte aveva dichiarato illegittimo il licenziamento di un membro della *Federal Trade Commission* deciso dal Presidente Roosevelt perché l’indirizzo politico attuato da quel commissario non corrispondeva alle sue aspettative. Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...* Vol. II, cit., p. 266. L’autore rileva come anche dopo la sentenza *Humphrey* sia prevalso l’orientamento che vedeva le autorità amministrative attratte nell’orbita del potere esecutivo. Solo di recente nel caso *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988), la Corte Suprema, pur riconoscendo che l’azione penale – che è discrezionale – rientra nelle funzioni garantite dall’esecutivo, consente alla istituzione di un Procuratore speciale per le indagini su particolari delitti commessi da ufficiali federali e dallo stesso Presidente, la cui nomina è presidenziale, è sottoposta al consenso del Senato e che, una volta nominato, non può essere rimosso e può operare in piena autonomia, *ibid.*, p. 266. Come rileva Sunstein, nella pronuncia sul caso *Humphrey*, la Corte Suprema ha inteso garantire l’imparzialità e l’indipendenza dei membri della *Federal Trade Commission* che non doveva considerarsi “*in any proper sense .... An arm or an eye of the executive*”. In particolare, C.R. SUNSTEIN, “Constitutionalism After the New Deal”, in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), p. 498.

<sup>130</sup> Per un commento alle sentenze *Myers* ed *Humphrey*, si rinvia all’opera di G. D’IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d’America*, Milano, 2004, pp. 70 e ss. L’autore rileva come il rapporto tra Presidente e Congresso in relazione a tali agenzie è diventato, nel tempo, sempre più complesso. Infatti, il caso *Humphrey* evidenzia la volontà del Congresso di proteggere l’autonomia e l’indipendenza delle agenzie, assumendo un *proprietary* interesse nei loro riguardi, al fine di arginare i tentativi presidenziali di rafforzare il proprio potere di controllo sulle medesime, *ibid.*, p. 73.

sistema socio-economico. Se nell'epoca liberale il federalismo e la *commerce clause*, attraverso la *judicial review*, divennero uno strumento per tutelare i principi del *laissez-faire* e per invalidare leggi statali protezioniste, piuttosto che per rafforzare il ruolo del *National Government* nella conduzione di politiche sociali attraverso l'esercizio di un potere di controllo sul commercio; nell'epoca *newdealista*, l'avvenuta unificazione economica mise a nudo le tragiche conseguenze di una propagazione intrasistemica della crisi economica e l'impatto ruvido sulla realtà sociale<sup>131</sup>. In tal modo, l'*American federalism* divenne strumento per esportare la pace all'estero e per assicurare la sicurezza economica all'interno a favore di quello che Corwin ha definito il "*common man at home*". In questa opera di rimodellamento del *Federal System* vi fu, però, una forte avocazione di poteri e di competenze a favore del *National Government* che, in taluni casi, oscurò il ruolo dei singoli Stati, intesi quali cellule vitali del vasto organismo federale<sup>132</sup>.

Inoltre, se nello Stato liberale la divisione orizzontale dei poteri contava su di una genuina separazione di ispirazione montesquieuiana, valorizzando il ruolo e la funzione del Congresso in quanto organo di rappresentanza del popolo degli Stati Uniti e delle singole entità federate, nel corso della Presidenza di Roosevelt il quadro mutò sensibilmente.<sup>133</sup> Nel seno dell'apparato di governo, la Presidenza assunse il ruolo di guida dell'azione di governo e di motore primario della macchina amministrativa. Il Presidente esercitava una importante funzione di indirizzo politico che gradualmente esautorò il Congresso dal monopolio della funzione legislativa, rendendolo luogo di controllo e di trasformazione delle proposte presidenziali in leggi formali. La funzione di controllo del Congresso fu, però, estesa anche nei confronti delle Autorità amministrative indipendenti nei cui confronti esercitava un potere di vigilanza, potendo svolgere audizioni e inchieste. Anche l'apparato della Pubblica Amministrazione si era fortemente accresciuto, poggiando su di un numero crescente di autorità indipendenti dal controllo presidenziale e munite di poteri normativi, amministrativi e quasi-giudiziali.

---

<sup>131</sup> Come rileva Corwin, nell'epoca liberale, la giurisprudenza costituzionale aveva favorito la creazione di una "*twilight zone*", di una "*no-man's land in which corporate enterprise was free to roam largely unchecked*". Si trattava di un approccio ermeneutico incapace di rispondere alle crescenti esigenze di una economia nazionale unificata e ad una crisi di vastissime proporzioni. Sul punto, E.S. CORWIN, "The Passing of Dual Federalism", in *Virginia Law Review*, Vol. 36, No. 1, (February 1950), p. 22.

<sup>132</sup> Di ampio rilievo è il rimando che Corwin opera al pensiero del Giudice Frankfurter, il quale nel caso *Polish National Alliance v. NLRB*, 332 U.S. 643 (1944), asserì che: "*The interpenetration of modern society have not wiped out of state lines: It is for us to make inroads upon our federal system either by indifference to its maintenance or excessive regard for the unifying forces of modern technology... no activity is isolated within the boundaries of a single State, but that cannot justify absorption of legislative power by the United States over every activity*". In particolare, E.S. CORWIN, "The Passing of Dual Federalism", in *Virginia Law Review*, Vol. 36, No. 1, (February 1950), p. 23.

<sup>133</sup> Come rileva Bognetti, l'avvento della formula politica interventista fece sì che i poteri dello Stato da tre divenissero cinque, contando sulla presenza del Presidente, del Congresso, di una ampia Pubblica Amministrazione, sul Giudiziario federale e sulla Corte Suprema. Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...* Vol. II, cit., pp. 236 e ss. Come rileva D'Ignazio, durante la Presidenza Roosevelt, le Corti e l'amministrazione potevano considerarsi dei *co-workers* per il raggiungimento di obiettivi comuni; "*tale idea richiede un'autolimitazione delle corti giudiziarie nell'intervenire in quei compiti in cui l'amministrazione dà prova di efficacia*". Sul punto, G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli ...* cit., p. 79.

La Corte Suprema non operava più in funzione di freno del pubblico potere al fine di preservare l'autonomia della società civile nella cornice costituzionale liberale e di una *common law* liberalizzata ma, attraverso una interpretazione favorevole di talune leggi federali ordinarie considerate in armonia con il dettato costituzionale, agevolò il percorso di riforma. Fu proprio nel corso dell'era Roosevelt che la forma di governo divenne 'effettivamente' presidenziale, poiché "*il Presidente divenne il vero motore dell'ordinamento americano e dei suoi attuali processi di quotidiano sviluppo*", rinvenendo in Franklin D. Roosevelt il suo Grande Iniziatore<sup>134</sup>. In tal modo, fu superata l'intuizione di Wilson sul *Congressional Government* e si fece strada lo scenario di un reale "Governo del Presidente"<sup>135</sup>. Ecco perché, pur non avendo il Presidente un formale potere di iniziativa legislativa, egli ogni anno nel leggere personalmente innanzi al Congresso il messaggio sullo stato dell'Unione, forniva le linee guida del programma politico-legislativo sul quale intendeva ottenere il consenso del Congresso e accompagnava il messaggio con una nutrita serie di dettagliati disegni di legge.

Come rileva Sunstein, il *New Deal constitutionalism* poggiava su tre aspetti fondamentali: la reiezione del sistema di *check and balances* delle origini, a favore di un *Presidential Government* che contava sulla presenza di un numero ampio di *regulatory agencies*; il riconoscimento di nuove e più ampie situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela e l'abbandono del pregresso modello federale duale<sup>136</sup>. I *New Dealers* credettero nel valore delle riforme economiche e sociali per sanare la crisi provocata dalla Grande Depressione. Fu così che si intesero decostruire tutti gli assunti dell'epoca liberale fondati sulla tradizione di *common law*, considerata né *natural* né *prepolitical*. Una delle maggiori lacune insite nella *common law* era costituita proprio dal suo essere troppo

---

<sup>134</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...* Vol. II, cit., p. 239, il quale sottolinea come al ruolo propulsore del Presidente si associa quello del Congresso in qualità "*convalidatore che seleziona e frena*", *ibid.*, p. 239.

<sup>135</sup> Come rileva Lowi, l'aspetto più significativo dell'affermazione del *Presidential Government*, fu "*the decline of national political parties and their loss of control of the presidency*". In particolare, T.J. LOWI, "Two Roads to Serfdom: Liberalism, Conservatism, and Administrative Power", in *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society* (edited by S.L. Elkins and K.E. Sołtan), Chicago, 1993, p. 152. Il timore, però, di un mandato quasi vitalizio che in Roosevelt parve avverarsi, visto che governò per ben quattro mandati consecutivi, dal 1932 al 1945, indusse ad approvare il XXII emendamento, nel 1951, il quale sancisce che nessuno possa essere eletto per più di due volte, al fine di spogliare il Presidente in carica dell'"*alone della indispensabilità politica*", confliggente con gli assunti di un ordinamento di chiara fede repubblicana. Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...* Vol. II, cit., pp. 240 e s. L'autore rileva come proprio in quegli anni, accanto ai ministri posti a capo dei vari dipartimenti e costituenti il gabinetto del Presidente, fu istituito l'*Executive Office of the President*, composto da una serie di unità operative quali l'Ufficio della Casa Bianca che prepara l'agenda presidenziale, l'Ufficio del bilancio, il *National Security Council*, competente per le questioni di politica internazionale e militare, il *Council of Economic Advisers*, per le questioni economiche, l'*Office of Science and Technology Policy*, e il *Council and Office of Environmental Quality*. L'*Executive Office* è la sede ufficiale di formazione delle principali decisioni presidenziali che ha contribuito ad istituzionalizzare la Presidenza, *ibid.*, p. 241.

<sup>136</sup> In particolare, C.R. SUNSTEIN, "Constitutionalism After the New Deal", in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), p. 421 nonché M.E. PARRISH, "The Great Depression, the New Deal and the American Legal Order", in *Washington Law Review*, Vol. 59, (1984), pp. 726 e s.



prodiga di tutele a favore delle libertà economiche e dei diritti proprietari e di essere parca nel garantire la protezione delle classi deboli.

Il programma di Roosevelt si connotò per la vastissima produzione normativa ordinaria che egli stesso definì “*a second Bill of Rights available to all regardless of station, race, or creed*”<sup>137</sup>. Si trattò di un secondo *Bill of Rights* di rango ordinario e non costituzionale come il primo, ma munito di una tale forza innovativa da avere mutato il volto del costituzionalismo statunitense. In effetti, la *common law* non offriva guarentigie sostanziali a favore dei diritti dei lavoratori sul luogo di lavoro, dei consumatori che avessero acquistato prodotti dannosi o difettosi e dei commercianti a fronte di comportamenti scorretti e sleali perpetrati all’interno del mercato. Il secondo elemento di critica che l’Amministrazione Roosevelt fece nei confronti del modello pregresso, concerneva la reiezione del modello costituzionale fondato sui *checks and balances* e su quella tripartizione dei poteri che aveva posto l’*executive branch* nella materiale impossibilità di esercitare una funzione regolatoria scevra da condizionamenti e da pressioni di parte. In terzo luogo, si paventava una impossibilità per le singole entità decentrate di fronteggiare in modo efficiente la crisi economica e sociale, anzi la competizione tra gli Stati aveva provocato una paralisi all’interno del sistema ed aveva creato lo spazio per “*factional strife and parochialism*”<sup>138</sup>.

Il rafforzamento dell’*Executive Branch* e l’acquisizione di una struttura plurale, da parte dell’apparato della Pubblica Amministrazione, non rispondeva certo ai parametri imposti dai *Framers* che, invece, ritenevano la frammentazione del potere esecutivo un fattore che avrebbe rafforzato oltre misura il potere centrale<sup>139</sup>. La gravità e la complessità strutturale della crisi indussero non solo ad un maggiore accentramento di potere in capo al *Federal Government*, ma nello stesso tempo richiesero la formazione di un apparato di agenzie amministrative indipendenti composte da personale specializzato, munito di precise conoscenze tecniche. Differentemente dalle pregresse autorità amministrative, quali la *Interstate Commerce Commission*, la *Federal Trade*

---

<sup>137</sup> Sul punto, C.R. SUNSTEIN, “Constitutionalism After the New Deal”, in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), p. 423, l’autore elenca le situazioni *entitled*, meritevoli di tutela giuridica, tra le quali, il diritto al lavoro e ad una equa retribuzione, il diritto all’educazione e all’istruzione e ad una vita dignitosa. Ma anche la protezione dei piccoli e grandi imprenditori dalle pratiche commerciali scorrette, *ibid.* p. 423.

<sup>138</sup> Sul punto, C.R. SUNSTEIN, “Constitutionalism After the New Deal”, in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), p. 425.

<sup>139</sup> Quest’ultimo si pose quale elemento di una *national regulation* che rispondeva al duplice fine di risollevere una economia depressa e di arginare i gravi fallimenti accaduti nel mercato, non riconducibili solo ai ben noti fenomeni dell’oligopolio, del monopolio e della concorrenza monopolistica, ma anche ad esternalità negative e alla mancanza di corrette informazioni fornite ai lavoratori ed ai consumatori che erano ignorate dalle prassi consuetudinarie della *common law*. Come rileva Sunstein, nella mente dei Padri fondatori si radicava l’adesione ad una specifica forma di distribuzione del *national power* che avrebbe dovuto scongiurare i rischi della tirannia di una sola componente politica. Tra queste “*golden rules*” emergevano il principio della *Rule of Law*, dei *Rulers v. Ruled*, del *Limited Government*, del *Problem of Faction* e della *Stability*, stigmatizzabili nel principio della sottoposizione del pubblico potere alla legge, nel perseguimento del benessere comune, nella limitazione reciproca delle sfere di potere e nella lotta alle fazioni, ritenute cause di instabilità. In particolare, C.R. SUNSTEIN, “Constitutionalism After the New Deal”, in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), pp. 434 e ss.

*Commission* e la *Federal Radio Commission* anteriori al *New Deal* e dalle competenze più enumerate, a seguito della legislazione rooseveltiana, le commissioni regolatrici divennero sempre più numerose e con più incisivi poteri d'azione e di controllo. La struttura amministrativa divenne più articolata, più indipendente dal potere esecutivo e più specializzata. In tal modo, si assistette ad un accentramento delle funzioni in capo al *National Government*, ma attraverso un più ampio coinvolgimento delle sue articolazioni funzionali, alla luce della incapacità dei singoli Stati di fornire una risposta efficace ai gravi problemi sociali ed economici in atto.

Come ha rilevato Sunstein, i “*New Deal reformers in a single stroke linked the Hamiltonian belief in an energetic national government with the Jeffersonian endorsement of citizen self-determination*”. Tra le virtù delle *administrative agencies* spiccava una endogena tripartizione dei poteri esecutivo, legislativo e giudiziario cui si associava l'altrettanto intimo vizio della carenza di legittimazione democratica di tali organi che non li rendeva responsabili del loro operato innanzi all'elettorato. Certo, ogni agenzia contava su di un numero di membri capace di affrontare la complessità dei casi concreti da risolvere in virtù di apposite conoscenze tecniche. Inoltre, l'indipendenza dal potere esecutivo li rendeva invulnerabili alle pressioni politiche, ma non li esimeva dall'influenza e dal condizionamento da gruppi di interesse privato<sup>140</sup>.

La presenza di un organico sistema di autorità indipendenti e di apposite *agencies* amministrative hanno conferito all'Amministrazione di Roosevelt un volto multidimensionale che superava gli assunti del pregresso *limited government*<sup>141</sup>. L'istituzione delle *Independent Regulatory Commissions* ha determinato una graduale divaricazione dell'originario modello dei *check and balances*, dal momento che ha violato il principio “*potestas delegata delegari non potest*” che, sebbene non fosse previsto in Costituzione, aveva ispirato i *Framers*. In secondo luogo, l'esercizio congiunto, da parte delle *Commissions*, delle funzioni legislative, esecutive e giudiziarie, violava espressamente il principio di separazione dei poteri accolto nella Costituzione federale<sup>142</sup>. In particolare, sullo sviluppo di uno stato amministrativo negli Stati Uniti, nel corso dell'epoca *newdealista*, si registrano le differenti posizioni di Roscoe Pound, illustre esponente della corrente

---

<sup>140</sup> In particolare, C.R. SUNSTEIN, “Constitutionalism After the New Deal”, in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), pp. 449 e s., il quale rileva come “*Agency autonomy, in short, has often served not as a guarantor of neutral administration, but as a source of vulnerability to the pressures of well-organized groups*”, deviando l'agire pubblico verso l'interesse di privati o privato, a detrimento dei benefici di una corretta ed efficiente *regulation*, *ibid.*, p. 450. In tal modo, le agenzie indipendenti erano sottratte sia alle leggi del mercato, sia ai processi elettorali. Analogamente, si esprime Vile, il quale rileva che tra le maggiori critiche mosse nei confronti delle autorità amministrative indipendenti, vi era quella secondo cui le commissioni costituivano delle “*headless fourth branch of government that destroyed the constitutional triad of legislative, executive and judiciary and, by putting much of the area of administration outside the President's control, contributed more disharmony to the american system of government*”. Sul punto, M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, 1998, pp. 312 e ss.

<sup>141</sup> Sull'immagine del *limited government*, si rinvia al contributo di C.R. SUNSTEIN, “Constitutionalism After the New Deal”, in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), p. 451.

<sup>142</sup> In particolare, N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 1984, pp. 4 e s.

di pensiero giusrealista. Egli nel 1924, in un discorso intitolato *The Growth of Administrative Justice*, esaltò l'importanza della crescita della pubblica amministrazione e della nascita dello stato amministrativo<sup>143</sup>. In tal modo, Pound ancorava la crescita della pubblica amministrazione con l'evoluzione della nozione di individuo, non più considerato atomo isolato, bensì cellula di un organismo più vasto costituito dalla società.

Ma l'ottimismo di Pound subì una brusca inversione di tendenza negli anni del *New Deal*. Così, mentre un giurista quale Landis si prodigava a sostenere la crescita dello stato amministrativo, Pound in un rapporto pubblicato nel 1938, quando era a capo dello *Special Committee on Administrative Law* dell'*American Bar Association*, denunciò con veemenza tutte le prassi amministrative instaurate nel corso del *New Deal*. Come rileva Horwitz il *Pound Committee Report* costituì una chiamata alle armi per l'avvocatura di rango che aveva sopportato per cinque anni l'ingegneria sociale del *New Deal*<sup>144</sup>. L'attacco dei legalisti al *regulatory welfare state* divenne particolarmente veemente e condusse all'approvazione, nel 1946, dell'*Administrative Procedure Act* (cd. *APA*), fortemente voluto dall'*American Bar Association*. La legge federale fu approvata all'unanimità e, come ebbe modo di affermare Felix Frankfurter, "in modo acritico", segnando la rimonta della tradizione legalista che i sostenitori del *New Deal* avevano tenacemente ostacolato<sup>145</sup>. Un tentativo di riforma era stato già esperito, in virtù del *Walter Logan Bill* del 1940 che riproduceva *in toto* il *Pound Report*. Il provvedimento fu approvato da entrambe le camere del

---

<sup>143</sup> Pound considerava la nascita dello stato amministrativo, non "un fenomeno allarmante che denotava una decadenza [dello] spirito di libertà, ma il risultato naturale dell'evoluzione che stiamo vivendo ... sul piano economico e sociale, una evoluzione che ci ha trasformati da una società ... rurale ed agricola in una società prevalentemente industriale". La citazione è rinvenibile nell'opera di M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004, pp. 410 e ss. L'autore sottolinea come Pound fosse preoccupato dell'eccessivo concettualismo elaborato nel tardo Ottocento, si dimostrò favorevole alla tendenza del procedimento amministrativo di rivolgeris ai fatti e coglieva nell'amministrazione il passaggio da un modello di giustizia astratta fondata sulle idee, tipica del XIX secolo, ad uno di giustizia concreta, proprio del XX secolo che superava l'individualismo teorico pregresso, fondato sulla nozione di un individuo "sospeso lì, nel vuoto", *ibid.* pp. 411 e s.

<sup>144</sup> Roscoe Pound reputava lo stato di assolutismo amministrativo che si era innervato nel sistema costituzionale degli anni trenta, un temibile strumento nelle mani di un potere esecutivo senza controllo, esente dal controllo giudiziario e capace di darsi regole proprie in totale spregio degli assunti classici della *rule of law*. Come rileva Horwitz, parlando del "voltafaccia" di Pound, il Giudice Jerome Frank rimase basito e stupefatto per la condotta di Pound tanto da chiedersi più volte: "È possibile che sia lo stesso uomo?". Sul punto, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto ... cit.*, p. 413 e ss.

<sup>145</sup> L'opinione è rinvenibile nella sentenza sul caso *Universal Camera Corp. v. NLRB*, 340 U.S. 474 (1951). L'*Administrative Procedure Act* (cd. *A.P.A.*) disciplinava le procedure e le garanzie giurisdizionali relative all'attività delle Autorità amministrative federali. La legge introdusse regole di vere e propria democratizzazione del procedimento amministrativo. L'*Act* prevedeva, infatti, il previo espletamento di *public hearings* in vista dell'approvazione di atti regolamentari. Nelle ipotesi di *adjudication* – ossia di provvedimenti puntuali da rilasciare ai privati – i cittadini avevano il diritto di partecipare al procedimento amministrativo, depositando memorie scritte difensive. L'Autorità aveva il dovere di istruire, in modo circostanziato, lo svolgimento della pratica, documentando per iscritto le fasi del procedimento e motivandole puntualmente. La decisione amministrativa assumeva le vesti di un provvedimento finale, immediatamente esecutivo ed impugnabile innanzi agli organi giurisdizionali entro un breve termine. L'*Administrative Procedure Act* ebbe il pregio di introdurre importanti garanzie e diritti di partecipazione dei cittadini nell'ambito del procedimento amministrativo, condizionando il metodo di formazione della volontà delle *Agencies* federali. Boggetti sostiene che l'*Administrative Adjustment Act* rivestiva la qualità di legge costituzionale di natura sostanziale, incorporando strutture che la Corte Suprema aveva dichiarato conformi alla Costituzione formale. In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, pp. 120 e ss.

Congresso, ma aveva ricevuto il veto presidenziale di Roosevelt che difese strenuamente il suo programma di riforma complessiva degli apparati e dei procedimenti amministrativi<sup>146</sup>.

Il costituzionalismo americano nell'epoca *newdealista* si è connotato per il declino della concezione in auge nell'era *Lochner* in materia di rapporti tra cittadini e pubblico potere. Il modello liberale della separazione dello Stato dalla società civile, destinato ad esaltare l'individualismo economico, non poteva più collimare con le mutate strutture sociali del Novecento. L'opinione pubblica desiderava una forma di controllo dello Stato sulla società e l'adozione di istituti di solidarietà sociale che consentisse alle categorie più deboli di fruire di maggiori guarentigie giuridiche. Come rileva Bognetti la struttura dualistica dello Stato federale liberale ostacolava tali interventi poiché si presentava "*intrinsecamente incompatibile ... al pieno affermarsi del modello sociale*"<sup>147</sup>. L'inadeguatezza del modello federale duale ne determinò il superamento a favore di un sistema in cui allo Stato centrale fossero attribuite maggiori competenze e funzioni che andava ben oltre la semplice tutela delle libertà economiche e ricomprendeva situazioni complesse quali i diritti sociali che richiedevano un intervento promozionale del pubblico potere<sup>148</sup>.

La *eadem ratio* che risiede nei due modelli, liberale e democratico-sociale, è riconducibile alla comune volontà dello Stato centrale di tutelare il valore-persona, ma secondo un'accezione e delle modalità alquanto differenti. Infatti, nel federalismo liberale il valore primario era costituito dalla libertà del mercato e di concorrenza in seno al mercato, tutelabili attraverso un ruolo minimo e neutrale dello Stato che interveniva raramente e in modo tale da non incidere sul loro contenuto. A seguito della crisi del '29, il catalogo dei diritti fondamentali si arricchì notevolmente di nuove situazioni giuridiche soggettive *entitled* poste a fondamento dei *new property rights* del Novecento. In siffatta cornice un ruolo cardine fu assunto dal *Federal Government*, il quale attraverso una più elastica applicazione della *commerce clause* e dello *spending power* riuscì ad estendere il proprio potere regolatorio ad ogni fase della vita economica, sociale e produttiva dell'intera nazione e ad

---

<sup>146</sup> In particolare, Roosevelt accompagnò il suo veto presidenziale con un significativo messaggio, sottolineando come: "*Molti avvocati preferiscono il rituale statico delle corti, nel quale essi recitano tutte le parti in commedia, alla semplice procedura delle audizioni amministrative che un cliente può comprendere e alle quali può persino partecipare. Molti avvocati preferiscono che le sentenze siano influenzate da un astuto gioco sulle regole tecniche in materia di prova, nel quale essi sono esperti, anche se sono sempre in disaccordo tra di loro ... Per anni tali avvocati hanno condotto una battaglia costante contro il tribunale amministrativo*". Nelle parole del Presidente si legge l'evidente attacco alla mentalità legalista ed alle orchestrazioni dell'*American Bar Association*. Sul punto, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto ... cit.*, p. 436.

<sup>147</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2001, p. 32.

<sup>148</sup> Come rileva De Vergottini, il federalismo duale, sperimentato nel corso dell'epoca liberale, poggiava sull'autosufficienza degli Stati membri considerati equiordinati e separati rispetto allo Stato centrale federale, munito di poteri ristretti ed enumerati in Costituzione. Ciò era agevolato dalla circostanza secondo la quale si respingeva l'idea stessa di un pubblico potere regolatore in campo economico, ottenendo il libero gioco degli interessi economici. Il contenimento dell'intervento pubblico era favorito dalla rigida applicazione del principio costituzionale della libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone su tutto il territorio nazionale e sul principio dell'immediato spostamento delle iniziative imprenditoriali da uno stato all'altro, per sottrarsi da controlli regolatori eccessivi. Sul punto, G. DE VERGOTTINI, "Stato federale", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLIII, Milano, 1990, p. 850.

erogare cospicui contributi in danaro a favore dei singoli Stati che dovevano attenersi alle modalità di impiego definite dal Congresso<sup>149</sup>. Sotto la presidenza di Franklin D. Roosevelt crebbero, poi, i fondi federali stanziati per l'assistenza agli anziani, per la cura dei disabili e dei ciechi, dei fanciulli mutilati, per l'assicurazione contro la disoccupazione, per la demolizione degli *slums* e per la ricostruzione di case d'abitazione<sup>150</sup>.

La Corte Suprema ripudiò, inoltre, una interpretazione liberale della *due process of law*, eliminando quelle rigide garanzie poste a presidio della intangibilità della iniziativa privata e dell'autonomia contrattuale. Risultava evidente che per poter dare attuazione ad un programma federale così vasto e complesso, la figura isolata del Presidente e del *Cabinet* avrebbero potuto ben poco, si rendeva, pertanto, necessaria la creazione di un complesso apparato burocratico. L'ascesa di un *Presidential Government* fu favorita da una serie di eventi. Innanzitutto, il Presidente era responsabile innanzi all'elettorato del suo operato ed era, dunque, soggetto ad uno scrutinio pubblico. In secondo luogo, il Presidente assunse il ruolo inusuale di “*centralize and coordinate the regulatory process*”. Infine, egli era in grado non solo di coordinare, ma anche di “*energize*” e di dirigere la *regulatory policy* in un modo che sarebbe risultato difficile alle singole agenzie<sup>151</sup>. Inevitabilmente fu anche rimodellato il ruolo del Congresso nell'ambito del sistema dei *checks and balances*. Quest'ultimo si impegnò con una serie di *statutes* a richiedere alle singole agenzie che agissero in modo tale da promuovere l'interesse pubblico, eliminare il rischio di “*unreasonable practices*” e prevenire le condotte scorrette. Ma il fatto che il potere esecutivo fosse divenuto il vero motore del complessivo apparato statale determinò il graduale recedere dell'organo legislativo e, dunque, un attenuarsi dei meccanismi di rallentamento dell'azione statale e di partecipazione delle entità decentrate ai processi decisionali, a livello centrale.

Ne era derivata la transizione, *de facto*, da un modello di *Congressional Government*, tipico dell'epoca liberale, ad un modello di *Presidential Government*, che congiuntamente al superamento dei retaggi dell'era *Locner* e del periodo precedente, mutò il volto del costituzionalismo statunitense, trascinato dalla corrente di un *trend* federale che da duale si era trasformato, in modo lento, in cooperativo, dal momento che il federalismo è parte integrante del costituzionalismo moderno<sup>152</sup>. Il *New Deal* fu il prodotto della *leadership* di una sola “*branch of government*”, la

---

<sup>149</sup> Il fatto stesso che il *Federal Government* fornisse cospicue sovvenzioni nei confronti delle entità statali non era un fenomeno misconosciuto neppure agli Stati Uniti dell'epoca liberale. Infatti, in virtù del *Morrill Act* del 1862 furono concessi importanti contributi nel settore dell'istruzione agricola e tecnica, nel 1912 furono concesse sovvenzioni federali per la prevenzione delle malattie veneree, nel 1921 furono elargiti fondi per l'igiene della maternità e dell'infanzia e per l'istruzione.

<sup>150</sup> In particolare, K.C. WHEARE, *Del Governo federale*, ... cit., p. 253.

<sup>151</sup> Sul punto, C.R. SUNSTEIN, “Constitutionalism After the New Deal”, in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), p. 453.

<sup>152</sup> Sul punto, in particolare, G. BOGNETTI, *Federalismo* ...cit., pp. 30 e ss., nonché G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli* ...cit., p. 119, il quale rileva che il “Presidente era divenuto un soggetto istituzionale essenziale

Presidenza, nella cornice di un sistema di “*centralized and undivided power*”<sup>153</sup>. Il *New Deal* ebbe la capacità di alterare in modo significativo due aspetti della struttura costituzionale: quello concernente la tutela dei diritti individuali e quello relativo al federalismo. I *Newdealers* credettero che la tradizione di *common law* non fornisse adeguata protezione ad una serie di situazioni giuridiche che necessitavano dell’azione e dell’intervento del *Federal Government*<sup>154</sup>. Si riteneva, inoltre, che fossero il Presidente e le agenzie indipendenti piuttosto che le entità decentrate, statali e locali, a fornire le maggiori opportunità per una *democratic self-determination*.

La originaria cornice della *dual sovereignty* si scontrò con la concezione presidenziale secondo cui i Governi dei singoli Stati fossero il “*forum for political pressures rather than for republican self-government*”<sup>155</sup>. La classica concezione del *dual federalism*, incorniciata nella separazione netta delle sfere di governo risultava inidonea a dirigere e indirizzare un programma nazionale di sostegno del *general welfare*, meglio perseguibile attraverso la interazione dinamica tra i due livelli di governo che si snodava su di un piano legislativo ed amministrativo. La principiologia del *dual federalism*, che vedeva contrapposte le realtà statali con quella centrale, aveva ceduto il posto al *cooperative federalism* in cui l’uso delle rispettive sfere di competenza era collaborativo o contrattato<sup>156</sup>.

---

anche nella sfera legislativa, modificando nei fatti anche la previsione costituzionale dell’investitura del potere legislativo interamente affidata al Congresso”, *ibid.*, p.119. Come rileva Friedrich, “*il federalismo condivide con il costituzionalismo tanto un aspetto negativo – la limitazione del potere – quanto un aspetto positivo – la creazione di potere -: il federalismo, con la sua divisione dei poteri tra autorità centrali e locali, è uno dei pilastri del libero governo costituzionale. Ma il freno che esse esercitano l’una sull’altra non dovrebbe farci dimenticare che tutte le unità governative partecipano al comune compito di attuare la volontà del popolo*”. In particolare, C.J. FRIEDRICH, *L’uomo, la comunità, l’ordine politico*, Bologna, 2002, pp. 311 e ss.

<sup>153</sup> In particolare, C.R. SUNSTEIN, “*Constitutionalism After the New Deal*”, in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), p. 490.

<sup>154</sup> Basti rammentare il suggestivo discorso tenuto da Roosevelt nel 1941 in occasione del quale proclamò le “*Quattro libertà*”, aderendo ad una concezione dei diritti umani ben distante da quella dei diritti naturali del XVI e del XVII secolo. Sul punto, per una ricostruzione in prospettiva storica e comparata, si rimanda la contributo di C.J. FRIEDRICH, *L’uomo, la comunità, l’ordine politico*, Bologna, 2002, pp. 200 e ss.

<sup>155</sup> In particolare, C.R. SUNSTEIN, “*Constitutionalism After the New Deal*”, in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), pp. 504 e s., il quale rileva che il *New Deal constitutionalism* conservò una forma di continuità con la concezione madisoniana della democrazia deliberativa, ma i riformatori intesero il momento deliberativo come strumento di ricostruzione, piuttosto che di preservazione della distribuzione della ricchezza e del sistema di garanzie esistente, *ibid.*, p. 509.

<sup>156</sup> In particolare, A. REPOSO, “*Stato federale*”, voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXX, Roma, 1993, p. 5. Come rileva anche De Vergottini, “*l’evoluzione del federalismo dualista, in cui si operava una giustapposizione fra stato federale e stati membri, a forme di federalismo cooperativo, in cui le esigenze unitarie dell’intervento pubblico nell’economia nazionale legate alla nuova concezione dello stato sociale ponevano in risalto la posizione preferenziale dello stato federale, hanno progressivamente eroso la dottrina della permanenza della sovranità degli stati membri*”. In particolare, G. DE VERGOTTINI, “*Stato federale*”, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLIII, Milano, 1990, p. 836.

### 3.6. ... verso un modello di federalismo cooperativo

Nel 1953 la rivista “*Time*” dipinse un ritratto degli Stati Uniti che apparve del tutto innovato rispetto allo scenario che si profilava nel 1929. Se negli anni '20 vi era una profonda concentrazione della ricchezza a favore di *élite* ristrette, negli anni '50 la distribuzione dei redditi era molto più omogenea. L'articolo redatto da Alvin Josephy esordiva con una analisi della realtà socio-economica delle realtà più isolate e sottolineava come: “*Even in the smallest towns and most isolated areas, the U.S. is wearing a very prosperous, middle-class suit of clothes, and an attitude of relaxation and confidence. People are not growing wealthy, but more of them than ever before are getting along, have money to spend, and are putting it to use getting satisfaction out of life. I found people with worries and concerns, but there are no great frustrations abroad, none of the strong pressures that make whole groups of citizens desperate and ready to turn to extreme thinking of one sort or another*”<sup>157</sup>. Josephy evidenziò come la dimensione politica aveva subito importanti ripensamenti nel corso degli anni Cinquanta, superando la polarizzazione e i contrasti tra una destra dominante e un sinistra travagliata.

Negli Stati Uniti della *Beat Generation*, i Repubblicani e i Democratici presentavano una profonda identità di vedute, le organizzazioni sindacali erano divenute istituzioni stabili e la “*policy of gradualism or of progressive conservatism*”, condotta dal Presidente Eisenhower, si dimostrò un valido strumento di stabilizzazione socio-economica<sup>158</sup>. Questo non significava che i fenomeni di segregazione e di razzismo negli Stati del Sud e di discriminazione nei confronti delle donne avevano cessato di esistere. Occorrerà attendere gli anni Sessanta per assistere ad un formale riconoscimento dei diritti civili e politici delle categorie più deboli che la Corte Warren si era accinta ad avviare in via pretoria. Pur tuttavia il divario presente tra i redditi dei cittadini americani si era ridotto notevolmente, tanto da indurre gli storici dell'economia Claudia Goldin e Robert Margo a coniare il termine di “Grande Compressione” da contrapporre alla Grande Depressione degli anni Trenta<sup>159</sup>. La perequazione dei redditi fu il risultato di una accentuata e crescente

---

<sup>157</sup> Sul punto A. JOSEPHY, “The U.S.: A Strong and Stable Land”, in *Time*, 14 settembre 1953.

<sup>158</sup> Per un commento all'articolo di Josephy si rimanda al contributo di P. KRUGMAN, *La coscienza di un ... cit.*, p. 35. L'autore ricorda la pubblicazione, in quegli anni, de “*La società opulenta*” di John Kenneth Galbraith, il quale criticava i valori in auge nella società americana del dopoguerra, ma riconobbe che la maggioranza degli americani poteva acquistare i beni necessari. Anche Michael Harrington, nell'opera “*L'altra America*”, sottolineò come la povertà non fosse più la condizione della maggioranza, bensì di una minoranza che rischiava, però, di divenire pericolosamente invisibile, *ibid.* pp. 35 e s. Occorre rammentare che il Presidente Eisenhower approvò nel 1958 lo *Small Business Investment Act*, in virtù del quale fu istituita una *Investment Division*, in seno alla *Small Business Commission*, destinata a promuovere e disciplinare l'attività delle *Small Business Investment Companies*, società finanziarie aventi lo scopo di acquisire il capitale di rischio di piccole imprese. Sul punto, A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell'economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1984, pp. 165 e s.

<sup>159</sup> I due autori evidenziarono il notevole restringimento del divario dei redditi che aveva contribuito a creare una *middle-class* la quale faceva rivivere agli Stati Uniti una seconda *Gilded Age*, stavolta più equa e stabile. Per un'analisi approfondita del pensiero di Margo e di Goldin, si rimanda al loro contributo, C. GOLDIN, R.A. MARGO, “The Great

imposizione fiscale progressiva che portò l'aliquota massima delle imposte sul reddito al 63 per cento, nel corso del primo mandato di Roosevelt, al 79 per cento, nel corso del secondo mandato presidenziale, e al 91 per cento negli anni cinquanta<sup>160</sup>.

In merito al rapporto tra prelievo fiscale federale e statale, la Corte Suprema contribuì in numerose pronunce a sancire i tratti caratteristici della Costituzione fiscale e a definire il principio delle reciproche immunità. La Corte provvide anche a vietare ai singoli governi statali imposizioni fiscali che potessero risolversi in una vera e propria confisca della proprietà privata impedita dalla *due process*. Fu proprio l'approvazione del XVI emendamento, nel 1913, a modificare la Costituzione fiscale e a mutare i rapporti tra centro e periferia tanto che con il tempo la *income tax* federale divenne uno dei principali cespiti di entrata del *Federal Government*. Il prelievo fiscale federale aumentò sensibilmente ed incise sull'equilibrio finanziario dell'Unione a tutto vantaggio del *Federal Government*. In tal modo, lo Stato federale riuscì a disporre di ingenti entrate che, sottratte oramai al vincolo dell'*apportionment*, consentivano di erogare cospicui finanziamenti a favore di determinati Stati o di singole aree depresse, nel campo dell'istruzione scolastica, dell'agricoltura, della costruzione della rete autostradale e di sostegno ai veterani di guerra.

Fu, in tal modo, istituito un sistema di cofinanziamento il quale consentiva un intervento federale in materie ed ambiti di spiccata competenza statale e locale che elideva i pilastri fondanti gli assunti del federalismo duale. Nel periodo successivo alla Grande Depressione, il Presidente Roosevelt dette grande impulso alle politiche di sostegno dei vari comparti economici in crisi ed erogò ingenti finanziamenti ai singoli Stati attraverso il modello dei *grants-in-aid* che innovarono profondamente le dinamiche delle relazioni intergovernative, segnando il passaggio dal federalismo duale a quello

---

Compression: The Wage Structure in the United States at Mid-century”, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 107, No. 1, (February 1992), pp. 3 e ss. Come rileva Simon Kuznets, premio Nobel per l'economia nel 1971 ed, in parte, ideatore della statistica economica moderna, la dimensione generale e la distribuzione del reddito nazionale, negli anni cinquanta, erano molto più eque di quanto lo fossero prima della Grande Depressione. Kuznets ebbe il merito di creare i *National Income Accounts*, il sistema contabile statunitense, comprensivo del prodotto interno lordo che consentiva di seguire l'andamento del reddito nel Paese. Per un'analisi critica della “curva di Kuznets” e del ciclo naturale della disuguaglianza, si rimanda al contributo di P. KRUGMAN, *La coscienza di un ... cit.*, pp. 42 e s.

<sup>160</sup> A ciò aggiungasi che l'aumento della imposizione fiscale sui redditi individuali dei più ricchi si accompagnava ad una notevole riduzione del reddito di capitale posseduto, dovuta non ad una diminuzione dei profitti per fattori di crisi della produzione, ma a causa di un incremento dell'imposta federale media sul reddito delle società che passò da meno del 14 per cento, nel 1929, ad oltre il 45 per cento, nel 1955. In tal modo, le *corporations* avevano notevoli difficoltà ad accantonare ingenti guadagni. Si assistette ad un *trend* esattamente inverso, rispetto a quello in auge nell'epoca del liberalismo maturo in cui, invece, l'imposizione fiscale sull'attività di impresa era alquanto limitata. Come rileva Krugman, i ceti più ricchi non solo ebbero difficoltà ad accumulare reddito di capitale, ma nello stesso tempo furono ostacolati anche nel trasmettere le loro ricchezze agli eredi. L'aliquota massima dell'imposta di successione salì dal 20 al 45 per cento, poi al 60, in seguito al 70 ed, infine, al 77 per cento. In tal modo, la proprietà della ricchezza risultò molto meno concentrata e ridotta di circa il 10 per cento rispetto al passato. Dunque, il *New Deal* privò le classi più agiate del proprio reddito per mezzo del prelievo fiscale che spinse i ceti più ricchi a considerare Roosevelt un traditore della propria classe sociale. Sul punto, P. KRUGMAN, *La coscienza di un ... cit.*, p. 45.



cooperativo. Le sovvenzioni federali ai singoli Stati divennero “uno strumento privilegiato della politica riformatrice e di ripresa economica avviata dal primo *New Deal*”<sup>161</sup>.

Con l’approvazione del secondo *New Deal*, i programmi di sostegno finanziario aumentarono notevolmente e favorirono la costruzione di una poderosa rete stradale, di ponti, di nuove e più moderne infrastrutture, assicurarono la protezione ambientale e contro gli incendi e dettero impulso all’edilizia residenziale pubblica<sup>162</sup>. I fondi stanziati a livello federale presentavano una destinazione vincolata al raggiungimento degli obiettivi stabiliti a livello centrale, cd. *conditional grants*. Ne derivava una limitata libertà di utilizzo da parte dei singoli Stati che erano vincolati al rispetto di quanto statuito dal Congresso o dall’Amministrazione<sup>163</sup>.

L’impiego della sovvenzione da parte dei governi inferiori era condizionata al tipo di finanziamento erogato. Ad esempio, gli *open-ended disbursement* presupponevano il concorso finanziario federale a dei programmi statali già avviati e imponevano alle singole entità federate il dovere di dare attuazione alle politiche stabilite dal Governo federale<sup>164</sup>. I *formula grants*, invece, erano puntualmente disciplinati da provvedimenti normativi federali (leggi e regolamenti) e individuavano, nel dettaglio, le caratteristiche che dovevano possedere i singoli soggetti percipienti e le modalità di utilizzo dei fondi stanziati. Come rileva acuta dottrina si trattava di finanziamenti “a briglia stretta” che non lasciavano quasi alcun margine di discrezionalità sul *quomodo* di utilizzo<sup>165</sup>. In veste difforme si presentavano i *project grants* che si limitavano ad individuare i destinatari, lasciando agli amministratori statali e locali la possibilità di sceglierne differenti modalità di destinazione, pur sempre nel rispetto della specifica cornice programmatica sancita dallo Stato federale. In tal modo, il sistema di finanziamento federale a favore dei singoli Stati faceva perno su *categorical grants-in-aid*, distinguibili in ragione dell’intensità dell’impegno statale nel darvi attuazione, ma pur sempre condizionanti l’azione statale divenuta mera esecuzione della volontà e della decisione assunta in sede federale. I *categorical grants-in-aid* si differenziavano, poi, dai *block*

---

<sup>161</sup> Gli aiuti destinati ai singoli Stati servirono a finanziare numerosi programmi atti a favorire l’occupazione, la distribuzione di prodotti agricoli alle persone meno abbienti, la costruzione di opere pubbliche, di mense scolastiche, il miglioramento dell’assistenza sanitaria e dei diversi servizi sociali erogati. Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Stato costituzionale ed espansione della democrazia*, Padova, 1999, p. 333.

<sup>162</sup> Non solo, furono implementati i programmi di assistenza alle persone anziane e ai disabili e di sostegno della maternità e dell’infanzia. Sul punto, H.N. SCHEIBER, “The Conditions of American Federalism: An Historian’s View. A Study Submitted by the Committee on Government Operations, Subcommittee on Intergovernmental Operations”, in *U.S. Senate, 89<sup>th</sup> Congress, Second Session*, 15 October 1966, pp. 8 e s.

<sup>163</sup> In particolare, G. DE VERGOTTINI, “Stato federale”, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLIII, Milano, 1990, p. 853.

<sup>164</sup> Tra gli *open-ended disbursement grants* si ricorda l’*Aid to Families with Dependent Children* che ebbe un grande impatto sociale negli Stati Uniti. L’AFDC fu istituito dal *Social Security Act*, nel 1935, ed è stato riformato dal Presidente Clinton, nel 1996. Costituì uno dei principali strumenti del *Welfare* americano, sia sotto il profilo della destinazione dei fondi a sostegno delle donne prive di marito e con prole a carico, sia sotto il profilo della organicità dei programmi. L’AFDC conta sull’intermediazione degli Stati, non solo in termini di partecipazione ai costi del programma, ma anche sotto il profilo della responsabilità di vigilanza e di controllo della sua attuazione. Si tratta, in tal caso, di *matching grants*, che presuppongono il concorso finanziario dei singoli Stati, a differenza dei *non matching grants*, la cui copertura finanziaria ricade solo su di un soggetto istituzionale.

<sup>165</sup> In particolare, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Stato costituzionale ed espansione ...cit.*, p. 334.

*grants*, caratterizzati da un *iter* procedimentale più semplificato e da una maggiore discrezionalità statale nel dare attuazione al programma federale.

Nel corso degli anni Cinquanta, i *grants-in-aid* conobbero una fase di notevole espansione, rivoluzionando le dinamiche e la struttura delle relazioni intergovernative<sup>166</sup>. In verità, il potere dello Stato centrale di utilizzare fondi federali per finanziare o sostenere iniziative pubbliche e private era stato già previsto ai tempi della sentenza *United States v. Butler* del 1936 che li aveva giustificati in ragioni di preponderanti esigenze di *general welfare*. Fu proprio l'ampio vincolo teleologico a consentire al *Federal Government* di stanziare finanziamenti anche in campi di riconosciuta competenza statale. Il potere federale di elargizione delle sovvenzioni e di vigilanza sulla loro corretta destinazione d'uso condizionarono di non poco il ruolo dei singoli Stati che, comunque, disponevano del potere di rifiutare il *grant* offertogli<sup>167</sup>. Risulta evidente, comunque, che i *conditional grants-in-aids* si siano rivelati utili strumenti per imporre il perseguimento di date politiche di spesa prevista a livello federale. La medesima possibilità degli Stati di rifiutarne la destinazione si è rivelato un evento assai raro, stante anche le conseguenze politiche che avrebbero potuto farvi seguito<sup>168</sup>. Ecco perché, pur rimanendo intatto il principio della piena discrezionalità dei singoli Stati nell'accettare o meno i *grants* e di aderire all'attuazione del programma federale, il diniego delle sovvenzioni federali fu pressoché assente, visto che avrebbero consentito di realizzare una “*safety net*” minima a favore delle categorie più deboli<sup>169</sup>.

Il ruolo del *Federal Governemnt*, in virtù del *grant system*, ne uscì rafforzato. L'accresciuto ruolo delle autorità amministrative consentì di rinnovare l'assetto organizzativo del pubblico potere secondo criteri gerarchici e manageriali, incidendo sui tratti tipizzanti lo Stato apparato e sulle articolazioni funzionali della macchina amministrativa<sup>170</sup>. In tal modo, il *federalizing process* si

---

<sup>166</sup> Il *grant system* contribuì sensibilmente allo sviluppo del *cooperative federalism* dal momento che delineava moduli di collaborazione amministrativa e finanziaria tra differenti livelli di governo, fondamentale per ampliare la qualità nell'erogazione di servizi di pubblica utilità. In particolare, M. DERTHIK, *The Influence of Federal Grants*, Cambridge, Massachusetts, 1970, p. 5.

<sup>167</sup> Come rileva Bognetti, il potere di rifiutare una sovvenzione federale si correla alla riconosciuta sfera di indipendenza e di sovranità che fa capo ai singoli Stati. Un simile approccio è, del resto, confermato in sentenze quali *Steward Machine Company v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937) e *Oklahoma v. C.S.C.*, 330 U.S. 127 (1947). In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 215.

<sup>168</sup> In particolare, M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Napoli, 1996, p. 190, il quale evidenzia come “*la possibilità di rifiutarli anche se teoricamente esistente, è assai poco realizzabile, dato l'alto costo politico che comportebbe*”, *ibid.*, p. 190.

<sup>169</sup> In particolare, A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzioni e ... cit.*, pp. 102 e s. L'autore richiama sul punto, il caso *Commonwealth of Massachusetts v. Mellon* (1923).

<sup>170</sup> Come rileva Elazar, l'apporto ideologico gerarchico esalta il principio organizzativo dell'accentramento quale criterio di elisione del particolarismo e di riduzione degli squilibri socio-economici, mentre il principio manageriale tenta di operare una trasposizione dei criteri organizzativi tipici delle realtà imprenditoriali private in seno agli apparati pubblici. Sul punto, D. ELAZAR, “*American Federalism Today: Practice Versus Principle*”, in *American Federalism: A New Partnership ...*, p. 48.

connotò per una tendenza centripeta che ha condotto ad una evidente esaltazione del Governo federale<sup>171</sup>.

### 3.6.1 La preemption doctrine o dottrina della prevenzione federale

Non si può tralasciare il rilevante ruolo ricoperto, in materia, dalla *preemption doctrine* che individua i casi nei quali la legislazione federale può disciplinare una materia, escludendo il concorso normativo della fonte statale<sup>172</sup>. Il *preempting* federale opera in virtù di specifici presupposti e costituisce un ulteriore esempio di ampliamento dell'azione regolatoria federale all'ombra, stavolta, della *supremacy clause*<sup>173</sup>. La valutazione delle fattispecie di *preemption* è rimessa interamente alla Corte Suprema che, solo nel corso degli anni Ottanta, ha consentito un graduale intervento normativo concorrente da parte dei singoli Stati. In effetti, una delle materie maggiormente colpite dalla dottrina della *preemption* riguardava la disciplina dei rapporti di lavoro che consentì al *Federal Governemnt* di incidere su di una materia da sempre appannaggio della

---

<sup>171</sup> Come rileva De Vergottini, a partire dal *New Deal*, gli organi federali, sostenuti dalla giurisprudenza della Corte Suprema, hanno dato una interpretazione della Costituzione che ne ha esteso le competenze a tutti gli aspetti delle vita economica e sociale, tanto quanto basta per rendere gli Stati membri delle entità politico-amministrative subordinate, tenute a partecipare a piani deliberati, anche nei dettagli, dal centro. In pratica le esigenze del *Regulatory Welfare State* hanno leso la possibilità di bilanciare, in modo paritetico, il ruolo dello Stato centrale con quello dei singoli Stati. Sul punto, G. DE VERGOTTINI, "Stato federale", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLIII, Milano, 1990, p. 850.

<sup>172</sup> Uno dei primi casi, in materia, è costituito dalla vicenda *Savage v. Jones*, 225 U.S. 501 (1912), in cui si trattava di decidere se una legge statale che richiedeva l'epressa indicazione degli ingredienti sulle scatole dei cibi, fosse stata soppiantata dal *Food and Drug Cosmetic Act* che proibiva le false indicazioni e le adulterazioni. La Corte Suprema statuti che non si paventava una fattispecie di *preemption* federale, dal momento che il Congresso aveva introdotto disposizioni in ordine all'etichettatura dei prodotti, non anche alla falsità o alla mendacità delle informazioni fornite. Residuava, pertanto, uno spazio per l'intervento legislativo dello Stato che poteva imporre l'indicazione, sulle etichette, degli ingredienti utilizzati. Diversamente, si espresse la Corte nel caso *Southern Railway Co. v. Railroad Commission of Indiana*, 236 U.S. 439 (1915), in cui la legge dell'Indiana che disciplinava i dispositivi di sicurezza sui treni fu dichiarata *preempted* dalla legge federale (il *Safety Appliance Act*) che disciplinava l'intera materia. Analogamente, si espresse la Corte sul caso *Napier v. Atlantic Coast Line*, 272 U.S. 605 (1926), in cui la legge federale, (il *Boiler Inspection Act*) fu dichiarata preclusiva di una legge di una legge statale sugli accessi alle caldaie delle locomotive. Non sono mancati casi in cui il legislatore federale, come è accaduto con il *Federal Natural Gas Act*, abbia limitato la propria operatività al trasporto del gas naturale nel commercio interstatale ed alle vendite fatte non all'ultimo consumatore. Si possono anche rammentare i casi *Hines v. Davidomitz* 312 U.S. 52 (1941), *Rice v. Santa Fe Elevator Co.*, 331 U.S. 218 (1947). Sul punto, si rimanda al contributo di G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze ...cit.*, pp. 127-130. A parere di Bittker, la nascita della *preemptin doctrine* si deve addirittura al caso *Gibbons v. Ogden*, deciso dalla Corte Marshall nel 1824. Per una disamina completa della teoria di Bittker e delle distinzioni casistiche tra *preemption* espressa ed implicita, si rimanda al suo contributo, B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 5.06 [A], [B], [C], [D] ed [E].

<sup>173</sup> Nella giurisprudenza della Corte Suprema, in particolare del *Chief Justice* Warren, si individuano tre fattispecie tipiche di disapplicazione della legge statale, in seguito a *preemption* di leggi e regolamenti federali. Il primo caso si verifica quando la legge federale espressamente esclude che quella materia possa essere regolata da leggi statali. Nel secondo caso, il concorso della fonte normativa statale è negato in ragione della completezza ed esaustività della fonte federale e, nel terzo caso, si predilige l'applicazione della legislazione federale per evitare l'insorgere di conflitti o di contrasti applicativi tra le due discipline. Sul punto, si rimanda al contributo di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 216 e s. Analogamente, si esprimono, richiamando anche l'applicazione della *Supremacy Clause*, R.D. ROTUNDA, J.E. NOWAK, J.N. YOUNG, *Treatise on Constitutional Law – Substance and Procedure*, St. Paul, Minnesota, 1986, pp. 623 e ss.

legislazione statale<sup>174</sup>. Inoltre, a differenza dei *conditional grants-in-aid*, la *federal preemption* consentì di penetrare nella sfera competenziale statale in modo diretto, attraverso l'uso del potere normativo, la cui vincolatività sul piano giuridico è di gran lunga superiore al potere di influenza esercitato da un finanziamento federale<sup>175</sup>. Tra le decisioni più note in materia di *preemption*, nel corso degli anni '30, si segnala il caso *Kelly v. Washington*, in cui fu sollevata la questione di costituzionalità di una legge dello Stato di Washington sulla ispezione delle navi che si estendeva anche al controllo dello scafo e dei rimorchiatori a motore, oramai sotteso a disciplina federale.

La Corte argomentò che, dal momento che le *inspection laws* federali si riferivano ad altre classi di navi, non si paventava, nel caso di specie, una prevenzione federale della materia poiché “quando uno Stato mira alla protezione di un interesse vitale, noi siamo stati sempre restii a concludere che l'inazione federale priva lo Stato di un potere che questo altrimenti possedrebbe”<sup>176</sup>.

Nel successivo caso, *Book v. California* del 1952, si discuteva dell'ammissibilità di una disciplina locale relativa al rilascio delle patenti per la guida di taxi. In verità, la materia era già sottoposta al *Motor Carrier Act* federale che aveva investito la *Interstate Commerce Commission* del compito di disciplinare i requisiti cui dovevano rispondere gli autisti di taxi. La Corte sostenne la costituzionalità della legge statale poiché quella federale regolava solo i requisiti minimi necessari, inoltre, la materia costituiva un importante *local business*<sup>177</sup>.

Nella vicenda *Allen Bradley Local v. Board* del 1942, in virtù del *Wisconsin Employment Peace Act*, il competente *Board* dello Stato del Wisconsin, nel corso di una controversia tra un datore di lavoro e le organizzazioni sindacali, ordinò all'organizzazione sindacale di porre fine ai picchetti al fine di consentire ai lavoratori non aderenti allo sciopero di lavorare e di eliminare gli intralci sulle strade<sup>178</sup>. La parte datoriale, poiché impegnata in un'attività connessa al commercio interstatale, era sottoposta al potere disciplinare del *Board* federale che, però, non era intervenuto. La Corte esclude che vi fosse un conflitto tra fonti statali e federali, poiché le prime disciplinavano i picchettaggi violenti, le seconde i picchettaggi pacifici. Dal momento che la tutela della sicurezza dei cittadini

---

<sup>174</sup> La Corte Suprema, sino alla fine degli anni '60, ha privilegiato l'applicazione della normativa federale e la competenza a giudicare delle controversie di lavoro del *Labor Relations Board*, basti rammentare il caso *San Diego Building Trades Council v. Garmon*, 359 U.S. 236 (1959).

<sup>175</sup> Occorre precisare che la *federal preemption* si distingue in *judicial* e *statutory preemption*, in ragione della natura del soggetto che pone la disciplina come prevalente e, nell'ambito della *statutory preemption*, si individua una *total* ed una *partial preemption* in cui il Congresso, rispettivamente, esclude integralmente il concorso della normativa statale o ammette un'azione legislativa statale concorrente o integrativa rispetto a quella federale. In particolare, J.F. ZIMMERMAN, *Regulating Intergovernmental Relations in the 1990's* in *AAPSS*, 509, p. 49.

<sup>176</sup> Caso *Kelly v. Washington*, 302 U.S. 1 (1937). Sul punto, si legga il commento fatto da G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze* ...cit., pp. 131 e s.

<sup>177</sup> Caso *Book v. California*, 343 U.S. 49 (1952).

<sup>178</sup> Caso *Allen Bradley Local v. Board*, 315 U.S. 740 (1942).

era una materia sottesa al *public policy* statale, in ragione dell'elemento teleologico che suffragava le due normative, non si paventava alcuna *preemption* federale<sup>179</sup>.

Occorre rammentare il rilevante caso *California v. Zook* del 1949, inerente una legge della California che vietava il trasporto oneroso di beni attraverso le autostrade dello Stato se il trasportatore non avesse ottenuto il rilascio della licenza da parte della Commissione federale sui trasporti. Il *Motor Carrier Act* federale conteneva la medesima disposizione e differiva dalla norma statale solo per l'entità della pena. La Corte Suprema non paventò alcuna preclusione federale poiché le due discipline erano animate da differenti vincoli teleologici costituiti dalla sicurezza degli abitanti, nella legge statale, e il benessere del commercio interstatale, nella legge federale<sup>180</sup>. Non è un dato casuale il fatto che una decisione su di una vicenda che coinvolgeva il commercio interstatale e la *preemption* federale abbia costituito il presupposto costituzionale della cooperazione tra Stati e *Federal Government*. Infatti, nella vicenda *Benjamin* del 1946, la Corte sancì che “*il limite rappresentato dalla commerce clause per l'azione degli Stati non preclude loro l'intera area che essa stessa affida al Congresso, ed ammette, quindi, settori di competenza concorrente ... Il Congresso può esercitare i suoi ampi poteri da solo o in azione coordinata con gli altri Stati*”<sup>181</sup>.

Una ulteriore radicalizzazione di siffatto potere di indirizzo e di controllo dell'azione statale avvenne attraverso il passaggio dalla *federal preemption* al *federal mandate*. In tale ultimo caso, il Governo federale non si limitava a dettare discipline uniformi su tutto il territorio nazionale, prevalendo su confliggenti leggi statali, ma imponeva una serie di obblighi positivi in capo alle singole entità decentrate tenute a darvi attuazione. La transizione da un modello di mera

---

<sup>179</sup> L'indirizzo pretorio fu confermato anche nel successivo caso *Auto Workers v. Wisconsin Board* del 1956, stavolta, però, all'indomani dell'approvazione del *Taft-Harley Act* federale che disciplinava anche gli scioperi violenti. Caso *Auto Workers v. Wisconsin Board*, 351 U.S. 266 (1956). Per un commento ad ambedue le pronunce si rimanda al contributo di G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze ...cit.*, pp. 133 e ss.

<sup>180</sup> Caso *California v. Zook*, 336 U.S. 725 (1949). Per un commento si rimanda al contributo di G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze ...cit.*, pp. 135 e ss. L'autore richiama anche il caso *Union Brokerage v. Jensen*, 322 U.S. 202 (1944), relativo ad una società di agenti commerciali che era stata autorizzata ad operare nel Minnesota con licenza federale rilasciata in virtù di una legge del Congresso. La Corte Suprema ritenne, comunque, valida la legge statale che vietava a quelle società, come a tutte le altre non domiciliatarie, di adire le Corti statali a meno che non avessero ricevuto una licenza dello Stato, i cui requisiti di concessione erano differenti da quelli previsti dalla legge federale. La Corte argomentò che “*i requisiti federali e quelli statali potessero muoversi liberamente nelle orbite dei rispettivi scopi, senza sovrapporsi gli uni sugli altri. Visto che la disciplina federale si interessa solo delle relazioni degli agenti con gli Stati Uniti e con gli importatori e gli esportatori*”, non tutelando i rapporti tra i commercianti e gli agenti. Analogamente, si espresse nel più recente caso *Huron Portland v. Detroit*, 362 U.S. 440 (1960), in cui un armatore interstatale era stato sottoposto a procedimento penale dalla città di Detroit poiché le caldaie delle sue navi erano risultate difformi dalle regole stabilite, in materia, da una ordinanza della città. Le caldaie, tuttavia, erano conformi a quanto previsto dalla legge federale. Ancora una volta, la diversità del fine perseguito dalle diverse discipline divenne strumento per escludere la *preemption* federale nei confronti dell'azione penale locale. Il criterio teleologico divenne lo strumento primario di risoluzione del conflitto e dell'antinomia tra fonti federali e statali. Sul punto, in particolare, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze ...cit.*, pp. 138 e s.

<sup>181</sup> Caso *Prudential Insurance Co. v. Benjamin*, 328 U.S. 408 (1946). Sul punto, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze ...cit.*, p. 145.

conformazione al dettato federale ad un obbligo positivo e stringente di attuazione delle *federal regulations*, ha indotto parte della dottrina a parlare del passaggio da una forma di federalismo cooperativo ad uno di tipo coercitivo, legittimato costituzionalmente nella cornice della *Supremacy Clause*.

Le relazioni intergovernative sarebbero state condotte, dunque, sotto l'egida della coercizione e non della cooperazione<sup>182</sup>. Come affermò Elazar, la profonda evoluzione del federalismo cooperativo ha condotto ad un cambiamento del ruolo suo proprio che “*from being supportive – playing a backstopping role, - to being coercing and even pre-emptive at the expense of state prerogatives*”<sup>183</sup>.

Siffatta implementazione preoccupò la *Commission on Intergovernmental Relations*, istituita da Eisenhower nel corso del suo mandato presidenziale che si impegnò a comprimere la propagazione emorragica delle sovvenzioni federali, sottoponendone l'erogazione alla sussistenza di specifici presupposti. Tra questi requisiti spiccavano la tutela del commercio interstatale, la protezione ambientale, le esigenze di difesa, i problemi di stabilità economica e di uniformità nazionale del programma di intervento e l'incapacità dello Stato di provvedere con le proprie risorse ad una adeguata protezione dei fondamentali diritti civili e politici.

I *grants-in-aid* costituiscono uno straordinario strumento di espansione del ruolo del *Federal Governemnt* e di ripensamento delle modalità di collaborazione intergovernativa. Lo Stato regolatore federale tentò di indirizzare e di condizionare l'azione statale e locale al rispetto dei *national purposes* in vista della realizzazione del *general welfare* attraverso l'uso di uno strumento persuasivo quale quello dei finanziamenti. In tal modo, il *federalizing process* ricevette un grande impulso e consentì la transizione dal federalismo duale a quello cooperativo. La cooperazione tra differenti livelli istituzionali era, del resto, favorita dalle relazioni ‘empatiche’ createsi tra *Grantor* e *Grantee* nel dare attuazione ad un programma di realizzazione del *public good*<sup>184</sup>. L'attitudine del modello dei *grants-in-aid* di sviluppare forme di cooperazione tra differenti centri decisionali non si muoveva solo nella cornice delle relazioni intergovernative, ma si estendeva anche alle forme di

---

<sup>182</sup> In particolare, J. KINKAID, “From Cooperative to a Coercive Federalism”, in *Annals*, AAPSS, 509, p. 141. Anche Comba sottolinea come i *federal mandates* abbiano ridotto, qualitativamente e quantitativamente, la sfera di autonomia dei singoli Stati, resa sempre meno ampia anche a causa di una riduzione dei finanziamenti precedentemente concessi allo Stato in ragione dell'inadempimento dell'obbligo di attuazione. Si parla, in tal caso, di *cross-over-sanctions* che riceveranno grande applicazione nel corso degli anni '70 e '80. In particolare, M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia ...cit.*, p. 190 e A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzioni e ... cit.*, p. 110.

<sup>183</sup> In particolare, D.J. ELAZAR, “American Federalism Today”, in *American Federalism. A New Partnership for the Republic* (edited by Hawkins), San Francisco, 1982, p. 46.

<sup>184</sup> Kinkaid ha asserito che il concetto di “*levels of government*” sia entrato a far parte del linguaggio dell'*American federalism* proprio in occasione della transizione dal modello federale duale a quello cooperativo e si sia realizzato, pienamente, quando gli assunti del *cooperative federalism* entrarono a regime. Sul punto, J. KINKAID, “From Cooperative to a Coercive Federalism”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, (AAPSS) Vol. 509, (May 1990), p. 141.

*partnerships* realizzate tra governi locali e soggetti privati appartenenti al cd. *Third Party of Government*<sup>185</sup>. Grodzins sottolinea come l'uso crescente dei *categorical grants*, da parte del *Federal Government*, abbia alterato le dinamiche relazionali intergovernative, segnando il passaggio dal sistema del *dual federalism*, simile ad una torta a strati (*layer cake*) in cui ogni livello di governo disponeva di distinte e separate sfere di competenza, ad un modello di *cooperative federalism*, rassomigliante ad un dolce omogeneo, i cui ingredienti sono ben dosati e mischiati tra di loro (*marble cake*).

Nel modello federale cooperativo non sussisteva più una rigida separazione delle competenze tra Stato federale e singole entità federate informata al principio della separazione funzionale, ma si insinuava una nuova forma di cooperazione e di interazione tra i due differenti livelli di governo nella cornice di una condivisa complementarietà funzionale. La cooperazione intergovernativa fu ulteriormente rafforzata in virtù della creazione dell'*Advisory Commission on Intergovernmental Relations (ACIR)*, nel 1959<sup>186</sup>. L'*ACIR* fu tenuta a rinvenire le soluzioni più appropriate alle crescenti conflittualità innervate nelle relazioni tra Stato federale, singoli Stati e realtà locali. L'idea di fondo che pervadeva l'azione dell'*Advisory Commission* era costituita dall'assunto secondo cui il sistema dei rapporti intergovernativi avrebbe funzionato meglio se "*all the partners remain(ed) strong and fully engaged*"<sup>187</sup>.

La cornice federale cooperativa era il riflesso di una rinnovata separazione dei poteri tanto sull'asse verticale quanto su quello orizzontale. Ne era derivata un accentramento dei poteri a favore del *Federal Government* regolatore ed interventista ed un accrescimento del ruolo dell'organo esecutivo eretto a Potere governante. Ma, come rileva Bognetti, il condominio tra Presidente e Congresso non fu sempre equilibrato e veloce nelle sue modalità di conduzione dell'azione di indirizzo politico e di governo. Non è un dato trascurabile il fatto che negli anni Cinquanta e Sessanta importanti leggi federali di spiccato rilievo sociale e civile siano state approvate con

---

<sup>185</sup> Circa il concorso cooperativo dei soggetti privati nel dare attuazione a programmi di sostegno delle categorie più deboli e svantaggiate, basti rammentare il ruolo peculiare svolto dal settore *nonprofit* ed, in particolare, dalle *independent grant-making foundations*, rientranti nel novero delle fondazioni di diritto privato. Le *grant-making foundations* sono organizzazioni filantropiche riconducibili all'iniziativa di un singolo individuo o di una famiglia, che destinano quote del proprio patrimonio al perseguimento di finalità sociali e sono vincolate al principio di salvaguardia del patrimonio medesimo. Per una disamina generale del ruolo delle fondazioni filantropiche e dell'intero universo *nonprofit* negli Stati Uniti d'America, si rinvia al contributo di J. FLEISHMAN, *The Foundation: A Great American Secret; How the Private Wealth is Changing the World*, New York, 2007.

<sup>186</sup> La Commissione ha cessato di esistere nel 1996, essendo venuta meno, a parere dell'Amministrazione federale, lo scopo della sua attività. Sulle ragioni del venir meno della Commissione, si rimanda al rilevante contributo di B. MCDOWELL, "Advisory Commission on Intergovernmental Relations in 1996: The End of an Era", in *Publius*, Vol. 27, No. 2, (1997), pp. 111 e ss.

<sup>187</sup> Non bisogna dimenticare che la rappresentanza degli interessi delle realtà locali e statali era favorita dalla presenza della *National Governors' Association*, dalla *National Conference of State Legislatures*, dalla *United States Conference of Mayors*, dalla *National League of Cities* e dalla *National Association of Counties*. Sul punto, si rimanda al contributo di B.D. MCDOWELL, "The Interstate Commerce Clause of the U.S. Constitution: A 200 Years Case Study for European Integration", in *Federal Type-Solutions and European Integration*, (edited by J.C.Lloyd Brown), Lanham, Maryland, p. 147.

estrema lentezza e notevole ritardo rispetto alle pronunce della Corte Suprema e, dunque, alle domande in auge nella società<sup>188</sup>. Per tali ragioni, il Presidente degli Stati Uniti, non ebbe mai la possibilità di assumere un ruolo direttivo, parificabile a quella del Primo Ministro britannico o al Presidente della Repubblica francese. Siffatti *discrimina* hanno sicuramente contribuito a differenziare ulteriormente il modello costituzionale nordamericano da quello europeo<sup>189</sup>.

Rimane, però, da rammentare il fatto che il ripudio della *economic due process* ricevette un ampio riconoscimento a livello federale, mentre a livello statale la situazione presentò profili diversi. Non è mancata dottrina che ha sottolineato come dagli anni '30 sino agli anni '60, le Corti statali abbiano continuato a fare applicazione dei principi del libero mercato a tutela dei diritti di natura economica. Ma sul punto si sono registrate opinioni contrastanti<sup>190</sup>. Siffatte concezioni si inscrivono nella cornice di quella corrente di pensiero meglio nota come *Judicial Federalism* che rinveniva un presupposto teorico ed un aggancio costituzionale nel X emendamento della Costituzione federale e si fondava sulla contrapposizione tra diritti costituzionali federali e diritti statali che rinvenivano espresso riconoscimento in differenti Carte costituzionali.

Uno dei maggiori esponenti teorici del *Judicial Federalism* fu Brennan che sosteneva la compresenza nel contesto statunitense di differenti Costituzioni, federale e statali, aventi ruoli diversi e slegate da un rapporto di gerarchia all'ombra della *Supremacy Clause* che smarriva la sua funzione giuridica ordinante<sup>191</sup>. Simile postulato avrebbe dovuto ammettere una compresenza ed una tolleranza di plurimi testi costituzionali rivolti ai medesimi soggetti nella cornice di una "fedeltà mediatizzata"<sup>192</sup>. Risulta evidente che la Costituzione federale sia sorta quale elemento di superamento del pregresso assetto confederale e si sia inserita nel solco di una società civile già

---

<sup>188</sup> Boggetti ravvisa nella separazione dei poteri sull'asse verticale ed orizzontale della Repubblica americana degli elementi di inefficienza rispetto ai contemporanei modelli europei di Stato federale, in vigore in Germania o in Svizzera o di Stato unitario, in auge in Francia e Gran Bretagna. Questi fattori ostativi hanno paralizzato la metamorfosi dello Stato americano verso forme compiutamente democratico-sociali, lasciandone i tratti caratteristici arretrati al modello neo-liberale che ha ridotto sensibilmente, ma non ha mai ripudiato completamente, i valori liberali pregressi. Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 198.

<sup>189</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, pp. 199 e s.

<sup>190</sup> A sostegno del permanere di una ortodossia liberista nella casistica giurisprudenziale delle Corti statali si esprime M. PAULSEN, "The Persistence of Substantive Due process in the States", in *Minnesota Law Review*, Vol. 34, (1950), p. 91, contrariamente si esprime, S.P. FINO, "Remnants of the Past: Substantive Due Process in the States", in *Human Freedoms in the States* (edited by S.H. Friedelbaum), Westport, 1988, pp. 146 e ss.

<sup>191</sup> Nel pensiero di Brennan, il *judicial federalism*, in specie nella sua accezione (*new*), avrebbe condotto al superamento del *dual federalism* e della centralizzazione voluta da Warren, in tema di protezione dei diritti individuali. In tal modo si sarebbe fatta strada una nozione di *dual constitutionalism*. In particolare, W.J. BRENNAN, "State Constitutions and the Protection of Individual Rights", in *Harvard Law Review*, Vol. 90, (1977), pp. 489 e ss. Il *judicial federalism* si contrappone al *corrective federalism*, riferito al meccanismo creato dagli emendamenti approvati in seguito alla Guerra Civile, che consentiva agli Stati di tutelare i diritti individuali, pur consentendo al Congresso di intervenire con leggi federali per rimuovere violazioni perpetrate dalle singole entità statali. Occorre, comunque, precisare che il *corrective federalism*, opera a livello normativo e non giurisdizionale. Il *judicial federalism* si contrappone, inoltre, al *legislative federalism*, sinora analizzato, il quale concerne quelle variazioni nella linea di confine tra la competenza del Congresso e i legislativi statali. Sul punto, M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia ... cit.*, pp. 270 e s., nonché pp. 167 e ss.

<sup>192</sup> In particolare, G. LOMBARDI, *Lo Stato federale*, Torino, 1986, p. 7.



formata e ispirata ad una nutrita serie di valori che avevano trovato espressione in numerose Costituzioni statali<sup>193</sup>. Lo studioso Gardner mosse una critica nei confronti di Brennan, partendo dal presupposto secondo cui la Costituzione contiene una positiva enunciazione dei diritti fondamentali, elementi caratterizzanti in linea generale una comunità politica<sup>194</sup>. La posizione di Gardner fu criticata da Elazar, a parere del quale i valori fondamentali, tipizzanti la Costituzione federale non consistono nell'uniformità nel modo di tutelare i diritti, ma nella previsione di meccanismi istituzionali che consentano lo sviluppo di differenti "culture costituzionali". Ma, come rileva Elazar, questo non fa altro che comprovare il fatto che la compresenza di esperienze politiche diverse abbia costituito la base di tipo plurale sulla quale venne eretta la Costituzione federale che tentava una sintesi di tali valori, pur non riuscendovi in modo esaustivo<sup>195</sup>. Accanto al rilievo politologico, si pone il rilievo giuridico di chi ha considerato, a ragione, la Costituzione federale un documento che consente la compresenza di differenti valori e principi fondamentali, pur non inglobandoli tutti direttamente, grazie alla previsione di "meccanismi di tipo neutrale quali la divisione dei poteri ed il federalismo" che consentono alla società di conservare e sviluppare una necessaria struttura plurale<sup>196</sup>.

Risulta indubbio che gli anni che si sono succeduti dal crollo della Borsa di *Wall Street* nel 1929 sino al periodo successivo alla Seconda Guerra mondiale abbiano costituito uno straordinario laboratorio di sperimentazione politico-istituzionale che ha condotto alla scoperta di nuove formule e di un nuovo modello costituzionale. Il passaggio al federalismo cooperativo ne è la riprova. Certo non si può sottacere il fatto che brillante dottrina abbia ripudiato questa concezione. In particolare, Dan Elazar ha sempre sostenuto che il federalismo americano abbia presentato sin dalle sue origini una connotazione cooperativa, fondata sulla *cooperation* dello Stato federale e dei singoli Stati e che sarebbe stato del tutto fuorviante contrapporre i due federalismi come termini antinomici di una unica *propositio* costituzionale. La posizione di Elazar ha suscitato le critiche di Bognetti che nel federalismo duale ed in quello cooperativo non ha mai colto i termini di un rapporto di contrapposizione, bensì gli emblemi di una metamorfosi costituzionale e di una indubbia evoluzione ordinamentale che considera i due federalismi strumenti di definizione dei rapporti tra centro e periferia. Del resto, il passaggio da un modello all'altro si iscrive nella natura intrinsecamente

---

<sup>193</sup> Il fatto che la Costituzione statunitense sia sorta sulla base di una preesistente società civile ed abbia semplicemente ratificato valori pregressi, a differenza della contemporanea Costituzione francese che ha imposto un ordine nuovo, è messo in luce da M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, pp. 199 e ss.

<sup>194</sup> In particolare, J. GARDNER, "What is a State Constitution?", in *Rutgers Law Journal*, Vol. 24, (1993), pp. 1025 e ss.

<sup>195</sup> Sul punto, D.J. ELAZAR, "A Response to Professor Gardner's Failed Discourse on State Constitutionalism", in *Rutgers Law Journal*, Vol. 24, (1993), p. 975 e s.

<sup>196</sup> In particolare, E. MALTZ, "James Gardner and the Idea of State Constitutionalism", in *Rutgers Law Journal*, Vol. 24, (1993), pp. 1019 e ss. Inoltre, si rimanda ai commenti condotti in via generale da M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia ... cit.*, pp. 285 e ss.

dinamica dei processi federativi che mutano nello spazio, avuto riguardo a differenti Paesi, e si evolvono nel tempo, anche con riferimento al medesimo ordinamento.

Non si può certo sottacere il fatto che il secondo *New Deal* e il plauso pretorio della Corte Suprema abbiano contribuito ad una rilettura di disposti quali l'*interstate commerce clause* e lo *spending power* federale in modo tale da incidere significativamente sulle relazioni tra Stato federale e singoli Stati, ampliando a dismisura l'ambito d'intervento del *Federal Government* anche in settori sino a poco tempo prima feudo esclusivo delle singole entità decentrate<sup>197</sup>. In verità, la variazione della formula politico-istituzionale incise significativamente sugli equilibri sistemici del sistema federale, ma non ne alienò la *ratio* fondante. Gli Stati hanno pur sempre conservato un ruolo attivo nel campo del diritto penale e del diritto civile, ad essere mutato fu, soprattutto, il ruolo del Governo centrale accresciuto nei poteri ed in grado di relazionarsi in prospettiva dinamica e complementare con le singole entità decentrate. In tal modo, il diritto federale si collocò in una posizione di completamento e di sostegno alla legislazione statale, colmandone lacune e rispondendo ad una indubbia esigenza di uniformità normativa in taluni delicati ambiti.

Il *cooperative federalism* si connota per un meccanismo collaborativo che si iscrive nella cornice di uno Stato interventista il quale, attraverso la tecnica della chiamata in compartecipazione, sollecita gli Stati a cooperare alla realizzazione del programma federale. Indubbiamente, la concessione dei finanziamenti era vincolata, inizialmente, alla realizzazione degli obiettivi fissati a livello federale, ma il fatto che il *Federal Government* destinasse le sovvenzioni alle singole entità decentrate era riflesso della volontà di coinvolgerle attivamente nella realizzazione di programmi di sviluppo socio-economico. Ogni Stato era, infatti, ben cosciente delle problematiche e delle situazioni di disagio presenti sul proprio territorio. Non è un dato casuale il fatto che nel corso del tempo il vincolo di destinazione dei singoli *aids* sia divenuto proprio per questo motivo sempre meno stringente.

Gli Stati restarono sovrani nel campo del diritto penale e civile mentre la regolazione federale del commercio tra Stati, non venne mai trasfusa in un codice commerciale federale. La cooperazione intergovernativa degli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso fu, comunque, a 'maglie strette', con un *Federal Government* che tesseva gli intrecci della matassa a suo piacimento, ora ampliandoli, ora restringendoli. Ma la cooperazione non fu solo verticale, si assistette a forme di

---

<sup>197</sup> Il fatto che la Corte Suprema abbia reputato lo stesso X emendamento un *truism*, ossia un'ovvietà, pareva suffragare la concezione che coglieva nell'azione del Governo centrale una invasione della sfera di competenza statale, segnando il declino della giurisprudenza di sostegno del *police power* statale. Wechsler ha più volte evidenziato la pericolosità di una pervasiva azione regolatoria federale, la quale avrebbe spogliato gli Stati del loro ruolo naturale che, solo la presenza nel Senato federale e taluni rapporti con la Presidenza avrebbero potuto contenere. Contrariamente, Choper considera implicitamente valida l'azione del Congresso, senza che la Corte Suprema debba necessariamente sindacarne il contenuto, dal momento che il potere di governo federale non si può contenere nella limitata cornice degli *enumerated powers* e della *economic due process*.

cooperazione anche sul piano orizzontale che avevano avuto inizio già nell'epoca del liberalismo maturo. Il coordinamento delle rispettive legislazioni statali fu favorito dall'istituzione della *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* che contribuì ad elaborare modelli comuni di legislazione in svariate materie, favorendo la convergenza delle normative statali di settore. Degna di nota fu l'approvazione nel 1952 dello *Uniform Commercial Code*, ossia di un codice commerciale uniforme approvato da quasi tutti gli Stati e con il compito di razionalizzare la delicata materia dei rapporti commerciali. Il successo dell'iniziativa ne indusse l'estensione anche al diritto penale e alla procedura penale. Infine, la *National Conference of State Legislatures* consente, ancora oggi, ai singoli Stati di confrontarsi per la risoluzione di problematiche normative comuni o per risolvere controversie coinvolgenti due o più Stati, contando anche sulla possibilità di confrontarsi con il Congresso federale. I modelli normativi comuni sono stilati dall'*American Law Institute*, patrocinato dall'*American Bar Association* (l'Associazione forense americana) che conduce una riformulazione dei principi della *common law* attraverso i *Restatements of the Law* ossia l'estrapolazione dei principi e delle massime giurisprudenziali più rilevanti che sono state elaborate dalle singole corti statali. Analogo trend si è registrato nell'azione dell'*National Governors' Association* e del *Council of State Governments* che hanno consentito un coordinamento dell'azione dei legislativi e dei giudiziari statali.

Siffatti aspetti, coniugati all'assenza di codici nazionali di diritto civile e penale e di procedura civile e penale, costituiscono un fattore di importante discriminazione con un altro modello di Stato federale presente in Europa quale la Germania. Il *Grundgesetz* tedesco prevede una competenza concorrente tra *Bund* e *Länder* in svariate materie e richiede un intervento federale solo quando determinate esigenze lo impongono secondo una logica del tutto sussidiaristica, anche se con il tempo il *Bund* si è appropriato di campi che prima erano appannaggio dei soli *Länder*. La Costituzione tedesca sancisce, inoltre, il principio dell'unità giuridica ed economica del Paese, prevedendo a livello costituzionale sovvenzioni finanziarie a sostegno dei *Länder* con minore capacità fiscale per abitante<sup>198</sup>. Nella Costituzione statunitense non v'è alcuna clausola che sancisca

---

<sup>198</sup> L'art. 72 del *Grundgesetz* riconosce al comma due il valore della tutela dell'unità giuridica ed economica del Paese. Il successivo art. 104, comma 4, sancisce che: "La Federazione può concedere ai Länder aiuti finanziari per investimenti di particolare importanza dei Länder e dei Comuni (e dei Consorzi di Comuni), che siano necessari per impedire una turbativa dell'equilibrio economico generale, o per equilibrare differenze di potere economico nel territorio federale, o per promuovere un'espansione economica. I particolari, e specificamente i tipi dei necessari investimenti, verranno disciplinati da una legge federale che necessita dell'approvazione del Bundesrat, o mediante accordi amministrativi, sulla base della legge federale di bilancio". Gli articoli 107 e 108 provvedono, invece, a dettare rilevanti principi in tema di perequazione e di amministrazione finanziaria, nella cornice di ripartite competenze legislative, ora esclusive ora concorrenti, a seconda del rilievo della materia da disciplinare. Anche l'ordinamento elvetico ha introdotto norme sulla perequazione finanziaria e sugli aiuti ai Cantoni con minori entrate, ex artt. 119, 126 della Cost. del 1999. Speculari disposizioni si rinvenivano anche nella forma di Stato regionale. Basti pensare all'art. 5 della Costituzione italiana e all'art. 119, in materia di autonomia finanziaria e di misure perequative. In particolare, sul raffronto con la Germania e la Svizzera si rinvia al contributo di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano* ... cit., pp. 210 e ss. De Vergottini sottolinea come l'estensione graduale del ruolo del *Bund* fosse stato

il principio di unità giuridica ed economica del Paese. La Costituzione si impone di “perfezionare ulteriormente ... l’Unione”, ma non accenna mai alla salvaguardia del principio unitaristico.

La medesima legislazione federale del *New Deal* così ampia e pervasiva non costituisce solo una normativa ordinaria di rango subordinato alla fonte costituzionale, ma crea un poderoso corpo normativo destinato a garantire l’uniformità/omogeneità del diritto e non l’unità giuridica del Paese<sup>199</sup>.

Se, come afferma Hesse, lo Stato tedesco è uno Stato federale unitario con tendenze accentratrici, lo Stato federale americano, è uno Stato federale composto che, nella concorrenza di differenti centri di potere, rinviene un valido strumento cooperativo. Si può, dunque, concludere asserendo che nel passaggio dal federalismo duale a quello cooperativo si sia realizzata la transizione da un sistema che vedeva contrapposte le comunità locali a quella centrale ad uno in cui prese corpo una forma di collaborazione o di contrattazione dei ruoli e delle funzioni ed in cui l’uso delle competenze poteva essere svolto attraverso “una panoplia di strumenti diretti ad assicurare un’armonica coordinazione” ossia leggi federali patteggiate, finanziamenti condizionati e organismi misti di tipo consultivo nella cornice di un *trend* discontinuo e non eguale<sup>200</sup>.

In tal modo, il *cooperative federalism* ha condotto ad una integrazione delle competenze legislative federali e statali e ad una osmosi tra il momento normativo e quello attuativo in virtù di forme procedurali di coordinamento tra Stato federale e Stati federati. Siffatto *trend*, impresso dal *federalizing process* alle relazioni intergovernative, ha consentito lo sviluppo di moduli collaborativi che hanno esaltato l’interventismo dello Stato federale nel campo economico e sociale, ma nello stesso tempo hanno rinvenuto formule di conciliazione tra interessi nazionali e statali, tentando di rendere compatibili le necessarie politiche federali con l’esistenza di sfere di competenza statali<sup>201</sup>. È vero che l’espansione della sfera di intervento federale, portata alle estreme conseguenze, consentì di penetrare sensibilmente nella sfera d’azione delle singole entità decentrate

---

mitigato dalla concorrente partecipazione dei *Länder* alla formazione della volontà federale ed evidenzia come: “*lo stato sociale comporta uniformazione ed eguaglianza delle condizioni di vita su tutto il territorio federale e quindi produce una evidente tensione rispetto ai principi teorici del federalismo*”. In particolare, G. DE VERGOTTINI, “Stato federale”, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLIII, Milano, 1990, p. 850, nonché R. ARNOLD, “La ripartizione delle potestà tra Bund e Länder alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca”, in *Le Regioni*, No. 4, 1988, pp. 869 e ss.

<sup>199</sup> La carenza di codici federali e la presenza, inversa, di codificazioni statali riflettono due tendenze peculiari dell’ordinamento statunitense. La prima concerne il ritardo con cui il legislatore americano sia pervenuto ad una sistematizzazione scritta e organica della disciplina civile e penale, essendo da sempre ossequioso della tradizione di *common law*; in secondo luogo, il fatto che la legislazione in tali settori, così come in altri, sia frutto di una iniziativa statale e non federale comprova il carattere maggiormente aperto del federalismo cooperativo statunitense.

<sup>200</sup> In particolare, A. REPOSO, “Stato federale”, voce in *Enciclopedia Giuridica* Treccani, Vol. XXX, Roma, 1993, pp. 5 e s.

<sup>201</sup> Lo Stato regolatore imponeva la prestazione di servizi nel campo della previdenza e dell’assistenza sociale, dei rapporti di lavoro, della cultura e del commercio tra Stati e la protezione dei diritti sociali di ciascun individuo a prescindere dalla sua appartenenza, ad un dato ordinamento statale.

divenute mere esecutrici dei programmi federali, nella cornice di un federalismo d'esecuzione<sup>202</sup>. Ma il federalismo cooperativo, a differenza di quello duale, ha consentito anche la sperimentazione di soluzioni organizzative plurime, sviluppando forme di leale collaborazione connaturate all'essenza stessa dello Stato federale ed in linea con il simile sviluppo della *Bundestreue* nella storia costituzionale tedesca<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> In particolare, G. DE VERGOTTINI, "Stato federale", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLIII, Milano, 1990, pp. 849 e

S.  
<sup>203</sup> Sul punto, G. DE VERGOTTINI, *Stato federale ...cit.*, p. 851.

## **CAPITOLO IV**

### **DALLA *GREAT SOCIETY* AI *NEW FEDERALISMS*: LA *COMMERCE CLAUSE* NELLA CORNICE DEL MUTAMENTO SOCIO-CULTURALE STATUNITENSE**

## CAPITOLO IV

### DALLA *GREAT SOCIETY* AI *NEW FEDERALISMS*: LA *COMMERCE CLAUSE* NELLA CORNICE DEL MUTAMENTO SOCIO-CULTURALE STATUNITENSE

SOMMARIO: 4.1. La “Nuova Frontiera” della politica statunitense nei mille giorni della Presidenza di John F. Kennedy; - 4.2. La “*Great Society*” e l’approvazione del *Civil Rights Act*: l’inaspettato intreccio con l’*interstate commerce clause*; - 4.2.1. I concetti di *New Property* e di *Welfare Rights* nella “Guerra alla povertà” di Lyndon Johnson; - 4.3. La Presidenza imperiale di Richard Nixon e i primi segnali di cambiamento istituzionale; - 4.4. Le intersezioni tra commercio interstatale e diritto penale nel corso degli anni Settanta e la svolta negli equilibri federali nel caso *National League Cities v. Usery*; - 4.5. Il *New Federalism* e la *deregulation* reaganiani degli anni ‘80; - 4.5.1. La nozione di commercio interstatale nella *federalism jurisprudence* delle Corti Burger e Rehnquist; - 4.6. Attuali *trends* giurisprudenziali sul concetto di commercio interstatale; - 4.7. La nozione di *dormant commerce clause* e le sue dinamiche evolutive; - 4.8. Il ruolo peculiare dello *Uniform Commercial Code*.

#### 4.1. La “Nuova Frontiera” della politica statunitense nei mille giorni della Presidenza di John F. Kennedy

In occasione della *Convention* democratica, svoltasi a Los Angeles 14 luglio del 1960, il futuro Presidente degli Stati Uniti John Fitzgerald Kennedy asserì che: “*Ci troviamo oggi alle soglie di una nuova frontiera, la frontiera degli anni sessanta. Non è una frontiera che assicuri promesse, ma soltanto sfide, ricca di sconosciute occasioni, ma anche di pericoli, di incompiute speranze e di minacce ... Al di là di questa frontiera ci sono le zone inesplorate della scienza e dello spazio, problemi irrisolti di pace e di guerra, peggioramento dell’ignoranza e dei pregiudizi, nessuna risposta alle domande di povertà e alle eccedenze*”<sup>1</sup>. In tale affermazione furono sintetizzate le linee guida che indirizzarono l’azione dell’amministrazione Kennedy, anche se sfortunatamente per un breve periodo.

John Kennedy fu il primo Presidente cattolico degli Stati Uniti e la sua azione di governo si pose nel solco di un periodo storico di stabilizzazione degli equilibri geopolitici mondiali. Lo sbarco nella Baia dei Porci, la crisi con Cuba e la costruzione del Muro di Berlino furono gli eventi storici di maggiore respiro che accaddero nel corso dei mille giorni della sua Presidenza. Egli fu chiamato a dirigere la politica statunitense nel periodo in cui la lotta contra la discriminazione e la segregazione razziale nei vari luoghi pubblici raggiunse il suo acme più critico. Nonostante, la Corte Suprema,

---

<sup>1</sup> Il termine deriva dalla frontiera americana che si spostava continuamente durante la corsa all’Ovest nel 1850. Come in passato, i pionieri della frontiera portavano la civiltà nei territori selvaggi dell’Ovest, il noto *Far West*, così i pionieri della Nuova Frontiera portavano i valori della democrazia verso una nuova frontiera scientifica e spaziale, di condivisione del benessere e lotta alla guerra, di pace, di sviluppo e di libertà.

nel noto caso *Brown* deciso nel 1954 si fosse pronunciata a sfavore della segregazione razziale nell'ambito delle istituzioni scolastiche, vietandola, in molti Stati del Sud si assisteva ancora a tristi fenomeni di discriminazione sugli autobus, nei cinema e nei ristoranti.

La politica condotta da Kennedy fu ispirata, pertanto, dal valore dell'integrazione razziale. Egli più volte organizzò, nel corso della sua campagna elettorale, incontri con la moglie del reverendo Martin Luther King che in quel periodo era detenuto in carcere. Ma il timore che il suo dichiarato sostegno al *Grassroots Movement* (cd. Movimento radici d'erba) potesse suscitare il dissenso dell'elettorato bianco, lo spinse ad ostacolare l'approvazione della legge sui diritti civili in fase di discussione al Congresso dominato dai democratici del Sud. Il programma politico di Kennedy risultò, comunque, notevole e ispirato ai valori della cd. *New Freedom Doctrine* che si ancorava ad una nuova nozione dell'*american nationalism* il quale spinse l'amministrazione federale a stilare programmi di aiuti finanziari internazionali, ad implementare la difesa nazionale e l'esplorazione dello spazio<sup>2</sup>.

L'azione politica di Kennedy subì l'importante influenza di Arthur Schlesinger Jr., storico di Harvard e grande estimatore di Gaetano Salvemini che ispirò molti dei discorsi che egli scrisse per il Presidente. Il programma politico democratico dei primi anni '60 tentava di coniugare la crescita economica con la protezione sociale su scala nazionale ed internazionale nella cornice del modello della cooperazione allo sviluppo<sup>3</sup>. I segnali di rafforzamento dell'apparato del *welfare* si ebbero ancor prima del suo insediamento alla Casa Bianca, in occasione dell'approvazione del *Kerr Mills Act* del 1960 che regolava l'assistenza sanitaria agli anziani, dedicandole l'impegno finanziario del *Federal Government*<sup>4</sup>. Un simile programma normativo costituì una importante anticipazione dei progetti federali di *Medicaid* e *Medicare*, che saranno approvati in seguito e che costituiranno le architravi del *Welfare* statunitense<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Per quanto concerne la politica estera, ripudiò l'ideale di una "pax americana" imposta unilateralmente, attraverso l'uso della forza e sostenne un ideale di pace che consentiva ad ogni nazione di svilupparsi e prosperare. In particolare, L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, p. 817.

<sup>3</sup> L'azione politica di Kennedy consentì un notevole rafforzamento del *Welfare State* federale e si innervò in una pluralità di settori quali la sanità, la difesa, il commercio con l'estero, l'occupazione e l'ambito dei diritti civili, preparando il terreno per l'avvento della "Grande Società" della seconda metà degli anni '60.

<sup>4</sup> Il *Kerr Mills Act* aumentò il concorso federale nel sistema di assistenza sanitaria agli anziani, in modo tale da consentire agli Stati pagamenti più consistenti dei servizi ospedalieri a favore delle persone con più di sessant'anni e di coprire le spese sanitarie di anziani "medicalmente bisognosi", aventi cioè un reddito superiore al minimo della soglia di povertà prevista per il sussidio statale, ma così bassi da non coprire le loro spese sanitarie. Come rileva Amato, la vera novità della legge fu proprio quella di avere sganciato, creando la categoria dei "medicalmente bisognosi", l'assistenza sanitaria pubblica dal sussidio di povertà. Sul punto, per un'analisi dettagliata si rimanda al rilevante contributo di G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione. Un sondaggio nel Welfare statunitense*, Bologna, 1983, p. 39.

<sup>5</sup> In particolare, la legge sull'assistenza sanitaria per gli anziani (*Medical Health Bill for the Aged*), più tardi noto come *Medicare*, fu proposta nel 1961 e firmata da Johnson nel 1965. Sempre in quegli anni, il Congresso rapidamente approvò la legge sulla costruzione di centri sul ritardo mentale e sui servizi comuni di salute mentale (*Mental Retardation Facilities and Community Mental Health Centers Construction Act*, PL 88-164). L'Istituto Nazionale di Salute Mentale (*National Institute of Mental Health*) si assunse la responsabilità del monitoraggio dei programmi della comunità dei centri di salute mentale.



Nel marzo del 1961, fu avviato un importante programma di *Urban Renewal* al fine di rivitalizzare la città e rendere più vivibili i centri urbani e che contava su ingenti finanziamenti federali a favore delle entità decentrate<sup>6</sup>.

Sempre nel 1961, l'amministrazione Kennedy approvò una serie di emendamenti al *Fair Labor Standard Act* del 1937, costituente uno degli atti normativi più significativi del *corpus* del *New Deal*, ampliandone la sfera di applicazione in ulteriori settori della vendita al dettaglio e contribuendo a stilare aumenti del salario minimo a favore dei singoli lavoratori impegnati nel commercio al minuto<sup>7</sup>. Nel 1962, in virtù del *Manpower Development and Training Act*, il Governo federale stilò un programma triennale di sostegno alla riqualificazione di lavoratori che avevano subito il licenziamento a causa dell'impiego di nuove tecnologie nelle industrie.

Di rilievo, nel campo della promozione delle pari opportunità tra uomo e donna, fu l'approvazione nel 1963 dell'*Equal Pay Act* che intendeva eliminare ogni forma di discriminazione, sul piano retributivo, tra persone di sesso diverso. Lo *statute* federale fu il risultato delle indagini condotte dalla *President's Commission on the Status of Women* e formalizzate nella relazione finale nota ancora oggi col nome di "Relazione Peterson"<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> A tal fine era stato creato un apposito gabinetto nell'ambito del *Department of Housing and Urban Affairs* chiamato a sorvegliare l'attuazione dei programmi federali. Le autorità federali erano tenute ad esaminare ed approvare non solo i programmi locali, ma anche i singoli progetti cui erano destinati i fondi federali. Tutto ciò metteva in moto imponenti macchine amministrative con le quali gli operatori pubblici e privati locali erano tenuti a trattare anche su aspetti "minuti" della loro attività. Le istituzioni federali furono così deputate ad operare negli interstizi tra il mercato e il sistema dei poteri locali. La responsabilità federale rimase arretrata al compito di ampliare la dotazione infrastrutturale dei servizi e non fu estesa alla regolazione dei settori in cui sarebbe stata utilizzata. In particolare, G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, p. 17.

<sup>7</sup> Gli emendamenti prevedevano, in particolare, nel settore del commercio al dettaglio l'aumento del salario minimo per i lavoratori precedentemente fissata ad 1,15 dollari all'ora, a partire dal mese di settembre del 1961, e a 1,25 dollari all'ora, nel settembre del 1963. Il minimo per i lavoratori soggetti alla nuova legge fu, invece, fissato ad un 1,00 dollaro all'ora, a partire dal mese di settembre del 1961, 1,15 dollari all'ora, nel mese di settembre del 1964, 1,25 all'ora nel mese di settembre del 1965. Anche il comparto della vendita al minuto e dei relativi servizi furono ammessi ad assumere studenti a tempo pieno, corrispondendo loro un salario non inferiore di più del 15 per cento del minimo previsto a favore di quella categoria di lavoratori, che doveva essere certificata dal Dipartimento del Lavoro. Gli emendamenti estesero la copertura ai lavoratori dipendenti di imprese impegnate nel commercio al dettaglio con un fatturato superiore ad un milione di dollari all'anno e, perfino, ai dipendenti di singole ditte, le cui imprese erano esenti se le loro vendite annuali erano al di sotto dei 250.000 dollari. Per mero dettaglio esplicativo occorre precisare che il *Fair Labor Standard Act* era stato già emendato nel 1947, in virtù del *Portal-to-Portal Act* che sanciva quale fosse esattamente la nozione di arco temporale da considerare ai fini della copertura salariale e fu poi, emendato nel 1949, al fine di stabilire il trattamento retributivo del lavoro straordinario e stabilì un incremento del salario minimo da 40 a 50 centesimi all'ora. L'ultimo emendamento risaliva al 1955 e dispose un aumento del salario minimo nella misura di un dollaro all'ora. Nel 1968, la Corte Suprema sostenne che l'azione regolatoria del Congresso, esercitata nel perimetro del *Fair Labor Standard Act* e dei suoi emendamenti successivi fosse legittima, anche se ineriva lavoratori statali impiegati negli ospedali e nelle istituzioni scolastiche.

<sup>8</sup> L'esame della Commissione si incentrò, soprattutto, sulle politiche occupazionali in atto per le donne. La relazione finale della Commissione Donna Americana (*American Woman Commission*) fu rilasciata nel mese di Ottobre, del 1963, e documentava diffusamente le varie forme di discriminazione perpetrate nei confronti delle donne sul posto di lavoro. Tra gli elementi di indagine analizzati dal gruppo di lavoro ci furono disposizioni legislative relative ad orari e salari, alla qualità della rappresentanza legale per le donne, alla mancanza di istruzione e di consulenza per donne che lavoravano, e alla presenza di assicurazioni federali e di legislazioni fiscali che colpivano notevolmente i redditi delle donne. Le raccomandazioni redatte dalla Commissione includevano l'asilo dei bambini a prezzi accessibili per tutti i

Occorre rammentare che negli anni sessanta vennero avviate importanti riforme del settore bancario. Innanzitutto, in virtù del *Bank Merger Act* del 1960, furono disciplinate le operazioni di fusione delle *depository institutions*, sottoponendole al controllo preventivo delle *Agencies* bancarie quali il *Federal Reserve Board*, la *Federal Reserve Insurance Corporation* e il *Comptroller of the Currency*. L'obiettivo della legge federale era quello di assicurare la stabilità del sistema bancario piuttosto che garantire il rispetto della normativa sulla concorrenza. Sarà la Corte Suprema federale a stabilire in due successive pronunce che le operazioni di fusione tra istituti di credito sono sottese alla disciplina prevista dallo *Sherman Antitrust Act* e dal *Clayton Antitrust Act*, sino ad allora applicati alle sole fusioni industriali<sup>9</sup>.

Risulta evidente che la brevità del mandato presidenziale di Kennedy non sia stato privo di significativi interventi a sostegno del *Welfare State* federale. Il coinvolgimento delle singole entità decentrate attesta ancora una volta una dinamica federale cooperativa che aleggia tra un ruolo propositivo e programmatore del *Federal Government* ed un ruolo collaborativo e non sempre di mera esecuzione delle singole realtà statali ed infrastatali in vista del miglioramento delle condizioni di vita generali, non solo nel campo economico, ma anche in quello sociale. Si denotarono profondi cambiamenti culturali ed una mutata sensibilità nei confronti delle categorie più deboli che rese i mille giorni dell'amministrazione Kennedy una naturale e matura *prosecutio* delle politiche del *New Deal*.

L'apertura della Presidenza Kennedy si misura nella sua attitudine ad agire secondo due linee prospettiche parallele, sospese nello sviluppo in retrospettiva della importante eredità lasciata dal *New Deal* e dalla realizzazione in prospettiva di importanti politiche a sostegno del benessere collettivo, stavolta su scala globale.

Fu proprio in quegli anni che manifestò una prima apertura alla giovane Comunità Economica Europea che tentava di ampliare ed irrobustire le fondamenta del mercato comune. Infatti, in virtù del *Trade Expansion Act* del 1962 il Presidente fu autorizzato a negoziare riduzioni tariffarie, su base di reciprocità, con il mercato comune europeo<sup>10</sup>. Il 4 luglio 1962 Kennedy affermò che: "... in questa giornata dell'Indipendenza ... gli Stati Uniti saranno pronti ad una Dichiarazione d'Interdipendenza ... noi saremo preparati a discutere con un'Europa unita i modi e i mezzi per

---

livelli di reddito, l'assunzione di pratiche che promuovevano le pari opportunità per le donne e un congedo di maternità retribuito.

<sup>9</sup> Si trattò dei casi *U.S. v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963) e *U.S. v. National Bank Company of Lexington* 376 U.S. 665 (1964). Con una successiva legge del 1966, il Congresso modificò il *Merger Act* del 1960, esentando le banche dall'applicazione della normativa *antitrust* in caso di fusioni rese necessarie da esigenze della comunità o da ragioni di convenienza economica, ma la Corte Suprema ribadì che le deroghe al regime generale a presidio della concorrenza potessero trovare applicazione solo in presenza di gravi situazioni di crisi, (caso *Third National Bank v. Nashville*, 390 U.S. 171 (1968)).

<sup>10</sup> La legge federale fornì autorità legislativa agli Stati Uniti per la partecipazione a negoziati commerciali multilaterali nel periodo compreso tra il 1964 ed il 1967, che divenne noto come il Circolo di Kennedy (*Kennedy Round*).

*costruire una concreta Associazione Atlantica, un'Associazione di reciproco vantaggio tra la nuova Unione che va ora formandosi in Europa e la vecchia Unione americana ... il mondo sappia che questa ora è la nostra meta*"<sup>11</sup>. Egli credeva che la migliore protezione del mercato e del commercio risiedesse nella riduzione delle barriere tariffarie tra nazioni, in modo tale che ciascun paese potesse beneficiare del libero flusso dei beni. Il coinvolgimento del mercato comune europeo era considerato di fondamentale importanza per il risanamento dell'economia americana.<sup>12</sup>

Il programma politico della *New Frontier* determinò un notevole incremento della spesa pubblica che già nel 1960 – per come appurato dal *Joint Economic Committee* del Congresso – e poteva contare su 140 programmi federali contenenti sovvenzioni di varia natura e agevolazioni finanziarie destinate ad imprese, società per azioni, aziende agricole, gruppi economici, singoli Stati, amministrazioni locali e privati cittadini. La crescita della spesa pubblica, in particolare di quella sociale, fu accompagnata dalla diffusione di un elevato numero di leggi e regolamenti destinati a disciplinare la produzione e le attività commerciali. Un siffatto sviluppo incrementale della produzione legislativa e regolamentare in campo economico e sociale indusse taluna dottrina a parlare di “diffusione a catena delle norme”<sup>13</sup>. L'aumento della *regulation* federale non era, del resto, frutto della sola iniziativa del Congresso, ma contava sulla concomitante azione degli *Executive Departments* e delle agenzie federali.

La creazione di nuovi *Boards* e di *regulatory commissions*, con compiti di *social welfare*, incisero significativamente sulle attività economiche e innervarono nel sistema i germi delle prime

---

<sup>11</sup> Il “Grande Disegno” di Kennedy intendeva garantire il conseguimento di benefici su scala globale, migliorando le esportazioni statunitensi, implementando il livello occupazionale e reddituale interno e sostenendo le politiche europee di supporto alla costruzione di un mercato comune, sottraendo le Comunità Economiche Europee dall'orbita e dalle influenze sovietiche. Inoltre, i dazi statunitensi al di sotto del cinque per cento *ad valorem*, i dazi su alcuni prodotti agricoli di base e le misure daziarie sui prodotti tropicali esportati dai Paesi in via di sviluppo venivano ridotti a zero in virtù della legge federale citata. La legislazione del 1962, esplicitamente, eliminava la clausola “punto di pericolo” che aveva limitato e condizionato le posizioni negoziali degli Stati Uniti nella preparazione del precedente Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio – meglio noto come GATT – ed invitava la Commissione sulla tariffa e le altre agenzie del Governo degli Stati Uniti a fornire al Presidente e ai suoi negoziatori ogni informazione di rilievo riguardante i probabili effetti economici di specifiche concessioni tariffarie. La citazione inerente la Dichiarazione d'Interdipendenza del 4 luglio 1962, è rinvenibile in *Relazioni Internazionali*, 14 luglio 1962, No. 28, p. 812.

<sup>12</sup> L'espansione del commercio con l'estero e l'apertura alla Comunità Economica Europea rispondeva ad una duplice finalità: sul piano estero, consentiva una maggiore apertura verso i Paesi e le economie dell'Europa continentale; sul piano interno, permetteva, un incremento della produzione e delle esportazioni, a tutto vantaggio degli equilibri della bilancia commerciale e della riduzione del *deficit* dei pagamenti. L'apertura non fu totale, infatti, la *Section 232* della legge consentiva al Presidente di introdurre limiti alle importazioni di beni e di altri articoli di commercio che costituissero una minaccia per la sicurezza nazionale. Le misure restrittive alle importazioni erano di norma decise sulla base delle risultanze delle indagini condotte dal Dipartimento del commercio. Le difficoltà crescenti nel dare un ulteriore risvolto politico ad un accordo sorto, dapprima sul solo piano commerciale, e le resistenze opposte dalla Francia, posero il *Grand Design* nel solco di una politica libero-scambista avente una mera connotazione economica e con lo scopo di arginare le ispirazioni neo-protezionistiche della nascente Comunità Europea e di ampliare il perimetro territoriale di esercizio delle attività commerciali statunitensi. In particolare, G. MAMMARELLA, *Europa-Stati Uniti: Un'alleanza difficile, 1945-1985*, Bari, 1996, p. 265, nonché J. HARPER, “La politica estera americana: tendenze e prospettive”, in *Gli Stati Uniti fra primato e incertezza* (a cura di R. Tiersky), Bologna, 1983, pp. 131 e s. e, infine, A.M. SCHLESINGER JR., *I mille giorni di John F. Kennedy*, Milano, 1968, p. 837.

<sup>13</sup> In particolare, L.C. THURLOW, *La società a somma zero*, Bologna, 1984, p. 198.

inefficienze della macchina burocratica federale, “rendendo inestricabile il *network* delle relazioni intergovernative e paralizzando il *policy-making* nella fase cruciale di implementazione dei programmi governativi”<sup>14</sup>. L’eccessivo numero di commissioni regolatrici rese il complesso apparato amministrativo entropico ed incapace di esprimere delle chiare ed univoche *guide-lines* politico-amministrative. Il tutto a dimostrazione del fatto che la forza deterrente delle regole non si misura sul piano quantitativo bensì sotto il profilo qualitativo.

Ciò nonostante i mille giorni della Presidenza Kennedy fornirono l’*humus* normativo necessario per la prosecuzione di un importante programma politico federale a sostegno dei diritti civili e politici e per lo sviluppo dei cd. *welfare rights*.

#### 4.2. La “Great Society” e l’approvazione del Civil Rights Act: l’inaspettato intreccio con l’interstate commerce clause

La drammatica uccisione del Presidente Kennedy gettò l’opinione pubblica nello sconforto e favorì l’ascesa sulla scena politica dell’allora Vice-Presidente Lindon Johnson, il quale proseguì le politiche di Kennedy sulla *New Frontier* ed avviò una serie di riforme sul piano sociale di grande importanza. L’intento della nuova amministrazione era quello di eliminare la povertà e la discriminazione razziale. Il poderoso programma politico che connotò il suo mandato intese potenziare l’apparato *welfaristico*, ponendo le basi per la creazione della *Great Society* degli anni ’60.

In occasione dell’insediamento alla Casa Bianca, Lindon Johnson affermò che: “ ... *For in your time we have the opportunity to move not only toward the rich society and the powerful society, but upward to the Great Society. The Great Society rests on abundance and liberty for all. It demands an end to poverty and racial injustice, to which we are totally committed in our time. But that is just the beginning ... But most of all, the Great Society is not a safe harbor, a resting place, a final objective, a finished work. It is a challenge constantly renewed, beckoning us toward a destiny where the meaning of our lives matches the marvelous products of our labor*”<sup>15</sup>. Fu così che in accoglimento delle richieste avanzate dal movimento per i diritti civili fu approvato nel 1964 il *Civil Rights Act*, il quale vietava ogni forma di discriminazione e di segregazione razziale nei luoghi pubblici. Il successivo *Voting Rights Act* del 1965 estese il diritto di voto a favore delle minoranze e sospese la pratica di sottoporre gli afroamericani a *test* attitudinali di valutazione del bagaglio

---

<sup>14</sup> Sul punto, A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell’economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d’America*, Firenze, 1984, p. 90.

<sup>15</sup> Il testo è integralmente consultabile sul sito internet, <http://www.americanrhetoric.com/speeches/lbjthegreatsociety.htm>. Degna di nota è la parte del discorso in cui Johnson richiama il pensiero di Aristotele, asserendo che: “*Aristotle said: Men come together in cities in order to live, but they remain together in order to live the good life*”.

culturale posseduto<sup>16</sup>. Ciò che suscita interesse immediato è il fatto che il *Civil Rights Act* vide la luce esattamente dieci anni dopo la decisione della Corte Warren sul caso *Brown* - seppur il caso *Brown* si riferisse alle pratiche discriminatorie perpetrate nel solo settore dell'istruzione scolastica - portando a compimento una rivoluzione nel modo di intendere la protezione dei diritti fondamentali che attendeva da tempo stabilizzazioni in chiave normativa<sup>17</sup>.

Un aspetto rilevante del *Civil Rights Act*, talvolta posto in secondo piano, era costituito dal suo diretto intreccio con la materia del commercio interstatale. Risultò quasi incredibile agli occhi di taluni interpreti il fatto che la legge federale sui diritti civili potesse invocare quale parametro costituzionale a sostegno della propria *vis* deterrente, la *interstate commerce clause*, piuttosto che la *equal protection clause*. In particolare, si poteva ricorrere all'ultimo comma del XIV emendamento che faceva leva sul ruolo del Congresso che era autorizzato ad emanare le norme necessarie per dare applicazione all'articolo, visto che numerosi Stati del Sud avevano disatteso il *dictum* della Corte Warren. Basti rammentare le critiche che il senatore democratico Pastore del Rhode Island, fece alla iniziativa del Congresso nel corso della discussione della legge. Egli affermò che: *“Io credo in questa legge, perché credo nella dignità dell'uomo, non perché impedisce il nostro commercio .... Mi piace pensare che la Corte possa avere un'altra occasione di rivedere questa legge non in base alla commerce clause, ma in base al XIV emendamento”*<sup>18</sup>. In modo difforme, si espresse l'*Attorney*

---

<sup>16</sup> La legge federale pose, anche, fine all'applicazione di imposizioni fiscali differenziate (cd. *poll taxes*) a carico dei cittadini di colore, quale condizione per l'accesso al voto. Il quadro della legislazione civile poté dirsi completato con l'approvazione dell'*Immigration and Nationality Services Act* del 1965 e del *Civil Rights Act* del 1968, che estesero analoghe protezioni e garanzie a favore dei nativi americani che abitavano nelle riserve. Sul punto, Casonato ricorda i tragici eventi prodromici all'approvazione dell'atto, accaduti la domenica 7 marzo 1965, nota come *“Bloody Sunday”*, in cui una marcia di protesta nell'Alabama fu repressa con una violenza ed una ferocia inaudite. Fu allora che il Presidente Johnson affermò: *“law that we now have in the books can ensure the right to vote when local officials are determined to deny it”*. Degno di nota è anche il caso *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966), in cui la Corte Suprema sancì che il *Voting Rights Act* del 1965 costituiva un corretto ed appropriato esercizio dell'*enforcement power* attribuito al Congresso dal XV emendamento. Sul punto, per una ricostruzione dettagliata, e per un'analisi della cd. *triggering formula*, si rimanda al contributo di C. CASONATO, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Trento, 1998, pp. 216 e ss. e, in part., p. 219 e pp. 226 e s. nonché a M. TUSHNET, *“The Warren Court, 1954-1968. Procedural Liberalism and Personal Freedom”*, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (a cura di C. TOMLINS), New York, 2005, p. 289.

<sup>17</sup> Occorre rammentare il fatto che, nel 1964, era stato approvato il XXIV emendamento alla Costituzione federale che sanciva: *“Il diritto conferito ai cittadini degli Stati Uniti di votare nelle elezioni primarie o d'altro genere per la scelta del Presidente o del Vice-Presidente, degli elettori del Presidente o del Vice-Presidente o di un Senatore o di un Rappresentante al Congresso, non potrà essere negato o limitato dagli Stati Uniti o da qualsiasi Stato per omesso pagamento di una tassa elettorale o di altro genere”*. Un ulteriore emendamento alla Costituzione federale, il XXV, fu approvato nel 1967, ed ampliò notevolmente il potere del Vice-Presidente, sancendo a suo favore nuove importanti prerogative e funzioni nel coordinamento dell'azione di governo. Come rileva Amar, siffatte riforme seguirono la significativa Marcia su Washington, organizzata dal movimento per i diritti civili il 28 agosto del 1963. In particolare, A. REED AMAR, *America's Constitution. A Biography*, New York, 2005, pp. 433 e ss. Per un'analisi delle vicende sociali e dei percorsi giuridici che portarono all'approvazione del *Civil Rights Act*, si rimanda al contributo di C. CASONATO, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Trento, 1998, pp. 209 e ss. L'autore rileva come la Corte Warren mostrò sempre una grande preoccupazione per i diritti civili e le libertà individuali ed estese, a seguito del caso *Brown*, la sua condanna al sistema segregazionista dalle scuole agli affitti degli alloggi, dai trasporti pubblici ai parchi, ai teatri e alle spiagge, *ibid.*, p. 209.

<sup>18</sup> Il senatore democratico continuò asserendo che: *“... Ora può essere che io possa ottenere lo stesso rimedio attraverso la commerce clause; ... ma mi piace pensare che ciò di cui stiamo discutendo è una questione morale. E la*

*General*, Robert Kennedy il quale asserì che le disposizioni del *Civil Rights Act* del 1964 erano correlate ad un problema commerciale di grande rilievo nazionale.

L'evocata clausola costituzionale consentì al legislatore federale di disciplinare condotte private di tipo discriminatorio e segregazionista, eludendo il limite che le vedeva sottoposte al solo *police power* statale all'ombra della *due process of law*. Nel caso del *Civil Rights Act*, il rimando alla *commerce clause* non fu operato dalla Corte Suprema in sede di applicazione pretoria e di interpretazione estensiva dei singoli disposti normativi in esso contenuti, ma fu direttamente il Congresso federale a 'rispolverare' il proprio potere regolatorio del commercio tra Stati che fu, poi, validato e confermato dal Supremo Giudice federale<sup>19</sup>.

La Corte Suprema ebbe modo di occuparsi del *Civil Rights Act* in occasione del caso *Heart of Atlanta Motel v. United States*, nel 1964<sup>20</sup>. La fattispecie concerneva la condotta posta in essere dal gestore di un *motel* di Atlanta, la cui clientela proveniva essenzialmente da altri Stati e il quale, nonostante l'entrata in vigore della legge, aveva continuato a rifiutare di dare in affitto le proprie stanze alle persone di colore. La Corte elaborò un duplice *test* per verificare se fosse corretto evocare in materia il parametro della *commerce clause* ossia se la discriminazione razziale, nel caso di specie, incideva negativamente sul commercio tra Stati e se, una volta riconosciuta tale correlazione diretta, risultavano appropriati i rimedi previsti per porre fine alla condotta discriminatoria e, pertanto, illecita.

La Corte giunse alla conclusione secondo la quale la condotta dell'albergatore rispondeva ad entrambi i requisiti, poiché scoraggiava di fatto i cittadini afroamericani dal viaggiare, interferendo con la libera circolazione delle persone che, parimenti a quella delle merci, dei capitali e dei servizi, era tutelata dalla clausola costituzionale. In particolare, la Corte argomentò che: “ ... *in questo caso la finalità della legge è, invece, propriamente commerciale, poiché gli effetti della condotta discriminatoria perpetrata dall'albergatore di Atlanta hanno l'effetto diretto di restringere il*

---

*questione morale, mi pare, viene sotto il XIV emendamento, dove si parla della eguale protezione delle legge*”. In particolare, G. GUNTHER, ... *op. cit.*, p. 150.

<sup>19</sup> In particolare, il titolo II, *Section 201* dello *Statute* federale sanciva che tutte le persone fossero titolari del diritto di godere degli stessi trattamenti e di fruire dei medesimi servizi in ciascun luogo pubblico senza dover subire odiose forme di discriminazione o di segregazione fondate sulla razza, sulla religione, sulla nazionalità o sul colore della pelle. Il legislatore federale precisò che ogni luogo che serve il pubblico è un posto di pubblico alloggio, se le sue attività influenzano il commercio o se la discriminazione e la segregazione sono supportate dall'azione statale. Rientravano in tale ampia nozione di alloggio pubblico, ogni *residence, motel, hotel* o altro stabilimento che offriva accoglienza ad ospiti in transito, differenti da quegli stabilimenti ubicati all'interno di un edificio che non contenevano più di cinque stanze per l'affitto e che fossero, attualmente, occupati dal proprietario dello stabilimento come residenza; ogni ristorante, caffetteria, sala da pranzo e ogni altro luogo destinato principalmente alla vendita di vivande; le stazioni di servizio per il carburante e ogni cinema, teatro, arena sportiva, stadio, sale di concerto o altri luoghi di intrattenimento e di esibizioni artistiche.

<sup>20</sup> Caso *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U.S. 241 (1964). Sul punto, in particolare, B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 2.04 e W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, “The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, 1994, p. 1389.

*commercio tra Stati ... il medesimo interesse nel proteggere il commercio interstatale che ha indotto il Congresso ad affrontare il problema della segregazione nei trasporti, lo ha indotto ad estendere il suo potere anche al gioco d'azzardo, alle pratiche recettive nella vendita dei prodotti, al controllo della produzione di grano e al football professionistico ... il che non ha reso la legislazione invalida ... In virtù del Civil Rights Act del 1964, il Congresso ha preso in considerazione anche quello che viene ritenuto un problema morale. Ma questo non deve distogliere l'attenzione dal fatto preponderante che la segregazione e la discriminazione razziale producono un effetto diretto sul commercio interstatale*"<sup>21</sup>.

Analogamente, la Corte Suprema si espresse nel caso *Katzenbach v. McClung* del 1964, meglio noto come "*Ollie's Barbecue case*"<sup>22</sup>. In tale fattipsecie, la Corte fu chiamata a giudicare la condotta di un ristorante di Birmingham nell'Alabama che si rifiutava di servire pasti alle persone di colore. Nonostante il ristorante fosse ubicato a distanza delle grandi linee di comunicazione per il commercio interstatale, la Corte ritenne – seppur in virtù di una iperbole ermeneutica - che vi fosse un nesso sufficiente con l'*interstate commerce* poiché parte della carne utilizzata per la preparazione degli *hamburgers*, seppur di modesto quantitativo, proveniva da un altro Stato. Si paventava anche una restrizione della libera circolazione delle persone, scoraggiate dalle pratiche discriminatorie perpetrate in alcuni Stati.

Nel caso di specie tornò in auge la nota dottrina dell'effetto cumulativo teorizzata per la prima volta nell'vicenda *Wickard*, in base alla quale la verifica dell'incidenza di un comportamento sul commercio tra Stati, non doveva essere parametrata alla natura del singolo atto posto in essere, ma doveva essere valutata, analizzando tutte le condotte e gli atti realizzati, la loro *consecutio* e il loro intreccio per verificarne la concatenazione eziologica e i riflessi sugli scambi interstatali<sup>23</sup>. In particolare, la Corte Suprema intese operare un "*enforcement*" del divieto di discriminazione posto dal legislatore federale anche nei confronti dei piccoli esercizi commerciali impegnati nella ristorazione, al fine di evitare "*the combined effect of all segregated restaurants in inhibiting the sale of interstate goods, obstructing interstate travel, and hindering the establishment of new*

---

<sup>21</sup> Sul punto, in particolare, B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 2.04 e W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, "The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, 1994, p. 1389 nonché R.L. STERN, "The Commerce Clause and the National Economy", in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), p. 272 e s. e dello stesso autore, "The Commerce Clause Revisited – The Federalization of Intrastate Crime", in *Arizona Law Review*, Vol. 15, (1975), pp. 272 e ss.

<sup>22</sup> Caso *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964). Sul punto, in particolare, W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, "The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, 1994, p. 1388. Sulle intersezione della vicenda con il XIV emendamento, si rimanda al contributo di S.E. GOTTLIEB, "The Rehnquist Court. Radical Revision of American Constitutional Law", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (a cura di C. TOMLINS), New York, 2005, pp.

<sup>23</sup> Sul richiamo alla teoria dell'effetto cumulativo, si rimanda al contributo di M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano, 2004, p. 138.

*businesses*”<sup>24</sup>. Inibendo la condotta discriminatoria di un ristoratore, la Corte aveva in mente di evitarne l’effetto domino dell’ambito degli altri settori economici ad esso correlati. Nel lemma “*combined effect*” si rinviene una perfetta sintesi, in chiave più moderna, della teoria dell’effetto cumulativo e un rimando alla nozione di attività o di condotta che, seppur confinate al solo territorio di uno Stato, congiuntamente ad altri elementi, sono in grado di attivare una sequenza causale di eventi che risultano “*affecting with the interstate commerce*”. Al Congresso fu, così, riconsociuto un ampio potere di regolazione delle condotte dei privati impegnati in differenti attività economiche, anche di rilievo meramente infrastatale, che avrebbero potuto incidere negativamente sul flusso commerciale interstatale.

La cornice legittimante l’azione federale questa volta era costituita dalla politica desegregazionista perseguita dalle autorità centrali. L’ampiezza nomologica che tipizzava ancora l’applicazione della clausola costituzionale, in sede pretoria, fu confermata dal fatto che nel 1966 fu nuovamente emendato il *Fair Labor Standard Act*. Il Congresso provvide, infatti, a disciplinare l’ammontare del salario minimo e della retribuzione del lavoro straordinario a favore dei lavoratori impegnati negli ospedali, nelle istituzioni pubbliche e nelle scuole. Il punto centrale dell’emendamento fu costituito dall’innovazione della nozione di datore di lavoro, all’interno della quale furono sussunti taluni soggetti pubblici, tenuti ad agire nel rispetto della normativa federale con riferimento ai lavoratori statali impiegati nelle strutture ospedaliere, nelle istituzioni pubbliche e negli istituti scolastici<sup>25</sup>. L’*emendatio* del 1966 rafforzava ed estendeva gli effetti regolatori federali dei rapporti di lavoro, includendovi anche le realtà statali con inevitabili impatti sugli equilibri federali e sugli assetti delle relazioni intergovernative. Quando lo Stato del Maryland adì la Corte Suprema federale contestò il fatto che le scuole e gli ospedali avessero la “*statutorily required relationship to interstate commerce*”. Non solo, il ricorrente lamentò che la riforma federale, emanata all’ombra della *commerce clause*, violasse l’XI emendamento della Costituzione.

La Corte Suprema sostenne, invece, la legittimità costituzionale dell’emendamento al *Fair Labor Standard Act*, asserendo che: “*enterprise concept of coverage is clearly within the power of Congress under the Commerce Clause*”<sup>26</sup>. La sentenza è intrisa di passaggi di ampio rilievo costituzionale e di forte impatto sulle relazioni tra Stato federale ed entità decentrate. Infatti, la Corte si avvale della tecnica della base razionale (*rational basis*) per sostenere la legittimità costituzionale della disciplina federale all’ombra della *commerce clause*. La prima base razionale

---

<sup>24</sup> In particolare, si legga il commento di L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, p. 815.

<sup>25</sup> La legge includeva tra le categorie cui erano estese le tutele del *Fair Labor Standard Act*, “*hospital, an institution primarily engaged in the care of the sick, the aged, the mentally ill or defective who reside on the premises of such institution, a school for the mentally or physically handicapped or gifted children, an elementary or secondary school, or an institution of higher education (regardless of whether or not such hospital, institution, or school is public or private or operated for profit or not for profit)*”.

<sup>26</sup> Caso *Maryland v. Wirtz*, 392 U.S. 183 (1968).



era fornita dal fatto che la regolazione federale del trattamento retributivo minimo e del lavoro straordinario di lavoratori impegnati in imprese che operavano in regime di concorrenza con altri datori di lavoro dello stesso comparto e nel circuito interstatale, consentisse di inferirne logicamente la correlazione con il commercio tra Stati, stante la dimensione ultrastatale dell'ambito di incidenza delle loro attività e del servizio reso<sup>27</sup>. Ulteriore base razionale dell'intervento federale risiedeva nella volontà di assicurare la "*labor peace*", riecheggiante l'ideale di pace industriale in auge ai tempi del *New Deal*, avente lo scopo di ridurre il contenzioso in materia giuslavoristica e di estendere ai lavoratori, alle dipendenze degli Stati e degli enti locali, le medesime garanzie previste per i dipendenti delle medesime istituzioni pubbliche presenti in altri Stati e dei privati.

La Corte sostenne il potere/dovere del Congresso "*to interfere with State functions*", sancendo la misura del salario minimo e del trattamento retributivo del lavoro straordinario per parificarlo alle analoghe misure e limitazioni previste per le altre imprese le cui attività avessero ricadute sul commercio tra Stati. La teoria della *rational basis* rinvenne il proprio completamento nella parte della sentenza in cui la Corte ribadì che: "*Where a State is engaging in economic activities that are validly regulated by the Federal Government when engaged in by private persons, the State may be forced to conform its activities to federal regulation ... Questions concerning the States' sovereign immunity from suit and whether particular state-operated institutions have employees handling goods in commerce are reserved for appropriate concrete cases*"<sup>28</sup>. Un ruolo così penetrante dello Stato federale provocò importanti effetti sulle dinamiche e sugli equilibri del federalismo cooperativo, offuscati da ombre coercitive, giustificate in ragione della esigenza di garantire una parità di trattamento retributivo ed una uniformità normativa in un settore delicato quale quello dei rapporti di lavoro. Siffatto assunto è comprovato dal fatto che la disciplina federale non ineriva più le sole condotte poste in essere dai privati nei vari segmenti del circuito economico *affected with the interstate commerce*, ma colpiva direttamente gli Stati e le *political subdivisions* infrastatali, non imponendo semplicemente un dovere di conformazione alla normativa federale, ma un vero e proprio obbligo positivo di garanzia e di attuazione delle misure previste dal Congresso.

In virtù della *interstate commerce clause*, l'intervento normativo federale crebbe a dismisura e consentì di disciplinare qualsiasi fenomeno che fosse correlato con il commercio nazionale, inteso

---

<sup>27</sup> Nella *majority opinion* redatta dal Giudice Harlan, si evidenzia che all'epoca in cui il *Fair Labor Standard Act* fu approvato, la legge federale si applicava a tutti i datori di lavoro privati impegnati nel commercio interstatale, eccezion fatta per gli Stati Uniti, per i singoli Stati e per le *political subdivisions* degli Stati. Ampliando l'emendamento del 1961, che estese le tutele sul salario minimo e il lavoro straordinario di tutti i lavoratori individualmente impiegati nel commercio interstatale, fu estesa la sfera di applicazione della *commerce clause*.

<sup>28</sup> Come rileva St. Clair Bradley, nel 1968, la Corte Suprema sostenne che l'azione regolatoria del Congresso, esercitata nel perimetro del *Fair Labor Standard Act* e dei suoi emendamenti successivi fosse legittima, anche se ineriva lavoratori statali impiegati negli ospedali e nelle istituzioni scolastiche. In particolare, K. ST. CLAIR BRADLEY, "Umpiring the System: States' Rights and Legal Basis Litigation", in *Federal-Type Solutions and European Integration* (edited by John Lloyd Brown), Lanham, Maryland, p. 164.

quale flusso di operazioni economiche di ogni genere oltrepassanti i confini dei singoli Stati o, comunque, inerenti persone che si trovavano in Stati diversi<sup>29</sup>. Il potere regolatorio si estese sino alle soglie estreme della costituzionalità, rispondendo a finalità ulteriori rispetto alla creazione di un mercato unico nazionale, tentando di garantire l'integrazione razziale, il progresso culturale, l'ordine pubblico e la perequazione sociale<sup>30</sup>.

Il pervasivo intervento federale della materia economica e sociale assicurò una profonda uniformità nel trattamento di rilevanti ambiti giuridici e di delicati settori, elidendo in modo radicale il rischio di indebite interferenze da parte dei singoli Stati. L'accresciuto interesse federale per una pluralità di aspetti della materia socio-economica si evinse anche dall'emanazione, nella seconda metà degli anni sessanta, di un poderoso *corpus* normativo di rilevante contenuto. Il Congresso in poco tempo riuscì a varare leggi sulla protezione dei consumatori, di tutela dell'ambiente, di fissazione degli *standard* di produzione in agricoltura, di determinazione autoritativa dei prezzi, di controllo qualitativo dei prodotti e di contenimento dei consumi energetici<sup>31</sup>.

#### 4.2.1. I concetti di New Property e di Welfare Rights nella "Guerra alla povertà" di Lyndon Johnson

L'intervento federale nel corso degli anni '60 raggiunse livelli elevati e non si pose solo quale strumento di correzione degli squilibri e delle inefficienze del mercato, come accadde nel periodo della Grande Depressione, ma tentò di sortire effetti ulteriori nella cornice di un contesto politico e culturale profondamente mutato.

---

<sup>29</sup> Il fatto disciplinabile poteva non essere di per sé una operazione economica, essendo sufficiente la semplice influenza, anche indiretta, sul commercio nazionale. In tal modo, risultavano suscettivi di regolazione federale anche fatti di minima portata e di natura semplicemente infrastatale e privata, qualora la loro reiterazione in virtù dell'effetto cumulativo potesse incidere sull'*interstate trade*.

<sup>30</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Vol. II, Torino, 2000, p. 213.

<sup>31</sup> Basti rammentare il *Cigarette Labeling Act* del 1965; il *Motor Vehicle Safety Act* del 1966, introdusse una serie di *standards* e di misure in tema di circolazione stradale, istituendo il *National Highway Traffic Safety Administration* avente compiti di vigilanza. Il *Fair Packaging and Labeling Act* del 1965, sanciva severe misure in materie di confezionamento e di etichettatura dei prodotti, prevedendo l'obbligo di indicazione del produttore, la sede legale dell'impresa produttrice e le caratteristiche quali-quantitative della merce. Il *Child Safety Act* del 1966 vietò la vendita di prodotti e di giochi ai bambini realizzati con particolari sostanze chimiche. Il *Flammable Fabrics Act* del 1967 fece divieto di utilizzare materiale infiammabile per il confezionamento degli indumenti per l'infanzia, il divieto si estendeva ai cd. *sleepwears*, non anche alle copertine usate per le culle. Ma l'azione federale proseguì oltre, introducendo misure di controllo e rigide ispezioni sulla qualità delle carni destinate alla vendita, sottoposte a rigidi *standards* federali inerenti la qualità del prodotto (*Wholesome Meat Act* del 1967). Un controllo particolare venne esteso alla qualità del pollame macellato, spesso veicolo di particolari infezioni virali pericolose per la salute dei consumatori, in virtù del *Wholesome Poultry Products Act* del 1967 che introduceva severi *standards* qualitativi. Il *Land Sales Disclosure Act* del 1968 intese colpire e sanzionare le condotte fraudolente perpetrate nel settore delle vendite fondiari e il *Radiation Safety Act* del 1968, introdusse severe misure in materia di utilizzo e di smaltimento dei prodotti elettronici. Infine, il *Truth-in-Lending Act* del 1968 impose, alle società finanziarie e agli istituti autorizzati alla concessione di prestiti, di informare la clientela sui costi reali e complessivi del finanziamento sotto il profilo del montante suddiviso in apposite rate, comprensive della quota capitale e della quota interesse, sia nelle ipotesi di mutui che di vendite.

Negli anni della *Great Society* si compì la maturazione di un processo che era stato avviato dal *New Deal*, di irrobustimento del Governo federale, non più avvertito come fonte di interferenze in conflitti di natura privata o locale, ma invocato quale loro risolutore benefico<sup>32</sup>. Nel corso della Presidenza di Lindon Johnson furono abbattute le ultime cortine di ferro erette contro l'intervento federale nei vari settori economici e sociali e si ottenne il consenso dell'*American Medical Association* per la riforma del sistema sanitario statunitense. La medesima politica di ausilio a favore dei singoli Stati, divenne un problema di interesse nazionale che richiedeva la predisposizione di organici programmi di finanziamento federale. Il Governo federale si trasformò in uno straordinario laboratorio per le più organiche riforme *welfaristiche* e consentì di condurre una forte "Guerra alla povertà" che ebbe l'effetto di implementare gli *standards* di benessere nazionali e di dare vita ad un "rigoglio democratico, grazie alle coscienze che (svegliò) e alle reti che (formò) di nuova dirigenza locale"<sup>33</sup>. Gli architetti istituzionali della *Great Society* tentarono di estirpare quelli che erano ritenuti i mali più gravi che affliggevano il Paese: il "ciclo della povertà" e la discriminazione razziale. Quest'ultimo aspetto fu perseguito in virtù del *Civil Rights Act* e degli ulteriori atti normativi che furono stilati poco dopo i quali, nella *framelaw* della clausola sul commercio tra Stati, riuscirono a colpire le ultime sacche segregazioniste presenti nelle realtà statali e locali del Sud<sup>34</sup>.

L'Amministrazione di Lindon Johnson riuscì anche a portare a termine una significativa riforma sanitaria che tentava di agganciare le spese ospedaliere al sistema pensionistico. Fu così che vennero approvate le due architravi del *Welfare* statunitense, *Medicare* e *Medicaid* che consentirono di coprire il fabbisogno sanitario di numerose persone e di aumentare l'uso dei servizi sanitari, sanando i pregressi scompensi. *Medicare* fu il programma più innovativo, venne approvato nel 1965 e introdusse l'assicurazione ospedaliera obbligatoria per tutti i lavoratori che avevano raggiunto

---

<sup>32</sup> In particolare, G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, p. 35.

<sup>33</sup> Sul punto, G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, p. 36.

<sup>34</sup> Il ciclo della povertà e il problema della discriminazione razziale risultavano profondamente intrecciati dal momento che istituivano un circolo vizioso dato dal basso livello sanitario e dal degrado urbano. Nelle rivolte di Harlem del 1964 e nel pestaggio di Rodney King nel 1968, le forze dell'ordine usarono, spesso, rimedi violenti e brutali nei confronti degli afroamericani per reprimere le sommosse. Come rileva Paul Krugman, la repressione non era, invece, molto diffusa nelle grandi città del Nord e la forte migrazione che si verificò verso il Nord nel secondo dopoguerra fece sì che molti centri urbani contassero su di una numerosa e giovane popolazione di colore che non aveva mai vissuto nel Sud. Tali tendenze demografiche determinarono un aumento della criminalità, associata alle degradate condizioni di vita nei ghetti urbani, creando le premesse per le reazioni violente contro quegli atti di brutalità che prima venivano subiti. Quando la Commissione consultiva nazionale sui disordini civili, meglio nota come Commissione Kerner dal nome del suo Presidente, consegnò il rapporto a Johnson, nel 1968, concluse che: "Il razzismo bianco è essenzialmente responsabile della miscela esplosiva che si va accumulando nelle nostre città dalla fine della Seconda Guerra Mondiale". La Commissione sottolineò che il degrado urbano e culturale erano le conseguenze di una pluralità di rilevanti fattori che si erano pericolosamente combinati gli uni agli altri. In particolare, le speranze frustrate, un clima favorevole all'approvazione e all'incoraggiamento della violenza, le frustrazioni dovute all'impotenza e un nuovo stato d'animo avevano contribuito alla diffusione di atteggiamenti violenti. Ma quando Johnson ricevette il rapporto ne rimase sbalordito poiché attribuire la responsabilità dei disordini al razzismo bianco, andava a tutto vantaggio dei conservatori e suscitava il malanimo degli elettori bianchi. Sul punto, P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Bari, 2007, pp. 87 e s.

l'età pensionabile. L'assicurazione era coperta da un apposito fondo finanziato attraverso i contributi versati dal datore di lavoro e dal lavoratore medesimo cui si aggiungevano i contributi previdenziali corrisposti nel fondo in modo analogo<sup>35</sup>. *Medicare* divenne ben presto un efficiente programma federale che, congiuntamente alla *Social Security*, assicurò adeguati trattamenti sanitari alle persone anziane.

Il *Social Security Act* aveva, a sua volta, stabilito una imposta a carico dei datori di lavoro, i cui proventi sarebbero transitati nelle casse dei singoli Stati membri che avessero stilato dei piani di sostegno a favore dei lavoratori involontariamente e provvisoriamente rimasti privi del posto di lavoro. Ma come rileva Amato, *Medicare* non copriva le spese delle persone indigenti, ossia gli anziani che non avevano versato contributi e non poneva in essere alcun controllo sui costi. Agli ospedali veniva solo richiesto di verificare le ragioni dell'ammissione e la durata dei ricoveri<sup>36</sup>. Un simile sistema ebbe delle ricadute pesantissime sul bilancio federale. Inoltre, *Medicare* non contemplava la copertura delle spese ospedaliere e sanitarie nel caso di malattie del lavoratore in costanza del rapporto di lavoro. Il lavoratore era così indotto a stipulare una assicurazione apposita con compagnie assicurative private<sup>37</sup>.

Il programma *Medicaid* dello stesso anno si dimostrò, invece, una mera appendice delle previsioni del *Kerr Mills Act* del 1960<sup>38</sup>. Il nuovo programma si risolveva in un sostegno finanziario che il *Federal Government* predispose a favore dei singoli Stati, affinché questi con la massima estensione consentita dalle rispettive condizioni, fornissero assistenza sanitaria alle diverse categorie aventi già il titolo per ricevere il sussidio, elevando il reddito massimo di ammissione necessario per sostenere i costi dei servizi medici. Fu demandato agli Stati membri il compito di dare attuazione e di amministrare i sussidi sanitari disposti a favore delle persone povere e bisognose di cure mediche. Il

---

<sup>35</sup> La copertura assicurativa non era totale, rimanevano a carico degli interessati i primi 40 dollari del conto ospedaliero, mentre oltre i sessanta giorni di degenza, era necessario versare una quota di dieci dollari al giorno. La copertura era, comunque, molto ampia visto che riguardava circa 90 giorni di degenza ospedaliera. *Medicare* ebbe anche il pregio di coprire le spese sanitarie non inerenti la sola degenza ospedaliera, quali le visite mediche e l'acquisto dei farmaci, ma lo fece secondo un meccanismo differente. Infatti, fu istituito un fondo separato, alimentato con i contributi volontariamente versati dai lavoratori dipendenti e da un contributo federale di pari ammontare, proveniente dalle entrate fiscali. Sul punto, A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, Torino, 2003, pp. 246 e ss.

<sup>36</sup> In particolare, G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, pp. 42 e s.

<sup>37</sup> L'assicurazione poteva formare oggetto di appositi accordi inseriti nei contratti collettivi di lavoro. Erano indotti a stipulare accordi con le assicurazioni private, con una *annuity* aggiuntiva per l'età anziana, anche i cittadini con redditi non molto elevati. Sul punto, si veda il contributo di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...cit.*, p. 168 e s.

<sup>38</sup> Per una disamina dei dibattiti parlamentari, si rinvia al rilevante contributo di G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, p. 43, nonché A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, Torino, 2003, pp. 250 e ss.

ruolo dello Stato membro rimaneva di fondamentale importanza nel determinare le soglie di povertà e il livello di bisogno in base ai quali avveniva l'erogazione del sussidio<sup>39</sup>.

Una seria lacuna normativa che affliggeva il programma federale, concerneva la mancanza di assistenza prevista a favore delle persone senza figli, delle donne in stato interessante, delle coppie senza figli e delle giovani donne prive del sostegno maritale e con uno o più figli a carico<sup>40</sup>.

Il programma federale per quanto di ampio contenuto e di pregevole scopo, non riuscì a realizzare le finalità che si era prefissato di conseguire. Il problema più rilevante concerneva la forbice che si era creata tra sussidio federale e concorrente intervento finanziario statale. Ogni Stato aveva, infatti, delimitato in modo difforme le categorie degli assistiti. Gli Stati più ricchi riuscivano a coprire le spese sanitarie delle varie categorie di indigenti mentre quelli più poveri risultavano incapaci di finanziare le spese sanitarie delle varie categorie di bisognosi<sup>41</sup>.

Come rileva Amato, il programma federale era di per sé emblematico per le difficoltà che incontrava il Governo centrale quando transitava da un ruolo di mero supporto a favore dei singoli Stati nel perseguimento di loro finalità, alla volontà di realizzare fini spiccatamente federali<sup>42</sup>. Occorre, comunque, precisare che i programmi *Medicaid*, *Medicare* e l'*Aid for Families with Dependent Children* si collocarono nella cornice dei *categorical grants*, riconducibili nel novero degli *open-ended reimbursement grants*<sup>43</sup>. Il sistema approntato in virtù dei programmi di *Medicaid* e dell'AFDC si fondava sul concomitante intervento degli Stati, non solo in termini di partecipazione ai costi di attuazione complessiva del programma, ma anche in termini di assunzione

---

<sup>39</sup> Aspetto positivo del *Medicaid* fu l'aver esteso la copertura sanitaria a favore di categorie deboli quali quelle degli indigenti, dei ciechi, degli invalidi totali, dei minori economicamente dipendenti. Il programma federale si estendeva a favore dei "medicalmente bisognosi", ma in tal caso il concorso federale alle spese statali era fortemente ridotto, offrendo una copertura pari al 50 per cento per gli Stati più ricchi e, all'83, per cento per quelli più poveri. Le spese sanitarie coperte a livello federale dal programma *Medicaid* sono quelle inerenti la degenza ospedaliera, le cure ambulatoriali, le analisi in laboratorio, le degenze in case di cura e le visite mediche. Col tempo i servizi coperti furono estesi, ma fu anche imposto il dovere, ai singoli Stati, di coprirne almeno la metà.

<sup>40</sup> Si era tentato, invece, di ovviare al problema delle famiglie con prole a carico in virtù dell'*Aid to Families with Dependent Children* (cd. AFDC), che era stato istituito nel corso del *New Deal* attraverso il *Social Security Act* ed era stato implementato nel corso degli anni, sino alla sua definitiva soppressione avvenuta nel 1996 e che si attrasse le critiche veementi del futuro Governatore della California Ronald Reagan – che sarà eletto nel 1966 - nel discorso trasmesso in televisione dal titolo "*A Time for Choosing*". Paul Krugman lo ha fregiato dell'epiteto di "*sproloquio di un conservatore contro il ruolo dello Stato interventista*". In particolare, P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Bari, 2007, pp. 100 e s.

<sup>41</sup> Il risultato fu che lo Stato di New York, della California, del Michigan, dell'Illinois e della Pennsylvania assorbivano da soli il 50 per cento delle spese di *Medicaid*, mentre il Sud, che contava circa il 45 per cento dei poveri, spendeva solo il 25 per cento. Siffatte sperequazioni nella copertura finanziaria delle spese sanitarie statali erano dovute anche ad una scricchiolante *partnership* creatasi tra Stato federale e singoli Stati.

<sup>42</sup> In particolare, G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, p. 45 nonché D. MCKAY, *Designing Europe. Comparative Lessons from Federal Experiences*, New York, 2001, pp.54 e ss.

<sup>43</sup> Dal punto di vista finanziario, dunque, questi programmi presupponevano che il Governo federale corrispondesse agli Stati e agli enti locali un rimborso *pro quota* sui costi, da loro stessi sostenuti, per l'erogazione di prestazioni assistenziali da parte di appositi *grantees*. Risulta evidente che siffatto tipo di finanziamento si sia dimostrato particolarmente idoneo a dare attuazione ai programmi federali di *Welfare* a struttura cooperativa, poiché fondati sulla compartecipazione e sulla collaborazione dello Stato federale e delle singole entità statali nell'esercizio di poteri di regolazione e di finanziamento di attività di assistenza, condotte da singoli *grantees* e *providers*.

delle correlate responsabilità di realizzazione e di controllo. Il ruolo concorrente dei singoli Stati e delle realtà locali si inscriveva nel *trend* federale cooperativo che raggiunse il suo punto di massima espansione proprio nel corso della *Great Society*. Trattandosi poi, di *open-ended grants*, questi erano destinati a coprire il fabbisogno di ampie fasce della popolazione che si trovavano in condizione di effettiva indigenza<sup>44</sup>.

Non costituisce una circostanza trascurabile il fatto che l'aumento dei *categorical grants* abbia determinato, nel corso della seconda metà degli anni '60, una crescita smisurata della spesa pubblica e palesato le prime forme di inefficienza nella gestione amministrativa, a livello intergovernativo, di tali programmi. Indubbiamente, nel periodo della *Great Society* crebbe notevolmente il ruolo del *Federal Government* inteso quale Stato-apparato amministrativo di tipo complesso e sovrastrutturato. Elazar considera tale epoca il momento storico più rilevante nell'elaborazione di una visione "giacobino-manageriale" dell'organizzazione istituzionale e sociale che poggia sulla forte implementazione di programmi di intervento e di supporto sociale ed economico, finanziati e gestiti da un Governo federale che era divenuto punto focale dell'intero sistema politico-costituzionale. In tale periodo si affermò il primato della politica e la primazia di un "big government" nazionale in grado di assicurare lo sviluppo armonioso ed equilibrato del tessuto sociale, riducendone le fratture e gli squilibri interni, ricomposti nella cornice di una rinnovata solidarietà<sup>45</sup>.

Un siffatto sistema di allocazione delle risorse economiche e finanziarie fu fregiato dell'appellativo di *grant-economy*, in cui l'uso delle sovvenzioni finanziarie a favore delle singole entità statali e locali poggiava su 'compenstrate' relazioni intergovernative. La *grant-economy* influenzò sensibilmente il mercato dei beni e dei servizi interessati e coperti dal *grant* e i comportamenti dei singoli operatori economici coinvolti. Un simile sistema di finanziamenti provocò due rilevanti conseguenze: la prima era costituita dal fatto che si insinuò nelle condotte dei singoli operatori, pubblici e privati, impegnati nel settore coperto dai *grants*, una forma di competizione al fine di assicurarsi la corresponsione delle sovvenzioni. La seconda era rappresentata dall'accresciuto rilievo politico ed economico acquisito dagli operatori del mercato, dalle *agencies* federali e dalle amministrazioni decentralizzate che si erano specializzate nell'attività di gestione dei programmi federali, inducendo, taluna dottrina, a parlare di *grantmanship* nella cornice di un *regulatory federalism*<sup>46</sup>. In tal modo, si paventava uno spirito cooperativo nelle dinamiche intergovernative

---

<sup>44</sup> Sul punto, A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti*, Torino, 2003, pp. 98 s.

<sup>45</sup> In particolare, D.J. ELAZAR, "American Federalism Today: Practice Versus Principle", in *American Federalism: A New Partnership for the Republic*, ... cit., p. 48.

<sup>46</sup> Sul punto, D.S. WRIGHT, "Policy Shifts in the Politics and Administration of Intergovernmental Relations, 1930s-1990s", in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 509, No. 1, (1990), pp. 62 e ss.

sviluppatasi sul piano verticale ed un atteggiamento, in parte competitivo, affermatosi sul piano orizzontale. Il *cooperative federalism*, sull'asse verticale, presupponeva un ruolo di stimolo, di supporto e di influenza che un livello di governo era in grado di esercitare nei confronti dell'altro, al fine di orientarne l'attività e le scelte politiche in vista del raggiungimento di un obiettivo comune, costituito dalla garanzia del più generale *Welfare* nazionale<sup>47</sup>.

Il modello della *grant-economy* ebbe ripercussioni anche in altri programmi di intervento federale stilati nel corso della *Great Society*, quali i *project grants* messi in atto nel settore dell'edilizia popolare - basti pensare ai *Model Cities* - e dell'assistenza all'infanzia, attraverso gli *Head Start Programm*<sup>48</sup>. La novità più significativa dei nuovi programmi risiedeva nel fatto che essi contavano sulla iniziativa dei singoli costruttori privati, tentando di coinvolgerli, attraverso sussidi federali, nella costruzione di nuove abitazioni e alla ristrutturazione di pregressi edifici oramai in malora<sup>49</sup>. Si trattava di una significativa *partnership* che non si misurava solo sulla capacità di programmazione e di interazione dei soggetti pubblici coinvolti, ma che contava anche su di un ruolo variamente cooperativo e partecipativo dei singoli soggetti privati.

Indubbiamente, un siffatto modello incrementale di spesa pubblica per beni e servizi da destinare a favore della collettività, portava con sé anche dei rischi e degli sprechi e indurrà quella corrente di pensiero, meglio nota come Teoria delle Scelte Pubbliche a sostenere che le risorse sanitarie impiegate in quegli anni sarebbero state meglio gestite dal mercato. Il problema non concerneva tanto gli sprechi evitabili, quanto le spese effettivamente sostenibili alla luce delle risorse possedute. Il dilemma sollevato impone una riflessione sui limiti entro i quali "fermo restando un così intenso ed intrecciato pluralismo, è possibile avvalersi del governo federale per finalità innovative"<sup>50</sup>. Il problema attiene, essenzialmente, la fase della redistribuzione. Ancora una volta si ripropone la dicotomia, modulata però secondo una logica ed una cornice politico-istituzionale, del tutto innovata, tra Stato e mercato. Si apre così una riflessione su ciò che risulta preferibile per il *common welfare*: uno Stato interventista e programmatore o un mercato libero ed autocorrettivo. Basterebbe rinvenire un equilibrio tra azione pubblica e libertà privata, compendiate nell'intento di perseguire la migliore allocazione possibile delle risorse al fine di equilibrare la domanda e l'offerta di

---

Sull'innervamento nel sistema delle relazioni intergovernative di forme di federalismo competitivo si veda anche il contributo di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...cit.*, p. 203 e ss.

<sup>47</sup> Come rileva Koff, il quale riprende il pensiero di James Sundquist, "negli anni sessanta il sistema federale entrò in una nuova fase ...La nuova legislazione non solo stabilì relazioni tra governo federale, governo statale e governo locale in campi completamente nuovo di attività e su vasta scala, ma stabilì anche nuovi modelli di relazioni". Taluni critici ravvisarono nel *grant system* il rischio di trasformare gli Stati in semplici unità amministrative del governo federale, altri vi rinvenivano uno strumento di livellamento tra Stati ricchi e Stati poveri, stimolando condotte competitive. Sul punto, S. KOFF, "Il sistema federale americano e la Presidenza", in *Federalismo, regionalismo, autonomismo* (a cura di E.A. Albertoni e M. Ganci), Tomo II, Enna, 1987, pp. 346 e s.

<sup>48</sup>

<sup>49</sup> Sul punto, G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, p. 59 e ss.

<sup>50</sup> In particolare, G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, p. 67.

mercato, in modo tale da eliminare le degenerazioni derivanti dai pubblici sprechi e dalla massimizzazione radicalizzata dei profitti privati.

L'equilibrio del sistema riposa sulla giusta compenetrazione e non sulla retorica separazione della sfera pubblica da quella privata, in vista del raggiungimento di condizioni di maggiore benessere generale. Un simile modello cooperativo ha tentato di affermarsi negli anni della *Great Society*, ma è rimasto schiacciato dal peso delle reticenze, delle resistenze, dei conflitti e delle burocrazie procedurali. Questo non significa che nel corso della Guerra alla povertà non si siano avviate riforme di grande spessore politico e di inevitabile impatto amministrativo. Il poderoso sistema di *Welfare State* che era stato costruito nel periodo della *Great Society* non solo aveva ampliato il ruolo del *Federal Government* e del suo apparato amministrativo, congiuntamente al ruolo cooperativo dei singoli Stati, ma aveva anche influito sul modo di intendere e di tutelare i diritti dei singoli individui. Venuto meno, in modo significativo, il radicalismo liberista che reputava meritevoli di tutela le sole libertà economiche e i diritti di proprietà privata, attratti nell'orbita dei concetti di *liberty* e *property* di cui alla *due process of law*, il costituzionalismo americano conobbe una nuova generazione di diritti.

Nella comunione di intenti del Congresso e delle Corti si coglievano i segnali di una profonda trasformazione istituzionale che rifletteva il mutato contesto socio-culturale. La Corte riconobbe dapprima lo straordinario rilievo dei diritti civili e di quelli politici, sottoponendoli ad uno scrutinio stringente di costituzionalità, di poi, si impegnò ad assicurare rilevanti guarentigie a favore di importanti diritti sociali che da meri *privileges* divennero *entitlements* sino a fregiarsi del titolo di *welfare rights*<sup>51</sup>. La stagione costituzionale social-democratica, nella sua versione matura, si basava sull'esistenza di un complesso sistema di *positive rights*, aventi un contenuto economico e sociale. Si trattava di situazione giuridiche pretensive iscritte nell'orbita di un apparato pubblico e di un'azione collaborativa privata che dovevano assicurarne il pieno godimento e la concreta realizzazione, a fronte del rischio che in presenza di programmi federali selettivi, talune categorie potevano non fruire del servizio o della prestazione pubblica. In tal modo, l'interpretazione dei concetti di *life*, di *liberty* e di *property* e lo stesso ruolo di garanzia previsto in capo al pubblico potere a favore dei medesimi, nella sfera della *due process of law*, dovevano porsi in armonia con il nuovo ruolo interventista assunto dallo Stato nella cornice democratico-sociale.

Una ermeneutica fedele ad una mera accezione negativa del tritico dei diritti su considerati si poneva in palese distonia con il mutato assetto socio-economico e con il diverso modo di atteggiarsi

---

<sup>51</sup> La costruzione di un moderno apparato di *Welfare State* camminava, di pari passo, con l'affermazione di una corrente dottrinale e di un filone giurisprudenziale progressisti che riconoscevano in capo a ciascun individuo, inserito nella società, il diritto a non rimanerne escluso o ad esserne emarginato. In una simile scenario giuridico, si delinearono, per la prima volta, sempre più complessi *rights to welfare*, comprensivi di un livello minimo di prestazioni assistenziali destinate a garantire ad ogni persona una esistenza libera e dignitosa.



del costituzionalismo. Ancorare i diritti fondamentali ai principi di giustizia distributiva e sussumerli implicitamente nel tessuto della Costituzione, quale elemento sottostante ed inespresso, si poneva alla base di una moderna *substantive theory of constitutionalism* e nello scenario di una Costituzione vivente rivoluzionata dalle pronunce della Corte di Earl Warren<sup>52</sup>.

V'è stata, poi, dottrina che ha qualificato i diritti sociali dei *backgrounds rights*, necessari per la realizzazione di un ordine sociale fondato sul riconoscimento di un concetto di cittadinanza piena nello scenario di una *representation reinforcement*. In tal modo, si fece strada la nozione di *New Property*, non più intesa quale sfera di realizzazione delle prerogative individuali, immune dall'interferenza pubblica, ma quale nucleo di diritti ampi e diversificati, bisognosi dell'intervento e della protezione statali<sup>53</sup>. Lo Stato da guardiano dei diritti ne diventò il garante, tentando di rinvenire il punto di sutura tra Stato e società e tra sfera pubblica e dimensione privata. Ne derivava una nozione strumentale della Costituzione che aveva dismesso le vesti della *Charter of Negative Rights*.

Ma risulta pur sempre evidente che la straordinaria metamorfosi costituzionale che dagli anni del *New Deal* si era protratta con ritmi crescenti e risultati sorprendenti sino alla *Great Society*, rivoluzionò il ruolo dello Stato e la struttura del Governo federale. Simili accadimenti incisero sul *trends* federale, favorendo la transizione verso il modello cooperativo e ampliando il novero di diritti meritevoli di tutela da parte della Corte. Siffatta trasformazione si era manifestata nelle Costituzione vivente rivoluzionata dall'era Warren, che avevano conferito un nuovo spessore e una nuova sostanza a diritti considerati sociali, seppur non ne avvenne mai un loro espresso riconoscimento nel tessuto della Costituzione formale<sup>54</sup>. Il mancato riconoscimento a livello costituzionale formale di siffatte categorie di diritti li rendeva vulnerabili ai cangianti equilibri politici maturati in sede legislativa, esecutiva e ai differenti approcci ermeneutici elaborati dalle corti. L'intima instabilità degli assetti istituzionali costruiti nel corso della *War on Poverty* si manifestarono, del resto, già alla fine degli anni sessanta, quando ci si rese conto che solo assemblando le diverse competenze era possibile conseguire i risultati voluti. Simili *trends* influirono sul modo di strutturare le relazioni

---

<sup>52</sup> Sulla teoria sostantiva del costituzionalismo di allora, si rinvia al contributo di L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, pp. 1362 e ss.. Sulla natura parziaria dei precetti costituzionali, si rimanda al contributo di C.R. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Cambridge, Massachusetts, 1999.

<sup>53</sup> La dottrina della *New Property* si deve al contributo di C. REICH, "The New Property", in *Yale Law Journal*, Vol. 73, (1964), pp. 733. La posizione di Reich fu criticata, in quanto inconsistente, da R.A. EPSTEIN, "No New Property", in *Brooklyn Law Review*, Vol. 56, (1990), pp. 767 e ss. Come rileva Baldassare, la nozione di *new property* si riaggancia all'estensione del paradigma proprietario, alle pretese giuridiche dei cittadini, alle elargizioni patrimoniali erogate dal sistema di assicurazione sociale, necessaria per garantire una esistenza libera e dignitosa. Sul punto, A. BALDASSARRE, "Proprietà", voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1991, p. 6.

<sup>54</sup> Sul punto, D.B. CURRIE, "Positive and Negative Constitutional Rights", in *University of Chicago Law Review*, Vol. 59, (1986), p. 864, il quale opera un raffronto, in chiave comparata, con l'esperienza federale tedesca che aveva, invece, provveduto a costituzionalizzare per iscritto, in virtù di apposite elencazioni, i diritti sociali.

intergovernative nella cornice del federalismo cooperativo<sup>55</sup>. L'allentamento dei controlli federali, però, non fu sostituito da un adeguato regime di controlli a livello statale. Questo cagionò gravi scompensi all'interno del sistema federale e provocò incrementi nel livello della spesa pubblica tanto da indurre la dottrina a parlare di "assalto statale al danaro federale"<sup>56</sup>.

Lo *statute* nacque con l'intenzione di ripristinare l'ordine nel sistema dei *categorical grants* e con lo scopo di rinvigorie la cooperazione tra centro e periferia, elidendo il rischio di accentramenti di poteri irragionevoli in capo al Governo federale e di derive e squilibri all'interno del sistema, ma alla fine costituì un valido strumento di progressivo ridimensionamento dell'intervento federale. Non costituisce certo un fattore trascurabile il fatto che l'*Intergovernmental Coordination Act* sia stato approvato alla vigilia di un cambio di amministrazione che avrebbe portato alla Casa Bianca un esponente repubblicano che fece delle Guerra in Vietnam e degli sprechi nella spesa pubblica un'arma vincente della sua campagna elettorale.<sup>57</sup> Fu così che la Presidenza di Richard Nixon si accingeva ad avviare una decostruzione silente dei programmi *welfaristici* della *Great Society*.

#### 4.3. La Presidenza imperiale di Richard Nixon e i primi segnali di cambiamento istituzionale

Il fatto che l'era della *Great Society* stesse oramai giungendo al termine, si colse, in modo evidente, dal tono del discorso sullo stato dell'Unione che Lyndon Johnson pronunciò nel 1967. In modo afflitto il Presidente uscente si rifece al pensiero di Thomas Jefferson, asserendo che: "È una triste regola delle società umane quella che a volte le costringe a scegliere un grande male per

---

<sup>55</sup> Le pressioni provenienti dai Governatori degli Stati, dalla conferenza dei sindaci, degli uffici e dalle divisioni interne alle *agencies* federali condussero all'approvazione, da parte del Congresso, dell'*Intergovernmental Coordination Act* del 1968, il quale vincolò gli aiuti federali a rispettare, nei limiti massimi consentiti dai programmi nazionali, i medesimi obiettivi risultanti dai piani regionali, statali e locali. L'*Act* sancì che, nell'assegnazione degli aiuti dovessero essere privilegiate le sedi di governo locale a carattere generale e che i singoli Stati, per poter fruire degli aiuti federali, non dovessero fare ricorso ad apposite *federal agencies*, ma potessero direttamente ed autonomamente gestirne l'erogazione. Nella legge si coglievano i primi segnali della futura riduzione dell'intervento federale. Ma la forza deterrente e l'effetto riorganizzativo dell'atto furono ampiamente mitigati in sede di applicazione pratica. Infatti, in virtù della circolare A-95, il coordinamento avvenne solo a livello statale che si dimostrò ben presto incapace di gestire l'enorme carico di programmi da gestire.

<sup>56</sup> La citazione è rinvenibile nell'opera di G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, pp. 78 e s., il quale sottolinea come per ironia della sorte, lo Stato ad avere ottenuto il maggior numero di *grants* federali, tra il 1967 ed 1971, fu proprio la California guidata da Ronald Reagan che mise in atto strategie spregiudicate pur di massimizzare i profitti e assaltare il danaro federale. I suoi marchingegni legali fecero transitare il numero di *grants* dalla misura del 25 a quella del 36 per cento, *ibid.*, p. 98.

<sup>57</sup> I primi segnali di una intima insofferenza verso i programmi progressisti della *War on Poverty*, si colsero già nel saggio scritto da Richard Hofstadter nel 1964, dal titolo *The Paranoid Style in American Politics*, in cui la destra conservatrice denunciò il fatto che "le vecchie virtù americane fossero state intaccate da cosmopoliti e intellettuali". L'autore continua, sottolineando come: "... il vecchio capitalismo concorrenziale viene pian piano scardinato da manipolatori socialisti e comunisti; la vecchia indipendenza e la sicurezza nazionale sono state annientate da cospirazioni proditorie, i cui orditori più influenti non sono soltanto estranei e forestieri come un tempo, ma importanti uomini di Stato al centro stesso del potere americano". La citazione è rinvenibile nell'opera di P. KRUGMAN, *La coscienza di un ...cit.*, p. 104.

*scongiurarne uno ancora più grande .. Vorrei potervi dire che il conflitto volge al termine. Non posso farlo. Ci attendono nuovi costi, nuove perdite e nuove sofferenze, perché non siamo ancora alla fine*<sup>58</sup>. La Guerra in Vietnam divenne una delle ragioni politiche principali della sconfitta democratica, della mancata ricandidatura di Johnson e della vittoria repubblicana, nella cornice di quello che era diventato un Paese diviso<sup>59</sup>.

Alle origini del neoconservatorismo, che si affermò nel corso degli anni Settanta, si collocano due importanti scuole di pensiero. La prima capeggiata da Milton Friedman, uno dei maggiori esponenti della Scuola monetarista di Chicago e la seconda, guidata da Irving Kristol, un sociologo legato alla rivista "*The Public Interest*". L'*intelligenza* conservatrice emerse dapprima in ambito economico, laddove fu agevole per i monetaristi mettere a nudo le derive negative di una politica smodata di *deficit spending* che li aveva indotti a ripudiare l'immagine di uno Stato interventista negli affari economici e sociali al fine di restituire al libero mercato i naturali andamenti. Friedman e Joseph Stigler criticarono il ruolo e le misure deliberate dal *Regulatory State*, giungendo, addirittura, a sostenere che la Grande Depressione era stata il risultato del fallimento del Governo e non del mercato. Il ritorno al fondamentalismo liberista e alla retorica della mano invisibile, in grado di auto-correggere i fallimenti del mercato, aveva addirittura condotto la Scuola monetarista ad una reiezione del *corpus* normativo del *New Deal* e, addirittura, quello precedente della *Progressive Era*<sup>60</sup>.

La rivolta sociologica avvenne, invece, dopo il ritorno in auge del fondamentalismo liberista e rinvenne in Krystol uno dei suoi maggiori teorizzatori. Lo studioso si ribellava cinicamente alla poderosa costruzione *welfaristica* della *Great Society*, ritenuta un "*assurdo esercizio di ingegneria sociale, conseguenza dell'accettazione generale delle teorie sociologiche della sinistra incorporate nel programma Guerra alla Povertà*"<sup>61</sup>. Nel solco di questa 'nuova' corrente di pensiero si poneva l'ascesa sulla scena politica di Richard Nixon che, appellandosi alla "maggioranza silenziosa" degli americani socialmente conservatori che rifiutavano la cultura *hippie* e il grave conflitto in Vietnam, riuscì a vincere con una larga maggioranza le elezioni presidenziali del 1968 e del 1972, che determinarono la rimonta della destra ultraconservatrice negli Stati Uniti d'America.

Nixon promise al Paese una "pace con onore" e congiuntamente al Segretario di Stato Henry Kissinger, diede una svolta alla politica americana, facendo perno sulla dottrina di Truman che

---

<sup>58</sup> La citazione è rinvenibile nell'opera di P. KRUGMAN, *La coscienza di un ...cit.*, p. 93.

<sup>59</sup> La nozione di "*division in the American house*" è rinvenibile nel discorso che Lyndon Johnson fece alla Nazione il 31 marzo del 1968, in occasione del quale rese nota la sua volontà di non ricandidarsi. Il testo dell'annuncio è integralmente consultabile sul sito internet: <http://millercenter.org/>, correlato al *Miller Center of Public Affairs* della *University of Virginia*.

<sup>60</sup> In particolare, P. KRUGMAN, "Who Was Milton Friedman", in *New York Review of Books*, 15 febbraio 2007.

<sup>61</sup> Sul punto, I. KRISTOL, "American Conservatism, 1965-1995", in *The Public Interest*, (Autumn 1995), pp. 80 e ss.

credeva in un mondo bipolare<sup>62</sup>. Nell'ambito della politica interna Nixon tentò di instaurare un equilibrio tra la retorica conservatrice e l'utilizzo di ogni prerogativa presidenziale, maturando un approccio liberale nel campo della tutela dei diritti civili e delle libertà economiche. Ma il suo mandato presidenziale si concluse con la rassegnazione delle dimissioni per evitare la condanna a seguito della procedura di *impeachment* avviata nei suoi confronti a causa dello scandalo *Watergate*<sup>63</sup>.

L'epiteto di "Presidenza Imperiale" con cui Arthur Schlesinger Jr. fregiò il mandato di Richard Nixon, era motivato dall'uso che egli fece delle prerogative presidenziali, stravolgendo l'impianto della Costituzione, tanto sul piano della politica estera quanto su quello della politica interna. Richard Nixon seppe strumentalizzare le divisioni razziali, la preoccupazione cagionata dai cambiamenti sociali e le minacce provenienti dall'estero al fine di allontanare la classe lavoratrice bianca dalle conquiste del *New Deal*. L'astuzia del Presidente fu costituita dalla sua capacità di manipolare i media<sup>64</sup>. Sul piano della politica interna Nixon adottò, comunque, delle misure invise alla destra ultraconservatrice, aumentando il prelievo fiscale, rafforzando la tutela ambientale e introducendo una nuova assicurazione sanitaria nazionale, considerati dei programmi sin troppo "liberal"<sup>65</sup>. In effetti, gli anni Settanta furono il periodo dell'elevato progresso scientifico e tecnologico, ma furono anche gli anni degli *shocks* petroliferi del 1973 e del 1974 che cagionarono il diffondersi di una pericolosa spirale inflazionistica, mettendo a nudo l'inattitudine delle ricette economiche di *deficit spending* nel sanare la crisi.

Gli Stati Uniti conobbero un nuovo grave e preoccupante fenomeno congiunturale noto come stagflazione, costituente una situazione di crisi dovuta alla compresenza di un'elevata inflazione e di

---

<sup>62</sup> L'Amministrazione Nixon si fece portatrice di un programma di *realpolitik* che induceva gli Stati Uniti ad intervenire militarmente solo quando fossero stati messi in gioco i loro interessi nazionali. Ma non bisogna tralasciare l'ingerenza, strategica e gravida di tristi conseguenze, negli affari politici dell'America Latina.

<sup>63</sup> Quando rassegnò le proprie dimissioni, l'8 agosto del 1974, Richard Nixon affermò: "Continuare la mia battaglia nei mesi a venire per difendermi dalle accuse, assorbirebbe quasi totalmente il tempo e l'attenzione del Presidente e del Congresso, in un momento in cui i nostri sforzi devono essere diretti a risolvere le grandi questioni della pace fuori dai nostri confini e della ripresa economica, combattendo contro l'inflazione al nostro interno. Ho deciso, perciò, di rassegnare le dimissioni da Presidente". Il Presidente non ammise la sua responsabilità e celò le ragioni delle sue dimissioni sulla necessità che un Paese in difficoltà avesse un *full-time Congress* ed un *full-time President*. Per una consultazione della versione scritta e della versione orale del discorso del Presidente, si rimanda al sito internet: <http://millercenter.org/>, correlato al *Miller Center of Public Affairs* della *University of Virginia*.

<sup>64</sup> Come evidenzia Krugman, Roger Ailes, Presidente di *Fox News* era consigliere di Richard Nixon per i mezzi di comunicazione e di informazione ed è un personaggio centrale nel libro di Joy McGinniss del 1969, *Come si vende un Presidente*. I media costituirono un ottimo strumento di propaganda politica e di repressione del dissenso. Sul punto, P. KRUGMAN, *La coscienza di un ...cit.*, p. 116. Nixon manifestò, del resto, una certa riluttanza nei confronti delle agenzie amministrative indipendenti, firmando una serie di ordini esecutivi aventi il fine di accentrare nelle mani del Presidente il potere di direzione dell'attività regolatoria. Sul punto, si veda il contributo di C.R. SUNSTEIN, "Constitutionalism After the New Deal", in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), p. 454.

<sup>65</sup> Si trattava del *Federal Health Insurance Plan* varato nel 1970, il quale estendeva una copertura sanitaria uniforme su tutto il territorio nazionale a favore delle famiglie povere con bambini. Fu anche approvato il *Family Assistance Plan*. Le politiche di Nixon erano dirette, comunque, a garantire una razionalizzazione della spesa pubblica ed una riduzione dei costi. Sul punto, per una accurata analisi ricostruttiva, si rinvia al contributo di G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, pp. 80 e ss.

una economia reale stagnante e non in crescita<sup>66</sup>. Una delle prime misure approntate dal Governo federale per affrontare la crisi fu costituita dalla sospensione della convertibilità del dollaro in oro nel 1971<sup>67</sup>.

La teoria monetarista di Milton Friedman non solo criticò l'efficacia delle ricette keynesiane, ma mise anche in evidenza il ruolo chiave svolto dalle politiche monetarie nella stabilizzazione macroeconomica. Secondo tale Scuola di pensiero un incremento proporzionato dell'offerta di moneta avrebbe condotto nel breve periodo ad un incremento del PIL nominale, in modo tale che nel lungo periodo si potesse assicurare una stabilizzazione dei prezzi e dei salari. A parere degli studiosi della Scuola di Chicago l'iniziativa economica privata, lasciata libera di operare in modo autonomo, non tendeva all'instabilità dal momento che le fluttuazioni del PIL nominale erano dovute ad un intervento dello Stato nell'economia. In tal modo, la moneta acquisiva un ruolo fondamentale nella determinazione della domanda aggregata e nella flessibilizzazione dei prezzi e dei salari.

La congiuntura economica influenzò notevolmente l'azione del Presidente Nixon e radicalizzò i tratti distintivi della sua "*Imperial Presidency*", influenzando in modo inevitabile sulle dinamiche intergovernative<sup>68</sup>. Non costituisce una circostanza trascurabile il fatto che nel corso degli anni

---

<sup>66</sup> La stagflazione era stata pronosticata da Milton Friedman nei libri, *Capitalism and Freedom* e nella *Storia Monetaria degli Stati Uniti* Sul punto, si rimanda al contributo di A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica* ...cit., pp. 158 e s.

<sup>67</sup> Fu così posta fine al regime del *Gold Exchange Standard*, messo a punto nel 1944 e si istituì un nuovo regime monetario di tipo ibrido. Il nuovo sistema consentì ad ogni Stato di governare la propria liquidità interna. Nell'ambito del commercio internazionale, la ragione di scambio di una moneta nei confronti di altre era determinata dal libero mercato ed era fluttuante. Solo che i numerosi impegni contratti all'estero dagli Stati Uniti per la conduzione della politica di difesa contro il comunismo e il conflitto in Vietnam, contribuirono ad aumentare la massa monetaria in circolazione e ad indebolire il dollaro sul piano internazionale. Il sistema monetario internazionale si era connotato per le sue intrinseche trasformazioni strutturali. Alle origini, venne utilizzato il sistema di *Gold Standard* o sistema aureo o dei cambi fissi in cui i Governi specificavano la loro moneta nei termini fissati di una quantità fissa di oro. La scelta dell'oro era motivata in ragione della preziosità e scarsità del metallo e per la sua limitata utilizzazione industriale. Negli anni '30 e '40, il sistema aureo mostrò i suoi lati deboli, dovuti al disordine economico e alla svalutazione a fini anticoncorrenziali. Fu così che sotto la guida intellettuale di John Maynard Keynes, i rappresentanti di molte Nazioni si riunirono a Bretton Woods, nel New Hampshire, nel 1944 e siglarono l'accordo costitutivo del Fondo Monetario Internazionale, della Banca Mondiale e firmarono il *General Agreement on Tariff and Trade*, meglio noto con la sigla GATT. Si dette così vita al *Gold Exchange Standard*, che si fondava su di un regime di tassi fissi, ma aggiustabili in caso di eccessivo squilibrio. Il sistema di Bretton Woods istituiva una parità, per ciascuna moneta, rispetto al dollaro statunitense e all'oro. L'abbandono del sistema di Bretton Woods, negli anni settanta, fu seguito dall'introduzione del sistema ibrido odierno che conta sulla presenza di Paesi che consentono una libera fluttuazione monetaria, di altri che possiedono tassi di cambio amministrati, altri ancora agganciano la loro valuta ad una moneta forte o ad un paniere di monete forti secondo il sistema di parità strisciante e, infine, vi sono Paesi che si uniscono in blocco per stabilizzare i rispettivi tassi di cambio, come accadeva nell'ambito del sistema monetario europeo. Ogni Paese si riserva, comunque, di intervenire sui tassi di cambio, qualora i mercati diventino turbolenti. Sul punto, si leggano i contributi di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano* ...cit., p. 178 e ss., nonché di R. SALOMON, *The International Monetary System, 1945-1976: An Insider's View*, New York, 1977, pp. 2 e ss.

<sup>68</sup> Come rileva Arthur Schlesinger, l'esaltazione dei poteri presidenziali, imposta dall'emergenza bellica e dalla Guerra Fredda degli anni Quaranta e Cinquanta, si sarebbe accentuata progressivamente nei due decenni successivi, in particolare con Richard Nixon, il quale, per uno "*strano accidente storico*", fece confluire, in modo singolare, la carica e l'uomo. In particolare, A.M. SCHELISNGER, *La presidenza imperiale*, ed. it., Milano, 1980, p. 255 nonché K.E. WHITTINGTON, "*The Bugar Court, 1969-1986. Once More in Transition*", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (a cura di C. TOMLINS), New York, 2005, pp. 301 e ss.

settanta i *grants-in-aid* ed i *federal mandates* siano aumentati notevolmente. Accanto al classico sistema di sovvenzioni federali, si pose una nuova categoria di sussidio finanziario, meglio noto come *Cross-over-sanctions*. Questi ultimi imponevano un obbligo positivo di realizzazione in capo agli Stati, sul modello dei *Federal Mandates*, il cui inadempimento comportava la immediata riduzione dei finanziamenti già concessi agli Stati. L'incisività di tale meccanismo risiedeva nel fatto che agli Stati non era concessa alcuna facoltà di scelta, costringendoli ad accettare la sovvenzione federale per evitare la sospensione, se non addirittura la revoca di aiuti finanziari già concessi e destinati, spesso, ad altri settori <sup>69</sup>.

Alle *Cross-over-sanctions* si aggiunse una espansione della *Federal Preemption* che consentiva al Governo federale di conservare un ruolo di indirizzo e di controllo nei confronti delle realtà periferiche senza doverne, però, subire il conseguente onere finanziario, nella cornice legittimante della *Supremacy Clause*. Nel corso degli anni settanta, furono approvati una serie di atti normativi rientranti sia nella categoria della *Total Preemption* sia della *Partial Preemption*<sup>70</sup>, a sostegno di una riduzione della spesa pubblica federale a favore degli Stati, pur mantenendo in vita dinamiche relazionali collaborative. Il modello dei *conditional grants-in-aid*, visti gli alti costi per il bilancio federale, cedette gradualmente il posto al sistema della *federal preemption* che consentiva al *Federal Government* di avocare a sé la disciplina di rilevanti materie, spesso di rilievo e di competenza statale, senza però doversene accollare i relativi costi. Quando alla semplice invasione della competenza normativa statale si associò l'imposizione di un obbligo di positiva attuazione della misura federale, ci si trovò innanzi alla categoria dei *federal mandates*, in cui la facoltà di adesione degli Stati era sostanzialmente annientata. Si trattava, comunque, di strumenti di coazione piuttosto che di programmazione messi in atto dal *Federal Government* che alterarono le dinamiche e gli equilibri delle relazioni intergovernative, tintecciando il federalismo cooperativo di sfumature

---

<sup>69</sup> Un tipico esempio di *Cross-over-sanctions* fu costituito da una legge federale del 1974 che introduceva l'embargo contro i Paesi esportatori di petrolio ed imponeva agli Stati federati di ridurre la velocità massima consentita alle automobili al fine di diminuire il consumo eccessivo di carburante, minacciando la riduzione dei fondi federali per la costruzione della rete autostradale. Si trattava, non solo di un mandato imperativo imposto ai singoli Stati, da adempiere in modo puntuale, pena la riduzione dei fondi federali, ma costituiva anche una intromissione nella sfera d'azione del *police power* statale, da sempre legittimato alla regolazione della materia della circolazione stradale. Analogamente, si comportò il Congresso federale nel 1991, quando approvò una legge che imponeva agli Stati di disporre la sospensione della patente, per sei mesi, ai soggetti condannati per reati correlati all'uso di sostanze stupefacenti. Sul punto, si rimanda al contributo di M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Napoli, 1996, p. 191.

<sup>70</sup> Basti rammentare lo *U.S. Grain Standard Act* del 1968 e il *Federal Rail Road Safety Act* del 1970, costituenti casi tipici di *Total Preemption* con radicale esclusione di una *concurring legislation* statale in materie, di norma, sottoposte al *police power* degli Stati. Mentre il *Safe Drinking Water Act* del 1974, in materia di protezione ambientale, fu sottoposto ad una forma di *Partial Preemption*, in cui lo Stato federale imponeva solo degli *standards* generali di disciplina della materia. In particolare, A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica ...cit.*, pp. 108 e s.

coercitive<sup>71</sup>. Qualora, poi, la legge federale non contenesse una *saving clause* che legittimasse il concorrente intervento normativo statale, era compito della Corte Suprema appurare la sussistenza di un conflitto tra fonti e verificare quale fosse il *determining intent* perseguito dal legislatore federale nel momento in cui aveva deciso di legiferare in un ambito di acclarata competenza statale. Se questo intento non era enucleabile né in modo espresso né in modo tacito, la Corte non avrebbe potuto dichiarare preminente la disciplina federale<sup>72</sup>.

Come ebbe modo di affermare Elazar, la *federal preemption* e i *federal mandates* consentirono la realizzazione di un “*coercive or prefectorial Federalism*” in cui il ruolo cooperativo e variamente partecipativo dei singoli Stati risultava, oltremodo, ‘compresso’ e ‘compromesso’<sup>73</sup>. A siffatto *federal coercive trend* fece da contraltare lo sviluppo di una nuova categoria di *grants*, erogati a favore degli Stati. Si diffusero così i cd. *block grants*, ossia sovvenzioni federali dall’ampia connotazione teleologica che conferivano una maggiore flessibilità, in capo ai singoli Stati, nella predisposizione ed attuazione dei singoli programmi. I *block grants*, a differenza dei *categorical grants*, non si prefissavano la realizzazione di obiettivi puntuali, ma stanziavano cospicue sovvenzioni federali per l’attuazione di ampi progetti e per il perseguimento di plurime finalità in vasti ambiti di intervento<sup>74</sup>. Ne era derivata una maggiore semplificazione amministrativa nella gestione dei programmi di intervento socio-assistenziali, accorpabili a pregressi programmi di tipo *categorical*, che fungerà da prodromo per la successiva *deregulation* degli anni Ottanta.

Come rileva Bognetti fu già nel corso degli anni settanta che alcune direttive presidenziali rivolte alle agenzie amministrative, misero in mostra la volontà di agire a livello federale solo nei casi comprovata insufficienza degli Stati, pur trattandosi ancora di intenti cristallizzati per lo più in fonti

---

<sup>71</sup> Come affermò Elazar, dal 1965 al 1985, il *trend* federale fu *centralizing*, anche se in modo altalenante. In particolare, D.J. ELAZAR “Opening the Third Century of American Federalism: Issues and Prospects”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 509, (May 1990), p. 12. L’autore rileva anche che gli eventi congiunturali negativi che connotarono l’Amministrazione di Nixon, paralizzarono, pur tuttavia, il *Federal Government*, spingendo i singoli Stati a provvedere in modo autonomo. Come sottolinea Elazar, gli Stati riscoprirono di avere un potere che derivava dalla loro condizione di “*States as States and did not need to wait for federal initiative or permission, in other words, that the States are indeed polities*”, *ibid.* p. 14. Sul fenomeno della *centralization of power*, considerata strumento indispensabile per risolvere i problemi nazionali, si rimanda anche al contributo di M.F. LASLOVICH, “The American Tradition: Federalism in the United States”, in *Comparative Federalism and Federation, Competing Traditions and Future Directions* (edited by M. Burgess and A.G. Gagnon), New York, 1993, pp. 188 e ss., il quale richiama più volte il pensiero di Elazar espresso in materia.

<sup>72</sup> Caso *E.G. Malone v. White Motor Corporation*, 435 U.S. 497 (1978).

<sup>73</sup> In particolare, D.J. ELAZAR, “Is Federalism Compatible with Prefectorial and Administration?”, in *Publius*, Vol. 11, (Spring 1981), pp. 4 e ss. nonché dello stesso autore, il citato “Opening the Third Century of American Federalism: Issues and Prospects”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 509, (May 1990), p. 12.

<sup>74</sup> Come rileva Pierini, si trattava di finanziamenti in blocco che lasciavano ai singoli Stati percipienti ampia discrezionalità nella individuazione dei problemi, nell’articolazione dei programmi, nelle modalità di intervento e nella allocazione delle risorse. I requisiti di natura amministrativa e fiscale, fissati dal *Federal Government*, avevano un carattere eminentemente principiologico. Di norma la legge federale provvedeva a fissare un apposito tetto di spesa. Tra i primi rilevanti esempi di atti normativi istitutivi dei *block grants*, si colloca l’*Ominibus Crime Control and Safe Streets Act* del 1968, destinato a ridurre il numero di *regulations* e di *conditions* federali. In particolare, A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell’esperienza giuridica ...cit.*, pp. 100 e s.

regolamentari, aventi un rango inferiore a quello delle leggi <sup>75</sup>. Uno dei più importanti campi di applicazione della nuova categoria di sovvenzioni fu, soprattutto, quello dell'edilizia popolare attraverso il programma *Community Development Block Grants* che si dimostrò molto più duttile del pregresso progetto *Model Cities* <sup>76</sup>. Il modello dei *block grants* fu riproposto anche nel corso della Presidenza di Carter al fine di promuovere gli investimenti privati nelle aree urbane, nell'ottica di quel "Piano Marshall per le città" invocato da anni dalla Conferenza dei sindaci <sup>77</sup>.

Si approntarono scelte politiche mirate che palesavano l'intenzione di ripensare le relazioni intergovernative al fine di evitare derive coercitive nell'azione di programmazione federale. Per tali motivi, si iniziò a parlare del *New Federalism* di Nixon che poggiava sulla devoluzione di maggiori competenze a favore delle entità decentrate e da queste ultime a favore delle realtà locali e delle istituzioni appartenenti al *Third Party of Government*. In tal modo, si tentò di ripristinare un nuovo *balancing* tra Stato federale e singole entità statali, fondato su di una suddivisione delle sfere di competenza secondo le logiche di una 'recuperata' ottica cooperativa. Nel corso della Presidenza di Richard Nixon, il termine *New Federalism* era stato più volte utilizzato con riguardo ai finanziamenti federali erogati a favore dei singoli Stati senza vincoli di destinazione, attraverso il *General Revenue Sharing*, avente il fine precipuo di ridare vigore alla discrezionalità statale nella conduzione delle politiche di spesa, in virtù dell'eliminazione di una serie di *conditions* apposte ai *categorical grants* che fu implementato nel corso della Presidenza di Gerald Ford <sup>78</sup>. Si trattò di una forma di cooperazione sul piano fiscale, che riuscì ad esaltare la libertà e la creatività simultanea di

---

<sup>75</sup> Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...cit.*, p. 208.

<sup>76</sup> Il programma aveva il duplice scopo di eliminare il degrado urbano e la frammentazione burocratica, ma si attrasse le critiche di chi temeva che il nuovo assetto decentrato potesse disperdere gli obiettivi nazionali. Il programma federale venne stilato, nel 1974, e proponeva sussidi generalizzati agli affittuari e *block grants* per finanziare piani di sviluppo comunitari, iniziati e decisi in sede locale. L'intento era quello di incrementare la domanda per la riabilitazione e per l'uso degli immobili urbani che era il cuore del problema delle case in città. Nixon intendeva estirpare gli abusi perpetrati nel programma di assistenza alla proprietà, che favorivano le speculazioni dei costruttori e provocavano disparità di trattamento. Il programma non sortì, però, gli effetti sperati. In uno studio effettuato dal Brookings nel 1978 per conto del Governo, si dimostrò che i rapporti tra i differenti livelli di governo non era affatto mutato. L'intervento federale era nuovamente aumentato e il conflitto con gli enti locali in merito alle scelte di assetto territoriale era diventato ampio. Sul punto, si rimanda al contributo di G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, pp. 90 e ss. Per un'analisi delle critiche mosse al programma normativo federale, si legga la relazione al disegno di legge redatta dal *Banking Housing and Urban Affairs Committee* del Senato.

<sup>77</sup> In particolare, G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, p. 94. Anche Elazar evidenzia i limiti dell'Amministrazione Carter, ma sottolinea come il Presidente ebbe il merito di sviluppare relazioni simpatetiche con i singoli Stati, sviluppando una trama relazionale che gli valse l'epiteto di ideatore della "*federalism partnership*". Fu proprio in quel periodo che le Corti Supreme statali svilupparono un nuovo e vibrante diritto costituzionale statale, "*building state constitutional foundations for public policy in everything from individual rights to relations between religion, state and society, and to fairer distribution of public services*". Si trattò di un atteggiamento che si riflettè sugli indirizzi pretori della Corte Suprema e si manifestò in quel *leading case*, isolato nell'oceano degli indirizzi pretori contrastanti, in materia anche nel futuro, che sarà come vedremo costituito dal *National League Cities case* del 1976. Sul punto, D.J. ELAZAR "Opening the Third Century of American Federalism: Issues and Prospects", in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 509, (May 1990), p. 15.

<sup>78</sup> Sul punto, A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica ...cit.*, p. 186 nonché S. KOFF, "Il sistema federale americano e la Presidenza", in *Federalismo, regionalismo, autonomismo* (a cura di E.A. Albertoni e M. Ganci), Tomo II, Enna, 1987, p. 347,



tutti i livelli di governo coinvolti, vivacizzando le dinamiche federali. Sempre in quegli anni, Nixon provvide a ridurre il “potere della borsa” del Congresso incardinato in apposite previsioni costituzionali. Il Presidente, inaugurando la prassi dell'*impoundment*, si rifiutò di spendere fondi stanziati in via formale dal Congresso per il settore edilizio, per il disinquinamento dell'acqua e dell'istruzione, temendo che il Congresso potesse assumere condotte irresponsabili nel coordinare i programmi di spesa con i piani delle entrate.<sup>79</sup>

Occorre poi, rammentare le importanti modifiche occorse al settore bancario che rivisitarono taluni assunti di base del corpo normativo del *New Deal*. Infatti, virtù di una interpretazione estensiva di una legge del 1970 si determinò una ibridazione tra modelli e comparti del settore creditizio sino ad allora molto delimitati e delineati.<sup>80</sup>

#### 4.4. *Le intersezioni tra commercio interstatale e diritto penale nel corso degli anni Settanta e la svolta negli equilibri federali nel caso National League Cities v. Usery*

Nel corso degli anni settanta la *federal preemption* aveva costituito un valido strumento di affermazione della primazia del *Federal Government* nella cornice della *Supremacy Clause* costituzionale, ampliando in modo multiprospettico il potere di intervento del Presidente e di normazione del Congresso anche in settori di notoria competenza statale. Differentemente, i *grants-in-aid* avevano costituito un valido strumento di coordinamento dell'azione federale con quella statale, nella malleabile cornice di dinamiche relazionali, sul piano orizzontale, di tipo cooperativo. La Corte Suprema rinvenne, invece, tra le principali basi costituzionali-formali del federalismo cooperativo, la *interstate commerce clause*. Anche nel corso della Presidenza imperiale di Nixon, la clausola sul commercio tra Stati fu interpretata in modo estremamente estensivo e fu ritenuta applicabile nei confronti di tutti quei comportamenti e di quei fenomeni che, pur non costituendo

---

<sup>79</sup> Si trattò di uno dei tanti esempi di quella Presidenza Imperiale che avocava a sé poteri di protezione e direzione dell'economia e della società che ebbe rilevanti ripercussioni nell'ambito dell'equilibrio tra poteri sull'asse orizzontale. Fu solo l'indebolimento del Presidente, a seguito dello scandalo *Watergate*, che spinse il Congresso ad approvare il *Budget Reform Act*, nel 1974, che conferì ad entrambe le Camere il potere di veto sugli *impoundments*, denominati poi *recissions*, e istituì speciali commissioni per il bilancio in ambedue le camere, congiuntamente al *Congressional Budget Office*. Le due Commissioni provvedevano a curare il coordinamento tra introiti e spese. In particolare, M.A. KRASNER, S.G. CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America. Profili istituzionali*, Torino, 1994, p. 164, gli autori rilevano come gli stanziamenti del Congresso, anche se stabiliti per legge, divennero meri suggerimenti forniti al Presidente, *ibid.*, p. 165.

<sup>80</sup> Le casse di risparmio furono anche autorizzate ad emettere particolari depositi a risparmio detti *now accounts* che offrivano ai depositanti tassi di interesse simili a quelli concessi su altri depositi e conferivano la possibilità di emettere assegni. Le riforme esautorarono le banche commerciali del potere di controllo del sistema dei pagamenti. Di rilievo, sono anche due provvedimenti normativi approvati nel 1978, l'*International Banking Act* che pose le banche straniere sullo stesso piano di quelle domestiche ed implementò la capacità delle banche statunitensi di competere nel circuito internazionale ed il *Financial Institutions Regulatory and Interest Rate Control Act* con cui vennero perseguiti taluni abusi finanziari e vennero rafforzati i poteri delle autorità di controllo nel prevenire pericolose operazioni di concentrazione bancaria.

una operazione economica, potessero influire, anche molto indirettamente, sul commercio nazionale.

Basti rammentare il caso *Perez v. United States* del 1971, in occasione del quale la Corte fu chiamata a giudicare della legittimità di una disciplina federale del reato di estorsione che il reo contestava come fattispecie criminosa sottoposta alla sola legislazione statale. Ma la Corte Suprema stabilì che l'estorsione, anche se era un reato a carattere locale, faceva sempre parte di una organizzazione più ampia che trascendeva i confini dei singoli Stati, sia nella fase di approvvigionamento che in quella di reinvestimento del denaro raccolto illegalmente, il quale veniva, poi, riciclato in operazioni economiche in seno all'intero territorio nazionale<sup>81</sup>.

Nello stesso anno, la Corte fu chiamata a pronunciarsi sul caso *United States v. Bass*, concernente il reato di possesso illecito di armi da fuoco. In tal caso, però, la Corte si mostrò più attenta ai problemi degli equilibri federali e alla salvaguardia delle dinamiche cooperative. Il Supremo Giudice federale rifiutò l'applicabilità della legge federale alla fattispecie criminosa su citata, indipendentemente dalla prova del nesso eziologico con il commercio interstatale. Ma l'assunto ermeneutico fu rivisitato nel 1977, quando la Corte ritenne applicabile l'*Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* del 1968 e, dunque, considerò sufficiente ai fini della sussistenza del reato federale, la dimostrazione di un collegamento, anche minimo, della condotta con il commercio interstatale.

Di estremo rilievo si presentò il caso *Auto Transit Inc. v. Brady*, deciso dalla Corte nel 1977. La ricorrente era la *Società Auto Transit Inc.*, avente sede legale nello Stato del Michigan, ma impegnata nel trasporto di autoveicoli da destinare alla vendita nel territorio del Mississippi. Lo Stato del Mississippi impose una tassa gravante sulle aziende di trasporto in ragione del "*privilege for doing business*" nel territorio dello Stato. La tassa era applicata in modo equanime nei confronti delle imprese impegnate nel commercio infra ed interstatale. L'interrogativo sollevato nel corso della causa ineriva la natura della misura fiscale approntata ossia se potesse costituire un "*burden*" sull'attività economica di una impresa la cui sfera di esercizio aveva una diramazione ultrastatale. La Corte sostenne all'unanimità che la tassa fosse valida e stilò quattro precisi criteri per individuare i casi in cui la misura fiscale sulle attività economiche di rilievo interstatale costituisse un "*unreasonable burden*" per il commercio nazionale ed i casi in cui fosse risultata valida.

---

<sup>81</sup> La Corte richiamò, *incidenter*, il caso *McCulloch v. Maryland*, sottolineando che la disciplina federale può colpire, criminalizzandoli, comportamenti aventi un rilievo nazionale o anche semplicemente locale, ma aventi, comunque, delle ricadute negative sul commercio tra Stati. In tal modo, il potere regolatorio del commercio interstatale legittimava una specifica azione penale federale che consentiva di considerare penalmente rilevanti condotte in grado di alterare, ostacolare o inquinare la fisiologica dinamica degli scambi nazionali. Caso *Perez v. United States*, 402 U.S. 146 (1971). Sul punto, leggesi il contributo di R.L. STERN, "The Commerce Clause Revisited – The Federalization of Intrastate Crimes", in *Arizona Law Review*, Vol. 15, (1973), pp. 276 e ss., il quale rileva che la Corte ha definito i reati di estorsione e di usura forme di "*transactions affecting interstate commerce*", secondo lo schema "*tie-in*" (abbinamento) delle attività illecite che compongono la fattispecie criminosa ed i suoi sviluppi, *ibid.*, p. 277.

Innanzitutto, la tassa doveva ricadere su delle attività che presentassero un ambito di incidenza statale (*connected to the State*), in secondo luogo, doveva essere equamente applicata anche nei confronti degli operatori economici statali (*fairly apportioned to be based on intrastate commerce*), in terzo luogo, non doveva essere discriminatoria (*nondiscriminatory*) ed, infine, doveva concernere servizi offerti nel seno del territorio dello Stato (*related to State service provided*). Degna di nota fu la precisazione che la Corte operò in materia, sottolineando come i quattro criteri elencati potessero trovare applicazione solo nel caso in cui il Congresso non avesse introdotto confliggenti o difformi disposizioni normative, destinate a prevalere sui medesimi, legittimando la prelazione per il *preempting* federale.

Si delinearono degli indirizzi pretori di apertura nei confronti degli Stati e delle misure fiscali approntate dai medesimi, in ragione di specifiche esigenze di natura interna, riabilitando un *police power* e degli ambiti di intervento statali schiacciati dalla diffusione della *federal preemption*. Siffatto *trend*, incline a restituire vigore ai cd. *States' Rights* e agli equilibri federali, raggiunse una importante maturazione nella vicenda *National League Cities v. Usery* del 1976. In tale occasione la Corte decise in modo diametralmente opposto al caso *Maryland v. Wirtz* del 1968, l'*emendatio* del *Fair Labor Standard Act* del 1974 che aveva esteso, in linea generale, le norme federali sul salario minimo e sull'orario massimo di lavoro anche agli Stati, ampliandone la portata applicativa e la sfera di incidenza rispetto all'emendamento del 1966<sup>82</sup>. La Corte richiamò il X emendamento e sottolineò come: “Una cosa è, infatti, riconoscere il potere del Congresso di fare leggi che regolino le attività degli individui soggetti alla duplice sovranità del Governo della Nazione e dello Stato nel quale essi risiedono; e un'altra cosa è sostenere la validità di un simile esercizio del potere legislativo diretto, non ai privati cittadini, ma agli Stati come Stati”<sup>83</sup>. Nella pronuncia sembravano riecheggiare le dismesse vesti del federalismo duale<sup>84</sup>. Infatti, a differenza del caso *Wirtz* in cui la disciplina federale dell'orario di lavoro e della retribuzione del lavoro straordinario concerneva strutture pubbliche quali gli ospedali ed altre pubbliche istituzioni, l'emendamento del 1974 concerneva direttamente i dipendenti statali. La Corte precisò che: “Un indubbio attributo della sovranità degli Stati è il potere di stabilire gli stipendi dei dipendenti che essi impiegano per lo svolgimento delle loro funzioni di governo, quante ore essi debbano lavorare e quale compenso

---

<sup>82</sup> Caso *National League Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976).

<sup>83</sup> Come rilevano Eskridge e Frejohn, la Corte, con una maggioranza di cinque a quattro, sostenne che il Governo federale non può: “directly regulate or burden integral government functions of the States”. In particolare, W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, “The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, (1994), p. 1391 nonché K. ST. CLAIR BRADLEY, “Umpiring the System: States' Rights and Legal Basis Litigation”, in *Federal-Type Solutions and European Integration* (edited by John Lloyd Brown), Lanham, Maryland, pp.164 e s. e B.L. BIGELOW, “The Commerce Clause and the Criminal Law,” in *Boston College Law Review*, Vol. 41, (1999-2000), p. 915, il quale definisce il X emendamento come un “external limit” al *federal commerce power*.

<sup>84</sup> In particolare, H.N. SCHEIBER, “Federalism and Legal Processes: Historical and Contemporary Analysis of the American System”, in *Law and Society Review*, Vol. 14, No. 3, (Spring 1980), pp. 683 e s.

queste persone debbano ricevere in caso di lavoro straordinario. La questione che noi dobbiamo risolvere qui è se queste determinazioni siano funzioni essenziali alla loro esistenza separata e indipendente, sicché il Congresso non potrà abrogare l'autorità altrimenti piena che gli Stati hanno in materia”<sup>85</sup>.

La Corte elaborò quattro condizioni al fine di ritenere gli Stati immuni da una particolare normativa federale emanata all'ombra della *commerce clause*. La prima era che la normativa federale doveva regolare gli Stati in quanto Stati, la seconda era che la legge doveva essere diretta a regolare materie che fossero indubitabilmente attribuite alla sovranità degli Stati. La terza era che l'esecuzione della legge federale, da parte degli Stati, danneggiasse direttamente la capacità dei medesimi di strutturare integralmente le proprie attività in aree di tradizionali funzioni di governo e, infine, che la relazione tra gli interesse federali e quelli statali non doveva essere tale che la natura dell'interesse federale giustificasse la sottomissione dell'interesse statale<sup>86</sup>. Gli elementi comprovanti siffatto approccio si rinvenivano nella parte finale della sentenza in cui si ribadì che: “... il fattore decisivo è che il Congresso ha tentato di esercitare il potere, ad esso derivante dalla *commerce clause*, per prescrivere un comportamento agli Stati nella loro qualità di governi sovrani. Così facendo il Congresso ha usato questo potere in modo da mettere in pericolo la capacità degli Stati di funzionare effettivamente in un sistema federale”<sup>87</sup>. Il fatto che l'emendamento federale intendesse estendere il proprio profilo regolatorio agli “*States as States*”, fornire indirizzi pervasivi in ambiti che erano “*indisputably attribute(s) of state sovereignty*” e incidere sulla capacità degli Stati di “*structure integral operations in areas of traditional governmental functions*”, ne determinò la declaratoria di incostituzionalità<sup>88</sup>. La Corte, pertanto, invalidò gli emendamenti al *Fair Labor Standard Act*, nella parte in cui deprivava gli Stati delle loro funzioni di governo tradizionali, in palese distonia con la Costituzione e la clausola sul commercio interstatale. Come rileva Tribe, la teoria della corrente di commercio, dal *New Deal* sino al caso *National League Cities*, aveva reso la sfera di applicazione della *commerce clause* vasta come un oceano in seno al quale il potere regolatorio del commercio, proprio del Congresso, si era esteso ad ogni “*transaction*” condotta in territorio nazionale. La Corte con la pronuncia del 1976,

---

<sup>85</sup> La Corte sostenne il rilievo indubitabile della legislazione federale in materia, avente il fine di disincentivare il lavoro straordinario e di favorire la crescita dell'occupazione, anche nel perimetro della *commerce clause*, ma ne rinvenne il vizio ed il limite fondamentale nell'aver colpito direttamente quegli Stati che avevano scelto di gestire i propri dipendenti in modo diverso dal Congresso. La Corte ritenne che la sottrazione agli Stati del potere di stabilire da sé le regole fondamentali dei rapporti di lavoro, costituisse una seria minaccia per una esistenza separata e indipendente dei medesimi. Il Supremo Giudice federale tentò di correggere eventuali derive coercitive in seno al sistema federale, rievocando gli assunti ermeneutici tipizzanti la teoria del *dual federalism*.

<sup>86</sup> In particolare, K.E. WHITTINGTON, “The Burger Court, 1969-1986. Once More in Transition”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by C. TOMLINS), New York, 2005, pp. 319 e s.

<sup>87</sup> I passaggi in italiano delle citate sentenze, sono consultabili nell'opera di J. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano, 1992.

<sup>88</sup> In particolare, L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, p. 867.

piuttosto che tentare di creare dei “*lidi presso i quali ormeggiare la sovranità statale, ... intese creare delle isole all'interno di quella corrente [di commercio] sulle quali ogni Stato da solo potesse regolare aspetti interni al proprio territorio*”. Si tentò di operare una rivitalizzazione necessaria dei *cd. states' rights* che consentisse ai singoli Stati di sopravvivere “*as more than an empty forms necessarily implies certain substantive and/or structural limits on the powers of Congress*”<sup>89</sup>.

Il riconoscimento di limiti al potere regolatorio del Congresso doveva avvenire per preservare una sfera d'azione statale effettiva e reale, evitando quei riconoscimenti di mero principio che lasciavano intatta la forma, ma funzionalmente facevano rassomigliare gli Stati a delle conchiglie vuote<sup>90</sup>. Si trattò di una pronuncia di rilievo che ruppe un *trend* di uniformismo decisionale sul commercio interstatale, in auge da lunghi decenni, che lasciava trapelare una forma di “*new (judicial) federalism*” che si accompagnava con qualche ritardo al “*new (legislative) federalism*”, tentato da Nixon e realizzato da Reagan.

Accanto a questi aspetti più propriamente legati alla clausola sul commercio tra Stati, nel corso degli anni Settanta, si affrontarono anche i delicati problemi legati alla pubblicità commerciale. Dopo qualche pronuncia preparatoria relativa a pubblicità concernenti attività culturali o inerenti la *privacy*, la Corte mutò il proprio indirizzo e sancì che la pubblicità, anche se di natura esclusivamente commerciale, è un discorso e necessita di una protezione all'ombra del I emendamento, pur non concernendo direttamente o velatamente la materia politica o aspetti culturali. La Corte ancora la correttezza del messaggio pubblicitario commerciale al diritto dei singoli consumatori di conoscere le caratteristiche del prodotto, per come ribadito nel caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizen Consumers Council* del 1976<sup>91</sup>. La Corte precisò che il diritto dei consumatori di conoscere le caratteristiche del prodotto farmaceutico prevalesse sull'esigenza di evitare la diffusione di pubblicità sui medicinali che ne avrebbero aumentato il consumo e favorito la dipendenza da parte delle persone. Fu così che il Supremo Giudice federale

---

<sup>89</sup> Entrambe le citazioni sono rinvenibili nell'opera di L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, p. 865. L'autore sottolinea come “*the Constitution and the federal system are premised on the existence of the states as meaningfully independent entities. While Congress is generally the most appropriate body to determine the relative allocation of powers between the national and the state governments, recognition in the states of a constitutional right to survive as more than an empty forms necessarily implies certain substantive and/or structural limits on the powers of Congress*”, *ibid.*, p. 865. L'autore precisa che la Corte Suprema non ha provveduto a distinguere tra l'intrusione nella sfera d'azione statale e l'intrusione nella sfera decisionale locale. Anzi, sostenne che la previsione di “*integral governmental services*”, gestiti dalle unità di governo locale richiedesse una protezione analoga a quella prevista per gli Stati nei confronti del potere federale e che le unità locali, “*derive their authority and power from their respective states and are therefore subordinate arms of a state government*”. La Corte si esprimerà, in modo difforme, nel caso *Mt. Healthy City School Dist. v. Doyle*, 429 U.S. 274 (1977), sancendo che l'immunità prevista dall'XI emendamento non si estende a *local school board*, che è piuttosto assimilabile ad una *county* o ad una *city* e non ad un braccio operativo dello Stato. Ecco perché in virtù della legge dell'Ohio, “*the State does not include political subdivisions*”, *ibid.*, p. 865.

<sup>90</sup> Tribe usa il termine significativo di “*gutted shell*”. In particolare, L.H. TRIBE, *American Constitutional ...cit.*, p. 865.

<sup>91</sup> Caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizen Consumers Council*, 425 U.S. 748 (1976).

invalidò la proibizione della pubblicità dei prezzi praticati da un farmacista, poiché rispondente all'esigenza preponderante di informare la clientela sui costi di taluni farmaci.<sup>92</sup>

In tal modo la Corte conferì una garanzia costituzionale, munita di uno *strict scrutiny*, a favore della pubblicità commerciale la cui *vis* espressiva era limitata solo dalla concomitante presenza di interessi cogenti dello Stato. La tutela offerta ad un settore in cui si manifestava tipicamente la concorrenza economica tra imprese era un aspetto rilevante nella giurisprudenza della Corte, ma ne lasciava privi gli altri soggetti economici presenti nel mercato. I limiti di uno *strict scrutiny* selettivo in ambito economico e di un approccio ermeneutico "settorialmente" liberista, fecero ben presto emergere le aporie presenti nell'indirizzo pretorio della Corte che sarebbe di lì a poco stato ribaltato<sup>93</sup>.

#### 4.5. Il New Federalism e la deregulation reaganiani degli anni '80

Il tentativo di riequilibrare le dinamiche intergovernative tra Stato federale e singole entità decentrate rinvenne un forte consolidamento nel corso degli anni Ottanta, durante i quali si diffuse un atteggiamento neo-conservatore incline ad un più ampio riconoscimento degli *states' rights*, obliterati nel periodo di massima espansione dell'azione e dell'intervento federale nei vari segmenti della vita economica e sociale.

La critica conservatrice al federalismo cooperativo, poggiava sull'assunto secondo cui il '*Federal Welfare State*' aveva determinato una eccessiva centralizzazione dei poteri ed aveva svuotato di contenuti l'autonomia dei singoli Stati. A tale considerazione, si aggiungeva la critica di una

---

<sup>92</sup> Nel 1977, la Corte invalidò la proibizione di esporre cartelli "in vendita" su immobili siti in quartieri ove l'arrivo delle persone di colore aveva provocato la fuga dei proprietari bianchi e il crollo dei valori immobiliari. Caso *Linmark Association v. Township of Willingboro*, 431 U.S. 85 (1977). Lo stesso anno la Corte dichiarò incostituzionale il divieto opposto ai singoli avvocati di pubblicizzare i propri servizi e la propria competenza professionale. Caso *Bates v. State Bar of Arizona*, 433 U.S. 350 (1977).

<sup>93</sup> Proprio nella seconda metà degli anni Settanta ritrovò applicazione una clausola costituzionale, quale la *contract clause*, che sino a quel momento aveva conosciuto un periodo di notevole oblio applicativo. Nel 1977 la utilizzò per invalidare una legge che annullava una clausola delle obbligazioni vendute al pubblico dalla *New York-New Jersey Port Authority* per provvedere al proprio finanziamento. Caso *United States Trust Co. v. New Jersey*, 431 U.S. 1 (1977). Successivamente, seppur con minore apertura, la Corte invalidò una legge che, intervenendo sui contratti tra privati, stipulati in precedenza e del tutto leciti, ne modificava sostanzialmente il contenuto. In particolare, la Corte argomentò che una legge che altera gli impegni assunti da un imprenditore nei confronti dei propri dipendenti in vista del trattamento previdenziale dei medesimi, aggravando gli oneri finanziari delle imprese, fosse incostituzionale. Ma il Supremo Giudice precisò che modificazioni di minore rilievo al contenuto della fattispecie negoziale, per effetto di leggi successive, non fossero illegittime costituzionalmente, mentre per modifiche di ordine sostanziale occorreva effettuare un *balancing* tra l'interesse all'integrità e alla certezza del vincolo negoziale, protetto dalla Costituzione, e l'interesse che lo Stato intende perseguire attraverso la legge modificatrice. Se quest'ultimo era di grande rilievo e concerneva la comunità nella sua interezza, potevano tollerarsi anche modificazioni sostanziali che avrebbero, in tal modo, costituito deroghe ragionevoli e legittime alla previsione costituzionale. Nei tempi più recenti, la sfera di applicazione della *contract clause* si è ridotta sempre più, relegando l'istituto ad una forma di parziale oblio applicativo. Caso *Allied Structural Steel Corporation v. Spannaus*, 438 U.S. 234 (1978). Per un commento alle pronunce su citate si rinvia al contributo di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...cit.*, p. 134 e s.

eccessiva crescita della spesa pubblica, dei costi di gestione dei programmi, da inefficienze della macchina burocratica e da eccessi di *regulations*. La crisi economica dei primi anni Settanta e la conseguente stagflazione che si era innervata nei circuiti produttivi indusse a sperimentare nuove forme di strutturazione delle dinamiche relazionali federali non fondate più sul coordinamento dell'azione programmatoria federale con quella attuativa statale, in una cornice cooperativa non sempre equilibrata. Si tentò di ripristinare un sistema di riparto delle competenze in grado di rinvigorire l'autonomia e la discrezionalità decisionale dei singoli Stati. Al *trend* centripeto che si era sviluppato a partire dal *New Deal*, si contrappose un programma di revisione del sistema federale che contava sulla devoluzione di un ampio numero di competenze a favore delle entità decentrate, statali e locali, e da queste ultime a favore delle istituzioni appartenenti al *Third Party of Government*. Si tentò di riequilibrare e rinvigorire il novero delle rispettive sfere di competenza statali e federali, evitando quelle ibridazione che avevano condotto a risvolti, talvolta, coercitivi. Questa rinnovata chiave di ripensamento delle relazioni governative prese il nome di “*New Federalism*”.

Nella cornice del *New Federalism* si intendeva operare una graduale dismissione del ruolo interventista e regolatorio del *Federal Government* e si reputava il principio federale quale strumento di ridimensionamento della *regulation* e delle *agencies* amministrative federali<sup>94</sup>.

L'influenza delle dottrine neoconservatrici innervarono nella nuova Amministrazione la volontà di ripensare l'apparato federale secondo due linee direttrici: la prima fondata sulla destrutturazione delle logiche cooperative pregresse, in virtù del trasferimento verso il basso di compiti e funzioni del Governo federale a favore degli Stati; la seconda caratterizzata dalla riduzione graduale del ruolo e dell'intervento pubblico nell'esercizio delle attività gestione dei servizi da destinare a favore della collettività. La spinta centrifuga nella distribuzione delle funzioni di governo determinò un ripensamento delle relazioni intergovernative non più secondo logiche cooperative, bensì competitive tipiche del libero mercato. In una cornice così rinnovata degli equilibri tra poteri, in cui si intese rinvigorire la responsabilità e la discrezionalità decisionale dei singoli Stati, non ritornarono solo in auge taluni assunti propri del federalismo duale, incorniciati nella retorica della salvaguardia degli *states' rights*, ma addirittura si intesero applicare i principi del libero mercato e della concorrenza alle dinamiche relazionali tra istituzioni pubbliche e privati cittadini. Ecco perché sarebbe del tutto fuorviante sostenere che il *New Federalism* degli anni Ottanta abbia semplicemente contribuito a riportare in auge la pregressa struttura federale duale.

---

<sup>94</sup> Il *New Federalism* si atteggiava a dottrina di ripensamento e ristrutturazione degli equilibri relazionali tra poteri che ripudiava le logiche cooperative poste in funzione servente ad un *Welfare State* federale che programmava e dirigeva l'azione concomitante dei singoli Stati, al fine di assicurare la più ampia ed effettiva tutela delle situazioni *entitled* e di tipo pretensivo che i singoli individui rivendicavano innanzi allo Stato-apparato.

Il sistema attuale in quel periodo si presentava ben più complesso e conteneva al suo interno i germi per una concorrenza funzionale tra livelli di governo che, a volte, si sovrapponevano, facendo assurgere il principio competitivo a criterio ordinatore delle relazioni tra poteri che recuperava l'antica concezione jeffersoniana secondo la quale “*non è attraverso il consolidamento o la concentrazione di poteri, ma attraverso la loro distribuzione che si stimola il buon governo. Se questo Paese non fosse diviso in Stati: dovremmo effettuare divisioni in modo che ciascuno provveda da solo a ciò che è di suo interesse, dato che può farlo molto meglio di una autorità a lui lontana*”<sup>95</sup>. Si abbandonò tanto la logica separazionista del *dual federalism* quanto quello collaborativa del *cooperative federalism*.

L'incidenza della teoria economica sulla dinamica federale risulta di fondamentale importanza per la comprensione del fenomeno. Una prima organica teorizzazione di un modello concorrenziale di relazioni intergovernative si rinvenne nel pensiero di Tiebout, che aveva affrontato il problema dell'allocazione ottimale dei beni e dei servizi pubblici a favore della collettività, già negli anni '50 ed aveva ipotizzato il meccanismo del “voto con i piedi” che avrebbe innervato un *network* competitivo tra enti locali destinato ad essere equilibrato secondo il classico meccanismo della mano invisibile<sup>96</sup>.

L'analisi sviluppata da Tiebout conduceva, del resto, a risultati differenti in ragione dei diversi approcci critici maturati con riguardo alla *deregulation*. Vi era chi coglieva nella riduzione dei poteri dello Stato centrale, nella cornice di relazioni interistituzionali competitive, una forma di *race to the top*, in grado di migliorarne l'efficienza allocativa delle risorse e di ridurre la spesa pubblica. Ma vi era anche chi riteneva che una riduzione del potere di *regulation* federale e la naturale competizione innervata nei rapporti tra Stati consentisse di migliorare le prestazioni a favore della collettività, ingenerando una forma di *race to the bottom*, con il rischio, però, che il

---

<sup>95</sup> In particolare, W. BENNET, *American Theories of Federalism*, Birmingham, Alabama, 1964, p. 90. Mentre Madison, nel *Federalist* n. 10, esprimeva la preoccupazione che le piccole dimensioni del governo potessero favorire la formazione e il dominio di fazioni ristrette. J. MADISON, “The Federalist n. 10”, in *The Federalist Papers* (edited by Gary Wills), New York, 2003, p. 54.

<sup>96</sup> Il concetto di competizione istituzionale, sul piano orizzontale, era valutato in termini di preferenze individuali per i beni pubblici. In virtù del raffronto tra consumatore di un bene privato ed utente di un bene pubblico, Tiebout asserì che ogni ente locale è indotto a fornire differenti prestazioni a favore della collettività, sostenendone i costi, in modo diversificato, in ragione dei differenti regimi fiscali. In tal modo, il cittadino si sarebbe recato in quei territori laddove avrebbe ricevuto il migliore trattamento e considerato i servizi più efficienti, esercitando quello che Tiebout ha definito il “voto con i piedi”, che induceva i cittadini insoddisfatti di spostarsi in altri territori che offrivano servizi più efficienti. Alla teoria di Tiebout si associa quella di Salmon, secondo cui i cittadini residenti in differenti enti territoriali, valutano e raffrontano, senza spostarsi, le prestazioni fornite in ciascuno di essi ed effettuano la loro scelta al momento del voto, promuovendo o bocciando l'azione degli amministratori locali. Ma la sua analisi partiva da premesse logico-deduttive, frutto di teoriche astrazioni e non di empiriche induzioni. In particolare, C.M. TIEBOUT, “A Pure Theory of Local Expenditures”, in *Journal of Political Economy*, Vol. 64, (1956), pp. 416 e ss., l'autore elaborò anche un modello ideale di *local government*, *ibid.*, p. 419, nonché P. SALMON, “Decentralization as an Incentive Scheme”, in *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 3, No. 2, 1987, pp. 24 e ss. Per un raffronto delle varie teorie elaborate in tema di federalismo competitivo e sulle dinamiche fiscali che lo connotano, anche ai fini di una rappresentazione grafica, si rimanda al contributo di G. BROSIÒ, M. MAGGI, S. PIPERNO, *Governo e finanza locale. Un'introduzione alla teoria e alle istituzioni del federalismo fiscale*, Torino, 1998, pp. 10 e ss.



singolo Stato più virtuoso e interventista divenisse il *Welfare Magnet* per masse di persone emarginate e povere e in assenza di interventi uniformizzanti del Governo federale<sup>97</sup>.

I sostenitori teorici del modello del federalismo competitivo criticarono il sistema relazionale cooperativo sia sotto il profilo della tendenza crescente alla concentrazione di potere in capo al *Federal Government* sia sotto quello tipicamente dinamico, costituito dalla costante ricerca di sempre nuovi meccanismi di raccordo interistituzionale sul piano orizzontale e verticale. Ecco perché i recenti studi economici sul federalismo non giungono alle critiche serrate della Scuola di *Public Choice*, ma pongono un accento significativo sulla strutturazione della dinamica federale in un'ottica competitiva tipica dei meccanismi del libero mercato<sup>98</sup>.

La *Public Choice Doctrine*, si sviluppò, invece, a partire dagli anni '50 e '60, grazie al contributo di due insigni economisti quali James Buchanan e Gordon Tullock e non costituì solo il tentativo di applicare i principi della microeconomia ai processi di funzionamento degli apparati politici, ma si tradusse in una serrata critica nei confronti degli assetti costitutivi dello Stato sociale<sup>99</sup>. Nell'analizzare i comportamenti dei soggetti pubblici, i teorici della Scuola della *Public Choice* rinvennero i segnali dell'individualismo e dell'interesse personale piuttosto che la volontà di perseguire finalità di natura generale. Infatti, in una riflessione attenta condotta sui comportamenti dei vari soggetti coinvolti e costituiti dai politici eletti, dagli elettori e dai burocrati, i teorici della Scuola delle Scelte Pubbliche rinvennero interessi particolari in grado di 'inquinare' il perseguimento dell'interesse generale<sup>100</sup>. L'elemento distorsivo presente all'interno del sistema era

---

<sup>97</sup> Sul punto, si veda l'ampia disamina di A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica ...cit.*, p. 194 e ss.

<sup>98</sup> I meccanismi funzionali del federalismo competitivo dovrebbero consentire una separazione delle competenze sul piano verticale, in modo tale da garantire un efficiente funzionamento del principio federale e dovrebbero favorire, sul piano orizzontale, una costante innovazione e sperimentazione nella gestione delle politiche pubbliche, al fine di aumentare, sempre più, il soddisfacimento delle preferenze individuali e indurre i cittadini ad una maggiore partecipazione politica in funzione di stimolo e di dissenso nei confronti delle politiche locali, esercitando, se necessario i cd. *exit rights*. Unica esternalità negativa nelle dinamiche federali competitive, può essere costituita dai fenomeni di corruzione e di concussione che possono realizzarsi a livello locale. In particolare, A. BRETON, "Federalism and Decentralization, Ownership Rights and the Superiority of Federalism", in *Publius*, Vol. 30, (Spring 2000), pp. 2 e ss. Brenton richiama la teoria di Tocqueville sui governi locali intesi quale palestra di democrazia e di libertà.

<sup>99</sup> L'estensione del modello competitivo alle relazioni federali, ha indotto James Buchanan a parlare di estensione della "market economy to the political structure". Sul punto, J.M. BUCHANAN, "Federalism and Individual Sovereignty", in *Cato Law Journal*, Vol. 15, No. 2-3, (1995-1996), pp. 260 e ss.

<sup>100</sup> Nello studio dei meccanismi, in base ai quali i soggetti politici prendono le decisioni inerenti il prelievo fiscale, il livello di spesa pubblica e la regolamentazione di altri settori, ci si rese conto che operavano gli stessi meccanismi presenti nel libero mercato, visto che occorreva valutare se la domanda di beni e di servizi da parte dei singoli cittadini potesse essere soddisfatta dal sistema economico. Già Joseph Schumpeter aveva introdotto la teoria delle scelte pubbliche nel suo *Capitalism, Socialism and Democracy*, del 1942, mentre Kenneth Arrow applicò alla materia i principi del rigore matematico. Anche Anthony Downs, nella sua opera fondamentale *An Economic Theory of Democracy*, del 1957, delineò una teoria secondo la quale i politici elaborano le politiche economiche con lo scopo di essere rieletti. Downs espose il paradosso del voto, secondo il quale è assurdo che gli individui votino, data la bassissima possibilità che essi hanno di influire sul risultato. Negli studi di James Buchanan e Gordon Tullock, esposti nell'opera *The Calculus of Consent*, del 1959, gli autori sostennero la necessità del ricorso all'unanimità nella formazione delle decisioni politiche, argomentando che le decisioni unanimesi non costituiscono un obbligo per nessuno e, dunque, non impongono costi. Siffatto lavoro valse il Premio Nobel per l'economia a James Buchanan nel 1986 e fu

costituito dal fatto che il comportamento politico fosse pervaso da un interesse egoistico, perseguito attraverso la costante analisi costi-benefici che rendeva, di poco, dissimile l'operatore pubblico da quello privato interessato a massimizzare il profitto. Per tale motivo la *Public Choice Doctrine* ripudiava meccanismi centralizzati di gestione della vita economica e sociale e sosteneva la necessità di affidare la gestione e l'erogazione dei servizi pubblici alle amministrazioni locali. Le conclusioni cui pervennero si posero a metà strada tra la scienza economica e la scienza politica, influenzando gli studi di analisi economica del diritto e lo stesso modo di intendere la Costituzione. Ciò favorì il recupero di una nozione liberale del Testo costituzionale, inteso quale luogo di espressione dei *negative rights*, ossia di quei diritti quali la proprietà e la libertà economica che non tolleravano dirigismi pubblici.

La Scuola della *Public Choice* ebbe ricadute inevitabili sulla giuspubblicistica nordamericana indotta ad una rivisitazione della dogmatica liberale classica e al recupero di una nozione di Costituzione intesa quale strumento di creazione di un ordinamento con un'ampia base territoriale, con un Parlamento bicamerale e con un principio di separazione dei poteri sull'asse verticale ed orizzontale in grado di assicurare il mantenimento del principio democratico<sup>101</sup>. I teorici della *Public Choice* posero in evidenza i rischi di una democrazia illimitata che in assenza di pesi e di contrappesi da opporre alla crescita del potere politico, poteva degenerare in fenomeni di collusione e di costante ricerca di benefici da parte delle classi politiche al potere<sup>102</sup>. Siffatta interpretazione del concetto stesso di Costituzione non poteva non avere delle ricadute sul modo di intendere il principio federale, inteso come dispersione dell'autorità fiscale tra unità governative che competevano le une con le altre<sup>103</sup>.

Un approccio siffatto riportò in auge una nozione contrattualistica della Costituzione, intesa quale sintesi di norme di tipo procedurale, necessarie per la creazione ed il mantenimento di un apparato

---

applicato da molti esponenti politici al settore delle politiche agricole e della amministrazione della giustizia, nel corso degli anni Ottanta. Inoltre, costituirono la base teorica per l'approvazione di un emendamento proposto al fine di equilibrare il bilancio. In generale, J.M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Per un'analisi dei contenuti della *Public Choice Doctrine*, sulla posizione di Buchanan e per un critica alle medesime, si rimanda al contributo di R.A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, 2003, pp. 197 e ss.

<sup>101</sup> In tal modo, era lo stesso principio federale a riconoscere in capo allo Stato centrale un novero enumerato di competenze per evitare straripamenti che potessero nuocere alle articolazioni territoriali, statali e locali, e alla sfera di libertà degli individui, evitando il rischio di *rent seeking* da parte dei governanti e dei burocrati, che consisteva nella creazione di situazioni di privilegio a loro favore. Sul punto, J.M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Indianapolis, ried. 1999,

<sup>102</sup> Anche Hayeck si espresse contro le degenerazioni del principio democratico applicato in modo illimitato. Di rilievo, in Hayeck è l'analisi delle procedure che conducono all'approvazione delle leggi che disciplinano la condotta individuale, che l'autore definisce "*constructivist rationalism*". Vi può essere un moto *top-down*, dato dalle regole approvate dagli organi legislativi, dai burocrati o fissate nelle sentenze dei giudici o un moto che proviene dal basso e che si basa sulla forza della consuetudine nel creare uno "*spontaneous order*". Sul punto, si legga la disamina condotta da R.A. POSNER, *Law, Pragmatism, and ...cit.*, pp. 275 e s.

<sup>103</sup> In particolare, J.M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical ...cit.*, pp. 50 nonché J.M. BUCHANAN, G. BRENNAN, *The Power to Tax: The Analytical Foundations of Fiscal Constitution*, Cambridge, 1980.

di governo minimo in cui fossero arginati i rischi di abusi e di sprechi nei comportamenti degli eletti. Si recuperò, in tal modo, l'idea di fondo che stava alla base del progetto dei *Framers* i quali rinvenivano nella divisione dei poteri e nella costituzionalizzazione formale del principio federale un limite alla formazione di tirannidi della maggioranza<sup>104</sup>.

L'innervamento di influssi economici nell'analisi del diritto costituì un rilevante contributo per il ripensamento degli assunti posti alla base del modello di *Welfare State* e indusse profondi cambiamenti nel modo di intendere il ruolo dello Stato nell'economia e nella società. La crescita degli apparati del *Federal Government*, l'accentramento delle funzioni legislative e amministrative, l'incremento della *regulation* federale a detrimento delle libere iniziative economiche private, l'aumento della spesa pubblica e la sempre crescente dipendenza finanziaria delle entità statali e infrastatali avevano indotto il Presidente in carica ad un totale ripensamento del ruolo e delle funzioni dello Stato federale<sup>105</sup>.

Fu così che Reagan intese rinvigorire il principio e le dinamiche federali, restituendo ampi poteri di intervento a favore delle entità decentrate e riducendo gli apparati amministrativi federali ed il numero di *agencies* e di *boards* esistenti, al fine di comprimere l'ampiezza del settore pubblico a tutto vantaggio di un ritorno ai dettami del libero mercato e delle *economic liberties* della pregressa epoca liberale. Il *New Federalism* di Ronald Reagan operò una graduale *reductio* dell'apparato del *Federal Government* attraverso l'applicazione del X emendamento. La rinnovata cornice federale poggiava su di un primario ripensamento delle relazioni intergovernative che riportava il ruolo del Governo federale nel perimetro degli *enumerated powers* previsti in Costituzione<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Sul punto, K.C. WHEARE, *Del governo federale*, Bologna, 1997, G. LOMBARDI, *Lo Stato federale. Profili di diritto comparato*, Torino, 1986, p. 48, nonché per una disamina sulla natura dell'ordinamento costituzionale statunitense e per un approccio critico alla sua natura pattizia, si rinvia al rilevante contributo di A. LA PERGOLA, *Residui contrattualistici e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano, 1969, pp. 22 e ss.

<sup>105</sup> Occorre precisare che il movimento di deregolamentazione era stato avviato a partire dal 1975 ed aveva investito settori quali le compagnie aeree, i trasporti su strada e su rotaia, le transazioni in titoli, le banche, il servizio telefonico a lunga distanza e il gas naturale. Uno degli esempi più validi di deregolamentazione fu costituito dal settore dell'aeronautica civile. Infatti, il *Civil Aeronautic Board* (cd. CAB), era stato istituito negli anni trenta con il fine di ridurre la concorrenza sfrenata nel settore. Dal 1938 al 1978, l'accesso al mercato interstatale fu vietato a tutte le nuove grandi compagnie aeree. Quando venivano proposte tariffe aeree innovative e a basso costo, il CAB le respingeva, in quanto il suo proposito era di mantenerle elevate e non di ridurle. Nel 1977, il Presidente Carter nominò Alfred Kahn presidente del CAB. Kahn che era contrario ad una eccessiva regolamentazione, rafforzò la concorrenza nel sistema del trasporto aereo, migliorando le condizioni di ingresso nel mercato e stilando tariffe più flessibili. Poco tempo dopo il Congresso approvò una legge che consentiva di entrare e di uscire dal mercato di tutte le rotte domestiche. Le compagnie erano, dunque, libere di fissare tutte le tariffe che desideravano e che il mercato fosse in grado di sostenere. Per una disamina, invece, delle linee guida generali della pregressa Presidenza Carter, si rimanda al contributo di M.A. KRASNER, S.G. CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America ...cit.*, pp. 163 e ss.

<sup>106</sup> Sull'asse verticale, l'intento della riforma reaganiana era quello di rinvigorire gli ambiti del *police power* statale e di restituire loro le necessarie funzioni di governo e di indirizzo nei confronti delle realtà locali e della società civile, incentivando nuove forme di *partnership* pubblico-privata. Circa le relazioni finanziarie ed amministrative tra Stato federale e singoli Stati, il programma del *New Federalism* poggiava sulla necessità di riformare il *grants' system* nella sua interezza e attraverso un'ampia *deregulation* amministrativa, in grado di restituire autonomia finanziaria e gestionale ai singoli Stati. Alla riduzione dei *categorical grants*, sostituiti da un numero crescente di *block grants*, fece

Il *New Federalism* determinò un profondo ripensamento dell'intero sistema federale e dell'impianto delle relazioni intergovernative. Ma il disegno presidenziale repubblicano, di dismissione delle vesti del *Welfare State*, si scontrò con l'ostruzionismo di un Congresso di fede democratica ed ostile ai programmi della Presidenza. Non solo, la *deregulation* degli anni Ottanta dovette confrontarsi con un apparato social-democratico assai consolidato nelle trame della logica cooperativa che poteva essere ridotta, ma non certo essere estirpata<sup>107</sup>. Come rileva Amato, l'Amministrazione Reagan e le sue politiche tentarono di andare ben al di là di una critica “*alle ingovernabili complicazioni del federalismo cooperativo; ... i suoi tagli, oltre a rispondere ad ovvie esigenze finanziarie, rispecchiano anche la volontà di arrivare ad un più semplice federalismo dualista*”<sup>108</sup>. Risulta agevole coglierne due differenti tendenze, l'una ‘devolutiva’ di più ampie competenze e funzioni a favore delle entità decentrate<sup>109</sup> e la seconda ‘deregolativa’ di riduzione e semplificazione degli apparati amministrativi e della *regulation*, in particolare a livello federale, restituendo taluni ambiti agli Stati o alla *partnership* pubblico-privata o direttamente alle logiche del libero mercato<sup>110</sup>. Fu in virtù del noto *Executive Order* n. 12291 del 1981 che Reagan affidò all'*Office of Management and Budget* (cd. OMB), il compito di controllare che ogni strumento regolatorio, proposto dalle agenzie amministrative, fosse in grado di soddisfare i principi dell'analisi costi-benefici. Il successivo *Executive Order* n. 12498 del 1985 impose, alle autorità amministrative, di sottoporre

---

seguito un decremento dei numerosi *federal mandates* che si erano diffusi nel sistema sino ad allora, tinteggiandolo di sfumature variamente coercitive. In tal modo, la funzione di pianificazione, di controllo e di *auditing* era affidata ai singoli Stati, *in specie* ad *agencies* statali, che sostituirono gradualmente quelle federali. In particolare, A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica ...cit.*, pp. 212 e s. Il quale rileva come la riduzione dei *federal mandates* camminava di pari passo con la diminuzione dei programmi federali che prevedevano obblighi di cofinanziamento da parte dei governi sub-centrali, con l'abbassamento delle aliquote delle principali imposte federali al fine di liberare le risorse necessarie per favorire la crescita economica del Paese, *ibid.*, p. 213.

<sup>107</sup> In particolare, D.J. ELAZAR, “Opening the Third Century of American Federalism: Issues and Prospects”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 509, (May 1990), p. 15.

<sup>108</sup> Come rileva Amato, la federalizzazione di *Medicaid* poteva anche essere condivisa dai progressisti, se non fosse stato accompagnato dalla proposta di lasciare interamente agli Stati il settore del *Welfare*, ossia i servizi di assistenza in danaro, che è la fonte prima delle disegualianze, riverberatesi sullo stesso *Medicaid*. Sul punto, G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione ...cit.*, pp. 88 e ss., per una riflessione critica sugli esiti redistributivi di tali politiche, anche in una ottica di raffronto con talune esperienze europee, *ibid.*, pp. 109 e ss.

<sup>109</sup> In particolare, al fine di rinvigorire il ruolo degli Stati in seno al sistema federale, l'*Advisory Commission on Intergovernmental Relations* (cd. ACIR), rafforzò la tutela di cui gli Stati e gli enti locali godevano innanzi alla Corte Suprema e nel 1987, il Presidente Reagan firmò un *Executive Order* n. 12612, al fine di delegare ogni agenzia amministrativa di redigere una “*federal analysis*” di ogni proposta normativa federale che operasse una *preemption* a scapito delle discipline statali e di ogni richiesta o condizione allegate alla elargizione di *grants* a favore delle entità decentrate, al fine di ristabilire gli equilibri, in seno al sistema federale. Sul punto, si rimanda al contributo di B.D. MCDOWELL, “The Interstate Commerce Clause of the U.S. Constitution: A 200-Years Case Study for European Integration”, in *Federal-Type Solutions and European Integration* (edited by John Lloyd Brown), Lanham, Maryland, pp. 147 e s.

<sup>110</sup> Fu così che nel 1981, fu varato l'*Omnibus Budget Reconciliation Act* che introduceva una serie di misure volte a ridurre la spesa pubblica federale e ad eliminare programmi federali connotati da gravi sprechi di danaro pubblico. Come rileva Elazar, il *New Federalism* di Reagan presentava retaggi duali e, nonostante, contasse sì di un sistema di riduzione dei *grants programs* esistenti e di riduzione della spesa pubblica, per esigenze di riequilibrio del bilancio federale, non vi accompagnò alcun rimedio o criterio per sostenere l'azione autonoma degli Stati e delle realtà locali. Sul punto, D.J. ELAZAR, “Opening the Third Century of American Federalism: Issues and Prospects”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 509, (May 1990), pp. 16 e s..

all'approvazione dell'OMB un "annual regulatory plan", individuando le linee guida dell'azione regolamentare da esercitare l'anno successivo<sup>111</sup>. Ma quando la *deregulation* si trasformò in un attacco conservatore al *Welfare State* e ad un necessario ed insopprimibile sistema di solidarietà sociale a favore delle categorie più deboli, il Congresso decise di non appoggiare più le politiche reaganiane. Anche la nuova tipologia di *block grants* erogati a favore degli Stati, poggiavano su di una drastica riduzione dei finanziamenti federali a favore delle singole entità statali che protestarono contro la proposta federale. Lo *U.S. Advisory Commission on Intergovernmental Relations* aveva stilato un programma che intendeva ripartire in modo razionale le funzioni tra i diversi livelli di governo. In tal modo, allo Stato federale sarebbero state attribuite le funzioni di stabilizzazione economica e redistribuzione del reddito mentre le politiche di gestione e di allocazione delle risorse avrebbero dovuto essere affidate ai singoli Stati che avrebbero meglio valutato la corrispondenza tra scelte pubbliche e vantaggi conseguibili.

Il *New Federalism* non poggiava sul mero aumento della *jurisdictio* dei singoli Stati e sulla restituzione di pregresse funzioni alle realtà periferiche, ma si spinse oltre, conferendo alle singole realtà decentrate funzioni assistenziali proprie di un moderno *Welfare State*<sup>112</sup>.

Le ricette economiche dell'Amministrazione Reagan, inscritte nella cornice di quella che passò alla storia con l'epiteto di *reaganomics*<sup>113</sup>, risentirono, del resto, dell'influenza della *Supply Side*

---

<sup>111</sup> Sul punto, C.R. SUNSTEIN, "Constitutionalism After the New Deal", in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), pp. 454 e ss. Sul processo di centralizzazione del coordinamento presidenziale dell'attività amministrativa e per un'analisi del ruolo dell'OMB, si rinvia al contributo di G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, Milano, 2004, pp. 94 e ss. Come rileva anche Majone, l'OMB si poneva quale "regulatory clearing house". L'autore sottolinea che quello che distingue un *agency model* dal tradizionale modello burocratico è la combinazione di "expertise, independence and specialization". È vero che le agenzie indipendenti sono prive di legittimazione democratica, ma è, altresì, vero che non sono sottoposte allo scrutinio elettorale proprio degli organi elettivi. Majone sostiene che "Reagan was the first American President to clearly perceive the significance of regulation in a government that depended increasingly on agencies operating outside of the ...executive branch". In particolare, G. MAJONE, "From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance", in *Journal of Public Policy*, Vol. 17, No. 2, (May-Aug. 1997), p. 151.

<sup>112</sup> A ciò aggiungasi il fatto che la strategia reaganiana portò alla introduzione di una particolare procedura di bilancio, meglio nota come *reconciliation* che si attrasse le critiche di chi vi vedeva un esautoramento del potere e del ruolo delle singole Commissioni nel processo di bilancio, che avrebbe determinato un pericoloso scompiglio nell'equilibrio tra i poteri come ebbe modo di affermare Leon Panetta, democratico della California, allora membro della Commissione Bilancio della Camera. La *reconciliation* si traduceva in una serie di direttive con cui il *plenum* della Camera imponeva alle commissioni di conformarsi alle linee-guida del bilancio. Prima, essa era stata utilizzata in funzione prevalente di procedura contabile, atta a garantire il pareggio finale. Reagan propose che la *reconciliation* fosse fatta all'inizio del processo del bilancio, in modo tale che le commissioni venissero immediatamente e puntualmente vincolate alle risoluzioni sul bilancio. Al Senato controllato dai repubblicani, il Presidente conseguì una rapida vittoria, mentre nella Camera dei Rappresentanti vi era una maggioranza democratica, che consentì l'approvazione del programma presidenziale solo in virtù dell'acquisizione del favore dei democratici del Sud e di talune misure non sempre propriamente 'corrette'. Fu così che Richard Boiling, Presidente della *Rules of Committee* della Camera, sostenne che: "Questa è una tirannia incipiente. Un Presidente popolare sta tentando di dominare un intero Congresso, un intero popolo". Occorre precisare che Leon Panetta è attualmente a capo della *Civil Investigation Agency* federale della Amministrazione Obama, dopo essere stato un esponente di spicco di quella Clinton. Sul punto, M.A. KRASNER, S.G. CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d'America ...cit.*, pp. 166 e ss.

<sup>113</sup> In linea generale si rimanda ai contributi di W.A. NISKANEN, *Reaganomics: An Insider's Account of the Policies and the People*, Oxford, 1988 nonché di L.B. LINDSEY, *The Growth Experiment: How the New Tax Policy is Transforming the U.S. Economy*, New York, 1990.

*Economics* (economia orientata verso l'offerta), una Scuola di pensiero economico che sosteneva che nel lungo periodo la crescita economica era determinata da fattori reali e non monetari. Sul piano politico siffatta Scuola di pensiero economico, provocò l'introduzione di misure a sostegno del libero mercato, della riduzione della pressione fiscale e della spesa pubblica<sup>114</sup>. Le ricette economiche previste, si sussumevano nelle risultanze grafiche fornite da Arthur Laffer che elaborò la nota curva attraverso la quale dimostrò che la popolazione era indotta a lavorare e a risparmiare meno per evitare una eccessiva esazione fiscale.

Fu così che Reagan e, di poi, Bush Senior, decisero di ridurre in modo graduale il prelievo fiscale al fine di incentivare il lavoro individuale che avrebbe aumentato le entrate statali, l'*output* e l'efficienza<sup>115</sup>. A completamento della legislazione reaganiana si collocò, poi, la deregolamentazione del settore creditizio<sup>116</sup>.

La *deregulation* rese il sistema bancario meno concentrato, ma si dimostrò negativa per l'attività svolta dalle casse di risparmio, aventi una struttura dell'attivo legata a mutui erogati a medio-lungo termine e con un tasso fisso. La liberalizzazione dei tassi di interesse le colse, del tutto, impreparate<sup>117</sup>. Gli anni successivi si connotarono per un incremento della concorrenza e della

---

<sup>114</sup> Il *New Federalism* di Reagan comprendeva tre punti strategici: la riduzione dell'inflazione, lo stimolo all'economia e il rilancio del ruolo degli Stati; un maggiore decentramento amministrativo ed un aumento delle funzioni dei governi statali e locali; una radicale revisione delle discipline federali nel campo economico e sociale. Il suo programma ebbe un grande impatto sulle relazioni intergovernative. Per un'analisi dettagliata delle linee guida del *New Federalism* reaganiano si rimanda al suo Messaggio sullo stato dell'Unione del 1982, per un commento al quale interessate si presenta il contributo di J.L. SUNDQUIST, "Il «Nuovo Federalismo» di Ronald Reagan", in *Quaderni Costituzionali*, Vol. II, No. 1, (1982), p. 262 e ss. Sul punto, si legga anche il contributo di S. KOFF, "Il sistema federale americano e la Presidenza", in *Federalismo, regionalismo, autonomismo* (a cura di E.A. Albertoni e M. Ganci), Tomo II, Enna, 1987, p. 347 e s.

<sup>115</sup> Infatti, fu avviata una graduale riduzione della pressione fiscale, riguardante, soprattutto, i redditi più elevati che avrebbe dovuto consentire la formazione di quelle riserve eccedentarie da destinare agli investimenti produttivi, con lo scopo di far aumentare il reddito nazionale. Le ricette della *Supply Side Economics* riscosero successo nel corso degli anni Settanta ed Ottanta non solo negli Stati Uniti, ma anche in Gran Bretagna, basti pensare alle misure varate in Gran Bretagna da Margareth Thatcher. Circa l'adesione dell'Amministrazione Reagan alle teorie economiche elaborate da Jack Kemp, da Arthur Laffer, da Jude Wanniski, da Boskin e da Feldstein, David Stockman, uno dei collaboratori economici di Reagan, raccontò che quando fu spiegato al Presidente il contenuto della teoria economica orientata verso l'offerta, egli ebbe una reazione esultante e ritenne valida la teoria della *Supply Side Economics* anche alla luce della sua esperienza pratica, quando era ancora un giovane attore, ritenendo che aliquote d'imposta elevate riducevano il lavoro e aliquote d'imposta più basse lo incrementavano. In particolare, D. STOCKMAN, *The Triumph of Politics*, New York, 1987.

<sup>116</sup> In virtù del *Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act* del 1980, fu prevista la eliminazione, in un arco di tempo pari a sei anni, dei tassi di interesse applicabili alle varie forme di raccolta del risparmio ed ai prestiti. La determinazione dei tassi di interesse fu affidata al mercato. Il *Federal Reserve System* acquisì il controllo di tutte le banche, obbligandole a tenere presso di esso una riserva obbligatoria ed autorizzandole a ricorrere al credito di ultima istanza in caso di necessità. Ogni banca fu tenuta ad accettare l'assicurazione federale sui depositi che, in caso di fallimento, garantiva una copertura sino a 100 mila dollari. In un contesto sempre più liberalizzato, si diffusero anche i fondi comuni che erano costituiti capitali raccolti in titoli a breve termine mentre le quote dei risparmiatori, spesso legate ad un conto corrente, erano immediatamente liquidabili ed utilizzabili per far fronte ai pagamenti.

<sup>117</sup> Per ovviare alla crisi interna, le casse di risparmio furono indotte ad investire in strumenti molto redditizi, ma altamente rischiosi quali i *junk bond*. Le riforme degli anni '80 avevano spinto le *saving banks* ad agire su mercati molto più complessi e strutturati senza averne le reali capacità operative e le idonee competenze professionali. In virtù del *Garn-St. Germain Depository Institutions Act* del 1982 venne implementata la possibilità di concedere prestiti a tutti i soggetti economici in difficoltà e grazie all'*International Lending Supervision Act* del 1983 vennero aumentati i

competitività dell'intero sistema bancario, garantita da una maggiore efficienza dei servizi resi e da un'ulteriore semplificazione del sistema dei pagamenti e di erogazione del credito a vantaggio dei diritti e delle esigenze della risparmiatori e degli utenti.

La Presidenza Reagan si connotò anche per l'approvazione di una serie di leggi federali che facevano uso delle *Tax sanctions* per costringere gli Stati a compiere determinate attività. In particolare, il finanziamento degli Stati era ottenuto attraverso l'emanazione di obbligazioni dato che le risorse fiscali locali e i trasferimenti federali non erano quasi mai sufficienti a coprire il loro fabbisogno di spesa. In virtù del precedente *Pollock* del 1895, la Corte Suprema aveva fatto divieto di tassare il reddito derivante dalle obbligazioni emesse dagli Stati e dagli enti locali. A partire dagli anni Ottanta, numerose leggi federali iniziarono ad erodere in modo significativo tale immunità fiscale, prima comprendendo gli interessi pagati sulle obbligazioni statali e locali nella base imponibile per il calcolo dei redditi dei percipienti i *Social Security Payments*, poi, attraverso la limitazione della possibilità di utilizzare obbligazioni esenti per finanziare determinate attività di sviluppo industriale. Infine, in virtù della riforma fiscale del 1986, fu ridotta in modo significativo la possibilità di emettere obbligazioni esenti per una vasta serie di attività svolte dalle entità statali e locali<sup>118</sup>. Inoltre, attraverso il *Tax Equity and Fiscal Responsibility Act* del 1982, il Congresso utilizzò lo strumento fiscale per condizionare le scelte finanziarie degli Stati. La legge prevedeva che gli interessi derivanti da obbligazioni statali emesse al portatore erano soggette a tassazione federale, mentre quelli corrisposti su obbligazioni statali nominative avrebbero continuato a godere della esenzione fiscale. Come si vedrà nel paragrafo successivo, la Corte Suprema si pronunciò sulla costituzionalità dello *statute*, nel caso *South Carolina v. Baker* del 1988, riconoscendo la legittimità costituzionale della tassazione federale sulle obbligazioni emesse dagli Stati. In tal caso, lo strumento fiscale fu adottato dal Governo federale per imporre agli Stati e non ai privati il perseguimento di una determinata attività che il Congresso non avrebbe potuto svolgere direttamente o attraverso un potere sostitutivo<sup>119</sup>. Si evinceva una intrinseca contraddizione nel *New Federalism* di Reagan, connotato dall'intento teorico di attribuire maggiore autonomia decisionale ai singoli Stati, ma segnato nel corso degli ultimi anni della sua attuazione, dalla reale riduzione

---

controlli sulle banche impegnate in prestiti internazionali e venne imposto l'obbligo di mantenere speciali riserve contro i rischi derivanti dall'erogazione di credito verso Paesi terzi. Venne, altresì, approvato il *Competitive Equality Banking Act* nel 1987 che ridisciplinò l'attività svolta dalle "non bank" banks, ossia le banche di investimento e altri istituti non bancari, istituendo un fondo addizionale presso la *Federal Saving Loan Corporation*. Risalgono a quegli anni anche il *Financial Institutions Reform Recovery and Enforcement Act* del 1989, che distribuì ulteriori fondi per provvedere ai fallimenti degli istituti di credito, e il *Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act* del 1991, che aumentò la copertura assicurativa sui depositi. Si trattò di provvedimenti adottati per far fronte alla grave crisi bancaria del 1987.

<sup>118</sup> In particolare, M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Napoli, 1996, pp. 192 e s., il quale rammenta anche gli atti riduttivi della immunità fiscale degli Stati e degli enti locali, tra i quali spiccano il *Social Security Act Amendments* del 1983, il *Deficit Reduction Act* del 1984 e il *Tax Reform Act* del 1986.

<sup>119</sup> In particolare, M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia ...cit.*, pp. 194 e s.

dell'autonomia finanziaria, e non solo, delle entità decentrate, la cui sfera d'azione fu compressa con l'avallo pretorio della Corte Suprema.

#### 4.5.1 *La nozione di commercio interstatale nella federalism jurisprudence delle Corti Burger e Renhquist*

L'*overruling* operato dalla pronuncia *National League Cities v. Usery* ad una pietrificata giurisprudenza di sostegno a favore del potere regolatorio del commercio tra Stati proprio del Congresso, rinvigorì la nozione del principio federale anche innanzi al Supremo Giudice federale, presieduto, in quel periodo, da Warren Burger. Il tentativo di restringere il perimetro d'azione del *Federal Government*, attratto nell'orbita espansiva dello *stream of commerce*, a tutto vantaggio del recupero del ruolo dei singoli Stati all'interno del sistema federale, incise sugli indirizzi pretori dei successivi anni Ottanta, seppur con rilevanti oscillazioni.

Nel caso *United Transportation Union v. Long Island R.R. Company* del 1982<sup>120</sup>, che concerneva una legge dello Stato di New York la quale faceva divieto di applicare il *Railway Labor Act* alle controversie di lavoro sorte tra le compagnie ferroviarie di proprietà dell'isola di Long-Island (appartenente allo Stato di New York) e le unioni sindacali operanti al loro interno, il dilemma concerneva la possibilità di esentare le compagnie ferroviarie statali dalla sfera di applicazione della normativa federale, emanata all'ombra della *commerce clause*. La Corte Suprema si avvale di una delle argomentazioni adoperate nel caso *National League Cities* del 1976, in base alla quali il potere regolatorio del commercio tra Stati da parte del Congresso, risultava invalido solo nel caso in cui avesse tentato di impedire o di danneggiare il potere degli Stati di strutturare e disciplinare talune materie ed attività che rientrano nel novero delle funzioni di governo tradizionali delle singole entità decentrate (*areas of traditional governmental*). La Corte evidenziò che le attività condotte dalle compagnie ferroviarie impegnate nel commercio tra Stati sono “*clearly not an integral part of traditional state activities generally immune from federal regulation*”.

Contrariamente al caso *National League*, in cui la disciplina federale incideva su aspetti prettamente interni ai rapporti di lavoro statali e ineriva gli Stati in quanto tali, nella fattispecie *de qua*, invece, la disciplina federale ineriva i rapporti di lavoro nell'ambito di compagnie ferroviarie impegnate nel trasporto interstatale di merci e di passeggeri. La Corte precisò che siffatte funzioni e le operazioni di una “*railroad engaged in interstate commerce is clearly not an integral part of traditional state activities generally immune from federal regulation. And federal regulation of state-owned railroads, whether freight or passenger, simply does not impair a state's ability to*

---

<sup>120</sup> Caso *United Transportation Union v. Long Island R.R. Company*, 455 U.S. 678 (1982).



*function as a state*”. La Corte all’unanimità invalidò la legge dello Stato poiché interferiva con una disciplina federale pienamente conforme alla *commerce clause* e in linea con l’intento di garantire una uniforme regolazione nazionale del trasporto ferroviario e dei relativi rapporti di lavoro che non ledeva la sfera di competenza e di azione dei singoli Stati<sup>121</sup>.

Nel precedente caso *Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Association* del 1981, la Corte fu chiamata a decidere dell’applicazione, nell’ambito infrastatale, del *Surface Mining & Reclamation Act* del 1977 in materia di estrazione mineraria a cielo aperto<sup>122</sup>. La legge federale consentiva ai singoli Stati di elaborare programmi relativi alle modalità di svolgimento dell’attività mineraria in modo conforme a degli *standards* minimi fissati a livello nazionale o, in mancanza di una disciplina interna, di sottoporre la materia al finanziamento e all’amministrazione da parte del Dipartimento dell’Interno. La Corte Burger si rese conto della impraticabilità del secondo criterio evocato nel caso *National Laegue Cities* poiché la legge federale concerneva solo gli operatori privati impegnati nell’estrazione mineraria del carbone e non ineriva gli Stati in quanto tali (*States as States*). Ciascuna entità statale era lasciata libera di regolare la materia a suo piacimento, occorreva solo assicurarne la conformità con le linee guida federali aventi un mero carattere principiologico. La Corte in modo significativo dichiarò che, nel caso *de qua*, il X emendamento non potesse in alcun modo limitare il “*congressional power to pre-empt or displace state regulation of private activities affecting interstate commerce*”<sup>123</sup>.

Nuovamente nel caso *Federal Energy Regulatory Commission v. Mississippi* del 1982, si disquisì dell’applicazione del *Public Utility Regulatory Policies Act* del 1978 nell’ambito del tessuto statale. La materia verteva sulla erogazione dell’energia considerata un servizio di pubblica utilità. La legge federale del 1978 autorizzava la *Federal Energy Regulatory Commission* a fissare una serie di *standards* e di misure che le competenti commissioni statali in materia avrebbero dovuto prendere in considerazione. Lo *statute* federale descriveva con ampio e preciso dettaglio le proposte e i programmi che le autorità statali avrebbero potuto prendere in considerazione, ma non imponeva alle competenti commissioni statali, né agli Stati, in quanto tali, di adottarli necessariamente. Anzi gli Stati era rimessa alla piena discrezionalità non solo nell’adottare, ma addirittura anche nel prendere in esame le proposte formulate dalla Commissione federale. Non si paventava, dunque,

---

<sup>121</sup> In particolare, la Corte Suprema sancì che: “*To allow individual states, by acquiring railroads, to circumvent the federal system of railroad collective bargaining, or any of the other elements of federal regulation of railroads, would destroy the longstanding and comprehensive uniform scheme of federal regulation of railroads and their labor relations thought essential by Congress, and would endanger the efficient operation of the interstate rail system. Moreover, a state acquiring a railroad does so knowing that the railroad is subject to such scheme of federal regulation. Here, New York knew of and accepted federal regulation, and, in fact had operated under it for 13 years without claiming any impairment of its traditional sovereignty*”. Per un commento si rimanda al contributo di L.H. TRIBE, *American Constitutional ...cit.*, pp. 867 e ss.

<sup>122</sup> Caso *Hodel v. Virginia Surface Mining & Reclamation Association*, 452 U.S. 264 (1981).

<sup>123</sup> In particolare, L.H. TRIBE, *American Constitutional ...cit.*, p. 869, nonché B.L. BIGELOW, “The Commerce Clause and the Criminal Law”, in *Boston College Law Review*, Vol. 41, (1999-2000), p. 923.

alcuna invasione nella sfera di competenza statale, né si profilava una penetrazione nel novero delle attribuzioni tradizionali dei governi degli Stati. Anzi, il Congresso aveva rinunciato ad esercitare la *preemption* in modo tale che il principio federale non fosse affatto leso o alterato. La legge federale fu ritenuta conforme a Costituzione poiché “*required the States only to consider federal proposals, not necessarily to adopt ... and left the States an exit through which they could step if they wished to avoid submitting any part of the machinery of State government to the mandates of federal law as to how that machinery was to operate*”<sup>124</sup>.

Le pronunce dei primi anni Ottanta sembrarono sconfessare i criteri evocati in *National League Cities*. La reiezione degli assunti ermeneutici elaborati nel caso *National League Cities* fu ancora più evidente nel caso *Equal Employment Opportunity Commission v. Wyoming* del 1983. Infatti il Congresso, nel 1974, aveva esteso l'applicazione dell'*Age Discrimination in Employment Act* anche agli Stati e alle realtà locali. La legge federale disciplinava taluni aspetti dei rapporti di lavoro inerenti la discriminazione dei lavoratori condotta in base all'età. La Corte ritenne che anche se lo *statute* federale si rivolgeva agli Stati in quanto tali e incideva sugli attributi della sovranità statale, la legge del Congresso “*not directly impair the State's ability to structure integral operation in areas of traditional governmental functions*”. La maggioranza della Corte, negli ultimi due casi, ebbe modo di sostenere la validità della legislazione federale poiché inerente materie sottoponibili a *preemption*. In tal modo, il singolo Stato era libero di dettare le regole che riteneva meglio rispondenti alla disciplina della materia, ma doveva farlo nel rispetto degli indirizzi e delle linee guida fissate dal *Federal Government*<sup>125</sup>.

Resta il fatto che il diaframma ermeneutico che si era creato tra la pronuncia *National League Cities* e la progenie di sentenze che ne era scaturita nel corso degli anni Ottanta, dette vita ad un conflitto e ad un profondo disordine degli indirizzi pretori in materia, creando ombre sulle reali potenzialità applicative della clausola costituzionale sul commercio interstatale<sup>126</sup>.

L'occasione per elaborare un indirizzo ermeneutico stabile in materia di commercio nazionale e di salvaguardia degli equilibri del principio federale avvenne nel 1985. Ancora una volta il terreno di scontro tra potere federale e potere statale fu fornito dalla disciplina dettata dal *Fair Labor Standard Act* che era stata posta alla base della sentenza *National League Cities*. Nella *majority opinion* redatta dal Giudice Blackmun nel caso *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* del 1985, la Corte precisò che funzionari e impiegati statali erano di principio soggetti alle prescrizioni dello Stato centrale in materia economica, parimenti ai lavoratori delle imprese private. La Corte

---

<sup>124</sup> In particolare, L.H. TRIBE, *American Constitutional ...cit.*, p. 870.

<sup>125</sup> Sul punto, B.L. BIGELOW, “The Commerce Clause and the Criminal Law”, in *Boston College Law Review*, Vol. 41, (1999-2000), p. 924.

<sup>126</sup> Come ebbe modo di precisare Tribe, si era innervata nel sistema “*a tension between National League Cities and its progeny [that] had become utterly unbearable*”. In particolare, L.H. TRIBE, *American Constitutional ...cit.*, p. 873.

asserì che nel caso *National League Cities* furono portati esempi di ciò che poteva considerarsi una tradizionale funzione di governo, ma non venne offerta una spiegazione generale di cosa dovesse intendersi per funzione tradizionale in modo tale da distinguerla da una funzione che non ne possedeva i requisiti<sup>127</sup>.

Un passaggio significativo della pronuncia è proprio quello in cui la Corte dichiarò l'*overruling* della pronuncia del 1976, sancendo che: “*Noi pertanto ora rigettiamo come non fondata in principio e non rispondente nella pratica, una regola che stabilisca l’immunità statale dalla regolamentazione federale sulla base di una valutazione giudiziaria della pertinenza, in termini di tradizione e integrazione, di una particolare funzione di governo, [poiché] una tale regola porterebbe a dei risultati incoerenti con lo stesso principio di autogoverno*”, cosa che in effetti si evinse dalle pronunce successive al caso *National League Cities*, il quale intese occuparsi del modo in cui la Costituzione isola gli Stati dal potere del Congresso derivante dalla *commerce clause*<sup>128</sup>.

Il Supremo Giudice valutò le grandi trasformazioni accadute al sistema federale sino ad allora e l’importanza del XVII emendamento, ma argomentò che l’interpretazione – alla luce del dettato costituzionale - dei limiti nella sfera applicazione della *commerce clause* e del relativo potere regolatorio del Congresso dovesse avvenire, tenendo conto della natura procedimentale con cui era esercitato tale potere e non del risultato cui conduceva. Occorreva valutare le eventuali deviazioni accadute nel corso del processo politico nazionale piuttosto che evocare la sacra sfera dell’autonomia statale<sup>129</sup>. I poteri del Congresso non risultavano limitabili apriori in virtù di riconosciute e intangibili sfere di sovranità statale, dovevano essere gli Stati ad utilizzare tutte le garanzie politiche che erano loro offerte dalle strutture degli organi di vertice del governo federale<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Caso *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 425 (1985).

<sup>128</sup> La Corte richiamò il pensiero di Madison secondo cui, se il potere non è stato attribuito al Congresso, esso non può esercitarlo, ma se gli è stato conferito, allora può utilizzarlo anche se dovesse interferire con le leggi e, persino, con le Costituzioni dei singoli Stati. La Corte evidenziò come la Costituzione non definisse espressamente gli elementi della sovranità statale che il Congresso non poteva intaccare nell’esercizio di poteri non delegati. Fu ripudiata una concezione aprioristica della sfera della sovranità residuale e inviolabile dei singoli Stati, la quale doveva, invece, essere agganciata al disegno costituzionale. La Corte richiamò il pensiero dei Padri Fondatori che avevano provveduto a disegnare la struttura del *Federal Government*, in modo tale che fossero tutelati, piuttosto che invasi, i diritti e le prerogative dei singoli Stati, dal momento che: “*Gli interessi sovrani degli Stati sono ... appropriatamente protetti dalle savaguardie procedurali intrinseche nella struttura del sistema federale, piuttosto che da limitazioni al potere federale stabilite giudiziariamente*”. I passaggi della sentenza sono consultabili nel testo di J. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell’uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano, 1992.

<sup>129</sup> La Corte concluse “*noi non rovesciamo a cuor leggero i precedenti recenti, (ma) il dovuto rispetto per il potere del Congresso nel sistema federale ci obbliga a farlo. La decisione relativa al caso National League Cities è rovesciata*”. Per un commento dettagliato alla sentenza *Garcia*, si rimanda al contributo di L.H. TRIBE, *American Constitutional ... cit.*, pp. 873 e ss., nonché di W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, “The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, (1994), pp. 1391 e s., di N. LUND, “Fig Leaf and Tenth Amendment Exceptionalism”, in *Constitutional Commentary*, Vol. 22, No. 11, (2005), pp. 12 e s. e di B.L. BIGELOW, “The Commerce Clause and the Criminal Law”, in *Boston College Law Review*, Vol. 41, (1999-2000), p. 925.

<sup>130</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 221.

La sentenza *Garcia* costituì un importante spartiacque tra la giurisprudenza degli anni Settanta e quella degli anni Ottanta in materia di interpretazione e di applicazione del principio federale. Di grande rilievo, sono a riguardo, le opinioni dissenzienti redatte dai Giudici Powell, Rehnquist, O'Connor e dallo stesso Burger, i quali, congiuntamente, ritennero l'*overruling* un grave e pericoloso attacco agli equilibri interni del sistema federale. Asserirono, infatti, che: “*Il ruolo degli Stati nel nostro sistema di governo è una questione di diritto costituzionale, non di ‘grazia’ legislativa ... così il danno che deriva agli Stati dalle usurpazioni federali nell’esercizio dei poteri della Commerce Clause non è soltanto un affare di dollari e centesimi. Né è una questione di saggezza o di follia di determinare scelte politiche ... usurpando le funzioni tradizionalmente svolte dagli Stati, viene minato l’equilibrio costituzionalmente stabilito tra Stati e il Governo federale, un equilibrio destinato a proteggere le nostre libertà fondamentali*”.

Nel caso *South Dakota v. Dole* del 1987, la Corte, in questa occasione presieduta da William Rehnquist – che era divenuto *Chief Justice* nel 1986 - confermò la costituzionalità di una legge federale approvata nel 1984 che imponeva agli Stati di innalzare a ventuno anni l’età minima per acquistare bevande alcoliche e conteneva una *cross-over-sanction* in base alla quale gli Stati che non si fossero adeguati a tale prescrizione avrebbero subito una riduzione delle sovvenzioni federali previste per la costruzione di nuove autostrade. La Corte superò sia le obiezioni relative alla ripartizione delle competenze, in linea con l’indirizzo espresso nel caso *Garcia*, sia quelle inerenti la riserva di competenza statale in materia di regolamentazione dell’acquisto di bevande alcoliche prevista dal XXI emendamento. Proprio con riguardo a tale ultimo aspetto la Corte precisò che, nonostante l’esplicito divieto fatto al Congresso di regolare il commercio degli alcolici a livello federale, questi poteva raggiungere il suo scopo indirettamente, in virtù dello *spending power* federale<sup>131</sup>.

Non non si può non rammentare nel concludere l’analisi della giurisprudenza costituzionale degli anni Ottanta, la successiva sentenza *South Carolina v. Baker* del 1988, in cui fu ribadito l’indirizzo ermeneutico elaborato in *Garcia*<sup>132</sup>. La Corte in questa occasione sostenne, in particolare, che i limiti opposti al potere regolatorio del Congresso non erano di tipo sostantivo bensì strutturale (*structural not substantive*), tanto che i singoli Stati avrebbero dovuto rinvenire la loro protezione

---

<sup>131</sup> Come ha rilevato Comba, l’apposizione di una condizione retroattiva a finanziamenti già erogati, consentì al Congresso di aggirare l’ostacolo del XXI emendamento. In particolare, M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia ...cit.*, pp. 191 e s. L’autore sottolinea come il XXI emendamento avesse stabilito una eccezione al principio generale della *Commerce Clause*, prevedendo che il commercio degli alcolici rientrasse nella esclusiva competenza statale e non del Congresso, *ibid.*, p. 192.. Anche Eskridge e Ferejohn rilevano come: “*in South Dakota v. Dole, interpreted the Spending Clause to allow the national government to do indirectly what it could not directly accomplish under its commerce powers*”. In particolare, W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FEREOH, “The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, (1994), p. 1392. Per una disamina dello *spending* e del *taxing powers* federali, si rimanda al contributo di L.H. TRIBE, *American Constitutional ...cit.*, pp. 833 e ss.

<sup>132</sup> Caso *South Carolina v. Baker*, 485 U.S. 505 (1988).

dalla “*Congressional regulation through the national political process*”, non attraverso la definizione, in via pretoria, di sfere intangibili dell’attività statale <sup>133</sup>. La pronuncia validava una pregressa e citata legge federale del 1982 che aveva sancito che gli interessi derivanti da obbligazioni statali al portatore erano soggette a tassazione federale, mentre quelli corrisposti su obbligazioni statali nominative avrebbero continuato a godere dell’esonazione federale.

La Corte Suprema, nel respingere le argomentazioni dello Stato della South Carolina che invocava l’applicazione del X emendamento, compì un *overruling* del precedente *Pollock* del 1895, autorizzando il Congresso ad intervenire su quella fonte di finanziamento degli Stati costituiti dal debito pubblico <sup>134</sup>. L’assunto sviluppato dalla Corte riposava sulla acquisita consapevolezza che era il Senato il luogo istituzionale del confronto e del compromesso, in quanto Camera di rappresentanza delle entità decentrate. Nella cornice federale, argomentò la Corte, era la sede legislativa ove si consumava il processo decisionale politico a costituire il luogo naturale della rivendicazione delle rispettive sfere di competenza all’ombra del X emendamento, non potendo rimettersi alle decisioni, assunte aposteriori delle Corti, il compito di salvaguardare gli equilibri del principio federale.

Fu proprio la Corte a rimettere al Congresso e al procedimento politico nazionale il compito di definire i criteri di stabilizzazione degli equilibri federali e di delimitazione dei principi posti a presidio del commercio tra Stati e a sostegno della creazione di un mercato unico nazionale, legittimando interventi concorrenti degli Stati anche nell’ambito degli scambi interstatali. Ma il rilievo poteva risentire della facile critiche secondo la quale la ‘*congressional procedure*’ era sottoposta alle rigide regole della maggioranza e il Senato, in quanto Camera di rappresentanza territoriale, aveva dimostrato più volte limiti e difetti di funzionamento, dal momento che a Washington gli Stati agivano in qualità di “*political actors à la lobbyists*”, piuttosto che in qualità di

---

<sup>133</sup> Nel caso di specie, la Corte sostenne la validità di una tassa federale sui *bonds* statali, con inevitabili ricadute sulla dottrina delle reciproche immunità fiscali, attratte nell’orbita di una nuova filosofia, che contava su di un ruolo preminente del *Federal Government* e su di un ruolo semi-sovrano degli Stati. Si tratta del pensiero espresso da Wrightson e riportato nell’opera di A.M. SBRAGIA, *Debt Wish. Entrepreneurial Cities, U.S. Federalism, and Economic Development*, Pittsburgh, 1996, p. 202.

<sup>134</sup> Come sottolinea Comba, la rilevanza delle decisione non risiede tanto nella possibilità, concessa al Congresso, di tassare le obbligazioni statali, quanto nella possibilità di impiegare lo strumento fiscale per costringere gli Stati ad adottare determinate politiche. Sul punto, M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia ...cit.*, pp. 194 e s. L’autore rileva come la decisione sul caso *Baker* abbia, addirittura, superato quella sul caso *Garcia*, poiché la Corte non ha concesso alcun rilievo alle doglianze dello Stato della South Carolina che aveva invitato la Corte a valutare le conseguenze economiche della tassazione federale sulle obbligazioni statali. La Corte, in sostanza, ha ritenuto una sufficiente garanzia del principio federale, la semplice partecipazione dei rappresentanti eletti nello Stato della Carolina del Sud al procedimento di approvazione della legge, mentre nella sentenza *Garcia*, il Supremo Giudice federale aveva ammesso la possibilità di indagare sul corretto svolgimento di tale procedimento. Se, poi, si considera il fatto il Congresso, nel 1986, aveva eliminato la deducibilità dalle imposte federali delle imposte statali, si comprende come la politica fiscale reaganiana abbia ridotto, in modo significativo, l’autonomia finanziaria degli Stati, *ibid.*, p. 194 e s.

governi<sup>135</sup>. Come ha rilevato acuta dottrina la decisione sul caso *South Carolina* ha notevolmente rafforzato il potere regolatorio del *Federal Government* sui governi subnazionali<sup>136</sup>. Come ha evidenziato Wrightson la più ovvia lezione desumibile dal caso *South Carolina* è essenzialmente riconducibile al fatto che: “*American federalism has been construed by the Court as a political and administrative relationship rather than a constitutional one*”<sup>137</sup>. Spettava oramai al Congresso più che alla Corte Suprema, il compito di mantenere sul territorio dell’Unione i pilastri fondanti il mercato unico, in cui le diverse disposizioni normative dettate a livello subnazionale non minassero l’efficienza economica nel suo insieme. Rispetto al pregresso periodo liberale in cui il ruolo del Congresso, in tema di protezione del mercato unico nazionale e di disciplina delle singole attività economiche e di rilievo economico, erano fortemente minime, nel periodo social-democratico maturo la funzione dell’organo legislativo federale è assolutamente mutata ed arricchita di un potere di indirizzo di notevole spessore<sup>138</sup>.

Si può, dunque, asserire che la Corte tentò, nel corso degli anni Settanta, di riscoprire talune difese costituzionali a sostegno del ruolo dei singoli Stati. Non si trattò di una restaurazione dei pregressi assunti del federalismo duale, dell’epoca *pre-New Deal*, si volevano semplicemente contenere alcune derive del federalismo cooperativo, rinvenendo nella Costituzione americana elementi simili a quanto previsto in talune Costituzioni europee di Stati federali, ossia una ripartizione dei poteri che fosse giustiziabile. L’intento rinvenne una forma di parziale attuazione nel caso *National League Cities*, ma nel corso degli anni Ottanta la Corte non riuscì o, forse, la sua maggioranza non sempre ampia, non volle ristabilire le competenze dello Stato federale e recuperare e salvaguardare la sovranità residua dei singoli Stati federati.

Come ha rilevato Bognetti, la sconfitta, comunque, subita dai fautori di una restrizione giudiziale delle competenze nel caso *Garcia* in base alla *commerce clause* a vantaggio delle competenze

---

<sup>135</sup> Sul punto, in particolare, A.M. SBRAGIA, *Debt Wish. Entrepreneurial Cities, U.S. Federalism, and ...cit.*, pp. 202 e s.

<sup>136</sup> In particolare, Alberta Sbragia ha sostenuto che il caso *de qua* ha fatto sì che “*l’American federalism had moved a step closer to a system in which the center was strong indeed*”. L’autrice richiama il pensiero di Margaret Wrightson secondo la quale, la Corte, nella vicenda *South Carolina*, ha sancito che: “*The Constitution contains no substantive protections against national regulatory powers vis-à-vis state and local governments*”. A.M. SBRAGIA, *Debt Wish. Entrepreneurial Cities, U.S. Federalism, and ...cit.*, pp. 200 e ss.

<sup>137</sup> La citazione è rinvenibile nell’opera di A.M. SBRAGIA, *Debt Wish. Entrepreneurial Cities, U.S. Federalism, and ...cit.*, p. 202. Anche nel caso, *Pennsylvania v. Union Gas Co.*, 491 U.S. 1 (1989), la Corte sostenne che il Congresso aveva il diritto, nella cornice legittimante della *commerce clause*, di sospendere l’immunità prevista dal X emendamento a favore degli Stati. Sul punto, W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, “The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, (1994), p. 1394. Gli autori rilevano come nella vicenda *Union Gas*, le opinioni dissenzienti furono quattro e vennero tutte espresse dai cd. *Reagan Justices*, ossia dai Giudici nominati da Reagan e di ispirazione conservatrice.

<sup>138</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...cit.*, p. 214, il quale richiama a riguardo gli importanti assunti espressi nel caso *Notheast Bankcorp v. Board of the Governors of the Federal Reserve System*, 472 U.S. 159 (1985).

statali, non ne ha causato il disarmo, ottenendo dieci anni dopo una rivincita nel caso *United States v. Lopez*<sup>139</sup>.

#### 4.6. Attuali trends giurisprudenziali sul concetto di commercio interstatale: la svolta del caso *United States v. Lopez del 1995*

I primi segnali della rivincita della componente ideologica favorevole ad un rafforzamento degli *states' rights* avvenne nel 1991, in occasione di una pronuncia che non ineriva in modo diretto la materia del commercio interstatale, ma che favorì la stesura successiva della sentenza sul caso *Lopez*. Si trattava del caso *Gregory v. Ashcroft* deciso nel 1991, in cui si controverteva dell'eventuale contrasto di una previsione della Costituzione dello Stato del Missouri (articolo V, *section 26*) la quale fissava l'età pensionabile dei giudici statali al compimento del settantesimo anno<sup>140</sup>. I ricorrenti si chiedevano se la disposizione costituzionale statale confliggesse con l'*Age Discrimination in Employment Act* (cd. ADEA) federale del 1967 e conseguentemente con l'*Equal Protection Clause* della Costituzione federale. La Corte Suprema, con una maggioranza di sette a due e per mano del Giudice O'Connor che redasse la *majority opinion* cui aderì Rehnquist, sostenne la assoluta validità della previsione costituzionale statale che non confliggeva né con lo *statute* federale né con la *Equal Protection Clause* prevista dal XIV emendamento. La Corte richiamò, inoltre, il parametro del X emendamento per esaltare il diritto dei singoli Stati di stabilire le qualifiche e il trattamento retributivo dei suoi più alti rappresentanti ed ufficiali, compresi i giudici delle Corti Supreme statali<sup>141</sup>. Come sostenne la Corte, legittimare l'incidenza federale in un ambito sotteso all'autorità statale, avrebbe leso l'equilibrio costituzionale tra "*federal and state powers*", trasformando l'interferenza normativa in una vera e propria intrusione nelle funzioni di governo dei singoli Stati. Di grande rilievo, è la *concurring opinion* scritta da White che sostenne l'immunità dei giudici costituzionali statali dalla sfera di applicazione dello *statute* federale, essendo una materia sottesa al cd. *policymaking level* statale.

---

<sup>139</sup> Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...cit.*, p. 220 e s. Occorre, poi, rammentare il caso *South Dakota v. Dole*, 483 U.S. 203 (1987)

<sup>140</sup> Caso *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452 (1991). Sul punto, in particolare, W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, "The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, (1994), p. 1393 nonché pp. 1393 e s.

<sup>141</sup> In particolare, si argomentò che la legge federale non poteva penetrare in un ambito sotteso al *policy making* statale, in cui rientrava la designazione e la disciplina della condizione professionale dei giudici costituzionali. Circa poi, l'evocato parametro del XIV emendamento, la Corte Suprema non ritenne lesivo del principio di eguaglianza la scelta del costituente statale di limitare l'esercizio della funzione giudiziaria al compimento dei settant'anni, visto che l'età era un fattore che condizionava le capacità fisiche e importava una forma di declino mentale. La fissazione di un limite massimo dell'età pensionabile fu considerato, assolutamente, ragionevole.

Gli anni Novanta hanno costituito un momento di rottura rispetto al passato. Infatti, se dal 1940 al 1990 circa, l'interpretazione estensiva della clausola sul commercio interstatale aveva fatto abbandonare la pregressa distinzione tra produzione e commercio e tra effetti diretti ed indiretti, intorno alla metà degli anni Novanta tornò in auge la teoria della *rational relationship* che consentiva di disciplinare un'attività economica statale solo se fosse stata in grado di produrre degli effetti ragionevolmente correlati alla materia del commercio interstatale<sup>142</sup>.

Un ulteriore pronunciamento a favore dell'equilibrio federale e di una sfera insopprimibile di *auctoritas* dei singoli Stati si ebbe nel 1992, in occasione del caso *New York v. United States*<sup>143</sup>. Nella vicenda in esame si dibatteva della legittimità costituzionale del *Low-Level Radioactive Waste Management Act Amendments* del 1985, ossia di una legge federale che ineriva le procedure di smaltimento delle scorie radioattive. La legge faceva richiesta agli Stati singolarmente o in forma associata di sistemare e smaltire i rifiuti radioattivi nell'ambito dei loro territori. Il problema si palesò con maggiore evidenza nello Stato di New York, il quale congiuntamente alle Contee di Allegany e di Courtland, era ostacolato nell'attuazione del programma federale poiché le popolazioni residenti erano contrarie alla costruzione di siti radioattivi nell'ambito del loro territorio. Inoltre, l'attuazione del programma difettava di un atteggiamento cooperativo da parte degli Stati limitrofi. Per tale motivo, lo Stato di New York adì la Corte Suprema federale contestando il potere del Congresso di regolare lo smaltimento dei rifiuti nell'ambito dei singoli territori statali. Si paventava, nel caso di specie, una violazione del X emendamento e della *guarantee clause*?

La Corte Suprema con una decisione redatta ancora una volta dal Giudice O'Connor, con l'appoggio del *Chief Justice* Rehnquist, argomentò che il Congresso aveva il potere, nella cornice della *commerce clause*, di utilizzare sovvenzioni finanziarie e di incidere sulle modalità di raccolta e di smaltimento dei rifiuti sotto forma di incentivo all'attività svolta dagli Stati. Più specificamente, la Corte Suprema federale argomentò che il Congresso aveva il potere di regolare il mercato interstatale dei rifiuti a basso livello di radioattività all'ombra della *commerce clause* e che il Congresso potesse interamente disciplinare la materia in virtù della *federal preemption*. In tal modo due delle disposizioni impugnate dello *statute* federale risultarono valide, ma l'attacco della Corte si incentrò sulla terza delle previsioni sospettate di incostituzionalità. In particolare, il Giudice O'Connor sostenne l'assoluta confliggenza con il dettato costituzionale del X emendamento della terza disposizione, denominata "*take title*", la quale poneva in *facultate solutionis* dei singoli Stati la scelta di accettare la proprietà dei rifiuti cui si associava la responsabilità di garantirne un adeguato

---

<sup>142</sup> In particolare, sul punto, si rimanda al contributo di R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, pp. 605 e ss.

<sup>143</sup> Caso *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).



smaltimento o di regolare la fase di raccolta e di smaltimento in linea con le prescrizioni e gli *standards* fissati a livello federale.

Le ragioni della illegittimità risiedevano nel contenuto dell'opzione imposta ai singoli Stati che, a parere della Corte, costituiva un ingiustificato *commandering* rivolto ai legislativi statali<sup>144</sup>. Risultava incostituzionale che il Congresso 'comandasse' l'adozione di talune procedure legislative statali. L'acquisizione della proprietà dei siti radioattivi importava l'assunzione della responsabilità per i danni arrecati all'ambiente, alle cose e alle persone in caso di condotta negligente dello Stato nel vigilare sulla corretta gestione e manutenzione degli impianti. Nel caso di specie, non si palesava una violazione della *commerce clause*, bensì una lesione del X emendamento della Costituzione federale poiché il Congresso non aveva ecceduto nell'esercizio del potere regolatorio del commercio, *strictu sensu* considerato, ma era radicalmente fuoriuscito dal novero dei poteri delegati all'ombra del decimo emendamento.

L'opzione imposta agli Stati e stigmatizzata dalla Corte nell'espressione "*take title*", risultava radicalmente illegittima poiché imponeva agli Stati "*a choice between two unconstitutionally coercive regulatory techniques ... the Act commandeers the legislative processes of the States by directly compelling them to enact and enforce a federal regulatory program*"<sup>145</sup>. L'opzione imposta dalla legge federale aleggiava tra il "*receipt federal funds or threatened preemption*". Come rileva Tribe le conclusioni della Corte riposavano sull'assunto secondo cui il *Federal Government* aveva violato la sfera della sovranità statale e che i singoli Stati non potevano essere considerati alla stregua di "*political subdivisions of the United States*"<sup>146</sup>.

Il rafforzamento del mutato indirizzo pretorio fu confermato nel successivo caso *United States v. Lopez*, nel 1995<sup>147</sup>. La Corte, infatti, ribadì che il fenomeno regolabile dal Congresso all'ombra della *commerce clause*, dovesse essere effettivamente connesso col commercio interstatale o,

---

<sup>144</sup> Le opzioni imposte ai singoli Stati eccedevano i poteri propri e delegati del Congresso, dal momento che 'comandavano' agli Stati, nei cui territori erano generati i rifiuti radioattivi, di optare tra la sottoposizione alla disciplina federale o l'acquisizione della titolarità della proprietà dei siti (*take title*) attraverso appositi atti legislativi statali.

<sup>145</sup> In particolare, per una ricostruzione della vicenda processuale, si rimanda al contributo di L.H. TRIBE, *American Constitutional ...cit.*, pp. 878 e al commento di N. LUND, "Fig Leaf and Tenth Amendment Exceptionalism", in *Constitutional Commentary*, Vol. 22, No. 11, (2005), p. 15.

<sup>146</sup> In particolare, L.H. TRIBE, *American Constitutional ...cit.*, p. 879, si rimanda, inoltre, al contributo di H.J. POWELL, "The Oldest Question of Constitutional Law", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 79, (1993), pp. 651 e ss.

<sup>147</sup> Caso *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995). Il caso riguardava il possesso di un'arma da fuoco da parte di un ragazzo di dodici anni, Lopez, nel cortile nei pressi di una scuola. La condotta era qualificata dal *Gun-Free School Zones Act* del 1990, un reato federale. La legge del 1990 era stata emendata nel 1994, proprio per evitarne contrasti con il principio federale, con la precisazione che il crimine era un problema di portata nazionale e che, anche a livello locale, determinava un movimento d'armi interstatale. La legge precisava che la produzione di armi, di norma, aveva uno sbocco nel traffico interstatale. La condotta criminosa aveva determinato un calo nella qualità dell'istruzione e i singoli Stati, le Città e le scuole avevano ammesso la difficoltà di combattere contro il crimine. Sul punto, R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, pp. 608 e ss. e, in part., pp. 628 e ss. nonché N. LUND, "Fig Leaf and Tenth Amendment Exceptionalism", in *Constitutional Commentary*, Vol. 22, No. 11, (2005), pp. 14 e s. e B.L. BIGELOW, "The Commerce Clause and the Criminal Law", in *Boston College Law Review*, Vol. 41, (1999-2000), pp. 913 e ss., in cui l'autore tenta una individuazione di ciò che è "*truly national*" e di ciò che è "*truly local*".

almeno, esercitare una influenza sostanziale su tale commercio. In virtù di tale mutato approccio ermeneutico, la Corte Suprema invalidò una legge federale, il *Gun-Free School Zones Act* del 1990, che sanzionava penalmente persone scoperte in possesso di un'arma da fuoco nei paraggi di una scuola, non essendosi dimostrato che quel possesso potesse influire, in modo sostanziale, sul commercio nazionale<sup>148</sup>. Nel caso *Lopez* la Corte, per mano del Giudice O'Connor, restrinse la sfera applicativa della *commerce clause* e sostenne che solo le attività economiche e commerciali potessero essere sottoposte al “*substantial and cumulative effects tests*”. Addirittura, nella *concurring opinion* il Giudice Kennedy restrinse la sfera applicativa della clausola alle sole attività commerciali dalle quali dovrebbe desumersi “*a substantial aggregate effect on interstate commerce*”<sup>149</sup>. La giurisprudenza costituzionale degli anni novanta parve inaugurare un *trends* interpretativo che riecheggiava gli assunti ermeneutici in auge nell'epoca *pre-newdealista* attenta a restringere la portata applicativa della *commerce clause* al novero di quelle attività economiche di natura commerciali direttamente e sostanzialmente correlate al commercio nazionale.

Ma la *anti-commandering doctrine* che stava pervadendo gli approcci pretori della Corte Suprema, rinvenne una formale consacrazione nella successiva sentenza *Printz v. United States* del 1997<sup>150</sup>. Nel caso di specie, la Corte Suprema fu chiamata a giudicare della legittimità costituzionale del *Brady Act*, una legge federale del 1993 la quale, in attesa della predisposizione da parte dell'*Attorney General* di un sistema nazionale di controllo sul commercio delle armi da fuoco, autorizzava le forze di polizia degli Stati ad effettuare determinati controlli sulle persone che avessero intenzione di acquistare un'arma da fuoco. La Corte, però, non rinvenne alcun disposto nella Costituzione federale, né, addirittura, in seno ai *Federalist Papers* che consentisse l'impiego delle forze di polizia statali per garantire il rispetto delle leggi federali e per tali motivi, invalidò il *Brady Act*.

In particolare, la Corte argomentò che “*è innegabile che la Costituzione ha stabilito un sistema di doppia sovranità ... Sebbene gli Stati abbiano ceduto molti dei loro poteri al Governo federale, essi conservano una residua ed inviolabile sovranità*”<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> In effetti, la tutela dell'ordine pubblico, nei pressi delle scuole, rientrava nell'orbita del *police power* statale. La Corte sostenne che la disciplina regolatoria federale rientrava nella cornice legittimante della *commerce clause*, non nel caso in cui incideva ‘semplicemente’ sul commercio tra Stati, ma nell'ipotesi in cui ineriva ‘sostanzialmente’ con la materia del commercio nazionale.

<sup>149</sup> In particolare, L.H. TRIBE, *American Constitutional ...cit.*, pp. 821 e ss., nonché F.B. CROSS, E.H. TILLER, “The Three faces of Federalism: an Empirical Assessment of Supreme Court Federalism Jurisprudence”, in *Southern California Law Review*, Vol. 73, (2000), p. 748. Gli autori rilevano come il caso *Lopez* sia un esempio attuale di un *new judicial activism*, in grado di riequilibrare la posizione degli Stati e del *Federal Government*. Gli autori si soffermano anche sugli intrecci competenziali, statali e federali, in materia di *criminal law*, *ibid.*, pp. 749 e s.

<sup>150</sup> Caso *Printz v. United States*, 521 U.S. 98, 117 (1997).

<sup>151</sup> Più volte il parametro della clausola sul commercio interstatale era stata adoperato per disciplinare una materia di rilievo penale che solo, *incidenter*, ineriva il settore commerciale, ma nel caso di specie, a parere della Corte, non si palesavano relazioni con il commercio nazionale, né poteva trovare applicazione la clausola sui poteri impliciti che avrebbe consentito al Congresso di emanare norme di polizia.

Contrariamente al caso *Perez v. United States* del 1971, in cui la Corte sostenne che il Congresso aveva il potere di disciplinare e di sanzionare l'uso distorto di canali commerciali interstatali per il trasporto di persone rapite e di merci rubate, nel caso *Printz* sostenne che quando una legge “*per dare esecuzione alla commerce clause, viola il principio della sovranità statale ... essa non è una legge adeguata per dare esecuzione alla commerce clause*”. Anzi, la Corte richiamò il pensiero dei *Framers* per sottolineare ancora una volta che la Costituzione conferiva al Congresso il potere di disciplinare le condotte dei singoli individui e non quelle degli Stati. I Giudici di Washington sottolinearono come vi fosse un sottile ed insopprimibile *discrimen* tra il concetto di “*making law*” e quello di “*enforcing it*”, tra il “*policymaking*” e la mera “*implementation*”, che il legislatore federale aveva violato<sup>152</sup>.

Il *trends* giurisprudenziale a sostegno di un ruolo più attivo degli Stati emerse anche nel caso *United States v. Morrison* del 2000 in cui la Corte fu chiamata a decidere di una fattispecie di stupro perpetrato ai danni di una studentessa di un Istituto Politecnico della Virginia, da parte di due giocatori di *football* dell'Università, dei quali l'uno si vide sospendere la pena ed il secondo non ne subì la comminazione. La giovane donna si dimise dalla scuola e si rivolse alla Corte federale, invocando il *Violence Against Women Act* del 1994, una legge federale che puniva il reato di stupro secondo dettami particolarmente rigidi. La Corte Suprema, però, ritenne che il X emendamento fungesse da limite per il riconoscimento di una competenza penale federale in materia, visto che i *gender-motivated crimes* (crimini a sfondo sessuale), non costituivano attività economiche e, dunque, erano esclusi dalla sfera di applicazione della *commerce clause*<sup>153</sup>.

Un filone interpretativo parzialmente difforme si rinvenne nel caso *Reno v. Condon* del 2000. In tale vicenda, la Corte fu chiamata a decidere della costituzionalità del *Federal Driver's Privacy Protection Act* del 1994 che faceva divieto ai singoli Stati di rendere note informazioni personali relative ai conducenti degli autoveicoli in assenza di un loro consenso per esigenze di *privacy*. La previsione normativa federale confliggeva con le disposizioni di una legge della South Carolina che consentiva l'accesso alle suddette informazioni anche in assenza di un previo consenso della persona interessata. La Corte distrettuale adita aveva sostenuto che la legge federale costituiva una illegittima violazione del X emendamento, ma una unanime Corte Suprema, per mano del *Chief*

---

<sup>152</sup> La *majority opinion*, nel caso *Printz*, fu estesa dal Giudice Scalia. Per un commento critico alla pronuncia, si rimanda al contributo di L.H. TRIBE, *American Constitutional ...cit.*, pp. 880 e ss. e di F.B. CROSS, E.H. TILLER, “The Three faces of Federalism: an Empirical Assessment of Supreme Court Federalism Jurisprudence”, in *Southern California Law Review*, Vol. 73, (2000), p. 755.

<sup>153</sup> Caso *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000). Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...cit.*, p. 221, nonché M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato ...cit.*, pp. 142 e s., R.D. ROTUNDA, J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure*, Thomsom West, 2007, pp. 634 e ss. nonché N. LUND, “Fig Leaf and Tenth Amendment Exceptionalism”, in *Constitutional Commentary*, Vol. 22, No. 11, (2005), p. 14 e B.L. BIGELOW, “The Commerce Clause and the Criminal Law”, in *Boston College Law Review*, Vol. 41, (1999-2000), pp. 914 e s.

*Justice Rehnquist*, sostenne che il *Federal Driver's Privacy Protection Act* del 1994 costituisse un appropriato esercizio del potere del Congresso di regolare il commercio tra Stati nella cornice della *commerce clause* e che non arrecasse alcuna forzatura al principio federale. Come affermò Rehnquist, lo *statute* federale “*does not require the states in their sovereign capacity to regulate their own citizens ... It does not require the South Carolina Legislature to enact any laws or regulations, and it does not require state officials to assist in the enforcement of federal statutes regulating private individuals*”<sup>154</sup>.

Nel caso *New York v. Federal Energy Commission* del 2002<sup>155</sup>, la Corte si occupò del potere detenuto dalla *Federal Energy Commission* – che ha sostituito la *Federal Power Commission* istituita nel corso del *New Deal* – di regolare la distribuzione e la vendita di energia elettrica nell’ambito del mercato interstatale in modo tale che le tariffe praticate dai singoli gestori non si rivelasero anticoncorrenziali ed irragionevoli<sup>156</sup>. La Corte Suprema ha asserito che rientrava nel potere del Congresso, di regolare il commercio interstatale, la possibilità di delegare ad una *Agencies* federale il compito di controllare le condizioni di vendita dell’energia ai singoli distributori, al fine di evitare che fossero praticate tariffe irragionevoli (in base a fatturati separati) e discriminatorie e, come tali, anticoncorrenziale che potevano avere delle ricadute sui prezzi praticati nella vendita al dettaglio con ineludibile nocumento per i consumatori e gli utenti. Dal momento che l’erogazione e la distribuzione dell’energia elettrica si svolgeva nell’ambito del mercato unico nazionale occorreva assicurarne la uniforme sottoposizione alla disciplina e al controllo federali. La Corte, per mano del Giudice Stevens, concluse che “*... the FPA authorizes FERC's jurisdiction over interstate transmissions, without regard to whether the transmissions are sold to a reseller or directly to a consumer, FERC's exercise of this power is valid*”.

Nuovamente, nel caso *Pierce County v. Guillem* del 2003, la Corte ha validato una legge federale, l’*Hazard Elimination Program* che proibiva l’esibizione, nel corso di cause civili pendenti innanzi alle Corti statali o federali, di documenti redatti dai governi degli Stati e concernenti la materia della pubblica sicurezza stradale la quale beneficiava di taluni *grants* federali erogati a favore di quei tratti stradali statali che fossero risultati bisognosi di interventi strutturali di manutenzione e di

---

<sup>154</sup> Rientrava, infatti, nelle intenzioni del Congresso porre dei limiti al potere di rilasciare informazioni relative all’identità, agli indirizzi, al numero di *Social Security*, alla patente e alle condizioni del suo rilascio, dei conducenti e dei proprietari degli autoveicoli, da parte dei competenti uffici statali. Sul punto, R.D. ROTUNDA, J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law, Substance and Procedure*, Thomsom West, 2007, p. 633.

<sup>155</sup> Caso *New York v. Federal Energy Commission*, 535 U.S. 122 (2002). Sul punto, R.D. ROTUNDA, J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law ...cit.*, p. 633.

<sup>156</sup> La Corte ha sottolineato come, all’epoca dell’approvazione della legge istitutiva della *Federal Power Commission* nel 1935, il mercato dell’energia elettrica era dominato dalla presenza di poche imprese (*public utilities*) che operavano in regime di monopolio nel territorio dello Stato ed erano sottoposti al controllo statale o locale. Ma l’ampliamento del mercato energetico e l’incremento della domanda ha fatto sì che accanto alle *public utilities* che detenevano la proprietà degli impianti, si affiancassero ulteriori soggetti impegnati nella distribuzione e nell’erogazione dell’energia elettrica nel seno del più ampio mercato nazionale dell’energia.

messa in sicurezza stante la loro certificata pericolosità. La Corte all'unanimità sostenne che lo *statute* federale era valido e che “*regulate the use of the channels of interstate commerce ... to regulate and protect the instrumentalities of interstate commerce*” rientrava nel novero delle attribuzioni del Congresso<sup>157</sup>.

Di grande importanza è, altresì, la recente vicenda *Gonzales v. Raich* del 2005 in occasione della quale fu acclarata in modo evidente l'intersezione tra la *commerce clause* e la *necessary and proper clause*<sup>158</sup>. Infatti, sei giudici su nove dichiararono la costituzionalità di una legge federale che proibiva la coltivazione, la lavorazione, il possesso e il consumo di marijuana (*cannabis*) all'interno del mercato nazionale e ne imponeva l'applicazione anche nei confronti di quegli Stati che ne avevano autorizzato con legge l'utilizzo a scopi terapeutici<sup>159</sup>. Il Giudice Scalia che elaborò una separata *concurring opinion*, asserì che la vicenda attuale differiva dai precedenti casi *Lopez* e *Morrison* in cui votò a favore di una interpretazione restrittiva e contenuta della *commerce clause* e sostenne che l'invasione federale della sfera d'azione statale si giustificava in virtù degli assunti della *necessary and proper clause*<sup>160</sup>.

La *commerce clause* ha assunto il volto di parametro mobile, ma meno elastico rispetto all'epoca *postnewdealista* che ne ha esteso l'applicazione a quegli ambiti costituenti “*channels of trade*”, “*instrumentalities of commerce*” e che abbiano un “*substantial effect on interstate trade*”, ritenuti la triade dei criteri ermeneutici incrociati, istituiti dalla *Rehnquist Court* per legittimare il potere regolatorio del commercio interstatale da parte del Congresso. Siffatti parametri si ponevano a sostegno della *rational basis theory* che considerava valida l'azione legislativa federale nelle ipotesi

---

<sup>157</sup> Infatti, il divieto di esibizione di documenti, che erano variamente correlati ai programmi federali di finanziamento di opere di manutenzione di tratte stradali pericolose, rientrava nel potere federale di disciplina del commercio interstatale poiché il Congresso era investito del compito delicato di tutelare il *national trade* e di garantire la sicurezza ed affidabilità di tutti gli *instrumentalities and channels* del commercio interstatale. Caso *Pierce County v. Guillem*, 537 U.S. 129 (2003). Per un commento, si rinvia al contributo di R.D. ROTUNDA, J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law ...cit.*, p. 633.

<sup>158</sup> Caso *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 125 (2005). In particolare, R.D. ROTUNDA, J.E. NOWAK, *Treatise on Constitutional Law ...cit.*, pp. 638 e s. e N. LUND, “Fig Leaf and Tenth Amendment Exceptionalism” in *Constitutional Commentary*, Vol. 22, No. 11, (2005), pp. 15 e ss. ed, in part., pp. 22 e ss.

<sup>159</sup> Si trattava, in particolare, della *Proposition 215* del 1996 approvata dallo Stato della California.

<sup>160</sup> Il Giudice Scalia affermò che: “*Unlike the power to regulate activities that have a substantial effect on interstate commerce, the power to enact laws enabling effective regulation of interstate commerce can only be exercised in conjunction with congressional regulation of an interstate market, and it extends only to those measures necessary to make the interstate regulation effective. As Lopez itself states, and the Court affirms today, Congress may regulate noneconomic intrastate activities only where the failure to do so “could ... undercut, its regulation of interstate commerce. ... This is not a power that threatens to obliterate the line between what is truly national and what is truly local”*. Anche se il medesimo, in molte altre pronunce contemporanee, non esita a manifestare un approccio ermeneutico favorevole agli *states' rights*, basti rammentare il recente caso *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2003). Differentemente si espresse il Giudice O'Connor, che nella *dissenting opinion* fece proprio un indirizzo precedentemente espresso da Louis Brandeis, asserendo che: “*Federalism promotes innovation by allowing for the possibility that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country*”. Anche il Giudice Thomas affermò che la coltivazione e il consumo della marijuana non costituissero affatto una forma di commercio interstatale. Sul punto si rimanda al contributo di N. LUND, “Fig Leaf and Tenth Amendment Exceptionalism”, in *Constitutional Commentary*, Vol. 22, No. 11, (2005), pp. 11 e ss., in cui si scrisse una *dissenting opinion*, lamentando la violazione dell'XI emendamento.

in cui fosse ragionevolmente supportata da circostanze di fatto e da motivi che la rendevano plausibile e in armonia con il dettato costituzionale.

Le pronunce della Corte si inscrivono nella cornice di un “*New Federalism*” sospeso tra altalenanti indirizzi pretori sul commercio interstatale che aleggia tra un potere regolatorio del Congresso ed un ruolo degli Stati aventi confini flessibili e mai certi. Le logiche duali e cooperative possono dirsi oramai superate a favore di criteri di riparto delle competenze e delle funzioni fondate sulla concertazione e sul compromesso in grado di incorniciare il principio federale nella *framelaw* di un mercato unico nazionale in cui le esigenze dell’economia inducono a continui aggiustamenti e costanti assestamenti e il modello di *Welfare State* impone una forma di raccordo complementare a livello orizzontale e locale che supera le pregresse logiche cooperative. Il tentativo di creare un mercato unico nazionale cammina di pari passo con l’intento di salvaguardare gli equilibri intrinseci del principio federale. Il mercato unico nazionale, inteso quale luogo di movimento e di circolazione dei fattori produttivi, delle persone, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali costituisce il momento di integrazione del livello federale con quello statale, entrambi rivolti alla garanzia delle prerogative individuali e rappresenta il punto di sintesi dei valori posti alla base dell’Unione sin dal momento della sua fondazione.

#### 4.7. *La nozione di dormant commerce clause tra passato e presente*

Come visto in esordio all’introduzione del presente lavoro, la Costituzione federale del 1787 poneva una serie di divieti in capo ai singoli Stati al fine di evitare che la loro condotta potesse divenire protezionistica. Il divieto di battere moneta, di imporre dazi o altre misure fiscali sulle importazioni e le esportazioni e l’incapacità di regolare il commercio tra Stati sono stati posti dai Padri Fondatori alla base del valore della libertà di commercio, considerata una materia di interesse nazionale intollerante forme di restrizione e di limitazione ingiustificate<sup>161</sup>.

Uno degli strumenti più adeguati per eludere il rischio dei facili localismi economici e dei protezionismi commerciali da parte dei vari Stati era costituito proprio dalla loro spoliazione della facoltà di regolare i traffici commerciali interstatali, rimettendo al Congresso il compito di assicurarne la disciplina in ragione della sua capacità, reale o presunta, di esprimere interessi unitari sotto il profilo economico e politico.

Sin dai primi anni di entrata a regime del nuovo ordinamento costituzionale, gli interpreti si sono sempre interrogati sull’estensione dei poteri attribuiti al Congresso in base alla *commerce clause* e

---

<sup>161</sup> Già Hamilton, nel *Paper* n. 11 del *Federalist* aveva asserito che la libera circolazione dei beni di ogni Stato avrebbe infuso un nuovo vigore ed un nuovo dinamismo alle vene del commercio. L’iniziativa commerciale avrebbe conosciuto un fiorire crescente grazie alla diversità delle produzioni nei vari Stati.

sullo spazio di potere residuo esercitabile dagli Stati in assenza di una specifica disciplina federale (*dormant or negative commerce clause*). Una prima teoria elaborata in materia di *dormant commerce clause* stabilì che la clausola costituzionale sul commercio interstatale avesse un carattere esclusivo e che non vi fosse spazio per interventi concorrenti o residuali dei singoli Stati<sup>162</sup>. In tal modo, la Corte Suprema era tenuta a invalidare tutte quelle leggi statali che inerivano il commercio tra Stati anche in caso di condotta “*dormant*” del Congresso.

Echi di un simile approccio pretorio si rinvennero nel citato caso *Gibbons v. Ogden* del 1824 in cui la Corte affermò che il lemma ‘regolare il commercio tra Stati’ ricomprendeva un potere pieno ed esclusivo che non tollerava alcun intervento concorrente da parte di altri soggetti. Una seconda teoria che si collocava in posizione antitetica rispetto alla prima era giunta, invece, a riconoscere il potere dei singoli Stati di disciplinare taluni aspetti del commercio in assenza di una difforme legislazione federale e che solo l’azione del Congresso e non quella della Corte Suprema avrebbe potuto limitare l’esercizio del potere statale, visto che la Corte era un organo privo di legittimazione democratica<sup>163</sup>. Ma come rileva Amato, questa dottrina rischiava di “togliere al sistema ogni articolazione”<sup>164</sup>. Inoltre, individuare il *discrimen* tra azione statale legittima ed illegittima,

---

<sup>162</sup> Come rilevano Croos e Tiller, la dottrina sulla *dormant commerce clause* è stata sempre considerata come una forma di intrusione nella sfera dei *cd. states’ rights*. Interessante è il richiamo che i due autori operano nei confronti del pensiero della componente politica repubblicana, in materia, contrapponendo il “*Main Street Republican*” favorevole ad una legislazione *pro-business* e, il “*Wall Street Republican*”, contrario a normative che restringono, in modo irragionevole, il libero gioco delle forze di mercato. Sul punto, F.B. CROSS, E.H. TILLER, “The Three faces of Federalism: an Empirical Assessment of Supreme Court Federalism Jurisprudence”, in *Southern California Law Review*, Vol. 73, (2000), pp. 754 e s.

<sup>163</sup> Basti rammentare i *Licence Cases* del 1847 in cui fu ammessa la costituzionalità di una legge statale che dettava taluni requisiti per la vendita di liquori importati. La dottrina è stata di recente ribadita da M.H. REDISH, S.V. NUGENT, “The Dormant Commerce Clause and the Constitutional Balance of Federalism”, in *Duke Law Journal*, 569, (1987). Il fatto che nella Costituzione federale mancasse un riferimento testuale ad un ruolo della Corte Suprema nel sindacare la legittimità degli atti normativi statali, in virtù della *dormant commerce clause*, ha indotto parte della dottrina a sostenere che un organo privo di legittimazione democratica non potesse imporre agli Stati una interpretazione della Costituzione che fosse in grado di limitare il loro ruolo e il loro potere. In particolare, P.M. SCHENKMAN, “Federalism, the Dormant Commerce Clause and the State-owned Resources,” in *Texas Law Review*, Vol. 59, (1980), p. 71. Addirittura, Heinzerling rileva che la dottrina della *dormant commerce clause* implica una specifica predilezione della Corte per gli assunti del libero mercato rispetto alla sua regolazione, intendendo per regolamentazione ogni atto normativo destinato ad incidere sulle dinamiche del mercato medesimo. In particolare, L. HEINZERLING, “The Commercial Constitution”, in *Sup. Ct. Review*, p. 217, (1995). Si esprimono, invece, a sostegno della giurisprudenza della Corte, D.H. REGAN, “The Supreme Court and the State Protectionism Making Sense of the Dormant Commerce Clause”, in *Michigan Law Review*, (1986), p. 1091, nonché N. EULE, “Laying the Dormant Commerce Clause to Rest”, in *Yale Law Journal*, Vol. 91, (1982), p. 425. Sulle fragilità della Corte Suprema, nella creazione di una dottrina unitaria sulla *dormant commerce clause*, rilevante è il contributo di C. CARRUBBA, J.R. ROGERS, “National Judicial Power and the Dormant Commerce Clause”, in *The Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 19, No. 2, (2003), pp. 543 e ss. Circa, invece, le intersezioni tra *dormant commerce clause* e *preemption*, si rimanda al contributo di B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 6.01 [A] e § 5.06 [F] e di F.B. CROSS, E.H. TILLER, “The Three faces of Federalism: an Empirical Assessment of Supreme Court Federalism Jurisprudence”, in *Southern California Law Review*, Vol. 73, (2000), pp. 753 e ss.

<sup>164</sup> L’autore sottolinea come un simile approccio dottrinario rischiava di provocare l’invalidazione delle leggi statali solo nel caso in cui fosse cessato il silenzio del Congresso, mentre in caso di ‘dormienza federale’, il legislatore statale era libero di agire come meglio credeva. Un simile approccio risentiva delle ispirazioni del Giudice Taney che era contrario ad un’azione politica da parte della Corte, più ampia di quella prevista in Costituzione. In particolare, G.

poggiando sul malcerto criterio del ‘silenzio’ del Congresso, esautorava di contenuto la clausola costituzionale, rimettendo ad occasionali interventi legislativi federali – assai rari in epoca liberale – il compito di arginare un eccessivo interventismo statale. Anche l’opinione del Giudice Mc Lean circa la possibile coesistenza del *police power* statale e del *commerce power* federale risentiva di una intrinseca parzialità ricostruttiva, non tenendo in debita considerazione le sfere e gli ambiti di sovrapposizione delle due potestà.

Fu così nel nel 1851, nel noto caso *Cooley v. Board of Wardens*, la Corte stabilì la regola generale del divieto di azione statale in materia commerciale, eccezion fatta per quegli ambiti ove emergessero esigenze di *public policy* statale. Si trattava della dottrina dei *selective exclusiveness* (o *Cooley Doctrine*), che riconosceva al Congresso il compito esclusivo di regolare il commercio tra Stati e consentiva una regolazione statale di talune frange del commercio interstatale che avessero presentato un rilievo prettamente locale in virtù di esigenze di *public policy* interna, attratte nell’orbita delle *health laws* e delle *inspection laws* che avevano solo una incidenza indiretta sul commercio tra Stati (*indirect burden*) e, come tali, si presumevano legittime costituzionalmente. In tal modo, la *commerce clause* assunse la duplice valenza di ripartire le competenze tra diversi livelli di governo e di equilibrare, nella sua accezione *dormant*, l’interesse nazionale, alla promozione di un mercato unico, e il valore della sovranità dei singoli Stati.

L’attenzione della Corte, però, doveva essere elevata e doveva verificare se l’ostensione delle esigenze di *public policy* non celasse fini protezionistici e discriminatori<sup>165</sup>. Ecco perché il criterio divenne sempre più stringente e indusse la Corte non solo a valutare la natura del peso che la legge statale provocava sul commercio tra Stati, ma anche se la disciplina statale presentava degli aspetti ragionevolmente connessi con le esigenze di *public policy* statale (*reasonable effects*)<sup>166</sup>. Alla luce di siffatti criteri di valutazione della legittimità degli interventi statali che incidevano non solo indirettamente sul commercio tra Stati, furono validate numerose leggi statali emanate negli ultimi anni del XIX secolo, concernenti le modalità di prestazione del servizio di trasporto su rotaia che presentava degli indubitabili effetti sul commercio tra Stati<sup>167</sup>. Siffatto *trend*, venne ribaltato pochi

---

AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione. Alla luce dell’esperienza statunitense*, Milano, 1964, pp. 46 e ss.

<sup>165</sup> Basti rammentare i casi *Railroad v. Husen*, 95 U.S. 465 (1877), *Minnesota v. Barber*, 136 U.S. 313 (1890) e *Brinner v. Reburan*, 138 U.S. 781 (1891). Si trattò di casi in cui gli Stati avevano impedito l’ingresso del bestiame che non fosse rimasto nel territorio dello Stato per tutto l’anno precedente all’emanazione della legge, in cui avevano vietato la vendita di tutta quella carne che non fosse stata macellata entro i confini statali. Sul punto, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione ... cit.*, p. 53, nonché B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 6.03 e R.L. STERN, “The Problem of Yesteryear – Commerce and Due Process”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 4, (1950-1951), pp. 451 e ss.

<sup>166</sup> Fu così che nel caso *Reid v. Colorado*, 155 U.S. 461 (1895), la Corte sancì che: “*lo scopo di una legge, quale che ne sia il linguaggio in cui può essere formulata, deve essere determinato dagli effetti che naturalmente e ragionevolmente possono conseguirne*”.

<sup>167</sup> Casi *Smith v. Alabama*, 124 U.S. 465 (1887), *Nashville Railway v. Alabama*, 128 U.S. 96 (1888), *New York, New Haven and Hatford Railway v. New York*, 165 U.S. 628 (1897), *Lake Shore & Michigan South Railway v. Ohio*, 173



anni dopo, quando la Corte Suprema invalidò talune disposizioni legislative statali inerenti sempre il trasporto ferroviario di merci e di passeggeri che, trincerandosi dietro le esigenze di *public policy* statale, provocavano un effetto diretto sul commercio tra Stati e, come tali, violavano la *commerce clause*. Sono proprio gli effetti irragionevoli provocati sul commercio interstatale a rendere invalide le disposizioni statali sulla scorta di quella che Amato definisce una “pesatura” degli interessi contrapposti<sup>168</sup>.

In un certo senso la giurisprudenza costituzionale si è sempre adeguata alle decisioni esplicite del Congresso quando è intervenuta a posteriori per legittimare una normativa statale. In tale materia, è stato il Congresso, e non la Corte, ad essere giudice ultimo e insindacabile della ripartizione delle competenze con gli Stati, sia nel caso in cui decise di avocare a sé l’intera disciplina della materia, sia nel caso in cui preferì lasciare uno spazio significativo di intervento a favore dei singoli Stati. Il ruolo della Corte era sussidiario ed aveva come presupposto l’inerzia del Congresso. Il Supremo Giudice federale, nel giudicare la legittimità costituzionale delle discipline statali, tentava di interpretare la natura del silenzio del Congresso che, a sorpresa, poteva anche sconfessare gli assunti pretori elaborati, in virtù di appositi atti normativi federali successivi. In modo inevitabile, però, la Corte si trovò, spesso, innanzi ad opere di vero e proprio bilanciamento tra interessi contrapposti quando era in bilico l’equilibrio dell’intera architettura federale.

La clausola costituzionale sul commercio interstatale fu forse il parametro maggiormente invocato dal Supremo Giudice federale nel tentativo di bilanciare il principio di unità con il valore del decentramento, la centralizzazione con l’autonomia, in vista della realizzazione del fine comune di realizzare un mercato unico nazionale in cui fosse garantita la libertà di commercio anche attraverso i confini dei singoli Stati. La diversa sensibilità mostrata dalla Corte nell’interpretazione ed applicazione della *commerce clause*, rifletteva il differente modo di intendere i rapporti tra centro e periferia sospesi in un’opera di costante ridefinizione e ripensamento. La natura cangiante degli equilibri federali fu favorita dall’adesione ad una nozione elastica della *commerce clause* in grado di assecondare gli altalenanti *trends* del *federalizing process*.

Come rileva Gergen, la Corte Suprema non si dimostrò sempre insensibile alle ragioni della sovranità statale, tanto da consentire ad uno Stato di preferire la sua popolazione nell’allocazione

---

U.S. 283 (1899) e *Gul Railway v. Texas*, 246 U.S. 58 (1918). Per una ricostruzione delle vicende processuali, si rimanda all’analisi di G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione ... cit.*, pp. 55 e s., nonché B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 6.04.

<sup>168</sup> In particolare, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione ... cit.*, p. 57, basti rammentare i casi *Southern Railway Co. v. King* (1910) in cui la Corte validò una legge della Georgia che imponeva alle compagnie ferroviarie di stabilire postazioni di controllo di 400 yards prima dei passaggi a livello e imponeva segnali acustici e un rallentamento dei treni, onde evitare incidenti. Nel *Seaboard Airline v. Blackwell*, 242 U.S. 310 (1917) la Corte, invece, ritenne la normativa statale un peso irragionevole per il commercio interstatale, alla luce della preminenza dell’interesse nazionale su quello locale, e vista la crescita esponenziale del trasporto ferroviario. Occorre richiamare, a riguardo, anche il caso *Missouri Railway v. Texas*, 245 U.S. 484 (1918).

delle risorse, dal momento che lo Stato era considerato il guardiano e il fiduciario della sua popolazione<sup>169</sup>.

Nel corso degli anni Venti del XX secolo fu inaugurato un filone giurisprudenziale che ripudiò la distinzione tra gli effetti diretti e quelli indiretti (formulata in seguito a quella dei *selective exclusiveness*), ritenuto carico di un eccessivo meccanicismo applicativo, tale non tenere in debita considerazione le profonde evoluzioni occorse nel sistema economico e produttivo. Fu così che già nella *dissenting opinion* espressa nel caso *Di Santo v. Pennsylvania* dal Giudice Stone, nel 1927, il Giudice ritenne “troppo meccanico e troppo incerto nella sua applicazione” il *discrimen* categoriale tra effetti diretti ed effetti indiretti che doveva, invece, essere frutto della considerazione di una serie di circostanze quali la natura della disciplina, la sua funzione, il carattere dell’attività economica coinvolta e le ricadute sul commercio tra Stati.

Il ripudio del pregresso criterio ermeneutico dovette scontrarsi con alcune incertezze applicative, emerse nel caso *Barnwell Bros* del 1938, in cui fu difesa la costituzionalità di una legge statale la quale, in assenza di *standards* federali, stabiliva limiti massimi di peso dei *trucks* sulle *highway* dello Stato, nonostante i grandi ostacoli frapposti alla libera circolazione dei mezzi di trasporto impiegati nel commercio tra Stati, sulla scorta dell’assunto che la sicurezza delle *highways* fosse di primario interesse per lo Stato<sup>170</sup>. La Corte non poteva certo sostituirsi al Congresso nella definizione degli *standards* di sicurezza stradali che richiedevano valutazioni tecniche che l’organo giudiziario non poteva effettuare.

In particolare, ad una validazione di quasi tutta la legislazione federale emanata dal Congresso all’ombra della *interstate commerce clause* nei vari segmenti della vita economica e sociale, fece da contraltare un’ampia bocciatura della legislazione statale che appariva in aperto contrasto con il tentativo di rafforzare il ruolo del *Federal Government* e con il proposito di creare un mercato nazionale munito di solide basi. Fu così che nel caso, *Southern Pacific Co. v. Arizona* del 1945, la Corte Suprema dichiarò incostituzionale una legge dell’Alabama che proibiva alle compagnie ferroviarie di circolare con treni con più di 14 passeggeri per carrozza. La Corte ritenne che la misura ostacolava la libera circolazione delle persone, con inevitabili ricadute sul commercio tra

---

<sup>169</sup> Caso *Reeves Inc. v. Stake*, 447 U.S. 429 (1980). In particolare, M.P. GERGEN, “The Selfish State and the Market”, in *Texas Law Review*, Vol. 66, (1988), p. 1097. L’autore richiama il caso *Allied Stores Inc. v. Bowers*, 358 U.S. 522 (1959) in cui la Corte Suprema permise allo Stato di predisporre incentivi per incoraggiare le industrie a stabilirsi sul proprio territorio, nonché il caso *Martinez v. Bynum*, 461 U.S. 321 (1983) in cui riconobbe allo Stato del Texas la facoltà di negare l’accesso alle scuole statali dei non residenti, poiché lo Stato può rendersi titolare di un interesse sostanziale in tal senso.

<sup>170</sup> Caso *South Carolina State Highway Dep’t v. Barnwell Brothers*, 303 U.S. 177 (1938). Sul punto, si rimanda al contributo di W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, *The Elastic Commerce Clause: A Political Theory ...cit.*, pp. 1387 e s.

Stati senza che ne fossero dimostrati i vantaggi in termini di sicurezza sui passeggeri<sup>171</sup>. Infatti, la Corte asserì che: “*the States lack of authority to impede substantially the free flow of commerce from state to state, or to regulate those phases of the national commerce which because of the need of the national uniformity, demand that their regulation, if any, be prescribed by a single authority*”<sup>172</sup>.

Le successive pronunce confermarono siffatto *trend* ermeneutico e lo estesero anche alla regolamentazione della circolazione stradale che aveva assunto dimensioni sempre più simili a quelle attuali. Nella vicenda *BIBB v. Navajo Freight Lines Inc.* del 1959, la Corte invalidò una legge dell'Illinois che intendeva proibire ai *trucks* l'uso delle proprie *highways*, nel caso in cui non avessero utilizzato parafanghi curvi, diversamente dagli altri Stati che ammettevano l'utilizzo di parafanghi diritti. In tal caso, la disciplina statale intendeva impedire il lancio di pietrisco contro i veicoli che giungevano dal senso inverso, ma creava, altresì, notevoli disagi nel trasporto su strada delle merci<sup>173</sup>. Nel caso di specie, l'ostacolo al commercio non era costituito dalla legge statale, bensì dalla situazione di fatto che ne scaturiva, con ricadute discriminatorie sul trasporto di merci su strada, nel circuito interstatale.

Nel 1970, nel caso *Pike v. Bruce Church Inc.*, la Corte Suprema bocciò una legge dell'Arizona che imponeva agli agricoltori di inscatolare i prodotti agricoli in impianti situati nel territorio dello Stato, al fine di verificare la qualità e la provenienza della frutta. Dunque, la Corte quando doveva decidere se una legge statale imponeva ostacoli alla fisiologica dinamica degli scambi commerciali, senza discriminare tra residenti e non residenti, utilizzava il criterio del *balancing* tra interesse nazionale e vantaggio locale, quando, invece, la legge statale intendeva favorire i residenti a scapito dei non residenti, era evidente l'intento protezionistico che non necessitava neppure di un bilanciamento, essendone sufficiente un annullamento immediato alla luce della *dormant commerce*

---

<sup>171</sup> Caso *Southern Pacific Co. v. Arizona*, 325 U.S. 761 (1945). Sul punto, R.L. STERN, “The Problem of Yesteryear – Commerce and Due Process”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 4, (1950-1951), pp. 452 e s. L'autore richiama anche il caso *Morgan v. Virginia*, 328 U.S. 373 (1946), in cui vennero definitivamente superati gli assunti dicotomici degli effetti diretti e indiretti sul commercio tra Stati, *ibid.*, p. 452., nonché B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 6.05 e di W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, *The Elastic Commerce Clause: A Political Theory ...cit.*, p. 1388.

<sup>172</sup> Sul punto e per un'analisi delle ulteriori pronunce a sostegno di una interpretazione restrittiva della *dormant commerce clause*, si rimanda al contributo di R.L. STERN, *The Problem of Yesteryear – Commerce and ...cit.*, pp. 453 e ss., il quale richiama l'importante caso *Cities Service Gas Co. v. Peerless Oil & Gas Co.*, 340 U.S. 179 (1950), in cui la Corte ribadì, all'unanimità, che: “*It is now well settled that a State may regulate matters of local concerns over which federal authority has not been exercised, even though the regulation has some impact on interstate commerce ... The only requirement consistently recognized has been that the regulation not discriminate against or place an embargo on interstate commerce that it safeguard an obvious state interest, and that the local interest at stake outweigh whatever national interest there might be in the prevention of state restrictions*”, *ibid.*, p. 454.

<sup>173</sup> Caso *BIBB v. Navajo Freight Lines Inc.*, 359 U.S. 130 (1959). L'indirizzo fu confermato, molti anni dopo, nel successivo caso del 1980, *Kassel v. Consolidated Freightways Corp.*, 450 U.S. 662 (1981). Sul punto, in particolare, W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, *The Elastic Commerce Clause: A Political Theory ...cit.*, p. 1389.

*clause* e della *privileges and immunity clause*<sup>174</sup>. Il vaglio della Corte fu reso più stringente a causa delle plurime modalità di manifestazione delle condotte protezionistiche da parte degli Stati che ricorrevano all'espedito degli ostacoli alle importazioni di beni prodotti in altri Stati, ai sussidi finanziari alle imprese locali, alla proibizione della vendita di liquori, al rifiuto di ammettere nell'ambito del proprio territorio merci e prodotti ritenuti pericolosi per la salute pubblica e l'ambiente, al rifiuto di condividere le risorse naturali con altri Stati, alla riserva di posti di lavoro e di iniziative imprenditoriali a favore dei residenti, non solo per discriminare tra residenti e non, ma nello stesso tempo per favorire lo sviluppo del mercato interno statale a scapito di quello nazionale con inevitabili ricadute sul livello dello sviluppo economico e occupazionale e del conseguimento del benessere generale.

La Corte maturò un approccio alquanto rigido nei confronti di tutte quelle condotte che operavano una distinzione tra residenti e non e, tra residenti di lunga durata e neo-residenti, eccezion fatta per i casi in cui le leggi discriminatorie erano motivate da ragioni sanitarie e ambientali preponderanti<sup>175</sup>. Nel caso *Philadelphia v. New Jersey* del 1978, il Supremo Giudice federale sancì che una legge del New Jersey che proibiva l'importazione della maggior parte dei rifiuti solidi e liquidi urbani che erano stati prodotti e raccolti al di fuori dei confini territoriali dello Stato fosse incostituzionale. Infatti, l'evocata esigenza di protezione ambientale, atta a giustificare la misura discriminatoria, non reggeva innanzi alla considerazione secondo la quale il danno ambientale non era prodotto tanto dal trasporto dei rifiuti attraverso i confini statali, bensì dal loro deposito e dal loro smaltimento nell'ambito dello Stato. In tal caso, ammettere la discarica di rifiuti prodotti all'interno dello Stato ed escludere la discarica di quelli provenienti da altri territori presentava un fine discriminatorio che violava la *dormant commerce clause* e non rispondeva ad alcun evidente fine di protezione ambientale<sup>176</sup>.

L'approccio restrittivo della Corte, in tema di applicazione della *dormant commerce clause*, ha risentito, però, del diverso sentire dei Giudici Scalia e Thomas, i quali hanno negato che la Corte Suprema potesse sindacare il contenuto della legislazione statale. In particolare, Scalia nella *concurring opinion* redatta nel caso *Midwestco Enterprises* del 1988, giunse a sostenere che: “Io

---

<sup>174</sup> Caso *Pike v. Bruce Church Inc.*, 397 U.S. 137 (1970). Sul punto, B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 6.06 [A] e ss. e B.L. BIGELOW, “The Commerce Clause and the Criminal Law”, in *Boston College Law Review*, Vol. 41, (1999-2000), p. 917.

<sup>175</sup> Casi *New Eng. Power Co. v. New Hampshire*, 455 U.S. 331 (1982) e *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617 (1978). Come ricorda Gorlani, la Corte sintetizzò la sua filosofia contro il protezionismo nel caso *Baldwin v. F.A.F. Seelig Inc.*, 294 U.S. 511 (1935), in cui sostenne che: “La Costituzione fu scritta in base alla teoria che la popolazione dei diversi Stati deve affogare o nuotare insieme e che nel lungo periodo la prosperità e la salvezza consistono nell'unione e non nella divisione”. Sul punto, M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano, 2004, p. 253, nonché B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 6.06 [B] e ss. e W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, *The Elastic Commerce Clause: A Political Theory ...cit.*, p. 1390.

<sup>176</sup> Caso *Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617 (1978).

*abbandonerei il criterio del bilanciamento per i casi di dormant commerce clause e lascerei essenzialmente al Congresso il giudizio. Nella mia visione, una legge statale è invalida in base alla commerce clause se, e solo se, concede un trattamento discriminatorio al commercio interstatale in un ambito non richiesto per perseguire un legittimo interesse locale*<sup>177</sup>.

Al di là della opinione isolata del Giudice Scalia, la Corte Suprema ha sempre sostenuto che operasse una quasi automatica presunzione di illegittimità a carico di quelle leggi statali che perseguivano un intento manifestamente discriminatorio, tra residenti e non residenti, e un fine spiccatamente protezionistico.

Un problema di maggiore spicco si era palesato, più volte palesato, nel caso in cui la disciplina statale non avesse perseguito, almeno in apparenza, un fine protezionistico o discriminatorio. Il caso più rilevante a riguardo, concerne la nota vicenda *Baldwin v. G.A.F. Seelig Inc.* del 1935<sup>178</sup>. Al fine di garantire un reddito ai produttori di latte colpiti dalla grave crisi del 1929, il *New York Milk Control Act* del 1933 sanciva un prezzo minimo che i rivenditori di latte dovevano pagare ai produttori. L'impresa *G.A.F. Seelig Inc.* aveva acquistato il latte ad un prezzo più basso nello Stato del Vermont per aggirare la regola. La legge statale ne vietava la rivendita nello Stato di New York. La Corte Suprema ritenne incostituzionale la legge newyorchese poiché sfavoriva tutti quei produttori di latte in grado di operare sul mercato a prezzi più competitivi. Inoltre, la legge dello Stato di New York non era suffragata da ragioni di tutela della salute dei consumatori o di sicurezza del prodotto, bensì dall'esigenza di garantire un reddito minimo a favore dei produttori lattieri interni, in modo tale da intralciare il commercio tra Stati. La discriminazione, in tale caso, era indiretta poiché danneggiava i produttori di altri Stati che potevano produrre a prezzi più competitivi, ma il cui prodotto non poteva essere venduto nel seno del mercato dello Stato di New York. Una simile misura statale, se fosse passata indenne dal controllo federale, avrebbe legittimato siffatti interventi anche in altri comparti produttivi.

Una sentenza di ampio rilievo, in materia, è costituita dalla pronuncia *Du Mond* del 1949. In tale vicenda, si controverteva della richiesta, fatta da un imprenditore allo Stato di New York, volta ad ottenere una licenza per la costruzione di un nuovo impianto per la raccolta e la lavorazione del latte nei pressi del confine con il Massachusetts. In tal modo, l'impresa avrebbe attratto numerosi acquirenti dallo Stato del Massachusetts. A fronte del rischio che la deviazione del flusso commerciale dallo Stato di New York allo Stato del Massachusetts avesse lasciato il primo Stato privo della adeguata fornitura di latte, lo Stato di New York negò il rilascio della licenza. La Corte Suprema vi ravvisò una violazione della *dormant commerce clause*, dal momento che consentire ad

---

<sup>177</sup> Caso *Bendix Autolite Corp. v. Midwesco Enterprises, Inc.*, 486 U.S. 888 (1988). La citazione è consultabile nell'opera di M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato ...cit.*, p. 252.

<sup>178</sup> Caso *Baldwin v. G.A.F. Seelig Inc.*, 294 U.S. 511 (1935).

uno Stato di subordinare l'esportazione dei propri prodotti al pieno soddisfacimento del mercato interno, avrebbe dato vita a legislazioni protezionistiche, inclini al localismo economico, in grado di compromettere gli equilibri dell'intero mercato nazionale. Sulla scorta di simili assunti ermeneutici la Corte ha invalidato quelle misure statali destinate a favorire l'impiego di sola manodopera locale e a valorizzare la sola reputazione dei prodotti locali<sup>179</sup>. Infatti, nel caso *Dean Milk Co. v. Madison* del 1951, la Corte Suprema fu chiamata a decidere della costituzionalità di una ordinanza della Città di Madison nel Wisconsin che proibiva la vendita di latte pastorizzato che non fosse stato lavorato e imbottigliato entro le cinque miglia dalla piazza centrale di Madison, in modo tale che il latte fosse sottoposto ai penetranti controlli esercitati dagli ispettori comunali, tenuti a far rispettare degli *standards* igienico-sanitari molto più elevati rispetto ad altre città e ad altri Stati. La Corte giudicò incostituzionale l'ordinanza visto che il fine sanitario poteva essere perseguito, facendo spostare gli ispettori nelle varie città e contee a spese dei produttori<sup>180</sup>.

Non si può non rammentare, nell'ambito di questo filone, il caso *Hunt v. Washington State Apple Advertising Comm'n* del 1977 in cui la Corte invalidò una legge del North Carolina la quale imponeva che i contenitori di mele offerti per la vendita o il carico all'interno degli Stati non recassero altro indicatore di qualità che quello imposto dalla normativa federale. La regola statale risultava neutrale solo in apparenza, visto che discriminava i produttori di mele dello Stato di Washington da cui proveniva oltre 50 per cento delle mele di tutto il Nord America e che distribuiva il prodotto secondo *standards* qualitativi di gran lunga superiori rispetto a quelli previsti in altri Stati<sup>181</sup>.

Contrariamente, nel caso *Parker v. Brown* del 1943, la Corte Suprema validò una legge della California che fissava il prezzo dell'uva passa al fine di evitare speculazioni sul prodotto e stabilizzare il mercato<sup>182</sup>. Per quanto il 95 per cento dell'uva passa californiana fosse destinata al commercio interstatale, la misura fu reputata costituzionalmente legittima poiché tentava di porre

---

<sup>179</sup> Caso *Hood & Sons v. Du Mond*, 336 U.S. 525 (1949). Per un'analisi della vicenda si rimanda al contributo di R.L. STERN, "The Problem of Yesteryear – Commerce and Due Process", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 4, (1950-1951), p. 456. Differentemente, la Corte Suprema si era espressa nel caso *Pennsylvania. Control Board v. Eisenberg Farm Product*, 306 U.S. 346 (1939). Difendendo la costituzionalità di una legge della Pennsylvania che fissava un prezzo minimo di rivendita del latte, anche se destinato al commercio interstatale, sulla scorta dell'assunto secondo cui il latte prodotto era destinato ad essere consumato, soprattutto, nel territorio della *Pennsylvania*

<sup>180</sup> Caso *Dean Milk Co. v. Madison*, 340 U.S. 349 (1951). Per un commento, si rimanda al contributo di R.L. STERN, "The Problem of Yesteryear – Commerce and Due Process," in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 4, (1950-1951), p. 457 e s.

<sup>181</sup> Anche nel settore del commercio delle bevande alcoliche, il termine del periodo *dry* e la devoluzione agli Stati del compito di disciplinare il trasporto e l'importazione dei liquori, consentì alle singole entità decentrate di introdurre misure, persino proibizioniste, ma non anche discriminatorie tra liquori locali e liquori di altri Stati. Come affermò la Corte, nel caso *Hostetter v. Idlewild Bon Voyage Liquor Corp.*, 377 U.S. 324 (1964), in occasione del quale distinse tra ostacoli neutri al commercio tra Stati e ostacoli discriminatori, i primi motivati da uniformi e omogenee esigenze di tutela della salute pubblica; i secondi suffragati dall'intento di favorire i soli produttori locali.

<sup>182</sup> Caso *Parker v. Brown*, 317 U.S. 411 (1943).

ordine e di garantire stabilità all'interno di un settore in crisi ed in cui la California era sostanzialmente l'unico produttore.

Nella vicenda *Wunnicke* del 1984, la Corte ritenne legittima la condotta dello Stato dell'Alaska che intendeva vendere il legname di cui era uno dei principali produttori nazionali alla condizione che fosse almeno parzialmente lavorato nel territorio dello Stato prima di essere trasportato altrove<sup>183</sup>.

In materia di *dormant commerce clause*, risulta necessario distinguere tra la menzionata casistica inerente le *sales laws*, riflesso del *police power* statale, e le fattispecie applicative delle *tax laws*, espressione del potere tributario, detenuto dai singoli Stati<sup>184</sup>.

Nel caso, *West Lynn Creamery Inc. v. Healy* del 1994, la Corte Suprema bocciò una legge del Massachusetts che aveva introdotto una tassa a carico di tutti i commercianti all'ingrosso che avevano venduto latte a rivenditori al minuto, con lo scopo di distribuire i proventi a favore dei produttori locali. In tal modo, i commercianti dello Stato erano indotti a rivolgersi ai produttori locali al fine di vedersi praticati dei prezzi più bassi, stante il beneficio statale di cui godevano, a differenza dei produttori di altri Stati. La misura provocava effetti anticompetitivi nell'ambito del più ampio mercato nazionale<sup>185</sup>.

Di rilievo, in materia è il recente caso *Cuno v. Daimler Chrysler* del 2006, in cui si controverteva della costituzionalità di un piano di sviluppo economico varato dallo Stato dell'Ohio che concedeva una serie di sgravi fiscali e di appositi incentivi per sostenere l'iniziativa e lo stabilimento del gruppo industriale nel proprio territorio. La Corte Suprema fu adita da un gruppo di cittadini, capeggiati da Charlotte Cuno i quali lamentavano una violazione della *interstate commerce clause*, a livello federale e della *equal protection clause*, a livello statale. La Corte d'Appello del Sesto Circuito federale accolse le istanze dei ricorrenti, ritenendo gli sgravi fiscali, disposti dallo Stato, lesivi della *dormant commerce clause* e discriminatori per le imprese locali. La Corte Suprema,

---

<sup>183</sup> Caso *South Central Timber v. Wunnicke*, 467 U.S. 82 (1984).

<sup>184</sup> Come rileva Amato, occorre individuare un *discrimen*, tra leggi espressione del *police power* statale e leggi espressione del poter tributario, alla luce, anche, delle differenti discipline che fungono da fonte attributiva di tale competenza. Sul punto, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione ... cit.*, p. 40.

<sup>185</sup> Le pratiche discriminatorie risultavano illegittime, non solo quando colpivano i cittadini residenti nei territori di altri Stati, ma anche i residenti in città o contee presenti nello stesso Stato. Caso *West Lynn Creamery Inc. v. Healy*, 512 U.S. 86 (1994). La Corte, nel pregresso caso *New York Co. of Indiana v. Limbach*, 486 U.S. 269 (1988), aveva giustificato l'erogazione di sussidi a favore dei produttori statali, purché il costo gravasse su tutti i contribuenti e non solo sui produttori di altri Stati. Sul punto, B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 6.06 [A]. Il controllo della Corte fu esteso anche al settore del mercato finanziario, tanto che nel caso *Lewis v. BT Investment Managers Inc.* 447 U.S. 27 (1980), annullò una legge della Florida che faceva divieto di svolgere una attività di consulenza sugli investimenti locali a favore di istituti di credito e di investitori istituzionali di altri Stati. Nel 1982, la Corte ritenne incostituzionale l'*Illinois Business Take-Over Act*, che imponeva talune regole restrittive per le offerte pubbliche di acquisto di società per azioni aventi sede legale in Illinois, caso *Edgar v. Mite Corp.*, 457 U.S. 624 (1982). Sul punto, in particolare, W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, *The Elastic Commerce Clause: A Political Theory ... cit.*, p. 1389 e s. Differentemente, la Corte si espresse nel caso *CTS Corp. v. Dynamics Corp. of America*, 481 U.S. 69 (1987), in occasione del quale validò una legge dell'Indiana che proteggeva i cittadini residenti nello Stato che fossero in possesso di azioni.

però, ha rigettato tali argomentazione ed ha sancito, all'unanimità, che la misura fiscale disposta dallo Stato dell'Ohio non ha effetti discriminatori e non viola, pertanto, la *commerce clause*, rispondendo al fine di incentivare lo sviluppo economico nella zona e non la discriminazione tra imprese appartenenti a Stati diversi<sup>186</sup>. Inoltre, la Corte ha sostenuto la presenza di un difetto di interesse ad agire dei ricorrenti che non hanno dimostrato l'esistenza di alcun nesso eziologico tra la misura fiscale apprestata ed una probabile riduzione delle entrate statali.

Nel caso *Department of Revenue v. Kentucky* del 2008 che ha visto impegnato nella redazione della *concurring opinion* il nuovo *Chief Justice* Roberts e concernente la sfera applicativa della dottrina sulla *dormant commerce clause*. Nella vicenda *de qua*, si dibatteva della legittimità costituzionale di una legge del Kentucky che tassava gli interessi percepiti su *bond* emessi da altri Stati. L'*Internal Revenue Code* prevede, nel calcolo del reddito lordo, che gli interessi percepiti su ogni *bond* statale o locale siano esenti da tassazione. La circostanza secondo la quale ad essere tassati erano solo gli interessi percepiti su *bond* emessi da altri Stati e da altre municipalità, non anche quelli emessi dal e nel Kentucky, lasciavano presumere la presenza di una misura fiscale discriminatoria<sup>187</sup>.

Ma il Giudice Souter, nel redigere l'*opinion of the Court*, ha asserito che i *bond proceeds* sono una "*quintessentially public function*" e che le misure fiscali adottate dallo Stato del Kentucky andavano ben al di là del semplice protezionismo economico e non producevano alcun "*negative effect ... on interstate commerce*"<sup>188</sup>. Risulta rilevante il richiamo che il Giudice Souter fa alla sfera applicativa della *dormant commerce clause*, interpretata, oggi, come misura destinata a sanzionare costituzionalmente i protezionismi posti in essere dai singoli Stati, ma non ogni misura normativa adottata. Il Giudice ha richiamato alla memoria il pensiero dei Padri fondatori, i quali disegnarono la Costituzione in modo che: "*The law has had to respect a cross purpose as well, for the Framers' distrust of economic Balkanization was limited by their federalism favoring a degree of local*

---

<sup>186</sup> Caso *Cuno v. Daimler Chrysler*, 547 U.S. 332 (2006), si tratta di uno dei primi casi, in materia di *commerce clause*, decisi dal nuovo *Chief Justice* Roberts, nominato nel 2005 da George W. Bush. Per un'analisi della vicenda delle fasi processuali innanzi alle Corti del Distretto federale, si rimanda al contributo di V. IYER, "*Cuno v. Daimler Chrysler, Inc., Dormant Commerce Clause Limits State Location Tax Incentives*" in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, (2005), pp. 524 e ss. Per una disamina generale degli orientamenti attuali, in materia di *commerce clause*, si rimanda al contributo di M.L. STEARNS, "*The New Commerce Clause Doctrine in Game Theoretical Perspective*", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 60, No. 1, (January 2007), pp. 3 e ss.

<sup>187</sup> Per tale ragione i coniugi George e Catherine Davis esero una *class action* ai danni dello Stato del Kentucky, ritenendo la "*policy of taxing*" statale, lesiva della *dormant commerce clause*. La Corte statale rigettò il ricorso, asserendo la costituzionalità della *tax policy* statale. Giunta all'attenzione della Corte Suprema, quest'ultima con una maggioranza di sette a due, sancì che la legge statale e le misure fiscali differenziali non violavano la *dormant commerce clause*.

<sup>188</sup> Caso *Department of Kentucky v. Davis*, 553 U.S. \_ (2008). Nella sentenza il Giudice Souter opera l'importante distinzione "*... between States as market participants and States as market regulators*". Operando il Kentucky quale *market participant* e non in qualità di *market regulator*, la Corte non ha ravvisato gli estremi di una misura regolatoria di stampo protezionistico, lesiva della *commerce clause*. Di rilievo, è il rimando fatto al pensiero del Giudice Holmes nella parte finale del provvedimento, il quale era solito asserire che: "*the mode of taxation is of long standing, and upon questions of constitutional law the long settled habits of the community play a part ... . The fact that the system has been in force for a very long time is of itself a strong reason ... for leaving any improvement that may be desired to the legislature*".



*autonomy*” e, citando il precedente *Garcia* del 1995, ha ribadito che: “*The essence of our federal system is that within the realm of authority left open to them under the Constitution, the States must be equally free to engage in any activity that their citizens choose for the common weal*”<sup>189</sup>.

Oggi, dunque, la *commerce clause*, nella sua accezione *dormant*, ha indotto la Corte Suprema a invalidare solo quelle discipline statali costituenti un ostacolo irragionevole (*unreasonable burden*) per il commercio interstatale o atte a cagionare una discriminazione ingiustificata a danno di operatori economici extrastatali o un inammissibile protezionismo a vantaggio di quelli locali <sup>190</sup>. Come rileva Bognetti, spetta oramai al Congresso e non alla Corte Suprema, il compito di mantenere sul tutto il territorio nazionale le condizioni di un mercato unico in cui le diversificazioni normative tra i vari Stati Membri non pregiudichino l’efficienza economica nel suo insieme. Il cambiamento rispetto all’epoca liberale “è notevolissimo”<sup>191</sup>. Questi ultimi nel corso del novecento sono stati i protagonisti crescenti di una forma di autentico cooperativismo paritario che si è manifestato nei numerosi accordi interstatali siglati sino ai nostri giorni<sup>192</sup>.

Occorre menzionare il recente *Regional Greenhouse Gas Initiative* (RGGI), siglato da sette Stati del Nord-Est, nel settembre del 2005 ed avente lo scopo di ridurre il livello di emissioni di gas serra da parte degli stabilimenti impegnati nella produzione di energia elettrica, fissando delle soglie che non

---

<sup>189</sup> Lo sguardo al passato segnala una sottile continuità di vedute che, al di là delle oscillazioni pretorie, tenta di ricomporre l’equilibrio federale nella cornice della pari valorizzazione delle entità decentrate e di un moderato e mirato ruolo del *Federal Government*, evitando pericolose spinte centripete o centrifughe che possono solo provocare una balcanizzazione dei sistemi economici e sociali dei quali occorre assicurare una necessaria uniformità di trattamento e di disciplina federale, conciliata e compenetrata con un ruolo attivo e propositivo dei singoli Stati. Per una disamina degli effetti discriminatori e della natura protezionistica di talune misure fiscali statali sino agli Cinquanta, si rimanda al contributo di E.L. BARRETT, JR., “State Taxation of Interstate Commerce – “Direct Burdens”, “Multiple Burdens” or What Have You?”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 4, (1950-1951), pp. 496 e ss.

<sup>190</sup> La legge federale può, oggi, lasciare un maggiore spazio di intervento a favore della disciplina statale di dettaglio o integrativa, ma può anche autorizzare i singoli legislativi statali a introdurre regole che, in passato, la Corte Suprema aveva giudicato lesive della *dormant commerce clause*. Come afferma Bittker, la Corte Suprema è giunta ad elaborare, in modo graduale, quattro criteri differenziati in materia di *dormant commerce clause*: il criterio dei *national subjects*, evidenziato nella sentenza *Cooley*; quello del *direct burden on interstate commerce*, secondo cui la legge statale è invalida nella misura in cui ostacola direttamente il commercio tra Stati, mentre le discipline statali che, solo indirettamente, incidono sul commercio interstatale sono legittime, a meno che non vi sia una legge federale contrastante, in materia; il criterio della *discriminatory or protectionist legislation* che riteneva incostituzionali quelle leggi statali che discriminavano tra imprese locali ed imprese di altri Stati ed il criterio dell’*interstate burdens outweighing local benefits*, attualmente, in auge, secondo il quale è ammissibile una legislazione statale che inerisce od incide sugli scambi interstatali, purché il peso o il vincolo, ad essi opposto, non risulti eccessivamente irragionevole, se bilanciato con gli interessi locali protetti dalla norma statale. Sul punto, B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 6.02 [B].

<sup>191</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...cit.*, p. 214, nonché W.N. ESKRIDGE JR., JOHN FERREJOHN, *The Elastic Commerce Clause: A Political Theory ...cit.*, pp. 1394 e ss.

<sup>192</sup> Basti rammentare il *New York & New Jersey Port Authority Compact*, del 1921, con cui i due Stati hanno affidato ad un ente comune la gestione del sistema dei trasporti dell’area urbana metropolitana di New York; l’*Upper Colorado River Basin Compact* del 1948, per l’uso delle risorse idriche del fiume Colorado, tra California ed Arizona; l’*Appalachian Regional Commission* che coinvolge 13 Stati con l’intento di rinviare una zona rurale economicamente depressa, nonché gli accordi interstatali siglati tra i sei Stati del New England, in materia di protezione della salute, emergenza militare, di trasporto su strada e, il *New England Truck Permit Agreement for Oversize, Non-divisible, Interstate Loads*.

possono essere oltrepassate<sup>193</sup>. L'accordo, ratificato dagli Stati, prevede l'adozione di un programma di cd. "cap-and-trade" che consentirà alle varie centrali elettriche di ridurre le emissioni nocive e di vendere l'energia secondo dei parametri quali-quantitativi stabiliti dagli Stati aderenti<sup>194</sup>. Vi è chi in dottrina ha sollevato il dilemma secondo cui la necessità di assicurare il rispetto delle regole del RGGI, potrebbe determinare l'imposizione di limiti alle importazioni di energia prodotta in Stati non sottesi alle regole del *Greenhouse agreement* per non scoraggiare la produzione energetica interna. In tal modo, si potrebbe paventare una violazione della *interstate commerce clause* da parte di più Stati che, ponendo dei limiti alle importazioni di energia da altri territori non aderenti all'accordo, possono favorire il perpetrarsi di condotte discriminatorie in seno al mercato dell'energia elettrica<sup>195</sup>.

Il fatto che, in linea generale, taluni accordi debbano essere sottoposti all'assenso del Congresso che li trasforma in legge federale, non deve essere letto come una restrizione dall'alto, quanto come una

---

<sup>193</sup> Gli Stati aderenti al *Regional Greenhouse Gas Initiative* (RGGI), sono costituiti dal Connecticut, dal Delaware, dal Maine, dal Maryland, dal Massachusetts, dal New Hampshire, dal New Jersey, da New York, dal Rhode Island, e dal Vermont. L'accordo non costituisce l'unico esempio di "Green agreement", siglato in tale campo. Occorre rammentare le esperienze condotte anche in altri Stati, tra le quali si annoverano il *Midwestern Greenhouse Reduction Accord* (MGGA) siglato nel 2007, avente il fine di ridurre le emissioni di biossido di carbonio e di implementare i programmi di protezione ambientale. Tra gli Stati firmatari figurano, per gli Stati Uniti: l'Iowa, l'Illinois, il Kansas, il Michigan e il Minnesota; per il Canada, il Manitoba. Si tratta di un accordo simile al RGGI, avente lo scopo di avviare un sistema di "cap-and-trade" nel mercato energetico. Ne emerge chiaramente la natura più ampia, dovuta alla presenza dello Stato del Manitoba non facente parte del territorio statunitense. Sul punto, non si può in alcun modo tralasciare l'importante ruolo ricoperto dalla California che, pur non avendo partecipato a programmi ed iniziative regionali, ha avviato una serie di progetti di protezione ambientale in modo del tutto autonomo. Tra queste emerge il *Greenhouse Gas Regulation for Motor Vehicles*, con lo scopo di ridurre l'inquinamento atmosferico provocato dalle automobili. A tal proposito, la California aveva richiesto all'Autorità federale, in materia di protezione ambientale, (nota come *Environmental Protection Agency*) di ottenere una deroga al regime di *preemption* che, a riguardo, era operato dal *Clean Air Act* del 1996, poiché troppo elastico. Ma l'EPA ha fornito una risposta negativa, non concedendo la cd. *waiver* alla *preemption* federale. Lo scorso 26 giugno 2009, la Camera dei Rappresentanti ha approvato una legge che è, oggi, in attesa della ratifica da parte del Senato, che si iscrive nella cornice della politica di protezione ambientale voluta dal Presidente Barak Obama e prevede che le raffinerie, le società del settore manifatturiero e le *utilities* riducano il livello delle emissioni di anidride carbonica e di altri gas associati, al 17 per cento, entro il 2020 e, all'83 per cento, entro il 2050, al fine di ridurre il riscaldamento globale. La legge comprende un programma di *cap and trade*, ossia un sistema che fissa un tetto massimo alle emissioni e ne consente lo scambio, ed introduce severi controlli nei confronti delle imprese che non osserveranno il divieto. La concorrenza normativa con le pattuizioni e gli accordi interstatali ed inter-regionali, già stipulati, porrà un problema di coordinamento delle fonti normative (statali e federali). In materia, rilevante è l'analisi condotta da J.R. TALBOTT, *Obamanomics. Dalla crisi dell'alta finanza all'economia dal basso*, Milano, 2009, pp. 133 e ss.

<sup>194</sup> L'accordo consente alle imprese che si impegnano ad approvare progetti sperimentali di riduzione delle emissioni inquinanti, una serie di "offset credits" che permettono di coprire i notevoli costi cui vanno incontro le industrie che finanziano simili programmi. I fornitori di energia elettrica potrebbero, però, acquistare l'energia da centrali ubicate in altri Stati che non abbiano aderito al RGGI e a condizioni più vantaggiose.

<sup>195</sup> Come rileva Bolster, una valida soluzione, idonea ad evitare che il *Regional Agreement* fallisca nel suo proposito e si possa trasformare in misura protezionistica delle imprese locali che producono energia elettrica, è costituito dall'introduzione di meccanismi di compensazione fiscale, (cd. *tax compensatory doctrine*) in grado di incentivare la riduzione graduale di emissioni di gas serra e di facilitare la vendita dei diritti di emissione in seno al mercato statale e non solo. Sul punto, si veda il contributo di H. BOLSTER, "The Commerce Clause Meets Environmental Protection: The Compensatory Tax Doctrine as a Defense of Potential Regional Carbon Dioxide Regulation", in *Boston College Law Review*, Vol. 47, (2005-2006), pp. 738 e ss.

garanzia da eventuali *preemptions* da parte di quest'ultimo<sup>196</sup>. Il fatto che il Governo federale molte volte abbia aderito a siffatti accordi interstatali, assicurando l'elargizione di risorse federali per darvi attuazione, è stato letto come un valido strumento per l'ottenimento del consenso, in seno al Congresso e, soprattutto, come un virtuoso esempio di cooperazione bidimensionale, a livello verticale ed orizzontale, quest'ultima, favorita e rinvigorita anche da una forma di associazionismo tra realtà statali e locali<sup>197</sup>.

#### 4.8. Il ruolo peculiare dello Uniform Commercial Code

Si può asserire che a partire dal *New Deal*, si è registrata una profonda tendenza alla omogenizzazione delle discipline in campo economico e commerciale. La spinta alla uniformazione fu dettata dal vorticoso evolversi del mondo economico e sociale che richiedeva delle risposte legislative unitarie su tutto il territorio nazionale. Alla legislazione federale si associò, però, una concomitante normativa statale che, attraverso commissione miste, tentava di armonizzare le rispettive disposizione normative al fine di facilitare le relazioni tra cittadini residenti in Stati diversi e gli scambi commerciali tra imprese ubicate in differenti territori. In tal modo, il *Council of State Governments*, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* e la *Committee on Suggested State Legislation*, operante in seno al *Council of State Governments*, tentarono di rinvenire le soluzioni migliori a livello legislativo e amministrativo per migliorare le relazioni economiche e commerciali tra i singoli Stati e non solo. Era fatto, sovente, uso dello strumento della sperimentazione congiunta di soluzioni assunte in modo condiviso e nel pieno rispetto della sovranità legislativa dei singoli Stati e furono 'importati' i modelli organizzativi e le

---

<sup>196</sup> Si tratta della cd. "*Law of the Union Doctrine*", formulata dalla Corte Suprema nel caso *Cuyler v. Adams*, 449 U.S. 433 (1981), in cui si afferma esplicitamente che il consenso del Congresso trasforma un accordo tra Stati in legge degli Stati Uniti, nonostante, nel caso di specie, il consenso del Congresso non fosse necessario per il tipo di accordo siglato. In particolare, sul punto, si rimanda al contributo di M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato ...cit.*, p. 270. La Corte Suprema aveva, del resto, difeso in più occasioni l'uso degli accordi interstatali, basti rammentare i casi *Holmes v. Jenninon*, 39 U.S. 540 (1840), *New York v. New Jersey*, 256 U.S. 296 (1921) e *State v. Sims*, 341 U.S. 22 (1951).

<sup>197</sup> Un rilevante esempio di accordo paritario tra Stati e *Federal Government*, comprensivo anche di talune grandi realtà urbane quali New York e Philadelphia, è costituito dal *Delaware Basin Compact*, istituito nel 1961 e comprensivo degli Stati del Delaware, di New York, del New Jersey, della Pennsylvania, il Governo federale e le Città di New York e di Philadelphia. Il Consiglio di amministrazione è costituito da quattro membri di nomina statale e da un membro di nomina federale. In tal modo, il governo federale non ha il potere di imporre la sua volontà su quella degli Stati, se non rompendo l'accordo. Di rilievo, a riguardo, sono anche il *Council of State Governments*, la *National Governors' Association* e la *National Conference of State Legislators*. Il *Council of State Governments* è un'agenzia governativa di rappresentanza degli Stati, creata e supportata da apposite leggi statali e tenuta a promuovere una migliore gestione dei poteri dei governi statali e favorire la cooperazione interstatale. Essa è divenuta, col tempo, la sede della discussione di problemi politici di ampio respiro, come avvenne nel corso della Seconda Guerra mondiale o la crisi di Little Rock del 1958.

misure legislative dimostratesi più efficienti e virtuose. In una simile cornice la sovranità statale venne rimodellata secondo le logiche della *leadership*, nell'adozione delle decisioni, e della *partnership*, nella ricerca di soluzioni comuni, nella cornice della uniforme disciplina federale. In tal modo, le dinamiche federali cooperative si arricchirono e si ampliarono seguendo dinamiche flessibili e in costante ridefinizione.

Il fenomeno dell'armonizzazione delle discipline, in specie in campo commerciale, raggiunse il suo acme più intenso nel corso degli anni Cinquanta, quando un gruppo di esperti guidati dal Karl Llewellyn ebbe modo di redigere un corpo di disposizioni uniformi in materia di commercio che prese il nome di *Uniform Commercial Code*<sup>198</sup>. Scopo primario del Codice era quello di “*simplify, clarify and modernize the law governing commercial transactions to permit the continued expansion of commercial practices through custom, usage and agreement of the parties ... to make uniform the law among the various jurisdictions*”<sup>199</sup>.

Il Congresso non aveva mai invaso, pur potendo, per taluni versi, provvedere a dettare delle regole uniformi a livello nazionale, il campo della contrattualistica commerciale che rimaneva appannaggio dei singoli Stati. Ecco perché l'assenza di una disciplina uniforme di origine federale e il numero sempre crescente di scambi commerciali tra Stati, accompagnati sovente da frodi, resero necessaria l'approvazione di un Codice Commerciale Uniforme. L'esperienza, in verità, non costituiva un *quid novi* nel panorama giuridico statunitense. Infatti, già nel 1906, fu approvato dai singoli Stati lo *Uniform Sales Act*, meglio noto come *Williston Sales Act*, dal nome del suo ideatore che provvide a redigerlo con l'ausilio della *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Ma la sua inadeguatezza rispetto al mutato contesto economico e commerciale lo aveva reso un testo obsoleto che doveva essere rimodellato secondo logiche del tutto nuove.

Come rilevò Llewellyn, il testo del 1906 mancava di uniformità e di organicità, riflettendo, in qualità di “*rebuilt machine*”, il contenuto dell'*English Sales of Goods Act* del 1893, oramai anacronistico per una realtà complessa quale quella del Novecento<sup>200</sup>. L'idea originaria fu quella di

---

<sup>198</sup> Nel 1951, il Codice Commerciale Uniforme fu approvato dall'*American Bar Association House of Delegates* e fu poi, ratificato da tutti i cinquanta Stati a partire dalla Pennsylvania, nel 1954.

<sup>199</sup> *Uniform Commercial Code, Section 1-102*. In effetti, l'esigenza di un codice commerciale uniforme si avvertiva da tempo e, nonostante, il Congresso fosse intervenuto più volte a disciplinare il commercio tra Stati, alla luce del clausola sul commercio interstatale, e la Corte Suprema avesse delimitato gli ambiti di intervento del *Federal Government* e delle singole entità decentrate, gli interventi federali si erano mossi sotto l'egida del tentativo di rimuovere ogni ostacolo e ogni barriera protezionistica frapposte alla fisiologica dinamica degli scambi commerciali, assicurando il rispetto, da parte dei singoli Stati, di determinati *standards* uniformi di disciplina a livello economico e sociale.

<sup>200</sup> Come rilevò Llewellyn occorre l'approvazione di una “*law be kept close to facts*”. Sul punto, Z.P. WISEMAN, “The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules”, in *Harvard Law Review*, Vol. 100, No. 3, (January 1987), p. 474. Occorre precisare che la pratica di adottare testi normativi uniformi, soprattutto, in materia commerciale, fu inaugurata nel 1892 con la istituzione di un organo non governativo quale la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, su iniziativa dell'*American Bar Association*. I Codici uniformi, così formati ed approvati dalla *National Conference*, avevano un valore solo propositivo se non venivano adeguatamente recepiti con legge dai singoli Stati. Il fatto che gli Stati abbiano recepito i menzionati testi, ha conferito loro valore normativo ed efficacia giuridica,

sostituire il pregresso testo uniforme con un apposito *Statute* federale che, però, ricevette scarso consenso in seno al Congresso. Le ragioni dell'impossibilità di approvare uno *statute* federale emersero nel corso di un *Symposium* che si svolse a Natale presso la Scuola di Legge di Chicago, nel 1939. In tale occasione, fu proprio Williston a far emergere i suoi dubbi sull'approvazione di una legge da parte del Congresso poiché temeva che l'intervento federale potesse confliggere con il testo in vigore nel suo impianto costitutivo ed evidenziò come previsioni normative in contrasto non avrebbero mai condotto a soluzioni soddisfacenti<sup>201</sup>.

Per tale motivo, il *National Conference of State Legislatures* e l'*American Law Institute*, un organismo privato patrocinato dall'*American Bar Association*, delegarono una commissione di esperti per la redazione di un nuovo Codice Commerciale Uniforme. Nella visione di Llewellyn, il Codice avrebbe dovuto favorire "*the better practices and control the worst abuses of the market*". L'intento di Llewellyn era quello di riportare ordine e certezza nella materia dei contratti aventi ad oggetto la vendita di beni tra soggetti residenti in Stati diversi, non rompendo una tradizione giuridica secolare in materia e sussunta nei principi della *common law* liberalizzata, bensì armonizzando la visione attuale con la tradizione passata, la continuità normativa con la crescita economica, la struttura delle norme con nuovo presupposti, la misura con il bisogno<sup>202</sup>.

Il Codice Commerciale Uniforme era ben lungi dal porso come testo munito di un'ampia esaustività normativa nella materia commerciale, piuttosto si poneva quale testo di semplificazione e razionalizzazione di una materia complessa quale quella dei contratti aventi ad oggetto la compravendita di beni, cui si associava un corpo organico di norme in materia di formazione del vincolo negoziale, di tutela in caso di acquisto di prodotti nocivi, difettosi o dannosi o in caso di smarrimento del bene. Di grande pregio fu la disciplina dettata per prevenire e reprimere le frodi condotte in ambito negoziale, predisponendo appositi rimedi risarcitori e rescissori che avrebbero dovuto facilitare le transazioni interstatali e semplificare l'attività delle Corti statali<sup>203</sup>.

---

pur con la precisazione che, al momento dell'inserimento sotto forma di articoli o di *chapters* nei rispettivi codici civili e commerciali, vi si potevano apportare delle parziali correzioni al fine di armonizzarli con le proprie disposizioni interne. In tal modo, l'uniformità della disciplina non era mai assicurata in modo completo, differentemente dalla forza vincolante assunta da uno *statute* federale. Nella materia commerciale, però, il problema appariva particolarmente delicato dal momento che era mutato anche il modo di concepire il diritto di proprietà e la modalità di acquisizione della titolarità del diritto, essendosi ampliati i modi di realizzazione dell'effetto reale, non sempre in virtù del conseguimento della materiale apprensione fisica del bene.

<sup>201</sup> In particolare, Z.P. WISEMAN, *The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant ...cit.*, pp. 486 e s.

<sup>202</sup> In tal modo, lo *Uniform Commercial Code* non ripudiava il passato, ma lo superava, mantenendo intatta una linea di continuità suggellata dal rimando ai principi "veri" della tradizione di *common law*. Sul punto, Z.P. WISEMAN, *The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant ...cit.*, p. 496. Il rimando alla *common law* è evidente, come rileva Wiseman, nel momento in cui Llewellyn afferma che il Codice riflette "*the true common law principles of sell and of contract of sell*" e le sue previsioni devono essere applicate, in analogia alle procedure adottate dalle Corti nell'applicazione dei principi di *common law*, *ibid.*, p. 498.

<sup>203</sup> La tematica delle frodi contrattuali riprendeva e superava gli assunti dello *Statute of Frauds* inglese del 1676, che si occupava anche della fase processuale di accertamento della frode contrattuale innanzi ai casi di testimonianze false e mendaci. Sul punto, Z.P. WISEMAN, *The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant ...cit.*, pp. 517 e s.

La portata innovativa del Codice Commerciale Uniforme fu salutata con favore da tutti gli Stati che provvidero a recepirne le disposizioni nell'ambito dell'ordinamento interno, solo la Louisiana dichiarò di non poter fare proprio l'art. 2 e le sue varie *Sections*, dal momento che aveva sin dall'inizio disciplinato la materia contrattuale – inerente la vendita dei beni - secondo le categorie tipiche della tradizione di *Civil Law* che non aveva alcuna intenzione di ripudiare. Il cuore della legislazione del Codice Commerciale Uniforme risiede, pertanto, nell'art. 2 il quale prevede che: “*Unless the context otherwise requires, this Article applies to transactions in goods; it does not apply to any transaction which although in the form of an unconditional contract to sell or present sale is intended to operate only as a security transaction nor does this Article impair or repeal any statute regulating sales to consumers, farmers or other specified classes of buyers*”.

I redattori intesero perimetrarne la sfera di applicazione, restringendola ai soli contratti stipulati per la vendita e l'acquisto di beni e provvedendo a fornire una definizione di “*merchant*” del tutto scissa e separata da quella di “*consumer*”, di “*farmer*” e di altre categorie di “*buyers*” non coperte dalla disciplina codicistica<sup>204</sup>. La scissione categoriale dei soggetti disciplinabili dal Codice, ha indotto parte della dottrina a ritenere che Llewellyn abbia rappresentato le consuetudini commerciali attraverso le consuetudini dei banchieri, non attraverso quelle dei consumatori<sup>205</sup>. Lo *Uniform Commercial Code* fu, per taluni, redatto in modo tale attribuire alle prassi commerciali allora in auge nell'economia un carattere normativo immeritato<sup>206</sup>.

Dean Harno ritenne che le *merchant rules* determinarono una forma di abdicazione della legge a favore delle pratiche del mercato<sup>207</sup>. In tal modo, il Codice di Llewellyn fu accolto con i giudizi contrastanti di quella dottrina che lo riteneva “*a marvel of learning and industry*” e di chi lo riteneva “*too long and phlisosophical*”. Indubbiamente l'atteggiamento di Llewellyn fu ispirato da un approccio metodologico realista che si manifestò pienamente nella ricerca di apporti disciplinari esterni forniti dalle scienze antropologiche e da quelle sociologiche, differentemente da Hart e da Sacks che ritenevano le linee guida, ispiranti l'attività legislativa, l'etica e l'economia<sup>208</sup>. Risulta

---

<sup>204</sup> L'art. 2, provvede a dettare quali sono le categorie contrattuali protette, a definire il concetto di *merchant* sul quale si sono abbattuti i maggiori contrasti dottrinali e la nozione di buona fede contrattuale.

<sup>205</sup> In particolare, M.J. HORWITZ, *Le trasformazioni del diritto americano, 1870-1960*, Bologna, 2004, p. 398, il quale rileva che “*non è che Llewellyn preferisse i banchieri ai consumatori, ma piuttosto che la scelta di rivolgersi alla società portava con sé l'implicito bisogno di rappresentare le consuetudini commerciali come omogenee. Se il problema centrale è quello di far sì che il diritto rifletta la società ... di far sì che il dover essere si sottometta all'essere - allora come ci si deve comportare nel caso in cui l'essere, purtroppo, fornisca messaggi contraddittori in quanto la società esprime principi eterogenei?*”, *ibid.*, p. 398.

<sup>206</sup> In particolare, R. DANZIG, “*A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code*”, in *Stanford Law Review*, Vol. 27, (1974-1975), p. 621.

<sup>207</sup> Dean Harno era professore alla *Illinois Law School*. In particolare, Z.P. WISEMAN, *The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant ...cit.*, p. 520. Lo stesso autore ritiene che la versione emendata dell'art. 2 dello *Uniform Commercial Code* costituisca un vero e proprio *patchwork*, *ibid.*, p. 538.

<sup>208</sup> Hart e Sacks, come rileva Danzig, rinvenivano, nella legge, “*a vehicle of growth*”, nei legislatori, “*maximizers of social utilities*” e, nella legislazione, “*an instrument fabricated to shape society in a manner chosen by the lawmaker*”,

evidente che il tentativo esperito da Llewellyn nella redazione dello *Uniform Commercial Code*, era quello di rinvenire una sintesi tra “*pragmatic demands*” e “*jurisprudential views*”, attraverso una uniformazione delle discipline in ambito commerciale concertate dagli Stati e non imposte dal Congresso.

Attualmente, alla codificazione uniforme in materia commerciale, si è sostituito uno *jus commune* in materia di scambi e di transazioni, già largamente utilizzato negli scambi internazionali e di origine contrattualistica, rappresentato da una congerie di clausole generali e uniformi che ritrovano costante applicazione nella prassi, affidando la risoluzione delle controversie insorte tra le parti contraenti ad appositi collegi arbitrali<sup>209</sup>.

Sul versante del potere esecutivo e giudiziario occorre rammentare la *National Governors' Association* e il *Council of State Governments*. Si può, dunque, asserire che il *new federalism* si è connotato per un potere estremamente ampio sul piano costituzionale-formale del *Federal Government* che ha visto accrescere la propria potestà normativa, ma anche per un esercizio misurato di tale potere che ha lasciato un ampio spazio di normazione a favore delle singole realtà statali. Questo ha indotto parte della dottrina a negare, comunque, il fatto che l'azione federale si sia mossa secondo una logica sussidiaristica, stante gli effetti dirompenti della ‘prevenzione’ federale<sup>210</sup>. I tentativi di rinvenire un equilibrato rapporto tra Federazione e Stati si rinviene già nel “*creative federalism*” di Lyndon Johnson, nel “*new federalism*” di Nixon e nella “*new partnership*” di Carter, ma sarà il Presidente Reagan a limitare l'influenza della struttura federale e a rinforzare la distinzione tra poteri enumerati (federali) e poteri residui (statali), dal momento che “*non è il Governo federale ad avere creato gli Stati, ma sono stati gli Stati a creare il Governo federale*”<sup>211</sup>.

---

*rather than as a logical corpus derived from inviolable principle*”, ripudiando ogni forma di giurisprudenza meccanica. Similmente ad Hart e Sacks, anche Llewellyn, rifiutava l'impostazione di Blackstone data alla materia delle pratiche commerciali. Circa l'approccio realista utilizzato da Llewellyn, egli ebbe modo di affermare che “*realism is only a method - a technology - for comprehending ... reality*”. In particolare, R. DANZIG, *A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial ...* cit., p. 624 e p. 628. In linea generale, si rimanda al contributo di C. BUNN, *An Introduction to the Uniform Commercial Code*, Virginia, 1964.

<sup>209</sup> Sul punto, in particolare, M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato ...* cit., pp. 274 e s., nonché G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...* cit., p. 208, il quale rileva come la redazione del Codice Commerciale Uniforme e le riformulazioni dei *Restatements*, più che costituire un neutrale regesto descrittivo dei principi in vigore, intendevano scerverare il meglio dell'esperienza giurisprudenziale degli Stati Uniti per proporlo come base per le future decisioni dei giudici statali che hanno, così, mantenuto una certa uniformità di giudizio nell'ambito di un condiviso sistema di *common law*.

<sup>210</sup> Le negazione di una logica sussidiaristica nel federalismo statunitense è frutto di una intuizione di Brennan, riportata nell'opera di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ...* cit., p. 209.

<sup>211</sup> In particolare, J. KINKAID, “The New Federalism Context of the New Judicial Federalism”, in *Rutgers Law Journal*, Vol. 23, (1995), p. 913, il quale fa anche riferimento al “*new federalism*” di Bush e alla “*new covenant*” di Clinton. Quest'ultimo, in particolare, avviò un importante programma di cooperazione tra Stati e *Federal Government*, in materia penale. Basti rammentare, il *Boston Plan* del 1997, in virtù del quale agenti di polizia locale, statale e federale furono invitati a cooperare per la repressione della criminalità, in specie giovanile, organizzata in pericolose *gangs*, seguendo *U.S. Sentencing Guidelines* e *community-based programs*. Fu così che il tasso di criminalità locale si ridusse notevolmente, contando su di una complessa ed organica collaborazione interistituzionale, locale, statale e federale. Sul punto, B.L. BIGELOW, “The Commerce Clause and the Criminal Law”, in *Boston College Law Review*, Vol. 41, (1999-2000), pp. 937 e ss.

In modo graduale, nel corso degli anni Ottanta e Novanta, gli Stati da sacche di resistenza al riconoscimento su scala federale di taluni diritti fondamentali, si sono trasformati in un contrappeso alle politiche eccessivamente liberiste condotte dall'Amministrazione Reagan e da quella di Bush Senior<sup>212</sup>.

Alla managerializzazione degli apparati amministrativi statali ha fatto seguito una maggiore sensibilizzazione alla protezione dei diritti fondamentali dei singoli e delle minoranze, in linea con gli orientamenti espressi dalla Corte Suprema. In tal modo, si è innervata nel sistema una sfida competitiva tra i singoli governi statali indotti a fornire e sperimentare le migliori e più efficienti *performances* organizzative per accaparrarsi il consenso degli elettori e rendere più funzionale l'intera macchina amministrativa statale<sup>213</sup>.

Occorre condurre una ulteriore considerazione, concernente la dimensione attuale assunta dal mercato. L'economia si snoda oramai su *networks* operativi di tipo globale, contando su di un numero crescente di transazioni e di scambi commerciali che si svolgono tra operatori impegnati in un *marketplace* internazionale. La presenza di imprese multinazionali anche nel territorio statunitense, richiede una sempre maggiore uniformazione delle normative commerciali.

Torna alla ribalta il problema sollevato in esordio alla trattazione e concernente la lotta al localismo ed al protezionismo che oggi si combatte in un'arena più ampia. Per tale motivo, la cooperazione tra Stati e *Federal Government*, pertiene, oggi, alla realizzazione di un elemento teleologico comune, costituito dalla ricerca di *standards* comuni e uniformi nella protezione dei diritti e nella elaborazione del diritto consentiti ancora una volta dall'essere il Paese attratto nella parabola federale e nei *trends* di quel *federalizing process* che, attraverso dinamiche anche controverse, ha scandito le stagioni del costituzionalismo americano, sussumibili nell'allegoria-dicotomia tra il

---

<sup>212</sup> Negli ultimi decenni, gli Stati hanno provveduto ad un ammodernamento dei propri apparati politici ed amministrativi ed, in linea con l'orientamento espresso dalla Corte Suprema, hanno garantito la protezione dei diritti civili, prolungato la durata in carica dei governatori, il loro personale potere di nomina, ridotto il numero dei pubblici ufficiali elettivi, consentendo la formazione di una burocrazia professionale e specializzata.

<sup>213</sup> Sul punto, in particolare, si rimanda all'analisi fatta da M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato ...cit.*, p. 277. Sempre Gorlani richiama il pensiero di Frohnmayer, espresso nel 1982, il quale elenca cinque fattori per la sopravvivenza del federalismo. Il primo è che il federalismo è sorto come tutela della libertà individuale; la seconda è che per la popolazione degli Stati Uniti, la sovranità statale non è un concetto retorico, ma è l'espressione del desiderio di decidere delle proprie sorti in modo autonomo; il terzo elemento è costituito dal fatto che il federalismo offre la possibilità di sperimentare soluzioni economiche e sociali senza rischi per il resto del Paese; il quarto concerne la possibilità di applicare al settore politico-istituzionale, teorie aziendali e manageriali e, poi, fornisce un ultimo argomento che appare più debole, concernente le derive centripete del sistema con l'ausilio di clausole costituzionali quali la *commerce clause*, la *equal protection clause* e la *due process of law*, *ibid.*, pp. 277 e s. L'autore richiama, a riguardo, i precedenti *State of Mississippi v. The Federal Energy Regulatory Commission*, 456 U.S. 742 (1982) e, per sostenere le spinte centripete presenti nel sistema, il caso *Engle v. Isaac*, 457 U.S. 107 (1982). Occorre poi, rammentare il rilevante contributo fornito da F.B. CROSS, E.H. TILLER, "The Three faces of Federalism: an Empirical Assessment of Supreme Court Federalism Jurisprudence", in *Southern California Law Review*, Vol. 73, (2000), pp. 741 e ss., i quali rammentano che le virtù del federalismo risiedono nell'esaltazione dell'efficienza organizzativa di un sistema, nella maggiore protezione delle libertà e nello sviluppo di una comunità democratica. Nonché L.H. TRIBE, "Unraveling National League of Cities: The New Federalism and the Affirmative Rights to Essential Government Service", in *Harvard Law Review*, Vol. 90, (1977), pp. 1065 e ss.



concetto di *constitutional seasons* e quello di *ages of federalism* che si evolvono nel tempo e nello spazio, al di là delle astratte categorizzazioni giuridiche e delle formali catalogazioni politiche<sup>214</sup>.

Oggi, come non mai, il sistema presenta i tratti di uno spazio “non centralizzato” in cui ogni attore istituzionale si muove nelle trame di una “*multidimensional matrix*”. La complessità strutturale acquisita dal *federal system* statunitense impedisce l’adozione di modelli fondati solo su di un ruolo attivo dei singoli Stati o, al contrario, su di un ruolo di controllo e di direzione del *Federal Government*. Le dinamiche duali e cooperative possono ben dirsi superate a favore di un sistema composito assimilabile ad un mosaico e non ad una piramide, in cui le singole parti componenti sono complementari le une alle altre<sup>215</sup>. Il medesimo rimando alle coordinate cartesiane per esplicare la divisione dei pubblici poteri sull’asse orizzontale e verticale appare una *fictio* descrittiva di un sistema in cui nuovi momenti di equilibrio possono rinvenirsi nei punti di incontro delle due coordinate. La complementarità implica la presenza di dinamiche relazionali e collaborative, paritarie e concertate, in grado di creare un’armonia di consensi innanzi alla sfida comune di una società multidimensionale e di una economia globalizzata.

La più forte garanzia del federalismo, negli Stati Uniti, risiede, pertanto, nell’armonia tra i diversi livelli di governo e in una complessiva, migliore interpretazione costituzionale, attenta ai valori sottostanti al principio costituzionale e non semplicemente alla lettera del lemma che li esprime, dal momento che: “*Il compito dei Giudici è quello di ricondurre ad unità e coerenza il territorio giuridico ormai superato dal treno e perciò consolidato. Nei momenti di incertezza, quando il paesaggio diventa irriconoscibile ed il treno si inoltra in territori ignoti, i giudici frenano, obbligando chi guida il treno e i passeggeri a verificare i propri intenti*”<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Suggestiva è la definizione data da Cross e Tiller, che qualificano il federalismo come “*hot*”, ponendo i cd. *states’ rights vis-à-vis* con la legislazione federale. In particolare, F.B. CROSS, E.H. TILLER, “The Three faces of Federalism: an Empirical Assessment of Supreme Court Federalism Jurisprudence”, in *Southern California Law Review*, Vol. 73, (2000), p. 741.

<sup>215</sup> In particolare, D.J. ELAZAR, “Opening the Third Century of American Federalism: Issues and Prospects”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 509, (May 1990), p. 18 e ss. il quale rigetta la nozione piramidale della separazione dei poteri sull’asse verticale.

<sup>216</sup> La metafora dei frenatori del treno si deve all’intuizione di B. ACKERMAN, “Constitutional Politics/Constitutional Law”, in *Yale Law Journal*, Vol. 99, No. , (1989), pp. 453 e s.

**TABLE 1**  
**TWENTIETH-CENTURY PATTERNS OF AMERICAN FEDERALISM**

Year	Period	Economic Era	Political Condition	State of Intergovernmental Relations
1900	Transition (1895-1911)	Concentrated enterprise capitalism (1877-1913)	GOP majority party	Passing of nineteenth-century cooperative programs. New experiments in collaboration under T. Roosevelt. Widespread state experimentation has important influence on public.
1910				
1920	Progressive agrarianism (1911-21)	Transition era (1913-33)	(Democratic administration, 1913-21)	Wilson's New Freedom lays foundation for twentieth-century cooperative federalism.
1930	Normalized entrenchment (1921-31)		1928 Critical elections 1932	GOP restoration starts second period. Existing cooperative programs continued and improved but no significant new federal starts. State experimentation again significant.
1940	Crisis-oriented centralism (1931-45)		Democrats forge majority coalition, become majority party.	New Deal explosion in federal-state cooperation, heading off centralization through temporary concentration of power in Washington. Expansion of federal-local and unilateral federal programs along with cooperative ones.
1950	Noncentralist restoration (1946-61)	Regulated capitalism (1946- )	(GOP administration, 1953-61)	Fourth period brings great expansion of small cooperative programs, great expansion of state government expenditures, and increased concern with states' role.
1960				
1970	Concentrated cooperation (1961-68)		Democratic majority coalition reformed	Fifth period brings new emphasis on stimulatory action and new threat of centralization from outside of the cooperative system.
1980	Coercive cooperation (1969-81)		Divided federal government	Under guise of cooperative federalism, federal government tries to coerce the states into following and implementing mutual policies set in Washington. Breakdowns in Washington begin reversal of this trend.
1990	Neodualism (1981- )	Deregulation and neomarket capitalism	1980 Critical elections 1984	Reagan administration reintroduces ideology of dual federalism and states' rights. Fiscal realities shift governmental initiative to the states. Strong reduction in federal aid.

**Fonte:** Lo schema è consultabile nel contributo di D.J. ELAZAR, *Opening the Third Century of American Federalism: Issues and Prospects*, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 509, (May 1990), p. 13.

## **PARTE II**

### **IL PROCESSO DI INTEGRAZIONE EUROPEA NELLE DINAMICHE EVOLUTIVE DEL MERCATO INTERNO**

## CAPITOLO V

### L'EUROPA DEI "PICCOLI PASSI" NELLA CORNICE DELLE TRE COMUNITÀ

SOMMARIO: 5.1. L'Europa unita: un'idea sospesa tra mito e realtà; - 5.2. Il ruolo della Corte di Giustizia ovvero della costituzionalizzazione in via pretoria dell'ordinamento comunitario; - 5.3. Il mercato comune delle merci; - 5.4. La nozione di unione doganale; - 5.4.1. Raffronto tra fonti e *discrimen* sottile: l'art. 30 e l'art. 110 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea allo specchio; - 5.5. La teorizzazione della sfera applicativa delle restrizioni quantitative nella formula *Dassonville*; - 5.5.1. La nozione di esigenze imperative e di parallelismo funzionale nella sentenza *Cassis de Dijon*; - 5.6. La libera circolazione delle merci, le fattispecie derogatorie ed i loro limiti; - 5.7. Fisiologica dinamica degli scambi commerciali e legislazione comunitaria *antitrust*

“Tutte le potenze dell'Europa costituiscono tra di loro una specie di sistema che le unisce con una stessa religione, con un identico diritto delle genti, con i costumi, con le lettere, con il commercio e con una sorta di equilibrio ch'è l'effetto necessario di tutto ciò. Aggiungeteci la particolare situazione dell'Europa ... l'intreccio continuo di interessi che i vincoli di sangue ed i legami commerciali, le arti, le colonie hanno stabilito fra i sovrani ... Tutte queste cause insieme fanno dell'Europa non soltanto, come l'Asia e l'Africa, una collezione ideale di popoli che non hanno di comune che un nome, ma una società reale che ha la sua religione, i suoi costumi, le sue abitudini e perfino le sue leggi, da cui nessuno dei popoli chela compongono può scostarsi senza provocare immediatamente dei torbidi”.

(Federico Chabod, *Storia dell'idea d'Europa*, Cap. V)

#### 5.1 L'Europa unita: un'idea sospesa tra mito e realtà

Al fine di descrivere il volto dell'Europa, è apparso suggestivo, rievocare i versi delle *Metamorfosi* di Ovidio in cui si narra il ratto della principessa Europa da parte di Zeus che, trasformatosi in toro “*dal colore quale neve non calpestata da orme di greve passo ... nulla di minaccioso ha l'aspetto, né lo sguardo incute paura; l'espressione foriera di pace*”, conduce la fanciulla a Creta, cavalcando le onde del Mediterraneo<sup>1</sup>. Il mito appare subito come una cosmogonia che narra di origini, che

---

<sup>1</sup> Il riferimento è tratto dal Libro II de *Le Metamorfosi*, di Publio Ovidio Nasone ed è consultabile nell'opera di L. PASSERINI, *Il mito d'Europa. Radici antiche per nuovi simboli*, Firenze, 2002, p. 20. Riferimenti ulteriori si rinvergono anche nella letteratura greca, basti rammentare l'*Iliade* di Omero e le *Teogonie* di Esiodo. Ma l'immagine del ratto di Europa ha ispirato anche l'opera di molti artisti del passato quali Tiepolo, Tiziano Vecellio e Peter Paul Rubens e, contemporanei, quale Max Beckmann, il quale nel dipinto *Der raub der Europa* del 1933, si rifà al concetto di ratto inteso quale atto di violenza e di forza che il regime nazista stava conducendo in Germania, privando l'Europa dei suoi valori civili e democratici essenziali.

unisce terra, mare e cielo, continenti e popoli<sup>2</sup>. Nell'immagine triadica del toro, dell'acqua e della donna si sintetizzano i concetti della forza, del movimento e della leggiadria incisi nel volto di un Continente che ha conosciuto dominazioni e guerre, che è stato culla di mirabili civiltà e di tragiche vicende che si sono succedute nel tempo, sospese tra la ricerca dell'unità e la garanzia della diversità<sup>3</sup>. Esistono molte compilazioni sul mito di Europa, tra le più suggestive vi è quella di Denis de Rougemont il quale, temendo che l'Europa scomparisse a causa dei conflitti, si adoperò attraverso importanti attività culturali e politiche a promuovere una federazione di Stati europei. Celebre è la sua affermazione in cui asserì: "Non troveremo l'Europa, se non facendola"<sup>4</sup>.

L'intento di assicurare la pace su di un Continente devastato da guerre e divisioni interne secolari alimentò, spesso, il proposito di istituire salde federazioni tra gli Stati d'Europa. Basti rammentare le suggestive intuizioni dell'abate Saint-Pierre che nel 1713 immaginava una lega permanente tra i principi europei sul cui rispetto vigilasse un "senato europeo" munito di poteri esecutivi e legislativi. Di rilievo fu, anche, il contributo offerto dal pensiero di Rousseau, nel 1760, che diffidava della possibilità di istituire una unione tra i riottosi principi europei, pronosticando che essa potesse realizzarsi solo attraverso una rivoluzione, la quale di lì a poco avrebbe coinvolto la Terra di Francia<sup>5</sup>. Senza tralasciare la memorabile argomentazione di Immanuel Kant ne "La Pace Perpetua" del 1795, in cui prospettò una federazione degli Stati europei quale mezzo per assicurare la pace. Il proposito risiedeva nella realizzazione di una comunità di Stati avente una dimensione istituzionale repubblicana, retta da un diritto comune. Il pensiero di Kant si estese alla teorizzazione di una federazione mondiale sorretta da un unico diritto che rimase, però, utopica ispirazione filosofica<sup>6</sup>.

Nel corso del XIX secolo il nuovo assetto politico dell'Europa e l'inizio dell'industrializzazione indussero Saint-Simon e Thierry a pensare ad una integrazione politica la quale più che comportare semplici limitazioni della sovranità statale, avrebbe dovuto essere realizzata attraverso la

---

<sup>2</sup> Sul punto, in particolare, L. PASSERINI, *Il mito d'Europa. Radici antiche per nuovi simboli*, Firenze, 2002, p. 20. L'autrice ricorda come il nesso tra il mito e la politica si evinca anche dal fatto che la vicenda mitologica viene spesso evocata per giustificare il nome di una terra che sarà oggetto di espansione e di migrazioni, *ibid.*, p. 112.

<sup>3</sup> Il mito rappresenta un movimento di civiltà da Oriente ad Occidente e il nome Europa, dato ai territori occidentali, riflette tale cambiamento.

<sup>4</sup> Sul punto, L. PASSERINI, *Il mito d'Europa. Radici antiche ...cit.*, p. 21.

<sup>5</sup> Il pensiero dell'abate Siant-Pierre è sintetizzato nella sua opera *Mémoires pour rendre la paix perpétuelle en Europe* del 1713, mentre il pensiero di Rousseau è rinvenibile nella sua opera *Project pour la paix perpétuelle en Europe* del 1760. Sul punto, in particolare, si rimanda al contributo di B. VOYENNE, *Historie de l'idée européenne*, Paris, 1964, p. 93, di D. DE ROUGEMONT, *Ving-huit siècles d'Europe*, Paris, 1961, p. 136 e di C.J. FRIEDRICK, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Bologna, 2002, p. 337.

<sup>6</sup> In Kant il federalismo è concepito quale libero governo di una società di libere nazioni sottoposte alla legge ossia alla Costituzione e non ad un centro di potere. Come rileva Albertini, il federalismo serve a stabilire la pace e, in Kant, i concetti di federazione, di pace e di diritto costituiscono termini di una imprescindibile triade, legati da un nesso necessario oltre che logico. Sul pensiero internazional-federalista, degno di nota è, altresì, il contributo di Lord Lothian. Sul punto, in particolare, M. ALBERTINI, *Il Federalismo*, Bologna, 1993, pp. 20 e ss. nonché pp. 143 e ss.; G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2001, pp. 83 e ss. e C.J. FRIEDRICK, *L'uomo, la comunità ...cit.*, pp. 335 e ss.

cooperazione delle associazioni di categoria, riunite in una camera parlamentare che avrebbe migliorato i rapporti economici e sociali in Europa<sup>7</sup>.

Fu, però, solo nel corso del XX secolo che si fece sempre più evidente la necessità di creare una unione politica tra gli Stati europei al fine di avviare relazioni collaborative nella cornice dell'organizzazione internazionale della Società delle Nazioni. L'immagine di un sistema di unione federale europea aleggia nel noto *Memorandum* redatto dal Ministro francese Aristide Briand nel 1930 che, pur lasciando intatta la sovranità dei singoli Stati europei, rimase lettera morta. Briand pronosticò un legame federale tra i popoli dell'Europa che dava priorità alle considerazioni economiche, seppur aderisse all'idea di una unione morale che subordinasse gli affari economici alle questioni politiche. Già nel 1923, il conte Coudenhove-Kalergi fondò il movimento paneuropeo che inneggiava ad un campo di forze europee, impegnate sul piano della cooperazione economica e politica, che ambiva a creare gli Stati Uniti d'Europa retti da principi costituzionali molto simili a quelli previsti nel sistema costituzionale statunitense. Il rimando al modello costituzionale americano è, del resto, condotto anche da Luigi Einaudi che, pubblicando con lo pseudonimo di *Iunius* famose lettere politiche nel 1920, teorizzò un modello federale per l'Europa unita in cui non ipotizzava la creazione di una unione sovrana tra Stati secondo lo schema di un accordo fra Governi indipendenti, ma aspirava alla creazione di una unione retta da un atto di volontà dell'intero popolo che creava uno Stato nuovo e diverso, superiore agli antichi Stati<sup>8</sup>.

Alle parole di Briand e di Coudenhove-Kalergi si rifece, invece, Winston Churchill nel discorso di Zurigo del 1946 in cui formulò l'invito a formare una "nuova famiglia europea" che prendeva le mosse da una rinnovata *partnership* tra Francia e Germania. La scelta della città di Zurigo era

---

<sup>7</sup> Il pensiero è sintetizzato nell'opera *De la réorganisation de la société ou de la nécessité et des moyens de rassembler les peuples de l'Europe en un seul corps politique en conservant à chacun son indépendance nationale* del 1814. Il richiamo è operato nell'opera di B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J.H.H. WEILER, *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 2001, pp. 14 e s. Gli autori rilevano come, nella seconda metà del XIX secolo, la incipiente internazionalizzazione della vita economica e dei rapporti giuridici da meta ideale divenne, in molti casi, una necessità pratica. Fu così che gli Stati stipularono molte convenzioni multilaterali di carattere tecnico nel settore dei trasporti, delle poste e telegrafi, della proprietà industriale e artistica e del diritto internazionale privato. Nei rispettivi ambiti, tali convenzioni hanno posto le premesse per l'unificazione delle relazioni economiche e sociali fra gli Stati d'Europa e per il ravvicinamento dei loro ordinamenti di diritto privato, pur non potendosi assimilare a forme di unione politica, *ibid.*, p. 15. Pasquale Costanzo, invece, rammenta l'alto contributo speso per l'ideale europeo, in Italia, nel corso del Risorgimento, basti rammentare l'Europa repubblicana di Mazzini e quella federale di Cattaneo e quella elaborata da Croce nel '900, durante la dittatura fascista. Sul punto, in particolare, P. COSTANZO, "Le tappe dell'edificazione comunitaria: dall'idea d'Europa alla Costituzione europea", in AA.VV. (a cura di P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2006, pp. 25 e ss. e C. MALANDRINO, *Federalismo*, Roma, 1998, pp. 65 e ss. e pp. 109 e ss. Di ampio respiro è, infine, il pensiero federalista di Proudhon che ravvisava una infrastruttura economica nei problemi di ordine costituzionale o diplomatico nel seno di una *Europe des Autonomies*. Sul punto, B. VOYENNE, *Le Fédéralisme de P.J. Proudhon*, Paris, 1973, pp. 145 e ss.

<sup>8</sup> L'opera di Einaudi fu ristampata nel 1948 col titolo di *La guerra e l'unità europea*. Come rileva, Fragola la cultura federalista che più ha influenzato il pensiero dei *conditores* comunitari è stata quella britannica, espressa nella *Federal Union* fondata da Kimber, Rwnsley e Ransone, il cui pensiero è efficacemente evidenziato nell'opera di Lionel Robbins, *The Economic Causes of War*. Sul punto, si rimanda al contributo di M.FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2008, p. 27.

motivata dal fatto che costituivano i luoghi in cui si realizzava un armonioso equilibrio tra le lingue e le culture, francese e tedesche. Il discorso di Churchill apparve come la prosecuzione naturale del discorso tenuto a Fulton, nel Missouri, nel mese di marzo dello stesso anno, innanzi al Presidente Truman, quando asserì: “*Una cortina di ferro è calata da Trieste al mar Baltico*”.

Sempre nel 1946 si affermò l’Unione europea dei federalisti e nel 1947, lo stesso Churchill fondò il noto *United Europe Movement*<sup>9</sup>. L’intuizione di Churchill fu, alquanto, sottile e non concerneva la semplice formazione di una unione fondata solo su degli aiuti economici reciproci, ma coinvolgeva anche il concetto di una unità politica più stretta realizzata attraverso una fusione delle sovranità nazionali e “*la formazione di una sovranità più larga che, sola, può garantire caratteri, tradizioni e diversità dei singoli Paesi*”<sup>10</sup>. Fu così che i partecipanti al Congresso dettero vita al Movimento Europeo in cui confluirono l’*Union européenne des Federalistes* e il *Moviment Socialist pour les Etats Unis de l’Europe*<sup>11</sup>. In verità, il proposito federalista era stato già ampiamente e brillantemente argomentato nel Manifesto di Ventotene redatto da Altiero Spinelli con la collaborazione di Ernesto Rossi ed Eugenio Colomi, nel 1941, e riveduto nel 1944. In esso furono tracciati i pilastri per la costruzione di una libera federazione europea secondo i principi della dottrina politica federalista<sup>12</sup>. Vicini agli obiettivi dei federalisti, ma contrapposti ai medesimi sul versante del metodo da seguire, si posero i funzionalisti. Uno dei maggiori esponenti di tale corrente di pensiero fu Jean Monnet che credette nel valore della costruzione di una comunità di diritto, attraverso una politica dei piccoli passi ed in virtù di successive integrazioni settoriali ed organizzative che gradualmente avrebbero condotto alla formazione di una compiuta entità federale.

---

<sup>9</sup> Il proposito di Churchill emerge, in modo evidente, nel Congresso per l’Europa organizzato il 7 maggio del 1948 all’Aja in cui affermò che era giunto il momento di mettere da parte antichi odi e mai sopiti rancori al fine di raccogliere gli sforzi per la creazione di una Europa unita costituente un’idea che ha più “brevetti d’invenzione validi”. Occorre rammentare, inoltre, l’*Union parlementaire paneuropéenne* fondata nello stesso anno da Coudenhove-Kalergi al fine di diffondere l’azione europea negli ambienti parlamentari. Si tratta dei prodromi ideologici che daranno vita in seguito al *Mouvement Gauche Européenne* ed al *Mouvement libéral pour l’Europe unie*.

<sup>10</sup> La citazione è rinvenibile nel contributo di F. MASTRONARDI, *Storia dell’integrazione europea*, Napoli, 2002, p. 16.

<sup>11</sup> Nel mese di maggio del 1948, il comitato per il coordinamento di questa organizzazione stilò all’Aja le linee fondamentali di una unione europea in campo politico, economico e sociale che hanno inciso sullo statuto del Consiglio d’Europa fondato nel 1949. Sul punto, si rimanda al contributo di B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J.H.H. WEILER, *L’Unione Europea ...cit.*, p. 15.

<sup>12</sup> Nel Manifesto di Ventotene emerge la considerazione secondo la quale alle origini delle crisi e delle guerre in Europa vi era la contraddizione essenziale dell’esistenza di Stati sovrani. I redattori credevano che la libera organizzazione europea dovesse essere retta da un ordinamento federale fondato su alcuni principi basilari, quali un esercito unico federale, l’unità monetaria, l’abolizione delle barriere doganali e delle limitazioni all’emigrazione tra gli Stati appartenenti alla federazione, la rappresentanza diretta dei cittadini ai consessi federali e la politica estera unica. L’ottica federalista confligge con la concezione confederalista che presuppone una cooperazione duratura tra gli Stati per finalità di pace e per la cura di comuni interessi economici e politici, senza alcuna delega di sovranità ad organi centrali e senza che l’unione delle forze conduca all’unità delle parti. Sul punto, in particolare, si rimanda all’opera di A. SPINELLI, *Il Manifesto di Ventotene*, Bologna, 1991, p. 59 e ss., in tale edizione di ampio respiro è il saggio introduttivo di Norberto Bobbio in merito all’analisi del federalismo nel dibattito politico e culturale della Resistenza, *ibid.*, pp. 9 e ss., nonché A. SPINELLI, *La rivoluzione federalista. (Scritti 1944-1947)*, (ediz. a cura di P. Graglia), Bologna, 1996, pp. 271 e ss.

La logica della gradualità avrebbe consentito di erodere gradualmente la strenua difesa delle prerogative statali. In tal modo, l'Europa si fece ambizione e progetto incorniciata, in una immagine dai tratti rarefatti, ispirata da grandi propositi ed ideali.

Il passaggio dalla teoresi alla prassi ricevette, però, un grande impulso solo quando Jean Monnet pronosticò la creazione della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio in un noto *Memorandum* del 3 maggio 1950, che sottoporrà all'attenzione del Ministro degli Esteri francese Robert Schuman il successivo 9 maggio. Monnet aveva intuito che il conflitto franco-tedesco per il possesso del bacino carbonifero della Ruhr e della Saar avrebbe alimentato profonde rivalità economiche e suddiviso il Continente in due blocchi contrapposti attratti nelle sfere di influenza, statunitense e sovietica. Il contrasto tra i due Paesi si era aggravato dal momento che la Francia aveva il controllo delle miniere di ferro e delle imprese siderurgiche presenti nella Lorena, ma per poterne avere il pieno utilizzo occorreavano massicce quantità di carbon coke di cui era ricco il bacino carbonifero tedesco della Ruhr, che la Germania era poco propensa ad esportare nel Paese rivale. Dal terreno di scontro dei due Paesi si originò l'intuizione di Monnet che intese trasformare il settore siderurgico da terreno di contesa in un nuovo modello di relazioni tra Stati. Egli, infatti, credeva in un processo di costruzione dell'unità europea realizzato attraverso l'integrazione di alcuni settori strategici, fidando nella forza pacifica del "dolce commercio", la "forza gentile dell'Europa"<sup>13</sup>. Nel *Memorandum* si affermò che : *"Da una situazione simile si può uscire in un solo modo: con una azione concreta e risoluta su un punto limitato, ma decisivo che provochi un cambiamento fondamentale su questo punto e modifichi progressivamente i termini stessi dell'insieme dei problemi ... La base della superiorità che gli industriali francesi riconoscono tradizionalmente alla Germania sta nella sua produzione di acciaio ad un prezzo al quale la Francia non può fare concorrenza. Deriverebbe da ciò, secondo loro, la posizione di svantaggio di tutta la produzione francese"*<sup>14</sup>.

Il progetto di Monnet fu trasmesso al Ministro degli Esteri Robert Schumann che, con talune correzioni, egli trasfuse nella nota dichiarazione del 18 maggio del 1950 pronunciata nel Salone dell'Orologio, al 37 del Quai d'Orsay, del Ministero per gli affari esteri. L'intento di Schuman era

---

<sup>13</sup> Sul punto, T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Bologna, 2001.

<sup>14</sup> Monnet rilevava, ancora, come: *"la Germania in espansione; il dumping tedesco all'esportazione; la richiesta di protezione per le industrie francesi; l'arresto o la contraffazione degli scambi; la ricostituzione dei cartelli d'anteguerra; l'eventuale orientamento dell'espansione tedesca verso l'Est; il preludio ad accordi politici; la Francia ricaduta nella routine di una produzione limitata, protetta"* fossero elementi di frizione. Monnet prosegue oltre, sancendo che: *"L'Europa non è mai esistita. Non è la somma di sovranità riunite in Consigli che crea una entità. Bisogna creare davvero l'Europa, bisogna che essa si manifesti a sé stessa e all'opinione americana, e che abbia fiducia nel suo avvenire. Questa creazione, nel momento in cui si pone il problema di una associazione con una America tanto forte, è indispensabile per dimostrare che i paesi d'Europa non si abbandonano alla facilità, non cedono alla paura, credono in sé stessi e creano senza indugi il primo strumento della realizzazione di una Europa in seno alla comunità di paesi liberi e pacifici, alla quale essa apporterà equilibrio e la continuazione del suo pensiero creativo"*. La citazione è rinvenibile nell'opera di M. ALBERTINI, *Il Federalismo ... cit.*, pp. 273 e ss.



quello di assicurare “*la pace mondiale che non potrà essere salvaguardata se non con sforzi creativi e con un’Europa unita [poiché in precedenza] l’Europa non è stata fatta: abbiamo avuto la guerra ... L’Europa non potrà farsi in una volta sola, né sarà costruita tutta insieme, essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto*”<sup>15</sup>. Il proposito non tardò a tramutarsi in documento giuridico grazie al contributo della Germania di Adenauer, dell’Olanda di Stikker, del Belgio di Van Zeeland, del Lussemburgo di Joseph Bech e dell’Italia di De Gasperi, uomini che condividevano con Schuman una peculiare affinità elettiva che si concretò nel Trattato istitutivo della Comunità del Carbone e dell’Acciaio (CECA), firmato proprio nel Salone dell’Orologio il 18 aprile 1951. L’Alta Autorità deputata a vigilare sul rispetto del Trattato fu presieduta da Jean Monnet e riuscì ad acquisire il duplice aspetto di massima istituzione politica della Comunità e di supremo organo tecnico con ampi poteri deliberativi da esercitare a maggioranza dei suoi componenti.<sup>16</sup>

Nel Trattato CECA si rinvengono le prime formulazioni significative sul concetto di mercato comune, seppur limitato al solo settore della produzione del carbone e dell’acciaio che lasciano intravedere una nozione di mercato del tutto giuridica, non anche economica<sup>17</sup>. Per tali motivi, la formulazione dell’art. 4 del Trattato si strutturava in modo tale da prevedere l’abolizione o la proibizione di tutte quelle misure che, in vario modo, si presentavano incompatibili con il mercato comune o, meglio, con l’obiettivo di realizzare un mercato comune. La disposizione dell’art. 4 non esitava ad elencare le tipologie categoriali di siffatte misure, identificate nei dazi d’entrata e di uscita, nelle tasse di effetto equivalente e nelle restrizioni quantitative agli scambi dei prodotti<sup>18</sup>.

La disposizione intendeva, dunque, sanzionare, attraverso una serie di obblighi negativi, quelle condotte perpetrate dagli Stati membri che avevano il fine di ostacolare o limitare la libera circolazione delle merci e il libero esercizio dell’attività di impresa, sovente, schiacciata dalle condizioni restrittive apposte a taluni accordi orizzontali o verticali tra imprenditori.

In tal modo, la prima Comunità che ha dato vita all’edificio comunitario e che ha cessato di esistere nel 2002, aderì ad una nozione giuridica di mercato inteso quale spazio comune a più Stati in cui

---

<sup>15</sup> Nelle parole concise di Schuman emergono, in modo evidente, i tratti tipizzanti la concezione funzionalista che riposa nella gradualità dei passaggi istituzionali e nel profondo dinamismo che connoterà il processo di integrazione europea.

<sup>16</sup> Non costituisce un fattore trascurabile la circostanza secondo cui la medesima fosse munita del potere di infliggere sanzioni pecuniarie nei confronti di quelle imprese che non avessero rispettato le sue decisioni. Il potere decisorio dell’Alta Autorità era, spesso, esercitato dietro previa audizione di un Comitato consultivo composto da produttori, commercianti, lavoratori e consumatori. Il Trattato CECA aveva provveduto, altresì, all’istituzione di un Consiglio speciale dei ministri composto dai rappresentanti degli Stati membri e con un ruolo di controllo, di una Assemblea comune con membri designati dai Parlamenti nazionali ed, infine, di una Corte di Giustizia. Sul punto, si rimanda al contributo ricostruttivo di G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, p. 5 nonché di B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J.H.H. WEILER, *L’Unione Europea ...cit.*, p. 17.

<sup>17</sup> Sul punto, R. MONACO, “Mercato interno europeo”, voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XX, 1990, p. 1.

<sup>18</sup> L’elenco è ampio e ricomprende i provvedimenti e le pratiche che abbiano l’effetto di discriminare tra produttori, acquirenti e consumatori, in particolare sotto il profilo delle condizioni di prezzo e di consegna e delle tariffe per il trasporto delle merci e si estende a quelle pratiche che limitano la libertà di scelta del fornitore da parte dell’acquirente.

venivano applicate le regole dell'economia di mercato. Il divieto, imposto agli Stati membri, di erigere barriere doganali o di introdurre misure protezionistiche, così come quello di adottare misure discriminatorie e di concedere aiuti pubblici alle imprese, intendevano evitare pericolose ripartizioni o sfruttamenti del mercato che ne avrebbero alterato gli equilibri e compromesso i necessari meccanismi concorrenziali<sup>19</sup>. L'intento recondito era quello di dotare il mercato di una necessaria ed equilibrata base pluralistica.

Il successo del Trattato di Parigi fece sorgere l'illusione di poter dare vita ad un analogo modello di comunità anche per il settore della difesa, ma il progetto non fu approvato a causa della mancata ratifica da parte del Parlamento francese nel 1954. In tal modo, il settore della difesa rimase sotteso alla supremazia della NATO in Europa, tornando alla ribalta molti anni dopo. Il fallimento della Comunità Europea di Difesa costituì una rilevante battuta d'arresto nel processo di costruzione dell'edificio europeo, ma non ne bloccò definitivamente le possibilità di sviluppo<sup>20</sup>. Di ben più ampio respiro si poneva il memorabile abbozzo della costituzione per la comunità politica europea che pronosticava l'adozione di un modello in parte federale ed in parte confederale, ispirato da uno studio comparativo delle esperienze e dei precedenti statunitensi, australiani, canadesi, tedeschi e svizzeri. Purtroppo, la proposta legata al Trattato di difesa non ebbe alcun seguito. Come rileva Friedrich *“da allora il lavoro più serio ... dopo l'istituzione della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, ed in seguito del mercato comune, è stato portato avanti senza alcuna considerevole attenzione ai precedenti americani, costruendo la struttura in modo pragmatico, secondo i bisogni pratici di una efficace cooperazione economica”*<sup>21</sup>.

In effetti, il processo di integrazione europea poteva dirsi oramai avviato ed i *'framers'* europei si resero conto della necessità di rinvigorire questo percorso attraverso la creazione di ulteriori comunità. Questo era, del resto, il tratto tipizzante del gradualismo delle scelte e delle azioni che connotava il metodo funzionalista di Monnet e che poggiava sulla integrazione di alcuni settori strategici, *in specie*, economici. Nel programma delle origini emerse, a grandi linee, l'immagine

---

<sup>19</sup> Come rileva Monaco, alla base della nozione di mercato comune vi era una precisa nozione neo-liberistica che ha dato l'impronta al Trattato istitutivo della CECA, *“il quale ha impiegato per la prima volta la nozione di mercato comune in un testo di portata giuridica”*. L'autore evidenzia come il concetto di mercato comune non appartenga alla sfera dell'economia classica, contrariamente al concetto di libertà degli scambi fra i vari Stati ubicati in un dato territorio, inteso quale strumento di espansione del commercio che è alla base dei lavori preparatori della Costituzione degli Stati Uniti del 1787. Sul punto, R. MONACO, *Mercato interno europeo ...cit.*, p. 2, nonché P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, New York, 2003, pp. 8 e s.

<sup>20</sup> Suggestive, a riguardo, sono le considerazioni che condusse Luigi Einaudi Egli, il primo marzo del 1954 scrisse una nota in cui asserì che: *“Nella vita delle Nazioni di solito l'errore di non saper cogliere l'attimo fuggente è irreparabile. La necessità di unificare l'Europa è evidente. Gli Stati esistenti sono polvere senza sostanza. Nessuno di noi è in grado di sopportare il costo di una difesa autonoma. Solo l'unione può farli durare. Il problema non è fra l'indipendenza e l'unione; è fra l'esistere uniti e lo scomparire”*. La citazione è rinvenibile nell'opera di M. ALBERTINI, *Il Federalismo ...cit.*, pp. 278 e s.

<sup>21</sup> Sul punto, C.J. FRIEDRICK, *L'uomo, la comunità ...cit.*, pp. 330 e ss., il quale rileva come, nonostante lo scostamento dall'esperienza federale americana, tuttavia, il *“sogno di creare ... una stretta unione che assomigli al sistema federale americano persiste e continua ad esercitare una certa influenza”*.

dell'Europa dei piccoli passi che si incardinava nella cornice di un'idea e di un proposito avente una necessaria formazione progressiva che tentava di penetrare, con il garbo discreto della gradualità degli interventi, nelle sfere della sovranità statale.

Fu così che tra Scilla e Cariddi prese corpo l'idea di creare una comunità per lo sviluppo pacifico dell'energia nucleare e per la costituzione di un mercato comune da realizzare per tappe. Nella Conferenza di Messina, del giugno 1955, furono proposte varie soluzioni quali quella di una integrazione verticale per il settore dell'energia atomica e di una integrazione orizzontale estesa all'intera economia<sup>22</sup>.

Di forte impatto erano i propositi di siffatte relazioni, retti dall'intento di realizzare un mercato comune non dominato da logiche autarchiche, bensì *locus* di convergenza delle economie dei singoli Stati e di circolazione delle merci, dei fattori produttivi, dei capitali, dei servizi e, persino dei lavoratori, cui si associava la previsione di un fondo di investimento, di una crescita economica e sociale equilibrata e la creazione di istituzioni munite dei poteri necessari per assicurare l'*enforcement* di tali propositi e che fossero sottoposte ad un controllo democratico. Il rapporto redatto dal Comitato degli esperti e, meglio noto, come Rapporto Spaak dal nome del suo Presidente, il Ministro degli esteri belga Paul Henri Spaak, elaborò un organico progetto di costruzione di un mercato comune che poggiava su tre elementi primari: l'introduzione di regole comuni in materia di libertà di mercato e di concorrenza al fine di ridurre le barrriere protezionistiche erette per danneggiare gli scambi tra gli Stati membri; la riduzione dell'intervento dello Stato nell'economia e della presenza dei monopoli, in particolare pubblici; l'introduzione di misure contro le distorsioni degli equilibri di mercato e della concorrenza, anche attraverso una possibile armonizzazione delle legislazioni statali. I progetti di costruire due nuove comunità si ponevano in perfetta armonia “*con i due obiettivi all'epoca maggiormente perseguiti: l'Europa del commercio e le imprese comuni per lo sfruttamento civile dell'energia nucleare*”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> In sede di Conferenza fu stilato un *Memorandum des Pays du Benelux au Pays de la CECA* che divenne il Testo di riferimento dei Ministri degli Affari Esteri dei sei Stati membri che vi parteciparono. La conferenza di Messina ebbe il merito di istituire un Comitato di esperti cui fu affidato il compito di redigere una relazione propositiva sul mercato comune e sull'energia atomica. Degno di nota fu il fatto che le relazioni redatte dal Comitato degli esperti e dall'Assemblea comune costituirono uno dei pochi esempi di cooperazione e coesistenza tra un organismo integro governativo ed uno rappresentativo, realizzata nel processo di costruzione dell'edificio europeo.

<sup>23</sup> Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., pp. 6 e s. In merito al Rapporto Spaak vi è una componente dottrina che sottolinea una ulteriore e, spesso, misconosciuta finalità sottesa a tale documento. In particolare, Giubboni evidenzia come nel rapporto ufficialmente presentato da Spaak a Venezia, innanzi ai Ministri degli Affari Esteri, il 30 maggio del 1956, vi sia una diffusa preoccupazione per la protezione e la garanzia dei sistemi nazionali di *welfare state*. Tale preoccupazione fu palesata anche nel rapporto Ohlin redatto da un gruppo di esperti incaricato dall'ONU di fornire un supporto tecnico ai membri del Comitato Spaak che, invece, svolgevano un compito essenzialmente politico. Il Rapporto Ohlin si ispira ad una logica neo-liberale del commercio internazionale, mitigando la teoria del vantaggio comparato formulata da David Ricardo. Nelle trame del Rapporto Ohlin si coglie l'esigenza di ripensare il principio del libero scambio internazionale nella cornice di un “*processo di integrazione regionale concepito come forma di cooperazione tra Stati sociali nazionali che, autonomi nella conduzione delle rispettive politiche macroeconomiche di benessere, si riaprono in vista dei suoi fondamentali benefici del commercio con*

Come rileva efficacemente Michelle Egan, il Rapporto Spaak non fece altro che elucidare il proposito dei Padri fondatori della costruzione comunitaria di dare vita ad un mercato comune ispirato dall'esperienza maturata negli Stati Uniti d'America.<sup>24</sup>

Ed è proprio alla realizzazione di questo fine che era teso il Piano Marshall ossia l'*European Recovery Program*, presentato per la prima volta dal Segretario di Stato George Catlett Marshall all'Università di Harvard. L'obiettivo del Piano Marshall andava ben al di là del sostegno alla ripresa economica, in esso si palesava l'aspirazione a garantire la pace globale, la nascita di rapporti collaborativi e lo sviluppo di una libera economia<sup>25</sup>.

Sulla scorta di tali premesse si era originato l'incentivo a sostenere la creazione di una unione doganale e di accordi settoriali sulla scia del modello capitalistico in auge negli Stati Uniti e di avviare, sul piano del commercio internazionale, un regime di liberalizzazione degli scambi che avrebbe avuto un seguito nella politica della nuova frontiera dell'Amministrazione Kennedy.

In seguito, fu istituito l'*Economic Cooperation Administration* (ECA) in virtù del citato *Economic Cooperation Act* del 1948 destinato a gestire l'erogazione dei fondi. Il Piano di ricostruzione postbellico fu accolto favorevolmente anche in Europa, portando alla creazione dell'Organizzazione europea per la cooperazione economica (OECE), un organismo speculare alla statunitense ECA e

---

*l'estero*". Sul punto, S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, pp. 58 e s. Nel Rapporto Ohlin la preoccupazione principale concerneva la garanzia di evoluti ed autonomi sistemi di tutela sociale in seno ai Paesi membri, intesa quale indispensabile condizione dell'integrazione economica europea. Il Rapporto si mostrava fedele ai postulati della Scuola della convergenza, aspramente criticata da Paul Krugman, il quale rilevò come la creazione di economie di scala e di poli di crescita avrebbe potuto sortire l'effetto opposto di innescare processi di divergenza, alimentando le disparità socio-economiche regionali. In particolare, P. KRUGMAN, *Geography and Trade*, Cambridge, Massachusetts, 1991.

<sup>24</sup> L'autrice evidenzia come l'analogia con il mercato statunitense non costituisca una novità nel panorama europeo, essendo stata già tentata attraverso l'*Economic Cooperation Act* del 1948, in cui furono posti in evidenza i vantaggi che negli Stati Uniti aveva provocato la creazione di un mercato unico nazionale all'interno del quale non esistevano barriere interne agli scambi interstatali e che avrebbe potuto sortire vantaggi ed effetti positivi simili anche tra gli Stati europei, nella difficile fase della ricostruzione economica postbellica. L'autrice rammenta come la costruzione del mercato unico nazionale negli Stati Uniti sia stata avviata dalla graduale rimozione delle barriere doganali e delle altre misure protezionistiche approntate dai singoli Stati federati. Ciò ha determinato una sicura crescita del mercato e della economia nazionale, ma ha, altresì, ampliato in modo graduale il potere di controllo e di regolazione dell'economia, da parte del *Federal Government*. Sul punto, M. EGAN, *Constructing a European Market*, Oxford, 2001, p. 40 e s.

<sup>25</sup> L'essenza del Piano Marshall risiedeva in due tipi di azioni. Un primo tipo di aiuti consisteva in una serie di donazioni e di prestiti rimborsabili in 35 anni e, a partire dal giugno del 1956, al tasso annuo del 2,50 per cento annuo decorrente dal giugno del 1952. Un secondo tipo di aiuti consisteva nella possibilità di utilizzare, a scopi di investimento, il controvalore delle importazioni degli Stati Uniti. In particolare, i fornitori delle merci destinate all'Europa erano pagati direttamente dal Governo federale in modo tale che il prezzo versato dagli importatori europei venisse accantonato in un conto speciale per essere impiegato in ulteriori spese di investimento. La ricostruzione dell'Europa avrebbe condotto ad un contestuale sviluppo della fiorente industria statunitense che avrebbe visto aumentare, in modo rapido, l'ammontare della produzione da destinare all'esportazione. Suggestive sono, a riguardo, le considerazioni che Altiero Spinelli conduce nelle pagine de "*Il Ponte*", nel gennaio 1948 e, poi, comprese nella Raccolta "*Dagli Stati sovrani agli Stati Uniti d'Europa*", edita nel 1950, in cui coglie il significato dell'*ethos* che animava il Piano Marshall e il suo carattere di "*arma a doppio taglio: o strumento di colonizzazione imperialistica oppure spinta e volano per la nascita e l'organizzazione di una struttura federale o, comunque, unitaria in Europa*". Sul punto si rimanda al saggio di Spinelli, "La ricostruzione europea secondo il Piano americano", consultabile nell'opera di A. SPINELLI, *La rivoluzione federalista. (Scritti 1944-1947)* ... cit., pp. 345 e ss.

con il compito di ripartire gli aiuti in ambito europeo<sup>26</sup>. Il processo di ricostruzione dell'Europa era stato efficacemente avviato, occorreva ora rafforzare le strutture e le membra della nascente costruzione comunitaria.

Per tale ragione, il Rapporto Spaak ebbe il merito di costituire due nuove Comunità, la Comunità Economica Europea (CEE) e la Comunità Europea dell'Energia Atomica (EURATOM o CEEA) suggellate con la firma del Trattato di Roma, il 25 marzo del 1957 ed entrato in vigore nel gennaio del 1958<sup>27</sup>.

Un ruolo chiave era attribuito al Trattato CEE in cui si palesavano gli intenti di costruire un mercato comune, non solo in quanto sfera di rilevanza interna per la Comunità, ma anche quale ambito nel quale fosse possibile adottare misure con proiezione esterna, inerenti i vari settori di esercizio dell'attività economica della Comunità<sup>28</sup>. Nella immagine della Comunità economica europea si compendiano due esigenze, ossia il completamento e l'implementazione della coesione in seno al mercato interno e la capacità delle istituzioni comunitarie di esprimere una valida volontà, opponibile nei confronti di Stati terzi anche all'esterno<sup>29</sup>. La creazione del mercato comune, *latu sensu* considerato, non sarebbe avvenuta in modo automatico ed immediato, ma si sarebbe dovuta dispiegare, secondo il dettato dell'art. 8 del Trattato, in un arco di tempo pari a dodici anni, durante i quali gli strumenti previsti per la sua attuazione, quali la libera circolazione dei fattori di produzione e la istituzione di una protezione doganale comune verso l'esterno, avrebbero potuto essere realizzati in modo graduale. La nozione di mercato comune costituisce un punto cardine

---

<sup>26</sup> Nel 1961 si trasformerà nella Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (cd. OCSE). La nuova denominazione, assunta nel 1961, rivelò un cambiamento nella finalità e nella composizione dell'organizzazione. Al lemma cooperazione si aggiunse quello dello sviluppo e scomparve l'aggettivo europea, dal momento che vi aderirono non solo i Paesi europei, ma anche altri Stati, quali gli Stati Uniti, il Canada, il Giappone, l'Australia, la Nuova Zelanda, il Messico e la Corea del Sud. L'elemento teleologico dell'Organizzazione si ampliò, ricomprendendo non solo lo sviluppo di maggiori legami collaborativi tra gli Stati aderenti, incentivando il commercio internazionale multilaterale, ma anche l'elaborazione di programmi di sviluppo economico a favore degli Stati poveri e non membri,

<sup>27</sup> All'inizio le tre Comunità ebbero istituzioni separate. Organi comuni erano solo la Corte di Giustizia e l'Assemblea, mentre era autonoma l'Alta Autorità della CECA rispetto alla Commissione CEE e a quella EURATOM, così come lo era il Consiglio dei Ministri. Tale assetto fu mantenuto sino al 1967, in seguito all'entrata in vigore del Trattato sulla fusione degli esecutivi. A partire dal 1967, il Consiglio dei Ministri CECA confluisce nel Consiglio dei Ministri *tout court* e il personale dell'Alta Autorità fu inglobato in una Commissione unica. Da tale momento le tre Comunità conservarono autonomia competenziale, ma le rispettive funzioni erano esercitate mediante organi comuni. Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., p. 6, nonché P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases* ...cit., pp. 10 e ss.

<sup>28</sup> Come rileva efficacemente Spinelli, la CEE è la più importante delle tre Comunità ed è destinata a riassorbire le altre due, punto di partenza del progresso politico. Le tre Comunità, a parere di Spinelli, hanno dato vita ad "*un grosso e articolato complesso di legami non solo fra gli Stati che le compongono, ma anche fra i governi, i parlamenti, le economie e le opinioni pubbliche dei singoli Paesi associati*". Spinelli valuta che i legami economici esistenti nel corso degli anni Sessanta, in seno alla Comunità, poggiano su di un avanzato smantellamento delle dogane intercomunitarie; sull'avanzato stabilimento della tariffa esterna comune; sulla comune regolamentazione anticartello; sulla politica agricola comune e sulla rappresentanza comunitaria al GATT e nei negoziati del *Kennedy Round*. Sul punto, A. SPINELLI, *Una strategia per gli Stati Uniti d'Europa*, (ediz. a cura di S. Pistone), Bologna, 1989, p. 171.

<sup>29</sup> Sul punto, in particolare, R. MONACO, *Mercato interno europeo* ...cit., p. 2. Come rilevava Spinelli, "*il male fondamentale della civiltà europea è dovuto alla sua anarchia internazionale e non potrà essere eliminato da un sistema del tipo dell'organizzazione mondiale di sicurezza*". Sul punto, A. SPINELLI, *Una strategia per gli Stati Uniti d'Europa* ...cit., pp. 63 e s.

nell'edificio normativo comunitario, pur non essendone fornita una puntuale definizione giuridica che è stata, invece, elaborata grazie al contributo della Corte di Giustizia<sup>30</sup>. L'incidenza, che la disciplina comunitaria ha operato sulla nozione di mercato comune non solo ha affascinato gli studiosi di semiotica dei concetti giuridici, ma ha, altresì, conferito al medesimo la natura di *ordo oeconomicus* in cui l'*agere* pubblico e quello privato sono sottoposti a regole, talvolta penetranti. Ciò, a parere di Irti, rende il mercato un *locus artificialis* e non *naturalis*, “*un ordine costruito, e non un ordine trovato nell'originaria natura degli uomini*”<sup>31</sup>.

Gli anni Sessanta sono rilevanti per il processo di integrazione europea poiché sono pervasi dal nascere delle prime tensioni tra Stati membri come accadde in occasione dell'adozione di talune decisioni inerenti i finanziamenti alla politica agricola comune che vide la Francia assente per molti mesi alle sedute del Consiglio, secondo la logica della “*empty-chair policy*” e la cui riottosità fu vinta solo in virtù del “*compromesso di Lussemburgo*” del gennaio 1966, che incise in modo significativo sui meccanismi decisionali adottati in seno alle istituzioni comunitarie<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> In particolare, nella sentenza *Schul* del 1981 sono utilizzate le tre locuzioni di mercato comune, di mercato unico e di mercato interno, munendole di una intrinseca valenza semantica. Causa *Schul*, C-15/81, sentenza del 5 maggio 1982, in cui la Corte afferma che “*la nozione di mercato comune ...mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno*”. In tal modo il mercato comune diviene luogo di convergenza dei mercati nazionali, quello unico che sarà suggellato nell'Atto Unico europeo, costituisce luogo di fusione dei medesimi ed, infine, quello interno sottende un implicito riferimento alla realtà di un mercato nazionale ossia ad una struttura coesa, eguale a quella presente in ciascuno Stato. Anche nell'evoluzione terminologica si evidenzia un sottile gradualismo dei passaggi della sua costruzione. Sul punto, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, pp. 36 e s. Suggestiva è la descrizione del mercato fornita da Luigi Einaudi, che afferma: “*I compratori desiderano acquistare a buon mercato ed i venditori vendere a caro prezzo. Spinti da motivi opposti essi si affrettano verso lo stesso luogo, verso la fiera, il mercato*”, in Einaudi le relazioni di scambi acquisiscono una intrinseca pulsione dinamica. Sul punto, L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1975, pp. 11 e s. All'immagine descrittiva, si aggiunge la lente del giurista che lo considera luogo di scambio di merci e di servizi, sottoposto alle regole del diritto pubblico e del diritto privato al fine di cadenzarne, in modo uniforme, i ritmi di evoluzione e di funzionamento che lo rendono sempre più assimilabile ad un ordine complesso. Sul punto, si rimanda all'opera di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, pp. 3 e s.

<sup>31</sup> L'autore ripudia i caratteri di naturalità e di a-politicità del mercato ed evidenzia come “*Un mercato è sì gremito di vari e concreti accordi conclusi fra soggetti determinati, ma esso si rende intellegibile, e si rivela nella sua profonda unità solo se quegli accordi si ordinano negli schemi, predisposti dalla legge, e perciò entrano in una sorta di artificiale tipicità*”. Per Irti la legge non influisce sul mercato, come accade nella concezione einaudiana, ma addirittura è il mercato che prende forma nella decisione politica. La visione di Irti può apparire, sotto alcuni aspetti, un po' estrema. Sul punto, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato...cit.*, pp. 12 e s.

<sup>32</sup> Il paragrafo centrale del testo del compromesso sancisce che: “*Se per le decisioni che possono essere prese a maggioranza su proposta della Commissione sono messi in gioco importanti interessi di uno o più partners, i membri del Consiglio si sforzeranno, entro un termine ragionevole, di pervenire a delle soluzioni che possono essere accettate da tutti i membri del Consiglio, garantendo i loro reciproci interessi e gli interessi della Comunità, conformemente all'art. 2 del Trattato ... La delegazione francese è dell'avviso che, se si tratta di interessi molto importanti, la discussione deve essere proseguita finché non si raggiunge un consenso unanime ... Le sei delegazioni ritengono tuttavia che tali divergenze d'opinione non impediscono che il lavoro della Comunità possa essere ripreso seguendo la normale procedura*”. Come rileva acuta dottrina, è vero che in questo modo il Consiglio, in presenza di una divergenza di opinioni non ricorre alla votazione formale, ma cerca in tutti i modi di adottare le decisioni in via consensuale, pur tuttavia è erroneo riscontrare, in tale prassi, la creazione del principio dell'unanimità. Il compromesso non costituisce una forma di intesa su un diritto di veto anche per quei casi in cui Trattati prevedano la regola della maggioranza, dal momento che nel testo si parla di un dissenso. È vero che, spesso, gli Stati pretendono di rinviare le votazioni, invocando la presenza di importanti interessi e parlando di veto, ma si tratta pur sempre di espressioni politiche e non giuridiche. In tal senso il Compromesso di Lussemburgo non rappresenta un atto di diritto internazionale, ma si fonda sul diritto di autorganizzazione del Consiglio. Tanto che Marks, Hooghe e Blank lo hanno ritenuto uno strumento

Una componente dottrinarica sostiene che l'idea di fondo che stava alla base della Costituzione economica originaria, ossia dell'insieme dei principi fondamentali inerenti l'organizzazione e lo svolgimento dei processi economici consacrati nei Trattati di Parigi e di Roma, costituisca l'espressione di un *embedded liberalism* in cui era suggellato il compromesso istituzionale postbellico<sup>33</sup>. La concezione dell'*embedded liberalism* aveva un contenuto intrinsecamente compromissorio poiché compendia l'ideale comunitario della realizzazione di un mercato comune ove le forze del libero mercato e della libera concorrenza potessero dispiegarsi senza restrizioni e i sistemi di ciascuno Stato membro posti a difesa della "cittadinanza sociale ed industriale".

Le architravi di un ordine economico europeo, ispirato da logiche liberali ovattate dalla presenza di imponenti sistemi di *welfare* nazionali furono più volte sorrette dall'abusato slogan: "*Keynes in patria e Smith all'estero*"<sup>34</sup>. Questo dato avvalorava la concezione secondo cui ogni processo di integrazione istituzionale e territoriale si evolveva nella costante ricerca di un punto di equilibrio tra spinte contrapposte, sospese tra la garanzia della libera circolazione delle merci, degli altri fattori produttivi e delle persone in seno al mercato comune europeo e la salvaguardia del ruolo dello Stato, quale gestore delle politiche macroeconomiche a livello interno, in base all'assunto secondo cui, il valore della persona fosse meglio tutelabile a livello nazionale. In tal modo, si operava una scissione categoriale tra il valore del mercato, garantito in modo più uniforme nell'arena delle tre Comunità europee, ed il valore della persona, incardinato nel tessuto normativo delle principali disposizioni costituzionali dei singoli Stati membri<sup>35</sup>.

---

difensivo, piuttosto che offensivo nella cornice di una "*veto culture*". Sul punto, si rinvia all'analisi critica di B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J.H.H. WEILER, *L'Unione Europea ...cit.*, pp. 190 e s., di A. MORAVCSIK, "Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach", in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 31, No. 4, (December 1993), pp. 473 e ss., di G. MARKS, L. HOOGHE, K. BLANK, "European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multilevel Governance", in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 34, No. 3, (Sept. 1996), p. 351 e 362, di S. HOFFMANN, "The European Community and the 1992", in *Foreign Affairs*, Vol. 68, No. 4, (1989), pp. 27 che, invece, lo ritiene un atto di diritto internazionale nonché, in linea generale al contributo di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, p. 13.

<sup>33</sup> Sul punto, di ampio respiro, risulta essere l'analisi condotta da S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, pp. 26 e s. L'autore rileva come l'intelaiatura istituzionale immaginata dai *conditores* comunitari si poneva in perfetta sintonia con i principi dell'*embedded liberalism*. Infatti, la graduale istituzionalizzazione in via pretoria dei principi della libertà di mercato, a livello transnazionale, avrebbe poggato sull'implicita, ma non per questo meno sicura, garanzia del mantenimento di radicati e costituzionalizzati sistemi nazionali di *welfare states*. Come già ricordato nella prima parte del presente lavoro, il Secondo Dopoguerra in Europa aveva condotto all'approvazione di Carte costituzionali di pregevole contenuto e contenenti lunghe elencazioni di diritti, tra i quali quelli sociali, meritevoli di un'ampia tutela e di forti garanzie attraverso un intervento concreto ed un ruolo attivo dei singoli Stati, *ibid.*, p. 29.

<sup>34</sup> Sul punto, in particolare, S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato ...cit.*, pp. 29 e s.

<sup>35</sup> Come rileva Giubboni questa simbiosi si era già parzialmente attuata sul versante del commercio internazionale in seguito alla introduzione del sistema di Bretton Woods, che non solo fornì le condizioni ottimali per una riapertura controllata delle economie nazionali al commercio internazionale, ma, soprattutto, consentì di rinvenire "*un punto di equilibrio tra un mercato mondiale liberalizzato e le responsabilità domestiche degli Stati nazionali*". L'autore ritiene il sistema inaugurato a Bretton Woods, una "*simbiosi tra la liberalizzazione esterna ed il rafforzamento del ruolo*

La coesistenza tra un ordine sopranazionale di ispirazione liberale e di uno nazionale avente una ispirazione social-democratica subirà, comunque, forme di graduale ibridazione. Il fatto che gli Stati membri abbiano conservato per anni la titolarità nella gestione delle politiche macroeconomiche, non esime dal dover considerare, che l'intervento pubblico nell'ambito economico, differentemente da quello sociale, fu fortemente mitigato dalla normativa e dall'azione comunitaria e che nei successivi sviluppi della Comunità anche la garanzia dei diritti sociali, ricevette un'ampliata tutela nella cornice dei programmi di sviluppo stilati a livello europeo.

Basti rammentare, a riguardo, il rilevante contributo offerto da Friedrich von Hayek che nel pronosticare una *interstate federation*, la immaginava fondata su di una unione economica che poggiava sulla necessaria rimozione delle barriere doganali e delle altre misure protezionistiche erette da uno Stato contro un altro, destinate ad alimentare le rivalità commerciali tra Paesi, a non consentire una efficiente allocazione delle risorse e ad inasprire le relazioni anche sul piano politico, preparando terreni di scontro e di conflitto. L'eliminazione delle barriere tariffarie e la garanzia della libera circolazione delle merci e degli altri fattori produttivi, costituivano il presupposto per la creazione di un mercato unico in cui convergevano le economie dei singoli Stati aderenti alla federazione ed in cui l'esaltazione dell'individualismo fungeva da contraltare ad una graduale riduzione del ruolo dello Stato nell'economia<sup>36</sup>.

Sulla natura di tale compromesso aveva già espresso una posizione difforme e critica Altiero Spinelli, in occasione della istituzione delle CECA, evidenziando come gli organi di tale Comunità fossero privi della possibilità di legiferare, anche solo nel ristretto ambito del mercato carbosiderurgico, visto che non era possibile realizzare veramente il mercato comune di queste due materie, lasciando il resto delle politiche economiche, monetarie e finanziarie nelle mani dei governi nazionali<sup>37</sup>.

---

*economico dello Stato a livello interno*" che riequilibra il nazionalismo economico degli anni Trenta e l'ampio liberismo del regime di *Gold Standard*. Sul punto, S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato ...cit.*, pp. 24 e s.

<sup>36</sup> Sul punto, in particolare, F. VON HAYEK, *Individualism and Economic Order*, Chicago, 1948, pp. 255 e ss. L'autore rinviene nella rimozione delle barriere frapposte alla libera circolazione dei prodotti, uno strumento ed una delle principali condizioni economiche dell'*interstate federalism*, destinato ad evitare la formazione di frizioni tra Stati e ad ostacolare la formazione di forme di localismo economico nocive per lo sviluppo ed il mantenimento della pace tra i popoli. Per una ricostruzione recente del pensiero di Hayek, si rinvia al contributo di R.A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, 2003, pp. 274 e ss. Non solo, Hayek, nel costruire filosoficamente la nozione di mercato, come ordine artificiale, politico e giuridico, contrappone la nozione di ordine spontaneo (*cosmos*) a quella di ordine 'ordinato' (*texis*), e la regola generale (*nomos*) a quella particolare (*thesis*), assimilando il mercato ad una forma di ordine degli scambi il cui volto è disegnato dal proprio statuto giuridico, compendiando *texis* e *thesis*, seppur le chiavi di combinazioni siano molteplici come afferma Irti e non necessariamente rigide. Sul punto, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato...cit.*, pp. 6 e ss.

<sup>37</sup> Spinelli lamentava la intrinseca debolezza di un organo quale l'Alta Autorità, il cui potere decisionale era pressoché totalmente assorbito dal ruolo ricoperto dal Consiglio dei ministri e sottolineava come la liberalizzazione del carbone e dell'acciaio avesse sortito effetti positivi e compiuto progressi solo grazie alla congiuntura economica. Nelle argomentazioni ricostruttive di Altiero Spinelli si coglie, in modo evidente, la critica che un federalista muove nei confronti dell'approccio funzionalista affetto, a suo parere, da una debolezza strutturale che avrebbe paralizzato il processo di integrazione europea. Spinelli sottolinea come il Piano Marshall aveva costituito una grande occasione di



La creazione di un sistema economico unificato e privo di barriere interne alla libera circolazione dei fattori produttivi e dei relativi prodotti risultava più agevole negli Stati Uniti del '700 o nella Confederazione elvetica dell'800, in cui il porre divieto agli Stati di intralciare gli scambi commerciali e il limitare il potere regolatorio dell'economia erano facilmente conciliabili nella cornice funzionale di Stati piccoli ed in presenza del modello liberale condiviso su due livelli. Ma l'Europa del mercato comune delle merci è un progetto che si incardina nel contesto di preesistenti e consolidati Stati sociali, muniti di Testi costituzionali di pregevole contenuto e di consolidati e codificati sistemi di diritto privato. In tal modo, l'unificazione economica nel seno di realtà statali che intervengono in campo economico, sociale, tributario, monetario e finanziario risulta oltremodo più complessa e giustifica la formazione di un compromesso quale quello dell'*embedded liberalism*, differente dal *pure liberalism* affermatosi nel territorio statunitense<sup>38</sup>. In tal modo, nell'ambito europeo la delega di funzioni e di compiti alle autorità comunitarie è stata ben diversa rispetto a quella maturata negli Stati Uniti ed il fatto che le disposizioni sulla creazione di un mercato comune delle merci siano ampie e dettagliate, rispetto a quelle della Costituzione federale statunitense, è un riflesso intrinseco di tale problema<sup>39</sup>. Il compromesso europeo si presenta, dunque, profondamente diverso da quello costituzionale statunitense.

È, inoltre, indubbio il fatto che negli Stati europei della nascente Comunità non fossero presenti mercati dominati da uno sviluppo capitalistico e da una economia concorrenziale assimilabile al modello statunitense. Solo la Gran Bretagna e l'Olanda avevano avviato una politica di progressiva liberalizzazione dei mercati, gli altri Paesi dell'Europa continentale si erano dimostrati inclini allo sviluppo di una cultura statalista, favorevoli alla cooperazione fra imprese nazionali piuttosto che alla concorrenza vicendevole<sup>40</sup>. Risulta evidente l'adesione ad un modello economico fondato sulla 'cooperazione' tra le imprese, al fine di massimizzare l'interesse generale, piuttosto che sulla

---

unificazione, ma la creazione di un organismo quale l'OECE, di consultazione e di redistribuzione degli aiuti, non fece altro che favorire la ricostruzione delle vecchie economie nazionali, piuttosto che mettere insieme un sistema economico europeo. In modo analogo, si esprime in merito al ruolo del Consiglio d'Europa, considerato un organo consultivo. Spinelli elabora la massima secondo la quale, *influence is not government*. Il pensiero di Altiero Spinelli è consultabile nell'opera di M. ALBERTINI, *Il Federalismo ... cit.*, pp. 270 e s.

<sup>38</sup> Per tale motivo, la liberalizzazione-unificazione del mercato comune è stata avviata sotto l'egida del gradualismo al fine di evitare contraccolpi economici bruschi in seno ai singoli Stati, consentendo ai medesimi di adeguare le loro politiche di intervento alle trasformazioni del sistema.

<sup>39</sup> Sul punto, in particolare, G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2001, pp. 74 e ss.

<sup>40</sup> Come rileva Amato, nella Francia tradizionalmente dirigista e nella Germania e nell'Italia afflitte da una condizione di ritardato sviluppo strutturale, il protezionismo statale, la figura dell'impresa a conduzione pubblica, lo strumento del consorzio tra imprese private e il diritto di esclusiva concesso a talune imprese pubbliche e private, costituivano "gli ingredienti correnti nella conduzione dell'economia". I medesimi cartelli tra imprese costituivano una delle positive manifestazioni dell'associazionismo privato e, addirittura, della libertà di commercio, ancor più se rispondenti a finalità pubbliche o se approvati da organi pubblici. Sul punto, in particolare, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, pp. 43 e s. Efficace è la considerazione che l'autore fa in ordine al regime totalitario fascista che, negli anni Trenta, giunse a prevedere il consorzio obbligatorio tra tutte le imprese di settore, reputandolo incomprensibile agli occhi di chi è cresciuto nella cultura dello *Sherman Act*, *ibid.*, p. 43.

‘concorrenza’ tra le medesime al fine di incrementare il profitto privato, tipico dell’ordine statunitense dominato dalla figura del *self made man* e dall’individualismo privato nell’*agere oeconomicus*.

Come rileva Amato, il modello europeo dello spiccato interventismo dello Stato nelle faccende economiche che si tramutava spesso in dirigismo, aveva condotto a risultati contrastanti. Nella Germania degli anni Trenta, la formazione di moduli collaborativi tra il Governo nazista e i cartelli privati costituì un incentivo per il lavoro forzato e per lo sterminio degli ebrei. Le tragiche degenerazioni di un modello economico non concorrenziale determinò la formazione di una importante scuola di pensiero nell’Università tedesca di Friburgo che si interrogava sui limiti da porre sia nei confronti del potere privato non legittimato, sia nei riguardi di un potere pubblico eccessivo nell’ambito economico, nella cornice istituzionale dell’economia concorrenziale. L’intento era quello di rinvenire una soluzione alle pericolose compenetrazioni tra potere pubblico e potere privato cui stava assistendo la Germania. I termini del dilemma liberale ripercorrono, del resto, quella che negli Stati Uniti era stata la tensione tra federalisti e jeffersoniani, dalla quale, nel tempo, si erano originate varie correnti di pensiero, poi confluite nella elaborazione teorica della Scuola di Harvard e della Scuola di Chicago.

I teorici della Scuola degli Ordoliberali di Friburgo maturarono la consapevolezza della necessità di opporre un limite all’eccesso di potere pubblico che veniva esercitato per contrastare o limitare un abusivo esercizio di quello privato<sup>41</sup>. Il limite al potere esercitato dallo Stato doveva essere, necessariamente, rinvenuto nella cornice costituzionale. Del resto, l’individuazione del confine, varcato il quale, tanto il potere pubblico, quanto quello privato diventavano illegittimi ed abusivi, concretava il già citato dilemma del diritto *antitrust*. Non costituisce un fattore trascurabile il fatto che sia stata proprio la Germania, il primo Stato del Continente europeo a munirsi, nel 1957, di una legge *antitrust*<sup>42</sup>. Vi è chi ha visto una influenza della cultura giuridica statunitense, che in quel Paese aveva rinvenuto una larga eco e chi, invece, riconduce la legislazione *antitrust* tedesca alla influente cornice ideologica della Scuola Ordolibérale. In verità, la legge fu il frutto di una soluzione compromissoria tra le forze impegnate in Parlamento.<sup>43</sup> I limiti presenti nell’impianto

---

<sup>41</sup> Tra i principali esponenti della Scuola Ordolibérale si menzionano, A. Müller-Armack, W. Röpke e W. Eucken. Sul punto, si rimanda all’analisi condotta da M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European ...cit.*, pp. 126 e s.

<sup>42</sup> Nello stesso periodo furono approvate le leggi *antitrust* in Francia, in Olanda ed in Belgio. Tra il 1970 ed il 1980, furono approvate in Lussemburgo, Irlanda, Grecia e Portogallo. La Spagna, che era già munita di una legge *antitrust* ancor prima di entrare a far parte della Comunità nel corso del regime franchista, adottò una nuova legge *antitrust* in armonia con il mutato assetto disegnato a livello europeo, così fecero anche l’Irlanda, il Belgio ed il Portogallo. Il Regno Unito e la Danimarca mantennero, invece, una legislazione *antitrust* profondamente divergente dalla normativa comunitaria in materia. Sul punto, si rimanda al contributo di G. AMATO, *Il potere e l’antitrust ...cit.*, p. 48.

<sup>43</sup> Infatti, all’originaria proposta di legge presentata da Franz Böhm, il più illustre esponente della Scuola, divenuto frattanto parlamentare e che prevedeva la creazione di una Autorità *antitrust* indipendente al fine di evitare le tanto deprecate commistioni tra potere politico e potere economico, furono apportati rilevanti correttivi. In particolare, al

originario della legge non devono esimere dal considerare il suo alto valore normativo in un contesto socio-economico non dominato dalle logiche concorrenziali<sup>44</sup>.

Il nucleo duro dell'approccio metodologico, maturato dagli esponenti della Scuola di Friburgo risiedeva, sia nel rifiuto di ogni acritico fideismo nei confronti della dottrina del *laissez-faire*, sia nel ripudio del modello del moltiplicatore keynesiano e dell'intervento regolativo pubblico dell'economia. Furono, così, denunciati i difetti di ambedue i modelli, costituiti dal rischio di una eccessiva concentrazione di potere economico in capo ai privati (con rischio di collusioni con il potere pubblico), nel primo caso, e nella possibile estremizzazione del ruolo dello Stato nell'economia dai risvolti dirigistici, nel secondo caso. Per tale motivo, il pensiero ordoliberal si poneva in posizione mediana tra un approccio liberista ed uno spiccatamente interventista, giungendo a teorizzare il concetto di un nuovo tipo di liberalismo fondato sulla nozione di ordine economico.

Il rinnovato *ordo oeconomicus* avrebbe dovuto essere affidato alle forze del libero mercato cui doveva fare da contraltare l'intervento correttivo dello Stato, solo in presenza di deviazioni o fallimenti presenti al suo interno. L'elemento di maggior rilievo era fornito dall'assunto secondo cui il sistema ordoliberal doveva essere informato alla garanzia della giustizia sociale nel tessuto di una economia di mercato che negli Stati Uniti degli anni Trenta e Quaranta si era compendiate nella concezione neo-liberale. Di tal guisa, il mercato e la protezione sociale costituirono i termini imprescindibili per conseguire la crescita economica nella cornice del modello economico della *Social Market Economy* o Economia Sociale di Mercato.

Si trattò di uno strumento formidabile per lo Stato tedesco che così sviluppò una politica economica fondata su due pilastri principali, costituiti dall'orientamento al mercato e dall'integrazione sociale che doveva essere realizzata tanto sul piano individuale che su quello istituzionale. Come ha rilevato Maduro, la dottrina ordo-liberale si ancorava all'assunto della creazione di “*a free market*,

---

Governo fu riconosciuta la possibilità di adottare decisioni derogatorie rispetto a quelle acquisite dall'Autorità in ragione di un preponderante interesse nazionale. Si preoccupò di prevenire condotte abusive nell'esercizio dei poteri di mercato, ma mantenne in vita cartelli di crisi ed esentò dalla sua sfera applicativa ampi settori tra i quali quello bancario, assicurativo, dei trasporti e dei servizi di pubblica utilità. Sul punto, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust ...cit.*, p. 44.

<sup>44</sup> Sempre Amato, sottolinea la difforme posizione dell'Italia in materia, la quale era giunta ad elaborare diverse proposte nel corso degli anni Cinquanta, grazie agli studi condotti dal giurista italiano della concorrenza Tullio Ascarelli e presentati in Parlamento da Ugo La Malfa e da Riccardo Lombardi. Le proposte di Ascarelli si ponevano in linea con le argomentazioni di Böhm. Ma nel corso dei primi anni Sessanta, la Commissione di indagine parlamentare sulla concorrenza concluse che in Italia non vi era deviazioni negli equilibri del mercato. In verità, rileva Amato, aveva provveduto ad istituire imprese pubbliche nel settore del mercato petrolifero e dei fertilizzanti, a concedere aiuti pubblici alle imprese e incentivi finanziari alle aree depresse, aveva nazionalizzato la produzione e la distribuzione dell'energia elettrica e aveva concesso ad imprese a partecipazione statale il compito di costruire reti infrastrutturali ad uso industriale e civile. Non costituisce un fattore trascurabile il fatto che l'Italia si sia munita della sua prima legge *antitrust* solo nel 1990, alla vigilia dell'affermazione dell'Europa di Maastricht, ben cento anni dopo l'approvazione dello *Sherman Act* e oltre trent'anni dopo l'entrata in vigore del Trattato di Roma. Sul punto, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust ...cit.*, pp. 45 e s.

*liberal economy, protected through constitutional principles*". Per tale ragione, la Scuola di Friburgo ha fornito un valido contributo nel progetto di integrazione europea poiché i suoi esponenti credevano ad una *Community law* intesa quale momento di "*constitutionalising [of] a free market economy with undistorted competition*"<sup>45</sup>.

L'edificio comunitario delle origini si presentava, dunque, come un tentativo di rinvenire un punto di equilibrio tra tendenze contrapposte da riplasmare 'a piccoli passi' nel *trend* evolutivo del processo di integrazione europea<sup>46</sup>. Maduro afferma che il "*constitutional dilemmas facing the European Union*" concerneva "*the balance of powers to be defined between Member States and the Union, between public power and the market and between the legitimacy of Community law vis-à-vis that of national law*"<sup>47</sup>. Un simile dilemma palesava il problema della sfera della sovranità statale limitabile ed evidenziava come il compromesso, raggiunto sulla carta, si sarebbe scontrato con la prassi delle misure normative nazionali ostative della fisiologica dinamica degli scambi e riportava in auge il problema della divisione delle competenze tra Stati ed istituzioni comunitarie che involgeva il delicato interrogativo sulla misura e sui limiti di un intervento pubblico nel mercato. Nella ricerca di questi delicati equilibri si iscrive l'opera ricostruttiva della Corte di Giustizia attratta nell'orbita delle spinte centralizzatrici, concorrenziali e decentralizzatrici, in tema di ripartizione dei poteri, che hanno pervaso e pervadono il processo di integrazione europea.

Un interrogativo sorge naturale in esordio alla trattazione, ma non ci si illuda sarà un dilemma che la pervaderà in modo incessante nel suo prosieguo, e concerne il modo di intendere il processo di costruzione del mercato comune, in termini alternativi di mezzo o di fine cui tende l'azione delle istituzioni coinvolte. Il problema della controversa natura di un ordine economico e, più precisamente del suo *status* costituzionale, involge ulteriori aspetti concernenti i limiti di un intervento pubblico nel mercato. Inoltre, in sistemi di *divided powers* o di *multi-level governance*, nell'ipotesi in cui la sfera politica prevalga su quella economica, quale livello di governo dovrà agire ed assumere decisioni ed, infine, la (quasi abusata) distinzione dicotomica tra Stato e mercato e tra ordine nazionale e sovranazionale risulta veramente adeguata nella concettualizzazione dell'emergente organizzazione della *polity* europea?<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Entrambe le citazioni sono rinvenibili nell'opera di M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Portland, Oregon, 1998, pp. 126 e s.

<sup>46</sup> Come rileva Weiler, dal 1958 al 1970 si sono registrati importanti sviluppi, poiché è proprio in tale fase che la Comunità ha assunto, differenziandosi dall'impostazione originaria, le sue caratteristiche giuridiche e politiche principali, dal momento che le dinamiche relazionali e le modalità di interazione tra Comunità e Stati membri che si sono realizzate in questi anni, hanno condizionato tutti i successivi sviluppi in Europa. L'autore concepisce il periodo istitutivo come una fase tendente alla formulazione di una teoria dell'equilibrio. Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 41.

<sup>47</sup> In particolare, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Portland, Oregon, 1998, pp. 1 e s.

<sup>48</sup> Si tratta degli interrogativi sollevati da Francis Snyder e di Christian Jorges e rinvenibili nella prefazione all'opera citata di M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European ...* cit.

## 5.2 Il ruolo della Corte di Giustizia ovvero della costituzionalizzazione in via pretoria dell'ordinamento comunitario

Ampiamente significativo nello studio del periodo costitutivo appare il pensiero di Joseph Weiler che nel comparare 'i primi passi' dell'evoluzione della Comunità europea con l'esperienza maturata negli Stati Uniti d'America, esprime la differente conclusione cui sarebbero pervenuti i giuristi, rispetto a quella cui sarebbero giunti i politologi. Nel primo caso, si sarebbe ottenuta la risposta secondo la quale la Comunità stava diventando sempre più come uno Stato federale (o almeno pre-federale), nel secondo caso, invece, si sarebbe ottenuta una risposta diametralmente opposta ossia che i due sistemi si stavano differenziando sempre più. Risultava evidente che la Comunità europea delle origini fosse segnata da un profondo dinamismo giuridico-normativo nel circuito della sovranazionalità ed a sostegno del processo di integrazione, a differenza di quello politico, decisionale e procedurale che, invece, si contraddistinse per l'approccio intergovernativo lontano dal fenomeno e dalle logiche dell'integrazione<sup>49</sup>.

In verità, a partire dai primi anni Sessanta e dagli Settanta, la Corte di Giustizia ha elaborato, in una serie di pronunce alquanto significative, i principi cardine sui quali fondare i rapporti tra il diritto comunitario e il diritto degli Stati membri in modo tale "da renderlo non distinguibile da quello degli Stati federali costituzionali"<sup>50</sup>. Uno straordinario contributo, in tal senso, è stato fornito in virtù della formulazione del principio dell'effetto diretto secondo il quale, le norme giuridiche comunitarie chiare, precise e non necessitanti di ulteriori provvedimenti di recepimento nazionale, devono essere trattate alla stregua della legislazione nazionale<sup>51</sup>. In tal modo, l'atto normativo comunitario penetra negli ordinamenti statali ed ivi dispiega la sua forza giuridica vincolante, creando obblighi che possono essere fatti valere nell'ambito dei rapporti tra Stati e individui e tra individui<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa* ...cit., pp. 42 e ss. L'autore rammenta come alcuni giuristi dell'epoca, tra i quali Stein, definissero la Comunità come una "cornice costituzionale per una struttura di tipo federale", mentre i politologi quali Heathcote, pronosticavano la sopravvivenza della sovranazionalità. L'autore richiama alla memoria il pensiero di Hirshmann che nello scritto *Exit, Voice and Loyalty* identificava nella Uscita, la disciplina dell'economia e, nella Voce, la disciplina della politica. Weiler rammenta come Hirshmann ravvedeva nella forze del mercato ed in quelle ad esso estranee, l'insieme dei meccanismi economici e politici muniti di eguale importanza nei processi di integrazione territoriale, *ibid.*, p. 43.

<sup>50</sup> Sul punto, in particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa* ...cit., pp. 45.

<sup>51</sup> Come rileva Tesauro all'effetto diretto occorre associare il concetto di diretta applicabilità che concerne gli atti normativi comunitari, quali i regolamenti, che non necessitano di un ulteriore atto interno di recepimento, tanto da produrre i loro effetti immediatamente nell'ambito degli ordinamenti nazionali. L'autore evidenzia che i due concetti di effetto diretto e di diretta applicabilità non costituiscono un *quid novi* nell'ambito degli ordinamenti giuridici, visto che rinvergono riconoscimento ed applicazione nella sfera del diritto internazionale. In particolare, G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., pp. 138 e s.

<sup>52</sup> Per tale ragione, afferma Weiler, gli individui divennero i principali guardiani del rispetto del diritto comunitario in Europa, attraverso le cause intentate nei confronti di ogni Stato membro che avesse assunto una condotta lesiva della

Risulta di estremo rilievo il contenuto dell'effetto diretto e la portata della sua teorizzazione poiché consente alla disciplina comunitaria di parlare ad una sola voce tanto agli Stati quanto agli individui che vivono all'interno degli Stati, evitando la creazione di diaframmi tra cittadino e Comunità europea lesivi delle logiche evolutive di un sistema dinamico volto ad una integrazione graduale. L'attitudine del disposto comunitario di creare situazioni giuridiche soggettive in capo ai singoli non richiede, altresì, che la norma sia ai medesimi espressamente indirizzata. Basti rammentare a riguardo l'art. 30 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea - d'ora in avanti TFUE - (già art. 25 TCE)<sup>53</sup> che fa divieto agli Stati di introdurre dazi doganali all'importazione o all'esportazione o tasse aventi un effetto equivalente che, apparentemente, costituisce una semplice disposizione istitutiva di un obbligo di *non facere* in capo agli Stati membri, ma che presume un sottostante diritto degli individui, in particolare di coloro i quali svolgono attività legate al commercio, di poter scambiare i rispettivi prodotti senza subire restrizioni o intralci a causa della condotta illegittima di uno Stato membro che abbia violato i precetti comunitari.

Del resto, la giurisprudenza sull'effetto diretto è sorta proprio sulla scorta del disposto dell'art. 30 del TFUE (già art. 25 del TCE) nell'ambito del caso *Van Gend en Loos* del 1963 in cui la Corte evidenziò, in modo significativo, che il Trattato non si era limitato a creare obblighi reciproci tra gli Stati membri, ma aveva inteso realizzare “*un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani*”<sup>54</sup>. Per tale ragione, prosegue la Corte, “*l'ordinamento comunitario riconosce come soggetti non solo gli Stati membri, ma anche i loro cittadini*”<sup>55</sup>. Significativo è il passaggio

---

disciplina comunitaria attributiva di diritti e di obblighi. Il diritto comunitario ampliava, di tal guisa, il novero dei diritti tutelabili, assicurandone la immediata giustiziabilità innanzi agli organi giurisdizionali nazionali. Weiler rileva come il ruolo dei cittadini degli Stati membri fosse assimilabile al ruolo dei singoli individui nel sistema costituzionale statunitense, i quali hanno ricoperto un ruolo da protagonisti nell'assicurare la salvaguardia del *Bill of Rights* e di altre componenti del diritto federale. Sul punto, in particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, pp. 46 e s.

<sup>53</sup> Si precisa, in esordio alla trattazione, che la numerazione cui si fa riferimento è quella attuale del Trattato CE che ha assunto la denominazione di Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, in virtù del Trattato di Lisbona di imminente entrata in vigore (primo dicembre 2009). Il medesimo Trattato di Lisbona ha inciso anche sul contenuto del Trattato sull'Unione Europea, eliminando la struttura a pilastri delle costruzione europea e l'aggettivo comunitario per definire le istituzioni e l'ordinamento dell'Unione Europea. Il Trattato di Lisbona non ha mutato il contenuto dei disposti sulla libera circolazione delle merci, ne ha solo variato la numerazione. Gli aspetti di novità del TFUE in merito al mercato interno, in specie sotto il profilo delle competenze attribuite in via esclusiva e concorrente alla Unione, saranno acclarate nel prosieguo.

<sup>54</sup> Causa *Van Gend en Loos c. Amministrazione delle imposte olandese*, C-26/62, sentenza del 5 febbraio 1963. Come rileva Gori, la portata assolutamente innovativa della formula, che consentì di sganciare il processo di integrazione europea dai retaggi internazionalistici, rivoluzionando il percorso di evoluzione dell'edificio comunitario, fu dovuta alla originale intuizione di Alberto Trabucchi. Sul punto, si rimanda al contributo di P. GORI, “Quindici anni insieme ad Alberto Trabucchi alla Corte di Giustizia della C.E.”, in *Contratto e Impresa/Europa* (a cura di R. Bin e F. Galgano), No. 1, (Gennaio-Giugno 2008), pp. 27 e ss.

<sup>55</sup> La riferibilità delle disposizioni del Trattato, anche ai singoli cittadini, avrebbe dovuto essere automaticamente dedotta da una lettura del suo Preambolo in cui ci si rivolgeva non solo ai Governi nazionali, ma anche ai popoli che ivi risiedevano. Come rileva Maduro, “*The treaty is presented as much more than an agreement between States; It is an agreement between the peoples of Europe that established a direct relationship between EC law and those people ... The epistemologica turning point on the construction of the normative authority of EC law lays in the direct relation*

della sentenza in cui la Corte precisa che “*il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone a dei singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Tali diritti sorgono non soltanto allorché il Trattato espressamente li menziona, ma anche quale contropartita di precisi obblighi che il Trattato impone ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie*”. I diritti attribuiti ai singoli, dal diritto comunitario, potevano essere intesi, anche, come una “contropartita” di precisi obblighi imposti agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie, dal momento che ad un divieto chiaro ed incondizionato imposto allo Stato, corrispondeva il diritto del privato cittadino di ottenerne l’osservanza<sup>56</sup>.

Il principio dell’effetto diretto non avrebbe costituito, comunque, un fattore così rilevante nell’ambito dell’ordinamento comunitario se non fosse stato accompagnato da quello che sancisce la primazia del diritto comunitario su quello nazionale con esso contrastante, anche se posteriore e di rango costituzionale. La *primauté* del diritto comunitario fu affermata, in via pretoria, nella nota sentenza *Costa c. Enel* del 1964 in cui la Corte ribadì che il Trattato aveva istituito un ordinamento giuridico proprio, ma integrato con quelli nazionali<sup>57</sup>. Il Giudice del Lussemburgo nella vicenda *Costa* si occupò del progressivo riordino dei monopoli nazionali aventi carattere commerciale ed evidenziò come “*l’integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro delle norme che promanano da fonti comunitarie, più in generale, lo spirito ed i termini del Trattato hanno per corollario l’impossibilità per gli Stati di far prevalere contro un ordine giuridico da essi accettato a condizioni di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale non potrà essere opponibile all’ordine comunitario*”.

La forza, inequivocabilmente creativa della giurisprudenza della Corte di Giustizia, si scontrò, comunque, con la chiusura delle Corti costituzionali di molti Stati membri, restie ad accettare una nozione monista dell’ordinamento giuridico, frutto delle integrazione/compensazione del diritto comunitario e di quello nazionale<sup>58</sup>. La Corte di Lussemburgo aveva, invece, ben compreso come

---

*found by the Court of Justice between the peoples of Europe and that legal order ... it was clear that it was to be construed autonomously from national and international legal orders and its basic legal framework should be based on constitutional law and not international law*”. Sul punto, si rimanda al contributo di M.P. MADURO, *How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union*, in *Jean Monnet Working Paper*, 5/04, pp. 8 e s.

<sup>56</sup> L’autore evidenzia come all’epoca in cui fu deciso il caso *Van Gend and Loos* non erano molti quelli che riuscivano ad intravedere dietro una chiara obbligazione degli Stati, il diritto dei singoli a pretenderne l’osservanza e ad ottenerne la tutela giurisdizionale. Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, pp. 141 e s.

<sup>57</sup> Causa *Flaminio Costa c. Enel*, C- 6/64, Sentenza del 15 luglio 1964.

<sup>58</sup> Basti rammentare che la pronuncia della Corte di Giustizia sul caso *Costa*, del 15 luglio 1964, era stata preceduta da una sentenza della Corte costituzionale italiana, inerente la medesima vicenda (Corte cost., Sent. n. 14 del 7 marzo 1964), di segno diametralmente opposto. Infatti, il Giudice delle leggi nazionale aveva argomentato che la legge di nazionalizzazione della cui costituzionalità si disquisiva, aveva rango eguale a quello ricoperto dalla legge di ratifica del Trattato. Si trattava, pertanto, di due norme ordinarie il cui contrasto applicativo avrebbe potuto essere risolto, ricorrendo al criterio della *lex posterior derogat priori*. In tal modo, la legge successiva di nazionalizzazione avrebbe prevalso su quella anteriore di ratifica del Trattato per una mera ragione cronologica. L’argomentazione della Corte costituzionale era arretrata al solo momento del conflitto tra fonti di produzione del diritto e non poneva affatto il

l'integrazione attraverso il diritto, avrebbe consentito l'*enforcement* del processo di integrazione europea *tout court* considerato<sup>59</sup>.

L'ampliamento della sfera di funzioni esercitabili da parte delle istituzioni comunitarie avvenne in modo graduale. Il riconoscimento di funzioni ulteriori rispetto a quelle appositamente riservate alla Comunità si affermò, inizialmente, in materia di stipula dei Trattati internazionali<sup>60</sup>. Nel noto caso *AETS*, la Corte stabilì che nelle materia in cui la Comunità sia munita di una competenza interna, in essa deve considerarsi implicito un potere esterno di stipulare Trattati destinati a produrre effetti giuridici anche nei confronti degli Stati membri<sup>61</sup>.

Il caso *AETS* concerneva un accordo europeo sul lavoro degli equipaggi dei veicoli che effettuavano trasporti internazionali su strada. La materia dei trasporti era considerata, dalle disposizioni del Trattato, una materia di primaria importanza ai fini della realizzazione del mercato comune ed, in particolare, della libera circolazione delle materie prime e delle merci, intendendo eliminare tutte quelle misure di tipo discriminatorio lesive della libertà di mercato e di concorrenza<sup>62</sup>. L'intento della Comunità, elucidato nel *Memorandum* del 10 aprile del 1961 della Commissione, era quello di creare un mercato comune dei trasporti attraverso una serie di atti comunitari in grado di eliminare ogni forma di discriminazione basata sulla nazionalità. Non costituisce un fattore trascurabile il fatto che la Comunità si fosse impegnata per il ravvicinamento delle condizioni di concorrenza,

---

problema della compatibilità della normativa nazionale successiva con le statuizioni del Trattato, riducendo la *vis* deterrente della normativa comunitaria.

<sup>59</sup> Come rileva Weiler, il riconoscimento, in via pretoria, del principio di primazia del diritto comunitario sul diritto interno dei singoli Stati, involgeva non la semplice preminenza del diritto suggellato nei Trattati, ma di tutto il diritto che costituiva espressione della volontà delle istituzioni comunitarie, destinato a prevalere sulle norme nazionali anteriori e su quelle posteriori alla sua entrata in vigore. Ne derivava un'implicita ammissione di una *Kompetenz-Kompetenz* giurisdizionale della Corte di Giustizia nel grembo dell'ordinamento comunitario, rimettendo alla medesima l'individuazione delle norme che rientravano nella sfera di applicazione del diritto comunitario. Sul punto, in particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, pp. 48 e s. A tal proposito, Maduro rammenta il pensiero di Weiler riguardante le *Constitutional thesis claims* che hanno conferito alla Comunità ed al suo *founding instrument* non il carattere di un "*Treaty governed by international law but, ... a constitutional charter governed by a form of constitutional law*". Sul punto, il rimando al pensiero di Weiler è condotto da M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European ...cit.*, p. 8.

<sup>60</sup> Come evidenzia Weiler, "*la piena realizzazione di molte politiche interne alla Comunità europea dipendeva chiaramente dalla capacità della Comunità di negoziare e concludere trattati internazionali con soggetti terzi*". Sul punto, in particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, pp. 50 e s.

<sup>61</sup> Causa- 22/70, *Commissione c. Consiglio delle Comunità Europee*, Sentenza del 31 marzo 1971, meglio nota come sentenza *AETS*. Infatti, il pregresso art. 281 del Trattato CE, posto in apertura delle disposizioni generali e finali, nel conferire personalità giuridica alla Comunità involgeva ed implicava anche la possibilità di intrattenere rapporti con i Paesi terzi nell'ambito di quei settori previsti dal Trattato. In un passaggio rilevante della sentenza, la Corte precisò che "*la competenza a negoziare e concludere accordi nella materia dei trasporti europei su strada spetta alla Comunità ... Questa competenza comunitaria esclude qualsiasi competenza concorrente degli Stati membri, dato che qualsiasi iniziativa presa fuori dall'ambito delle istituzioni comunitarie, si deve ritenere incompatibile con l'unicità del mercato comune e con l'applicazione uniforme del diritto comunitario ... In mancanza di apposite disposizioni del Trattato relative alla negoziazione e messa in vigore di accordi europei su strada, le norme da applicarsi vanno desunte dal complesso degli articoli del Trattato inerenti tali materie*". Come rileva Tesauro, "*l'ampiezza della competenza esterna va riferita al Trattato nel suo complesso, oltre che alle sue singole disposizioni*". Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, p. 64 e s.

<sup>62</sup> Sul punto, in particolare, A. GRISOLI, *L'Europa del mercato comune*, Padova, 1983, pp. 332 e s.



inserendo le ferrovie nel sistema competitivo comune <sup>63</sup>. Occorre, inoltre, rammentare che l'ingresso nella Comunità, nei primi anni Settanta, della Gran Bretagna, della Danimarca e dell'Irlanda ha costituito un importante momento di ripensamento della politica dei trasporti, portando all'inserimento del settore dei trasporti marittimi.

Il significato della pronuncia trascende il potere di stipulare i trattati internazionali e concerne il riconoscimento in linea generale, in capo alla Comunità, di una serie di poteri impliciti da esercitare, laddove necessario, per realizzare finalità legittime perseguite dalle proprie istituzioni. La dottrina comunitaria sui poteri impliciti avrebbe, del resto, avuto delle rilevanti ripercussioni sul piano dei rapporti tra Stati e Comunità. Infatti, se inizialmente la ripartizione delle competenze risentiva del limite dell'embrionalità, in modo tale che ogni Stato era libero di condurre le proprie politiche e di emanare le disposizioni normative che riteneva più opportune, purché non confliggevano con il diritto comunitario presente nella medesima sfera; nel corso degli anni Settanta, la Corte di Giustizia elaborò due principi complementari rispetto a quelli dell'effetto diretto e della primazia del diritto comunitario, costituiti dal principio di esclusività e da quello della *pre-emption*<sup>64</sup>. I due strumenti, oltre a rafforzare il novero di poteri esercitabili dalle istituzioni comunitarie, elidevano il rischio di azioni e discipline differenti da parte dei singoli Stati, chiamati ad agire congiuntamente e non singolarmente, nel seno delle istituzioni comunitarie.

Ulteriore contributo nel percorso di costituzionalizzazione in chiave pretoria del processo di costruzione comunitaria è stato fornito dalle decisioni della Corte di Giustizia in materia di diritti fondamentali. È risaputo che il Trattato non contiene al suo interno un elenco di diritti fondamentali

---

<sup>63</sup> In linea con tale intento, le istituzioni comunitarie si sono impegnate ad instaurare una regolamentazione unitaria dei prezzi di tutti i mezzi di trasporto terrestri, sopprimendo le restrizioni per i trasporti internazionali di merci su strada e coordinando i progetti in tema di infrastrutture. Non costituisce un elemento secondario il fatto che il Consiglio avesse approvato, nel maggio del 1965, la Decisione relativa all'armonizzazione di alcune disposizioni che incidevano sulla concorrenza nel settore dei trasporti su strada, ferroviari e su percorsi navigabili. In particolare, il Consiglio intendeva eliminare le disparità esistenti tra Stati membri, prefiggendosi di intervenire nel settore fiscale, eliminando la doppia imposizione fiscale; nel settore degli interventi statali, riducendo gli obblighi di servizio pubblico e riducendo il novero di aiuti erogabili nel settore ferroviario e nel settore sociale, tentando di ravvicinare le disposizioni in materia di composizione del personale viaggiante delle ferrovie e degli equipaggi nel settore della navigazione interna, pur non incidendo sul livello delle retribuzioni. Sul punto, A. GRISOLI, *L'Europa del mercato comune ...cit.*, pp. 334 e ss.

<sup>64</sup> L'esclusività divenne elemento tipizzante la politica commerciale comunitaria, in cui le istituzioni comunitarie erano investite di poteri esclusivi che precludevano l'azione concomitante degli Stati membri, indipendentemente dal fatto che confliggesse con una disposizione positiva del diritto comunitario. In altri settori, l'esclusività non si è configurata come una 'virtù' attribuibile apriori alle Comunità, al contrario era l'esistenza di una disposizione comunitaria in taluni settori ad escludere, *rectius* a prevenire, il concorso della fonte statale. Nella sentenza *Kramer*, Cause riunite 3, 4 e 6/76, del 14 luglio 1976, la Corte di Giustizia, infatti, stabilì che la competenza esterna va misurata e parametrata su quella interna anche se quest'ultima non è stata ancora esercitata, in tal caso potendosi ammettere solo una competenza transitoria dei singoli Stati membri insieme a quella comunitaria, da esercitarsi in funzione della realizzazione degli obiettivi della Comunità. In tal modo, il parallelismo tra competenze interne ed esterne fa sì che l'esercizio delle seconde non possa superare i limiti opposti alle prime, fermo restando il novero di poteri impliciti che l'art. 308, nella pregressa numerazione, riconosce nell'ambito di quella determinata materia. Infatti, nella sentenza *Kramer*, i poteri esterni impliciti si presumevano esistenti anche in assenza di un'azione positiva delle istituzioni comunitarie, ma si riconosceva un potere d'azione transitorio in capo ai singoli Stati membri. Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, p. 65, nonché P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, pp. 129 e s.

assimilabile al *Bill of Rights* insito nella Costituzione degli Stati Uniti d'America, le uniche libertà individuali ad essere garantite erano quelle strumentali agli scopi del Trattato, nei limiti della realizzazione del mercato comune. Né vi alcuna norma nel corpo del Trattato che contempri una espressa competenza in materia della Corte di Giustizia, è stato proprio l'Organo di giustizia comunitario che ha statuito in una serie di pronunce, a partire dal 1969, che avrebbe sindacato il contenuto di tutti i provvedimenti della Comunità lesivi dei diritti fondamentali della persona, utilizzando quale *tertium comparationis* le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e le Convenzioni internazionali sui diritti umani sottoscritte dalla Comunità<sup>65</sup>. Nella vicenda *Stauder*, si dubitava della legittimità comunitaria di una decisione indirizzata nei confronti di ogni Stato membro che favoriva il commercio di burro prodotto in eccedenza a favore di consumatori che rientravano nelle categorie di beneficiari individuati dallo Stato, i quali potevano acquistarlo ad un prezzo più basso di quello normale, praticato sul mercato<sup>66</sup>. Per poter fruire del prezzo agevolato, la decisione prevedeva l'esibizione di un apposito documento che, in taluni Stati doveva essere nominativo, in altri semplicemente individualizzato.

Per taluni, la nominatività del documento era considerata una forma di lesione del diritto alla riservatezza. Fu così che fu fornita una interpretazione autentica della misura comunitaria, di poi, acclarata dalla Corte di Giustizia che stabilì che: *“La disposizione di cui è causa deve essere interpretata nel senso che essa non impone, senza tuttavia vietarla, l'identificazione nominativa del beneficiario ...Ciascuno degli Stati membri può, quindi, scegliere fra vari metodi di individualizzazione. Così interpretata la disposizione di cui è causa non rivela alcun elemento che possa pregiudicare i diritti fondamentali della persona che fanno parte dei principi del diritto*

---

<sup>65</sup> In particolare, Cassese ricorda non solo i pilastri costituzionali delle Comunità Europee, (supremazia del diritto europeo, diretta applicabilità del medesimo, obbligo di conformazione alle decisioni delle Comunità Europee, rispetto del principio di eguaglianza, di proporzionalità etc.), ma anche come la Corte di Giustizia si sia venuta a trovare in una posizione privilegiata, potendo essere adita sia dalla Commissione che dai singoli cittadini, in casi specifici. In tal modo, la Commissione ed i cittadini sono divenuti garanti del rispetto del diritto comunitario nella cornice di un rapporto complesso tra Corte-cittadino-amministrazione nazionale-amministrazione comunitaria. Sul punto, si rimanda al contributo di S. CASSESE, “La Costituzione Europea”, in *Quaderni Costituzionali*, a. XI, No. 3, (dicembre 1991), pp. 493 e s.

<sup>66</sup> Caso *Stauder c. Città di Ulmt Sozialamt*, C-29/69, sentenza del 12 novembre 1969. In modo analogo si espresse in materia di licenze di importazione e di esportazione dei prodotti agricoli, sancendo che: *“La tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità”*. Caso *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C- 1/70, sentenza del 17 dicembre 1970. Nella sentenza *Nold*, la Corte di Giustizia ampliò i parametri invocabili in materia di protezione dei diritti fondamentali, statuendo che: *“la Corte, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati ... I trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito possono del pari fornire elementi di cui occorre tener conto nell'ambito del diritto comunitario”*. Caso *Nold c. Commissione delle Comunità Europee*, C- 4/73, sentenza del 14 maggio 1974. Infine, nel caso *Rutili c. Ministre de l'Intereiruer*, C-36/75, sentenza del 28 ottobre del 1975, richiama espressamente la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

*comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza*". Un simile approccio ha provocato delle immediate reazioni da parte degli organi di giustizia costituzionale dei singoli Stati membri (in particolare della Germania e dell'Italia), da sempre impegnati nella tutela e nella garanzia dei diritti e delle libertà individuali<sup>67</sup>.

Non solo, l'avvio in chiave pretoria di un importante riconoscimento della tutela dei diritti fondamentali fu seguito da alcuni interventi delle altre istituzioni comunitarie; basti rammentare la Dichiarazione comune del 5 aprile del 1977, in cui il Parlamento, il Consiglio e la Commissione si erano impegnati a rispettare, nell'esercizio delle rispettive funzioni, i diritti fondamentali quali risultanti dalla Costituzioni degli Stati membri e dalla Convenzione europea. Si trattava di un documento privo di valore giuridico vincolante, ma denotava la graduale attenzione che l'apparato istituzionale comunitario iniziava a dedicare alla materia dei diritti fondamentali. Una parte della dottrina ha sottolineato come la mancanza di un catalogo dei diritti fondamentali, nell'ambito del Trattato CEE del 1957, costituisse una *contradictio in terminis* con la straordinaria stagione di affermazione su scala globale di importanti dichiarazioni dei diritti, all'indomani delle tragiche conseguenze cui avevano condotto i regimi totalitari nel Secondo Conflitto mondiale<sup>68</sup>.

In effetti, la mancanza di un riferimento ai diritti fondamentali poteva giustificarsi nel Trattato CECA, dal momento che tutelava la sola produzione del carbone e dell'acciaio nel mercato comune, risultando poco conciliabile con la garanzia dei diritti fondamentali. Il vuoto poteva apparire di non agevole decifrazione alla luce del dettato del Trattato di Roma del 1957, che tace anche in materia del regime giuridico della proprietà pubblica e privata, dichiarando la propria neutralità rispetto alle previsioni nazionali in materia, pur avendone invaso la sfera 'trasversalmente', in virtù della normativa *antitrust*<sup>69</sup>. Ma non deve destare meraviglia se si bada alla natura della nascente Comunità Europea, imprigionata in una ristretta accezione "economica" e incardinata nel tessuto di consolidate strutture giuridiche nazionali in materia di diritto privato e di proprietà pubblica dei mezzi di produzione.

---

<sup>67</sup> Basti rammentare il caso *Solange I*, sentenza del 29 maggio 1974, (BfverfGE 37, 271), redatta dalla Corte costituzionale tedesca in cui il *Bundesverfassungsgericht* statui che sino a quando il processo di integrazione europea non sarebbe stato avanzato, in modo tale che il diritto comunitario contenesse un catalogo di diritti fondamentali formulato dal Parlamento ed assimilabile a quello contenuto nella Legge fondamentale tedesca, la Corte si riservava il potere di sindacare il contenuto dei regolamenti comunitari in ragione della tutela del contenuto essenziale dei diritti fondamentali.

<sup>68</sup> Basti rammentare la Costituzione italiana del 1948, il *Grundgesetz* tedesco del 1949, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950. Sul punto, in particolare, A. VON BOGDANDY, "L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?", in AA.VV. (a cura di G. Zabrebelsky), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari, 2003, pp. 282 e s.

<sup>69</sup> Nello specifico, il pregresso art. 295 del Trattato (attualmente art. 345 TFUE), "lasciava del tutto impregiudicato il regime di proprietà presente esistente negli Stati membri". Per una disamina del regime giuridico e del nucleo-minimo della proprietà privata, secondo una prospettiva italo-europea che raffronta l'art. 295 (oggi, art. 345 TFUE) con l'art. 832 del c.c. italiano, si rimanda al rilevante contributo di M. FRAGOLA, *Limitazioni e contenuto minimo della proprietà nel sistema italo-europeo*, Napoli, 2002, pp. 98 e ss.

Nella struttura nomologica del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, sono individuati solo quei diritti e quelle libertà che apparivano, nell'immediato, funzionali alla realizzazione del mercato comune. Basti rammentare le disposizioni sul diritto di stabilimento, inteso quale libertà del cittadino di uno Stato membro di accedere alle attività non salariate e di esercitare, costituire o gestire un'attività di impresa, anche in forma societaria, nel territorio di un altro Stato membro e la libertà di prestazione dei servizi intesa quale libero esercizio, nel seno del territorio comunitario, di attività di ordine industriale, commerciale, artigianale e di attività libero-professionali<sup>70</sup>.

Ma non bisogna tralasciare neppure il valore significativo assunto in ambito europeo e sul piano del diritto internazionale, dal Protocollo Addizionale alla CEDU firmato a Parigi nel 1952, il cui art. 1 riconosce il valore della proprietà e la necessità di una protezione di tale diritto, sancendo che *“Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni [e che] nessuno possa essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”*<sup>71</sup>.

Una delle ragioni di tale ‘voluta’ omissione potrebbe risiedere nel *trend* evolutivo che la Comunità seguì all'indomani del fallimento della Comunità Europea di Difesa, abbandonando la via della “comunitarizzazione costituzionale” e percorrendo quella della “intergrazione funzionale” e per tappe<sup>72</sup>. La tentazione immediata cui cede chi scrive, riguarda i corrispondenti principi previsti nelle clausole della Costituzione statunitense. In particolar modo, si possono richiamare alla memoria la *Supremacy Clause* prevista dall'art. VI, comma 2, della Costituzione degli Stati Uniti, in cui si ribadisce che la Costituzione, le leggi degli Stati Uniti ed i trattati stipulati sotto l'autorità dei medesimi costituiscono la legge suprema del Paese ed 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”*. Il riconoscimento della Costituzione e del diritto federale quale *Supreme Law of the Land* non solo segnò il passaggio dal modello confederale a quello federale, ma garantì la fusione degli ordinamenti in uno solo, assicurando uniformità nella disciplina giuridica del vivere civile su tutto il territorio federale.

In ambito europeo, il parallelismo non regge. Innanzitutto, la *primauté* non riceve espressa formulazione nel seno dei Trattati originari, ma è frutto dell'intuizione ermeneutica del Giudice di

---

<sup>70</sup> L'originario art. 58 del Trattato CEE, considerava rientranti nel novero delle figure societarie, le società di diritto civile o commerciale, le società cooperative, le persone giuridiche di diritto pubblico e di diritto privato, ad eccezione delle società prive dello scopo di lucro.

<sup>71</sup> Per un raffronto del trittico degli artt. 42 Cost. ital., 832 c.c. ital., 295 del Tratt. CE, oggi art. 345 TFCUE, e dell'art. 1, Prot. add. CEDU, si rimanda al contributo di M. FRAGOLA, *Limitazioni e contenuto minimo della proprietà ...cit.*, pp. 100 e ss. Dall'analisi degli articoli, l'autore ne desume che non si tratta di un istituto statico, fonte di reddito e di godimento esclusivo per il proprietario, bensì di uno strumento di iniziativa economica mediante il quale l'individuo realizza la propria personalità, secondo una formulazione che ricorda l'esperienza statunitense.

<sup>72</sup> Sul punto, A. VON BOGDANDY, *L'europaizzazione dell'ordinamento giuridico ...cit.*, p. 283.

Lussemburgo. In secondo luogo, la primazia, congiuntamente all'effetto diretto e alla diretta applicabilità, determina una preminenza della norma comunitaria sulla norma interna con essa confliggente, anteriore o posteriore, ma si tratta di un primato non assoluto, basti pensare alla dottrina dei controlimiti e all'ostensione delle esigenze di tutela dei principi fondamentali del nostro ordinamento od di taluni diritti inalienabili che avevano restituito alla Consulta italiana il compito di sindacarne la costituzionalità<sup>73</sup>.

Le reticenze delle Corti costituzionali nazionali hanno determinato non poche difficoltà nel processo di integrazione degli ordinamenti statali con quello comunitario.

Il modello delle origini presentava i limiti che lo stesso approccio funzionalista gli ascriveva. L'attivismo giudiziario che connoterà l'operato della Corte di Giustizia costituisce il riflesso della mancanza di un Testo costituzionale scritto e di un catalogo di diritti fondamentali e consentiranno all'Europa delle tre Comunità di costituire un modello istituzionale di evoluzione giuridica ed economica, del tutto peculiari. Come ha rilevato parte della dottrina, la Corte di Giustizia nei primi anni di vita dell'edificio europeo, ha identificato i principi generali che sorreggono il diritto comunitario, agendo secondo il *“codice genetico trasmesso dai Padri fondatori dell'Europa e cioè con la convinzione che il suo compito consistesse nell'applicazione di un Trattato avente quale obiettivo primario la realizzazione di una unione dei popoli dell'Europa”*<sup>74</sup>.

### 5.3 Il mercato comune delle merci

Le origini del processo di integrazione europea sono pervase da una profonda tensione economica che induce a ritenere l'integrazione dei mercati dei singoli Stati un prerequisito ineludibile per una integrazione economica e sociale che avrebbe preparato quella più complessa di ordine politico.

---

<sup>73</sup> Basti rammentare le significative sentenze della Corte costituzionale italiana sui casi *Frontini e Industrie Chimiche* che hanno eroso l'approccio restrittivo emerso nel caso *Costa*, ma che non hanno costituito un momento di totale apertura nei confronti dell'ordinamento comunitario. Si tratta rispettivamente delle sentenze n. 183 del 1973 e n. 232 del 1975. Nella successiva sentenza dell'8 giugno 1984, n. 170, redatta da Antonio La Pergola, si stabilì che: *“Il diritto comunitario e il diritto interno dei singoli Stati membri possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dai Trattati istitutivi delle Comunità e successivi, e le norme comunitarie non sono qualificabili quali norme, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati e, tuttavia, devono avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza necessità di leggi di recezione e di adattamento, come atti aventi valore e forza di legge in ogni Paese della Comunità”*. Ne derivava che la norma interna incompatibile con il regolamento comunitario non fosse suscettiva di caducazione, abrogazione o altro effetto estintivo, ma che fosse solo non applicabile alla controversia in cui dovevano applicarsi entrambe le fonti. Sul punto, si veda l'analisi di G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., pp. 160 e ss.

<sup>74</sup> In particolare, si esprimono a riguardo, Mancini e Keeling in un noto saggio del 1994, riportato nel contributo di G. ALPA, *“I progressi del diritto contrattuale europeo”*, in *Rassegna Forense*, Nn. 3 e 4, (luglio-dicembre 2005), pp. 808 e s.

Come rileva Weiler, il mercato comune può essere considerato “*il cuore della Costituzione materiale o sostanziale della Comunità*”, i cui pilastri sono stati eretti, soprattutto, in via pretoria ed hanno inciso sugli andamenti del processo di integrazione europea<sup>75</sup>. L’intenzione di trattare il mercato comune delle merci non esclude l’assoluto rilievo assunto, nel corso degli anni e parallelamente, dal mercato del lavoro, dei servizi, dei capitali e degli altri fattori produttivi che hanno subito un processo di radicale innovazione ed ampliamento. Ma al fine di delimitare la vastità dell’oggetto della trattazione, è parso opportuno circoscrivere la materia trattata all’analisi delle complesse disposizioni del Trattato che ineriscono la libera circolazione delle merci, evidenziando il mutare degli approcci ermeneutici maturati in materia e il difforme e ritardato contributo offerto dalla fonte normativa.

I singoli disposti normativi del Trattato CE, inerenti la libera circolazione delle merci, presentano un contenuto dettagliato ed un intreccio nomologico rilevante, ma l’analisi dei medesimi deve essere preceduta da considerazioni di ordine generale e preliminare. L’attenzione, pertanto, non può non ricadere, nell’immediato, sul Preambolo del Trattato che fungeva da cornice entro la quale collocare l’intera impalcatura istituzionale alla base della Comunità europea, allora fregiata, non a caso, dell’aggettivo di economica. Nel Preambolo del Trattato emergeva l’intento recondito che stava alla base del processo di integrazione ossia la creazione di una unione sempre più stretta tra i popoli europei e la garanzia del progresso economico e sociale dei Paesi aderenti, perseguita attraverso un’azione comune che tendesse ad eliminare le barriere che dividevano l’Europa<sup>76</sup>. La ragione economica che animava il Preambolo era finalizzata all’eliminazione degli ostacoli esistenti, in virtù di un’azione concertata che garantisse la stabilità nell’espansione, l’equilibrio negli scambi e la lealtà nella concorrenza, elementi necessari per realizzare l’unità delle economie, uno sviluppo armonioso, per ridurre le disparità regionali e la condizione di ritardo delle aree meno favorite<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Sul punto, in particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell’Europa ...cit.*, p. 308.

<sup>76</sup> Nel Trattato, si parla di popoli europei, aderendo da subito ad una nozione di tipo plurale, differentemente dalla formula “*We, The People*” insita nel Preambolo della Costituzione federale del 1787, in cui la nozione di popolo ha una base unitaria che supera la pregressa formula degli Articoli di Confederazione del 1782 in cui il concetto di popolo era incardinato nelle singole entità confederate. Del resto, il testo del Trattato evidenzia come la proclamazione dei principi posti alla base dell’unione, promani dalla volontà dagli Stati firmatari dell’accordo, diversamente, nella Costituzione statunitense è il popolo sovrano che si munisce di un testo costituzionale che è espressione della sua volontà. Ciò evidenzia la presenza di un moto dall’alto, nel primo caso, e dal basso, nel secondo caso, dovuta proprio alla diversa natura della fonte normativa che suggella il principio dell’unione. Weiler arriva a sostenere che la tensione tra attore e Comunità rinviene espressione proprio nel Preambolo del Trattato CEE ove si pongono, in posizione dicotomica, l’obiettivo di una unione sempre più stretta tra i popoli europei e quello della promozione della coesione economica e sociale tra gli Stati membri, respingendo, così, l’idea di un *melting pot* e della costruzione di una nuova nazione. Anche la formula di “unione sempre più stretta” cela per Weiler il rischio di un percorso all’infinito. Sul punto, si rimanda al contributo di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell’Europa ...cit.*, pp. 160 e s.

<sup>77</sup> Nelle parole del Preambolo riecheggiano le deduzioni cui Hayek era pervenuto circa dieci anni prima nell’opera in cui aveva pronosticato la creazione di una federazione interstatale fondata su di una unione doganale, intesa quale

Alla luce di siffatte finalità ben si comprende il contenuto dell'art. 1 del Trattato che definiva i principi generali sui quali doveva poggiare la nascente Comunità. Quest'ultima intendeva creare un mercato comune al fine di “*ravvicinare le politiche economiche degli Stati membri, garantire uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme delle Comunità, una espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni tra gli Stati*”. L'instaurazione del mercato comune diveniva, così, strumentale al perseguimento di ulteriori e ben più ampi obiettivi e presuppone la predisposizione di un'azione primaria da parte della Comunità, consistente nell'imprimere ai singoli Stati membri il dovere di abolire i dazi doganali, le restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione e le altre misure aventi un effetto equivalente<sup>78</sup>.

Risulta evidente il fatto che, il mercato comune costituisse il punto focale dell'intero sistema giuridico ed economico comunitario, la cui costruzione era favorita da uno sviluppo armonioso delle politiche economiche dei singoli Stati cui doveva, correlarsi in modo ancillare, il loro necessario e graduale ravvicinamento. In particolare, l'art. 115 TFUE (già art. 94 TCE) del Trattato prevede che il Consiglio, deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, introduca direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano “*una incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune*”. Il ravvicinamento è concetto ancillare a quello dell'armonizzazione delle discipline normative nazionali al fine di garantirne una graduale *reductio ad unitatem*, sotto il profilo della *ratio legis*, ricondotta nella comune intenzione di eliminare gli ostacoli frapposti alla libera circolazione delle merci necessaria per rafforzare la costruzione del mercato comune<sup>79</sup>.

Ancora una volta emerge il concetto di gradualità. Risulta evidente dal contenuto dell'originario art. 2, che la prima generazione del regime di liberalizzazione abbia conosciuto una forma di intergrazione negativa tra i mercati e le attività economiche svolte in seno ad ogni Stato membro. L'intento di favorire una eliminazione di tutte quelle misure daziarie o restrittive degli scambi presupponeva una integrazione dei mercati e delle economie fondate sull'adempimento di un obbligo di *non facere*. Il fatto stesso che la Comunità vigilasse solo sul rispetto del mercato comune e rimettesse, invece, ai singoli Stati il compito di condurre in modo sempre più armonioso le

---

strumento di garanzia della fisiologica dinamica degli scambi commerciali, di crescita economica e di argine ai protezionismi intraregionali.

<sup>78</sup> Così stabiliva il pregresso art. 3, comma 1, lett. a, del Trattato CEE.

<sup>79</sup> In modo di poco dissimile, si esprime l'art. 95 del Trattato (oggi, art. 110 TFUE) che introduce una deroga all'art. 94 ed attribuisce al Consiglio, previa consultazione del Comitato economico e sociale, il compito di adottare le misure (non menziona più le direttive), al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, aventi ad oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Sul punto, in particolare, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, pp. 46 e s.

rispettive politiche macroeconomiche, avvalorata la considerazione iniziale secondo cui la nascita della Comunità Economica europea sia frutto di un compromesso che ben si compendia nella metafora dell'*embedded liberalism*.

Le disposizioni sulla libera circolazione delle merci si pongono tra le norme fondamentali dell'ordinamento comunitario. L'importante rilievo assunto da queste previsioni normative emerge, in modo evidente, nella sentenza *Pan pepato* del 1962, in cui la Corte di Giustizia precisò che: “*La chiarezza, la precisione e l'ampiezza senza riserve degli artt. 9 e 12 (attualmente artt. 28 e 30 TFUE), il loro spirito ed il sistema del Trattato dimostrano che la proibizione ad introdurre nuovi dazi doganali, connessa al principio di libera circolazione delle merci è una norma fondamentale e che, pertanto, qualsiasi eccezione alla regola è da interpretarsi in senso restrittivo e deve essere espressamente contemplata*”<sup>80</sup>. La Corte di Giustizia argomentò che l'imposizione unilaterale della misura – indipendentemente dalla sua denominazione - il suo essere applicata solo ai prodotti importati e per il solo fatto che varcavano il confine nazionale e la sua attitudine ad incidere significativamente sul livello dei prezzi, ne lasciavano presumere la natura discriminatoria e protezionistica, in contrasto con i principi sulla libera circolazione delle merci e con la garanzia di una leale concorrenza intracomunitaria tra imprese, conferendole il volto di una tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale.

Per tale motivo, la garanzia della libera circolazione delle merci costituiva uno dei principali strumenti di instaurazione del mercato comune e di superamento delle logiche d'azione protezionistiche o discriminatorie che ne ostacolavano la creazione. Lo sradicamento del localismo economico a vantaggio dei soli mercati e delle imprese domestiche non avrebbe, comunque, potuto essere imposto in modo automatico ed immediato, ma necessitava di un periodo di transizione che avrebbe dovuto concludersi in un arco di tempo pari a dodici anni, il 31 dicembre del 1969, ma che in verità fu completato nel giugno del 1968, con un netto anticipo rispetto al termine prestabilito.

Il Titolo I del Trattato lascia presumere che il mercato comune delle merci poggi su di una necessaria unione doganale, sul divieto di imposizioni fiscali interne di portata discriminatoria per i

---

<sup>80</sup> Caso *Commissione c. Belgio e Lussemburgo, (Pan pepato)*, Cause riunite 2 e 3/62, sentenza del 14 dicembre 1962. Nel caso di specie, si controverteva della legittimità della maggiorazione del diritto speciale, imposto nel Belgio e nel Lussemburgo, per il rilascio delle licenze di importazione del panpepato e del prodotto analoghi. Occorre precisare che la previsione dei diritti speciali per l'importazione del panpepato e la conseguente riscossione al momento del rilascio della licenza, erano state introdotte in Belgio ed in Lussemburgo, in virtù di due distinti Regi Decreti del 16 e del 20 agosto 1957, successivamente alla firma del Trattato di Roma, ma anteriormente alla sua entrata in vigore. L'anteriorità della misura fiscale ne giustificava la legittimità, ciò che destava sospetti sulla sua compatibilità con il Trattato era costituito dalla successiva maggiorazione del diritto speciale e della sua estensione a prodotti analoghi al panpepato, elencati nella tariffa doganale comune.



prodotti importati e sull'abolizione delle restrizioni quantitative agli scambi intracomunitari e delle misure di effetto equivalente e dei monopoli commerciali<sup>81</sup>.

Circostanza non trascurabile è costituita dalla nozione di merce accolta dalla giurisprudenza comunitaria e di cui occorre garantire la libera circolazione. Per merce la Corte di Giustizia intende tutti i prodotti suscettivi di una valutazione in danaro che li rende idonei a formare oggetto di transazioni commerciali. La definizione fornita in sede pretoria fu stimolata dall'interrogativo concernente la possibile qualificazione dei beni appartenenti al patrimonio storico, artistico, archeologico e paleo-etnologico come delle merci. La Corte di Giustizia precisò che tali beni, nonostante fossero privi delle caratteristiche che li rendevano assimilabili ai comuni prodotti di scambio, erano suscettivi di una valutazione in danaro e come tali di formare oggetto di scambi commerciali<sup>82</sup>. Nella nozione di merce verranno, poi, ricomprese le monete non aventi più corso legale, differentemente da quelle aventi corso legale che costituiscono mezzi di pagamento, così come i libri, le videocassette, le opere artistiche e dell'ingegno, i dischi, il petrolio, l'energia elettrica e le sostanze psicotrope e stupefacenti. Non deve meravigliare se nella nozione di merce rientrano anche i rifiuti, riciclabili e non, che possono formare oggetto di scambi commerciali laddove ceduti ad un altro Stato<sup>83</sup>. Sono considerate merci anche i prodotti agricoli ed ittici, a meno che non siano sottoposte alle specifiche disposizioni dettate in materia di politica agricola comune<sup>84</sup>. Non rientrano nella nozione di merce ai sensi degli artt. 28 e ss. del TFUE (artt. 23 e ss. TCE), le armi, le munizioni e il materiale bellico, sottesi all'apposita disciplina dettata dall'art. 346 del TFUE (già art. 296 del TCE).

Risulta evidente che la sfera territoriale di applicazione delle disposizioni sulla libera circolazione delle merci coincida con il contesto geografico all'interno del quale rinviene applicazione il Trattato medesimo, con le sole eccezioni di zone insulari comprensive delle aree dei Dipartimenti d'Oltremare, delle Canarie, di Madeira e delle Azzorre che possono beneficiare di trattamenti

---

<sup>81</sup> Ne emerge un quadro composito e complesso, in cui l'agevolazione degli scambi commerciali intracomunitari e lo sviluppo di un mercato comune aperto e concorrenziale in cui ciascuna impresa possa collocare i propri prodotti a prezzi competitivi, costituisce un momento di integrazione dei mercati, lasciandoli confluire in un mercato europeo più vasto. Simili previsioni normative sono funzionali all'ampliamento dello spettro geografico di collocamento dei prodotti, ad un migliore sfruttamento delle risorse disponibili e ad una più efficiente allocazione delle medesime. L'ampliamento della sfera di incidenza della catena distributiva determina una crescita della produzione interna ai singoli Stati, con conseguente beneficio delle economie nazionali rese sempre più interdipendenti.

<sup>82</sup> Causa *Commissione c. Italia*, C- 7/68, sentenza del 10 dicembre 1968. Per un commento critico, si rimanda al contributo di L. WOODS, *Free Movement of Goods and Services within the European Community*, pp. 11 e ss., e di J. SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms*, New York, 2002, pp. 4 e ss.

<sup>83</sup> Basti rammentare i casi *Leclerc (Libri)*, C- 229/83, sentenza del 10 gennaio 1985, *Cinéthèque*, C- 60/84, sentenza dell'11 luglio 1985, *Gema*, C- 55 e 57/80, sentenza del 20 gennaio 1981, *Sacchi*, C- 155/73, *Campus Oil*, C- 72/83, *Evans Medical*, C- 324/93. Occorre precisare che non è compreso nella materia della libera circolazione delle merci, ma in quella relativa alla libera prestazione dei servizi, l'invio di materiale pubblicitario relativo ad una lotteria, la cui attività e la cui pubblicità non rientra nella nozione di merce fornita dal Trattato. Sul punto, per una ricostruzione si rimanda al contributo di G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, pp. 332 e s.

<sup>84</sup> Basti rammentare i casi, *Commissione c. Francia*, C- 68/76, sentenza del 16 marzo 1977 e *Commissione c. Regno Unito*, C- 231/78, sentenza del 29 marzo 1979.

particolari seppur nel rispetto dell'integrità e della coerenza dell'ordinamento giuridico comunitario.

L'area geografica che funge da spazio per la libera circolazione dei prodotti differisce, inoltre, dal territorio doganale della Comunità entro il quale trova applicazione la normativa doganale comunitaria. I due ambiti possiedono una differente rilevanza giuridica<sup>85</sup>.

Le disposizioni sul mercato comune delle merci pongono dei precisi doveri di comportamento in capo agli Stati membri ed alle istituzioni comunitarie, ma non sono attributive di obblighi diretti anche in capo ai singoli. Questi ultimi sono, invece, titolari di appositi diritti da azionare in giudizio nell'ipotesi in cui uno Stato contravvenga ai doveri imposti dalla normativa comunitaria in materia.

La Corte di Giustizia ha efficacemente precisato che il comportamento dei singoli individui, formalizzato in un contratto di distribuzione commerciale o in un accordo tra imprese rileva, ai fini dell'applicazione della normativa sulla concorrenza e non sulla libera circolazione delle merci che risulta applicabili nei confronti delle misure e delle pratiche amministrative introdotte da ogni Stato membro e dalle istituzioni comunitarie<sup>86</sup>. Gli Stati sono, dunque, tenuti a non introdurre misure che prevedano divieti, totali o parziali, alle esportazioni, alle importazioni ed al transito delle merci che siano in grado di arrecare un nocimento al commercio intracomunitario.

Risulta rilevante la conclusione cui perverrà la Corte di Giustizia nel corso degli anni Ottanta, quando evidenziò come i vantaggi di un mercato comune non si misurano solo sui benefici ottenuti dai commercianti di professione, ma anche dai privati che intendano compiere operazioni economiche al di là dei confini nazionali<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Attualmente la normativa doganale è raccolta in un unico *corpus* normativo costituito dal "codice doganale comunitario", ossia dal regolamento n. 2913 del 1992 del Consiglio, modificato dal regolamento n. 955 del 1999, cui si correlano il regolamento attuativo della Commissione, n. 2454 del 1993, modificato dal successivo regolamento n. 1662 del 1999. Di rilievo sono le ultime modifiche apportate al codice doganale comunitario, costituite dal regolamento n. 2700 del 2000, dal regolamento n. 648 del 2005 e dal regolamento n. 1791 del 2006 che hanno razionalizzato il sistema doganale di garanzie, sviluppato il ricorso alle autorizzazioni uniche e implementato i meccanismi di salvaguardia contro le frodi perpetrate nel settore del commercio con i Paesi terzi estranei all'Unione. I regolamenti, su citati, sono stati riordinati per effetto del regolamento adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio, n. 450 del 2008 che introduce importanti misure di semplificazione e di razionalizzazione della normativa doganale e delle tecniche utilizzate.

<sup>86</sup> Differentemente, la Corte si è espressa, seppur in modo limitato, nei casi *Dansk Supermarket c. Imerco*, C-58/80, sentenza del 22 gennaio 1981, in cui si afferma che "in nessun caso, convenzioni fra i singoli possono derogare alle disposizioni imperative del Trattato relative alla libera circolazione delle merci". Analogamente, si esprime nella vicenda *Dubois c. Garenor*, C-16/94, sentenza dell'11 agosto del 1995. Nella causa *Commissione c. Italia*, C-7/68, sentenza del 10 dicembre del 1968, la Corte acclara il fatto che il divieto concerne i singoli Stati e, nella successiva e citata sentenza *GEMA* del 1980, ribadisce l'esclusione, dalla sfera di operatività del divieto, dei soggetti privati. Infine, nella causa *Bristol-Myers Squibb*, C-427, 429 e 436/93, la Corte precisa l'estensione del divieto anche alle istituzioni comunitarie che non possono emanare atti che restringano la sfera di applicazione del Trattato o le conclusioni della Corte. Il rimando è efficacemente effettuato da G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., pp. 336 e s..

<sup>87</sup> Causa *Gaston Schul Douane Expeditieur BV*, sentenza del 5 maggio 1982.

#### 5.4 La nozione di unione doganale

Non costituisce una circostanza trascurabile il fatto che il Titolo II del Trattato istitutivo della Comunità Economica europea inerente la libera circolazione delle merci, esordisca con una disposizione che dichiara la Comunità fondata su di una unione doganale. Quest'ultima si estende al complesso degli scambi di merci che si svolgono in territorio comunitario e involge il divieto, fatto agli Stati, di introdurre dazi doganali alle importazioni ed alle esportazioni, di tasse aventi un effetto equivalente ai medesimi e l'adozione di una tariffa doganale comune nell'ambito dei rapporti con i Paesi terzi non facenti parte dell'area dell'unione doganale<sup>88</sup>.

La nozione di unione doganale non costituisce certo una novità nel panorama giuridico internazionale, basti rammentare l'art. XXIV, § 8 del GATT, che, oggi, costituisce un allegato all'accordo costitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio, la quale fa espressa menzione sia del concetto di zona di libero scambio sia di quello di unione doganale. Nella menzionata previsione normativa ne emerge una nozione di zona di libero scambio intesa quale insieme di territori doganali tra i quali sono aboliti i dazi e le altre misure restrittive degli scambi, ma solo con riguardo al commercio dei prodotti originari dei Paesi aderenti al sistema. Differentemente, si presenta il modello dell'unione doganale che assume le caratteristiche di un modello di cooperazione commerciale tra gli Stati più evoluto rispetto ai sistemi che tendono all'eliminazione delle misure daziarie e di altre restrizioni agli scambi commerciali, limitate ai soli prodotti originari dei Paesi aderenti, accompagna una uniformazione dei dazi applicati agli scambi con i Paesi terzi.

L'esperienza comunitaria si presenta come più avanzata, tanto da indurre a parlare di una unione doganale perfetta. Infatti, oltre alle citate abolizioni dei dazi doganali e delle misure fiscali aventi un

---

<sup>88</sup> La tariffa doganale comune (TDC), ha sostituito le pregresse tariffe nazionali, in materia di rapporti commerciali internazionali. L'art. 31 del TFUE (già art. 26 TCE), prevede che: "I dazi della tariffa doganale comune sono stabiliti dal Consiglio che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione". Indubbiamente, l'introduzione di una tariffa doganale comune e la graduale sostituzione delle tariffe nazionali preesistenti ha richiesto il decorso di uno specifico arco di tempo, in virtù di procedure sancite dal Trattato ed oramai soppresse. Occorre ribadire che con la Decisione n. 66/532/CEE del Consiglio, meglio nota come decisione di accelerazione, è stata anticipata di diciotto mesi l'entrata in vigore della tariffa doganale comune rispetto alla data prevista dal Trattato. Di solito, il Consiglio esercita il proprio potere di imporre i dazi mediante regolamenti. La prima versione della TDC fu introdotta nel 1968 e, di poi, è stata aggiornata da successivi regolamenti. Attualmente, la nomenclatura doganale per la classificazione delle merci è aggiornata in virtù di un apposito documento allegato dalla Commissione che vi appone una versione integrata, cd. TARIC (tariffa integrata comunitaria), la quale indica i dazi da applicare per ciascuna voce. I dazi previsti dalla tariffa doganale comune sono per lo più *ad valorem*, raramente si applicano dazi specifici correlati al peso o alla quantità della merce. I dazi *ad valorem* sono calcolati in base ad un tasso percentuale applicabile al valore della merce importata. Dunque, nella TDC sono indicati per ciascuna voce o sottovoce tariffaria, due distinti tassi, il primo autonomo ossia autonomamente fissato dalla Comunità ed il secondo convenzionale, corrispondente al tasso negoziato in seno al GATT e, dunque, consolidato in modo tale da non poter essere modificato unilateralmente. Nella materia doganale, il Consiglio ha dapprima tentato un ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia, mediante una serie di direttive, successivamente ha sostituito le misure nazionali con una apposita legislazione comunitaria, mediante regolamenti. La stratificazione normativa comunitaria ha indotto il Consiglio a razionalizzarla in modo organico, in un unico testo, costituito dal codice doganale comunitario. Sul punto, si rimanda alla ricostruzione di L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, pp. 42 e s. e di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, p. 592 e ss.

effetto equivalente alle medesime ed alla previsione di un dazio unico con i Paesi terzi, il Trattato prevede, altresì, il beneficio della libera circolazione non solo per i prodotti realizzati in seno al territorio comunitario, ma anche per quelli provenienti da Paesi non appartenenti alla Comunità, una volta importati nella Comunità e sottoposti al dazio unico. La disciplina doganale complessiva è uniforme su tutto il territorio della Comunità e la sua interpretazione è rimessa in via accentrata alla Corte di Giustizia in base all'art. 267 del TFUE (già art. 234 TCE) del Trattato. Di ampio rilievo è il fatto che il Trattato preveda un regime di preferenza per i prodotti comunitari e che le entrate derivanti dalla riscossione della tariffa doganale comune siano destinate al bilancio comunitario<sup>89</sup>. In particolare, l'art. 29 del TFUE (già art. 24 TCE) stabilisce che sono in libera pratica in uno Stato membro, “*i prodotti provenienti da Paesi terzi per i quali siano state adempiute in tale Stato le formalità di importazione e riscossi i dazi doganali e le tasse di effetto equivalente esigibili e che non abbiano beneficiato di un ristorno totale o parziale di tali dazi e tasse*”<sup>90</sup>. Non solo, l'assimilazione tra prodotti originari di uno Stato membro e prodotti in libera pratica non è assoluta. Infatti, un prodotto che sia in libera pratica nel territorio di uno Stato membro non necessariamente lo è nel territorio di un altro Stato membro, il quale può imporre dei vincoli all'importazione dei medesimi, in ragione di misure di salvaguardia autorizzate dalla Commissione. Ciò a dimostrazione del necessario mantenimento di un punto di equilibrio anche nella cornice di un regime commerciale comunitario liberalizzato, tra esigenze del libero commercio ed esigenze di “*public policy*” interne (misure di salvaguardia) vagliate e concesse dalla Commissione. A riguardo è interessante rammentare il caso *Rivoira* del 1979 in cui la Corte di Giustizia perimetrò l'esatto significato e la portata delle deroghe opponibili al regime di libera circolazione delle merci<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Differenze emergono anche con riferimento allo Spazio Economico Europeo istituito nel 1994 con i Paesi dell'EFTA, ad eccezione della Svizzera. Quest'ultimo rientra, *pleno jure*, nella nozione di zona di libero scambio e non in quella di unione doganale e concerne solo i prodotti originari dei Paesi aderenti, con esclusione di quelli agricoli e di quelli ittici. Attualmente, i Paesi non comunitari che fanno parte dello Spazio Economico Europeo sono l'Islanda, il Liechtenstein e la Norvegia.

<sup>90</sup> Ai prodotti in libera pratica è accompagnato un documento doganale unico che segue le merci dal luogo di ingresso sino al luogo di destinazione, fruendo in modo completo del regime di libero transito.

<sup>91</sup> Causa *Procureur de la République c. Michelangelo Rivoira ed altri*, C-179/78, sentenza del 28 marzo 1979. La vicenda concerneva l'importazione in Francia di una partita di uva di origine spagnola e proveniente dall'Italia ove era in regime di libera pratica. All'atto dell'importazione era stato esibito un certificato dell'Istituto Nazionale del Commercio Estero che attestava che la merce rispondeva ai requisiti qualitativi richiesti e che la merce era di origine italiana. Sulla scorta della mendacità delle dichiarazioni rilasciate nel certificato d'origine del prodotto e del contingentamento bilaterale che la Francia aveva previsto in materia di importazioni di uva dalla Spagna, tra il 1970 ed il 1971, l'amministrazione doganale francese aveva provveduto ad irrogare una serie di sanzioni pecuniarie nei confronti degli importatori. La Corte di Giustizia sostenne che il rilascio di una licenza d'importazione costituiva una misura lecita nella misura in cui intendesse stabilire l'origine del prodotto ed i suoi movimenti, non anche quello di restringere il flusso commerciale di merci in libera pratica e che si poneva in contrasto con il Trattato anche la natura sproporzionata della sanzione comminata. Non solo, il contingentamento bilaterale francese del quantitativo di uva spagnola da importare era legittimo nell'ipotesi in cui la Francia avesse importato direttamente l'uva dalla Spagna, ma quando era esteso alle importazioni di uva spagnola che si trovava in regime di libera pratica in uno Stato membro, costituiva una restrizione quantitativa all'importazione che ledeva una delle norme fondamentali del Trattato CEE, quale l'art. 34 del TFUE (già art. 28 TCE) e si poneva in netto contrasto con il regime di libera circolazione delle merci.

La Corte precisò che l'ostensione, da parte della Francia, di una misura di salvaguardia e di restrizione alle importazioni di taluni prodotti in libera pratica, qualora necessaria e motivata, avrebbe dovuto essere autorizzata dalla Commissione e non essere imposta in via unilaterale. Il ruolo autorizzatorio della Commissione acquisiva un elevato valore in materia, poiché costituiva uno strumento per arginare, i tentativi degli Stati membri, di introdurre misure discriminatorie o protezionistiche nei confronti di merci prodotte all'estero, ma in regime di libera pratica nel territorio comunitario.

Alla Commissione era affidato il ruolo di controllare i casi e le circostanze in cui fosse possibile derogare alle norme fondamentali sul mercato comune in presenza di valide ragioni giustificative interne, attraverso un potere autorizzatorio che rappresentava momento di validazione della condotta derogatoria dello Stato membro. Una validazione che suggella ancora una volta la natura fortemente compromissoria dell'edificio comunitario e la necessità di rinvenire un punto di equilibrio tra libero mercato delle merci e politiche pubbliche nazionali<sup>92</sup>. Tali elementi fungono da valido argomento di discriminazione dell'esperienza europea rispetto a quelle maturate in sede internazionale, munendola di un elemento di peculiarità affatto trascurabile.

Il mercato comune è apparso sin dall'inizio come un *locus* ad ampio raggio, munito di caratteristiche ulteriori rispetto a quelle tipizzanti le zone di libero scambio e di unione doganale. Il fatto che nel mercato potessero essere scambiate non solo merci prodotte in seno alla Comunità, ma anche manufatti realizzati in Paesi terzi determinava un'ampia apertura verso le economie di altre Nazioni.

A correttivo di un simile regime di apertura si poneva, però, la preferenza per i prodotti originari della Comunità al fine di implementare il volume degli scambi intracomunitari e di accrescere la produzione interna a tutto vantaggio delle economie dei singoli Stati membri e degli operatori economici ivi impegnati.

Occorre, del resto, comprendere cosa si intende per prodotto originario e sulla base di quali parametri è possibile identificare il luogo di origine in cui è prodotta una merce. Indubbiamente, il Paese di origine di un prodotto è quello in cui il bene è stato realizzato. Il problema si paventa nelle fattispecie di produzioni complesse e multifasiche, destinate ad essere realizzate in differenti Paesi. Ai fini dell'individuazione dell'origine del prodotto si ha riguardo, di norma, "*all'ultima trasformazione o lavorazione sostanziale, economicamente giustificata ed effettuata in una impresa attrezzata a tale scopo che si sia conclusa con la fabbricazione di un prodotto nuovo od abbia rappresentato una fase importante del processo di fabbricazione*"<sup>93</sup>. Dunque, è lo stadio produttivo determinante ossia la fase in cui il prodotto subisce una definitiva trasformazione economica e

---

<sup>92</sup> Sul punto, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 42,

<sup>93</sup> Tale è la definizione contenuta nell'art. 24 del Regolamento n. 2913 del 1992 del Consiglio.

merceologica a individuare la nozione di prodotto finito, non rilevando le differenti procedure di assemblaggio delle singole parti componenti del prodotto che non richiedono personale specializzato o l'uso di attrezzature particolari che incidano in modo significativo sulle caratteristiche essenziali del prodotto, attribuendogli un dato valore aggiunto<sup>94</sup>.

Appare evidente che il *corpus* normativo comunitario in materia di libera circolazione delle merci appaia complesso e ampiamente dettagliato. Per tale motivo, l'opera di ricostruzione pretoria della Corte di Giustizia non si è mossa nello spettro di previsioni generiche, ma di una cornice normativa precisa, munita di una profonda complementarità logica e funzionale. Basti considerare il fatto che l'art. 28 del TFUE (già art. 23 del TCE) propugni il concetto di unione doganale che si estende al complesso degli scambi delle merci e presuppone il divieto di introdurre dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di tasse di effetto equivalente. La dichiarazione di principio rinviene una esplicita conferma nel testo dell'art. 30 del TFUE (già art. 25 del TCE), il quale, in modo tassativo, sancisce che: *“I dazi doganali all'importazione o all'esportazione o le tasse di effetto equivalente sono vietati tra gli Stati membri. Tale divieto si applica anche ai dazi doganali di carattere fiscale”*.

Il motivo dell'abolizione dei dazi nell'ambito dell'unione doganale tra Stati membri è strettamente correlato agli effetti che simili misure producono, le quali sono in grado di provocare un aumento, seppur non elevato, dei prezzi dei prodotti importati o esportati che ne sono colpiti, sfavorendoli rispetto ai prodotti nazionali che non varcano la frontiera. Il divieto posto dall'art. 30 del TFUE del Trattato concerne solo gli scambi intracomunitari di merci prodotte in seno al territorio comunitario od ivi in libera pratica. Dal punto di vista ermeneutico appare pacifica la nozione di dazio doganale che si evince dalla medesima denominazione, indicando dei tributi di tipo particolare che si riscuotono secondo modalità del tutto peculiari. Nello specifico, i dazi doganali all'esportazione furono definitivamente aboliti nel corso della prima tappa, allo spirare del termine del 31 gennaio 1961, quelli all'importazione avrebbero dovuto essere eliminati in modo più graduale ed entro il 31 dicembre del 1969, ma lo furono già nel mese di luglio del 1968. Fu nella citata sentenza *Van Gend & Loos* che venne prescritto ai singoli Stati di non aggravare le misure daziarie precedentemente in vigore in virtù della nota clausola di *stand still* sancita dall'abrogato e pregresso art. 12 del Trattato di Roma. Di più ampia difficoltà si presentò, sin da subito, l'interpretazione della nozione di tassa avente un effetto equivalente ad un dazio doganale. In tal caso, lo scrutinio della Corte di Giustizia

---

<sup>94</sup> Basti pensare ai prodotti ittici per i quali è stato sancito il criterio della bandiera della nave. Come sottolinea Tesauro nel caso del bottino di pesca, realizzato da più navi di diversa nazionalità, il criterio da utilizzare è quello della nave cui si possa imputare il momento essenziale della battuta o della campagna di pesca. Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, p. 340.

doveva essere più penetrante e tentare di valutare se una data misura fiscale non celasse sottostanti intenti discriminatori o protezionistici a tutto vantaggio della produzione nazionale.

La perimetrazione del valore giuridico da attribuire alla nozione di tassa di effetto equivalente fu ancora una volta rimessa alla Corte di Giustizia. Una valida occasione fu fornita dalla sentenza *Statistical Levy* del 1969 che vedeva chiamata in causa la Repubblica italiana<sup>95</sup>. Il caso risultò spinoso sin dalle sue origini, in quanto riguardava una tassa introdotta dall'Italia sia sulle merci importate sia su quelle esportate ed era finalizzata esclusivamente a finanziare la raccolta di dati statistici sul commercio estero in Italia. Il fatto che il prelievo fiscale colpisse in modo equanime sia le merci importate sia quelle esportate e che fosse di minimo ammontare lasciavano presagire l'assenza di un carattere discriminatorio o protezionistico, anche se una discriminazione parziale si palesava nel fatto che le merci italiane, analoghe a quelle importate, non avrebbero dovuto pagare alcun tributo. Nel corso dell'istruttoria, lo Stato italiano più volte eccepì che l'esazione del prelievo non costituiva una tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale, ma che rappresentava la controprestazione per un servizio reso, quale quello di raccolta dei dati statistici sul movimento reale delle merci tra Stati<sup>96</sup>. Ma la Corte di Giustizia bocciò le argomentazioni del Governo italiano e paventò, nel caso di specie, non tanto una violazione di alcuni regolamenti appena approvati dal Consiglio, in materia, che sanzionavano un siffatto utilizzo dell'informazione a scopo statistico, quanto una lesione diretta degli artt. 28 e 30 del TFUE (già artt. 23 e 25 del TCE)<sup>97</sup>.

La pronuncia appariva rilevante per due ordini di motivi, il primo concerneva il fatto che la vicenda avrebbe consentito alla Corte di fornire un valido esempio pratico della nozione di tassa di effetto equivalente ad un dazio doganale ed, in secondo luogo, si collocava in un momento molto rilevante per il consolidamento del mercato comune, costituito dal termine del periodo transitorio. La vicenda, pertanto, si poneva quale valida occasione per fissare in via pretoria i pilastri sui quali

---

<sup>95</sup> Causa *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Italiana*, C- 24/68, sentenza del 1° luglio 1969. Occorre ribadire che la nozione di tassa d'effetto equivalente ad un dazio doganale era stata già elaborata dalla Corte di Giustizia nella citata causa *Pan pepato* del 1962, in cui si ribadì che: “*La tassa di effetto equivalente può essere considerata, indipendentemente dalla sua denominazione e dalla sua struttura, come un diritto imposto unilateralmente, sia all'atto dell'importazione, sia in un successivo momento e che, colpendo specialmente una merce importata da un Paese membro ad esclusione del corrispondente prodotto nazionale, produce l'effetto di alterare il prezzo e di incidere così sulla circolazione delle merci alla stessa stregua di un dazio doganale*”. Il passaggio è integralmente citato in G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, p. 342, nonché P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, pp. 586 e s.

<sup>96</sup> La tassa imposta dall'Italia ammontava a dieci lire per cento chilogrammi, per ogni tonnellata metrica di merce o per ogni animale o veicolo. Come rileva Weiler, si trattava, *pleno jure*, di un misura *de minimis* nel senso proprio del termine. L'autore ricorda come, nel corso della causa, l'Italia avesse tentato di dimostrare, più volte, l'incapacità del prelievo di turbare il mercato. Il Governo italiano sostenne che la tassa era destinata a finanziare un servizio che gli importatori e gli esportatori potevano essere costretti a finanziare diversamente. La parte resistente, più volte, argomentò che il servizio statistico finanziato favoriva l'acquisizione di rilevanti informazioni sul flusso degli scambi interstatali e, dal momento che nel mercato l'informazione significa potere, le statistiche sul commercio intracomunitario avrebbero alimentato la trasparenza all'interno del sistema, avvalorando il progetto di costruzione di un mercato comune. Sul punto, in particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, pp. 309 e ss.

<sup>97</sup> Si trattava dei Regolamenti del Consiglio n. 19 (13/64/CEE), n. 20 (14/64/CEE), 21 (16/64/CEE), i quali sono stati abrogati e sostituiti dai Regolamenti del Consiglio nn. 120, 121, 123/67, 804/68, 359/67 e 22 (136/66/CEE).

fondare la libera circolazione delle merci, secondo un argomento ermeneutico che sarebbe rimasto intatto sino all' *'overruling'* provocato dal caso *Keck*.

Il Giudice comunitario addivenne ad una conclusione che, come rileva Weiler, era il risultato di un dilemma che si era posto all'attenzione della Corte e concerneva la concezione stessa del mercato comune, inteso non semplicemente quale luogo in cui si svolgessero scambi commerciali secondo un regime liberalizzato e abolitivo di ogni misura discriminatoria o protezionistica, ma come spazio in cui ogni misura variamente limitativa della libera circolazione delle merci, anche se non direttamente discriminatoria o protezionistica, poteva essere ritenuta illegittima. La somma versata, pur non costituendo una vera e propria tassa, si presentava come *"un onere pecuniario, sia pur minimo, imposto unilateralmente, [che] a prescindere dalla sua denominazione e dalla sua struttura colpisce le merci nazionali o estere in ragione del fatto che varcano la frontiera"*. La Corte concluse, stabilendo che tali misure se non costituiscono un *"dazio doganale propriamente detto, costituiscono una tassa d'effetto equivalente ai sensi degli artt. 9, 12 del Trattato [28 e 30 TFUE], anche se non sia riscosso a profitto dello Stato, non abbia alcun effetto discriminatorio o protezionistico e il prodotto colpito non sia in concorrenza con il prodotto nazionale"*<sup>98</sup>.

La funzione complementare che il divieto di introdurre tasse aventi un effetto equivalente svolgeva rispetto al divieto di introdurre dazi doganali, fu ulteriormente acclarata nella sentenza *Bahuius* del 1977 in cui la Corte precisò che: *"Qualsiasi onere pecuniario imposto unilateralmente e a prescindere dalla sua denominazione e dalla sua struttura, che colpisce le merci in ragione del fatto che varcano la frontiera, se non è un dazio doganale vero e proprio costituisce una tassa d'effetto equivalente ai sensi degli artt. 9, 12, 13 e 16 del Trattato [28 e 30 TFUE], anche se non sia riscosso a profitto dello Stato"*<sup>99</sup>. L'indirizzo pretorio fu confermato in una ulteriore pronuncia del 1977 in cui la Corte precisò che il divieto di tasse di effetto equivalente *"si riferisce a qualsiasi tributo riscosso in occasione o in ragione dell'importazione il quale, colpendo specificamente la merce importata ad esclusione delle merce nazionale similare, ne alteri il costo ed abbia, quindi,*

---

<sup>98</sup> Analogo *dictum* si legge nella sentenza redatta, nello stesso giorno, dalla Corte in merito al caso *Social Foods voor de Diamantarbeiders v. SA Ch. Brachfeld and Sons and Chougol Diamond Co.*, Cause riunite C- 2 e C- 3/69. Per un commento alla speculare formulazione delle sentenze si rimanda al contributo di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa* ...cit., p. 315. Anche Tesauro rammenta un passaggio importante della sentenza in cui il Giudice comunitario precisa che: *"la chiarezza, la precisione e l'ampiezza senza riserve degli artt. 9 e 12, il loro spirito ed il sistema del Trattato mostrano quindi che la proibizione di introdurre nuovi dazi doganali, connessa al principio della libera circolazione delle merci, è una norma fondamentale e che, pertanto, qualsiasi eventuale eccezione, da interpretare in senso restrittivo, deve essere espressamente contemplata"*. In particolare, G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., p. 341. Occorre, poi, ribadire che l'art. II, lett.c), del GATT 1994 introduce la stessa nozione di tassa di effetto equivalente, intesa quale *"other duties or charges of any kind imposed in or in connection with importation"*.

<sup>99</sup> Causa *Bahuius*, C- 46/76, sentenza del 25 gennaio 1977. Il caso prendeva le mosse da una serie di oneri pecuniari che venivano riscossi dall'Amministrazione dei Paesi Bassi in ragione dei controlli sanitari che erano condotti sugli animali vivi da destinare all'esportazione in un altro Stato membro. Alcuni controlli erano imposti da una direttiva comunitaria destinata a facilitare gli scambi di tali merci, altri erano, invece, sanciti dalla normativa in vigore nei Paesi Bassi. L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo* ...cit., p. 49.



sulla libera circolazione delle merci la stessa influenza restrittiva di un vero dazio doganale”<sup>100</sup>. In tal caso, l’onere pecuniario era riscosso solo su di un determinato tipo di prodotto importato dall’Italia e del quale non esisteva un equivalente a livello nazionale, in ragione del fatto che varcava la frontiera tedesca ed in modo tale da farne lievitare il costo sul mercato.

Nei casi citati emergono importanti elementi di analisi e vengono fissati i fondamenti per la costruzione di un mercato comune delle merci in cui siano abolite le misure daziarie e quelle fiscali elusive del divieto. Infatti, lo scopo del Trattato è quello di impedire che il regime liberalizzato che deriva dall’abolizione graduale dei dazi doganali possa essere mitigato o, addirittura, eluso per effetto di misure fiscali o di provvedimenti altrimenti denominati che producono effetti analoghi od equivalenti ad un dazio doganale. La specularità delle conclusioni cui perviene la Corte nelle fattispecie citate, induce ad individuare quali siano le misure ed i provvedimenti suscettivi di inclusione nel novero nomologico degli artt. 28 e 30 del TFUE. Innanzitutto, per *tassa d’effetto equivalente* si intende un onere pecuniario ossia il pagamento di una somma di danaro a favore di un soggetto pubblico o privato autorizzati alla riscossione per legge. Sono, pertanto, escluse da tale ambito quelle misure che importino l’adempimento di obbligazioni non pecuniarie e di diverso genere, anche se involgenti dei costi a carico del soggetto obbligato.

Il *discrimen* ha rilievo poiché consente di distinguere, come vedremo, le tasse aventi un effetto equivalente ad un dazio doganale dalle restrizioni quantitative, alle importazioni ed alle esportazioni e dalle misure aventi un effetto equivalente. In secondo luogo, deve trattarsi di un *onus* pecuniario imposto alle sole merci (da importare o da esportare) che varchino la frontiera nazionale, non anche di una misura fiscale interna che colpisca pure le merci nazionali destinate a soddisfare la domanda del solo mercato domestico. Deve trattarsi, inoltre, di un onere imposto al soggetto obbligato al pagamento, non rilevando gli oneri imposti quali corrispettivi di un servizio prestato a favore dell’interessato<sup>101</sup>. L’onere, infine, deve essere imposto unilateralmente dallo Stato membro di importazione o di esportazione, dovendosi escludere quelle tasse rimosse su prodotti importati od esportati, in ragione di quanto statutito dalla normativa comunitaria che li ritiene un elemento di

---

<sup>100</sup> Causa *Steinike*, C- 78/76, sentenza del 22 marzo 1977. Nel caso di specie, l’Ufficio federale tedesco per le foreste e l’alimentazione reclamava da una impresa che operava la trasformazione di un succo di agrumi importato dall’Italia, il pagamento di un contributo obbligatorio destinato ad alimentare un fondo per la promozione della vendita di prodotti alimentari, agricoli e forestali tedeschi. L’Ufficio tedesco precisò che il contributo veniva riscosso anche per altri tipi di trasformazioni, indipendentemente dall’origine dei prodotti importati. Ma l’imprenditore tedesco aveva eccepito che la misura fiscale costituiva una *tassa d’effetto equivalente* ad un dazio, poiché inerente un prodotto quale il succo di agrumi di cui non esisteva alcuna produzione nazionale. Sul punto, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 49.

<sup>101</sup> Come rileva Daniele, per servizio si deve intendere una prestazione erogata solo a favore del richiedente, non anche in ragione del soddisfacimento dell’interesse generale, quale ad esempio la tutela della salute pubblica, il servizio deve essere richiesto dall’interessato e non deve essere a lui imposto, infine, l’onere riscosso deve essere di ammontare proporzionato al valore del servizio reso. Basti rammentare sul punto, la causa *Cadsky*, C- 63/74, sentenza del 26 febbraio 1975 e la causa *Donner*, C- 39/82, sentenza del 12 gennaio 1983. In particolare, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 51.

salvaguardia, piuttosto che di ostacolo agli scambi intracomunitari, ma che devono essere, comunque, proporzionati al costo effettivo del servizio o essere imposti da apposite convenzioni internazionali in materia di libera circolazione delle merci<sup>102</sup>. Basti pensare ai controlli sanitari sulla qualità delle carni. Il problema investe anche le modalità di percezione, poiché il divieto rimane valido anche se la riscossione dell'onere pecuniario avvenga non alla frontiera nazionale, ma al suo interno, quando la merce fa ingresso nel territorio di un Comune o di una Regione<sup>103</sup>. Non solo, non rileva neppure la circostanza secondo la quale la tassa non persegua finalità protezionistiche, ma interessi di natura generale, quali la protezione del patrimonio storico artistico nazionale o serva a finanziare servizi di pubblico interesse, quali i controlli sanitari alle frontiere<sup>104</sup>.

Risulta implicitamente assodato il fatto che il divieto concerna solo gli scambi intracomunitari di merci. Ma la giurisprudenza comunitaria ha sancito che, a partire dall'istituzione della tariffa doganale comune, gli Stati membri non possano più imporre nuove tasse aventi un effetto equivalente ad un dazio doganale, neppure nelle relazioni commerciali con i Paesi terzi, altrimenti sarebbe compromessa l'uniformità della protezione doganale assicurata in tutta la Comunità. Come affermato dalla Corte nella sentenza *International Fruit* del 1972, la competenza della Comunità, in materia doganale a partire dall'adozione della tariffa doganale comunitaria e nell'ambito della politica commerciale comune, ha carattere esclusivo<sup>105</sup>.

L'impulso pretorio che la Corte di Giustizia fornì in materia di costruzione di un mercato comune fu di ampio rilievo nel corso degli anni Settanta, ma risentiva di un approccio rigido. In effetti, come rileva Weiler, la decisione sul caso *Statistical Levy* "si basa su argomentazioni convenzionali tali da soddisfare i canoni più conservatori del ragionamento giuridico". La sentenza rispecchia, anche, una visione 'classica' della nozione di libero commercio che distingue tra norme che regolano l'accesso al mercato (*market access*) e norme che sovrintendono alla regolamentazione del mercato

---

<sup>102</sup> Basti rammentare i casi citati *Bahuius* del 1976 e *Commissione c. Paesi Bassi*, C- 89/76, sentenza del 12 luglio 1977. Come rileva Tesauro "nella stessa logica rientrano anche i montanti compensativi monetari istituiti nell'ambito della politica agricola comune, in quanto oggetto di misure comunitarie destinate a compensare l'instabilità monetaria e non costituenti oneri imposti unilateralmente dagli Stati membri". Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, p. 348.

<sup>103</sup> Causa *Ligur Carni*, C- 277/91, cause riunite C-277, C-318/91, sentenza del 15 dicembre 1993 e *Legros*, C- 163/90, sentenza del 16 luglio del 1992. In tale ultima vicenda, la Corte precisò che non rileva ai fini dell'esclusione della natura di tassa d'effetto equivalente il fatto che l'onere pecuniario colpisca, oltre ai prodotti provenienti da un altro Stato membro, anche quelli che provengono da altre regioni dello stesso Stato membro. Con riferimento, infatti, al dazio di mare che veniva riscosso sulle merci introdotte nei territori di Martinica, Guadalupa, Guyana e Réunion, era stato precisato che l'ostacolo alla libera circolazione delle merci non veniva meno in virtù del semplice fatto che il dazio era imposto, in modo eguale, sulle merci importate e su quelle provenienti da altre parti del territorio del medesimo Stato membro. Per una ulteriore disamina, si rimanda al contributo di G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, pp. 344 e s.

<sup>104</sup> In ordine al primo caso, basti rammentare la vicenda *Eunomia*, C- 18/71, sentenza del 26 ottobre 1971 e per il secondo caso, basti rammentare la citata vicenda *Legros*.

<sup>105</sup> Causa *International Fruit*, Cause riunite 21 e 24/72, sentenza del 12 dicembre 1972. L'assunto sarà ribadito nella successiva causa *Simmenthal*, C-70/77, sentenza del 28 giugno del 1978.

(*market regulation*)<sup>106</sup>. Nel primo caso, ci si riferisce al concetto di ostacoli agli scambi e nel secondo caso, alla nozione di discriminazione nelle dinamiche commerciali.

Per tale motivo la sentenza è, comunque, importante poiché costituisce un momento di inizio di una copiosa giurisprudenza sulla libera circolazione delle merci, in ordine alla perimetrazione della sfera di applicabilità dell'art. 30 del TFUE, ma non assume un carattere fortemente innovativo e sganciato dalle trame letterali del disposto del Trattato come, invece, accadrà in merito agli artt. 34 e 36 del TFEU. È evidente che, la precisazione terminologica, che la Corte opera in merito alla vicenda *Statistical Levy* risulta di ampio rilievo non solo perché circoscrive il divieto previsto dall'art. 30 alle sole misure daziarie o fiscali ad esse equivalenti che colpiscono le merci importate o esportate che varcano il confine nazionale in ragione del loro semplice transito, rivelando una natura discriminatoria o protezionistica a favore dei prodotti nazionali, ma anche perché ne distingue la sfera applicativa rispetto all'art. 110 del TFUE (già art. 90 TCE), concernente le misure fiscali puramente interne. La distinzione non risulta sempre di agevole individuazione, ma risponde a fondamentali esigenze teoriche e pratiche.

#### *5.4.1. Raffronto tra fonti e discrimen sottile: l'art. 30 e l'art. 110 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea allo specchio*

Al fine di operare un valido raffronto tra il tenore letterale dell'art. 30 e quello dell'art. 110 del TFUE (già art. 90 TCE), occorre fare un leggero passo indietro e ritornare a quanto statuito dalla Corte di Giustizia nel caso *Statistical Levy* nel 1969. Non appare, infatti, casuale il fatto che la Corte abbia definito *tassa d'effetto equivalente* ad un dazio doganale, quegli oneri pecuniari che colpiscono le merci per il semplice fatto che varcano le frontiere nazionali, in entrata od in uscita, al fine di distinguerli dalle tasse puramente interne. Nella citata sentenza il Giudice comunitario precisa che: “... *la nozione di tassa d'effetto equivalente non comprende i tributi che colpiscono nello stesso modo, all'interno dello Stato, i prodotti nazionali o comparabili o che quanto meno, in mancanza di prodotti del genere, rientrano nell'ambito del tributo interno generale, ovvero hanno lo scopo di compensare, entro i limiti previsti dal Trattato, tributi interni del genere*”<sup>107</sup>. Infatti, l'art. 110 del TFUE, intitolato *Disposizioni fiscali*, prevede il divieto, posto a carico degli Stati membri, di applicare “*direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne, di qualsivoglia natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai*

---

<sup>106</sup> Sul punto, in particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 318.

<sup>107</sup> Il passaggio della sentenza è riportato nell'opera di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 319.

*prodotti nazionali simili*”. A completamento del disposto si pone il comma due che precisa che “Nessuno Stato membro applica ai prodotti di altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni”<sup>108</sup>.

L'individuazione dell'esatto *discrimen* è di importanza fondamentale in materia. Come rileva Weiler, un onere pecuniario riscosso in ragione del fatto che le merci di altri Stati o anche nazionali varchino la frontiera nazionale, è una misura che ostacola l'accesso al mercato di taluni beni il cui costo di produzione ne risulta alterato in ragione dell'esazione dell'*onus* da pagare, con un chiaro intento discriminatorio o protezionistico a tutto vantaggio del prodotto nazionale che ne rimane indenne. In tale caso, l'imposizione fiscale possiede un effetto equivalente ad un dazio doganale ed è come tale illegittima di per sé. Differentemente si pone il problema per le imposizioni fiscali interne che vengono rimosse, direttamente o indirettamente, su tutte le merci nazionali e su quelle provenienti da altri Stati membri, a prescindere dal passaggio della frontiera nazionale. In tal caso, l'illiceità della misura fiscale risiede nella eventuale maggiorazione dell'aliquota da riscuotere sulle merci provenienti da altri Stati membri. Appare evidente, in tale ultimo caso, che la misura fiscale abbia un effetto discriminatorio o protezionistico<sup>109</sup>. In tal modo, le tasse aventi un effetto equivalente ad una misura daziaria sono illecite *sic et simpliciter*, mentre le imposizioni interne lo sono solo nella misura in cui sono discriminatorie nei confronti dei prodotti importati o abbiano un effetto protezionistico nei riguardi di quelli nazionali. Di tal guisa, una tassa d'effetto equivalente non potrà mai essere considerata anche una imposizione interna ai sensi dell'art. 90, sottolineandosi la non sovrapponibilità dei due istituti e la non fungibilità dei due disposti, pur dovendo affidare alla valutazione casistica l'individuazione della natura dell'onere<sup>110</sup>.

L'individuazione del sottile *discrimen*, che separa una imposizione fiscale da una tassa d'effetto equivalente ad un dazio doganale, fu ribadito in una sentenza del 1981 in cui la Corte dovette valutare la validità di una imposta sulla reprografia. In tale occasione fu confermato l'indirizzo

---

<sup>108</sup> Le conseguenze pratiche di una tale distinzione sono molto importanti. Infatti, una imposizione fiscale giudicata d'effetto equivalente ad un dazio doganale è di per sé vietata, mentre un onere fiscale, facente parte del sistema generale di tassazione interna di uno Stato, è vietata solo se applicata in modo maggiorato nei confronti delle merci di altri Stati membri, tanto da lasciarne presumere la natura discriminatoria o protezionistica.

<sup>109</sup> Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 320. A riguardo, basti rammentare il caso *Simmenthal S.p.A. v. Ministero delle finanze italiane*, C- 35/76, in cui si opera un immediato raffronto tra l'art. 30 e l'art. 110 del TFUE. La Corte di Giustizia precisò, infatti che gli oneri pecuniari riscossi per ragioni di controllo sanitario delle merci, nel momento in cui varcano la frontiera, sono considerati tasse d'effetto equivalente ai dazi doganali, mentre, gli oneri imposti dalla pubblica amministrazione in occasione di controlli sanitari effettuati all'interno degli Stati membri, tanto sui prodotti nazionali quanto su quelli importati, costituiscono tributi interni, sottesi al divieto di discriminazione previsto dall'art.110.

<sup>110</sup> Infatti, al fine di qualificare un onere pecuniario quale tassa d'effetto equivalente o come tributo interno discriminatorio occorre anche valutare la destinazione del tributo. Qualora il gettito sia destinato a finanziare attività che giovano, solo ed esclusivamente, al prodotto nazionale tassato e la compensazione è completa, allora si è in presenza di una tassa d'effetto equivalente ad un dazio doganale, altrimenti, se la compensazione è parziale si sarà in presenza di una imposizione interna che può avere carattere discriminatorio. Causa *Demag*, C- 27/74, sentenza del 22 ottobre 1974 e causa *Milch-Fett- und Eier-Kontor*, C- 25/67, sentenza del 4 aprile 1968.

pretorio pregresso e si stabilì che, il divieto di tasse di effetto equivalente ai dazi doganali concerne qualsiasi onere imposto all'atto o in virtù dell'importazione e che, gravando sul prodotto importato, ne altera il costo di produzione e provoca sulla libera circolazione delle merci gli stessi effetti restrittivi di un dazio doganale. La Corte giunse a stabilire che: *“La caratteristica essenziale di una tassa d'effetto equivalente ad un dazio doganale, che la distingue da un tributo interno, risiede nella circostanza che la prima grava esclusivamente sul prodotto importato in quanto tale, la seconda grava sui prodotti importati e, al tempo stesso, su quelli nazionali”*<sup>111</sup>.

La relazione tra le due fonti è ricercata proprio dalla Corte di Giustizia nella causa *Commissione c. Francia* del 1980 in cui si precisò che, la previsione dell'art.110 del TFUE non costituiva altro se non *“un'integrazione delle disposizioni relative all'abolizione dei dazi doganali e delle tasse di effetto equivalente”* e tentava di garantire *“l'assoluta neutralità dei tributi interni riguardo alla concorrenza fra merci nazionali e merci importate”*<sup>112</sup>. Il fatto stesso che tra i due disposti testé esaminati sussista un sottile *discrimen* giuridico, non esclude, anzi ne comprova, la complementarietà normativa. Quest'ultima risulta funzionale alla realizzazione dell'obiettivo di evitare che gli Stati membri eludano il divieto posto dall'art. 30, attraverso l'utilizzo di manovre fiscali mirate ed apparentemente innocue<sup>113</sup>. In tal modo, si evince che il divieto di discriminazione posto dall'art. 110 del TFUE ha un carattere strumentale ed integrativo all'obiettivo di realizzare la libera circolazione delle merci. Come rileva Lang, la previsione dell'art. 110 non intende introdurre una parità di trattamento fiscale tra prodotto importato e prodotto nazionale, ma solo garantire l'assoluta neutralità dei tributi, al fine di evitare che vi siano trattamenti discriminatori o protezionistici tra merci di diversa provenienza<sup>114</sup>. Nel caso su menzionato la Corte dovette

---

<sup>111</sup> Causa *Commissione delle Comunità Europee v. Repubblica Francese*, C- 90/79. In modo simile, la Corte si espresse nel caso *Schul* del 1981 in cui fu discussa la vicenda del signor Schul, che aveva importato dai Paesi Bassi un'imbarcazione acquistata ad un prezzo molto vantaggioso in Francia. Le autorità dei Paesi Bassi avevano applicato all'operazione l'IVA all'importazione, utilizzando come base imponibile il prezzo d'acquisto del bene. Il ricorrente asserì che l'IVA all'importazione, riscossa sui beni d'occasione, costituiva una tassa d'effetto equivalente nella misura in cui una imposta del genere non veniva riscossa per l'acquisto di beni d'occasione nell'ambito del territorio dei Paesi Bassi. Ma la Corte respinse le argomentazioni del ricorrente e sostenne che l'IVA era una imposta che faceva parte del sistema comune dell'IVA, la cui struttura e le cui modalità di riscossione sono previste da direttive di armonizzazione del Consiglio. Queste direttive hanno stilato un sistema fiscale uniforme che grava, in modo equanime, sia sulle operazioni di acquisto che si svolgono in seno allo Stato membro, sia su quelle che riguardano le importazioni. L'aliquota di imposta prevista era eguale, sia nel caso di importazioni, sia in quello di cessioni dello stesso bene all'interno dello Stato. Per tale motivo, l'IVA costituiva una imposizione interna e non una tassa d'effetto equivalente ad un dazio doganale. Causa, *Schul*, C- 15/81, sentenza del 5 maggio 1981.

<sup>112</sup> Causa *Commissione c. Francia*, C- 168/78, sentenza del 27 febbraio 1980. Sul punto, si rimanda ai contributi di

<sup>113</sup> Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, p. 349.

<sup>114</sup> L'autore rileva come lo scopo sotteso al divieto sia quello di evitare un utilizzo del sistema di tassazione interna per influire sulla competitività, in seno al mercato, del prodotto importato e di quello nazionale. A tal fine, emerge un ruolo completivo dell'art. 110 rispetto all'art. 25 del Trattato, poiché il primo completa ed integra il contenuto del secondo, pur non essendo, i due disposti, logicamente cumulabili. Differentemente, è possibile l'applicazione cumulativa dell'art. 110 con le disposizioni in tema di aiuti di Stato alle imprese. Sul punto, A. LANG, *“Art. 90 TCE”*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, p. p. 479. L'autore sottolinea, inoltre, che il divieto di cui all'art.110 si applica anche nei confronti delle merci provenienti da Paesi terzi, ma in libera pratica nel territorio di uno Stato membro. Contrariamente, il disposto non si applica nei confronti di quelle merci che

affrontare un caso ben più complesso ed articolato, concernente una imposizione fiscale gravante solo su prodotti esclusivamente importati da altri Stati membri e dei quali non sussisteva alcuna produzione a livello nazionale. Nella sentenza, il Giudice comunitario precisò che l'imposta poteva rientrare nel novero delle imposizioni interne di cui all'art. 110 del Trattato, purché la misura fiscale avesse fatto parte di un regime generale di tributi interni che gravavano in modo sistematico su categorie di prodotti secondo criteri obiettivi applicati, indipendentemente dall'origine delle merci, al fine di escluderne il carattere discriminatorio e protezionistico<sup>115</sup>.

Infatti, l'art. 110 del TFUE possiede una portata analoga a quella posseduta dall'art. 30 e concerne tutte quelle imposizioni fiscali discriminatorie o protezionistiche che danneggiano gli scambi commerciali e provocano una discriminazione fiscale, non solo a scapito delle merci importate, ma anche di quelle destinate all'esportazione<sup>116</sup>.

Quanto alla sfera di operatività prevista dall'art. 110, il divieto contemplato dal disposto scatta nel momento in cui l'imposizione fiscale interna applicata direttamente o indirettamente sui prodotti importati, risulta di ammontare superiore rispetto a quella applicata ai prodotti nazionali simili<sup>117</sup>. L'aliquota, diversificata e maggiorata per i prodotti importati, lascia presumere una chiara finalità discriminatoria tra prodotti nazionali e prodotti provenienti da altri Stati. Occorre precisare che, il raffronto delle aliquote di imposta deve riguardare prodotti simili, ossia analoghi nelle modalità di utilizzo. Il concetto appare rilevante per poter valutare la portata discriminatoria o meno di una differenziata esazione fiscale.

Interessante, a riguardo, è la vicenda concernente la differente imposizione fiscale prevista in Danimarca per i vini d'uva e i vini di frutta. L'interrogativo concerneva la similarità o meno dei due prodotti. La Corte, in modo accorto, precisò che occorre avere riguardo ad una serie di elementi, innanzitutto le caratteristiche obiettive delle due bevande, la loro origine, i loro processi di fabbricazione, le qualità organolettiche, *in specie* il gusto e la gradazione alcolica ed, infine, la

---

provengano direttamente da Stati terzi, i quali sono sottoposti al regime previsto da apposite convenzioni bi o multilaterali che prevedono divieti di discriminazioni fiscali. (C- 48/77 sentenza del 10 ottobre 1978).

<sup>115</sup> Analogo indirizzo emerse nel caso citato *Co-Frutta*, in cui l'imposta di consumo italiana sulle banane (prodotto di origine estera che in Italia mancava), fu ritenuta una imposizione interna e non una tassa di effetto equivalente poiché rientrava in un sistema generale di tasse interne, inerente diciannove categorie di prodotti scelti indipendentemente dalla loro provenienza.

<sup>116</sup> Causa *Statens Kontrol*, C- 142/77, sentenza del 29 giugno 1978. Daniele ribadisce che il divieto di cui all'art. 90 concerne anche i prodotti provenienti da Stati terzi e messi in libera pratica in uno Stato membro. Basti rammentare la sentenza *Co-Frutta*, C- 193/85, sentenza del 7 maggio 1987. Sul punto, in particolare, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 54, nonché A. LANG, *Art. 90 TCE*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, p. 480, il quale non esclude le ipotesi di discriminazioni al contrario, comunque, sanzionate dall'art. 90 e concernenti imposizioni fiscali interne che risultano discriminatorie nei confronti del prodotto nazionale. L'autore rammenta, a riguardo, il caso C-86/78, sentenza del 13 marzo 1978.

<sup>117</sup> Accanto alle imposizioni interne indirette si collocano quelle dirette, gravanti sull'impresa e non sul prodotto importato, ma con inevitabili ricadute sui costi, come ribadito nella C- 20/76, sentenza del 16 febbraio 1976.. L'art. 90 non si estende, invece, ai prelievi finanziari non fiscali ai dazi di carattere fiscale. Sul punto, A. LANG, *Art. 90 TCE*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, p. 480.

domanda di mercato e le esigenze dei consumatori. Il Giudice comunitario, sulla base dei criteri stilati, si rese conto che entrambi i vini erano ottenuti in virtù di un processo di fermentazione naturale, che il gusto e la gradazione alcolica erano simili e si presentavano, agli occhi della clientela, come sostanze dissetanti, rinfrescanti o per accompagnare i pasti. Pertanto, i prodotti erano simili e rientrano, *pleno jure*, nella sfera applicativa del primo comma dell'art. 110 del TFUE<sup>118</sup>.

La violazione dell'art. 110 non si misura solo sulla semplice superiorità dell'aliquota di imposta, ma coinvolge anche un'analisi delle disposizioni sulla base imponibile e dalle modalità di riscossione, dal momento che il criterio di confronto decisivo è costituito dalla effettiva incidenza del tributo sul prodotto nazionale e su quello importato<sup>119</sup>. Ne deriva che la discriminazione possa essere collegata oltre che alla base imponibile ed all'aliquota, anche ad un momento successivo all'importazione, in particolare al momento della distribuzione nonché ai criteri ed alle modalità dell'esazione ed alle eventuali agevolazioni fiscali concesse a talune imprese domestiche<sup>120</sup>. Analoga questione si pose nel caso *Vinal* del 1980, risolta favorevolmente per lo Stato italiano, in cui si controverteva della legittimità di un differente regime fiscale previsto in Italia per l'alcool sintetico denaturato e per l'alcool di fermentazione denaturato, il primo importato dalla Francia, il secondo prodotto a livello nazionale<sup>121</sup>. Il Giudice comunitario, nel rigettare le argomentazioni della Commissione che aveva

---

<sup>118</sup> Caso *Commissione c. Danimarca*, C- 106/84, sentenza del 4 marzo 1986 e, in modo parallelo, la causa *Commissione c. Italia*, C- 419/85, sentenza del 7 maggio 1987.

<sup>119</sup> Basti rammentare il caso *Commissione c. Irlanda*, C- 55/79, sentenza del 27 febbraio 1980, in cui la Corte appurò la sussistenza di una violazione al divieto di cui all'art. 110, comma 1, poiché la discriminazione fiscale del prodotto importato, nel caso di specie la birra, rispetto a quello nazionale, non si basava su di una differente aliquota fiscale, bensì sulle dilazioni di pagamento concesse ai soli prodotti nazionali. Sul punto, P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, p. 594.

<sup>120</sup> Come rileva Tesauro, una violazione dell'art.110 del Trattato si può paventare anche nell'ipotesi di una tassazione progressiva delle automobili, con la previsione di una tassa speciale molto elevata per le vetture che superano una certa potenza fiscale, secondo un livello fissato, in modo tale che all'onere fiscale soggiacciano solo le vetture importate, come emerse nel caso *Humboldt*, C- 112/84, sentenza del 9 maggio 1985. Vi rientrano anche i tributi che colpiscono non il prodotto importato, bensì l'uso che se ne fa, quando quest'ultimo è destinato esclusivamente a quell'uso ed importato a questo fine, come emerse nel caso *Bergandi*, C- 252/86, sentenza del 3 marzo 1988, in materia di tassazione sugli apparecchi da gioco automatici. Lo stesso dicasi per le fattispecie in cui vi è una differente applicazione di una imposta dovuta, nel caso in cui il trasporto della merce sia internazionale o nazionale, tale che quest'ultimo ne rimanga esente, come emerse nel caso *Schöttle*, C- 20/76, sentenza del 16 febbraio 1977. Vi rientrano anche le agevolazioni o le esenzioni fiscali che favoriscono, in misura maggiore o esclusiva, il prodotto interno, basti rammentare a riguardo il caso *Commissione c. Italia*, C- 21/79, sentenza dell'8 gennaio 1980, meglio noto come caso *Regenerated Oils*, in cui la Corte dichiarò che la normativa italiana, modificativa del regime fiscale dei prodotti petroliferi, la quale aveva previsto la riscossione, sugli olii minerali rigenerati prodotti in Italia, di una imposta di fabbricazione la cui aliquota risultava di minore ammontare rispetto alla sovrainposta di confine gravante sugli olii rigenerati provenienti da altri Stati membri, era lesiva dell'art. 110, comma 1, del TFUE. Vi rientrano anche le dilazioni di pagamento dell'imposta concesse solo a favore dei produttori nazionali, come emerse nel citato caso *Commissione c. Irlanda*. Infine, entrano a farne parte anche i sistemi di tassazione differenziati di un determinato prodotto che prevede criteri e modalità di calcolo, gravando di tributi diversi, il prodotto nazionale e di un tributo unico, quello importato. Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, pp. 353 e s., nonché A. LANG, "Art. 90 TCE", in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, p. 481 e, in merito alla causa *Bergandi*, interessante è il rimando operato da Weiler alle conclusioni redatte dall'Avvocato Generale Mancini. In particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 336,

<sup>121</sup> Causa *S.p.A. Vinal c. S.p.A. Orbat*, C- 46/80, sentenza del 1981.

concluso per la perfetta fungibilità e, addirittura, identità dei due prodotti, giunse a delle conclusioni differenti. Per la Corte, infatti, i due prodotti erano ottenuti in virtù di procedimenti molto differenti. Inoltre, la preferenza per l'alcool di fermentazione denaturato prodotto a livello nazionale si giustificava proprio in ragione della natura del processo produttivo che si basava sulla trasformazione di taluni prodotti agricoli e non sulla trasformazione in alcool dell'etilene derivato dal petrolio, tipico della produzione dell'alcool sintetico denaturato. A parere della Corte, il fatto che la differenziazione del regime fiscale per i due tipi di prodotto fosse riconducibile ad una scelta di politica economica dello Stato non causativa di effetti discriminatori bensì tesa a scoraggiare l'importazione di alcool sintetico denaturato al fine di ridurre la produzione a livello nazionale, rendeva l'azione dell'Italia legittima.

Il passaggio chiave della sentenza risiede nell'assunto secondo cui *“il diritto comunitario non limita, nello stadio attuale della sua evoluzione, la libertà di ciascuno Stato membro di istituire sistemi impositivi differenziati per taluni prodotti in funzione di criteri obiettivi, quali la natura delle materie prime impiegate o i procedimenti di fabbricazione seguiti. Siffatte differenziazioni sono compatibili col diritto comunitario purché perseguano scopi di politica economica compatibili, anch'essi, con gli imperativi del Trattato e del diritto derivato e le loro modalità siano tali da evitare qualsiasi forma di discriminazione, diretta o indiretta, nei confronti dei prodotti importati dagli altri Stati membri, o di protezione a favore di prodotti nazionali concorrenti”*<sup>122</sup>. Ne derivava l'implicito intento di lasciare intatte talune scelte di politica fiscale degli Stati membri, tentando di rinvenire un punto di equilibrio tra la libertà del commercio comunitario e le politiche pubbliche nazionali.

Differentemente si pone il secondo comma dell'art. 110 del Trattato che fa divieto di imposizioni interne tese a proteggere “indirettamente” altre produzioni. Risulta sufficiente che il prodotto importato si trovi in concorrenza col prodotto nazionale protetto in uno o più impieghi economici, anche se non costituisce un vero e proprio prodotto simile<sup>123</sup>. Una siffatta relazione di sostituibilità non deve essere valutata in relazione allo stato attuale del mercato, ma deve tenere in considerazione le sue possibili evoluzioni agevolate da un regime sempre più liberalizzato di

---

<sup>122</sup> . Nel caso di specie, venne esclusa la similarità dei due prodotti e, pertanto, non si paventò una violazione dell'art. 110, comma 1 del Trattato, dal momento che la differenziazione e la maggiorazione dell'esazione fiscale a carico dei due tipi di alcool si giustificava in ragione della diversa materia prima e del differente procedimento richiesto per la produzione di entrambi. L'effetto discriminatorio si sarebbe palesato solo nel caso in cui le aliquote fossero state maggiorate per lo stesso di alcool, distinguendo tra quello importato e quello nazionale. La Corte precisò, poi, che non vi era stata neppure una violazione dell'art. 110, comma 2, poiché non si era verificata una protezione indiretta di altre produzioni, l'intento del Governo italiano era quello di scoraggiare la produzione basata sulla lavorazione del petrolio, sicuramente più inquinante di quella svolta secondo metodi di trasformazione naturali.

<sup>123</sup> Prodotti in concorrenza sono, a parere della Corte, quelli succedanei ossia quei beni per i quali si paventa una forma, anche parziale, di sostituibilità. Il prodotto importato deve costituire una scelta alternativa per il consumatore.



circolazione delle merci che consente l'immissione nel circuito degli scambi di nuovi e diversificati prodotti.

In particolare, nella sentenza *Commissione c. Regno Unito* del 1980 relativa alla tassazione della birra e del vino, il Regno Unito era accusato di praticare aliquote di imposta differenziate sul vino che era un bene essenzialmente importato e sulla birra di cui, invece, vi era una larga produzione nazionale<sup>124</sup>. Il Regno Unito giustificava l'esazione differenziata per il semplice fatto che i due prodotti alcolici non fossero in concorrenza tra di loro, ma che rispondessero a differenti esigenze dei consumatori e come tali ad una domanda di mercato diversamente strutturata. La diversità risiedeva nel fatto che la birra era una bevanda "popolare", consumata nei luoghi pubblici e anche nel corso di pasti veloci e non solo, differentemente dal vino che aveva degli impieghi differenti. Ma la Corte rigettò simili argomentazioni difensive sulla scorta dell'assunto secondo cui il grado di sostituibilità di un prodotto non può misurarsi sulle differenti abitudini sociali e di consumo di uno Stato o di una Regione che sono destinate a cambiare repentinamente nello spazio e nel tempo, ma deve essere ancorata a criteri più obiettivi e specifici. Degno di nota è il passaggio della sentenza in cui la Corte precisò che *"la politica fiscale di uno Stato membro non può cristallizzare date abitudini di consumo allo scopo di rendere stabile un vantaggio acquisito dalle industrie nazionali che si dedicano al loro soddisfacimento"*<sup>125</sup>. Occorre valutare l'effetto protezionistico sia sotto un profilo attuale che sotto un profilo potenziale, verificando come sarebbe stato il mercato del prodotto importato in assenza della tassazione differenziata, non occorrendo, comunque, fornire dati statistici per provare gli effetti protezionistici di una imposizione fiscale<sup>126</sup>.

In ultima analisi, occorre ribadire che un problema delicato in merito ai sistemi interni di tassazione si paventa nelle ipotesi di tasse para-fiscali, spesso correlate alla disciplina degli aiuti di Stato. In tale ultimo caso, il tributo può ben rappresentare una modalità di finanziamento di un aiuto e, quindi, incidere in modo significativo sulla concorrenza e sul volume degli scambi, soggiacendo ai

---

<sup>124</sup> Causa *Commissione c. Regno Unito*, C- 170/78, sentenza del 27 febbraio 1980.

<sup>125</sup> Indubbiamente, l'analisi non deve arrestarsi alla valutazione della sussistenza di un rapporto di concorrenza tra i due prodotti, ma deve considerare anche se la maggiore tassazione del prodotto importato non celi l'intento di proteggere quello nazionale. Risulta evidente che non basta che le aliquote applicate ai prodotti siano differenziate quantitativamente, occorre anche valutare l'incidenza che una esazione differenziata produce nel rapporto di concorrenza tra i due beni, in modo tale da influire sulla domanda di mercato e, quindi, sul comportamento dei consumatori indotti ad acquistare il prodotto nazionale anziché quello importato. A tal fine basti rammentare la causa *Commissione c. Belgio*, C- 356/85, sentenza del 9 luglio 1987, in cui veniva contestato al Belgio di violare il comma II dell'art. 90, applicando alle birre un'aliquota dell'IVA inferiore al sei per cento rispetto a quella imposta sul vino di qualità. Ma la Corte rigettò le argomentazioni della Commissione, sancendo che quest'ultima non aveva provato che la differenza tra i prezzi della birra e del vino fosse così irrilevante tale che lo scarto percentuale dell'aliquota dell'IVA per i due prodotti potesse influenzare il comportamento dei consumatori e, quindi, la domanda di mercato del bene. Sul punto, si rimanda a L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo* ...cit., p. 59.

<sup>126</sup> Sul punto, A. LANG, "Art. 90 TCE", in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, pp. 482 e s.

rigidi controlli della Commissione<sup>127</sup>. Non costituisce una circostanza trascurabile il fatto che, a seguito di queste previsioni, si collochi l'art. 115 del TFUE (già art. 94) che attribuisce al Consiglio il potere di deliberare all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni nazionali di tipo legislativo, regolamentare o amministrativo che abbiano una incidenza diretta sull'instaurazione del mercato comune. Il ravvicinamento dovrebbe consentire la creazione di uno spazio giuridico omogeneo, in cui siano gradualmente eliminate le disparità nelle disposizioni dei singoli Stati membri in grado di falsare le condizioni di concorrenza nel mercato comune, e rimette, *in facultate solutionis* degli Stati membri, la scelta della forma e dello strumento da utilizzare, salvo il necessario e finale intervento correttivo della Commissione. Del resto, l'integrazione si misura ancora su di un livello negativo e risente dei tentativi dell'organo giudiziario dell'Unione Europea di rinvenire un valido momento di raccordo tra il proposito di creazione di un mercato comune in cui doveva vigere un regime degli scambi liberalizzato ed il rispetto delle politiche macroeconomiche degli Stati, tra cui quelle fiscali, affidando alla valutazione casistica il compito di definirne l'esatta portata e l'ambito applicativo.

In effetti, l'art. 110 del Trattato si limita a prendere in considerazione la tassazione e non comprende quelle disposizioni legislative, regolamentari ed i requisiti inerenti la vendita interna, l'offerta, l'acquisto, il trasporto, la distribuzione o l'utilizzo del prodotto. Come afferma acuta dottrina, *“nel sistema di integrazione negativa, previsto dal Trattato CE, il secondo tipo di regolamentazione è lasciato nel limbo”*<sup>128</sup>.

### 5.5. La teorizzazione della sfera applicativa dell'art. 34 nella formula Dassonville

Una immediata lettura degli artt. 34 e 36 del TFUE (già artt. 28 e 30 TCE) in materia di restrizioni quantitative e di misure di effetto equivalente alle medesime ne lascia inferire la natura più complessa rispetto alle disposizioni precedentemente analizzate. Queste ultime contemplano un divieto di natura assoluta, senza prevedere alcuna deroga esplicita, l'unico elemento di difficile

---

<sup>127</sup> Analogo problema si palesa nell'ambito della ripetizione di somme percepite dalle amministrazioni nazionali a titolo di tributo o di dazio, in spregio al diritto comunitario. La giurisprudenza si è mostrata concorde nel rifiutare il rimborso della somma indebitamente percepita, nell'ipotesi in cui possa cagionare un arricchimento senza giusta causa dell'avente diritto che ha riversato sul prezzo praticato al dettaglio e, dunque, sui consumatori l'importo del tributo non dovuto. Ne è derivata la considerazione secondo cui è incompatibile con il diritto comunitario un sistema di rimborso che si raccordi alla presunzione di una ripercussione sui consumatori e che ponga a carico del contribuente la prova del contrario. Si tratterebbe di una *probatio diabolica*, sia per l'amministrazione percipiente, sia per il contribuente. Basti rammentare il caso *San Giorgio*, C- 199/82, sentenza del 9 novembre del 1983. In merito alle modalità di adempimento dell'obbligo di restituzione si rimanda al contributo di A. LANG, "Art. 90 TCE", in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, p. 483.

<sup>128</sup> Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 333.

ricostruzione era costituito dalla individuazione delle tasse aventi un effetto equivalente ad un dazio doganale e dalla loro distinzione rispetto alle fattispecie applicative dell'art. 110.

Di tenore normativo diverso si presentano le disposizioni del Trattato che, invece, riguardano le restrizioni quantitative alle importazioni e le misure d'effetto equivalente, previste dall'art. 34, e quelle concernenti le esportazioni previste dall'art. 35. I due disposti testé menzionati presentano una formulazione letterale speculare, ma possiedono dei risvolti pratici alquanto differenti e peculiari; basti pensare al fatto che, l'art. 35 concerne solo le misure discriminatorie, essendo, le merci, destinate all'esportazione. A rendere più complessa e suscettiva di applicazioni ed interpretazioni diversificate la materia, sovviene l'art. 36 che contempla specifiche fattispecie derogatorie al regime degli artt. 34 e 36<sup>129</sup>. L'art. 34, congiuntamente agli artt. 28 e ss., costituiscono i principi fondamentali sulla libera circolazione delle merci e risultano essere disposti essenziali per La realizzazione degli obiettivi insiti nella creazione di un mercato comune. Ne consegue che, anche l'art. 34 è direttamente applicabile nei confronti degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie ed isituisce, in capo ai privati, il diritto di invocarne in sede giudiziaria il rispetto, in caso di violazione od elusione da parte di uno Stato<sup>130</sup>.

Il divieto concerne solo gli scambi intracomunitari e riguarda pure i prodotti agricoli, anche se essi sono soggetti ad una organizzazione comune di mercato.

La nozione di restrizione quantitativa è ben nota nel regime internazionale degli scambi, ove indica ostacoli non tariffari, imposizioni di quote o contingenti. La Corte di Giustizia individuò nelle restrizioni quantitative tutte quelle misura aventi il fine di proibire, in modo totale o parziale, le importazioni o le esportazioni o di impedire il transito delle merci<sup>131</sup>.

Di portata più complessa si presentava l'individuazione delle misure aventi un effetto equivalente alle restrizioni quantitative che, nel periodo transitorio, era raccordata alla differenza di trattamento tra prodotti importati, rispetto a quelli nazionali ed era, dunque, identificata con quelle che venivano

---

<sup>129</sup> Occorre ribadire che l'art. 32, ora abrogato, prevedeva un dovere di astensione in capo agli Stati membri dal rendere più restrittivi i contingentamenti e le misure d'effetto equivalente. L'ultimo comma dell'art. 32 e il successivo art. 33, anch'esso abrogato, prevedevano una graduale eliminazione di tali contingentamenti e la trasformazione dei contingenti bilaterali in contingenti globali, secondo un *iter* procedurale dettagliato e complesso. Degno di nota era il contenuto dell'art. 35 che prevedeva una accelerazione del ritmo impresso alla eliminazione delle misure restrittive all'importazione ed all'esportazione in relazione alla rispettiva situazione economica generale e del settore interessato. Si tratta della numerazione pregressa a quella introdotta dal Trattato di Lisbona.

<sup>130</sup> Sul punto, A. LANG, "Art. 28 TCE", in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, p. 152 e s. L'autore rileva come la disposizione non possa essere invocata, invece, nell'ambito dei rapporti interprivati, dal momento che manca una pronuncia della Corte di Giustizia in tal senso. Risulta, invece, assodato che della norma beneficino non solo i privati cittadini, ma anche le operazioni realizzate dai professionisti.

<sup>131</sup> Caso *Geddo*, C- 2/73, sentenza del 12 luglio 1973. Basti rammentare la causa *Henn & Darby*, C- 34/79, sentenza del 14 dicembre 1979, in cui si controverteva del diritto della Gran Bretagna di vietare, in modo assoluto, l'importazione di prodotti pornografici o, anche, la causa *Commissione c. Regno Unito*, C- 231/78, sentenza del 29 marzo 1979, sulla restrizione quantitativa dei prodotti agricoli comunitari. Sul punto, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo* ...cit., p. 60 e s., nonché G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., pp. 358 e s.

definite misure distintamente applicabili<sup>132</sup>. Più specificamente, Maduro precisa che una lettura classica del disposto dell'art. 34 e di quella che l'autore definisce la *European Economic Constitution*, ha indotto la dottrina a formulare tre distinti *tests* al fine di valutare la sussumibilità delle misure statali nel novero applicativo dell'art. 34. Il primo è il *discrimination test*, il secondo è il *typological test* ed il terzo criterio è costituito dal *balance o cost/benefits test*<sup>133</sup>.

Nell'ambito del primo criterio, Giuliano Marengo ha precisato che il *test* fondato sulla valutazione dell'effetto discriminatorio o meno della misura approntata a livello statale, involge la distinzione tecnica tra i casi di discriminazione espressa o formale (in cui si opera il *discrimen* tra prodotto importato e prodotto nazionale) dai casi di discriminazione materiale (concernente misure applicabili indistintamente ai prodotti domestici e a quelli di altri Stati) che provocano un effetto discriminatorio *de facto* e da quelli di distinzione tra prodotti, in ragione di criteri rigidi e attraverso misure non proporzionate al fine che si intende conseguire<sup>134</sup>.

Indubbiamente, la nozione contenuta nell'art. 34 del Trattato è munita di una intrinseca originalità ed utilità, poiché intende rafforzare il proposito di creazione di un mercato comune attraverso uno strumento ulteriore rispetto alla sola abolizione degli strumenti e delle misure protezionistiche tradizionali. La maggiore portata applicativa di tale disposto si correla al più ampio e generico spettro nomologico che lo connota. In tal modo, l'art. 34 si è presentato, sin dal primo momento, uno strumento molto duttile in grado di coprire un'ampia gamma di misure restrittive e di limitare variamente la libertà d'azione dei singoli Stati, anche in settori di loro esclusiva competenza o nei quali il legislatore comunitario non era ancora intervenuto<sup>135</sup>.

L'ampiezza applicativa dell'istituto in esame non fu immediatamente confermata dalla giurisprudenza, ma ricevette una apposita precisazione in un atto normativo comunitario quale la direttiva 70/50 del 22 dicembre 1969. Quest'ultima ampliò la nozione di misura d'effetto equivalente, ricomprendendovi non solo le disposizioni legislative e regolamentari, ma anche ogni altro atto della pubblica autorità che, seppure sprovvisto di valore giuridico, era in grado di condizionare la scelta del consumatore, indirizzandolo verso il prodotto nazionale. La direttiva vietava, in particolare, le misure distintamente applicabili ai prodotti nazionali ed ai prodotti importati, sottoponendo la commercializzazione di questi ultimi a delle condizioni più onerose o,

---

<sup>132</sup> In tal senso, si esprimevano le direttive 66/682 e 66/683 della Commissione che facevano divieto di sottoporre le importazioni all'acquisto o alla vendita dello stesso o di altro prodotto nazionale, o che imponeva l'eliminazione di ogni differenza di trattamento tra prodotti importati e prodotti interni, comprese quelle misure che prevedevano vantaggi condizionati all'utilizzo del prodotto nazionale.

<sup>133</sup> Sul punto, si rimanda al contributo di M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European ...cit.*, p. 35. L'autore sottolinea come, invece, negli Stati Uniti, la disputa dottrina sulla sfera applicativa della *commerce clause* abbia condotto all'elaborazione di *discrimination tests* molto più numerosi, *ibid.*, p. 36.

<sup>134</sup> In particolare, G. MARENCO, « Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative », in *Cahiers de Droit Européenne*, (1984), p. 291 e ss.

<sup>135</sup> Sul punto, in particolare, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 61, nonché L. WOODS, *Free Movement of Goods and Services ...cit.*, pp. 73 e ss.

comunque, differenti da quelle applicate ai prodotti nazionali<sup>136</sup>. La direttiva precisava che rientravano nella nozione di misura avente un effetto equivalente ad una restrizione quantitativa anche quelle regole concernenti le modalità di commercializzazione dei prodotti, il confezionamento, la forma, la dimensione, il peso e la presentazione<sup>137</sup>. Risultava indubbio che le misure indistintamente applicabili non erano di norma vietate, in quanto gli effetti restrittivi erano spesso da attribuire alla diversità delle disposizioni nazionali in materia, dovuta alla mancanza di una compiuta armonizzazione delle discipline statali.

La Direttiva 70/50 ha costituito un importante momento d'inizio nel processo di interpretazione ed applicazione dell'art. 34, il cui contenuto fu, comunque, acclarato in modo puntuale dalla Corte di Giustizia.

L'ampiezza del disposto consentì la sperimentazione di plurime soluzioni ricostruttive. Innanzitutto, occorre valutare il rapporto eziologico intercorrente tra la misura e l'effetto di equivalenza ad una restrizione quantitativa che era in grado di cagionare. L'individuazione del nesso causale richiedeva l'esatta perimetrazione della nozione di misura. Per tale motivo, fu proprio la Corte a definirne la natura e la portata applicativa in ragione di uno scrutinio condotto caso per caso. Per misura si intendeva, pertanto, ogni atto o fatto ascrivibile alla *voluntas* del pubblico potere (anche se non sempre si è dimostrata tale la regola) e non certo al comportamento posto in essere dai singoli privati. La misura poteva acquisire la forma della disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro, ma poteva anche essere costituita da norme non scritte quali le prassi amministrative<sup>138</sup> o anche le prassi giurisprudenziali<sup>139</sup> e, addirittura, da atti non statali quali le

---

<sup>136</sup> Tra queste, la Direttiva elenca, all'art. 2, la sottoposizione del prodotto importato alla condizione che vi sia un apposito rappresentante all'interno dello Stato membro importatore, l'utilizzo di misure che sponsorizzino i prodotti nazionali o rendano obbligatorio o impediscono l'acquisto di beni importati da parte dei privati, l'imposizione dei prezzi massimi o dei prezzi minimi di rivendita delle merci, l'imposizione di cauzioni o di modalità di pagamento più onerose per i prodotti importati o che limitano lo spazio pubblicitario da dedicare ai prodotti importati. Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., pp. 359 e s.

<sup>137</sup> In tal caso, pur essendo spesso le misure indistintamente applicabili ai prodotti nazionali od importati, provocavano degli effetti restrittivi della libera circolazione delle merci che prescindevano dalle finalità di una semplice regolamentazione commerciale e cagionavano delle conseguenze sproporzionate rispetto alla finalità perseguita dalla misura in base all'art. 3 della Direttiva 50/70 del 1969. Per un commento si rimanda al contributo di J. SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms*, New York, 2002, pp. 48 e s.

<sup>138</sup> L'assunto è ribadito nella causa *De Peijper*, C- 104/75, sentenza del 20 maggio 1976. La vicenda concerneva la richiesta di una licenza di importazione o di esportazione, il cui rilascio era pressoché automatico. La Corte ritenne la prassi della richiesta e del relativo rilascio automatico della licenza incompatibile con il divieto posto dall'art. 28, poiché avrebbe potuto scoraggiare gli importatori o gli esportatori della merce ad adempiere siffatta inutile formalità. Come rileva Lang la prassi amministrativa deve essere caratterizzata da un certo grado di costanza e di generalità. Inoltre, il carattere generale della prassi deve essere parametrato alla natura del settore di mercato che viene colpito dalla prassi e dal numero di operatori economici ivi impegnati. A riguardo, l'autore rammenta la C- 42/82, sentenza del 22 marzo 1983. Sul punto, A. LANG, "Art. 28 TCE", in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, p. 153.

<sup>139</sup> In particolare, causa *Industrie Diensten*, C- 6/81, sentenza del 2 marzo 1982, concernente la validità, in questo caso, di un provvedimento giurisdizionale interno con cui era stato inibito ad un commerciante di immettere sul mercato un prodotto importato da un altro Stato membro, in cui era legittimamente messo in vendita poiché identico a quello

regole deontologiche stilate dalle organizzazioni professionali e di categoria che provvedono alla tenuta del relativo albo e che irrogano le sanzioni disciplinari in caso di loro inosservanza, in virtù di decisioni impugnabili in via giudiziaria, nonché da prassi di un ente locale o di organismi autonomi di diritto pubblico o di organismi privati finanziati dallo Stato<sup>140</sup>. In una apposita pronuncia del 1982, la Corte ha precisato che non risultava esente dall'applicazione dell'art. 34 del Trattato, per il solo fatto di non basarsi su decisioni vincolanti nei confronti delle imprese, l'atto di uno Stato membro che, seppure fosse privo di efficacia cogente, risultava, comunque, idoneo ad influenzare la condotta dei commercianti e le scelte dei consumatori nel territorio dello Stato, restringendo il volume degli scambi commerciali<sup>141</sup>.

L'art. 34 del TFUE riguarda anche le istituzioni comunitarie, tenute a rispettare la libertà degli scambi intracomunitari in quanto principio fondamentale dell'edificio europeo. Ecco perché ogni atto comunitario ostativo o limitativo di tale libertà si considerava incompatibile con l'art. 34, fatte salve le eccezioni motivate dall'emergere delle circostanze elencate nell'art. 36. Una ulteriore precisazione che occorre condurre in via preliminare concerne la natura delle misure d'effetto equivalente ad un restrizione quantitativa. Infatti, queste ultime differiscono da quelle aventi carattere fiscale che rientrano, *pleno jure*, nella sfera applicativa del menzionato art. 110 del Trattato. Le misure di cui all'art. 34 non sono assimilabili ai tributi interni, tale che i due disposti dell'art. 34 e dell'art. 110 non risultano cumulabili o sovrapponibili. Differentemente, una misura statale può costituire un aiuto di Stato e allo stesso tempo una misura d'effetto equivalente, rientrando nella sfera di applicazione dell'art. 107 e dell'art. 34 DEL TFUE. In effetti, uno Stato non può introdurre una misura volta a proteggere o favorire, ad esempio, una impresa incaricata della gestione di un pubblico servizio in base al dettato dell'art. 106, comma 2, del Trattato senza porsi in contrasto con l'art. 34. Lo scopo degli artt. 34 e ss. è quello di garantire la libera circolazione delle merci in condizioni di concorrenza non alterata. Anche il favorire, attraverso un'apposita normativa nazionale, lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante potrebbe

---

venduto dal concorrente da molti anni ed in grado di confondere il consumatore. La misura era indistintamente applicabile.

<sup>140</sup> A riguardo, si rimanda in ordine alle misure elencate alle cause *Royal Pharmaceutical Society*, cause riunite 266 e 267/87, sentenza del 18 maggio 1989; *Commissione c. Irlanda*, C- 45/87, sentenza del 22 settembre 1988 e causa *Commissione c. Irlanda*, C-249/81, sentenza del 24 novembre 1982. In ordine a quest'ultima pronuncia, la sottoponibilità dell'organismo di diritto privato, alla sfera applicativa dell'art. 34 del Trattato, si evinceva dalla considerazione secondo cui lo Stato si riservava il potere di nominare i membri del comitato direttivo, versava sovvenzioni a copertura delle spese e stabiliva gli scopi e le linee guida della campagna di sponsorizzazione. Sul punto, A. LANG, "Art. 28 TCE", in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, p. 153

<sup>141</sup> In particolare, si rimanda alla citata causa *Commissione c. Irlanda*, C- 249/81, sentenza del 24 novembre 1982, inerente una campagna finanziata dal Governo irlandese per favorire l'acquisto di prodotti nazionali, nonché alla causa *Apple and Pear*, C- 222/82, sentenza del 13 dicembre 1983, nonché C- 174/84, sentenza del 18 febbraio 1986. In tali fattispecie emerse che anche gli atti non cogenti potessero incidere ed influenzare le condotte dei privati. Sul punto, A. LANG, "Art. 28 TCE", in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, p. 154.

celare una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, lesiva della fisiologica e libera dinamica degli scambi intracomunitari e della concorrenza tra imprese, in seno al mercato comune.

Una volta perimetrata la forma e la natura della nozione di misura, occorre valutarne gli effetti provocati e la loro attitudine ad ostacolare od intralciare la libera circolazione delle merci. Per effetto equivalente ad una restrizione quantitativa si intende una vera e propria limitazione della quantità di importazioni o di esportazioni che potrebbero essere realizzate in assenza di quella misura. L'equivalenza presuppone che la misura apprestata, indipendentemente dalla sua denominazione e dalla sua patina esteriore, sia idonea a produrre un effetto di eguale natura e identica portata di una palese restrizione al volume degli scambi commerciali intracomunitari. Tale dicitura risulta essere molto originale, non trovando precedenti o versioni speculari in accordi internazionali, neppure nel GATT. La Corte di Giustizia cui si deve, ancora una volta, il merito di averne svelato le portate applicative, ne ha fornito una interpretazione alquanto ampia, ricomprendendo nella cornice nomologica del divieto anche quelle condotte e quegli atti che solo potenzialmente avrebbero potuto restringere il flusso commerciale tra Stati membri. L'illegittimità della misura nazionale riposa, dunque, nella sua attitudine a condizionare o limitare l'accesso del prodotto importato nel mercato nazionale. La giurisprudenza, in materia, risulta alquanto copiosa e complessa alla luce della vasta congerie di casi decisi. L'obbligo di rispondere al giudice nazionale, l'essere incline ad interpretazioni ampie dei precetti comunitari e l'atteggiamento di *favor* nei confronti dei privati, spesso schiacciati dalla condotta degli Stati, ha reso la giurisprudenza di questo periodo molto liberale, favorevole ai singoli e difficilmente riconducibile ad unità<sup>142</sup>.

Al fine di operare una *reductio ad unitatem* della sfera applicativa dell'art. 34 del Trattato, non si può non fare riferimento ad uno dei *leading cases* in materia, costituito dalla sentenza *Dassonville* del 1974<sup>143</sup>. La vicenda concerneva una normativa belga che, ai fini dell'importazione di prodotti aventi una denominazione controllata, richiedeva un'attestazione da parte dello Stato di provenienza. Si trattava, in particolare, di whisky scozzese, acquistato in Francia ove era in libera pratica ed importato in Belgio. L'impresa importatrice opponeva che viste le condizioni di acquisto, era impossibile procurarsi la certificazione richiesta. La Corte valutata la difficoltà per l'importatore di farsi rilasciare il certificato dal Paese d'origine del prodotto, ossia la Scozia, affermò che: "*Lo Stato membro che richieda un certificato d'origine più facilmente accessibile all'importatore diretto di un prodotto che non da chi abbia acquistato il medesimo prodotto in un altro Stato*

---

<sup>142</sup> Come rileva Lang, appare addirittura difficile individuare le categorie entro le quali inserire le sentenze, spesso prive di argomentazioni, circa il profilo motivazionale, soddisfacenti. Ecco perché le sentenze di tale periodo sono connotate da un elevato elemento di episodicità. Sul punto, A. LANG, "Art. 28 TCE", in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, p. 155.

<sup>143</sup> Causa *Procureur du Roi v. Benoît and Gustave Dassonville*, C- 8/74, sentenza dell'11 luglio 1974.

*membro, diverso dal Paese d'origine, in cui si trova in libera pratica, pone in essere una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa incompatibile con il Trattato*" e conclude che: "Ogni normativa commerciale che possa ostacolare, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari" viola il disposto dell'art. 34 del Trattato<sup>144</sup>.

Il *dictum* della Corte è alquanto severo e concerne ogni normativa di tipo commerciale, anche se il divieto sarà esteso ad altre categorie di atti e non riguarderà la sola attività distributiva, ma anche quella produttiva di determinate merci. Risulta indifferente l'entità dell'effetto restrittivo, ricadendo nel divieto anche una misura dalle conseguenze limitate. In tal caso, si palesa una importante divergenza con la normativa comunitaria *antitrust* in cui vige il principio *de minimis*. A rendere più stringente il divieto sovviene il fatto che l'ostacolo cagionato agli scambi intracomunitari debba essere non necessariamente diretto ed attuale, ma che possa essere anche indiretto e potenziale<sup>145</sup>. Non occorre, dunque, fornire la prova del carattere restrittivo o sensibile della misura e dimostrare che essa abbia effettivamente provocato una diminuzione delle importazioni, è bastevole che la misura abbia delle incidenze anche potenziali e moderate sugli scambi di merci per poter essere ritenuta illegittima<sup>146</sup>. Come rileva Weiler, la sentenza sul caso *Dassonville* si rivelò un "impegno generale contro l'ethos protezionistico"<sup>147</sup>. La sentenza *Dassonville* presenta una formulazione simile alla pronuncia sul caso *Statistical Levy*, entrambe pervase dalla logica fondata sul concetto di ostacolo agli scambi, piuttosto che su quella di discriminazione ed accomunate dalla medesima retorica generale, onnicomprensiva e rituale. A prima vista le due pronunce condividono la medesima nozione di equivalenza anche se, come rileva acuta dottrina, nel passaggio dalla decisione sul caso *Statistical Levy* a quella sul caso *Dassonville* si avviò "la caratterizzazione del canone fondamentale della Costituzione economica dell'Europa ...: ciò che individua(va) il vero mercato comune ...(era) la rimozione di tutti gli ostacoli alla libera circolazione e non soltanto l'eliminazione delle discriminazioni o delle misure protezionistiche"<sup>148</sup>. Ma la sentenza *Dassonville*

---

<sup>144</sup> Per una ricostruzione della vicenda si rimanda ai contributi di L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, pp. 64 e s., di G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, pp. 362 e s., di A. LANG, "Art. 28 TCE", in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, pp. 155 e ss.

<sup>145</sup> Come rileva Maduro, la Corte di Giustizia, nel caso *Dassonville*, non operò alcuna distinzione tra il concetto di "discriminatory and non-discriminatory measures" aventi un impatto sul commercio intracomunitario, ma aderì ad una interpretazione ampia della nozione di ostacolo agli scambi che riecheggiava, secondo l'autore, il concetto di "burden on trade" elaborato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti. Sul punto, in particolare, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European ...cit.*, pp. 50 e s.

<sup>146</sup> Sugli effetti potenziali e moderati si rimanda, rispettivamente, alle cause C- 124/85, sentenza del 16 dicembre 1986 e C- 103/84, sentenza del 16 dicembre 1986. I rimandi sono consultabili nel contributo di A. LANG, "Art. 28 TCE", in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, p. 155.

<sup>147</sup> Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 343. L'autore opera poi, uno stretto parallelismo con le relative disposizioni del GATT, tentandone un raffronto, *ibid.*, pp. 339 e ss.

<sup>148</sup> Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 316, il quale rileva che nel periodo eroico della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in materia, le pronunce della Corte erano condizionate da un elemento teleologico costante, costituito dal presupposto che nel mercato comune dovesse essere assicurata la libera circolazione delle merci e che ogni ostacolo a tale libera circolazione dovesse ricevere una valida ed obiettiva giustificazione,



andò oltre e intese colpire non solo quelle misure che disciplinavano l'accesso al mercato, ma anche quelle misure statali che ne sovrintendevano il funzionamento<sup>149</sup>. Ciò non significa che il ruolo regolatorio dell'economia, da parte dello Stato fu eliminato, tanto che lo Stato poteva ostendere una serie di motivazioni di carattere socio-economico che derogassero all'art. 34. In tal modo, le misure aventi un effetto equivalente ad una restrizione quantitativa sussunsevano al loro interno tutti quei provvedimenti statali non fiscali, concernenti l'accesso o la regolamentazione del mercato, sottoponendoli al *test* del criterio dell'ostacolo al commercio intracomunitario.

In un certo senso, ciò che venne compressa era l'autonomia degli Stati e non la loro libertà di scelta. In effetti il periodo istitutivo del mercato comune delle merci ben si compendia nel trittico degli artt. 34, 36 e l'art. 115 DEL TFUE (già artt. 30, 36 e 100 del TCE) che sintetizzano le dinamiche relazionali tra Stati e istituzioni comunitarie, alla costante ricerca di un punto di equilibrio e di congiunzione tra *ethos* liberale e *national social welfares*<sup>150</sup>. Una simile argomentazione rendeva l'ambito applicativo dell'art. 36 ristretto e limitato, confinando le fattispecie derogatorie all'art. 34 al rango di fattispecie eccezionali.

Il delicato *balancing* tra i due menzionati disposti ascriveva al Giudice comunitario il delicato ruolo di *arbiter* tra importanti scelte sociali (nazionali) e il valore del libero commercio (su scala comunitaria) che riportavano in auge la perenne dicotomia tra Stato e mercato che si tentava di ricomporre attraverso un ravvicinamento delle legislazioni<sup>151</sup>. Non costituiva certo un fattore trascurabile il fatto che l'art. 34, in misura maggiore dell'art. 30, avesse consentito una penetrazione nella roccaforte delle politiche pubbliche di cui ogni Stato membro era custode geloso<sup>152</sup>. Ciò non significa che la Corte abbia interpretato in modo radicalmente rigido il disposto dell'art. 34, anzi ne assicurò una applicazione rispondente alle dinamiche differenti e peculiari, emergenti dai singoli casi concreti da decidere. L'adesione ad un approccio eccessivamente rigido avrebbe rischiato di

---

prevista dal diritto comunitario e sottesa al controllo della Corte di Giustizia. Come rileva Weiler, i casi *Statistical Levy* e *Dassonville* stanno alla Costituzione materiale, come i casi *Van Gend & Loos* o *ERTA* stanno alla costituzione strutturale", *ibid.*, p. 317.

<sup>149</sup> Sul punto, si rimanda al contributo di S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato* ...cit., pp. 184 e ss.

<sup>150</sup> In effetti, nel corso degli anni Settanta, l'approccio ermeneutico della Corte di Giustizia fu pervaso da una ermeneutica liberale e liberoscambista che ricorda la Corte Suprema degli Stati Uniti dell'Ottocento che assecondava una mentalità incline a ritenere ogni ostacolo al libero commercio come illegittima.

<sup>151</sup> Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa* ...cit., p. 348. Michelle Egan, invece precisa, rammentando il pensiero di un autore quale Armstrong, che l'approccio elaborato dalla Corte di Giustizia può celare il rischio e il pericolo di un "*regulatory gaps*", dal momento che la bocciatura delle misure statali presuppone la necessaria adozione di regole uniformi a livello comunitario che siano in grado di assicurare la libera circolazione delle merci. L'armonizzazione presuppone la riconciliazione tra l'imperativo della regolazione e quello del libero commercio, ma la sua mancata attuazione potrebbe provocare un *deficit* regolatorio (l'autrice parla di *regulatory gaps*) che "*can affect the governance of the market*". Sul punto, si rimanda al contributo di M. EGAN, *Constructing a European Market*...cit., p. 94.

<sup>152</sup> Infatti, l'esperienza giurisprudenziale maturata nel corso di quella che Weiler definisce la Prima generazione nella costruzione dell'edificio comunitario, si caratterizza per una massiccia invalidazione di tutte quelle misure emanate da un'autorità pubblica che avessero un riflesso, anche indiretto o potenziale, sulle importazioni o sulle attività economiche che vi erano collegate. Sulla metafora delle generazioni si rimanda al contributo di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa* ...cit., p. 308.

esautorare e svuotare gli Stati membri della necessaria libertà di scelta e di azione in delicati settori, assolutamente insopprimibili<sup>153</sup>.

#### 5.5.1. Ulteriori fattispecie applicative dell'art. 34 del Trattato di Roma

Nel novero delle misure aventi un effetto equivalente alle restrizioni quantitative non si può non avere riguardo alle misure distintamente applicabili o formalmente discriminatorie che gravano ed incidono sui soli prodotti importati, a differenza delle misure indistintamente applicabili che gravano su qualsiasi tipo di merce si trovi nel territorio dello Stato. Inizialmente, la Corte di Giustizia si occupò delle sole misure distintamente applicabili, per le quali il profilo di illegittimità era di immediata evidenza. Basti pensare alle misure che subordinavano l'importazione di una merce al rilascio di un'apposita licenza, come emerse nel caso *Cayrol* del 1977 o alle norme che sottoponevano la merce importata a controlli sanitari sistematici alle frontiere, come emerse nel caso *Denkavit Futtermittel* del 1979. Siffatte misure violavano il disposto dell'art. 28, anche quando l'effetto restrittivo sugli scambi risultava di minimo ammontare<sup>154</sup>. L'irrelevanza, ai fini di una esenzione dalla sfera dell'illegittimità, di una misura d'effetto equivalente di minima portata, è stata ribadita in plurime pronunce, fatta salva la possibilità di invocare le deroghe di cui all'art. 34 del Trattato<sup>155</sup>.

Degne di nota sono quelle misure che indirizzano le importazioni verso dati operatori economici, in principio designati dalle imprese produttrici in regime di esclusiva o di distribuzione selettiva, che

---

<sup>153</sup> In tal modo, la Corte operò, in via pretoria, un delimitazione dei confini e degli spazi entro cui doveva dispiegarsi un processo di integrazione ancora in chiave negativa, imperniato sulla necessaria e graduale rimozione degli ostacoli frapposti alla libera circolazione delle merci. Degne di nota, nel caso *Dassonville*, furono le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Alberto Trabucchi che ha disegnato una nozione così ampia della misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa che si è rivelata nel tempo fondamentale per la realizzazione di una più compiuta libertà di circolazione delle merci, consentendo di smantellare progressivamente la miriade di provvedimenti e di pratiche nazionali, spesso poco trasparenti, che ostacolavano la creazione di un mercato comune. Nelle conclusioni rassegnate da Trabucchi emerge il chiaro intento di rafforzare i meccanismi di controllo comunitari sull'azione statale, al fine di garantire una sempre maggiore tutela della libera circolazione delle merci, in un mercato in attesa di consolidamento. Sul punto, si veda l'interessante commento sulla personalità e sul ruolo di Trabucchi alla Corte di Giustizia, operato nel saggio di P. GORI, "Quindici anni insieme ad Alberto Trabucchi alla Corte di Giustizia della C.E.", in *Contratto e Impresa/Europa* (a cura di R. Bin e F. Galgano), No. 1, (Gennaio-Giugno 2008), p. 31.

<sup>154</sup> Vi rientrano la presentazione di un documento, rilasciato dall'amministrazione, che produce un effetto dissuasivo, lesivo della libera circolazione delle merci; l'imposizione di una garanzia bancaria o di una cauzione per le importazioni da Stati membri che richiedano pagamenti anticipati; ritardi frequenti nel completamento di pratiche amministrative; il controllo tecnico per le autovetture importate e già munite di certificato di garanzia riconosciuto dal Paese importatore; l'autorizzazione preventiva prevista per l'importazione di alimenti animali; l'obbligo di esibire la licenza di importazione per i prodotti provenienti da Paesi terzi, ma in libera pratica nel territorio della Comunità; le norme che consentono di utilizzare la dicitura prodotti di montagna ai soli prodotti nazionali, così come una disciplina statale che subordini il rimborso delle spese d'acquisto di prodotti sanitari al rilascio di una previa autorizzazione. Sul punto, anche per un rimando alla casistica giurisprudenziale, si rinvia al contributo di G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, p. 367.

<sup>155</sup> In particolare, causa *International Fruit C-51/71*, sentenza del 15 dicembre 1971 e causa *United Foods, C-132/80*, sentenza del 7 aprile 1981, sul punto vedasi il contributo di L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 66.

disincentivano o addirittura fanno divieto di importazioni parallele<sup>156</sup>. Rilevante a riguardo è il caso concernente alcune misure disposte dallo Stato italiano che aggravavano gli adempimenti e gli oneri di immatricolazione delle automobili importate non dagli importatori ufficiali, ma da importatori paralleli, liberi da impegni contrattuali con le case produttrici<sup>157</sup>. Le misure statali *de qua*, canalizzando le importazioni solo a favore di determinati operatori del mercato, ne estromettevano o rendevano più difficoltosa la partecipazione di altri e costituivano, pertanto, una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa vietata dall'art. 36 e derogabile solo in virtù del ricorrere delle ipotesi di cui all'art. 34.

Di diversa natura e in grado di sollevare maggiori dubbi in sede applicativa, si presentano le misure indistintamente applicabili che, seppure risultino di eguale applicazione nei confronti dei prodotti importati e di quelli nazionali, hanno l'effetto di ridurre le importazioni.

Una delle più ricorrenti forme di attuazione delle misure indistintamente applicabili si realizza attraverso la disciplina ed il controllo dei prezzi. Tali provvedimenti sono di frequente utilizzo, soprattutto nei periodi di elevata inflazione e sono indistintamente applicabili sia ai prodotti importati che a quelli nazionali. La loro equanime applicazione nei confronti dei prodotti, senza discriminarli in ragione della provenienza, ha indotto la Corte di Giustizia a reputarli non confliggenti con il dettato dell'art. 34 del Trattato.<sup>158</sup> Il problema si paventa nel momento in cui i prezzi siano fissati autoritativamente ad un livello tale da sfavorire la commercializzazione dei prodotti importati a favore di quelli nazionali. Si possono verificare plurime fattispecie applicative, basti pensare alla fissazione di un prezzo minimo ad un livello tale che il prodotto importato non riesca a sfruttare costi inferiori di produzione e a farne beneficiare il consumatore<sup>159</sup>. Ma si può anche verificare la fattispecie opposta, ossia che lo Stato decida di imporre dei prezzi massimi o un

---

<sup>156</sup> Come rileva Tesauro, per quanto la nozione di importazione parallela sia intrisa di un alone di illegittimità, la realizzazione di tale tipo di importazione è ritenuta una delle più compiute realizzazioni del mercato comune delle merci e di un sistema economico imperniato ai principi della libera concorrenza tra imprese. L'importazione e la distribuzione parallela consentono, del resto, di mantenere un diversificato regime dei prezzi che dovrebbe risolversi a vantaggio del consumatore.

<sup>157</sup> Causa *Commissione c. Italia*, C- 154/85, sentenza del 17 giugno 1987.

<sup>158</sup> Una prima valutazione della materia era stata condotta dalla citata Direttiva 50/70 della Commissione, all'art. 3, lett. *b, c, d, e ed f*, in materia di imposizione di prezzi meno vantaggiosi per i prodotti importati rispetto a quelli nazionali, di fissazione degli utili commerciali e di altri elementi del prezzo con ricadute discriminatorie sui prodotti interni e quelli importati, di divieto di maggiore dei prezzi dei prodotti importati che abbiano dovuto subire il peso di taluni adempimenti procedurali, di fissazione del prezzo al livello di costo, di deprezzamento del prodotto importato o di apprezzamento del medesimo.

<sup>159</sup> Un simile assunto è ribadito nella sentenza *Van Tiggele*, C- 82/77, sentenza del 24 gennaio 1978, in cui la Corte precisò che: "*Qualora il livello dei prezzi sia tale da svantaggiare i prodotti importati rispetto ai prodotti nazionali corrispondenti, in quanto esse non possono essere smerciati con profitto nelle condizioni stabilite oppure perché il vantaggio concorrenziale risultante da costi di produzione inferiori (dei prodotti importati rispetto a quelli nazionali) ne risulterebbe neutralizzato*", la pratica risulta illegittima. L'assunto pretorio sarà riconfermato nella vicenda *Cullet*, C- 231/83, sentenza del 29 gennaio 1985. Sul punto, in particolare, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 67.

blocco dei prezzi che potrebbe rendere il prodotto importato fuori mercato<sup>160</sup>. L'apparente innocuità della misura ne esclude l'illegittimità se la si considera da un punto limitato all'analisi degli effetti discriminatori diretti che in verità non è in grado di cagionare. In effetti, le misure statali in materia di prezzi producono un potenziale effetto negativo sugli scambi, non di per sé, ma perché sfavoriscono i prodotti importati, trattandoli alla stessa stregua di quelli nazionali, nonostante i primi si trovino in situazioni diverse e, a differenza dei prodotti interni, debbano affrontare costi di trasporto e di altro genere. Come afferma Daniele si tratterebbe di una fattispecie di discriminazione materiale piuttosto che formale, indirettamente incidente sul volume degli scambi commerciali<sup>161</sup>.

La Corte non ha, poi, escluso dalla sfera di applicazione del divieto di cui all'art. 34 del Trattato quei metodi di fissazione dei prezzi che, da un lato, hanno l'espreso intento di favorire l'industria e la ricerca nazionali, in virtù di considerazioni degli elementi dei costi che danneggiano i prodotti importati e dall'altro, non considerano oneri e spese inerenti l'importazione, che contribuiscono alla formazione del prezzo<sup>162</sup>.

Una ulteriore fattispecie applicativa delle misure indistintamente applicabili è costituita dai provvedimenti interni inerenti la qualità e le modalità di presentazione di una merce, i criteri di fabbricazione, di composizione, di imballaggio, di confezionamento, etichettatura e di denominazione dei prodotti industriali e agro-alimentari che possono costituire ostacoli tecnici agli scambi. Trattandosi, di norma, di misure indistintamente applicabili se ne presume la incondizionata applicazione sia a favore dei prodotti nazionali sia di quelli importati. Risulta, altresì, evidente che il prodotto importato e realizzato secondo i criteri dello Stato di produzione, debba comunque adeguarsi agli *standards* previsti nel territorio dello Stato in cui dovrà essere commercializzato. Inizialmente, si tentò di comprendere se le misure nazionali rientrassero nella nozione di misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa. Vigeva l'orientamento secondo cui, in

---

<sup>160</sup> Basti rammentare, a riguardo, le vicende *Sadam*, C- 88/75, sentenza del 26 febbraio 1976, la vicenda *Buys*, C- 5/79, sentenza del 18 ottobre 1979, la vicenda *Danis*, C- 16/79, sentenza del 6 novembre 1979 (inerente il blocco dei prezzi) ed, infine, quella più citata, la causa *Tasca*, C- 65/75, sentenza del 26 febbraio 1976. In quest'ultima vicenda, la Corte statui che: "*Qualora il prezzo sia stabilito ad un livello talmente basso che – tenuto conto della situazione dei prodotti importati rispetto a quella dei prodotti nazionali – gli operatori, i quali intendano importare i prodotti di cui trattasi nello Stato membro considerato, possono farlo solo in perdita*". Per una rassegna dei casi si rimanda ai contributi di L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo* ...cit., p. 67, di G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., p. 369 e di A. LANG, "Art. 28 TCE", in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, p. 157.

<sup>161</sup> In particolare, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo* ...cit., p. 68. In tali casi, le misure statali volte alla fissazione dei prezzi massimi e minimi di vendita o impositive di un blocco dei prezzi, per quanto siano indistintamente applicabili ai prodotti nazionali e importati, producono una discriminazione indiretta sul mercato tra i medesimi che ostacola la libera circolazione delle merci ed integra gli estremi di una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, in violazione dell'art. 34. Talvolta è proprio l'indistinta applicabilità che produce l'effetto discriminatorio, poiché non tiene in debita considerazione la diversa provenienza delle merci ed il difforme *iter* di circolazione. Analogamente, risulta illegittimo un regime differenziato dei prezzi delle merci nazionali e di quelle importate che sfavorisca la vendita di queste ultime. Causa, *Nederlandse Bakkerij*, C- 80 e 159/85, sentenza del 13 novembre 1986.

<sup>162</sup> Causa *Commissione c. Italia*, C- 56/87, sentenza del 13 novembre 1986.

manca di apposite norme comunitarie, gli Stati membri potessero emanare norme tecniche valide sul territorio nazionale e che ogni ostacolo derivante dalle difformità delle legislazioni nazionali dovessero essere eliminate in virtù delle direttive di ravvicinamento previste dall'art. 94 del Trattato<sup>163</sup>.

Il dubbio fu acclarato nella decisione sul caso *Cassis de Dijon* del 1978, avente ad oggetto l'importazione in Germania di un liquore francese, meglio noto come *Cassis de Dijon*<sup>164</sup>. La Corte di Giustizia affermò che “*in mancanza di una normativa comune in materia di produzione e di commercio dell'alcool, ... spetta agli Stati membri disciplinare ciascuno, nel proprio territorio, tutto ciò che riguarda la produzione e il commercio dell'alcool e delle bevande alcoliche ... gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori*”. La Corte, dunque, ritenne che la normativa di uno Stato membro riguardante i requisiti tecnici che un prodotto dovesse possedere, potesse trovare applicazione anche nei confronti dei prodotti realizzati ed importati da altri Stati membri purché suffragata da esigenze imperative di ordine generale, altrimenti si risolveva in una misura avente un effetto equivalente ad una restrizione quantitativa<sup>165</sup>. Le esigenze imperative che lo Stato aveva il dovere di evocare per giustificare gli ostacoli alla libera circolazione delle merci, dovevano essere specificamente individuate e doveva essere dimostrata la presenza di altre condizioni. Innanzitutto, la normativa nazionale doveva risultare indistintamente applicabile sia nei confronti dei prodotti

---

<sup>163</sup> Nel caso *Commissione c. Italia*, C- 51/83, sentenza dell'11 luglio 1984, furono ritenute illegittime le disposizioni nazionali italiane che non consentivano la produzione e la vendita di prodotti alimentari con un contenuto di gelatina superiore a certi valori, differentemente dagli altri Stati membri ove era ammessa una soglia maggiore.

<sup>164</sup> Il giudice tedesco adito era stato chiamato a valutare la compatibilità, con l'art. 34, di una normativa statale inerente le bevande alcoliche e che fissava un contenuto alcolico minimo sia per i prodotti nazionali che per quelli importati, ai fini della loro commercializzazione. Il liquore francese aveva un tasso alcolico compreso tra il 15 ed il 20 per cento, mentre la legge tedesca richiedeva la presenza di un contenuto alcolico pari al 32 per cento per le bevande alcoliche ed il 25 per cento per i liquori simili al *Cassis*. Causa *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78, sentenza del 20 febbraio 1979. In modo simile la Corte si esprime anche sul caso *Miro*, C- 182/84, sentenza del 26 novembre 1985. Per un raffronto dei due casi e sulla loro sottile linea di continuità, si rimanda al contributo di G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, pp. 373 e s., di J. SNELL, *Goods and Services in EC Law ...cit.*, pp. 55 e s. e di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, pp. 648 e ss.

<sup>165</sup> Come rileva Maduro: “*The Cassis de Dijon case law marked a phase in which the Court and the market became more important in the push for integration and harmonisation, and in changing the institutional balance of the European Economic Constitution*”, ciò involgeva importanti considerazioni sul livello di regolazione del mercato comune. Sul punto, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European ...cit.*, p. 107. Anche, K. ARMSTRONG, S. BULMER, *The Governance of the Single European Market*, New York, 1998, p. 57, i quali ritengono, da un punto di vista politologico, che la sentenza sul caso *Cassis de Dijon*, definita una *cause célèbre*, e la dottrina del mutuo riconoscimento con le relative conseguenze, abbiano rappresentato “*a regulatory strategy for market integration*”. Di rilievo, sono anche le considerazioni di G. MARKS, L. HOOGHE, K. BLANK, “*European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multilevel Governance*”, in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 34, No. 3, (Sept. 1996), pp. 370 e s.

nazionali che di quelli importati; in secondo luogo non dovevano sussistere disposizioni comunitarie, in materia, ed, infine, la normativa nazionale doveva essere necessaria per la realizzazione dello scopo che si intendeva perseguire e non vi dovevano essere altri strumenti per poter raggiungere la medesima finalità<sup>166</sup>.

La disciplina nazionale doveva, quindi, possedere il requisito della congruità e della proporzionalità rispetto al fine perseguito, garantendo un equilibrio tra il mezzo apprestato ed il fine perseguito<sup>167</sup>.

Alla luce di tali argomentazioni, lo Stato membro doveva valutare se la normativa tecnica, cui il prodotto importato era stato già sottoposto nello Stato di produzione del bene, non offriva garanzie pari o equivalenti a quelle introdotte dalla normativa dello Stato di importazione. Qualora le due normative fossero munite di una forza deterrente equivalente od analoga, lo Stato importatore non avrebbe potuto imporre il rispetto anche della propria normativa. In tale ambito si paventava un obbligo di mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali desumibile dall'art. 28 del Trattato secondo cui i singoli Stati membri d'importazione hanno il dovere di non pretendere il rispetto della propria normativa interna, qualora quella applicata nello Stato di produzione abbia un contenuto ed un risultato equivalente. Basti rammentare a riguardo le conclusioni cui pervenne la Commissione in una Comunicazione del 3 ottobre del 1980 sulle conseguenze della sentenza *Cassis de Dijon*.

La Commissione riconobbe che la sentenza sul caso *Cassis*, confermata in una pronuncia di poco successiva, offriva un orientamento interpretativo che ascriveva alla Commissione il potere di esercitare un controllo più severo sull'applicazione delle regole del Trattato sulla libera circolazione delle merci. La Commissione ribadì il valore della necessità e della congruità della misura tecnica apprestata rispetto alla finalità perseguita. In un passaggio rilevante della Comunicazione, la Commissione precisò che, in mancanza di una disciplina di armonizzazione di respiro comunitario, gli Stati membri, al momento dell'adozione della normativa commerciale o tecnica, “*non possono collocarsi in una prospettiva esclusivamente nazionale e tenere conto delle sole esigenze della produzione nazionale*”, ma devono vagliare anche le esigenze legittime degli altri Stati membri, perché questa è la logica comportamentale che sta alla base del “*buon funzionamento del mercato comune*”<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Come rileva Michelle Egan, la formula *Cassis*, applicata alle singole fattispecie concrete di ostensione delle esigenze imperative, incarnò una sorta di *rule of reason* delle normative statali che risultava assimilabile al *balancing standard*, teorizzato dagli studiosi statunitensi in materia di *interstate commerce clause*, in base al quale la legislazione statale era valida, qualora la regolazione dello Stato fosse stata correlata al perseguimento di un legittimo fine statale e il *regulatory burden* sul commercio interstatale e i relativi effetti discriminatori che ne sarebbero scaturiti, rispondevano ad un interesse preminente e predominante dello Stato. Sul punto, M. EGAN, *Constructing a European Market...cit.*, p. 97. Sul punto, si vedano anche le considerazioni di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, pp. 358 e ss. e di J. SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms*, New York, 2002, p. 55 e s.

<sup>167</sup> Sul punto, in particolare, M. EGAN, *Constructing a European Market...cit.*, pp. 97 e s.

<sup>168</sup> La Commissione, al fine di evitare che la locuzione delle esigenze imperative divenisse una formula ad ampio spettro manipolabile da parte degli Stati, e che si trasformasse in un pericoloso strumento di elusione dell'art. 34, elencò

Non è mancata dottrina che abbia contestato il ricorso al termine di mutuo riconoscimento, preferendo utilizzare la locuzione di parallelismo funzionale<sup>169</sup>. La dottrina delle esigenze imperative consentiva agli Stati membri di giustificare anche regolamentazioni non aventi natura economica e non contemplate nelle fattispecie derogatorie dell'art. 36 del Trattato<sup>170</sup>. In tal modo, era possibile invocare la lealtà delle transazioni commerciali, la salute pubblica e la politica culturale ed altre esigenze correlate agli "stili di vita nazionali", al fine di giustificare normative che introducevano ostacoli tecnici agli scambi e derogare ad una regola comunitaria fondamentale, quale quella inerente la libera circolazione delle merci. La dottrina del parallelismo funzionale, invece, si poneva quale correttivo implicito della dottrina delle esigenze imperative poiché, nel restringere il potere degli Stati membri di pretendere il rispetto della normativa tecnica nazionale, ha sortito l'effetto collaterale e congiunto di limitare la necessità di ricorrere alle direttive di ravvicinamento delle legislazioni ai sensi dell'art. 115 del TFUE (già art. 94 del TCE)<sup>171</sup>.

Alla luce dei parametri interpretativi emersi nel caso *Cassis*, fu possibile invalidare una serie di leggi nazionali di cui lo Stato membro pretendeva il rispetto e che furono considerate lesive dell'art. 34 del Trattato in quanto ostacoli ingiustificati, non necessari ed eccessivi per gli scambi intracomunitari di merci, tali da integrare gli estremi di una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa<sup>172</sup>. Ma non sono mancati neppure i casi in cui l'ostensione, da parte di uno Stato membro, di una esigenza imperativa a sostegno di un ostacolo tecnico agli scambi abbia costituito un provvedimento valido e giustificato come accadrà, soprattutto, negli anni Novanta. Il

---

quali erano i criteri ed i casi in cui ricorrevano tali esigenze, ossia, la necessità, l'appropriatezza e la non eccessività della normativa tecnica al fine di soddisfare scopi quali la tutela della sanità pubblica, del consumatore, dell'ambiente e della correttezza delle transazioni commerciali; la finalità assolutamente generale della misura approntata, tale da ascrivere carattere imperativo, l'adeguatezza del mezzo utilizzato, la sua bassissima nocività, quali garanzie essenziali della congruità della misura rispetto al fine. Per un commento dettagliato, si rimanda al contributo di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, pp. 668 e ss. e di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 365.

<sup>169</sup> In particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 351, il quale criticamente afferma che la dottrina del mutuo riconoscimento o parallelismo funzionale costituì un importante passo in avanti sotto il profilo intellettuale, ma si rivelò per il mercato completamente fallimentare, *ibid.*, p. 361.

<sup>170</sup> Sulle dinamiche relazionali presenti tra l'art. 36 e le esigenze imperative si rimanda al contributo di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, pp. 659 e ss.

<sup>171</sup> In simili casi la difformità delle normative tecniche nazionali non costituiva un ostacolo alla libera circolazione delle merci, tali da richiederne una eliminazione. Come rileva Weiler, "la necessaria armonizzazione era assai meno urgente se le merci che rispetta(va)no gli standard tecnici richiesti da parte di uno Stato membro avessero potuto essere liberamente commercializzate in un altro Stato membro, perché gli standard del primo Stato avrebbero rappresentato l'«equivalente funzionale» di quelli adottati dal secondo". Sul punto, in particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 351.

<sup>172</sup> Basti rammentare i casi *Gilli*, C- 788/79, sentenza del 26 giugno 1980, in cui la Corte dichiarò in contrasto con l'art. 34, una normativa italiana che riservava la denominazione di aceto, al solo aceto di vino e non anche a quelli di diversa origine provenienti da altri Stati membri; *Fietje*, C- 27/80, sentenza del 16 dicembre 1980, in cui fu dichiarata illegittima una legge olandese, la quale imponeva che le etichette delle bevande importate fossero scritte in lingua olandese; *Rau*, C- 261/81, sentenza del 10 novembre 1982, che colpì una legge belga che prescriveva la vendita della margarina in confezioni di forma cubica; *Commissione c. Germania*, C- 178/84, sentenza del 12 marzo 1987, che dichiarò illegittima una legge tedesca che impediva l'importazione di birra non corrispondente alla composizione tradizionale presente nella birra tedesca. I casi sono elencati nel contributo di L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 71.

diverso decidere del Giudice comunitario riflette, del resto, la difformità dei casi concreti e delle motivazioni addotte a suffragio di una normativa tecnica di ostacolo agli scambi, ponendo la Corte, ancora una volta il posizione di *arbiter* tra le esigenze del libero mercato e le esigenze imperative degli Stati membri. La Corte di Giustizia fu collocata “*istituzionalmente al centro di dilemmi politici ...arbitro di delicate scelte sociali, volte a riconciliare le esigenze del mercato con quelle concorrenti, perseguite dalle politiche sociali nazionali*”<sup>173</sup>.

Non costituisce un fattore trascurabile il fatto che la nozione di ostacolo tecnico agli scambi debba essere distinta dalla nozione di ostacolo commerciale. Indubbiamente, questi ultimi sono riconducibili a quei provvedimenti ed a quelle misure nazionali relative alle modalità di commercializzazione ed, in generale, di vendita dei prodotti. A differenza delle norme tecniche, quelle commerciali non riguardano il prodotto in sé e per sé considerato, bensì le modalità con le quali può essere immesso nel circuito commerciale. Basti rammentare il caso *Oebel* del 1983<sup>174</sup> in cui la Corte di Giustizia sostenne la legittimità di una misura nazionale che vietava la lavorazione e la distribuzione del pane in determinate ore, non considerandola una misura avente un effetto equivalente ad una restrizione quantitativa. Le argomentazioni della Corte erano riconducibili alla considerazione secondo cui la materia sociale e la disciplina dei rapporti di lavoro, in particolare sotto il profilo dell'orario di lavoro in settori determinati, rientravano nelle funzioni proprie dei singoli Stati, i quali hanno il dovere di proteggere le classi lavoratrici e perseguivano un legittimo obiettivo socio-economico<sup>175</sup>.

A riguardo, di ampio rilievo, fu il caso *Cinéthèque* del 1985 in cui la Corte di Giustizia fu chiamata a valutare la compatibilità con il mercato comune di una legge francese che disciplinava le modalità di distribuzione sul mercato di opera cinematografiche registrate su videocassetta<sup>176</sup>. La Corte di

---

<sup>173</sup> Sul punto, in particolare, S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato ...cit.*, pp. 188 e s. L'autore evidenzia come il sindacato condotto dal Giudice comunitario coinvolge il merito della scelta compiuta dal legislatore nazionale, informando il *test* del bilanciamento su di una rigorosa e, altresì, discrezionale analisi dei costi economici e dei benefici sociali della misura contestata, secondo un criterio di *strict scrutiny*, *ibid.*, p. 191.

<sup>174</sup> Caso *Summary Proceedings v. Sergius Oebel*, C-155/80, sentenza del 14 luglio 1981.

<sup>175</sup> Per una lettura critica della sentenza si rimanda al contributo di M. EGAN, *Constructing a European Market ...cit.*, pp. 101 e s. Anche Weiler evidenzia come la misura nazionale che vietava il lavoro nelle panetterie e nelle pasticcerie prima delle quattro del mattino, costituisse una legittima scelta di politica economica e sociale, conformemente agli obiettivi di interesse generale perseguiti dal Trattato, senza alcuna ricaduta negativa sul commercio e sul flusso delle esportazioni. Sul punto, si rimanda a J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 367.

<sup>176</sup> In particolare, la legge statale ed il suo decreto attuativo imponevano che dovesse trascorrere almeno un anno dalla data dell'ultima proiezione al pubblico in una sala cinematografica, prima che il medesimo prodotto potesse essere venduto al pubblico o essere da esso noleggiato, su supporti visivi o videocassette. Nel caso di specie, la società inglese Glinwood aveva concesso, ad una società francese, il diritto di utilizzazione e di distribuzione esclusiva della pellicola “*Furyo*”, a partire dal mese di giugno, nelle varie sale cinematografiche francesi. Aveva, altresì, concesso alla società Cinéthèque la licenza esclusiva di distribuzione e di fabbricazione del medesimo prodotto cinematografico su videocassetta, a partire dal mese di ottobre dello stesso anno. La società Cinéthèque aveva pagato i relativi diritti ed aveva iniziato la distribuzione del prodotto su videocassetta, a partire dal mese di ottobre, anteriormente al decorso del termine di un anno previsto dalla legge francese. Caso *Cinéthèque SA v. Fédération Nationale Des Cinémas Français*, cause riunite C-60 e C-61/84, sentenza dell'11 luglio 1985. Per un commento si rimanda al contributo di J. SNELL, *Goods and Services in EC Law ...cit.*, pp. 66 e s. e di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, pp. 343 e s.



Giustizia nel valutare, nel merito, la causa, sostenne che non si paventava una duplice violazione delle disposizioni sulla libera circolazione delle merci e sulla libera prestazione dei servizi come avevano sostenuto i ricorrenti, ma che l'unico disposto invocabile era costituito dall'art. 34. In particolare, il Giudice comunitario non ravvisò nella normativa francese una restrizione alla libera circolazione delle merci in territorio francese, poiché le misure interne, disciplinanti le modalità di distribuzione commerciale dei prodotti cinematografici, avevano il solo fine di garantire che, per un arco di tempo limitato un prodotto protetto da *copyright* fosse soggetto alla sola proiezione cinematografica e solo successivamente alla vendita in videocassetta.

La Corte concluse che: *“Il divieto di utilizzazione stabilito da tale regime è compatibile col principio della libera circolazione delle merci sancito dal Trattato solo purché gli eventuali ostacoli derivantini per gli scambi intracomunitari non vadano al di là di quanto necessario per garantire il raggiungimento dello scopo perseguito e purché questo sia legittimo per il diritto comunitario”*<sup>177</sup>. Un ulteriore aspetto di rilievo della vicenda concerne il passaggio finale della sentenza in cui la Corte nel pronunciarsi sull'eventuale configurabilità di una violazione della libertà di espressione protetto dalla CEDU, da parte della legge francese, conclude che *“anche se la Corte ha il compito di garantire il rispetto dei diritti fondamentali nel settore specifico del diritto comunitario, non le spetta tuttavia esaminare la compatibilità con la Convenzione europea, di una legge nazionale riguardante, come nel caso di specie, una materia di competenza del legislatore nazionale”*. La Corte di Giustizia sembrò operare un *distinguishing* molto importante delle materie rientranti nel proprio riparto competenziale e di quelle che, invece, rientravano nella sfera della sovranità nazionale<sup>178</sup>. In verità, oltre a questo aspetto, quello di maggior respiro concerne la metamorfosi dell'art. 34 in una sorta di *European economic due process clause* che consentiva di operare un delicato *balancing* tra l'intervento pubblico nell'economia e la tutela dei valori del libero mercato che riecheggiano i termini del dilemma liberale negli Stati Uniti, a cavallo dell'Ottocento e

---

<sup>177</sup> Infatti, il divieto di utilizzazione temporanea del prodotto cinematografico risulta compatibile con il dettato dell'art. 34, purché indistintamente applicabile al prodotto nazionale ed a quello importato. In particolare, si rimanda al contributo di M. EGAN, *Constructing a European Market...cit.*, p. 102. Ma anche di Maduro che rinviene nella sentenza, uno strumento che conferi alla Corte *“a leading role in defining the adequate regulatory level of the common market and transformed the Article 30 (oggi 34), in a potential «economic due process» clause reviewing the degree of public intervention in the market”*. Sul punto, in particolare, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European ...cit.*, p. 67.

<sup>178</sup> La precisazione appare in perfetta sintonia con le considerazioni fatte in esordio alla presente trattazione, in cui è stata evidenziata la mancanza, nel *corpus* normativo del Trattato, di un vero e proprio *Bill of Rights* ossia di un elenco specifico di diritti fondamentali suscettivi di giustiziabilità innanzi alla Corte di Giustizia. Il Giudice comunitario non si mostrò, peraltro, reticente alla materia dei diritti fondamentali, ma si dichiarò sempre sensibile ad assicurarne la protezione nell'ambito e nel settore specifico del diritto comunitario. Sul punto, in particolare, P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, p. 344, nonché P. RIDOLA, “Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»”, in *Quaderni Costituzionali*, a. XX, No. 1 (2000), pp. 24 e s. L'autore rileva come tale passaggio costituisca una zona d'ombra nella sentenza, poiché denota la volontà della Corte di non costituire la sede di una generale tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali.

del Novecento, fungendo, altresì, da criterio in base al quale valutare la ragionevolezza di un intervento pubblico nel mercato.

Ma non sono mancate le pronunce di segno opposto, in cui talune misure nazionali, inerenti la promozione, le modalità di vendita dei prodotti ed i relativi sistemi pubblicitari che costringevano il rivenditore a modificare le strategie commerciali, anche con ingenti costi, siano state dichiarate incompatibili con l'art. 34, anche se indistintamente applicabili, poiché considerate misure d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa alle importazioni<sup>179</sup>.

Di diversa natura si presentavano le misure d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa alle esportazioni, ai sensi dell'art. 35 del Trattato. Al di là della formulazione letterale quasi speculare, i due disposti hanno conosciuto una difforme modalità di applicazione. Innanzitutto, la Corte di Giustizia ha aderito ad una interpretazione del disposto più restrittiva rispetto a quella di cui all'art. 34. Infatti, per poter rientrare nella sfera applicativa dell'art. 35, una misura non deve avere soltanto un effetto restrittivo sugli scambi commerciali ed ostacolare le esportazioni, ma nello stesso tempo deve presentare un carattere formalmente discriminatorio, ossia deve applicarsi in modo specifico nei confronti dei soli prodotti destinati all'esportazione, non anche di quelli destinati al mercato interno. Figura tipica di restrizione all'esportazione è quella costituita dalle leggi nazionali che subordinano l'esportazione al rilascio di una licenza o di un certificato di conformità che restringendo specificamente le correnti di esportazione, produce un effetto discriminatorio a favore dei prodotti e del mercato nazionale. Siffatti provvedimenti hanno un effetto dissuasivo o dilatorio del flusso delle esportazioni verso altri Stati membri e come tali ostacolano la libera circolazione delle merci<sup>180</sup>. La natura palesemente discriminatoria del provvedimento fa sì che vi rientrino solo le misure distintamente applicabili, non anche quelle indistintamente applicabili nonostante queste ultime possano essere idonee ad ostacolare le esportazioni.

L'adesione ad una nozione unilaterale di misura d'effetto equivalente è stata ribadita più volte dalla Corte la quale ha sancito che: *“L'art. 29 (oggi art. 35 TFUE) riguarda i provvedimenti nazionali che hanno per oggetto o per effetto di restringere specificamente le correnti d'esportazione e di costituire, in tal modo, una differenza di trattamento fra il commercio interno di uno Stato membro e il suo commercio d'esportazione, così da assicurare un vantaggio particolare alla produzione*

---

<sup>179</sup> Basti rammentare i casi *Oosthoek*, C-286/81, sentenza del 15 dicembre 1982, in cui fu dichiarata illegittima una misura nazionale che vietava la vendita con omaggio, e *Buet*, C-382/87, sentenza del 16 maggio 1989, in cui fu considerata lesiva dell'art. 34, una misura che vietava la vendita porta a porta di enciclopedie. Sul punto, si rimanda al contributo di M.P. MADURO, “Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights”, in *European Law Journal*, Vol. 3, No. 1, (March 1997), pp. 56 e ss.

<sup>180</sup> Basti rammentare la causa *International Fruit*, Cause riunite 51 e 54/71, sentenza del 15 dicembre 1971.

*nazionale o al mercato interno dello Stato interessato, a detrimento della produzione o del commercio di altri Stati membri”<sup>181</sup>.*

Le ragioni di tale *discrimen* applicativo, insinuatosi tra l’art. 34 e l’art. 35, rispondevano all’intento del Giudice comunitario di confinare la sfera applicativa dell’art. 35, alle sole misure nazionali effettivamente ed univocamente destinate a restringere le esportazioni e di non estenderla a quel complesso di adempimenti e di controlli applicati indistintamente ai prodotti esportati ed a quelli scambiati solo a livello nazionale.

In linea generale, si può asserire che le conclusioni cui era giunta la Corte nei casi *Oebel* e *Cinéthèque*, apparvero in contrasto con la giurisprudenza tradizionale, arrecando le prime significative fratture alla costruzione giuridica delineatasi in virtù della formula *Dassonville*<sup>182</sup>.

#### *5.6. La libera circolazione delle merci, le fattispecie derogatorie ed i loro limiti*

Di non scarso rilievo si presentano le fattispecie derogatorie al divieto di restrizioni quantitative o di misure d’effetto equivalente alle esportazioni ed alle importazioni previsto dall’art. 36.

Queste ultime sono elencate in modo espresso e tassativo e consentono di lasciare “*impregiudicati i divieti e le restrizioni all’importazione, all’esportazione ed al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale o di tutela della proprietà industriale e commerciale. Tuttavia, tali divieti o restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra Stati membri*”.

Il disposto contiene un elenco di esigenze interne di ordine e rilievo generale che giustificano una deroga al regime della libera circolazione delle merci. Si tratta di esigenze di *public policy* nazionale che prevalgono, seppur con i dovuti limiti, sui principi del libero mercato. Indubbiamente

---

<sup>181</sup> In particolare, sul punto, si rimanda alla vicenda *Groenveld*, C-15/79, sentenza dell’8 novembre 1979, concernente una legge olandese che vietava la produzione, anche per l’esportazione, di prodotti di salumeria contenenti carni equine. In tal caso, la Corte si è discostata dalle conclusioni dell’Avvocato Generale, il quale escludeva l’incompatibilità, con l’art. 35 del Trattato, di una misura che non importava una differenza di trattamento fra i prodotti destinati all’esportazione e quelli destinati al mercato interno. In modo analogo, la Corte si è espressa nel caso *Oebel*, C-155/80, sentenza del 14 luglio 1981, basti rammentare le conclusioni di Capotorti, e nella causa *Inter-Huiles*, C-172/82, sentenza del 10 marzo 1983. In tal modo, la normativa tecnica, vigente in uno Stato membro, nel caso in cui risulti indistintamente applicabile, non integra gli estremi di una misura d’effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all’esportazione, eccezion fatta per i prodotti ortofrutticoli soggetti ad organizzazioni comuni di mercato. A riguardo, basti rammentare i casi *Van Haster*, C-190/73, sentenza del 30 ottobre 1974, inerente la normativa nazionale che subordinava la possibilità di produrre ed esportare i bulbi di fiori al rilascio di un’apposita licenza e *Vriend*, C- 94/79, sentenza del 26 febbraio 1980, che definì illegittime le norme nazionali che riservavano la possibilità di esportare prodotti orto-frutticoli in altri Stati membri a favore di affiliati ad un ente incaricato dei controlli di qualità dei prodotti.

<sup>182</sup> Basti rammentare i rilievi critici condotti da J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell’Europa* ...cit., pp. 366 e s.

la *vis derogatoria* del disposto risulta suscettivo di una interpretazione restrittiva al fine di evitarne un utilizzo distorto ed abusivo che si presti a manipolazioni con intenti e risvolti protezionistici o discriminatori. Per tale ragione, la sfera di dominio riservato ai singoli Stati membri risente della previsione di specifici correttivi quali il divieto di discriminazioni arbitrarie e di restrizioni dissimulate. Più in particolare, non si è inteso riservare agli Stati una sfera di competenza esclusiva in determinate materie, ma solo consentire una deroga al regime della libera circolazione delle merci<sup>183</sup>.

Risulta alquanto pacifico il fatto che il dettato dell'art. 36 si riferisca agli Stati e perimetri la sfera applicativa e teleologica di quei provvedimenti statali destinati ad incidere sulla libera circolazione delle merci<sup>184</sup>. Le materie di interesse generale elencate nell'art. 36 costituiscono fattispecie derogatorie ai soli divieti di restrizioni e di misure d'effetto equivalente e non fungono da eventuale elemento di giustificazione di tasse aventi un effetto equivalente ad un dazio doganale. L'inesensibilità dell'elenco alle fattispecie di cui all'art. 36 rientra nella logica liberoscambista comunitaria che rispetta le esigenze e gli interessi generali di uno Stato membro, ma protegge pur sempre il fondamentale principio della libera circolazione delle merci, nella cornice di quel noto *embedded liberalism* che costituiva la soluzione compromissoria sulla quale poggiava l'originaria intuizione comunitaria<sup>185</sup>. La tassatività dell'elenco fornito dall'art. 36 non consente di ricomprendervi quelle misure aventi il fine di tutelare esigenze nazionali di carattere economico, come quelle destinate a sanare la bilancia dei pagamenti, per come ribadito in due differenti pronunce quali *Commissione c. Italia* del 1961 e *Duphar* del 1982, o volti a salvaguardare i consumatori, per come stabilito nelle sentenze *Commissione c. Irlanda* del 1981 e *Leclerc* del

---

<sup>183</sup> L'assunto è stato ribadito nella causa *Simmenthal S.p.A. c. Ministero delle finanze italiano*, C-35/76, sentenza del 15 dicembre 1976. Per un'analisi critica dell'art. 36, si rimanda al contributo di L. WOODS, *Free Movement of Goods and Services...cit.*, pp. 109 e ss., nonché P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, pp. 646 e ss.

<sup>184</sup> Ma, come emergerà dall'analisi di numerose pronunce in materia di proprietà industriale e commerciale, nonostante il Trattato non incida sull'esistenza dei diritti (di marchio e di brevetto) attribuiti con legge statale, risulta possibile che i divieti posti dal Trattato possano influenzare le modalità di esercizio di siffatti diritti. Come sottolinea Pescatore, in talune circostanze i divieti sulla libera circolazione delle merci rinvengono applicazione, non nei confronti della normativa dello Stato membro sulla proprietà industriale, bensì nei confronti del comportamento di quella impresa che esercita i poteri acquisiti in ragione ed in virtù della normativa nazionale. Sul punto, si rimanda all'analisi di P. PESCATORE, *Public and Private Aspects of European Communities Competition Law*, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 10, (1983), pp. 373 e ss.

<sup>185</sup> La Corte esclude espressamente l'estensibilità dell'art. 36 all'art. 30 del Trattato, nel caso citato *Bahuis*, C-46/76, sentenza del 25 gennaio 1977. Acuta dottrina rileva come l'art. 36, più che costituire una deroga nei confronti del dettato dell'art. 34, costituisca una norma di interpretazione dell'art. 34. Siffatto risultato è consentito da uno spostamento del fulcro dell'analisi dall'elenco delle deroghe, all'ultima parte del disposto che inerisce le restrizioni dissimulate agli scambi. Come afferma Marengo, "*in definitiva il criterio di compatibilità delle norme statali sulla proprietà industriale con le regole del Trattato relative alla libera circolazione finisce per essere la presenza o l'assenza di discriminazioni arbitrarie o di restrizioni dissimulate negli scambi*". Sul punto, in particolare, G. MARENCO, "Tutela della proprietà industriale e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza comunitaria", in *Foro Italiano*, Vol. CXIII, Parte IV (Cronache comunitarie a cura di A. Tizzano), 1990, pp. 149 e s.

1985<sup>186</sup>. Non costituisce un fattore trascurabile il tentativo di ampliare la portata delle fattispecie derogatorie, in chiave implicita e ricorrendo alla nota e più generica formula delle esigenze imperative.

La similitudine tra fattispecie derogatorie espresse ed esigenze imperative suggerisce degli accostamenti per quanto concerne gli effetti, ma sotto un profilo concettuale, le due figure paiono ben distinte. Infatti, l'art. 36 concerne tanto restrizioni quantitative, quanto misure d'effetto equivalente la cui contrarietà rispetto agli artt. 34 e 35 sia stata già accertata, mentre nella sentenza *Cassis*, inerente le esigenze imperative, si dibatteva della legittimità delle sole misure d'effetto equivalente costituite da normative tecniche indistintamente applicabili ai prodotti nazionali ed importati. Al di là dei profili di diversità che contraddistinguono le due fattispecie e la rispettiva sfera applicativa, è necessario che la misura apprestata sia assolutamente necessaria per il perseguimento di uno scopo di interesse generale. Nel caso in cui l'effetto restrittivo provocato non sia proporzionato agli interessi generali perseguiti o sussistono già esaustive disposizioni comunitarie che perseguono il medesimo scopo, si trascende dai limiti di applicazione dell'art. 30 ed il provvedimento risulta illegittimo<sup>187</sup>.

Un esame più dettagliato delle singole fattispecie derogatorie, elencate nell'art. 36 del Trattato, consente di perimetrarne ulteriormente la sfera di applicazione. Per quanto riguarda le esigenze di tutela della moralità pubblica, la Corte ha più volte riconosciuto la legittimità di talune misure nazionali che proibivano l'importazione di prodotti osceni che urtavano il comune senso del pudore, dal momento che è compito dello Stato disciplinare fenomeni commerciali che si scontrano con la "scala di valori" in auge in una data società<sup>188</sup>. In tal caso, non ricorrono esigenze di tutela della moralità pubblica, ma si dissimulano finalità restrittive del flusso commerciale interstatale.

---

<sup>186</sup> Cause *Commissione c. Italia*, C-7/61, sentenza del 19 dicembre 1961, *Duphar*, C-238/82, sentenza del 7 febbraio 1984, *Commissione c. Irlanda*, C-113/80, sentenza del 17 giugno 1981 e *Leclerc*, C-229/83, sentenza del 10 gennaio 1985. In merito al valore della pronuncia *Duphar*, che riservava una quasi assoluta competenza a favore dei singoli Stati membri nell'organizzazione finanziaria dei sistemi di sicurezza sociale e di protezione pubblica della salute, si rimanda al contributo di S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato* ...cit., p. 199.

<sup>187</sup> In particolare, la presenza di direttive comunitarie di armonizzazione della materia, consente l'introduzione di *standards* uniformi in ogni Stato membro che è tenuto ad adottare la direttiva. Una volta spirato il termine per la sua adozione, lo Stato non avrà più alcun diritto di ostendere una delle esigenze imperative previste dall'art. 36 del Trattato di Roma. Basti rammentare, a riguardo, i casi *Campus Oil*, C-72/83, sentenza del 10 luglio 1984, *Schloh*, C-50/85, sentenza del 12 giugno 1986, *Ratti*, C-148/78, sentenza del 5 aprile 1979 e *Van Bennekom*, C-227/82, sentenza del 30 novembre 1983. Il *test* della proporzionalità è ben evidente nel caso *Campus Oil* in cui la Corte precisò che occorreva accertare, in primo luogo, se la misura nazionale fosse giustificata con riguardo alle norme comunitarie in materia, se fosse possibile invocare la fattispecie derogatoria della tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza e se la misura apprestata fosse conforme al principio di proporzionalità. Nel caso di specie, si disquisiva della legittimità di un obbligo imposto, agli importatori di prodotti petroliferi, di rifornirsi in un Paese tributario, in larga parte di importazioni, presso una raffineria nazionale e fino ad una certa quota del fabbisogno e a prezzi prestabiliti, non essendovi la possibilità di praticare prezzi competitivi. La misura nazionale fu considerata misura d'effetto equivalente non sorretta da una delle fattispecie derogatorie dell'art. 36. Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., p. 385.

<sup>188</sup> Si tratta del caso *Conegate*, C-121/85, sentenza dell'11 marzo 1986.

Analogamente, la Corte di Giustizia sostenne che la previsione di maggiori oneri burocratici e pecuniari per l'immatricolazione di autovetture d'importazione parallela, rispetto a quelle importate dai distributori ufficiali, al fine di disincentivare traffici illeciti di autoveicoli, non era una misura proporzionata all'effetto che si cagionava in seno al mercato. Infatti, i traffici illeciti avrebbero potuto essere meglio colpiti con mezzi più efficaci e differenti da una mera restrizione alle importazioni<sup>189</sup>.

Ma una delle fattispecie derogatorie di maggior utilizzo è costituita dalle esigenze di tutela della salute, esibita in presenza di controlli di prodotti farmaceutici, medicinali, ma anche alimentari. Anche in tal caso, la mancanza di una armonizzazione normativa comunitaria, in materia, consente l'introduzione di differenziate discipline nazionali che devono, comunque, essere proporzionate rispetto al fine perseguito e realmente necessarie per proteggere la salute e la vita dei consumatori. Indubbiamente, lo Stato membro può subordinare la commercializzazione all'effettuazione di taluni controlli ed al rilascio di apposite autorizzazioni, ma non può esigere lo svolgimento di prove di laboratorio e di analisi che siano state già effettuate nello Stato membro di produzione, anche se la normativa comunitaria tace in materia<sup>190</sup>.

Soluzioni di particolare originalità sono state raggiunte in materia di protezione della proprietà industriale e commerciale. Il Giudice comunitario ne ha accolto una nozione alquanto ampia, includendovi i marchi di impresa e i diritti di brevetto per le invenzioni industriali, ma anche i diritti d'autore, i diritti di brevetto per i modelli industriali e i disegni ornamentali<sup>191</sup>. In merito al diritto di brevetto, la Corte ha precisato che l'oggetto specifico della proprietà industriale risiede nella possibilità di esercitare tale diritto in via esclusiva per la produzione e la prima messa in commercio di beni industriali, sia direttamente sia mediante concessioni di licenze a terzi nonché nella facoltà di opporsi ad eventuali contraffazioni. Il riconoscimento e la protezione di siffatto diritto risponde all'esigenza di salvaguardare e ricompensare lo sforzo creativo profuso nell'invenzione. Differentemente, il diritto di marchio concerne la tutela della proprietà commerciale ed ha il fine di garantire al titolare il diritto esclusivo di servirsi del marchio per la prima immissione sul mercato, al fine di non subire forme di concorrenza abusiva da parte di altri concorrenti che potrebbero danneggiare la posizione dell'impresa sul mercato e la reputazione del marchio stesso all'interno del settore di riferimento. Anche in tal caso, in mancanza di misure d'armonizzazione a livello

---

<sup>189</sup> Causa *Commissione c. Italia*, C-154/85, sentenza 17 giugno 1987.

<sup>190</sup> Un ambito molto frequente di ostensione di motivi di protezione della salute pubblica per limitare l'acquisto di taluni prodotti di altri Stati, è avvenuta, soprattutto, nel campo dell'importazione di prodotti alimentari contenenti additivi e conservanti, ammessi nello Stato di produzione, ma non anche in quello di importazione. La Corte di Giustizia, più volte, sostenne la legittimità di tali provvedimenti. Basti rammentare il caso *Kaasfabriek Eyssen*, C-53/80, sentenza del 5 febbraio 1981.

<sup>191</sup> Casi *Membran*, Cause riunite 55 e 57/80, sentenza del 20 gennaio 1981 e *Keurkoop c. Nancy Klean*, C-144/81, sentenza del 14 settembre 1982.

comunitario, i diritti di proprietà industriale e commerciale hanno una valenza ed un carattere territoriale. Il soggetto titolare di un diritto di proprietà industriale e commerciale ha il potere e la facoltà di sfruttarlo economicamente nell'ambito del circuito territoriale dello Stato membro la cui legislazione è attributiva del diritto in questione<sup>192</sup>.

A riguardo, il Giudice comunitario ha introdotto un sottile *discrimen* tra il momento di esercizio del diritto e quello inerente la sua titolarità. Infatti, nelle sentenze *Hoffmann-LaRoche* del 1978 ed in quella *Centrafarm* dello stesso anno<sup>193</sup>, la Corte ha precisato che: “*seppure il Trattato non influisca sull'esistenza di diritti attribuiti dalle leggi di uno Stato membro in fatto di proprietà industriale e commerciale, è possibile, in determinate circostanze, che i divieti sanciti dal Trattato influiscano sull'esercizio dei suddetti diritti*”<sup>194</sup>. La Corte, nell'argomentare le proprie conclusioni, precisò che la funzione essenziale del marchio è quella di garantire al consumatore o, all'utilizzatore finale del bene, la provenienza del prodotto contrassegnato, permettendogli di distinguere, senza alcuna possibilità di confusione, tale prodotto da quello avente una differente provenienza. Siffatta garanzia implica la certezza per il consumatore e l'utilizzatore finale che il prodotto acquistato sia quello originario e che non abbia subito delle alterazioni o manipolazioni nel corso della catena distributiva e senza il consenso del titolare del marchio. La materia appariva molto delicata, poiché nel campo farmaceutico ad essere tutelati non sono solo i diritti di marchio, ma anche la salute dei consumatori che utilizzano i farmaci e fanno legittimo affidamento su di un prodotto con marchio registrato. Nel caso di specie, la Corte argomentò che la condotta del titolare del marchio costituiva una restrizione dissimulata al commercio, avente il fine di isolare artificialmente i mercati nazionali<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> Rientrano tra le facoltà pretensive, esperibili dal titolare del diritto di esclusiva, la possibilità di opporsi all'importazione di prodotti provenienti da altri Stati membri, fabbricati, sfruttando abusivamente il procedimento brevettato o, in virtù di una contraffazione o manipolazione del marchio registrato. Anche se, come rileva Tesauro, il principio di territorialità è un principio esattamente agli antipodi rispetto all'idea di mercato comune. Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., p. 389.

<sup>193</sup> Cause *Hoffmann-LaRoche*, C-102/77, sentenza del 23 maggio 1975 e *Centrafarm c. American Home Products*, C-3/78, sentenza del 10 ottobre 1978, per un commento ed una previa ricostruzione, si rimanda ai contributi di M. MIGLIAZZA, “Art. 30 TCE”, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001, pp. 162 e ss., di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials* ...cit., pp. 1095 e s. e p. 1097. e di G. MARENCO, “Tutela della proprietà industriale e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza comunitaria”, in *Foro Italiano*, Vol. CXIII, Parte IV (Cronache comunitarie a cura di A. Tizzano), 1990, p. 139 e s.

<sup>194</sup> Ambedue le vicende riguardavano marchi apposti su prodotti farmaceutici. Nel primo caso, *Hoffmann-LaRoche*, titolare del marchio *Valium* in diversi Stati membri, tra i quali il Regno Unito e la Germania, si opponeva a che *Centrafarm* importasse in Germania il prodotto *Valium*, dopo averlo acquistato in Regno Unito, ove era commercializzato a prezzi più bassi, e averlo riconfezionato in modo conforme al tipo di confezione venduta sul mercato tedesco con il marchio *Valium*. La Corte fu chiamata a decidere se il comportamento della *Hoffmann-LaRoche*, rientrasse tra le forme di legittimo esercizio del diritto di marchio a favore del quale è invocabile l'art. 36 del Trattato.

<sup>195</sup> Marenco ricorda il passaggio della sentenza in cui il Giudice comunitario ribadisce che il titolare del diritto di marchio può solo esigere di essere preventivamente informato del riconfezionamento e che l'indicazione di tale operazione figuri sull'imballaggio. Sul punto, in particolare, G. MARENCO, “Tutela della proprietà industriale e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza comunitaria”, in *Foro Italiano*, Vol. CXIII, Parte IV (Cronache comunitarie a cura di A. Tizzano), 1990, p. 140. L'autore richiama alla memoria un caso analogo, quale la vicenda *Allen&Hanbury c. Generics*, C-434/85.

Analogamente, la Corte argomentò nella causa *Keurkoop* del 1982 in cui precisò che “*il contemperamento delle esigenze della libera circolazione delle merci con il rispetto dovuto ai diritti di proprietà industriale e commerciale va realizzato in modo da tutelare il legittimo esercizio dei diritti attribuiti dagli ordinamenti nazionali, rifiutando, invece, la tutela di ogni abuso di tali diritti, atto a conservare o a creare artificiali suddivisioni nell’ambito del mercato comune*”. In tal senso, la Corte intendeva operare un *discrimen* tra legittimo ed abusivo esercizio del diritto di proprietà industriale e commerciale, facendo leva sul concetto di oggetto specifico e di funzione essenziale detenuti da tale diritto che fungevano da linea di confine, oltrepassata la quale, l’esercizio del diritto diveniva abusivo<sup>196</sup>.

In merito al principio di esaurimento comunitario del diritto, questo implica che il titolare di un diritto di proprietà industriale non possa opporsi alla successiva importazione e commercializzazione di prodotti che siano stati messi in commercio nello Stato di esportazione dal medesimo titolare o da soggetto a lui legato da vincoli di dipendenza economica o giuridica<sup>197</sup>. L’intento è quello di evitare la creazione di diritti paralleli da parte del titolare del diritto (d’autore, di brevetto o di marchio), avente il fine di operare la segmentazione e la compartimentazione dei mercati e di impedire, od ostacolare, la libera circolazione delle merci<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> Per una disamina della vicenda *Keurkoop c. Nancy Klean*, C-144/81, sentenza del 14 settembre 1982, si rimanda al contributo di G. MARENCO, *Tutela della proprietà industriale e libera circolazione delle merci ... cit.*, pp. 143 e s.

<sup>197</sup> La nozione di esaurimento comunitario era stata già elaborata dalla dottrina nella seconda metà degli anni '60. Waelbroeck, Koch/Froschmaler e Alexander misero in evidenza, come confliggesse con il mercato comune, la possibilità che il titolare di diritti paralleli di marchio o di brevetto, in diversi Stati membri, potesse, profittando della territorialità di tali diritti, moltiplicare il proprio potere di esclusiva, compartimentando il mercato comunitario e menomando la libertà di mercato e di azione nel mercato dell’importatore parallelo. Il diritto tedesco considera esaurito il diritto di esclusiva solo con la prima vendita sul territorio nazionale (esaurimento nazionale). Per Waelbroeck, doveva porre fine alla possibilità di opporsi alle importazioni parallele, in virtù di un accordo tra Stati membri; per Koch/Froschmaler detta possibilità era già proibita, *in nuce*, dalle norme del Trattato sulla concorrenza; per Alexander, invece, il divieto risultava non dalle regole di concorrenza, ma da quelle sulla libera circolazione dei prodotti. L’intuizione di Alexander è corretta, ma ha anche goduto della fortuna di beneficiare del contenuto della sentenza *Parke Davis c. Probel et al.*, C-40/70, sentenza del 18 febbraio 1971, di poco posteriore, in cui la Corte aveva richiamato la disciplina sulla libera circolazione delle merci. Il principio di esaurimento del diritto e l’incompatibilità con il mercato comune delle merci, sotto il profilo della restrizione dissimulata delle importazioni, fu, poi, ribadito nella causa *Deutsche Grammophon*, C-78/70, sentenza dell’ 8 giugno 1971. Il rimando alla dottrina ed alle sentenze citate, è operato da G. MARENCO, *Tutela della proprietà industriale e libera circolazione delle merci ... cit.*, p. 134.

<sup>198</sup> Basti rammentare la sentenza *Merck*, C-187/80, sentenza del 14 luglio 1981 in cui la Corte valutò il caso di taluni prodotti farmaceutici coperti da brevetto in tutti gli Stati membri, ma non in Italia, poiché la legislazione italiana non contemplava la brevettabilità dei farmaci. L’impresa Merck, avendo deciso di commercializzare tali prodotti anche in Italia, non poteva più opporsi all’importazione di tali prodotti anche in altri Stati membri, poiché “*spetta al titolare del brevetto decidere, con piena cognizione di causa, circa il modo in cui pone in commercio il prodotto, ivi compresa la possibilità di distribuirlo in uno Stato membro in cui la legge gli impedisce di brevettarlo. Se esso decide in tal senso, deve accettare le conseguenze della sua scelta per quel che riguarda la libera circolazione del prodotto nell’area comunitaria, principio che rientra tra gli aspetti giuridici ed economici di cui il titolare del brevetto deve tenere conto nello stabilire le modalità d’attuazione del suo diritto di esclusiva*”. Per una disamina complessiva del principio dell’esaurimento, considerata una regola discriminatoria, in quanto pone su di un piano diverso la prima vendita realizzata all’estero dal titolare di diritti paralleli rispetto alla prima vendita realizzata dallo stesso sul territorio nazionale, si rimanda al contributo di G. MARENCO, *Tutela della proprietà industriale e libera circolazione delle merci ... cit.*, pp. 136 e s. nonché pp. 148 e s.



La normativa nazionale in materia di proprietà industriale e commerciale rientra nel novero delle fattispecie derogatorie di cui all'art. 36 del Trattato, poiché la protezione delle ragioni proprietarie di chi ha avuto rilevanti intuizioni ed idee originali destinate a migliorare la qualità dei prodotti, ad implementare l'utilità conseguibile dai consumatori e di potenziare i servizi offerti in seno al mercato, costituisce un interesse generale dello Stato che merita un'apposita protezione. Risulta logico che siffatto regime non possa ricevere un'applicazione incondizionata ed assoluta, dal momento che può dissimulare restrizioni alla fisiologica e libera dinamica degli scambi commerciali intracomunitari, costituente un principio ed un valore fondamentale della Comunità. Ancora una volta, emerge la necessità di operare un *balancing* tra le esigenze del libero mercato e quelle di tutela dei diritti proprietari industriali e commerciali sorti a livello nazionale. Sovente, la mancanza, in materia, di misure di armonizzazione positiva stilate a livello comunitario, ha indotto la Corte di Giustizia a svolgere un importante ruolo di supplenza pretoria.

Analogo *trend* interpretativo si è registrato in materia di monopoli pubblici aventi carattere commerciale. Il legislatore comunitario non vieta di per sé i monopoli nazionali, ma ne richiede un riordino al fine di elidere il rischio di discriminazioni tra cittadini di Stati membri diversi, circa le condizioni di approvvigionamento e di sbocco. Un riordino che avrebbe dovuto dispiegarsi in modo graduale per tutta la durata del periodo transitorio. Il monopolio nazionale è, infatti, qualificato come *“qualsiasi organismo per mezzo del quale uno Stato membro, de jure o de facto, controlla, dirige, o influenza sensibilmente, direttamente o indirettamente, le importazioni o le esportazioni fra Stati membri”*. Il disposto tenta di conciliare gli obiettivi di natura pubblica perseguiti da siffatti monopoli e le esigenze fondamentali di creazione e di protezione di un mercato comune.

Risulta degno di nota il fatto che l'art. 37 del TFUE (art. 31 TCE) faccia riferimento alla possibile discriminazione tra cittadini e non tra prodotti, nell'acclarare la finalità dei riordino dei monopoli. Inoltre, il disposto si pone in chiusura del *corpus* normativo dettato in materia di libera circolazione delle merci. La *ratio* sottesa alla norma concerne la garanzia della libertà degli scambi commerciali e il mantenimento di un assetto concorrenziale in seno al mercato. Risulta indubbio il fatto che il legislatore comunitario abbia, in tal modo, disciplinato una modalità dell'intervento pubblico nell'economia, colpendo l'attribuzione di taluni diritti esclusivi di distribuzione a favore di monopoli nazionali commerciali, mentre con l'art. 106 disciplina, in modo più generico, gli interventi mirati dello Stato all'interno delle imprese pubbliche e di quelle titolari di diritti speciali od esclusivi, al fine di tutelare il valore della concorrenza. Nell'art. 37 si rende manifesto l'intento di riordinare e di ridurre il numero dei monopoli commerciali, la cui presenza sul mercato rischia di inficiare la libera circolazione delle merci, mentre il disposto dell'art. 106, al comma 2, concerne la regolazione di quei monopoli aventi un carattere fiscale in grado di incidere innanzitutto sulle

regole di concorrenza e, di poi, di compromettere lo sviluppo degli scambi in modo confliggente con gli interessi della Comunità<sup>199</sup>. La diversità dei due disposti è stata conservata anche dal Trattato di Amsterdam che ha eliminato il criterio del gradualismo nel riordino dei monopoli, mantenendo, però, separate le sfere di applicazione dei due disposti<sup>200</sup>.

La casistica giurisprudenziale riguardante l'art. 37 risulta alquanto sporadica e limitata. In particolare, nel caso *Hansen* del 1978, la Corte giudicò illegittimo e come tale incompatibile con l'art. 37, la pratica di un monopolio consistente nel vendere l'alcool di propria produzione ad un prezzo eccessivamente basso rispetto a quello importato di analoga qualità, servendosi di contributi finanziari pubblici<sup>201</sup>. Nella sentenza *Peureux* del 1978, la Corte giudicò illegittimo un monopolio della distillazione di alcool che si rifiutava di acquistare materie prime importate. Furono, poi, ritenute misure d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, il diritto esclusivo di importazione riservato al monopolio italiano dei tabacchi o l'imposizione ai prodotti importati di prezzi di vendita fissati dal monopolio<sup>202</sup>.

L'art. 37 si presenta come una norma "*specialis*" rispetto agli altri disposti in materia di libera circolazione delle merci ed investe le sole attività connesse all'esercizio della funzione specifica del monopolio<sup>203</sup>.

### 5.7. Fisiologica dinamica degli scambi commerciali e legislazione comunitaria antitrust

Nel novero dei principi informatori dell'azione della Comunità Economica Europea, l'art. 3, lett. g del Trattato di Roma collocò la previsione di "*un regime inteso a garantire che la concorrenza non [fosse] falsata nel mercato comune*". La disciplina comunitaria della concorrenza risultava

---

<sup>199</sup> In merito, invece, alla sfera applicativa dell'art. 110, comma 1, occorre rammentare la sentenza sui terminali di telecomunicazione, C-292/88, sentenza del 19 marzo 1991, in cui la concessione, da parte di uno Stato membro, di diritti esclusivi di importazione e messa in commercio nel settore dei terminali di comunicazione poteva limitare gli scambi intracomunitari e costituire una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa. Il rimando è operato da E. CATERINI, G. CHIAPPETTA, F. TORCHIA, M. PANDOLFI, P. CAPOCASALE, S. QUAGLIO, M.F. D'AGOSTINO, M.S. PIRRUPATO, G. SPADAFORA, *L'Iniziativa economica nell'ordinamento italiano e comunitario*, in pp. 324 e s.

<sup>200</sup> Inoltre, il comma 2 dell'art. 106 precisa che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del Trattato ed alle regole sulla concorrenza nella misura in cui l'applicazione di tali disposizioni non osti all'adempimento, *de facto* o *de jure*, della specifica missione loro affidata. Come rileva Amato, la graduale integrazione del mercato unico rese sempre più incompatibili con esso modelli di frammentata regolazione nazionale di taluni servizi. Ciò avviò stagioni di importanti liberalizzazioni che hanno ristretto, sempre più, la sfera applicativa dell'art. 110, comma 2 del Trattato. Sul punto, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust* ...cit., pp. 86 e ss.

<sup>201</sup> Caso *Hansen*, C-91/78, sentenza del 13 marzo 1979 e caso *Peureux*, C-119/79, sentenza del 13 marzo 1979.

<sup>202</sup> Caso *Manghera*, C-59/75, sentenza del 3 febbraio 1976, in cui la Corte precisò che: "*Lo scopo dell'art. 31 non sarebbe raggiunto se non si garantisse in uno Stato membro in cui esista un monopolio commerciale, la libera circolazione, in provenienza da altri Stati membri, di merci simili a quelle per cui vige il monopolio*". Il rimando al passaggio della sentenza è condotto da G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., p. 404.

<sup>203</sup> In particolare, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo* ...cit., p. 90 e G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., p. 400 e ss.

disciplinata nel Titolo V (attualmente Titolo VII del TFUE) del Trattato. Le due Sezioni che ancora oggi lo compongono sono suddivise, *ratione materiae*, in due sottosistemi giuridici, il primo relativo alle regole applicabili alle imprese e le seconde inerenti la delicata materia degli aiuti di Stato alle imprese. L'art. 101 del TFUE, in particolare, ritiene incompatibili con il mercato comune e come tali illegittimi e vietati quegli accordi tra imprese, quelle decisioni di associazione e quelle pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri e che hanno quale oggetto o per effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

Il dettato dell'art. 101 si presenta analitico tanto da provvedere ad una elencazione puntuale dei casi in cui siffatte intese, in ragione della finalità perseguita o dell'effetto provocato, siano idonee a danneggiare lo sviluppo di un mercato aperto e concorrenziale<sup>204</sup>. L'elenco fornito dall'art. 1 è completato dal disposto del comma 2, che sanziona con la nullità di pieno diritto gli accordi e le intese vietate ed è corretto dal comma 3, che elenca le fattispecie derogatorie, in presenza delle quali la condotta assunta da due o più imprese sul mercato non risulta illegittima, nell'ipotesi in cui contribuisca “*a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti, o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile*”<sup>205</sup>. Completa l'elenco fornito dall'art. 101, il disposto successivo che ritiene incompatibile con il mercato comune e vietato nella misura in cui produca effetti pregiudizievoli sul commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato comune o su di una parte sostanziale del medesimo, da parte di una o più imprese<sup>206</sup>.

Siffatte disposizioni rappresentano “*il riflesso in chiave privatistica delle disposizioni relative all'unione doganale*”, dal momento che la normativa comunitaria sulla concorrenza concerne la condotta delle singole imprese che, tentando di isolare i singoli mercati nazionali, impedisce od

---

<sup>204</sup> Nell'elenco figurano: la fissazione diretta o indiretta dei prezzi d'acquisto o di vendita o di altre condizioni di transazione (lett. a); la limitazione o il controllo della produzione, degli sbocchi, dello sviluppo tecnico e degli investimenti (lett. b); la ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento (lett. c); l'applicazione nei rapporti commerciali e tra diversi contraenti di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti che arrechino uno svantaggio nella concorrenza (lett. d); la subordinazione della conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari, prive di nesso logico, oggettivo o causale con l'oggetto dei contratti stessi (lett. e)

<sup>205</sup> La puntuale individuazione delle condotte, *pleno jure*, rientranti nella *black list* di cui al comma 2, e di quelle esenti dall'applicazione della sanzione della nullità e, come tali, incluse nella cd. *white list*, è stata demandata al Consiglio, in base al dettato dell'art. 103.

<sup>206</sup> Il comma 2, dell'art. 102 individua le fattispecie applicative delle pratiche abusive nella imposizione diretta o indiretta dei prezzi d'acquisto, di vendita, o di altre condizioni di transazione (lett. a); nella limitazione della produzione e degli sbocchi e dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori (lett. b); nell'applicazione, nei rapporti commerciali e nei confronti dei contraenti, di condizioni dissimili a fronte di prestazioni equivalenti, provocando uno svantaggio nella concorrenza (lett. c) e la subordinazione della conclusione di un contratto, all'accettazione di prestazioni supplementari non correlate, né per natura né per gli usi commerciali all'oggetto del contratto (lett. d). Le fattispecie derogatorie presentano una formulazione speculare a quelle previste nell'art. 101.

ostacola la loro apertura ottenuta mediante l'unione doganale<sup>207</sup>. Occorre ribadire che nella nozione di impresa rientrano anche soggetti giuridici controllati dallo Stato, per i quali il Trattato, all'art. 106, prevede la riduzione, da parte degli Stati membri, dei casi di riconoscimento di diritti speciali od esclusivi<sup>208</sup>. La complessità della materia ha viste impegnate plurime istituzioni comunitarie che, attraverso fonti derivate, ne hanno disciplinato svariati aspetti. Oltre al Consiglio, un ruolo delicato è stato assunto dalla Commissione, delegata di importanti funzioni amministrative e normative, queste ultime esercitate per mezzo di regolamenti di secondo grado<sup>209</sup>.

Il rilievo assunto dai divieti posti dal Trattato è confermato dal riconoscimento di una efficacia diretta delle medesime e dalla loro applicabilità, *a latere* dei giudici nazionali, nell'ambito dei processi di loro competenza. L'efficacia diretta delle norme comunitarie sulla concorrenza è emersa in una sentenza del 1980, sul noto caso *Marty*, in occasione del quale la Corte, interrogata dal Tribunale di commercio di Parigi, ha precisato che: “*Per loro natura i divieti sanciti dagli artt. 81, § 1, e 82, (oggi artt. 101, §1 e 102 del TFUE) sono atti a produrre direttamente effetti nei rapporti tra i singoli. Detti articoli attribuiscono direttamente a questi dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare*”<sup>210</sup>. Il fatto che i divieti di cui agli artt. 101 e ss. siano rivolti ai singoli, non ne esclude l'applicabilità anche nei confronti degli Stati membri che hanno l'obbligo di astenersi dall'emanare o mantenere in vigore provvedimenti che siano in grado di vanificare l'effetto di tali norme. L'obbligo degli Stati membri era desumibile da una lettura in combinato disposto degli originari artt. 3, lett. g, 10, comma 2, e 81 e s. del Trattato ed è stata confermata dalla sentenza *Asjes* del 1986<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> Sul punto, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 181. Come rileva anche Marengo, “*le regole di concorrenza vietano alle imprese un esercizio dei loro diritti di proprietà industriale che si traduca in clausole degli accordi di licenza restrittiva dell'autonomia imprenditoriale o in una condotta unilaterale qualificabile come abuso di posizione dominante, quale ... l'imposizione di prezzi iniqui o di condizioni discriminatorie. L'applicazione delle regole di concorrenza non mette in questione il diritto che la legge riconosce all'impresa, ma particolari forme di esercizio di tale diritto che l'impresa potrebbe essere tentata di adottare. Le regole sulla libera circolazione hanno, invece, come destinatari gli Stati membri, a cui è fatto divieto di applicare restrizioni all'importazione*”. Sul punto, in particolare, G. MARENCO, “Tutela della proprietà industriale e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza comunitaria”, in *Foro Italiano*, Vol. CXIII, Parte IV (Cronache comunitarie a cura di A. Tizzano), 1990, p. 132.

<sup>208</sup> Come rileva Amato, l'esenzione concessa dalla Commissione può essere individuale o generale. Per una disamina più approfondita si rimanda al contributo di G. AMATO, *Il potere e l'antitrust ...cit.*, p. 49.

<sup>209</sup> Di particolare rilievo sono anche le dichiarazioni di inapplicabilità per categoria previste dall'art. 101, § 3, del Trattato. Alle fonti normative, vincolanti sotto il profilo giuridico, si aggiungono le comunicazioni che la Commissione effettua periodicamente per elucidare le modalità di applicazione delle norme del Trattato sulla concorrenza, cui si correla la *Relazione sulla politica della concorrenza* che ogni anno viene presentata al Parlamento.

<sup>210</sup> Caso *Marty*, C-37/79, sentenza del 10 luglio 1980. La vicenda concerneva la richiesta di risarcimento danni presentata dall'attrice per non aver ricevuto i prodotti di profumeria Esté Lauder, dal momento che non faceva parte del sistema di distribuzione selettiva di quest'ultima. La Corte, in accoglimento del ricorso, ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno della ricorrente sulla scorta dell'assunto che le norme del Trattato hanno efficacia diretta e sono immediatamente attributive di diritti.

<sup>211</sup> La condotta degli Stati può essere lesiva dei disposti comunitari *antitrust*, nel caso in cui contribuisca a rafforzare gli effetti di una intesa, com'è accaduto nel caso *Asjes* in cui la legislazione francese aveva previsto che le tariffe aeree (già concordate dalle compagnie interessate nell'*International Air Transport Association*) fossero soggette ad omologazione da parte delle competenti autorità e che, in caso di loro violazione, sarebbero state comminate sanzioni penali. Analogamente

La normativa comunitaria *antitrust*, del resto, non ha una valenza esclusiva e lascia intatta la competenza degli Stati membri a sanzionare la condotta delle imprese domestiche, causative di effetti anticoncorrenziali sul solo piano nazionale, senza incidere sugli scambi intracomunitari<sup>212</sup>. Il requisito del pregiudizio agli scambi intracomunitari consente di delimitare la sfera di applicazione delle due normative, per come ribadito nella sentenza *Grundig* del 1966<sup>213</sup>. La distinzione appare agevole sul piano teorico, ma non presenta analoga natura sul piano applicativo. Infatti, qualora una condotta produca un effetto anticoncorrenziale sia sugli scambi nazionali che su quelli intracomunitari, si origina un conflitto tra fonti di non immediata risoluzione.

Risulta possibile un'applicazione parallela di ambedue le discipline alla medesima fattispecie, tenendo conto della differente configurazione delle diverse ipotesi di condotte anticoncorrenziali? Una prima soluzione detta della "doppia barriera", consente un'applicazione parallela delle due discipline; una seconda soluzione, detta della "barriera unica", consente l'applicazione del solo diritto comunitario. Quest'ultima è stata sovente applicata ai fenomeni di concentrazione tra le imprese ed è stata 'codificata' dalla stessa legge *antitrust* italiana, in particolare dall'art. 1, della legge n. 287 del 1990. Negli altri casi, laddove manchi un raccordo tra normative, si ricorre al principio di *primauté* del diritto comunitario che consente "*l'applicazione parallela della disciplina nazionale ...solo in quanto non pregiudichi l'uniforme applicazione, nell'intero mercato comune, delle norme comunitarie sulle intese e il pieno effetto dei provvedimenti adottati in applicazione delle stesse*"<sup>214</sup>.

---

esempio di violazione della legislazione comunitaria *antitrust*, da parte dei singoli Stati membri, si paventa nell'ipotesi di deleghe ad operatori privati di competenze e funzioni proprie dei pubblici poteri. Basti rammentare i casi in cui l'autorità pubblica, per fissare delle tariffe obbligatorie o per rilasciare autorizzazioni all'apertura di esercizi commerciali, avvii dei procedimenti ai quali partecipano organismi di rappresentanza delle categorie economiche interessate e che il parere reso dalle medesime, sia determinante per l'assunzione della decisione finale senza che ricorra alcuna garanzia di rappresentanza delle categorie non presenti nell'organismo. Basti rammentare il caso *Reiff*, C-185791, sentenza del 17 novembre 1993, in materia di fissazione delle tariffe dei trasporti su strada a lunga distanza in Germania.

<sup>212</sup> Sulla natura concorrente della competenza comunitaria in materia di *antitrust*, si rimanda al contributo di A.M. CALAMIA, *Il diritto comunitario delle imprese e la concorrenza*, Pisa, 1999, pp. 63 e s., il quale precisa che la concomitanza della fonte comunitaria e di quella nazionale richiede un riparto delle competenze. In particolare, a livello nazionale, occorre distinguere il ruolo ricoperto dal Giudice da quello ricoperto dalle autorità amministrative. Per il primo sussiste l'onere di procedere ad un'applicazione dell'art. 101, § 2, in ordine alla nullità delle intese vietate, per le seconde sono previsti specifici meccanismi collaborativi in base al dettato del Regolamento n. 17 del 1962 che introduce forme di raccordo funzionale, non solo nel momento processuale o di accertamento dell'infrazione, ma anche per quanto attiene il contenuto materiale della disciplina. Sovente, la decisione sulla illiceità è assunta dalla Commissione, residuando al giudice nazionale il compito di accertare il nesso causale e liquidare i danni. Occorre rammentare, inoltre, l'importante contributo di Luisa Cassetti in merito alle intersezioni tra mercato e concorrenza e sulle competenze delle istituzioni comunitarie, in materia *antitrust*. Sul punto, L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, pp. 183 e ss.

<sup>213</sup> Cause riunite *Grundig*, C-56/64 e 58/64, sentenza del 13 luglio 1966.

<sup>214</sup> In particolare, si rimanda al caso *Wilhelm*, C-14/68, sentenza del 13 febbraio 1969, in cui si stabilì che tra un provvedimento dell'autorità nazionale ed uno dell'autorità comunitaria, dovesse concedersi preferenza a quello comunitario.

Di maggior respiro si presenta la possibile applicazione della normativa comunitaria *antitrust* nei confronti di imprese appartenenti a Stati terzi. In tale ultimo caso, la Corte di Giustizia ha fatto ricorso, in modo alternativo, alla teoria degli effetti e a quella della territorialità. Nel primo caso, valutando l'incidenza e gli effetti che una intesa è in grado di provocare in seno al mercato comune; nel secondo caso, richiedendo anche una certa localizzazione ed ubicazione della condotta in seno al territorio della Comunità<sup>215</sup>.

Il *corpus* normativo comunitario, in materia, si presenta composito e pone la concorrenza in funzione ancillare alla realizzazione del mercato comune. Inizialmente, il valore della concorrenza non presentava i connotati di un obiettivo autonomo ed assoluto, piuttosto si poneva quale strumento del mercato e della sua progressiva instaurazione. La garanzia di una *workable competition* in seno al mercato avrebbe consentito un irrobustimento delle sue strutture interne e si sarebbe posto in funzione servente a quei valori liberali sui quali si reggeva l'edificio comunitario che intendeva conferire alle imprese il diritto di stabilirsi ed operare sul mercato, in modo libero ed eguale rispetto a tutti gli altri operatori. La medesima politica di tutela della concorrenza si porrà, nel corso degli anni, in simbiosi con altre importanti politiche quali quelle di coesione sociale, di ricerca, di sviluppo e ambientale.

L'azione dell'*antitrust* comunitario si è sviluppata lungo specifiche linee prospettiche, miranti ad evitare che, strategie concertate tra le imprese, potessero vanificare gli effetti della libera circolazione delle merci o creare pericolose concentrazioni di potere economico e commerciale o che imprese godessero di una posizione privilegiata sul mercato, in virtù di interventi pubblici mirati di vario genere e natura. Il Trattato, del resto, non fornisce una espressa definizione del concetto di impresa, ma ne rimette l'individuazione ai regolamenti del Consiglio ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ne hanno elaborato una nozione ampia, al fine di conciliarla con le corrispondenti e diversificate formule nazionali. La Corte ha identificato, così, l'impresa in qualsiasi entità, sia essa una persona fisica o giuridica, che svolge un'attività di rilievo economico, di tipo commerciale, industriale o inerente la prestazione di servizi, compreso l'esercizio di un libera professione e lo sfruttamento di un'opera dell'ingegno<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup> Sulla teoria della territorialità si rimanda al caso *Imperial Chemical Industries*, C-48/69, sentenza del 14 luglio 1972 in merito ad un cartello dei prezzi dei coloranti realizzata da imprese ubicate in Stati diversi, ma incidente sulle condotte delle affiliate collocate nella Comunità. Sulla teoria degli effetti si rimanda al caso *Ahlström*, C-89/85, sentenza del 31 marzo 1993, sul cartello della Pasta di legno.

<sup>216</sup> In merito alla nozione di impresa, il Trattato non ne fornisce una esplicita definizione, quest'ultima è stata ricavata dalla prassi dei casi concreti decisi dalla Corte di Giustizia che vi ricomprese anche gli enti pubblici. Basti rammentare il caso *Hofner*, C-41/90, sentenza del 23 aprile 1991, in cui la Corte qualificò come impresa, l'Ufficio federale per l'occupazione, ritenendo inconferenti, sul punto, il peculiare *status* giuridico e le modalità di funzionamento dell'ente. Qualora, poi, l'ente pubblico agisca in veste di pubblica autorità e svolga, altresì, attività economica, solo quest'ultima, purché seprabile dalla prima, sarà soggetta agli artt. 101 e ss. del Trattato. L'assunto è ribadito nella sentenza *Aéroports de Paris*, T-128/98, sentenza del 12 dicembre 2000. Analogamente si espresse in materia di attività libero-professionali che, seppur prevalentemente intellettuali e non richiedenti la necessaria combinazione di elementi materiali, immateriali

Il valore della concorrenza in seno al mercato, nonostante compaia negli articoli del Trattato di Roma in qualità di principio fondamentale, le norme, ad esso relative, si sono rivelate solo nel tempo “*degli scrigni capaci di moltiplicare il valore dei loro contenuti*”<sup>217</sup>. Esse erano, infatti, circondate da altre norme che ne evidenziavano il ruolo ancillare e strumentale rispetto all’integrazione del mercato. Come rileva Amato, il Trattato si presentava ancora neutrale rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese e, sovente, tollerava politiche industriali e commerciali nazionali suffragate da finalità pubbliche e, spesso, lesive della dinamica concorrenziale. Basti rammentare i cartelli di crisi, l’assegnazione di quote produttive alle imprese partecipanti, il divieto di importazioni a prezzi competitivi<sup>218</sup>. Fu solo con l’avvento dell’Europa di Maastricht che la concorrenza assurse al rango di valore autonomo, di principio fondamentale munito di una valenza propria, accompagnato da una politica industriale comunitaria che “*da porto franco dalla concorrenza*” divenne criterio di “*ristrutturazione dell’economia in chiave competitiva*”, attraverso la liberalizzazione di molti settori<sup>219</sup>.

In tale sede, si privilegerà una lettura dei disposti sulla tutela della concorrenza che intenderà metterne in evidenza la natura strumentale rispetto alla garanzia di un corretto e dinamico svolgimento degli scambi commerciali intracomunitari. A tal fine, non si analizzeranno le singole fattispecie applicative delle condotte anticoncorrenziali, ma si circoscriverà l’indagine alla sola valutazione dell’impatto che tali comportamenti hanno provocato sul commercio tra Stati membri.

---

e umani, può considerarsi una impresa, per come affermato nel caso *Pavlov*, Cause riunite da 180/98 a 184/98, sentenza del 12 settembre 2000. L’assenza del fine di lucro non esclude la natura imprenditoriale del soggetto agente sul mercato. Basti rammentare la causa *Fédération Française des Sociétés d’Assurance*, C-244/94, sentenza del 16 novembre 1995, in cui un ente che gestiva un regime facoltativo di assicurazione complementare per la vecchiaia, destinato ad integrare quello obbligatorio previsto per gli agricoltori, costituiva un soggetto imprenditoriale. Ne sono radicalmente esclusi, invece, gli enti le cui attività rispondono ad un fine e ad una funzione esclusivamente sociale. Sul punto, si raffrontino le diverse conclusioni cui è giunta la Corte nelle sentenze *Poucet e Pistre*, cause riunite C-159/91 e C-160/91, sentenza del 17 febbraio 1993 e *Albany International*, C-67/96, sentenza del 21 settembre 1999. Sul punto si rimanda alle ricostruzioni effettuate da L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo* ...cit., pp. 192 e ss., nonché da G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., pp. 534 e ss. Si trascura, in tale sede, il fatto che la normativa comunitaria sulla concorrenza sia applicabile anche nei confronti delle società a capitale interamente pubblico che operino secondo il regime dell’*In house providing*.

<sup>217</sup> Sul punto, G. AMATO, *Il potere e l’antitrust* ...cit., p. 46. Non bisogna neppure tralasciare il rilevante contributo offerto da Tullio Ascarelli che, nel novembre del 1953, inaugurava il corso di diritto industriale con la memorabile prolusione su “*Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*”, asserendo che la libertà di iniziativa economica (disciplinata a livello interno dall’art. 41 della Costituzione italiana), non serviva solo a delimitare il potere dello Stato, ma anche a costruire una nuova disciplina dei rapporti tra privati: “*la libertà di iniziativa solleva il problema della concorrenza; questa, a sua volta, suscita il problema della tutela dei consumatori: Ecco dischiudersi il diritto del mercato, il quale non è una semplice sfera di azioni libere, ma un insieme di rapporti giuridici (rapporti vicendevoli tra imprenditori e tra imprenditori e consumatori)*”. La citazione è consultabile nell’opera di N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato* ...cit., p. 97.

<sup>218</sup> Sul punto, G. AMATO, *Il potere e l’antitrust* ...cit., pp. 46 e s. Non bisogna tralasciare, a riguardo, il contenuto del Regolamento 26/62 del Consiglio che dichiarò inapplicabile l’art. 81 del Trattato 81 (oggi art. 101 del TFUE) agli accordi, alle decisioni, alle pratiche concordate che costituivano parte integrante di una organizzazione nazionale di mercato o funzionali al perseguimento degli obiettivi previsti dall’art. 33, demandando alla Commissione il compito di accertare quali condizioni, decisioni o pratiche rientravano nella deroga. Il rimando è compiuto da G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., p. 530.

<sup>219</sup> Sul punto, G. AMATO, *Il potere e l’antitrust* ...cit., p. 49.

Ciò non esime chi scrive dal dover considerare, preliminarmente, la natura delle condotte causative di un effetto pregiudizievole sulla libera circolazione delle merci a livello comunitario. Tra queste spiccano le intese che possono acquisire anche una natura implicita e che investono la pattuizione tra imprese, di tipo orizzontale e verticale, di natura *intra-brand* ed *inter-brand*, che le induce a comportarsi in modo analogo sul mercato di riferimento.

Alle intese, la normativa comunitaria affianca la categoria degli accordi, che possono rivestire natura espressa o tacita e che, non necessariamente, si cristallizzano in un contratto, ma che denotano l'intenzione delle parti impegnate nelle medesime di comportarsi sul mercato in un determinato modo. Differentemente dalle prime due tipologie, le decisioni di associazione tra le imprese sono adottate da raggruppamenti di imprese, ma non sempre possiedono carattere vincolante; si può trattare anche di semplici raccomandazioni rivolte dalle associazioni di categoria ai singoli associati, ma che possono incidere sulle condotte dei destinatari e influenzare la concorrenza in seno al mercato. La pratica concordata, invece, identifica ogni comportamento di tipo coordinato acquisito dalle imprese, senza tradursi in un vero e proprio accordo formale. La Corte di Giustizia vi ha ravvisato una cooperazione consapevole, una forma di coordinamento, un parallelismo sospetto dei comportamenti sul mercato, un tipo di concertazione cosciente e consapevole che non richiede la necessaria formulazione di un piano o di un programma d'azione. È bastevole che, alla cooperazione concordata, segua un contegno attuativo della medesima che, assecondi un determinato profilo eziologico. Differentemente si pone lo sfruttamento abusivo di posizione dominante, che è una creatura di ispirazione europea, non rinvenendosene formule gemellari nell'esperienza statunitense che non contempla espressamente tale figura<sup>220</sup>.

Ciò che vizia di illegittimità le condotte associative tra le imprese è la loro idoneità a pregiudicare il commercio tra Stati membri o ad alterare la concorrenza, che le rende incompatibili con l'obiettivo di instaurare un mercato comune. Non è l'intesa o la concertazione ad integrare di per sé la fattispecie vietata, ma la sua idoneità ad incidere negativamente sugli scambi intracomunitari e sul regime della concorrenza, che ne lasciano intravedere profili collusivi e concertazioni, lesivi degli scopi del Trattato.

Il pregiudizio al commercio tra Stati membri è un aspetto tipizzante la disciplina *antitrust* secondo una formula che è stata anche rinvenuta nell'esperienza normativa statunitense. Il lavoro dell'interprete, pertanto, si cristallizza sulla ricerca dell'elemento eziologico che correla un'azione

---

<sup>220</sup> Come rileva Calamia l'art. 101 e l'art. 102 sono due disposti complementari, dal momento che rispondono all'obiettivo generale e comune a che la concorrenza non sia falsata in seno al mercato comune, ma sono, altresì, autonomi, poiché l'art. 81 inerisce alla delicata materia delle intese, mentre l'art. 82, riguarda le azioni unilaterali poste in essere da una o più imprese. L'elemento che discrimina le due fattispecie concerne proprio la unilateralità e la bilateralità soggettiva che contribuisce alla realizzazione della condotta anticoncorrenziale. Sul punto, in particolare, A.M. CALAMIA, *Il diritto comunitario delle imprese e la concorrenza*, Pisa, 1999, p. 73.



concertata e coordinata di due o più imprese alla materia degli scambi intracomunitari. Ciò evidenzia una sottile sintonia tra la *ratio* sottesa alla disciplina della concorrenza, con quella inerente la libera circolazione delle merci in seno al mercato comune. Infatti, come gli Stati devono astenersi dall'assumere condotte o dall'approvare misure che siano in grado di ostacolare gli scambi, così le imprese devono evitare di porre in essere accordi o intese idonei a produrre il medesimo effetto. La nozione di mercato comune è ampia e pluridimensionale ed occorre garantirne una necessaria base pluralistica che si cristallizza nei valori della libertà di mercato e di concorrenza in seno al mercato. Una valida occasione per focalizzare le intersezioni tra il diritto *antitrust* comunitario e il regime normativo dedicato alla libera circolazione delle merci è fornito dalle prime decisioni pronunciate dalla Corte di Giustizia a riguardo, a dimostrazione del fatto che il *corpus* normativo comunitario non è pensato secondo logiche di riparto delle materie 'separate', che concepiscono i singoli Titoli come dei compartimenti stagni, bensì secondo criteri di complementarietà funzionale in ragione della comunanza dello scopo condiviso.

Basti rammentare i casi *Consten & Grundig* del 1966. In tale vicenda, la Commissione colpì l'esclusiva che Grundig aveva concesso alla Francia e che aveva rafforzato, facendo divieto ai distributori all'ingrosso tedeschi dei prodotti Grundig e di altri Paesi di vendere in Francia, ove il prezzo dei medesimi era più alto al netto delle tasse francesi<sup>221</sup>. Le parti sostennero, dapprima, innanzi alla Commissione, di poi, innanzi alla Corte di Giustizia che, l'art. 101 del TFUE (già art. 81 del TCE) riguardava la sola concorrenza *inter-brand* (cd. intermarche), mentre nel caso della concorrenza *intra-brand* (cd. intramarche), una eventuale restrizione non inficiava l'efficienza della concorrenza, salvo prova del contrario.

Come rileva efficacemente Amato, fu usato allora un argomento in auge nella teorica dottrina della Scuola di Chicago, ma che avrebbe incontrato la resistenza delle corti statunitensi visto che menomava la libertà di commercio dei distributori e dei dettaglianti e il loro diritto di esercitarla liberamente<sup>222</sup>. La Corte di Giustizia non accolse le argomentazioni difensive dei ricorrenti poiché era vero che l'art. 101 tutelava, soprattutto, la concorrenza *inter-brand*, ma ciò non significava che ne erano indenni le restrizioni *intra-brand*. Per tale motivo, la Corte giunse a ritenere illegittima l'esclusiva concessa dalla *Grundig*, alla francese *Consten*. Infatti, la titolarità che *Consten* aveva del contratto di distribuzione esclusiva dei prodotti *Grundig* sul mercato francese, le consentiva, a monte di gestire le importazioni della relativa merce, ed a valle, di pianificare l'offerta da praticare nei confronti della clientela<sup>223</sup>. La riduzione della concorrenza tra distributori all'ingrosso dell

---

<sup>221</sup> Caso *Consten & Grundig*, C-56 e 58/64, sentenza del 13 luglio 1966.

<sup>222</sup> Sul punto, in particolare, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust* ...cit., p. 51.

<sup>223</sup> La gestione delle importazioni risentiva della presenza di una unica impresa per il mercato francese che avrebbe dovuto curare la distribuzione all'ingrosso del prodotto, con inevitabili ricadute sul volume della merce importata che sarebbe stato maggiore in presenza di ulteriori distributori all'ingrosso. Come rileva Gori, nel caso *Consten&Grundig*,

stessa marca che ne derivava, deprimeva anche la concorrenza tra i rivenditori al dettaglio e la qualità del servizio offerto ai consumatori finali. Con molta probabilità, l'*antitrust* statunitense avrebbe adottato una decisione analoga, ma a sostegno della tutela di un diritto individuale, quale la libertà di commercio, differentemente, la Corte di Giustizia adottò una decisione a sostegno del principio generale ed obiettivo della concorrenzialità del mercato e dei valori sottostanti alla sua necessaria integrazione. L'intento della Corte era quello di evitare un segmentazione delle attività economiche lungo i confini nazionali che elideva i valori fondamentali sottesi alla "grund norm comunitaria"<sup>224</sup>. Il Giudice comunitario giunse a sostenere che fosse idoneo a pregiudicare il commercio tra Stati membri l'accordo che, in relazione ad una serie di elementi obiettivi, *de jure* e *de facto*, era ragionevole prevedere che potesse esercitare una influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti di scambio tra Stati membri, in una misura tale da essere in grado di nuocere alla realizzazione di un mercato unico. La formula richiama alla memoria quella *Dassonville* in materia di libera circolazione delle merci<sup>225</sup>.

Indubbiamente, l'intesa deve possedere una sfera di applicazione e di incidenza che trascende i confini nazionali, altrimenti si richiederebbe l'applicazione della normativa *antitrust* statale. Ciò non significa che la localizzazione intrastatale dell'attività delle imprese coinvolte dall'accordo ne escluda l'impatto sul commercio intracomunitario, per effetto della chiusura del mercato nazionale o della maggiore difficoltà di ingresso, opposta alle imprese di altri Stati. Come affermato nel caso *Cementieri* del 1972, una intesa che copre l'intero territorio nazionale, ha l'effetto di provocare una compartimentazione del mercato, di ostacolare gli scambi intracomunitari, di proteggere i prodotti nazionali e di scoraggiare l'ingresso di imprese di altri Stati, con grave nocimento dei principi preposti al funzionamento del mercato comune e della libera concorrenza tra imprese.

I due assunti sono stati efficacemente ripresi dalla Corte di Giustizia nel caso *Hugin* del 1979, in occasione del quale, la Corte ha precisato che ogni intesa o accordo, che è in grado di incidere sulla libertà di commercio fra Stati membri in modo tale che possa nuocere alla realizzazione degli scopi di un mercato comune, isolando i mercati nazionali o intaccando la struttura della concorrenza nel mercato medesimo, è illegittimo. Circa, poi, la necessità di una perimetrazione della sfera di applicazione del diritto *antitrust* comunitario rispetto a quello nazionale, le intese tra imprese che

---

concernente i contratti di concessione esclusiva, ricopriva il ruolo di giudice relatore, Alberto Trabucchi che pose severe limitazioni ad un uso abusivo del marchio che ostacolava la libera circolazione delle merci e ledava la concorrenza tra imprese. Sul punto, P. GORI, *Quindici anni insieme ad Alberto Trabucchi alla Corte di Giustizia della C.E.*...cit., p. 30 nonché J. SNELL, *Goods and Services in EC Law*...cit., pp. 132 e s.

<sup>224</sup> L'espressione si deve all'intuizione di G. AMATO, *Il potere e l'antitrust* ...cit., pp. 51 e s. L'autore rileva come in seguito al caso *Consten & Grundig*, la Corte abbia assunto un atteggiamento più favorevole nei confronti delle restrizioni intramarca, quando non provocano una segmentazione delle attività economiche lungo i confini nazionali e qualora riguardino solo i rapporti tra piccoli distributori e piccoli produttori di uno Stato che stanno tentando di entrare sul mercato e di rimanervi. In tal caso, la potenzialità restrittiva risulta 'minima' e non incide negativamente sull'integrazione dei mercati europei, *ibid.*, p. 51.

<sup>225</sup> Sul parallelismo delle formule si esprime M. EGAN, *Constructing a European Market*...cit., p. 93.

abbiano incidenza e dispieghino i loro effetti nel solo territorio di un unico Stato membro, non ostano all'applicazione del Trattato di Roma nella misura in cui: “*abbraccino l'intero territorio dello Stato membro ed abbiano per effetto quello di rinforzare le barriere nazionali e di conseguenza di ostacolare la compenetrazione economica voluta dal Trattato e di proteggere i prodotti nazionali*”<sup>226</sup>.

Il pregiudizio agli scambi intracomunitari non è suscettivo, del resto, di argomentazioni astratte, bensì di valutazioni casistiche. Le stesse politiche dei prezzi, attuate da imprese operanti su scala comunitaria, possono provocare effetti nocivi sulla dinamica commerciale intracomunitaria, in particolare nel caso in cui si tratti di decisioni assunte da una società madre che impone, alle proprie affiliate, di praticare prezzi più elevati riguardo i medesimi servizi, offerti, però, in Stati diversi. Ad essere sanzionate sono, comunque, quelle condotte concordate e concertate che provochino un impatto rilevante sul mercato comune e sulle sue fondamenta. In tal senso il pregiudizio al commercio e la restrizione della concorrenza devono essere sensibili e di una certa rilevanza. Ciò non toglie che il nocimento possa essere arretrato al solo stadio potenziale, per come si evince dalla stessa formulazione letterale dell'art. 101, che misura l'incompatibilità dell'accordo o della pratica concordata con il mercato comune, in ragione del pregiudizio che “possono” arrecare al commercio tra Stati membri.

Questa chiave di lettura incide, anche, sul profilo probatorio degli accordi in sede processuale, poiché consente di dichiarare illegittimi e di sanzionare quelle intese tra imprese che non abbiano effettivamente pregiudicato gli scambi, ma che, ragionevolmente, siano in grado di cagionare quell'effetto<sup>227</sup>. È chiaro che la valutazione deve tenere conto di una serie di elementi oggettivi che acclarino e comprovino il probabile e rilevante effetto pregiudizievole, diretto e indiretto, attuale o potenziale, sugli scambi intracomunitari. Ciò significa che gli accordi *de minimis* siano esenti da tale normativa, al fine di evitare che l'azione *antitrust* comunitaria divenga una scure destinata a falciare iniziative imprenditoriali prive di aspetti illeciti, che anzi sono espressione del libero

---

<sup>226</sup> Caso *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique*, C-73/74, sentenza del 26 novembre 1975. Parimenti, nella sentenza *Solonia*, C-126/80, sentenza del 16 giugno 1981, la Corte ha precisato che un sistema di distribuzione chiuso dei giornali, dei quotidiani e dei periodici, che interessi tutti i punti vendita del territorio di uno Stato, potesse incidere anche sulla distribuzione dei giornali e dei periodici di altri Stati membri. Di rilievo, fu la pronuncia *Remia* in cui la Corte stabilì che le clausole di non concorrenza inserite in un contratto di cessione aziendale, anche se estese all'intero territorio di un solo Stato membro, potevano ostacolare gli scambi intracomunitari. Parimenti, la Corte si è espressa nel caso *Brasserie de Haecht*, in cui furono sanzionati gli accordi di brasseria in virtù dei quali il gestore di un pubblico esercizio si impegnava a rifornirsi di birra, esclusivamente presso un determinato produttore, ricevendone in cambio agevolazioni e trattamenti differenziati, di netto favore. Si palesava, in tal caso, una restrizione del commercio, una discriminazione tra imprese ed una alterazione delle logiche della dinamica concorrenziale.

<sup>227</sup> L'avverbio ragionevolmente che pervade la giurisprudenza della Corte, in materia, si giustifica per il fatto che si intende evitare un'interpretazione del disposto così ortodossa e tale da sanzionare una remota intenzione, piuttosto che una vera intesa.

incontro della creatività individuale, a vantaggio dei consumatori<sup>228</sup>. In tal modo, l'*antitrust* diveniva fedele all'immagine di una società di liberi e (il più possibile) eguali, “*che ne era l'ispirazione di fondo all'insegna della dispersione del potere*” ed in cui il diritto di vendere, del piccolo produttore e del piccolo commerciante, doveva rapportarsi al diritto di scegliere dei consumatori tra prodotti diversi ed a prezzi diversi<sup>229</sup>. Si tratta di una forma di esaltazione di un aspetto ulteriore del concetto di concorrenza delle imprese all'interno del mercato che non va a detrimento della *workable competition*, ma che ne rafforza taluni aspetti rilevanti<sup>230</sup>.

La materia della tutela della concorrenza, in seno al mercato comune, ha contribuito a creare dei *networks* collaborativi tra autorità comunitarie ed autorità nazionali, molto importanti. Inoltre, la separazione degli ambiti funzionali delle due discipline, non ha impedito l'immediata applicazione dei principi dell'*antitrust* europeo, anche in ambito interno ad opera delle autorità amministrative e giurisdizionali nazionali<sup>231</sup>. La disciplina della concorrenza è, del resto, letta in combinato disposto con l'armonizzazione del diritto privato nell'Unione Europea, attraverso la creazione di una *common frame of references*. Nel recente Libro Bianco della Commissione del 2 aprile 2008 si sostiene che il *private enforcement* assicura una applicazione effettiva delle regole sulla concorrenza e consente “*un'applicazione più coerente degli artt. 81 e 82 da parte dei diversi organismi nazionali e aumenterebbe la certezza del diritto, (artt. 101 e 102 del TFUE)*”. Indubbiamente, uniformare la disciplina dei contratti, della responsabilità civile e del danno

---

<sup>228</sup> La Commissione, in una recente Comunicazione pubblicata il 22 dicembre del 2001, relativa agli accordi di importanza minore (cd, accordi *de minimis*), che non determinino restrizioni sensibili alla concorrenza, ai sensi dell'art. 101, paragrafo 1 del Trattato di Roma e, ha precisato che ai fini dell'applicazione dell'art. 101 del Trattato, occorre vagliare la quota detenuta dalle imprese partecipanti all'accordo (quota aggregata), su ciascuno dei mercati rilevanti. La quota non deve superare la soglia del 10 per cento, nel caso di intese orizzontali e verticali, e quella del 5 per cento, nel caso di effetti cumulativi di preclusione prodotti da reti parallele di accordi (di fornitura o di distribuzione), aventi effetti simili sul mercato. La Comunicazione elenca anche una serie di restrizioni gravi per le quali non vale il criterio *de minimis*, tra le quali spiccano le intese orizzontali sui prezzi o sulla ripartizione dei mercati e quelle verticali, che impongono un prezzo di rivendita all'acquirente dei beni. Sul punto, l'*antitrust* europeo ha assunto un contegno difforme da quello statunitense che ha ribaltato consolidati assunti ermeneutici, maturati sul punto, ed eroso il novero delle condotte considerate *per se condemnation*. Di recente, la Commissione ha innalzato la soglia che consente di considerare *de minimis* un accordo, al fine di concentrare la propria attività alle sole fattispecie di maggior rilievo. Sul punto, si rimanda al contributo di L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 206.

<sup>229</sup> Sul punto, in particolare, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust ...cit.*, p. 97.

<sup>230</sup> Degne di nota sono le conclusioni cui perviene Amato, quando afferma che solo “*quando la cultura liberale riesce a farsi largo tra le maglie delle tante varietà di statalismo europeo e comincia ad imporre l'antitrust (e non lo Stato) come strumento per combattere quel potere, le assonanze con i principi originari dell'antitrust americano diventano consistenti*”. Il punto di contatto si realizza nel momento in cui si comprende che l'illegittimità del potere privato può provocare effetti nocivi sia sul processo democratico che su quello economico. Le concentrazioni di potere, in capo a ristrette oligarchie economiche e finanziarie, ha sempre condotto a rilevanti conseguenze negative tanto sul piano politico, (basti rammentare l'alleanza fra i *Konzern* ed il governo nazista in Germania, negli anni Trenta e le collusioni tra finanza, banche e politica negli Stati Uniti, negli anni Venti), quanto su quello privato poiché le condotte anticoncorrenziali costituiscono una forma di distorto utilizzo dello strumento negoziale, che rende il contratto da luogo di manifestazione del consenso e di formazione dell'accordo, in strumento per asservire una parte all'altra. Sul punto, si rimanda al contributo di G. AMATO, *Il potere e l'antitrust ...cit.*, p. 96.

<sup>231</sup> In merito al decentramento funzionale e all'applicazione del principio di sussidiarietà nella materia del diritto comunitario *antitrust*, previsto dall'art. 9 del Regolamento n. 17 del 1962 e dagli stessi artt. 101 e 102 del TFUE, si rimanda al contributo di A.M. CALAMIA, *Il diritto comunitario delle imprese e la concorrenza ...cit.*, pp. 218 e ss.

semplifica e rende più certi i rapporti tra imprese e tra consumatori ed imprese, implementando la dinamica concorrenziale in seno al mercato<sup>232</sup>.

Non costituisce una circostanza trascurabile il fatto che il Trattato di Lisbona, di imminente entrata in vigore, abbia innovato la disciplina europea sulla politica della concorrenza. Il nuovo Trattato ha eliminato dagli obiettivi che l'Unione è chiamata a perseguire, il riferimento ad un "regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno" (art. 3, § 1, lett. g, TCE), trasferendolo in un apposito *Protocollo sul mercato interno e sulla concorrenza* (n. 27) allegato al medesimo. All'originario obiettivo si è sostituito quello che intende garantire la realizzazione di un'economia sociale di mercato altamente competitiva (art. 3 TUE), nonostante l'art. 4 del TCE (oggi, art. 119 del Trattato sul funzionamento dell'Unione) precisi che la politica economica degli Stati membri e dell'Unione debba rispettare i principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Il venir meno della libertà di concorrenza tra gli obiettivi dell'Unione, non deprime, del resto, di valore le disposizioni dedicate dal Trattato alla disciplina *antitrust*. Ad ogni modo, il concetto di concorrenza emergente dal Trattato di Lisbona, come rileva parte della dottrina, denota una nozione di mercato plurale e competitiva, informata ai dettami della *workable competition*<sup>233</sup>.

L'evoluzione del diritto comunitario *antitrust* ha camminato di pari passo con la crisi economica degli anni Settanta e l'introduzione del "serpente monetario", necessario per difendere la valute europee contra la proclamata inconvertibilità del dollaro, cui fece seguito l'introduzione nel 1978 del Sistema monetario europeo. Emergeva l'intento di procedere verso una graduale forma di compenetrazione delle economie nazionali. La prima elezione diretta dei membri del Parlamento europeo nel 1979, segnò, invece, un significativo momento di svolta, seppur i meccanismi elettorali e le relative regole fossero ancora affidate alla discrezionalità di scelta del legislatore statale.

---

<sup>232</sup> Come sostiene Guido Alpa, la creazione di un "Codice civile europeo", nonostante sia un proposito di difficile attuazione, ha formato oggetto di importanti iniziative della Commissione e del Parlamento dal 1994 sino ad oggi. L'adozione di una Cornice di principi comuni arrecherebbe vantaggi diretti e indiretti a favore della concorrenza. La funzionalizzazione di una armonizzata disciplina europea sul diritto privato alla materia della concorrenza, dovrebbe consentire il superamento di quella corrente di pensiero che basa la disciplina sulla concorrenza su di una *competition among rules*, piuttosto che sulla *coordination among rules*. Del resto, è indicativo di un cambiamento il fatto che, anche l'area anglofona dell'UE sia afavorevole ad una armonizzazione della disciplina privatistica, piuttosto che all'uso della *common law*. Riecheggiano forse gli afflitti che hanno preceduto l'approvazione dello *Uniform Commercial Code* in ambito statunitense? L'iniziativa in ambito europeo, però, si muove sulla spinta della Commissione, negli Stati Uniti, invece, prese corpo dall'iniziativa congiunta della *National Conference of State Legislatures* e dell'*American Law Institute*, un organismo privato patrocinato dall'*American Bar Association* e inerisce un differente settore disciplinare. Sul punto, G. ALPA, *L'utile utopia dei contratti comuni*, in *Il Sole24Ore*, del 30 luglio 2009, Vol. 208, Anno 145, p. 33. Per un'analisi dettagliata del valore del *private enforcement* del diritto della concorrenza in ambito europeo, si rimanda alla dettagliata ricostruzione condotta nel volume collettaneo curato da S. BARIATTI, L. PERFETTI, "Prime osservazioni sulle previsioni del Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* della Commissione e del Codice del Consumo" in AA. VV. (a cura di F. Rossi Dal Pozzo e B. Nascimbene), *Il Private Enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, pp. 5 e ss.

<sup>233</sup> In particolare, P. DE PASQUALE, "Libera concorrenza ed economia sociale di mercato nel Trattato di Lisbona", in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Vol. I, 2009, pp. 85 e ss.

Un ruolo chiave fu, però svolto dalla Corte di Giustizia, interprete oculata e creativa dei Trattati, al punto tale da conferire loro un volto nuovo e di avviare un percorso di costituzionalizzazione dell'edificio comunitario, secondo formule sganciate dal formalismo astratto<sup>234</sup>. L'interpretazione dei disposti sulla libera circolazione delle merci ha contribuito al consolidamento del mercato comune, all'interno del quale si è misurata la sfida dell'integrazione negativa e la dicotomia tra dimensione sovranazionale e nazionale, alla costante ricerca di un punto di equilibrio. La giurisprudenza maturata sul punto riflette il graduale superamento dell'ortodossia liberale e la capacità di pensare alle dinamiche relazionali tra istituzioni comunitarie e nazionali, non secondo una logica di rigida separazione delle sfere di competenza, ma secondo una logica di compromesso che poggia su di un *aliquid datum* ed un *aliquid retentum*, tra plurimi nuclei di potere. In virtù di tale criterio si giustifica la formulazione della dottrina sul parallelismo funzionale e sulle esigenze imperative. Il primo volto ad avviare una graduale forma di armonizzazione negativa, le seconde a conservare un sfera d'azione delle autorità statali in ragione di preponderanti esigenze di *public policy* interne.

Il modello relazionale tra distinti poteri appariva ancora fluido e lo stesso mercato si presentava come un luogo in fase di consolidamento, come uno spazio di confronto e di contesa tra differenti attori istituzionali, tra pubblici poteri e private iniziative. Le dinamiche del mercato erano ancora sospese nella metafora del dilemma liberale che tentava di rinvenire un confine all'utilizzo abusivo del potere pubblico e di quello privato, che si compendia nella tensione perenne tra il concetto di autorità e quello di libertà<sup>235</sup>. La garanzia di una fisiologica dinamica degli scambi commerciali e di una efficiente concorrenza rispondeva a questa finalità e si poneva alla costante ricerca di un punto di sintesi o, meglio di equilibrio, tra spinte contrapposte e mai eguali, costituenti elemento tipizzante ogni fenomeno che si fregia del *nomen* di processo. Tale assunto fa sì che le disposizioni dei Trattati ad esse relative assumano la veste di *multipurposes rules*, non aventi solo una rigida connotazione economica o mercantile, ma ben altre sfumature che nel prosieguo saranno con evidenza acclamate.

Era, infatti, avvertita la sensazione che nuove e più importanti sfide si stavano profilando all'orizzonte, le quali avrebbero condotto all'Europa di Maastricht, all'apertura ad Est ed alla formalizzazione del concetto di Unione.

---

<sup>234</sup> Suggestiva è la descrizione che Weiler opera della Corte di Giustizia, considerata "*The least dangerous branch*" con una evidente similitudine con l'esperienza statunitense e la teorizzazione compiuta da Alexander Hamilton, riguardo la Corte Suprema degli Stati Uniti e ripresa in una celebre opera di Bickel. Sul punto, J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, pp. 188 e ss. nonché E. STEIN, "Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution", in *American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 1, (1981), pp. 34 e ss. L'autore evidenzia come la Corte di Giustizia abbia interpretato il contenuto dei Trattati e la struttura dell'edificio comunitario in "*a constitutional framework for a federal-type Europe*", piuttosto che secondo i dettami della metodologia classica offerta dal diritto internazionale, compiendo una vero e propria rivoluzione nel modo di concepire il costituzionalismo.

<sup>235</sup> Sul punto, in particolare, M. EGAN, *Constructing a European Market...* cit., pp. 61 e ss.

## **CAPITOLO VI**

### **L'UNIONE EUROPEA E LA NOZIONE DI MERCATO INTERNO: METAMORFOSI NEL SISTEMA**

## CAPITOLO VI

### L'UNIONE EUROPEA E LA NOZIONE DI MERCATO INTERNO: METAMORFOSI NEL SISTEMA

SOMMARIO: 6.1. La “Grande Rivoluzione Tranquilla” nel Libro Bianco di Delors e l’approvazione dell’Atto Unico Europeo; - 6.2. L’Unione economica e monetaria nell’Europa di Maastricht degli anni Novanta; - 6.2.1. L’*enforcement* delle politiche comunitarie nel Trattato di Amsterdam del 1997; - 6.3. La sfera applicativa dell’art. 25 del Trattato CE ed i casi di discriminazioni infranazionali di rilievo comunitario; - 6.4. Restrizioni quantitative alla libera circolazione delle merci e misure d’effetto equivalente nelle realtà infrastatali; - 6.5. I casi *Clinique* e *Schmidberger* ovvero della dottrina delle esigenze imperative e della tutela dei diritti fondamentali nell’arco di un decennio; - 6.6. Il caso *Keck&Mithouard* e la sua progenie: una svolta pretoria nell’Europa di Maastricht; - 6.7. L’armonizzazione positiva delle normative nazionali nella casistica giurisprudenziale. Ambiti applicativi e limiti; - 6.8. Armonizzazione minima, restrizioni quantitative alle esportazioni e libero commercio intracomunitario; - 6.8.1. Il volto attuale del mercato unico delle merci e le sue regolamentazioni più recenti; - 6.9. Libertà economiche, diritti sociali e la “bandiera di convenienza”.

#### *6.1. La “Grande Rivoluzione Tranquilla” nel Libro Bianco di Delors e l’approvazione dell’Atto Unico Europeo*

Gli anni Ottanta costituirono un importante laboratorio di riforme istituzionali che segnarono le sorti del processo di integrazione europea e ne influenzarono i successivi sviluppi.

Già nel 1980 e nel 1981, furono condotte due importanti iniziative politiche volte ad imprimere una svolta decisiva nell’evoluzione dell’edificio comunitario, quali il piano Gensher-Colombo ed il progetto Spinelli. Il primo si connotò per una impostazione funzionalista con tratti morfologici confederali, il secondo si fregiò di una impronta squisitamente federale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Il piano Gensher-Colombo riassume gli elementi costitutivi dell’Unione Europea, tentando di rinvigorire le Comunità europee, la politica estera, la cooperazione culturale ed il ravvicinamento delle legislazioni. Il progetto intendeva rafforzare il ruolo deliberante del Consiglio, di norma a maggioranza, e quello del Parlamento, coinvolto nella funzione legislativa su iniziativa del Consiglio. Gli elementi essenziali dell’iniziativa di Gensher e Colombo furono trasfusi nella Dichiarazione Solenne di Stoccarda del 20 giugno 1983. Per una ricostruzione di tali vicende e di siffatte iniziative si rimanda al contributo di R. BIEBER, “Dalla CE all’Unione Europea”, in AA.VV. (a cura di B. Beutler, R. Bieber, J. Pipkorn, J. Streil, J.H.H. Weiler) *L’Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 2001, pp. 693 e s.



Il proposito di Altiero Spinelli ossia dell' "*inspireteur*" della costruzione europea era, in particolare, quello di arrivare, attraverso il Parlamento europeo, ad un nuovo Trattato che riaprisse, con prospettive più ambiziose e su basi nuove, il discorso sull'Europa. Il testo appariva di ampio respiro e configurava l'Europa come un'entità politica a connotazione federale progressiva in cui venisse esaltato il ruolo del Parlamento europeo. Le assonanze con il modello statunitense e quello svizzero erano evidenti. Basti rammentare il proposito di conferire all'Unione competenze esclusive in materia di mercato interno, agricoltura, concorrenza e competenze di tipo concorrente in ambiti quali la protezione dell'ambiente, la ricerca ed i trasporti<sup>2</sup>. La straordinaria portata innovativa del progetto spinelliano si scontrò con la reticenza nazionale, anche della Francia di Mitterand<sup>3</sup>.

La bocciatura dei due programmi non arrestò le iniziative destinate a dare un forte *imprimatur* ad un processo di integrazione che iniziava a languire. Fu così che furono condotte importanti iniziative al più alto livello politico comunitario, costituito dal Consiglio europeo. Come rileva Monaco, solo questo supremo organo comunitario, di natura eminentemente politica, avrebbe potuto, con la sua autorità, indirizzare gli Stati membri ed i rispettivi governi verso il grande compito di dare concreta e reale attuazione al mercato interno nella sua interezza e nelle sue strette relazioni con gli altri spazi e settori della Comunità<sup>4</sup>.

Fu così che il Consiglio europeo di Copenhagen del dicembre 1982 incaricò il Consiglio CEE di decidere sulle misure prioritarie da proporre alla Commissione al fine di rafforzare il mercato interno. Nel giugno del 1984 il Consiglio europeo di Fontainebleau invitò il Consiglio e gli Stati membri ad adottare tutte le misure idonee a sopprimere, in tempi rapidi, i controlli di polizia e di dogana alle frontiere intracomunitarie per la circolazione delle persone. Il successivo Consiglio

---

<sup>2</sup> Nei settori di competenza concorrente, l'intervento delle istituzioni comunitarie si palesava in tutti quei casi in cui l'azione statale non fosse risultata efficace. L'Unione poteva agire per via dell'azione comune, attraverso le proprie istituzioni, o, in via alternativa, della cooperazione in virtù degli impegni assunti dagli Stati in seno al Consiglio europeo. Il Progetto Spinelli ascriveva alle istituzioni comunitarie poteri nel campo della politica estera e della programmazione delle entrate e delle spese in via pluriennale, secondo una strategia metodologica che sarà fatta propria nei Pacchetti Delors I e II. Sul punto, in particolare, D. SWANN, "Standards, Procurements, Mergers and State Aids", in *The Single European Market and Beyond* (edited by D. Swann), New York, 1992, pp. 30 e s.

<sup>3</sup> Come rileva Cassese, dal Rapporto Vedel, del 1972 a quello Gershner-Colombo, del 1983 e Spinelli, del 1984, le proposte di riforma delle Comunità Europee si sono ispirate al principio di separazione dei poteri. Si voleva, così, un'Assemblea munita di poteri legislativi, una Corte titolare della funzione giudiziaria, un Consiglio assimilabile al Senato statunitense o al *Bundesrat* tedesco e la Commissione munita di funzioni di governo secondo l'ottica tripartita di Montesquieu. Pierre Pescatore credeva, invece, nella cornice quadripartita di suddivisione dei poteri. Cassese ritiene che tale ripartizione dei poteri sia prematura per taluni ambiti in cui le Comunità non sono ancora strutturate, ed in ritardo rispetto alle interdipendenze reciproche che si sono stabilite tra Stati e istituzioni comunitarie, in modo simile a quelle sviluppatesi, a livello endo-statale, tra Stato, Regioni ed Enti locali. Inoltre, la Comunità è priva delle "*prérogative régaliennes*" ossia dei poteri legati alla sovranità, quali quello di difesa e degli affari esteri. Sembra, rileva Cassese, che le Comunità si siano occupate prima di economia e, poi, di funzioni pubbliche sovrane, differentemente dalle esperienze maturate degli Stati nazionali europei. In particolare, S. CASSESE, "La Costituzione Europea", in *Quaderni Costituzionali*, a. XI, No. 3, (dicembre 1991), pp. 498 e s. L'assunto non è valido per l'esperienza costituzionale statunitense che è sorta e si è sviluppata in virtù dell'intreccio tra problematiche economiche e problematiche politiche sussunte nel compromesso costituzionale del 1787.

<sup>4</sup> Sul punto, R. MONACO, *Mercato interno europeo*, voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XX, 1990, p. 2.

europeo di Dublino del dicembre 1984 convenne con il Consiglio di adottare le misure necessarie per il completamento del mercato interno e per l'attuazione delle norme tecniche europee. Nel mese di marzo del 1985 il Consiglio europeo di Bruxelles definì in termini più concreti le azioni volte a realizzare entro il 1992 un grande mercato unico, creando un ambiente propizio agli scambi, alla concorrenza tra imprese ed alla libera iniziativa economica, invitando la Commissione ad elaborare un programma più puntuale con un calendario preciso<sup>5</sup>. Spettò, infine, al Consiglio europeo di Milano del giugno 1985 dare l'avvio definitivo al completamento del mercato interno.

Le relative operazioni di consolidamento del mercato interno avrebbero dovuto essere cristallizzate e sviluppate in un importante documento quale il Libro Bianco elaborato dalla Commissione e sottoposto al Consiglio europeo di Milano<sup>6</sup>. Il Libro Bianco porta la firma di un esponente autorevole quale Jacques Delors. Questi credeva nella creazione di uno spazio economico interno omogeneo, di un mercato interno totalmente integrato che avrebbe consentito agli europei di beneficiare dei suoi effetti dinamici, arrecando vantaggi a favore dei popoli d'Europa in termini di crescita economica ed occupazionale e di benessere generale. Delors aveva intuito la necessità di dare una svolta al processo di integrazione che, nonostante la prima elezione del Parlamento europeo nel 1979 e l'ingresso di nuovi Stati, aveva smarrito lo slancio evolutivo delle origini. Era evidente che il progetto di consolidare i pilastri di un mercato unico da realizzarsi entro il 31 dicembre 1992, imponeva ritmi di lavoro serrati, tali da indurre lo stesso Delors a sostenere: *“Abbiamo bisogno di tutte le forze nel momento in cui si profila la grande rivoluzione tranquilla che cancellerà le frontiere fra i Dodici”*, ma faceva riemergere quel noto gradualismo delle scelte e dei passaggi istituzionali che aveva tipizzato il percorso delle origini e, soprattutto, i contributi offerti dalla *leadership* francese. Delors può essere ben descritto attraverso le parole di Dominique Wolton, che lo definì *“un homme, un calendrier, un objectif, un mécanisme”*<sup>7</sup>.

L'intento recondito di Delors era quello di creare un mercato unico, munito di una base organizzativa e funzionale sempre più assimilabile ad un mercato interno, in cui l'aggettivo

---

<sup>5</sup> Come rileva Cassese, a partire dal 1974 e, poi, con l'Atto Unico Europeo, il Consiglio Europeo assume un ruolo di maggiore rilievo e opera come *“organo d'appello ed arbitro rispetto ai Consigli settoriali”* che costituiscono una sorta di *“coalizione di governi nazionali, i quali sono dotati a Bruxelles di potere legislativo, frustando sia il Parlamento europeo di Strasburgo, sia i vari Parlamenti nazionali”*. L'autore evidenzia come l'elemento intergovernativo si manifesti anche nella Commissione attraverso l'attecchimento dei Comitati di settore, composti da rappresentanti delle amministrazioni nazionali che così penetrano all'interno di un'amministrazione transnazionale. Proprio a seguito dell'Atto Unico europeo si è avviata una crescente comunitarizzazione delle funzioni nazionali. Sul punto, si rimanda la contributo di S. CASSESE, *La Costituzione Europea*, in *Quaderni Costituzionali*, a. XI, No. 3, (dicembre 1991), pp. 488 e s. Moravcsik evidenzia come le riforme degli anni Ottanta siano state sospese tra un'ottica *“massimalista”*, seguita dal *“Crocodile Group”* guidato da Spinelli, ed un'ottica *“minimalista”* seguita dal *“Kangaroo Group”*, sostenuto dal parlamentare Tory, Basil de Ferranti. Sul punto, A. MORAVCSIK, *“Negotiating the Single European Act: national interests and conventional statecraft in the European Community”*, in *International Organization*, Vol. 45, Vol. I, (Winter 1991), pp. 22 e s.

<sup>6</sup> Per una disamina delle conclusioni raggiunte in seno ai Consigli europei, si rimanda al contributo di R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, p. 2 e di .....

<sup>7</sup> Sul punto, D. WOLTON, *L'Unité d'un homme*, Paris, 1994, p. 122.

sottintendeva un implicito riferimento alla dimensione unitaria posseduta da un mercato nazionale<sup>8</sup>. In tal senso, il Libro Bianco presentato dalla Commissione al Consiglio europeo di Milano, si proponeva l'obiettivo di completare il mercato interno in virtù di uno specifico programma d'azione e attraverso una serie di passaggi fondamentali<sup>9</sup>.

Come rileva Weiler, la sottigliezza politica del Libro Bianco si rinveniva nel suo tentativo di rivitalizzare la Comunità, attraverso la costruzione di un'Europa senza frontiere, ma era completamente pervaso dalla logica funzionalista e dal gradualismo dei passaggi costitutivi<sup>10</sup>. Il proposito di saldare i mercati nazionali in un unico grande mercato presupponeva la rimozione di tutte le barriere frapposte alla libera circolazione dei fattori produttivi<sup>11</sup>. Le barriere comprendevano quelle fisiche che erano quelle costituite dalle dogane alle frontiere intracomunitarie, avvertite dai cittadini degli Stati membri come *“il segno più evidente della persistente divisione dell'Europa”*<sup>12</sup>. Differentemente, la rimozione delle barriere tecniche costituiva uno dei meccanismi più efficaci per conferire al mercato interno unificato una reale dimensione economica ed industriale<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> In particolare, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, p. 37.

<sup>9</sup> Questi ultimi erano costituiti dall'intento di saldare insieme i singoli mercati degli Stati membri in un unico grande mercato con oltre 320 milioni di persone al suo interno; di garantire che il mercato fosse in continua espansione e non acquisisse una connotazione statica e che il medesimo assumesse una dimensione flessibile, in modo tale che le risorse umane, materiali, di capitali e di investimenti affluissero nelle aree maggiormente redditizie. Come rileva Michelle Egan, il programma scritto sotto la direzione di Lord Cockfield intendeva rimuovere ogni ostacolo fisico, tecnico e fiscale alla libera circolazione delle merci, ma l'attenzione primaria era rivolta agli ostacoli tecnici, la cui rimozione era essenziale per poter concettualizzare un nuovo *“framework of market liberalization”* esteso ad ogni ambito e settore. Sul punto, M. EGAN, *Constructing a European Market... cit.*, pp. 114 e s.

<sup>10</sup> In particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, pp. 122 e s., il quale evidenzia come il Libro Bianco poté contare sul sostegno di coloro i quali credevano nella realizzazione del vecchio sogno di un vero mercato comune che, in virtù delle inevitabili frammistioni tra sfera economica e sociale, propria delle moderne economie, avrebbe consentito la realizzazione di una unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa, e di colori i quali aspiravano alla creazione di un moderno mercato integrato non dominato da forme eccessive di regolamentazione. Tanto che, a parere, di Weiler, *“lo smantellamento della normativa che ostacolava il commercio intracomunitario, ... avrebbe significato anche una delegificazione e deregolamentazione generale anche a livello dei singoli Stati membri”*. In modo analogo si esprime C.D. EHLERMANN, *“The «1992» Project: Stages, Structures, Results and Prospects”*, in *Michigan Journal of International Law*, (1990), p. 1099.

<sup>11</sup> Sul punto, si rimanda al contributo di R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, p. 3. nonché di K. ARMSTRONG, S. BULMER, *The Governance of the Single European Market*, New York, 1998, pp. 144 e s., i quali sostengono che sono distinguibili tre fasi nella evoluzione della *governance regime* del mercato: una prima fase connotata da uno spiccato attivismo giudiziario e da una forma di integrazione negativa; una seconda fase contrassegnata dalla pronuncia *Cassis* che darà spazio alla formula delle esigenze imperative e alla dottrina del mutuo riconoscimento come strumenti di affermazione delle prerogative statali e di convergenza delle normative nazionali in virtù di un moto dal basso che non necessitava di un ravvicinamento condotto dalle istituzioni comunitarie ed, infine, una terza fase inaugurata con il *White Paper* del 1985 di Delors che inaugurava un'ampia stagione normativa e il processo dell'armonizzazione positiva seppur minima, rivoluzionando il sistema della *European Standardization* delle merci.

<sup>12</sup> La citazione è rinvenibile nel contributo di R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, p. 3. L'esistenza di posti di frontiera si giustificava per la presenza di divisioni tecniche e fiscali tra gli Stati membri. Ma una volta raggiunto l'obiettivo della loro eliminazione, ricorrendo anche a strumenti alternativi quali il controllo dell'immigrazione, del traffico di sostanze stupefacenti e la garanzia della sicurezza pubblica, le barriere fisiche non avrebbero più avuto alcuna ragion d'essere. Inoltre, sotto un profilo economico, la presenza di controlli fisici aumentava i costi economici degli scambi e frammentava il mercato.

<sup>13</sup> Occorreva, poi, rimuovere le residue barriere fiscali che ostacolavano il commercio intracomunitario. Come rileva Monaco, ciò avrebbe consentito alle industrie di sperimentare e di fare notevoli economie di scala e di divenire più competitive in seno al mercato, stante la riduzione delle normative nazionali ostative o limitative della libertà degli scambi. In particolare, R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, p. 4.

Ci si rese conto che nella materia degli ostacoli frapposti alla libera circolazione delle merci, soprattutto, in materia di barriere tecniche, fosse necessario pervenire ad una normativa uniforme a livello comunitario, percorrendo la strada del ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative, lasciate convergere intorno ad una *ratio* comune, individuata a livello europeo. Si era radicata la convinzione, che emergeva in modo chiaro dal Libro Bianco, che occorresse sperimentare una “*new regulatory strategies for market integration*”<sup>14</sup>.

Il Consiglio europeo di Milano accolse favorevolmente il Libro Bianco ed invitò il Consiglio, sulla scorta dei suggerimenti e delle elaborazioni del Libro stesso ed in virtù delle linee guida con le quali era stata realizzata l’unione doganale, di varare un programma d’azione che avrebbe consentito di realizzare un mercato unico entro il 1992, secondo tappe e date prestabilite. Da qui l’invito alla Commissione a stilare una serie di proposte organiche da sottoporre all’attenzione del Consiglio che avrebbero consentito la realizzazione del mercato unico secondo meccanismi progressivi e dinamiche evolutive gradualmente, ma allo stesso tempo visibili.

Per tale motivo, il Consiglio europeo di Milano convocò una Conferenza dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri che si concluse a Bruxelles nel dicembre del 1985 e che portò alla formazione di un nuovo accordo modificativo dei Trattati, costituito dall’Atto Unico europeo, firmato a Lussemburgo nel febbraio 1986 ed entrato in vigore, il primo luglio del 1987. L’Atto Unico non rappresentava la prima riforma dei Trattati comunitari, ma si poneva, di sicuro, quale documento di straordinaria importanza. La Sottosezione I, della Sezione II dell’Atto Unico, intitolata mercato interno, condusse ad una metamorfosi nel modo di concepire la creatura originata dai Trattati istitutivi, segnando il passaggio da un “mercato coordinato” ad un “mercato integrato”, la cui attuazione superava i dettami imposti dal Trattato di Roma<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Come ricorda Michelle Egan, non occorre garantire la presenza di regole eguali su tutto il territorio, ma era necessario, in ragione dell’avvenuta formalizzazione della formula sul mutuo riconoscimento della sentenza *Cassis*, che i prodotti fossero legalmente prodotti e commercializzati nel mercato unico secondo criteri comuni ed armonizzati. Sul punto, si veda l’analisi di M. EGAN, *Constructing a European Market... cit.*, pp. 114 e ss. Anche Maduro rileva come la formalizzazione del principio del mutuo riconoscimento aveva costituito “*an effective strategy for bringing about a common market in a trading sense*”. Questo avrebbe condotto alla creazione di un “*expanding market and a flexible market*”. Una siffatta “codificazione” comunitaria del principio del mutuo riconoscimento avrebbe innervato nel sistema una *competition among rules* notevole. Infatti, Maduro rammenta il pensiero di Tommaso Padoa Schioppa, in proposito, che affermava: “*Consumers will become informed about different product qualities, and where regulations are inefficiently specified or excessively burdensome, producers in those jurisdictions will lose market share; the authorities will be induced to reconsider their regulations*”. Maduro richiama, altresì, il pensiero di Dye, il quale non crede solo alla concorrenza tra le regole, ma anche alla “*competition between Central and State governments and between State governments themselves*”, quale elemento tipizzante le esperienze federali, tendente a risultati analoghi. Sul punto, si rimanda alla rilevante ricostruzione di M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Portland, Oregon, 1998, pp. 132 e ss.

<sup>15</sup> Sul punto, in particolare, R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, p. 3. Come hanno affermato Sandholtz e Zysman, l’Atto Unico costituì “*the most important amendment to the Treaty of Rome since the latter was adopted in 1957*” per la creazione di uno “*European Community home market*”. Sul punto, W. SANDHOLTZ, J. ZYSMAN, “1992: Recasting the European Bargain”, in *World Politics*, Vol. 42, No. 1, (Oct. 1989), pp. 115 e ss.

L'aggettivazione risulta di ampio rilievo poiché segna un salto di qualità nel modo di concepire l'intera infrastruttura economica delle Comunità<sup>16</sup>. Il consolidamento del mercato doveva avvenire attraverso le procedure disegnate dall'art. 8A, 8B ed 8C introdotti dall'Atto Unico Europeo in seno al Trattato CEE. Basti rammentare la significativa *vis* programmatica che risalta nelle parole dell'art. 8A, secondo cui: *“La Comunità adotta le misure destinate all'instaurazione di un mercato interno nel corso di un periodo che scade il 31 dicembre 1992”*. Il secondo comma dell'articolo prevede che: *“Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del Trattato”*.

L'Atto Unico non innova quelle disposizioni del Trattato di Roma che riguardano la libera circolazione delle merci né ne intacca il contenuto per effetto dell'avvio della procedura di ravvicinamento delle legislazioni nazionali. In un certo senso, l'architettura comunitaria costruitasi in materia di libera circolazione delle merci e le relative ricostruzioni della Corte di Giustizia non furono né scalfite né alterate dalle procedure di ravvicinamento delle normative nazionali che, invece, contribuirono ad implementarle e rafforzarle<sup>17</sup>.

L'Atto Unico ebbe il merito di perfezionare e di smussare i vizi ed i difetti del mercato comune sino ad allora in vigore<sup>18</sup>. Infatti, al di là della libera circolazione delle merci, le garanzie delle altre libertà di circolazione inerenti le persone, i servizi ed i capitali non erano affatto sviluppate<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> In effetti, non si trattava di un semplice atto normativo che si poneva in linea di continuità con le conquiste pregresse, tentandone il completamento, bensì come strumento che dettava le procedure in virtù delle quali sarebbe stato possibile ampliare e rafforzare la concezione del mercato, attraverso delle riforme istituzionali tracciate dagli artt. 6-12.

<sup>17</sup> Come rileva Maduro, l'Atto Unico Europeo e, di poi, il Trattato di Maastricht contribuirono a *“complementing for the erosion of national regulatory powers caused by market integration rules”*. In tal modo, riuscirono a promuovere la costruzione del mercato interno e lo sviluppo delle libertà di circolazione e di concorrenza, rafforzando l'autorità pubblica e politica che su quel processo detenevano le istituzioni comunitarie. Sul punto, in particolare, M.P. MADURO, *“Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights”*, in *European Law Journal*, Vol. 3, No. 1, (March 1997), p. 66. Analoghe riflessioni sono condotte da quella dottrina che considera l'immagine dell'Europa, a seguito dell'Atto Unico europeo, costituita da Paesi di piccole e grandi dimensioni che si affacciano sulla scena economica globale, transitando da *“interlinked national economies”* ad una *“regional economy”*. Sul punto, W. SANDHOLTZ, J. ZYSMAN, *“1992: Recasting the European Bargain”*, in *World Politics*, Vol. 42, No. 1, (Oct. 1989), p. 123.

<sup>18</sup> Occorre evidenziare che gli effetti benefici dell'Atto Unico europeo e della progenie di atti normativi che ne scaturirono non furono percepiti nell'immediato, bensì in modo differito come spesso accade nel corso dei cambiamenti strutturali di un sistema. Inizialmente, vi fu anche autorevole dottrina che lo reputò un sordido tentativo di ripetere gli obiettivi posti a presidio del mercato comune, creando delle insidie derogatorie, causa di disordine ed entropia all'interno del sistema normativo. Si esprime così severamente Pierre Pescatore che definisce l'Atto Unico Europeo un *“serio passo indietro”* per la Comunità europea, in verità preparerà un ampio cambiamento nelle strutture comunitarie. Sul punto, P. PESCATORE, *“Some Critical Remarks on the Single European Act”*, in *Common Market Law Review*, Vol. 24, (1987), p. 9. Un atteggiamento tiepido lo ebbero anche il vice presidente della Commissione Andriessen, alla cerimonia per la firma dell'Atto Unico Europeo, e lo stesso Delors. Sul punto, si rimanda al contributo descrittivo di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 117.

<sup>19</sup> Come rileva Monaco, ognuna delle quattro libertà richiedeva ancora importanti perfezionamenti. Il Trattato CEE aveva graduato, nel tempo, l'attuazione della libera circolazione delle persone che non fossero lavoratori dipendenti, della libertà di stabilimento, nel territorio comunitario, delle persone giuridiche, in particolare delle società, attraverso una serie di direttive fondate sull'art. 54, § 3, lett. g, del Trattato di Roma, liberalizzandole, ma la situazione non poteva

Siffatto *deficit* rendeva lo stesso mercato un *locus* difficilmente accessibile alle persone, alle iniziative imprenditoriali di operatori economici di Stati diversi ed al compimento di investimenti, tanto da risultare ancora una creatura amorfa, con delle sembianze non perfettamente consolidate.

Si palesò l'assunto secondo cui il processo di integrazione europea, non poteva svilupparsi ulteriormente se si rimaneva arretrati all'immagine del mercato comune delle sole merci. Si fece strada l'idea secondo la quale dietro un prodotto da scambiare liberamente non vi fosse solo il distributore al minuto e all'ingrosso, il produttore e l'ideatore, ma che vi si agitasse un mondo fatto di libere iniziative economiche, di capitali investiti e di lavoratori che si spostavano in continuazione e che necessitavano di tutele. In tal modo, la nozione di mercato interno munito di una base simile ad un mercato nazionale, acquisiva non solo una connotazione pluralistica, ma anche una struttura pluridimensionale e schiudeva un universo animato non da soli oggetti da produrre e da scambiare, ma da persone che vi si muovevano all'interno a ritmo incessante.

Un elemento tipizzante l'Atto Unico europeo è dovuto alla sostituzione, in talune materie, della regola dell'unanimità con la regola della maggioranza. In particolar modo, proprio nel settore dell'unione doganale ed in merito al suo impatto sull'insieme dei movimenti intracomunitari di merci nonché in tema di libertà di stabilimento e di liberalizzazione dei movimenti di capitali, l'Atto Unico incise sulla struttura dell'originario del Trattato CEE, sancendo che: *“Qualsiasi modifica o sospensione autonoma dei dazi della tariffa doganale comune è decisa dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione”*<sup>20</sup>.

In ordine all'armonizzazione fiscale, l'art. 99 (attualmente art. 93), ha mantenuto la regola dell'unanimità, sancendo che: *“Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione del mercato interno entro il termine*

---

dirsi completata. Allo stadio più embrionale si presentava, del resto, la disciplina sulla libera circolazione dei servizi e dei capitali. In particolare, R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, p. 3.

<sup>20</sup> Per quanto riguarda, invece, il coordinamento normativo delle attività non salariate, l'art. 57, § 2 del Trattato era modificato dall'art. 16, § 2 dell'Atto Unico che mantiene in vigore la regola dell'unanimità per tutte quelle direttive, la cui esecuzione, in uno Stato membro, comporti una modifica dei principi legislativi inerenti il regime delle professioni, la formazione professionale e le condizioni di accesso delle persone fisiche. In tema di liberalizzazioni, si prevede la regola della maggioranza qualificata per le deliberazioni di quelle direttive che intendano promuovere il più alto grado possibile di liberalizzazioni, mentre è necessaria l'unanimità per tutte quelle misure che costituiscono un regresso in materia di liberalizzazioni dei movimenti di capitali. La regola della maggioranza qualificata fu estesa dall'Atto Unico al settore della politica sociale (*ex art. 118A*), della ricerca e delle tecnologie (*ex art. 130K*), e della protezione ambientale (*ex art. 130S*). Sul punto, R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, p. 4. V'è chi ha scorto nella regola della maggioranza qualificata una forma di declino dei governi nazionali e di rafforzamento e di crescita dell'elemento transnazionale. Sul punto, in particolare, S. CASSESE, *“La Costituzione Europea”*, in *Quaderni Costituzionali*, a. XI, No. 3, (dicembre 1991), pp. 492 e s.

previsto”<sup>21</sup>. L’introduzione, per talune materie, della regola della maggioranza qualificata, consentì la formazione in seno al Consiglio di veri e propri gruppi di interessi fra gli Stati membri. La nascita di siffatte formazioni, nell’ambito dell’organo consiliare, rispondeva all’esigenza di assicurare il raggiungimento della maggioranza necessaria nell’adozione di decisioni di cruciale importanza, ma nello stesso tempo fungeva da strumento per condurre una efficace prassi ostruzionistica<sup>22</sup>.

La *vis* innovativa dell’Atto Unico risiedeva nella disciplina analitica prevista dall’art. 100A (attualmente art. 114 TFUE) che si poneva in una peculiare e significativa ‘posizione’ derogatoria rispetto al pregresso art. 94 del Trattato CEE. L’art. 100A prevedeva che “*Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e, in cooperazione con il Parlamento europeo e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l’instaurazione ed il funzionamento del mercato*”. Il legislatore comunitario, al § 2, ne escludeva l’applicazione nei riguardi delle disposizioni fiscali, della libera circolazione delle persone e quelle inerenti i diritti e gli interessi dei lavoratori dipendenti. Il Trattato di Amsterdam del 1997 che ha modificato la pregressa numerazione del Trattato di Roma, ha anche innovato il contenuto dell’art. 100A (oggi art. 114 TFUE) del Trattato, stabilendo che: “*In deroga all’art. 94, e salvo che il presente Trattato non disponga diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell’art. 14. Il Consiglio deliberando in conformità della procedura di cui all’art. 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adotta le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l’instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*”. L’art. 251 (nella versione precedente al Trattato di Amsterdam, art. 189B del Trattato di Roma), dettava un *iter* procedurale complesso, ma lasciava impregiudicata la regola della maggioranza qualificata, della proposta della Commissione e del previo parere del Parlamento.

---

<sup>21</sup> Come rileva Monaco, l’obbligo di armonizzazione della materia, potrebbe dare luogo, da parte degli interessati, ad un ricorso per carenza degli organi comunitari in base al dettato dell’art. 175 del Trattato. Sul punto, R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, p. 4.

<sup>22</sup> Dopo l’inclusione della Spagna, del Portogallo e della Grecia, i cd. Stati del Sud, non potevano costituire con 18 voti una minoranza bloccante, d’altra parte, gli Stati fondatori non disponevano di un numero di voti necessari (42) per mettere in minoranza gli altri Stati. Invece, gli Stati meno sviluppati, quali l’Irlanda, la Grecia, il Portogallo e la Spagna, potevano impedire con un numero di voti pari a 21, impedire la formazione di una maggioranza qualificata. Inoltre, il progetto di Trattato sull’Unione Europea del 1984 e il Rapporto Dooge, introducevano una serie di norme destinate a limitare il diritto di veto di uno Stato membro contro una decisione adottata a maggioranza. Si trattava, in modo evidente, di un correttivo alle degenerazioni provocate dal ‘compromesso di Lussemburgo’ del 1966 che consentiva di paralizzare l’attività deliberante e decisionale del Consiglio, in virtù dell’evocazione di un interesse vitale dello Stato membro che suffragava il suo potere di veto. Il fatto che l’Atto Unico non contenesse alcuna disposizione in merito al compromesso di Lussemburgo, stava a significare che l’adozione di una decisione a maggioranza qualificata era possibile anche nelle ipotesi in cui uno Stato membro opponesse interessi vitali, a meno che altri Stati membri non facessero venire meno il *quorum* di voti necessario per la formazione della maggioranza qualificata.

In merito alla portata delle deroga contenuta nell'art. 114 TFUE (già art. 95 TCE), lo strumento privilegiato del ravvicinamento, anche se non espressamente previsto, è costituito dalla direttiva. Un ruolo di impulso peculiare è svolto dalla Commissione cui compete il potere di proporre misure di ravvicinamento normativo che consentano il consolidamento del mercato interno e che garantiscano un livello di protezione della salute, della sicurezza, dell'ambiente e dei consumatori elevato<sup>23</sup>.

Un ruolo peculiare è ricoperto proprio dall'attuale § 10 dell'art. 114 del TFUE, che costituisce una deroga al processo di armonizzazione in ragione della ostensione di uno dei motivi elencati dall' art. 36 del TFUE o di protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro da parte dello Stato membro. In tal caso, la procedura da seguire è complessa e deve poggiare su di una lettura in combinato disposto dei §§ 4 e 5 (quest'ultimo introdotto dal Trattato di Amsterdam) con il § 6. Infatti, il § 4 concerne il 'mantenimento' in vigore di disposizioni nazionali giustificate dall'art. 30 del Trattato o da esigenze di protezione ambientale e di tutela dell'ambiente di lavoro, mentre il § 5 concerne l' 'introduzione' di disposizioni nazionali fondate sull'acquisizione di nuove prove scientifiche inerenti la protezione ambientale e dell'ambiente di lavoro<sup>24</sup>. Entrambi, però, operano in presenza di misure di armonizzazione adottate dalla Commissione o dal Consiglio già entrate in vigore e proprio perché derogano alla disciplina comunitaria, richiedono una preventiva notifica alla Commissione delle disposizioni mantenute o introdotte e la precisazione dei motivi che stanno alla base di quella scelta.

Il § 6, a sua volta, disciplina il ruolo della Commissione che deve vigilare sul legittimo esercizio del potere statale e decidere nel termine di sei mesi, prorogabile di altri sei in presenza di casi complessi, se il mantenimento o l'introduzione di provvedimenti statali che derogano al contenuto di misure d'armonizzazione comunitaria, non si rivelino e non costituiscano uno strumento di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata al commercio o un ostacolo al funzionamento del mercato interno. Il silenzio della Commissione lascia impregiudicate le misure nazionali. La portata delle deroga pone, altresì, il problema della formazione di asimmetrie normative in settori molto delicati quali la protezione dell'ambiente, dei consumatori e degli ambienti di lavoro, con il rischio di ridurre la 'vis deterrente' della misura di armonizzazione comunitaria. Per tale motivo, a correttivo del rischio di creare un quadro normativo entropico, in cui

---

<sup>23</sup> Costituisce un fattore di ampio rilievo il fatto che l'art. 25 dell'Atto Unico Europeo abbia introdotto nel corpo del Trattato CEE, apposito articolo, in materia di protezione ambientale, una prima formale teorizzazione ed espressione in chiave normativa del principio di sussidiarietà. Infatti, il § 1 dell'art. 130R sanciva che l'obiettivo della Comunità in tema di protezione ambientale fosse quello di salvaguardare la qualità dell'ambiente, di proteggere la salute umana e di garantire una razionale utilizzazione delle risorse naturali. L'azione comunitaria, in materia, è informata ai criteri dell'azione preventiva e della correzione, alla fonte in particolare, dei danni causati all'ambiente, secondo il principio "chi inquina paga". Ma il nocciolo duro del disposto risiede nel § 4 dell'art. 130R, il quale sanciva che: "*La Comunità agisce in materia ambientale nella misura in cui gli obiettivi del §1 possano essere meglio realizzati a livello comunitario, piuttosto che a livello dei singoli Stati membri*".

<sup>24</sup> In particolare, sul punto, si rimanda al contributo di D. SWANN, "Standards, Procurements, Mergers and State Aids," in *The Single European Market and Beyond* (edited by D. Swann), New York, 1992, pp. 55 e s.



al ravvicinamento si fosse sostituito una forma di allontanamento graduale delle disposizioni nazionali, si pone il § 7 dell'art. 114 TFUE (già art. 95 TCE), che autorizza la Commissione a valutare l'opportunità di un adeguamento della misura di armonizzazione in vigore con le disposizioni nazionali derogatorie, mantenute o introdotte. Ne emerge sempre quell'intento recondito, che è proprio degli organi comunitari, di rinvenire un punto di equilibrio tra spinte contrapposte al fine di garantire la stabilità dell'intero sistema<sup>25</sup>. A suffragio di siffatta impostazione, interviene il § 8, dell'art. 114 TFUE che in deroga ai disposti degli artt. 258 e 259 del Trattato di Roma consente alla Commissione e al Consiglio di adire direttamente la Corte di Giustizia nel caso in cui si palesino utilizzi abusivi di siffatto potere da parte di uno Stato membro. L'intervento del Giudice comunitario si pone a completamento del sistema di salvaguardia dell'efficacia delle misure di armonizzazione e consente di ampliare le modalità di controllo delle condotte statali eventualmente abusive ed illegittime, incompatibili con il proposito di consolidare le fondamenta del mercato interno.

A chiusura di un disposto così articolato si pone il § 10, il quale sancisce che: *“Le misure di armonizzazione di cui sopra comportano, nei casi opportuni, una clausola di salvaguardia che autorizza gli Stati membri ad adottare, per uno o più dei motivi non economici di cui all'art. 30, misure provvisorie soggette ad una procedura comunitaria di controllo”*. V'è chi ha scorto, nella clausola di salvaguardia, uno strumento che restituisce ampio vigore al ruolo ed all'azione degli Stati i quali, nelle maglie dell'armonizzazione comunitaria, si riservano il potere di disciplinare taluni settori ed ambiti. L'azione statale, incardinata nella nozione delle clausole di salvaguardia, deve essere, comunque, ricompresa nel novero delle fattispecie di cui all'art. 36 TFUE, deve essere suffragata da ragioni non economiche e deve essere supportata dalla circostanza secondo la quale l'azione statale offra degli *standards* di protezione più elevati<sup>26</sup>.

Un simile organigramma normativo è imperniato ad un criterio di *'check and balances'* tra Stati e Comunità che, parere di Monaco, avrebbe potuto essere ricomposto nel seno del principio di proporzionalità, sviluppato dalla Corte di Giustizia ed esteso anche alle competenze degli Stati membri, con il risultato che le misure nazionali avrebbero dovuto limitarsi a ciò che era davvero

---

<sup>25</sup> Infatti, il § 8 prevede che nel caso in cui uno Stato sollevi un problema specifico di sanità pubblica in un determinato settore in cui operi già una misura di armonizzazione, la Commissione può valutare l'opportunità di proporre misure appropriate al Consiglio. Come rileva Weiler, l'art. 100A costituiva una delle più importanti disposizioni introdotte dall'Atto Unico, seppure fosse munito di un peculiare aspetto minimalista o controproducente, che rivelerà, a dire il vero, solo un tratto esteriore dell'articolo. Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 123 nonché M. DOUGAN, “Minimum Harmonization and the Internal Market”, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), pp. 878 e ss.

<sup>26</sup> Come rileva Ehlermann la formulazione del § 10 fu elaborata in termini ancora più restrittivi dagli stessi capi di Stato e di Governo. Sul punto, si rimanda al contributo di C.D. EHLERMANN, “The Internal Market following the Single European Act”, in *Common Market Law Review*, (1987), pp. 380 e ss.

necessario per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti su di una base di legittimità<sup>27</sup>. Ma altra dottrina ritiene, invece, che sono due i tratti distintivi del nuovo sistema ossia “*un approccio minimalistico che vuole indicare che la Comunità cercherà di armonizzare unicamente ciò che è strettamente necessario ad assicurare la libera circolazione delle merci, consentendo per il resto un certo spazio per normative statali concorrenti*”; in secondo luogo, la Comunità fissa degli *standards* di tutela molto generali che consentono un intervento concorrente e correttivo dei singoli Stati membri<sup>28</sup>.

Il *punctum* di equilibrio tra Stati e Comunità, tra misure di armonizzazione e clausole di salvaguardia, motivate da esigenze interne di estremo rilievo, si rinviene nel momento del controllo che le istituzioni comunitarie, in particolare la Commissione e la Corte di Giustizia, sono tenute a compiere sull'uso legittimo del potere di deroga, controllando che esso non celi intenti discriminatori o protezionistici lesivi degli scambi intracomunitari e delle dinamiche di svolgimento delle relazioni in seno al mercato.

Come rileva Weiler, la Nuova Strategia dell'armonizzazione costituisce un momento importante del “paradigma delle convergenze” poiché attribuisce maggior risalto all'autonomia delle regolamentazioni nazionali<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Sul punto, R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, p. 5 nonché D. SWANN, *Standards, Procurements, mergers and State Aids*, in *The Single European Market and Beyond* (edited by D. Swann), New York, 1992, p. 57.

<sup>28</sup> In particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, pp. 364 e s. Dougan, invece, sottolinea come l'armonizzazione minima sia stata istituzionalizzata per effetto della modifica apportata dall'Atto Unico Europeo al Trattato CEE. Le successive modifiche, operate del Trattato di Amsterdam, hanno cristallizzato le cd. “*minimum harmonization clauses*” al fine di consolidare il mercato, lasciando residuare un intervento anche degli Stati membri, alimentando una costante tensione tra differenti centri decisionali. Sul punto, si rimanda al contributo di M. DOUGAN, *Minimum Harmonization and the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), pp. 855 e s.

<sup>29</sup> Come afferma Weiler, la prima caratteristica della Nuova Strategia dell'Armonizzazione si rinviene nel sistema delle direttive in materia di informazione. Siffatte direttive impongono agli Stati membri di informare la Comunità e gli altri Stati di qualsiasi nuova proposta che possa ostacolare la libera circolazione delle merci. Basti rammentare la Direttiva del Consiglio 83/89 che introduce una procedura per la diffusione di informazioni sugli *standards* tecnici e le regolamentazioni, rivisitata dalla Direttiva del Consiglio e del Parlamento 94/10/CE. Tale sistema consente alla Commissione ed agli altri Stati membri di opporsi ai provvedimenti nazionali prima che entrino in vigore e, se necessario, di contrastarli o di comunitarizzarli. L'autore rileva come solo in apparenza il sistema prefigurato dalle Direttive si ponga il linea con la formula *Dassonville*. In verità il nuovo regime, nel determinare il punto di equilibrio tra regolamentazione e mercato e nel definire i valori socio-economici ad esso relativi, ritiene che siano gli Stati e le società a costituire “*nel lungo termine, i veri depositari della saggezza e della legittimazione in materia*”. Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ... cit.*, p. 363. Per un elenco più completo delle singole Direttive emanate, a cavallo degli anni Settanta ed Ottanta e del regime di protezione comunitario, dettato a tutela dei consumatori, in particolare, per quanto riguarda la composizione chimica dei farmaci, si rimanda sempre al contributo di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ... cit.*, p. 364. Il dovere di informazione previsto in tali direttive verrà, del resto, ripreso nella formulazione dell'art. 100A, introdotto dall'Atto Unico Europeo, nella parte in cui pone in capo ai singoli Stati membri il dovere di notificare il mantenimento e l'introduzione di provvedimenti interni di deroga al regime di armonizzazione comunitario e di fornirne una puntuale motivazione, residuando in capo alla Commissione e agli altri Stati, un potere di impugnativa dei medesimi innanzi alla Corte di Giustizia, oltre alla previsione di una procedura di preventivo controllo effettuata dalla Commissione. Sul punto, si veda anche l'analisi critica di M. EGAN, *Constructing a European Market... cit.*, pp. 115 e ss. Come rilevano Armstrong e Bulmer, la Direttiva 83/189/CEE, riprende gli assunti di un *Gentleman's Agreement* del 1969 sulla notificazione delle regolamentazioni tecniche nazionali che non ebbe successo. In verità ci si rese conto che il problema delle incrementalmente barriere tecniche nazionali risiedevano nella diversità degli *standards* imposti, piuttosto che nella disparità delle regole previste. Ed è proprio sul concetto di

Questo aspetto emerge nella Dichiarazione che il Governo danese ha condotto in merito all'art. 114 del Trattato di Roma, asserendo che: “*Il Governo danese constata che nel caso in cui un Paese membro ritenga che una misura di armonizzazione adottata a norma dell'art. 100A (oggi art. 114 TFUE) non salvaguardi esigenze relative all'ambiente di lavoro, alla tutela dell'ambiente o altre esigenze menzionate all'art. 36, le disposizioni del paragrafo 4 garantiscono che il Paese membro interessato può applicare misure nazionali. Tali misure saranno prese al fine di soddisfare le esigenze sopra menzionate e non devono costituire una forma di protezionismo dissimulato*”<sup>30</sup>.

In tal modo, i pregressi artt. 100 e 100A operavano in ambiti distinti e l'art. 100 poteva continuare ad essere applicato al riconoscimento reciproco delle disposizioni nazionali poiché l'art. 100A costituiva *lex specialis* e non lo escludeva.

Entrambi i disposti avrebbero dovuto garantire una sempre più rapida instaurazione del mercato interno, il quale ultimo aveva subito un processo di radicale trasformazione nel corso degli anni e non era affatto assimilabile allo spazio economico e mercantile del periodo delle origini. Indubbiamente, l'ingresso di altri Paesi con livelli di sviluppo socio-economico diversificati aveva creato diaframmi nel tessuto comunitario. Occorre ribadire che i *conditores* comunitari presentavano anche dei sistemi economici e degli apparati di *welfare* che nel corso degli anni si erano sempre più assimilati. Ma la caduta del Muro di Berlino nel 1989 e la schiusura della complessa realtà dei Paesi dell'Est europeo, con conseguente dissoluzione dell'impero sovietico, ebbero un forte impatto sulla struttura compositiva delle Comunità e sulle relazioni internazionali in generale<sup>31</sup>. L'aumento delle competenze e dei compiti delle istituzioni comunitarie, l'ampliamento

---

*standard* tecnico che si fonda la Direttiva 83/89/CEE. Sul punto, si rimanda al contributo di K. ARMSTRONG, S. BULMER, *The Governance of the Single European Market* ...cit., pp. 155 e s.

<sup>30</sup> Un ruolo non marginale era ricoperto dall'art. 100B, abrogato dal Trattato di Amsterdam il quale prevedeva che la Commissione, nel corso del 1992, avesse il compito di curare l'inventario di tutte le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che rientravano nella sfera applicativa dell'art. 100A e che non avevano ancora formato oggetto di armonizzazione. Il Consiglio in virtù della procedura decisionale tracciata dall'art. 100A e con l'intervento degli organi comunitari competenti poteva decidere che talune disposizioni in vigore in uno Stato membro dovevano essere riconosciute come equivalenti a quelle in vigore in un altro Stato membro.

<sup>31</sup> Gli eventi del novembre 1989 avevano fatto venire meno la dipendenza economica e politica che taluni Paesi dell'Est europeo vivevano nei confronti dell'Unione Sovietica in virtù di vincoli, sino a quel momento, molto solidi. L'evento incise significativamente sulle relazioni che la Comunità europea aveva con tali Paesi e preoccupò anche gli Stati Uniti, timorosi di una attrazione del mercato europeo ad Oriente. Uno studioso quale Hoffman, esperto di civiltà francese all'Università di Harvard, ha condotto delle significative riflessioni sugli avvenimenti del novembre del 1989. Egli credeva che la volontà di costruire un'Europa unita, sollecitata dalla parzialità delle soluzioni nazionali, esisteva come proposito, soprattutto, in ambito economico. Hoffmann riteneva che l'avanzare dell'integrazione europea dipendesse, in modo paradossale, da una svalutazione di tale potere, al punto da domandarsi se il timore di una guerra nucleare e le logiche dell'efficienza economica non potessero avere contribuito a profilare un futuro completamente diverso dal passato. Hoffmann credeva che la vera Comunità europea non potesse esistere senza la presenza di due Città quali Parigi e Bonn, solo che la Francia aveva maturato la convinzione secondo la quale gli obiettivi nazionali francesi erano raggiungibili solo attraverso gli strumenti europei, mentre la Germania, con l'annessione della parte orientale nel tessuto della Repubblica federale occidentale, avrebbe potuto trovare eccessivo il peso finanziario imposto dalla Comunità e sviluppare l'idea secondo cui la sua economia e le sue industrie erano talmente forti da rendere superflua e anacronistica la legittimazione che la Comunità le conferiva, in quanto Paese debole ed in ricostruzione. In verità, i successivi *trends* evolutivi del processo di integrazione europea, su base territoriale, confermeranno l'apertura ad Est. L'ingresso

delle politiche esercitabili dalle Comunità ed i sempre più intensi rapporti con le Nazioni straniere ed i Paesi in via di sviluppo, fecero sì che la creatura comunitaria e lo stesso mercato interno acquisissero dei tratti più adulti.

L'armonizzazione assunse le duplici sembianze dello strumento e dell'obiettivo e si era già posta quale elemento cardine del Libro Bianco di Delors. La Commissione propose il raggiungimento di finalità che andavano ben oltre la mera creazione di un mercato interno e si proponevano di concepire il *locus* mercato come uno spazio dinamico ed aperto in cui non solo si dovevano eliminare le barriere e gli ostacoli frapposti alla libera circolazione delle merci, ma in cui fosse assicurato, altresì, il pieno dispiegarsi della libera iniziativa economica che si poneva quale *condicio* indispensabile per una maggiore efficienza e competitività dell'industria. Non costituisce un dato casuale il fatto che solo a seguito dell'Atto Unico Europeo la concorrenza in seno al mercato, tra le singole imprese, abbia acquisito la dimensione di un valore del tutto autonomo e non più meramente ancillare al proposito di integrazione del mercato comune<sup>32</sup>.

Non solo, gli anni Ottanta hanno costituito il laboratorio che ha consentito la maturazione della concezione secondo la quale il principio dell'armonizzazione normativa dovesse essere coniugato con quello del mutuo riconoscimento, noto anche come parallelismo funzionale. Infatti, nella strategia indicata nel Libro Bianco, occorre distinguere tra ciò che era essenziale armonizzare e ciò che poteva essere lasciato al mutuo riconoscimento delle regolamentazioni e delle norme tecniche nazionali<sup>33</sup>. Anche l'armonizzazione degli *standards* tecno-qualitativi, da attuarsi

---

successivo di molti Stati che erano attratti nell'orbita sovietica ed il ruolo chiave della Germania quale *real link* tra l'Europa Occidentale e quella Orientale, con inevitabili ricadute sugli equilibri geopolitici mondiali, che confermeranno, in parte, l'intuizione di Hoffmann secondo cui le Comunità europee hanno un *telos* che è costituito dall'asse franco-tedesco. Sul punto, S. HOFFMANN, "The European Community and the 1992", in *Foreign Affairs*, Vol. 68, No. 4, (1989), pp. 27 e ss. Per una disamina degli impatti che l'allargamento dell'Unione ad Est ha provocato sulla Germania e, a livello interno, sui *Laender* occidentali, industrializzati, e su quelli orientali, deindustrializzati, si rimanda al contributo di R. BERNING, "Effetti economici dell'allargamento ad Est dell'Unione Europea per i vecchi e nuovi Länder della Germania", in *Crescita e prospettive dell'Unione Europea allargata* (a cura di D. Infante), Bologna, 2006, pp. 99 e ss. Per una disamina dell'impatto che l'avvento del mercato unico ed il crollo del Muro di Berlino ebbero sugli Stati dell'Est europeo, si rimanda al contributo di D. ALLEN, "The European Community and the New Europe", in *The Single European Market and Beyond* (edited by D. Swann), New York, 1992, pp. 232 e ss.

<sup>32</sup> Sul punto, in particolare, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998, p. 46. L'autore rileva come solo in seguito al Trattato di Maastricht del 1992, la concorrenza si affermerà come principio fondamentale autonomo e la stessa politica industriale non sarà più intesa quale "porto franco dalla concorrenza, ma come ristrutturazione dell'economia in chiave competitiva", *ibid.*, p. 47.

<sup>33</sup> Come rileva Monaco, sarebbe stato compito della Commissione accertare se le disposizioni nazionali fossero o meno eccessive rispetto alle esigenze imperative perseguite e fraposte alla libera circolazione delle merci. Sul punto, R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, p. 7. Taluni autori pongono in evidenza quali siano i nuovi approcci per realizzare un mercato unico integrato e richiamano il contenuto di una comunicazione della Commissione al Consiglio del 1985, in cui si precisa che gli *standards* qualitativi fissati a livello europeo devono avere carattere essenziale, consentendo il passaggio da una armonizzazione totale ad una minima; che gli *standards* tecnici elaborati devono soddisfare i requisiti minimi di armonizzazione previsti; che la conformità agli *standards* europei genera una presunzione di legittimità al diritto comunitario tale da consentire al prodotto, munito della dichiarazione di conformità (marchio CE), di circolare liberamente nel mercato interno europeo o, altrimenti, munirlo di un'attestazione che comprovi il soddisfacimento dei requisiti previsti, rilasciata da un organo indipendente; che in assenza di *standards* europei i prodotti che soddisfano i requisiti nazionali possono essere messi in commercio solo previa notifica alla

mediante direttive del Consiglio, doveva essere limitata alla fissazione dei requisiti essenziali in materia di sanità e di sicurezza che i prodotti dovevano possedere e che erano obbligatori in ogni Stato membro. La conformità a tali requisiti avrebbe consentito al prodotto di circolare liberamente nel mercato interno<sup>34</sup>, in virtù dell'apposizione di quel noto marchio CE che non costituisce, ancora oggi, un marchio di qualità o di origine, ma è un puro marchio amministrativo che segnala che il prodotto marcato risponde ai requisiti di base previsti dalla Direttiva ad esso relativa, che il medesimo ha rispettato le procedure prescritte per l'ottenimento del marchio e che, dunque, la merce può liberamente circolare nell'ambito del mercato interno europeo<sup>35</sup>.

La definizione delle singole particolarità tecniche dei prodotti è stata, comunque, affidata a norme europee, deliberate da due organi quali il CEN (*Comité Européen de Normalisation*) e CENELEC (*Comité Européen de Coordination des Normes Eléctiques*) che deliberano a maggioranza qualificata ed sono coadiuvati dagli organi rappresentativi dei consumatori<sup>36</sup>. La Commissione, assistita dal Comitato consultivo dei consumatori, può assumere, peraltro, iniziative dirette a

---

Commissione che ingenera un presunzione di conformità e di legittimità. Il nuovo approccio non solo mutò il ruolo della regolazione comunitaria, limitandolo, ma nello stesso tempo spostò l'asse dell'armonizzazione, da verticale ossia inerente singoli prodotti, ad orizzontale, concernente determinati gruppi o categorie di prodotti. Sul punto, K. ARMSTRONG, S. BULMER, *The Governance of the Single European Market*, New York, 1998, pp. 151 e s. Anche Michelle Egan si esprime sul ruolo delle agenzie indipendenti e private (cd. di accreditamento), deputate a rilasciare il certificato di conformità agli *standards* prescritti, e sostiene che il perseguimento di una finalità pubblica le sussume nella cornice di una "associative regulation" a livello europeo che dà vita ad una "new public-private dimension by adopting a partnership arrangement between the private European standardisation bodies and the European Community institutions". Sul punto, M. EGAN, "'Associative Regulation' in European Community: The Case of Technical Standards", in *Paper presented to the European Community Studies Association Biennial Conference*, (22-24 May 1991), p. 39.

<sup>34</sup> Sui limiti e le aporie di siffatto modello, si rimanda al contributo di R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, p. 7. In tal modo, del resto, si rimetteva agli organismi interni di ciascuno Stato di adottare le proprie regole specifiche purché conformi agli *standards* generali previsti dalla Comunità. Il principio è ribadito dalla Commissione Europea nella *Guide to the Implementation of Community Harmonization Directives Based on the New Approach and the Global Approach*, 1994, p. 44.

<sup>35</sup> Rientrano, oggi, tra i prodotti soggetti a marcatura CE, gli apparecchi a gas (Dir. 1993/68/CEE), gli apparecchi tecnici di telecomunicazione in virtù del Reg. CE n. 1882/2003, gli ascensori (Dir. 2006/42/CE), la caldaie (2006/32/CE), i dispositivi medici (Reg. CE n. 1882/2003), le imbarcazioni da diporto (Dir. 2003/44/CE), il materiale da costruzione (Reg. CE n. 1882/2003), i giocattoli (Dir. 1993/68/CE), gli strumenti per pesare (Dir. 1993/88/CE), ed altre tipologie di prodotto non contenute nell'elenco che, pertanto, non è esaustivo.

<sup>36</sup> Questi ultimi sono considerati, in base al dettato della Risoluzione del Consiglio del 7 maggio 1985 sul nuovo approccio all'armonizzazione tecnica e agli *standard*, gli organismi generalmente considerati le istituzioni modello europee, le quali sono particolarmente competenti. Sul punto, si veda l'analisi di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 364, di D. SWANN, *Standards, Procurements, mergers and State Aids*, in *The Single European Market and Beyond* (edited by D. Swann), New York, 1992, p. 57, di M. EGAN, *Constructing a European Market*, New York, 2001, pp. 141 e ss., la quale analizza in dettaglio, mediante una efficace rappresentazione grafica, la struttura decisionale dell'apparato interno del CEN, *ibid.*, p. 139, e di K. ARMSTRONG, S. BULMER, *The Governance of the Single European Market ...cit.*, pp. 148 e s., i quali menzionano anche lo *European Telecommunications Standards Institute* (cd. ETSI). Gli autori rilevano come il CEN ed il CENELEC furono istituiti nel 1962 sulla scia dei gemelli internazionali costituiti dall'ISO (*International Standardisation Organization*) e dall'IEC (*International Electrotechnical Commission*). Siffatti organi implementarono gradualmente il regime della standardizzazione comunitaria, ma nel 1990, in un *Green Paper* presentato dalla Commissione, emerse la necessità di fissare nuovi e più precisi *standards* a livello europeo che avrebbero rafforzato lo "European Standardisation System", ponendosi quale strumento di riforma istituzionale. Non costituisce un dato casuale il fatto che l'aumento delle normative sulla standardizzazione sia stata accompagnata dall'incremento del numero dei componenti del CEN e del CENELEC, *ibid.*, pp. 158 e s.

garantire l'effettiva protezione dei diritti e degli interessi dei consumatori. Non solo, il Consiglio, delegò ampi poteri ad altri organi in base alla procedura allora tracciata dall'art. 155 del Trattato (oggi art. 171 TFUE), in tema di progresso tecnico, al fine di giungere ad una procedura normativa semplificata, più rapida e snella.

Di ampio, rilievo, sul punto fu la Direttiva 88/182 del Consiglio, del 22 marzo 1988 che “*prevede una procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche*”. L'intento della Direttiva era quello di evitare che l'introduzione, da parte di uno Stato membro, di nuove regole tecniche in ordine ad un prodotto industriale o agricolo potesse arrecare nuovi ed ingiustificati ostacoli alla libera circolazione delle merci<sup>37</sup>. Occorre, del resto, precisare che nel 1990 era stata creata la *European Organization for Testing and Certification*, in linea con il *Global Approach* adottato dalla Commissione nel 1989 in materia di controllo e di certificazione della qualità di taluni prodotti<sup>38</sup>.

Nel Libro Bianco, la Commissione precisò che in ciascun programma diretto alla realizzazione del mercato interno unificato occorre tenere conto di tutti gli interessi potenzialmente coinvolti. Per tale motivo, la disciplina del settore industriale richiedeva la valutazione di interessi e materie, ad esso inerenti, quali il commercio, la protezione dei consumatori e della loro salute nonché la tutela dei diritti dei lavoratori.

Risultava anche evidente, però, che il completamento del mercato interno si sarebbe realizzato soltanto attraverso una liberalizzazione completa del movimento dei capitali, che non avrebbe

---

<sup>37</sup> Infatti, lo Stato membro che intendeva approvare una nuova regola tecnica doveva obbligatoriamente notificarla alla Commissione ed informarne gli altri Stati membri, dovendo attendere un arco di tempo variabile dai tre sino ai dodici mesi prima di poterla adottare definitivamente. Di interesse, in materia di regole tecniche e di mancata notifica delle medesime è la sentenza della Corte di Giustizia sul caso *CIA Security International*, C-194/94, sentenza del 30 aprile 1996, in cui il Giudice comunitario ribadisce che la citata Direttiva 83/189/CEE, modificata dalla Direttiva 88/182/CEE, costituisce uno strumento per assicurare la libera circolazione delle merci mediante un controllo preventivo e l'obbligo di notifica costituisce un mezzo essenziale per l'attuazione del controllo comunitario. Per tale motivo, “*l'inadempimento dell'obbligo di notifica integra gli estremi di un vizio procedurale sostanziale atto a comportare l'inapplicabilità ai singoli della regola tecnica di cui è causa*”. La Corte precisò che le regole inerenti le imprese di vigilanza, di sicurezza e sui servizi interni di vigilanza non costituivano regole tecniche, mentre quelle sulle procedure di omologazione dei sistemi e delle centrali di allarme rientravano nel novero delle regole tecniche. In tal modo, competeva al giudice nazionale adito dai singoli, disapplicare la regola tecnica non notificata previamente secondo le procedure fissate dalla Direttiva.

<sup>38</sup> Il nuovo organo era sorto sulla base di un “*memorandum of association*” firmato dal CEN/CENELEC che istituiva un rapporto collaborativo tra la Commissione europea e l'EFTA e prevedeva il mutuo riconoscimento, nell'ambito del settore privato, delle procedure di valutazione e di certificazione della qualità di prodotti o categorie di merci non contemplati dalla disciplina comunitaria. Il *Memorandum* fu accolto con una certa riluttanza dal CEN e dal CENELEC, i quali vi ravvisavano un pericoloso “*competitor*” che, comunque, presentava una struttura differente e difforme dai primi due. Come rileva Michelle Egan, l'istituzione dell'organo fu necessaria dal momento che la mancanza di un “*common ground rules established by a central coordinating body*” avrebbe vanificato gli effetti del *global approach*. L'autrice rileva come il “*global approach was designed to offer flexibility by allowing different practices and procedures, depending on levels of risk and safety and public health concerns, the Commission sought to institutionalize and regulate testing and certification practices through accreditation of such agencies*” appartenenti al settore pubblico e privato, intendendo coinvolgere anche il settore privato nello sforzo di rimuovere gli ostacoli tecnici agli scambi intracomunitari. Per una disamina complessiva si rimanda al rilevante contributo di M. EGAN, *Constructing a European Market...* cit., pp. 151 e ss.

potuto dirsi compiuta in presenza di una forte instabilità monetaria tra i singoli Stati membri, di valute differenti ed ancorate ad un mercato internazionale dei cambi molto fluttuante e ad un grave squilibrio nella bilancia dei pagamenti<sup>39</sup>. Indubbiamente, la libera circolazione delle merci, dei servizi e delle persone presupponeva che gli individui e le imprese potessero accedere a servizi finanziari omogenei ed uniformi in tutta la Comunità, in virtù di un'armonizzazione delle attività svolte dagli intermediari in seno al mercato finanziario.

In tal senso, ha giocato un ruolo decisivo la graduale convergenza delle politiche economiche dei singoli Stati membri e l'avvento, come vedremo, dell'Unione economica e monetaria grazie al Trattato di Maastricht. Ma occorrerà attendere il 2002 per poter avere una moneta unica circolante sul suolo europeo, strumento universale degli scambi che ha consentito anche il consolidamento di un mercato finanziario europeo.

Come rilevava alcuni anni fa Jean-Victor Louis, la realizzazione del mercato interno doveva andare di pari passo con il rafforzamento della coesione economica, con la creazione di una unione economica e monetaria, con il potenziamento dello sviluppo tecnologico e scientifico, con una maggiore protezione dell'ambiente e con limitate armonizzazioni delle politiche e delle azioni sociali. Per l'autore era impossibile immaginare lo sviluppo del mercato interno, assicurando solo la libera circolazione delle merci<sup>40</sup>. L'Europa degli anni Ottanta è una realtà più matura rispetto a quella degli anni Cinquanta e Sessanta e richiede lo sviluppo congiunto degli spazi economici, sociali e tecnici che stanno intorno al mercato delle merci e che sono destinati a dare impulso alla Comunità. L'adesione ad una impostazione rigida ed ortodossa del mercato rischiava e rischia sempre di conferire al medesimo la consistenza di un castello di sabbia, facile preda della furia dei venti, ossia della trasformazione incessante della realtà socio-economica esterna che non può essere pretermessa dalla sua dimensione evolutiva.

Risulta evidente che la Nuova Strategia dell'Armonizzazione svolse un ruolo di peculiare importanza perché consentì di tradurre in chiave normativa i principi della giurisprudenza sul caso *Cassis de Dijon*, superandoli<sup>41</sup>. Infatti, riuscì a rinvenire un punto di sutura tra disciplina

---

<sup>39</sup> Sulla insufficiente uniformazione dei servizi bancari e finanziari a livello europeo, nel periodo precedente l'approvazione del Trattato di Maastricht, e sulla presenza di impedimenti alla libera circolazione dei capitali attraverso "limitations on cross-border trade in financial services", si rimanda all'analisi critica di D.T. LLEWELLYN, "Banking and Financial Services", in *The Single European Market and Beyond* (edited by D. Swann), New York, 1992, pp. 106 e ss.

<sup>40</sup> In particolare, J.V. LOUIS, *Vers un espace économique unifié*, in *L'achèvement du marché intérieur européen* (a cura della Commission pour l'étude des Communautés européennes), Paris, 1988, p. 43.

<sup>41</sup> Anche la Corte di Giustizia premeva affinché aumentasse la disciplina comunitaria con il fine, però, di assicurare una preemption della normativa europea a scapito di quella nazionale, sulla scorta dell'assunto secondo cui una regolamentazione esaustiva di una materia o di un ambito non lasciasse alcun spazio per una concorrente normativa statale. Come rileva acuta dottrina, la Corte aveva maturato un "conceptualistic -federalist approach" che avrebbe dovuto ampliare i settori di competenza esclusiva delle Comunità a scapito degli Stati. Siffatto approccio teorizzava gli assunti di una strategia di armonizzazione positiva di tipo totale e verticale che non troverà reale applicazione. Sul punto, in particolare, K. ARMSTRONG, S. BULMER, *The Governance of the Single European Market ...cit.*, p. 148.

comunitaria e regolamentazione nazionale, compendiato nella formula dell'armonizzazione minima che richiedeva la fissazione di *standards* comunitari generali, anche se diversificati e tecnici, e lasciava uno spazio residuo all'intervento concorrente dei singoli Stati che godevano di discrezionalità di scelta nell'adottare discipline specifiche, pur sempre nel rispetto del vincolo di conformità alla normativa comunitaria<sup>42</sup>.

A ciò si aggiungeva la previsione della clausola di salvaguardia che suggellava la dottrina delle esigenze imperative e le note deroghe dell'art. 36 TFUE, ricondotte sotto il controllo delle istituzioni comunitarie e confermava il carattere minimo dell'armonizzazione prevista a livello comunitario. In tal modo, i prodotti nazionali che fossero risultati conformi ai requisiti generali e tecnici previsti a livello comunitario, avrebbero potuto liberamente circolare nel mercato unico senza che fosse necessario provare la loro equivalenza agli *standards* previsti per i medesimi prodotti da altri Stati membri. Si trattava di un meccanismo semplice, ma che congiuntamente all'affermazione della regola della maggioranza qualificata contribuirono ad una evoluzione straordinaria del mercato unico<sup>43</sup>. In effetti, le conquiste pretorie degli anni Settanta ed Ottanta, in merito al principio del parallelismo funzionale non avrebbero potuto sortire effetti ulteriori in assenza di un così decisivo intervento normativo, l'unico in grado di realizzare la tanto attesa armonizzazione delle discipline a livello europeo<sup>44</sup>.

L'Atto Unico Europeo costituisce un "punto di svolta simbolico" che nella regola della maggioranza qualificata infrange un consolidato equilibrio decisionale senza, però, risolvere la tensione strutturale che si era innervata tra impostazione funzionalista e impostazione essenzialista, nonostante la prima fosse stata oramai sussunta nelle trame del principio di sussidiarietà<sup>45</sup>. In verità,

---

<sup>42</sup> Per Barnard la possibilità, degli Stati membri, di introdurre standard nazionali più stringenti di quelli adottati a livello comunitario, avrebbe dovuto riguardare solo i prodotti nazionali, non anche quelli provenienti da altri Stati che rispondevano agli standards minimi europei; mentre, Slot, non concorda con questa ricostruzione e ritiene le misure nazionali applicabili sia nei confronti dei prodotti nazionali che di quelli importati. In particolare si rimanda ai contributi di BERNARD, *The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity*, in *Common Market Law Review*, Vol. 33, (1996), pp. 633 e ss. nonché di P.J. SLOT, "Harmonization", in *European Law Review*, Vol. 21, (1996), pp. 378 e ss.

<sup>43</sup> Infatti, la Commissione nel rapporto consegnato al Consiglio nel novembre del 1988, fornisce al medesimo le armi per poter soddisfare le aspettative delle istituzioni comunitarie ossia un progresso equilibrato in tutti i settori previsti dal programma. La Commissione si richiama ad un fattore che è anche psicologico, affermando che il processo di integrazione e l'instaurazione del mercato unico saranno mantenuti in vita grazie anche alla fiducia che i singoli individui e le imprese nutriranno nei confronti delle azioni della Comunità. La fiducia incentiva la circolazione delle persone e veicola una notevole massa di investimento nel circuito intracomunitario, da parte degli imprenditori. Sul punto, si veda l'analisi di R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, pp. 10 e s., nonché di M. DOUGAN, *Minimum Harmonization and the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), pp. 855 e ss.

<sup>44</sup> Si esprime, invece, criticamente a riguardo Riebound, il quale ritiene che il mezzo principe per arrivare al mercato interno integrato cui l'Atto Unico aspira, ossia il ravvicinamento normativo, andrebbe utilizzato su scala ridotta, visto che le normative nazionali esistenti non possono essere cancellate. Per lo studioso, occorre mutare il modo di concepire l'intero sistema, non più ancorato alla libera circolazione delle merci, bensì alla libertà di approvvigionamento. Sul punto, in particolare, L. REBOUD, « Les implications de l'achèvement du marché intérieur », in *L'achèvement du marché intérieur européen* (a cura della Commission pour l'étude des Communautés européennes), Paris, 1988, p. 11.

<sup>45</sup> Sul punto, Weiler si esprime molto criticamente, osservando che sino agli anni '70 ed '80, la Comunità era stata guidata dall'incessante erosione delle garanzie costituzionali dei limiti di competenza della Comunità. L'autore



è un dato consolidato, anche nelle esperienze federali, assistere ad una ibridazione dei linee che delimitano le competenze tra potere centrale ed entità decentrate e che portano alla rarefazione dei confini fondamentali fissati dai Padri fondatori. La mobilità dei confini sui quali si misurano le dinamiche relazionali tra singole parti componenti riflette, sovente, il mutamento dell'*ethos* politico e giuridico che anima le azioni di chi legifera e di chi le controlla<sup>46</sup>.

## 6.2. *L'Unione economica e monetaria nell'Europa di Maastricht degli anni Novanta*

Gli emendamenti al Trattato CEE introdotti in virtù dell'Atto Unico Europeo nel 1987, hanno esaltato il valore della cooperazione nell'ambito della politica economica e monetaria dei singoli Stati membri. Il processo di integrazione europea si stava muovendo lungo due linee direttrici parallele: quella della realizzazione di un mercato interno e quella della creazione di una solida unione economica e monetaria. Quest'ultima avrebbe dovuto essere favorita da una ulteriore forma di cooperazione tra Stati ed istituzioni comunitarie. Nella Rapporto del Comitato Delors del 1989, alla cui stesura aveva, altresì, partecipato Tommaso Padoa Schioppa, veniva offerta una un'analisi completa delle caratteristiche essenziali che avrebbe dovuto possedere l'Unione economica e monetaria europea e che fu trasfusa nell'agenda della Conferenza Intergovernativa di Roma. Di grande rilievo era la considerazione secondo la quale occorre una gestione condivisa, a livello comunitario, delle politiche economiche e monetarie al fine di conseguire obiettivi macroeconomici comuni. Si reputava che nella completa ed irreversibile convertibilità delle valute, nel congelamento dei tassi di cambio, nella completa liberalizzazione dei movimenti di capitale e nell'integrazione del settore finanziario, suggellate dall'adozione finale della moneta unica, si sarebbe dato un ulteriore impulso al processo di integrazione europea.

In modo innovato rispetto al passato, gli Stati membri erano invitati ad adottare politiche economiche che convergessero con gli scopi e gli obiettivi della Comunità e a fare in modo che

---

evidenzia come simile *trend* sia stato accompagnato, nelle esperienze federali, da un graduale incremento del potere politico centrale a scapito di quello periferico. Diversamente, nelle Comunità, l'erosione del limite costituzionale alle competenze era avvenuta mentre gli Stati detenevano il controllo del processo politico comunitario. In merito alla tensione tra vocazione funzionalista ed essenzialista, l'autore nell'analizzare la struttura dell'art. 5 del Trattato, asserisce che il primo comma palesa i dettami dell'impostazione essenzialista, stante il suo carattere vago atto a delimitare i confini fondamentali dell'azione comunitaria, mentre il secondo ed il terzo comma paiono pervasi dalla logica funzionalista. Tentare di comporre le due tensioni è, per Weiler, chimerico. Sul punto, si rimanda al contributo di J.H.H. WEILER, "L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità", in *Quaderni Costituzionali*, a. XX, n. 1 (aprile 2000), pp. 5 e s. e 10 e s.

<sup>46</sup> Sul punto, J.H.H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità ...cit.*, pp. 11 e ss. L'autore rileva come sia fondamentale innervare nel sistema costituzionale europeo un sempre maggiore dialogo tra i giudici, permeati e recettivi delle sensibilità costituzionali degli Stati membri e della Corte di Giustizia. Facendo in modo che la "giurisprudenza tedesca non somigli ad un panzer della Mercedes, sicura di sé ed arrogante" e la Corte Costituzionale italiana non si comporti con lo "stile del calcio italiano: raffinato, sottile, elegante e per lo più difensivo, poco ridondante, e accompagnato da una falsa autocritica e da una falsa insicurezza tutte italiane", *ibid.*, p. 12.

l'azione degli Stati e delle istituzioni comunitarie fosse improntata al rispetto dei principi di un'economia aperta ed in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse. Il valore della concorrenza in seno al mercato unico acquisiva, in tal modo, una sua autonoma connotazione e avrebbe consentito la 'libera circolazione' delle iniziative imprenditoriali. Indubbiamente, un prerequisito ineludibile dell'unione economica e monetaria era costituito dalla piena garanzia della libera circolazione dei capitali. L'originaria disposizione dell'art. 67 del Trattato di Roma prevedeva la soppressione graduale e reciproca delle restrizioni ai movimenti di capitali ed, inoltre, si poneva quale norma priva di effetti diretti, necessitando di una puntuale attuazione da parte del Consiglio. La Direttiva 88/361 impose l'eliminazione di ogni restrizione governativa entro la data del primo luglio 1990 ed, infine, il Trattato sull'Unione Europea con l'inserimento dell'art. 73 (oggi art. 93 TFUE) ha imposto il divieto assoluto di restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri e Stati membri e Stati terzi, superando la pregressa logica gradualistica<sup>47</sup>.

Il compromesso delle origini, compendiato nella metafora dell'*embedded liberalism*, che consentiva la coesistenza tra tutela comunitaria del libero mercato e politiche macroeconomiche statali fu superato dal principio della convergenza che avrebbe dovuto assicurare la coesione dei rispettivi sistemi di *welfare* nazionali, perseguita attraverso una *deregulation*, a livello statale, e nella *regulation* comunitaria di importanti ambiti economici che avrebbe inciso sull'*italian [and not only] business style*<sup>48</sup>. Sulla base di tali rinnovati intenti si comprende la ragione dello sviluppo della logica collaborativa tra Stati e Comunità. Per tale motivo si spiega anche il processo di

---

<sup>47</sup> Per un'analitica disposizione delle tappe evolutive di tale processo si rimanda al contributo di R. GOEBEL, "L'Unione economica e monetaria", in AA.VV. (a cura di B. Beutler, R. Bieber, J. Pipkorn, J. Streil, J.H.H. Weiler) *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche ...cit.*, pp. 490 e ss. nonché per una disamina del periodo precedente e sulla teorizzazione di un Sistema monetario europeo nel 1979, *ibid.*, pp. 483 e ss.

<sup>48</sup> Si tratta del titolo di un articolo di Rezvin pubblicato sul *Wall Street Journal*, nel 1988, e richiamato da W. SANDHOLTZ, J. ZYSMAN, "1992: Recasting the European Bargain", in *World Politics*, Vol. 42, No. 1, (Oct. 1989), p. 112. Infatti, la convergenza delle politiche economiche di ciascuno Stato membro avrebbe dovuto essere avviata a partire dal primo gennaio 1994, mentre la materiale costituzione della Banca Centrale europea e la creazione della moneta unica, avrebbero dovuto essere avviate il primo gennaio 1999. La nozione di convergenza si palesa anche in una serie di regolamenti del Consiglio, adottati a partire dal 1993, attraverso le quali si intende operare un coordinamento delle politiche economiche e monetarie e fornire indicazioni, agli Stati membri, per evitare *deficit* eccessivi ed eliminare debiti pubblici elevati ed accumulatisi nel corso degli anni. A sostegno di tale approccio si poneva il divieto di finanziamento diretto del *deficit* governativo da parte delle Banche centrali, per come previsto dall'art. 101 del Trattato CE (oggi art. 123 TFUE), meglio noto come *no more bailout* (ossia niente più uscite dietro versamento di cauzione), entrato in vigore il primo gennaio 1994. Per una disamina delle procedure di rientro e della condizione di *deficit* e di indebitamento di taluni Stati membri, si rimanda all'analisi condotta da R. GOEBEL, "L'Unione economica e monetaria", in AA.VV. (a cura di B. Beutler, R. Bieber, J. Pipkorn, J. Streil, J.H.H. Weiler) *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche ...cit.*, pp. 506 e ss. Come rileva anche Dougan, l'Unione Economica e Monetaria implicò una estensione delle competenze comunitarie nell'ambito delle materie economiche, ma istituì "*a panoply of social welfare responsibilities*". Sul punto, M. DOUGAN, *Minimum Harmonization and the Internal Market*, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), p. 860. La tensione dialettica tra *regulation* e *deregulation* e tra *centralisation* e *decentralisation* sarà una costante che tipizzerà il percorso di integrazione europea. Sul punto, M.P. MADURO, "Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights", in *European Law Journal*, Vol. 3, No. 1, (March 1997), pp. 73 e s.

graduale attrazione delle politiche di coesione economica e sociale a livello comunitario, al fine di ridurre e compensare i divari di sviluppo che un'Europa in costante allargamento stava conoscendo, in particolare, a seguito dell'ingresso di nuovi Stati e della riunificazione della Germania all'indomani della caduta del Muro di Berlino<sup>49</sup>.

Nel Consiglio europeo di Madrid del 1989 furono delineati i passaggi per la creazione di una unione economica e monetaria, per la creazione di una Banca centrale europea e per l'adozione di una moneta unica<sup>50</sup>. Non solo, la previsione di una unione economica e monetaria avrebbe costituito un gigante senza testa se non fosse stato accompagnato dalla istituzione di un Sistema europeo di banche centrali, indipendenti dai rispettivi governi nazionali, dominato dalla presenza di una Banca Centrale europea che avrebbe assistito gli Stati membri nel perseguimento della stabilità dei prezzi, della riduzione del *deficit* e avrebbe condotto una vigilanza bancaria a livello comunitario<sup>51</sup>. Siffatti assunti rinvennero espressa formulazione nel Trattato di Maastricht sull'Unione Europea del 7 febbraio 1992, entrato in vigore il primo novembre 1993. Quest'ultimo costituiva un '*relevant step*' per la realizzazione di una solida unione economica e monetaria che avrebbe dovuto costituire un prerequisito ineludibile per il consolidamento di quella politica. L'affermazione della nozione di Unione Europea non equivaleva al ripudio di un consolidato *acquis communarie*, dal momento che l'Unione continuava a poggiare sulle tre Comunità di cui si componeva, bensì che quell'*acquis* fosse integrato da nuove politiche gestite a livello comunitario e da nuove forme di cooperazione<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Il primo gennaio del 1986 ne entrarono a far parte, due Stati dell'area occidentale quali la Spagna ed il Portogallo. Occorre, poi, evidenziare che la spinta all'Unione economica e monetaria fu favorita dalle richieste sollevate dalla *Bundesbank* tedesca e dal Cancelliere Helmut Kohl. Il Rapporto di Delors del 1990 riflette anche queste istanze. In tal modo, prese corpo il proposito di una unione economica e monetaria fondata su di un sistema di banche centrali europee, con al vertice la Banca Centrale Europea con l'obiettivo primario di garantire la stabilità dei prezzi, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale. Non vi fece seguito la conduzione di una politica fiscale europea, lasciata nelle mani dei singoli Stati e sottoposta alla procedura di sorveglianza condotta dalla Commissione e dal Consiglio dei Ministri delle Finanze di ciascuno Stato membro, meglio noto come ECOFIN. Sul punto, di rilievo è l'analisi condotta da A. MARTIN, G. ROSS, nella *Introduction* al Volume da loro curato, *Euros and Europeans. Monetary Integration and the European Social Model*, Cambridge, 2004, pp. 8 e ss. Gli autori rilevano come "*the EBC was not embedded in an institutional environment – a gouvernement économique ... - within is shared political responsibility for macroeconomic policy, and it had no supranational fiscal policy counterpart*", *ibid.*, p. 9.

<sup>50</sup> Inoltre, la Direttiva 88/591/CECA/CEE/EURATOM, istituì il Tribunale di Primo Grado al fine di coadiuvare la Corte di Giustizia nello svolgimento del suo incarico istituzionale e di alleggerirne il carico di lavoro. Nel 1989, in Italia, fu approvata la legge n. 86, su iniziativa del Ministro per il coordinamento delle politiche comunitarie, Antonio La Pergola, Avvocato Generale e, poi, Giudice della Corte di Giustizia e Presidente della Corte costituzionale, modificata di recente dalla Legge Buttiglione n. 11 del 2005, in tema di procedure di adempimento interno degli obblighi normativi comunitari. Per l'Italia, l'avvento dell'Europa di Maastricht coincise con lo scandalo di Tangentopoli e la crisi nel sistema dei partiti a livello nazionale. Sul punto, in particolare, si rimanda all'analisi di P. COSTANZO, "Le tappe dell'edificazione comunitaria: dall'idea d'Europa alla Costituzione europea", in AA.VV. (a cura di P. Costanzo, di L. Mezzetti ed A. Ruggeri), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2006, pp. 48 e s.

<sup>51</sup> Basti rammentare la resistenza opposta dalla Gran Bretagna di Margareth Thatcher, che per voce del Cancelliere dello Scacchiere, di allora, John Major, ripudiò la possibilità di introdurre una moneta unica e propose che l'ECU divenisse la tredicesima valuta da usare in alternativa a quelle nazionali. La proposta rimase lettera morta e spinse, però, la Gran Bretagna a non aderire all'Unione monetaria. In verità, come accadde nell'esperienza statunitense, la diversificazione delle valute crea un caos monetario ed intralcia gli scambi commerciali.

<sup>52</sup> Il Trattato di Maastricht delinea una Unione Europea, il cui edificio poggia su tre pilastri: il primo costituito dalle tre Comunità originarie che vedono mutate talune funzioni; il secondo, costituito dalla previsione di una politica estera e di

Non costituiva un fattore trascurabile l'espunzione dell'aggettivo economico nella formula descrittiva della Comunità Economica Europea e dello stesso Trattato CE, a dimostrazione della metamorfosi accaduta nel sistema comunitario che perseguiva obiettivi ulteriori e più ampi rispetto a quelli originari confinati alla garanzia delle sole libertà di circolazione nel mercato comune, secondo le logiche della primigenia integrazione negativa.

Il Trattato di Maastricht non solo dette vita all'Unione Europea, ma altresì formalizzò il concetto di cittadinanza dell'Unione, riconoscendo il diritto di elettorato attivo e passivo dei cittadini europei alle elezioni locali di altro Stato membro all'interno del quale essi risiedevano. Si trattava di un passaggio politico rilevante poiché avrebbe dovuto instillare nei popoli europei una forma di *vicinitas* a dei valori comuni, attraverso una maggiore circolazione delle idee e la formazione di una matura coscienza politica sganciata da rigidi schemi di pensiero nazionali<sup>53</sup>. L'Unione Europea costituiva, dunque, un edificio retto da tre pilastri e con plurime stanze in cui trovarono collocazione la citata cittadinanza europea, le nuove politiche di rafforzamento dell'*acquis communautaire*, il principio di sussidiarietà esteso in ambiti ulteriori rispetto alla menzionata protezione ambientale prevista dall'Atto Unico Europeo ed il Comitato delle Regioni, costituente la prima forma reale di coinvolgimento delle autonomie territoriali nel processo di integrazione europea. I tre pilastri rimanevano retti da metodi decisionali diversificati<sup>54</sup>.

Nei primi anni Novanta e, soprattutto, in seguito alla firma del Trattato di Maastricht emerse un nuovo volto della Commissione che da "*mero segretario*" divenne "*una forza politica autonoma in grado di determinare l'agenda comunitaria e mediarne i processi decisionali*", dovendo rimanere sempre ideologicamente neutrale, senza favorire una componente partitica piuttosto che un'altra<sup>55</sup>. Il 1992 ha contribuito, con l'estensione del voto a maggioranza qualificata, alla conduzione di politiche ed alla formazione di decisioni non solo contrarie agli interessi di taluni Stati membri, ma

---

sicurezza comune (PESC) ed il terzo, costituito dalla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (GAI). Le politiche comunitarie vengono estese in sei nuovi settori, quali le reti transeuropee, la politica industriale, la tutela dei consumatori, l'istruzione e la formazione professionale, la gioventù e la cultura.

<sup>53</sup> Occorre rammentare che il 27 novembre del 1990, l'Italia aveva aderito alla Convenzione di Schengen, attuativa di un Accordo stipulato separatamente da Francia, Germania, Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi il 14 giugno 1985, a causa della incapacità degli Stati europei di trovare un consenso a livello comunitario. La Convenzione di Schengen aboliva i controlli interni tra gli Stati firmatari, istituendo una frontiera esterna unica lungo la quale i controlli all'ingresso dello "Spazio Schengen" erano condotti secondo procedure identiche ed in virtù del SIS (Sistema di Informazione Schengen) che consentiva di disporre dei dati inerenti le persone segnalate e gli oggetti ricercati al fine di potenziare le capacità di controllo degli Stati firmatari e aderenti. Come rileva Costanzo l'ingresso dell'Italia nell'area Schengen avvenne solo il 31 marzo del 1998, essendo stato necessario attendere l'adattamento delle norme interne, delle procedure amministrative e delle strutture organizzative. Sul punto, in particolare, P. COSTANZO, *Le tappe dell'edificazione comunitaria: dall'idea d'Europa alla Costituzione europea ...cit.*, p. 49.

<sup>54</sup> Le tre Comunità, oramai attratte nella parabola dell'Unione economica e monetaria, funzionavano in base a decisione assunte ricorrendo al cd. metodo comunitario, che poggiava sul diritto di iniziativa della Commissione, sul ricorso generalizzato al voto a maggioranza qualificata in sede di Consiglio e sul ruolo, sporadicamente colegislativo del Parlamento europeo. Nelle materie rientranti nel secondo e nel terzo pilastro, invece, prevaleva il metodo intergovernativo, fondato sulla condivisione del diritto di iniziativa con i singoli Stati membri, sulle deliberazioni del Consiglio, di norma all'unanimità e su di un ruolo consultivo del Parlamento europeo.

<sup>55</sup> In particolare, si veda la suggestiva analisi di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 154.

anche, come rileva Weiler, difforni dal “*retaggio ideologico di un governo in carica*”<sup>56</sup>. Non costituisce un fattore trascurabile il mutamento della *leadership* britannica, dal momento che il venir meno del *thatcherismo* e di quel sentire l’appartenenza all’Europa nei termini di un’analisi costi/benefici contribuì a cambiare di non poco l’*ethos* dell’integrazione europea. Il Regno Unito concepiva, infatti, la Comunità come un mondo interdipendente ove fosse possibile massimizzare l’interesse nazionale, prescindendo dalla nozione di solidarietà di gruppo. L’avvento dell’Unione Europea entro la quale furono sussunte le tre Comunità avrebbe, in un certo senso, dovuto preparare il terreno per la costruzione di un modello basato su logiche e dinamiche relazionali unitaristiche piuttosto che comunitaristiche, compendiate nell’immagine contrastante di un’Europa “*as a Unity*” e di un’Europa “*as a Community*”<sup>57</sup>.

In tal senso, la realizzazione di un mercato unico europeo ossia di un mercato interno non rappresentava un semplice progetto tecnico per rimuovere le restanti barriere e i permanenti ostacoli frapposti alla libera circolazione di tutti i fattori di produzione e le relative forme di distorsione della concorrenza, ma rappresentava anche una scelta intrisa di un alto ed implicito valore politico, che ravvedeva nel mercato e nell’obiettivo di eliminare ogni limite ingiustificato alla libertà degli scambi, di circolazione e di concorrenza, il *locus* ideale ed il percorso più agevole per garantire il pieno dispiegarsi delle energie individuali in seno all’Unione<sup>58</sup>. Per tale motivo, si trattava di un progetto di sola apparente neutralità politica.

Come rilevano Martin e Ross l’unione economica e monetaria ha provocato degli effetti significativi nel percorso di “*Europeanization of national politics*”, seppure occorra precisare che

---

<sup>56</sup> Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell’Europa ...cit.*, p. 155. Simili meccanismi decisionali ampliarono il terreno di confronto e di dibattito come accadrà in merito alla Carta Sociale Europea, al problema dell’adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e alla problematiche attinenti i diritti civili e sociali, ove il difforme indirizzo politico-culturale raggiunge soglie critiche.

<sup>57</sup> Weiler spiega che la strategia comunitaria era stata ideata per arginare gli eccessi negativi dello Stato-nazione moderno e quel tritico di concetti costituiti dai requisiti della piena sovranità, dell’autonomia e dell’indipendenza. Nel compendiarsi della sovranità statale con l’autorità comunitaria si suggella l’essenza della *polity* europea, che riposa sull’equilibrio ottimale tra la Comunità ed i suoi attori, gli Stati membri. L’*ethos* nazionale e le sue radicalizzazioni vengono così contenute e controbilanciate da una forza opposta di tipo centripeto che attrae gli Stati nella parabola di relazioni interstatali, ultranazionali ricondotte nell’alveo comunitario. Di rimando, l’autore spiega come la declinazione unitaristica che il processo di integrazione europea potrebbe assumere, corre il rischio di una nuova degenerazione nazionalistica, stavolta a livello europeo, che darebbe vita un nuovo super-stato tutto europeo, quello da cui paradossalmente rifuggivano i Paesi membri fondatori. Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell’Europa ...cit.*, p.p. 160 e ss. nonché dello stesso autore, la versione in inglese dell’opera *The Constitution of Europe. Do the New Clothes Have an Emperor? And Other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999, pp. 92 e ss.

<sup>58</sup> Weiler, ritiene che in tale caso occorra muovere il ragionamento, partendo da una premessa comune, quella dell’eguaglianza formale di tutti gli individui. Sul punto, in particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell’Europa ...cit.*, p. 156, nonché la versione inglese dell’opera, *The Constitution of Europe. Do the New Clothes Have an Emperor? And Other Essays on European Integration*, Cambridge, 1999, pp. 90 e ss. L’autore rammenta e critica le correnti dottrinarie a sostegno di una nozione unidimensionale del mercato, quale metafora della unificazione. Chi scrive non ritiene plausibile la nozione unidimensionale del mercato, ritenendolo munito di una base e di una dimensione necessariamente plurali, non ascrivibili solo ad elementi geografici, ma anche e, soprattutto, strutturali.

cosa si intenda per *Europeanization*<sup>59</sup>. Indubbiamente, l'Europa di Maastricht ha costituito un momento di transizione nel modo di concepire le dinamiche relazionali tra differenti attori istituzionali, nazionali e comunitari, segnando un fase di svolta nel modo di concepire la struttura compositiva del mercato ed incidendo sul modello di Stato sociale europeo e sulle sue variabili endogene. Inoltre, il progressivo ampliamento della sfera d'azione della Comunità ha richiesto la revisione degli originari criteri di riparto delle competenze. Il Trattato di Maastricht precisava che: *“La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato”*, ma poneva il principio di sussidiarietà quale linea di demarcazione delle competenze<sup>60</sup>.

In verità il principio di sussidiarietà non è frutto di una intuizione normativa del 1992, esso trovò espressione nell'art. 5 del Trattato CECA e nel menzionato art. 174 (già art. 130R), n. 4 del Trattato CE in materia ambientale. Vi era, però, il limite secondo cui il principio di sussidiarietà non costituiva, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, un parametro in base al quale valutare la legittimità degli atti comunitari<sup>61</sup>. Non solo il principio di sussidiarietà ha costituito un valido strumento per definire e ritrovare un punto di equilibrio nel riparto competenziale tra Stati membri e Comunità, costituendo *“una linea trasversale di demarcazione delle competenze”*<sup>62</sup>. Inoltre, nelle materie di competenza esclusiva delle istituzioni comunitarie, opera una presunzione circa la necessità e la proporzionalità dell'azione comunitaria rispetto al fine conseguibile, mentre un dilemma diverso si paventa nelle ipotesi di materie di competenza concorrente. Basti pensare alla tutela ambientale e dei consumatori che hanno delle ricadute, *incidenter tantum*, sul funzionamento del mercato interno, in tal caso l'azione comunitaria deve essere retta dai principi della necessità, della efficacia e della proporzionalità. Indubbiamente, il principio di sussidiarietà

---

<sup>59</sup> Come affermano Martin e Ross che fanno proprie le teorie espone da Dyson e da Radaelli, il concetto di *Europeanization* può essere elusivo. Infatti, può significare l'adozione di una prospettiva europea da parte degli attori nazionali in seguito alla partecipazione a meccanismi decisionali condotti *“with Euro-level policy and politics”*. Ma può anche significare lo sviluppo di un livello di convergenza *“between European and national policy-making levels in different policies areas”* o *“another angle measures the effect of Euro-political initiatives on national convergence and/or divergence on European norms”*. Sul punto, si rimanda al rilevante contributo di A. MARTIN, G. ROSS, nella *“Introduction”* al Volume da loro curato, *Euros and Europeans. Monetary Integration and the European Social Model*, Cambridge, 2004, pp. 16 e s. Nella stessa opera sono rilevanti i contributi forniti da Vincent Della Sala, Nico Siegel, Sofia Pérez, Jos De Beus e Philippe Pochet in merito all'impatto dell'integrazione monetaria nei sistemi di *welfare state* italiano, francese, tedesco, spagnolo, olandese e belga e di Jon Eric Dølvic sugli effetti di Maastricht nella materia delle relazioni industriali.

<sup>60</sup> In particolare, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, p. 83.

<sup>61</sup> Questo principio fu ribadito nella sentenza *SPO c. Commissione*, Causa T-29/92, sentenza del 21 febbraio 1995. Indubbiamente, il principio di sussidiarietà aveva già trovato applicazione in numerose esperienze maturate nei singoli contesti nazionali, a livello regionale. La sussidiarietà ha, comunque, costituito un canone non scritto cui si è ispirata per oltre quarant'anni la prassi normativa della Comunità, facendo sì che la disciplina di origine comunitaria fosse necessaria e proporzionata in ordine agli obiettivi da realizzare. In tal modo, l'azione comunitaria si richiede solo nella misura in cui la medesima risulti indispensabile, rimettendo alle entità nazionali e periferiche il compito di agire in via primaria, secondo modalità non lesive del processo di integrazione europea.

<sup>62</sup> In particolare, G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, p. 83.

assume un duplice aspetto ed assolve ad una duplice funzione, quella di essere fonte di più ampie competenze a livello comunitario e di essere limite ad un esercizio abusivo delle medesime.

Vi è una componente dottrinale che reputa il Trattato di Maastricht come “*the most important and supranational step in the European integration*”<sup>63</sup> in una delle aree di norma riservate al dominio nazionale. Indubabilmente, la previsione di una unione economica e monetaria ha provocato una graduale convergenza dei modelli di *welfare state* presenti nell’Europa occidentale, “facendosi strada tra le tante forme di statalismo europeo” e rimodellando secondo logiche rinnovate l’originario compromesso dell’*embedded liberalism*<sup>64</sup>.

### 6.2.1. *L’enforcement delle politiche comunitarie nel Trattato di Amsterdam*

L’allargamento dell’Unione europea ad Est da premonizione divenne realtà sul finire degli anni Novanta. L’aumento del numero degli Stati membri richiedeva l’adozione di meccanismi decisionali più agili e snelli, attraverso l’estensione dei casi e delle materie nelle quali era possibile decidere a maggioranza. Il Trattato di Amsterdam del 12 ottobre 1997 tentò un rafforzamento delle politiche comunitarie integrando i Trattati di Maastricht e CE. Il Trattato di Amsterdam intese rinvigorire la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale ed integrare l’Accordo di Schengen nel quadro istituzionale dell’Unione Europea. Ma ciò che suscita immediato interesse è il contenuto del Preambolo del Trattato che contiene una serie di impegni di alto valore politico.

Ad Amsterdam, infatti, si sancì che l’Unione Europea si basava sui principi di libertà, democrazia e sul rispetto dei diritti dell’uomo, delle libertà fondamentali e dello stato di diritto che sono comuni agli Stati membri. Nell’impegno profuso dall’Unione nel rispettare le identità nazionali, si coglie l’intento di conciliare le fondamentali esigenze della unità e della diversità, attratte nell’orbita del rispetto di un *corpus* di valori comune e condiviso. Vi è l’esplicita conferma dell’attaccamento ai diritti sociali fondamentali previsti nella Carta Sociale Europea di Torino del 1961 e a quelli sanciti nella Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori del 1989<sup>65</sup>. Occorre rammentare che l’art. 6

---

<sup>63</sup> In particolare, A. MARTIN, G. ROSS, nella “*Introduction*” al Volume da loro curato, *Euros and Europeans. Monetary Integration and the European Social Model*, Cambridge, 2004, p. 17.

<sup>64</sup> Come rileva Maduro, ciò contribuì a rimodulare l’intelaiatura comunitaria non più sul solo concetto della “*economic efficiency, but also social and redistributive values*”, rinvigorendo il ruolo decisionale delle istituzioni comunitarie. Sul punto, si rimanda al contributo di M.P. MADURO, “*Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights*”, in *European Law Journal*, Vol. 3, No. 1, (March 1997), p. 66. Il riferimento agli statalismi europei si deve a G. AMATO, *Il potere e l’antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato ...cit.*, p. 95.

<sup>65</sup> Come rileva Goebel, il processo di integrazione europea negli anni Novanta conosce un forte sviluppo ed il suo *trend* ruota intorno a due valori fondamentali, assicurare una simmetrica e proporzionale diminuzione del tasso di inflazione e di quello di disoccupazione. Il SEBC si pone in funzione servente a questo scopo, parimenti a quanto svolto dall’omologo statunitense, costituito dalla FED. Indubbiamente, l’obiettivo della protezione dell’occupazione acquisirà

del Trattato di Maastricht aveva stabilito che: “l’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali ...e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”, ma l’art. 10 ribadiva, in via implicita, che quanto statuito dall’art. 6 era sottratto alla competenza giurisdizionale della Corte di Giustizia. Sarà proprio il Trattato di Amsterdam ad ampliarne la sfera applicativa<sup>66</sup>.

Ne emergeva l’evidente intento di promuovere il benessere economico e sociale dei popoli europei e di attuare politiche comunitarie che consentivano di replicare anche in altri settori i progressi realizzati nel percorso dell’integrazione economica. Significativa è la circostanza secondo la quale l’*enforcement* del processo di integrazione europea avrebbe dovuto costruirsi sulla promozione del progresso economico e sociale. Il rafforzamento della coesione economica e sociale doveva avvenire in modo dicotomico alla instaurazione di una unione economica e monetaria nel grembo di uno spazio senza frontiere interne. In tale quadro anche il principio di sussidiarietà acquisiva la valenza di “concetto dinamico”, destinato a delineare con tratto più deciso nuovi equilibri istituzionali in seno all’Unione Europea, ampliando le maglie dell’agire comunitario laddove necessario e, restringendolo, laddove superfluo<sup>67</sup>. Un aspetto rilevante del Trattato di Amsterdam è costituito dalla previsione dell’istituto della cooperazione rafforzata a favore dei singoli Stati membri che si poneva in linea con il futuro allargamento ad Est ed assicurava lo sviluppo di differenziate e non paritarie dinamiche relazionali tra Stati, nella cornice di un’Europa che diverrà a due velocità<sup>68</sup>. Siffatto intento è, del resto, confermato dal fatto che la cooperazione rafforzata – in tale sede di indagine confinata al solo Primo Pilastro – non doveva, comunque, costituire una forma di discriminazione o di restrizione agli scambi tra gli Stati membri né doveva provocare distorsioni nelle condizioni di concorrenza all’interno del mercato.

---

un valore notevole in virtù del Trattato di Amsterdam che ascriverà un ruolo rilevante ai diritti sociali. Indubbiamente, un basso livello di inflazione incoraggia gli investimenti a lungo termine, la fiducia nei contratti di fornitura a lunga scadenza, la stabilità dei mercati, la certezza nella pianificazione del bilancio, l’assicurazione per i risparmi a lungo termine e l’assistenza sociale agli anziani. Ma la lotta all’inflazione eccessiva potrebbe, però, ostacolare gli sforzi dello Stato per combattere le crisi economiche e monetarie. Secondo l’autore non costituisce un fattore trascurabile la circostanza secondo la quale il Trattato di Amsterdam abbia posto, tra i compiti della Comunità, quello di assicurare un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, immediatamente prima della promozione della crescita sostenibile e non inflazionistica. Confermando un *trend* d’azione già avviato dalla *Federal Reserve*, negli Stati Uniti. Sul punto, in particolare, R. GOEBEL, “L’Unione economica e monetaria”, in AA.VV. (a cura di B. Beutler, R. Bieber, J. Pipkorn, J. Streil, J.H.H. Weiler) *L’Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche ...cit.*, pp. 504 e s.

<sup>66</sup> L’art. F, del Trattato di Maastricht prevedeva che: “L’Unione rispetta l’identità nazionale dei suoi Stati membri i cui sistemi di governo si fondano su principi democratici”.

<sup>67</sup> È la definizione contenuta in uno dei Protocolli allegati al Trattato di Amsterdam.

<sup>68</sup> Il fatto che tale meccanismo collaborativo muova da una iniziativa degli Stati interessati, ma sia sottoposto alla proposta ed alla validazione, rispettivamente, della Commissione e del Consiglio e che alla eventuale ostensione di una clausola di salvaguardia statale per esigenze di *public policy* interna faccia seguito una valutazione dei ‘Consigli’ ed un controllo della Corte di Giustizia sulla loro legittimità e sussistenza, conferma le necessità di ritrovare un punto di equilibrio tra spinte contrapposte secondo un criterio di *checks and balances*, tutto comunitario.



Era evidente l'intento di consentire la sperimentazione di particolari moduli collaborativi tra Stati alla luce di specifiche esigenze legate ai rispettivi territori ed ai relativi contesti socio-economici, ma occorre pur sempre farlo nel rispetto degli obiettivi dell'Unione, in ossequio ai Trattati ed in modo tale da non ostacolare o danneggiare il funzionamento del mercato interno.

Negli anni immediatamente successivi al Trattato di Amsterdam ricevettero consacrazione le previsioni del Trattato UE attraverso l'introduzione dell'euro nel circuito finanziario internazionale, la sua messa in circolazione il primo gennaio 2002 e la correlativa entrata in funzione della Banca Centrale europea. Si può osservare che nel decennio che si diparte da Maastricht sino al 2002, si è data attuazione agli obiettivi previsti all'inizio degli anni Novanta, i quali avevano definito i tratti 'somatici' dell'Unione economica e monetaria secondo un gradualismo delle scelte e dei passaggi istituzionali che confermerà il ricorso, ancora una volta, al 'metodo di Monnet'.

### *6.3. L'art. 30 del Trattato di Roma e i casi di discriminazioni infranazionali di rilievo comunitario*

Gli anni Ottanta e Novanta costituirono un rilevante laboratorio di riforme istituzionali condotte in chiave normativa. L'Europa si era munita di una nuova infrastruttura economica che entrerà a pieno regime solo sul finire degli anni Novanta. Questo non esime dal dover considerare l'importante contributo pretorio offerto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che concorrerà a consolidare l'*acquis communautaire* e a ridefinire la sfera applicativa dei disposti sulla libera circolazione delle merci in modo innovato rispetto al passato, tenendo conto del nuovo volto assunto dal mercato e dalle mutate esigenze presenti al suo interno.

L'attenzione prestata all'opera ricostruttiva del Giudice comunitario riposa sulla non celata volontà di scoprire l'impatto della norma sul tessuto reale e il metodo utilizzato per risolvere i conflitti tra misure nazionali e disciplina comunitaria, all'indomani della inaugurazione della strategia dell'armonizzazione positiva. Occorre, del resto, rilevare il fatto che gli assunti ermeneutici cristallizzati in quegli anni non furono stravolti, anche perché la stagione delle riforme non aveva intaccato il nucleo primigenio del primo pilastro, ma lo aveva piuttosto calato nella cornice di una nuova e più matura Europa che farà della coesione economica e sociale un suo obiettivo primario.

A riguardo occorre menzionare una interessante decisione della Corte di Giustizia del 1988 che si colloca a metà strada tra l'Atto Unico Europeo ed il Trattato di Maastricht, in quella che può ben considerarsi una importante fase di transizione nel processo di integrazione europea. Nella vicenda *Commissione c. Germania* si disquisiva della riscossione da parte di taluni *Länder* tedeschi di un tributo, all'atto dell'importazione o anche in ragione del mero transito nell'ambito del loro

territorio, di animali vivi provenienti da altri Stati membri<sup>69</sup>. Il tributo riscosso era destinato a coprire le spese per i controlli veterinari condotti alla luce della Direttiva 81/389 del Consiglio. La Commissione riteneva che il tributo costituisse una tassa d'effetto equivalente ad un dazio doganale e rientrasse nel perimetro applicativo dell'art. 30 del TFUE (già art. 25 TCE).

La Corte di Giustizia si discostò dalle ricostruzioni della Commissione e sostenne che il consolidato indirizzo pretorio, in materia, consentiva di ritenere ostacoli frapposti alla libera circolazione delle merci quegli oneri pecuniari, seppure minimi, riscossi in ragione dell'importazione o del transito di una merce che non rientravano in un sistema interno di tributi, gravante in modo equanime sia sulle merci importate, sia su quelle esportate che su quelle nazionali. Non rientravano nell'ambito dell'art. 30 del TFUE neppure quegli oneri fiscali imposti come corrispettivo di un servizio effettivamente prestato a favore dell'operatore e proporzionato al servizio reso o quei tributi imposti in ragione dei controlli effettuati per l'adempimento di obblighi fissati dalla normativa comunitaria<sup>70</sup>. Sulla scorta di siffatte elementi di raffronto, la Corte argomentò che, nel caso di specie, la Commissione non aveva dimostrato che il tributo eccedeva il costo effettivo dei controlli. Le misure fiscali nazionali adempivano, infatti, a degli obblighi posti dalla citata Direttiva del 1981 e di una precedente Direttiva del 1977 (n. 77/489 del Consiglio), relativa alla protezione degli animali nei trasporti internazionali e, come tali, rispondevano ad un interesse generale della Comunità e non del singolo Stato membro<sup>71</sup>. L'uniformazione del regime dei controlli rispondeva a questo scopo, non potendosi provvedere ad una agevole armonizzazione comunitaria dei tributi imponibili e, pertanto, la tassa riscossa dai *Länder* tedeschi non equivaleva ad un dazio doganale.

Nel successivo caso *Legros* del 1992, la Corte di Giustizia affrontò il delicato problema del cd. "dazio di mare" che colpiva tutti i prodotti immessi nei Territori francesi d'Oltremare, quali Martinica, Guadalupa, Réunion e Guyana. In tale vicenda la Corte di Giustizia precisò che

---

<sup>69</sup> Caso *Commissione c. Germania*, C-18/87, sentenza del 1988. Sul punto, si rimanda all'analisi di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, New York, 2003, pp. 590 e s.

<sup>70</sup> La Corte rammentò che esistevano quattro criteri per poter escludere che una tassa avesse un effetto equivalente ad un dazio doganale, ossia che l'importo dei tributi non doveva eccedere il costo effettivo dei controlli effettuati al momento della loro riscossione; i controlli dovevano avere carattere uniforme ed obbligatorio per tutti i prodotti presenti all'interno della Comunità; dovevano essere contemplati da diritto comunitario nell'interesse generale della Comunità ed, infine, dovevano agevolare la libera circolazione delle merci, neutralizzando i rischi che potevano derivare da procedure unilaterali di controllo previste dall'art. 36 del TFUE (già art. 30 TCE). I quattro criteri erano stati già enunciati nella sentenza *IFG c. Freistat Bayern*, C-1/83, sentenza del 31 gennaio 1984. Il criterio della proporzionalità fu ripreso in una successiva sentenza della Corte di Giustizia, *Commissione c. Italia*, C-209/89, sentenza del 21 marzo 1991, in cui la Corte accertò una violazione del divieto di tasse d'effetto equivalente ad un dazio doganale poiché l'Italia aveva applicato, per lo svolgimento di operazioni doganali condotte fuori dal circuito doganale o al di fuori dell'orario normale di lavoro, un sistema di indennità calcolate in modo non proporzionato ai costi sostenuti. In particolare, nelle ipotesi di servizi resi contestualmente a favore di più ditte, l'amministrazione italiana riscuoteva l'indennità piena nei confronti di ciascuna ditta ed, inoltre, da ciascuna ditta veniva riscossa una indennità equivalente ad almeno un'ora di lavoro.

<sup>71</sup> In effetti, nei Preamboli delle menzionate Direttive emerge l'esplicito intento di armonizzare le normative degli Stati membri in materia di protezione degli animali vivi destinati al trasporto internazionale onde eliminare quegli ostacoli tecnici opposti dai singoli Stati membri in ragione della tutela della salute.

l'ostacolo alla libera circolazione delle merci non era escluso nell'ipotesi in cui la tassa avesse colpito, in modo eguale, anche i prodotti provenienti dallo stesso Stato membro, nel caso di specie la Francia. L'onere imposto, anche se applicato alle merci provenienti dalla Francia, costituiva una tassa d'effetto equivalente ad un dazio doganale e come tale ledeva la libera circolazione dei beni in seno al mercato comune. Infatti, anche se l'onere pecuniario era imposto non nel momento in cui la merce varcava la frontiera nazionale, bensì nel momento in cui varcava la frontiera 'regionale' ed era applicabile anche ai prodotti originari della Francia che oltrepassavano lo stesso confine, costituiva una tassa con effetti equivalenti ad un dazio doganale, limitativa degli scambi intracomunitari<sup>72</sup>. Risultava, pertanto, ininfluenza la modalità ed il luogo di percezione del tributo, se alla frontiera nazionale o all'interno del territorio statale.

L'assunto ermeneutico maturato nel caso *Legros* fu ripreso in una vicenda speculare del 1995, in cui il Giudice comunitario ribadì che la tassa *ad valorem* riscossa dalla Grecia sulle merci importate da altri Stati membri ai fini del loro ingresso all'interno dell'Isola greca di Kos, anche se gravante in modo eguale, sia sulle merci di provenienza nazionale, sia su quelle importate che su quelle esportate dalla medesima regione, costituiva una tassa con effetto equivalente ad un dazio doganale. A tal fine, la Corte considerava irrilevante l'ostensione della finalità di garantire risorse alla finanza locale, piuttosto che di limitare le importazioni. Infatti, indipendentemente dalla finalità perseguita e dalla destinazione dei proventi dell'onere riscosso nonché dalla natura duplice o univoca del tributo (sulle importazioni e/o sulle esportazioni), il fatto che colpisse in via generale tutti i transiti che avvenivano attraverso la frontiera rendeva difficile la penetrazione dei mercati voluta dal Trattato e tintecciava la misura di sfumature daziarie<sup>73</sup>. A tal fine risulta utile rammentare che la Corte costituzionale italiana ha disposto il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in merito ad una legge della Regione Sardegna (L. n. 4/2006), introduttiva di un'imposta sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto, gravante solo nei riguardi di soggetti aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori del territorio regionale<sup>74</sup>. L'Avvocato Generale ha precisato che

---

<sup>72</sup> Caso *Legros*, C-163/90, sentenza del 16 luglio 1992. Sul punto, in particolare, si veda la ricostruzione di C. BARNARD, *The EU Substantial Law*, New York, p. 38 nonché di G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, pp. 344 e di L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006, p. 50.

<sup>73</sup> Caso *Simitzi Maria v. Municipality of Kos*, cause riunite C-485/93 e C-486/93, sentenza del 14 settembre 1995. Nel più recente caso *Michailidis*, cause riunite C-441/98 e C-442/98, sentenza del 21 settembre 2000, è stata considerata tassa d'effetto equivalente ad un dazio doganale all'esportazione, l'onere pecuniario riscosso sulle merci destinate all'esportazione e provenienti da una regione interna ad uno Stato membro. Analogamente, la Corte si espresse nel caso *UCAL*, C-347/95, sentenza del 17 settembre 1997, in cui precisò che i tributi riscossi a carico di determinate merci, indipendentemente dall'origine nazionale o importato, nel caso in cui il ricavato sia destinato a soddisfare la sola produzione nazionale, si risolve in una tassa d'effetto equivalente ad un dazio doganale. Sul punto, si rimanda al contributo di L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 50 e di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials ...cit.*, p. 586, p. 592 e p. 608.

<sup>74</sup> Corte costituzionale, Ordinanza n. 103 del 15 aprile 2008 in cui la Consulta "dispone di sottoporre alla Corte di Giustizia CE, in via pregiudiziale, le seguenti questioni di interpretazione degli artt. 49 e 87 del Trattato CE" in relazione alla legge della Regione Sardegna n. 4 dell'11 maggio 2006.

la libera prestazione dei servizi presuppone un divieto di discriminazioni indirette fondate sulla cittadinanza ed un divieto di restrizioni, anche se indistintamente applicabili ai prestatori nazionali e di altri Stati membri. È, comunque, necessario, al fine di invocare l'applicazione del diritto dell'Unione Europea, che la misura fiscale (anche se regionale) abbia delle ricadute transnazionali. Infatti, l'imposta regionale determina un costo supplementare cui non sono sottoposti i concorrenti con domicilio fiscale nella Regione. Le motivazioni al regime fiscale differenziato addotte dalla Regione Sardegna, costituite dalla tutela ambientale, dalla coerenza del sistema fiscale, dalla tutela della salute e dal carattere insulare del territorio, definite quali esigenze imperative di interesse generale non sono risultate convincenti<sup>75</sup>.

In particolare, l'Avvocato Kokott nel richiamare alla memoria la Dichiarazione sulle Regioni insulari allegata al Trattato di Amsterdam, ribadisce che lo svantaggio strutturale in cui versano le isole non legittima il ripristino di barriere commerciali o di misure protezionistiche contrarie all'essenza dei principi sul mercato interno. Non solo, l'imposta regionale presenta i tratti di un aiuto di Stato poiché determina un vantaggio selettivo (di natura regionale) a favore delle imprese aventi domicilio fiscale in Sardegna, con effetti discriminatori e distorsivi delle dinamiche degli scambi intracomunitari e della concorrenza<sup>76</sup>. Nelle conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale, si afferma che: *“L'art. 49 CE osta ad una legge di una Regione autonoma in forza della quale viene riscossa un'imposta dettata essenzialmente da motivi di politica ambientale sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto dalle sole imprese aventi il proprio domicilio fiscale al di fuori di tale regione, ma non dalle imprese aventi il proprio domicilio fiscale all'interno della medesima. Una legge regionale come quella adottata dalla Regione autonoma della Sardegna ... costituisce un aiuto ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, a favore di imprese che svolgono la stessa attività e hanno il proprio domicilio fiscale all'interno della medesima”*<sup>77</sup>. In accoglimento di tali

---

<sup>75</sup> Causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Autonoma della Sardegna*, conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale Juliane Kokott, il 2 luglio 2009. Nel 2008 l'imposta regionale era stata estesa anche agli operatori economici residenti nella Regione e, nel 2009, è stata abrogata. Il contenzioso permaneva, però, per i tributi versati in pendenza del pregresso regime fiscale. Si è reputato inconferente l'argomento della tutela ambientale e l'applicazione del principio “Chi inquina paga” al caso di specie, visto che il degrado ambientale e l'inquinamento atmosferico e marino sono provocati dallo scalo e dalla sosta di unità da diporto e di aeromobili, indipendentemente dalla loro provenienza. In tal modo è venuta meno anche l'esigenza di tutela della salute. In secondo luogo, ritenere la misura regionale in armonia con il regime fiscale è, a parere dell'Avvocato Generale, erroneo, poiché non si può giustificare una esazione differenziata sol perché i residenti versano l'importo del tributo in altro modo, ad esempio pagando l'imposta sul reddito o l'IVA.

<sup>76</sup> L'Avvocato Generale, nel valutare l'idoneità ad incidere sugli scambi della normativa analizzata, ribadisce che non occorre dimostrare una incidenza effettiva sul commercio intracomunitario, dal momento che la normativa fiscale concerne un'attività che costituisce oggetto di scambi transfrontalieri. Inoltre, potendosi trattare di un'attività che può essere svolta da operatori economici di altre regioni e di altri Stati membri se ne deduce un rischio di distorsione della concorrenza tra imprese concorrenti, residenti e non residenti, nel territorio regionale.

<sup>77</sup> L'Avvocato Generale Kokott ha sottolineato, in esordio alle conclusioni, che la vicenda costituisce: *“Una svolta nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Mentre essa aveva sinora negato il proprio status di giurisdizione ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE. La stessa si inserisce adesso nella cerchia delle Corti costituzionali nazionali che*

argomentazioni conclusive si pone la sentenza pronunciata dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia, lo scorso 18 novembre 2009, in cui si stabilisce che: “*L’art. 49 CE deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una norma tributaria di un’ autorità regionale, quale la legge della Regione Sardegna, recante disposizioni varie in materia di entrate, riqualificazione della spesa, politiche sociali e di sviluppo, ...la quale istituisce un’ imposta regionale sullo scalo turistico degli aeromobili adibiti al trasporto privato di persone nonché delle unità da diporto che grava unicamente sulle persone fisiche e giuridiche aventi il domicilio fiscale fuori dal territorio regionale. L’art. 87, n. 1, CE deve essere interpretato nel senso che una normativa tributaria di un’ autorità regionale che istituisce un’ imposta sullo scalo, quale quella di cui trattasi nella causa principale, la quale grava unicamente sulle persone fisiche e giuridiche aventi il domicilio fiscale fuori dal territorio regionale, costituisce una misura di aiuto di Stato a favore delle imprese stabilite su questo stesso territorio*”. Nel caso in cui l’ onere pecuniario avesse avuto, invece, un ambito di applicazione solo interno ed avesse inciso sulle sole merci che circolavano nel mercato nazionale, risultava irrilevante per il diritto comunitario, in particolare per l’ art. 30 del TFUE.

Nella sentenza *Steen II* del 1994 la Corte di Giustizia sancì l’ irrilevanza, per il diritto comunitario, di misure e provvedimenti interni che ostacolavano la libera circolazione delle merci sul solo piano nazionale e che restavano valutabili in base al dettato del diritto nazionale<sup>78</sup>. In effetti, risultava paradossale che in un sistema volto all’ abolizione di tutte quelle misure variamente limitative degli scambi commerciali intracomunitari, ostativi della creazione di un mercato interno europeo, rilevasse il contegno di uno Stato membro che aveva abolito le misure restrittive nei confronti di merci di altri Stati e ne aveva mantenuto in vigore delle altre solo nei confronti dei prodotti nazionali<sup>79</sup>.

Le limitazioni al regime degli scambi infrastatali, a livello interno, sono esenti dall’ applicazione delle normative comunitaria. Unica eccezione a tale assunto e a rigore di una sentenza criticata dalla dottrina, è costituita dal caso *Isole francesi d’ Oltremare c. Lancry* del 1994 in cui la Corte di Giustizia dichiarò equivalente ad un dazio doganale, la tassa imposta al solo prodotto di origine francese nel momento in cui sbarcava sul territorio insulare. La pronuncia appariva inaspettata poiché l’ onere fiscale gravava sulle sole merci francesi, non anche su quelli provenienti da altri Stati membri. La Corte non volle entrare in spiegazioni di dettaglio, ma sovrappose la nozione di merce

---

*intrattengono un rapporto di collaborazione attivo con la Corte di Giustizia*”. Ad analoghe conclusioni la medesima Corte era giunta nel nota causa *Willy Kempter KG*, C-2/06, sentenza del 7 febbraio 2008.

<sup>78</sup> Caso *Steen II*, C-132/93, sentenza del 16 giugno 1996.

<sup>79</sup> Ma ci si potrebbe spingere oltre e trattare il caso di normative regionali, ad esempio italiane, ostative degli scambi in seno al territorio nazionale e discriminatorie nei confronti di determinate regioni. In tal caso, non sovviene certo la disciplina comunitaria, ma occorre condurre una lettura in combinato disposto degli artt. 117 e 119 della Costituzione, compendiando la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di dogane, di tutela della concorrenza in seno al mercato e di sistema tributario statale con l’ autonomia finanziaria di Regioni ed Enti locali

‘originaria’ dello stesso Paese ed oggetto del rinvio pregiudiziale e quella di merce ‘proveniente’ dallo stesso Stato membro ed evocato nel dispositivo<sup>80</sup>.

Il Trattato di Amsterdam, del resto, ha tentato di risolvere il problema dei Territori d’Oltremare francesi cui sono stati aggiunti le Azzorre, Madeira e le Canarie, consentendo al Consiglio di decidere misure specifiche a favore di tali territori in virtù dell’art. 349 del TFUE (già art. 299 TCE).

In ultima analisi appare rilevante ricordare la vicenda *Ligur-Carni* del 1993, in cui la Corte fu chiamata a pronunciarsi su di una normativa italiana che imponeva, nel momento dell’ingresso nel territorio del Comune di Genova di carni fresche provenienti da altri Comuni o altri Stati membri, la sottoposizione a controllo sanitario da parte dell’USL ed il pagamento di un diritto di ispezione sanitaria. La Corte nel richiamare una Direttiva comunitaria (Direttiva 64/433, modificata dalla Direttiva 63/90) che prescriveva l’apposizione di un certificato sanitario sulle carni fresche, sostenne che: “*La Direttiva osta ad una normativa nazionale in materia di ispezioni sanitarie che assoggetti le merci importate, già munite di un certificato sanitario redatto dalle autorità dello Stato membro speditore in base alla normativa comunitaria, a controlli sanitari obbligatori, sistematici e permanenti, non alla frontiera, ma nel Comune di transito o di destinazione delle merci ed imponga agli operatori economici interessati il pagamento di un diritto come corrispettivo*”<sup>81</sup>.

Nel caso di specie, però, la Corte non ha ravvisato nella condotta del Comune italiano una violazione dell’art. 30 del TFUE, bensì dell’art. 34, considerando la sottoposizione a nuovi controlli sanitari e il pagamento del diritto di visita, un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione delle merci. Anche la circostanza secondo la quale la misura sia prevista da un provvedimento locale e sia confinata al solo territorio di un Comune dello Stato membro non ne esclude la valenza discriminatoria o protezionistica. Un aspetto rilevante della pronuncia che si pone in linea con la stagione dell’armonizzazione delle normative nazionali, riguarda la considerazione secondo cui le Direttive sanitarie hanno istituito un sistema di controllo completo, ampio e minuzioso delle carni fresche “*basato sull’equivalenza delle garanzie sanitarie a livello comunitario che si sostituisce ad*

---

<sup>80</sup> Caso *Isole francesi d’Oltremare c. Lancry*, Cause riunite C-363 e C-407/93. Per una riflessione critica si rimanda al contributo di G. TESAURO, *Diritto comunitario...*cit., p. 345 e di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials ...*cit., p. 583 e

<sup>81</sup> Caso *Ligur-Carni*, C-277/91, sentenza del 15 dicembre 1993. Nella pronuncia la Corte, inoltre, ritiene che per i controlli saltuari sanciti dalla Direttiva, lo Stato membro non può riscuotere diritti di visita, “*in simili casi l’attività dell’amministrazione è svolta nell’interesse generale e non può essere considerato un servizio reso all’importatore. Di conseguenza, le spese relative a tali controlli devono essere poste a carico della collettività nazionale che, nel suo complesso, fruisce dei vantaggi derivanti dalla libera circolazione delle merci comunitarie*”. Viene evocato uno dei parametri emersi nel caso *Commissione c. Germania* del 1987 sul beneficio a favore dell’importatore del tributo riscosso. Il passaggio della sentenza è stato estratto dal contributo di L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...*cit., p. 52.

*ogni altro sistema di controlli presente nello Stato membro destinatario, qualunque sia il luogo dei controlli effettuati”.*

#### *6.4. Restrizioni quantitative alla libera circolazione delle merci e misure d'effetto equivalente nelle realtà infrastatali*

La stagione dell'armonizzazione normativa provocò delle ripercussioni anche sul modo di interpretare il disposto dell'art. 34 del TFUE e di perimetrare la sfera di applicazione non solo delle misure restrittive della fisiologica dinamica degli scambi intracomunitari, ma anche di quelle munite di effetti discriminatori e protezionistici confinati ad una regione o specifica area geografica presente nel territorio di uno Stato membro. Occorre menzionare il rilevante caso *Buet* del 1989 inerente la vendita porta a porta, in Francia, di materiale didattico sia nazionale che importato per l'apprendimento di una lingua straniera<sup>82</sup>. L'interrogativo sollevato concerneva la possibile confliggenza del divieto imposto dalla normativa francese con l'art. 34 del TFUE, dal momento che imponendo l'adozione di una precisa tecnica di vendita dei prodotti avrebbe potuto provocare una restrizione al commercio sul mercato francese di prodotti provenienti da altri Stati membri.

In che modo era possibile compendiare l'ostacolo opposto ad una precisa tecnica di vendita con l'esigenza di tutelare il consumatore dal compimento di un acquisto imprudente? Indubbiamente la legge francese risultava applicabile indistintamente a favore dei prodotti importati e di quelli nazionali e rispondeva all'esigenza imperativa di tutelare i consumatori e la lealtà dei negozi commerciali. Era, altresì, vero che la misura nazionale incideva non su di una tecnica promozionale nelle modalità di vendita del prodotto, bensì su di un metodo di commercio attraverso il quale l'operatore interessato realizzava la quasi totalità delle vendite. La normativa francese, infatti rispondeva all'implicita *ratio* di assicurare che la vendita di materiale didattico, che incideva sulla formazione del bagaglio culturale di un consumatore, avvenisse nel rispetto di specifici *standards* qualitativi, elidendo il rischio di imprudenze negli acquisti di prodotti di bassa qualità.

Il passaggio chiave della sentenza non risiede tanto nell'esclusione dei presupposti di operatività del divieto di cui all'art. 36 che rendevano la condotta della Francia legittima, quanto nella motivazione addotta dalla Corte che, pur riconoscendo la presenza di una Direttiva comunitaria del Consiglio del 1985 che tutelava i consumatori nelle ipotesi di vendite al di fuori dei locali commerciali attraverso lo strumento della rescissione, consentiva di mantenere in vigore norme nazionali più favorevoli per i consumatori <sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> Caso *Pubblico Ministero c. Buet e Sarl Educational Business*, C-382/87, sentenza del 1989.

<sup>83</sup> La medesima Direttiva permetteva esplicitamente ai singoli Stati di mantenere in vigore divieti totali o parziali di vendita condotta fuori dai locali commerciali, a fronte di una armonizzazione in materia solo parziale, in cui l'ostensione di rilevanti e notorie esigenze imperative è concessa direttamente dalla normativa comunitaria. Sul punto,

Parimenti rilevante nel corso della stagione di transizione verso il mercato interno europeo è la sentenza *Torfaen* del 1989 inerente il divieto di apertura domenicale degli esercizi commerciali, consentito da una legge nazionale britannica e fissato in dettaglio da un Ente locale britannico, il Torfaen Borough Council<sup>84</sup>. Nella vicenda sono di ampio rilievo le conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale Van Gerven che si pone tre interrogativi fondamentali per fornire una risoluzione della controversia ossia se vi sia la presenza di un elemento transfrontaliero nella vicenda, se vi sia un rapporto tra la condotta assunta dall'ente locale e l'effetto di riduzione delle vendite, del fatturato e delle importazioni e se vi sia un effetto di scompartimentazione dei mercati. Di notevole spessore è il raffronto normativo che l'Avvocato Generale conduce in merito alle intersezioni tra la disciplina comunitaria a tutela della concorrenza (*ex art. 101 TFUE*) e quella sulla libera circolazione delle merci, analizzando il paventabile effetto congiunto che condotte pubbliche e private, volte ad una compartimentazione del mercato possano provocare sul flusso commerciale intracomunitario.

La compartimentazione ha sempre il fine di evitare la compenetrazione dei mercati e di limitare od ostacolare l'accesso al mercato nazionale, limitando congiuntamente la libertà di mercato e di concorrenza in seno al mercato dei singoli operatori economici<sup>85</sup>.

L'Avvocato Generale Van Gerven concludeva per l'insussistenza di un effetto di compartimentazione del mercato provocato dalla condotta dell'Ente locale britannico e per la sua irrilevanza ai sensi dell'art. 34 del Trattato, visto che non intendeva neppure discriminare o proteggere i prodotti nazionali rispetto a quelli importati. La Corte di Giustizia confermò le

---

si rimanda al contributo di M. DOUGAN, "Minimum Harmonization and the Internal Market", in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), pp. 870 e s., di J. STUYCK, "European Consumer Law After the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market", in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), p. 367, di J. SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms*, New York, 2002, p. 210 e di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials ...cit.*, p. 649.

<sup>84</sup> Una grande impresa di vendita di prodotti "fai-da-te", la B&Q plc, aveva avviato un procedimento penale contro l'ente territoriale britannico per aver subito un grave calo nelle vendite e del relativo fatturato a seguito dell'introduzione di siffatta misura che aveva provocato delle ripercussioni sul volume delle importazioni di merci di altri Stati che l'impresa vendeva al dettaglio. Interessante è la difesa dell'ente locale che aveva negato che il provvedimento costituisse una forma di normativa commerciale, costituendo piuttosto l'esercizio di un potere di polizia (una misura di *public policy* interna). Caso *Torfaen Borough Council c. B&Q plc*, C-145/88, sentenza del 1989.

<sup>85</sup> Basti rammentare l'articolato argomentare ricostruttivo che emerge nei punti 21, 22, 23, 24 e 25, in cui l'Avvocato Generale non si sofferma sulle chiavi di intersezione, evidenziando la diversità dei destinatari e la portata della clausola, ma lascia intravedere nella comunanza dell'elemento teleologico perseguito, la volontà di garantire la costruzione di un mercato unico, munito di una base pluralistica. L'Avvocato aveva, del resto, richiamato i precedenti *Dassonville*, *Cassis de Dijon* e *Cinéthèque*. Come rileva Weiler l'accoglimento delle conclusioni che la Corte di Giustizia fornì nel caso *Torfaen*, non devono far pensare che Van Gerven vinse la propria battaglia poiché la pronuncia della Corte era, ancora una volta, pervasa da quel sottile formalismo che aveva consentito di validare il provvedimento locale sol perché sorretto da valide ragioni di ordine storico, culturale e sociale che lo riportavano nell'alveo del principio di proporzionalità. Sul punto, per una disamina dei singoli passaggi argomentativi delle conclusioni dell'Avvocato Generale e della Corte di Giustizia si rimanda al contributo di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, pp. 368 e ss., di M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Portland, Oregon, 1998, pp. 46 e s., di J. SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms*, New York, 2002, pp. 66 e ss. e di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, pp. 641 e ss.



argomentazioni dell'Avvocato Generale e stabilì che: “L’art. 28 del Trattato (oggi art. 34) va interpretato in modo che il divieto da esso sancito non si applichi ad una normativa nazionale che vieti l’apertura domenicale degli esercizi commerciali al minuto, qualora gli effetti restrittivi sugli scambi commerciali che ne possano eventualmente risultare, non eccedano gli effetti caratteristici di una normativa di tal genere”<sup>86</sup>.

La negazione della sfera di applicabilità dell’art. 34 del Trattato ed il congiunto riconoscimento di una delle esigenze previste dall’art. 36, in particolare sulla tutela della salute, emergono nel caso *Aragonesa de Publicidad* del 1991, in cui la Corte di Giustizia giunse a sostenere che una legge della *Comunidades Autonomas* della Catalogna che vietava la pubblicità nei mezzi di comunicazione, nelle vie cittadine, lungo le strade, nei cinema e sui mezzi di trasporto pubblico, salvo che per indicare la presenza di centri di produzione e di vendita nel territorio catalano, di bevande alcoliche con un tasso alcolometrico superiore a 23 gradi non costituiva una misura d’effetto equivalente ad una restrizione quantitativa. Il Giudice comunitario argomentò che, anche se la misura produceva un effetto equivalente ad una restrizione quantitativa, risultava giustificata da una esigenza di tutela della salute di cui all’art. 36 – visto che in Catalogna il consumo di bevande alcoliche tra i giovani era molto elevato - e non dall’intento di favorire la produzione locale (visto che la Catalogna produceva una grande quantità di vino con un tasso alcolico inferiore ai 23 gradi)<sup>87</sup>.

Ma la Corte non sempre giustificò misure nazionali restrittive del regime degli scambi e dalla sfera di incidenza limitata al territorio di una determinata regione o realtà locale presente all’interno dello Stato membro. Basti pensare al caso *Du Pont de Neumors* inerente una gara per forniture bandita da una Unità Sanitaria locale italiana, che riservava una percentuale delle medesime forniture ad imprese del Mezzogiorno d’Italia. La Corte argomentò che il provvedimento nazionale, inducendo le amministrazioni locali e gli enti pubblici interessati a rifornirsi di merci trasformate nel territorio di una Regione presente in un dato Stato membro, impediva il rifornimento presso imprese di altri Stati membri e cagionava un effetto discriminatorio nei confronti delle merci originarie di altri Paesi

---

<sup>86</sup> L’assunto è ripreso dal punto 17 della sentenza *Torfaen*. Occorre ribadire che la legislazione britannica tornò innanzi alla Corte di Giustizia, nel caso *Lomas*, C-38/90, sentenza del 10 marzo 1992, in cui, però, la Corte qualificò come restrizione alle esportazioni, un provvedimento normativo britannico che faceva divieto di esportare animali vivi da macello verso la Spagna, poiché secondo le autorità britanniche i macelli spagnoli non osservavano le prescrizioni di alcune direttive comunitarie in materia di abbattimento degli animali.

<sup>87</sup> Caso *Aragonesa de Publicidad*, cause riunite C-1/90 e C-176/90, sentenza del 25 luglio 1991. Sul punto, J. SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms ...cit.*, p. 136 e ss. L’art. 36 ricevette analogo applicazione, stavolta in nome della tutela della salute di talune specie animali ed in ragione della tutela della biodiversità, nei confronti di una misura nazionale che vietava di detenere sull’Isola di LaesØ specie di api diverse delle api della sottospecie *Apis mellifera mellifera* tipica del territorio insulare. In tale caso, la misura di preservazione statale, in quanto volta a tutelare la diversità biologica di una specie di insetti, rispondendo al duplice scopo di evitare l’estinzione delle api mellifere e di incentivare una data forma di indagine scientifica, non costituiva una misura dall’effetto restrittivo ai sensi dell’art. 34. Caso *Bluhme*, C-67/97, sentenza del 3 dicembre 1998.

rispetto a quelle interne. Per tale motivo il Giudice paventò una violazione dell'art. 34 del TFUE, considerando il provvedimento di *favor* di una data area geografica, presente nel territorio dello Stato membro, una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa<sup>88</sup>.

È interessante notare come nelle vicende analizzate le misure variamente limitative degli scambi commerciali siano state predisposte da enti territoriali infrastatali ed abbiano incontrato il *placet* della Corte di Giustizia che, salvo rare eccezioni, le ha ritenute non confliggenti con il dettato dell'art. 34 proprio perché suffragate dalle fattispecie derogatorie previste dall'art. 36 o da ragionevoli e legittime esigenze imperative evocate dai soggetti pubblici interessati nella cornice di una stagione dell'armonizzazione comunitaria non ancora completa.

### *2.5. I casi Clinique e Schmidberger ovvero della dottrina delle esigenze imperative e della tutela dei diritti fondamentali nell'arco di un decennio*

Come rileva acutamente Weiler, la dottrina delle esigenze imperative “*ha semplicemente scritto nel Trattato una nuova clausola di deroga aperta a completamento dell'art. 30 (oggi art. 36)*”<sup>89</sup>. L'affermazione è condivisibile poiché le esigenze imperative si sono mostrate come una formula onnicomprensiva ed elastica di ideazione pretoria, che ha consentito agli Stati membri di aggirare l'ostacolo costituito dal rigido schematismo elencatorio dell'art. 36. Rimane da considerare il fatto che la validazione di tali ragioni ostative alla dinamica degli scambi intracomunitari abbia incontrato non poche censure di illegittimità comunitaria e si sia gradualmente erosa in virtù delle guardate armonizzazione positiva condotta dalle istituzioni comunitarie in settori sempre più ampi e diversificati. A conferma di tale indirizzo si colloca la sentenza *Clinique* del 1994 che appare di rilievo poiché contiene la trattazione di una pluralità di elementi intrecciati al valore della libertà di commercio e di concorrenza in seno al mercato interno europeo<sup>90</sup>.

Il caso prende le mosse da un rinvio pregiudiziale che un Giudice tedesco operò nei confronti della Corte di Giustizia in merito all'interpretazione degli artt. 34 e 36 del TFUE. Due società, l'una francese e l'altra tedesca che erano le filiali in Europa dell'impresa cosmetica statunitense Estée Lauder, commercializzavano in Europa i relativi cosmetici con il marchio *Clinique*, eccezion fatta per la Germania ove erano commercializzati con il marchio *Linique*. Successivamente, le due

---

<sup>88</sup> Caso *Du Pont de Nemours*, C-21/88, sentenza del 20 marzo 1990. L'assunto pretorio sarà riconfermato nel più recente caso *TK-Heimdienst Sass*, C-254/98, sentenza del 13 gennaio 2000. Sul punto, si rimanda al contributo ricostruttivo di L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 63 e di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, p. 889.

<sup>89</sup> In particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 355.

<sup>90</sup> Caso *Clinique*, C-315/92, sentenza del 1994. Sul punto, si rimanda al contributo di P. ROTT, “Minimum Harmonization for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law”, in *Common Market Law Review*, Vol. 40, (2003), pp. 1111 e s.

società avevano provveduto ad immettere sul mercato tedesco i prodotti con lo stesso marchio utilizzato negli altri Stati membri, per ridurre i costi di una differente etichettatura e di una differente sponsorizzazione sul mercato tedesco. Un'associazione professionale adì il *Landgericht* di Berlino, lamentando il fatto che la diversa denominazione induceva in errore i consumatori, ingenerando in loro la fasulla convinzione che si trattasse di prodotti con proprietà terapeutiche (cliniche appunto)<sup>91</sup>.

La Corte di Giustizia condusse una disamina molto interessante, operando un raffronto tra la *vis* 'armonizzante' di una Direttiva del Consiglio (n. 84/450) che disponeva un ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materie di pubblicità ingannevole e volta a tutelare i consumatori da promozioni mendaci e i concorrenti da condotte sleali, con un'altra Direttiva del Consiglio (n. 76/768) che, invece, riguardava il ravvicinamento delle disposizioni nazionali sui prodotti cosmetici. Dal raffronto tra fonti comunitarie ne derivò che la prima Direttiva appariva meno esaustiva della seconda, lasciando lo spazio per interventi ulteriori e correttivi degli Stati membri, mentre quella sugli imballaggi e le etichettature dei prodotti cosmetici risultava molto più analitica e dettagliata tanto da non richiedere precisazioni statali. Inoltre, il Giudice comunitario considerò il fatto che i prodotti *Clinique* erano cosmetici venduti nei grandi magazzini e non nelle farmacie, che la denominazione non ne faceva presumere il carattere terapeutico o farmacologico, che non era stato dimostrato che la loro composizione chimica fosse nociva per la salute dei consumatori e che in ogni altro Stato membro i medesimi cosmetici erano venduti con la denominazione *Clinique* e che ciò costituiva una valida ragione per escluderne la natura mendace delle tecniche di vendita e di promozione del cosmetico sul mercato. Imporre una data denominazione, anche se indistintamente applicabile ai prodotti nazionali e importati, poteva equivalere ad una restrizione quantitativa agli scambi intracomunitari.

Il fatto che le due fonti comunitarie operassero un'armonizzazione, rispettivamente parziale e totale, delle materie disciplinate e la evocata esaustività della seconda Direttiva, indusse la Corte a ritenere che: "*Gli artt. 30 e 36 del Trattato (oggi artt. 34 e 30 del TFUE) e l'art. 6, n. 2 della Direttiva del Consiglio ...76/768/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative ai prodotti cosmetici debbono essere interpretati nel senso che ostano a che una norma nazionale vieti l'importazione e la commercializzazione di un prodotto classificato e presentato come cosmetico, ponendo a fondamento di tale divieto il motivo che detto prodotto reca la denominazione Clinique*"<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> Il ricorrente aveva lamentato una violazione di una legge tedesca del 1909 sulla concorrenza sleale ed una legge del 1974 sui prodotti alimentari e di uso comune, intendo ostacolare la circolazione, nel mercato tedesco, di prodotti presentati sotto una denominazione ingannevole.

<sup>92</sup> Sul punto, in particolare, si rimanda ai contributi di P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, p. 663 e di

In tal modo, la seconda Direttiva di armonizzazione (esaustiva) della materia degli imballaggi e delle denominazioni dei cosmetici operava una sorta di ‘spiazzamento’ della normativa nazionale ed elideva *in nuce* la possibilità di evocare peculiari esigenze imperative per potervi derogare, essendo le garanzie inscritte nella disciplina dettata a livello comunitario.

Di ampio rilievo è la pronuncia sul caso *Schmidberger* del 2003, emessa circa dieci anni dopo la sentenza *Clinique*. Lo scarto intertemporale presente tra le due pronunce rispecchia la volontà di sottolineare l’ampliamento della prospettiva di indagine della Corte e l’attitudine a compendiare differenti libertà e diritti. In tale vicenda la società Schmidberger, una impresa tedesca di trasporti internazionali, aveva convenuto in giudizio la Repubblica federale austriaca al fine di ottenere il risarcimento dei danni provocati dalla mancata possibilità di transitare sull’autostrada del Brennero, in direzione dell’Italia, a causa di una manifestazione di ambientalisti autorizzata dalle autorità austriache, della durata di circa trenta ore. Il Giudice comunitario ha condotto un’analisi dettagliata della vicenda ed in accoglimento di talune argomentazioni della parte ricorrente, ha paventato la necessità di operare un bilanciamento tra l’esigenza di garantire la libera circolazione delle merci, costituente una libertà fondamentale oltre che un principio fondamentale del diritto comunitario e quella di tutelare la libertà di espressione e di associazione, sancite dagli artt. 10 e 11 della CEDU e dalla Costituzione austriaca.

Il dilemma che alimentava il giudizio della Corte riposava nel tentativo di rinvenire un *punctum* di equilibrio tra la garanzia della libera circolazione delle merci considerata ancillare al buon funzionamento del mercato interno inteso quale spazio senza frontiere, e la libertà di espressione e di associazione considerate diritti fondamentali ed intangibili, posti a fondamento “essenziale” di ciascuna società democratica<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Di ampio respiro sono le considerazioni condotte dalla Corte di Giustizia nei punti 71 e ss. della sentenza in cui la libertà di espressione e di manifestazione del pensiero sono sussunti nei principi generali del diritto comunitario, dal momento che in virtù dell’Atto Unico Europeo del 1986 e del Trattato di Maastricht del 1992, l’Unione Europea si è impegnata a tutelare i diritti fondamentali, “quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”. La Corte nel corpo della sentenza richiama l’importante precedente *Bosman*, C-415/93, sentenza del 1995. Il rispetto di tali diritti costituisce un dovere inalienabile alla cui osservanza sono tenute le istituzioni comunitarie ed i singoli Stati membri. Infatti, il Giudice comunitario, nel punto 74 della sentenza, precisò che: “Poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci”. In merito alle conseguenze del caso *Bosman*, si rimanda al contributo di M.P. MADURO, “Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights”, in *European Law Journal*, Vol. 3, No. 1, (March 1997), pp. 71 e s. La Corte di Giustizia, nel successivo caso *Omega*, C-36/2002, sentenza del 14 ottobre 2004, giunse a stabilire che il rispetto della dignità umana fa parte dei principi generali dell’ordinamento comunitario e che il rispetto delle esigenze di tutela dei diritti fondamentali ben possono giustificare limitazioni alle libertà economiche. In particolare, è possibile adottare un provvedimento nazionale motivato da ragioni di tutela dell’ordine pubblico che vieti un’attività economica avente ad oggetto lo sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi.

La Corte di Lussemburgo, nel tentativo di rinvenire un punto di sintesi tra situazioni giuridiche fondamentali ma contrapposte, si rifece alla nozione di “giusto equilibrio” e ammise che entrambe le libertà fondamentali erano suscettive di deroghe motivate da ragioni di ordine generale e di pubblico interesse. In particolare, rammentò che le fattispecie derogatorie di cui all’art. 36 e le esigenze imperative definite in via pretoria, costituivano la riprova della limitabilità del regime della libera circolazione delle merci, parimenti alla libertà di espressione e di associazione che potevano essere ‘ristrette’ in ragione della salvaguardia di funzioni e scopi sociali<sup>94</sup>.

Sulla scorta di tali assunti ricostruttivi, la Corte concluse che: “... *Il fatto le autorità competenti di uno Stato membro non abbiano vietato una manifestazione nelle circostanze di cui alla causa principale non è incompatibile con gli artt. 30 e 34 (oggi artt. 34 e 35) del Trattato, letti in combinato disposto con l’art. 5 dello stesso*”<sup>95</sup>. In tal modo, l’azione dello Stato era risultata ragionevole e legittima, dal momento che l’imposizione di un divieto, *sic et simpliciter*, allo svolgimento della manifestazione, per giunta in forma pacifica, avrebbe costituito una inaccettabile interferenza nel diritto di riunirsi e di manifestare liberamente la propria opinione. La forza suggestiva della pronuncia risiede nell’aver posto allo specchio, gli uni innanzi agli altri, diritti considerati fondamentali, seppur il *balancing* dovesse essere sempre condotto in virtù delle peculiarità espresse dal singolo caso concreto e le restrizioni alle libertà di circolazione dovessero essere attuate attraverso strumenti proporzionati all’obiettivo da perseguire, al fine di evitare possibili ‘straripamenti’.

#### 6.6. *Il caso Keck&Mithouard e la sua progenie: una svolta pretoria nell’Europa di Maastricht*

Una svolta nel modo di interpretare l’art. 34 del Trattato CE si ebbe nel corso dei primi anni Novanta, quando l’imminenza dell’entrata in funzione del mercato unico produsse degli importanti ripensamenti nell’Organo di giustizia comunitario. L’occasione fu fornita nel 1993 dalla pronuncia sul caso *Keck&Mithouard* inerente un divieto di vendita sotto costo di taluni prodotti<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> Nel caso *de qua*, la Corte ritenne che la chiusura temporanea dell’autostrada del Brennero che aveva impedito il transito dei mezzi di trasporto pesante dalla Germania, era stata preceduta da un’apposita autorizzazione della pubblica autorità che aveva provveduto a dare contezza dell’evento con congruo anticipo, informando autotrasportatori, operatori economici e cittadini di ogni Paese della durata della chiusura del tratto stradale ed indicando i percorsi alternativi da seguire e predisponendo la collocazione di pattuglie della polizia nei punti fondamentali dell’autostrada.

<sup>95</sup> Si rammenta il contenuto dell’art. 5 del Trattato CE, “*Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare, atte ad assicurare l’eseecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato o determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest’ultima nell’adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato*”.

<sup>96</sup> I signori Keck e Mithouard avevano disatteso, lamentando una lesione della loro libertà commerciale che avrebbe provocato degli effetti restrittivi sul volume delle vendite con nocimento inevitabile della libera circolazione delle merci e del regime di concorrenza tra le imprese distributrici in seno al mercato.

La Corte si pose l'interrogativo secondo cui era vero che l'inibizione di un dato metodo di promozione commerciale, quale la vendita sotto costo, poteva avere delle ricadute negative sul volume degli scambi di prodotti in ambito intracomunitario, ma ciò era sufficiente per poter configurare la sussistenza di una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa? Nel corpo della sentenza (punto 14), la Corte considerò la circostanza secondo la quale, nel corso del tempo, gli operatori economici erano stati indotti a contestare qualsivoglia misura normativa che, pur non inerendo direttamente i prodotti provenienti da altri Stati membri, aveva l'effetto di limitare la loro libertà commerciale. La Corte condusse una indagine in retrospettiva dei casi *Dassonville* e *Cassis de Dijon* ed affermò che: “... contrariamente a quanto sinora statuito, non può costituire un ostacolo, diretto o indiretto, in atto o in potenza, agli scambi commerciali tra gli Stati membri ai sensi della giurisprudenza *Dassonville*, l'assoggettamento di prodotti provenienti da altri Stati membri a disposizioni nazionali che limitino o vietino talune modalità di vendita, sempre che tali disposizioni valgano nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgano la propria attività sul territorio nazionale e sempre che incidano in eguale misura, tanto sotto il profilo giuridico quanto sotto quello sostanziale, sullo smercio dei prodotti sia nazionali che provenienti da altri Stati membri”.

La Corte parve dichiarare l'*overruling* della sentenza *Dassonville*, ma ciò non deve indurre ad una lettura superficiale che spinge a considerare la sentenza sul caso *Keck* un modo per sconfiggere decenni di consolidati indirizzi pretori in materia, ma deve spingere a ritenerla un positivo superamento di alcune rigidità ermeneutiche cristallizzatesi nel corso degli anni, operato attraverso un forma di *distinguishing*<sup>97</sup>. Come afferma Weiler, la sentenza costituisce un “ripensamento della dottrina *Dassonville*” e riflette la volontà della Corte di riconoscere che la propria giurisprudenza è radicata in una realtà socio-politica ed economica in costante evoluzione tale da indurre a revisionare dogmi pretori consolidati nel tempo<sup>98</sup>. L'emergere di sempre maggiori tensioni interne e

---

<sup>97</sup> In materia di rilievo è l'analisi di Michelle Egan che elabora la nozione di “*Keck Formula*” e ravvisa nel mutato indirizzo pretorio della Corte un fenomeno analogo a quanto accaduto negli Stati Uniti, ove la *judicial review* sulla abolizione delle barriere statali al commercio intracomunitario “*is not immutable*”. In particolare, M. EGAN, *Constructing a European Market*, New York, 2001, pp. 104 e ss.

<sup>98</sup> Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, pp. 375 e ss. L'autore rileva come vent'anni dopo la decisione sul caso *Dassonville*, le singole amministrazioni nazionali si erano impegnate a contribuire alla costruzione del mercato unico ed anche se i protezionismi statali non erano del tutto scomparsi, erano ormai un fenomeno più isolato. La Nuova Strategia dell'Armonizzazione si mostrava più tollerante nei confronti di normative nazionali diversificate purché non avessero un impatto eccessivo sul mercato. In specie, nei gangli dell'armonizzazione parziale vi era spazio per una disciplina interna statale, dal momento che la “*competition among the rules*” non era considerata un fenomeno negativo. Lo stesso autore sottolinea che la sentenza è conseguenza di una nuova attenzione che la Corte attribuisce al problema delle competenze legislative della Comunità, nel corso degli anni Novanta. Nonostante, la Corte mostri una nuova schizofrenia. Sul punto, si rimanda al contributo dello stesso autore, J.H.H. WEILER, “L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità”, in *Quaderni Costituzionali*, a. XX, n. 1 (aprile 2000), p. 9. Maduro sottolinea come prima della sentenza sul caso *Keck*, la Corte aveva fornito una interpretazione gradualmente estensiva dello scopo dell'art. 28 del Trattato. In particolare, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Portland, Oregon, 1998, pp. 60 e s.

di una sempre più strutturata complessità sociale hanno posto la Corte innanzi al delicato dilemma del bilanciamento tra interessi pubblici molto rilevanti e situazioni giuridiche soggettive molto delicate (basti rammentare il citato caso *Schmidberger* del 2003) che, sovente, hanno costretto il Giudice comunitario ad assumere, talvolta, un ruolo alquanto intrusivo nella sfera d'azione statale. In tal caso, ritorna in auge il problema del riparto competenziale che dall'Atto Unico Europeo in poi, ha subito una radicale rivisitazione per effetto del principio di sussidiarietà ed in ragione dell'introduzione del voto a maggioranza che ha modificato gli equilibri relazionali tra Stati ed istituzioni comunitarie.

Pare che nella pronuncia sul caso *Keck*, la Corte di Giustizia abbia voluto operare un *self-restraint*, costruendo “una forma di governance comunitaria più circoscritta, sempre più in armonia con lo spirito dei tempi”<sup>99</sup>. Si palesò l'intento di dare effettivo compimento al consolidamento del mercato unico, compediando le esigenze della sua unità con la garanzia della diversità di taluni regimi giuridici nazionali. Del resto, la prospettata creazione di una unione economica e monetaria aveva contribuito alla maturazione di un nuovo pensiero economico in ambito europeo. Siffatto approccio consentì di delineare un momento di *discrimen* tra il concetto prodromico di *market building* e quello succedaneo di *market maintenance*. Nelle trame dell'armonizzazione parziale residuava uno spazio d'intervento statale all'interno del quale si compendia la ricerca di un punto di equilibrio tra differenti, ma coordinati centri decisionali, comunitari e nazionali.

Il problema sollevato in *Keck*, seppur in ambito diverso, si ripresentò nella vicenda *Boermans* del 1994, in cui ancora una volta l'indagine della Corte di Giustizia non concerneva una restrizione alla dinamica degli scambi intracomunitari, incidente sulla circolazione delle merci, con effetti immediatamente discriminatori o protezionistici, ma ineriva una specifica tecnica e modalità di vendita dei prodotti sul mercato interno europeo<sup>100</sup>. La vicenda prendeva le mosse da una normativa dei Paesi Bassi che imponeva un numero massimo di ore di apertura e periodi di chiusura

---

<sup>99</sup> Sul punto, in particolare, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, pp. 380 e s. Anche Maduro coglie nella pronuncia sul caso *Keck* una forma di voluto margine all'attivismo giudiziario sino ad allora condotto dalla Corte. L'autore si pone l'importante interrogativo se il caso abbia rappresentato un “*Reform*” oppure una “*Revolution*” nel processo di integrazione europea e di interpretazione della *European Economic Constitution* e conclude sul fatto che costituisca “*more a reform than a revolution*”, un *reverse* di approcci pregressi, restringendo la portata della sentenza *Cassis* e reinterpretando la sentenza *Dassonville*. In particolare, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution ...cit.*, pp. 78 e ss. e dello stesso autore, “*Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights*”, in *European Law Journal*, Vol. 3, No. 1, (March 1997), pp. 56 e ss. nonché di J. SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms ...cit.*, pp. 221 e ss.

<sup>100</sup> Caso *Boermans*, Cause riunite, C-401, 402/92, sentenza del 1994. Di ampio respiro, in materia, sono le conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale Van Gerven, il quale sostenne che le misure nazionali oggetto di impugnativa, pur essendo distintamente applicabili ai prodotti nazionali ed a quelli importati, non prescrivevano le caratteristiche intrinseche od estrinseche che i medesimi dovevano possedere al fine di circolare liberamente sul mercato. Si trattava, comunque, di una disciplina che sovrintendeva la regolamentazione ed il funzionamento del mercato e non ne condizionava le modalità di accesso dei prodotti e dei singoli operatori economici. Torna alla ribalta la distinzione tra regole inerenti il cd. *market access* e regole concernenti la cd. *market regulation*.

obbligatorie per le stazioni di servizio ed i negozi ad esse collegati.<sup>101</sup> Gli altri articoli non destinati al consumo durante il viaggio, fuori dall'orario di apertura, dovevano rimanere chiusi in un apposito armadio. Le imprese olandesi 't Henkske e Boermans non osservarono il divieto e furono sottoposte ad una sentenza penale di condanna.

Nel caso di specie, la Corte fu chiamata a valutare se la misura nazionale aveva delle ricadute sullo scambio dei prodotti nazionali e di altri Stati membri e se ledeva il disposto, non solo dell'art. 28, ma anche degli artt. 85 ed 86, 3 lett. f, e 5 del Trattato (attualmente artt. 101 ed 102 TFUE), provocando una discriminazione tra operatori economici e concessionari della licenza. Il Giudice Comunitario argomentò, in linea con la sentenza *Keck*, che: “L'art. 28 del Trattato va interpretato nel senso che non si applica ad una normativa nazionale sull'orario di apertura dei pubblici esercizi che vale per tutti gli operatori economici che svolgono la loro attività sul territorio nazionale e che incide, nello stesso modo, in diritto e in fatto, sulla vendita dei prodotti nazionali e su quella dei prodotti provenienti da altri Stati membri”. L'inapplicabilità dell'art. 34, alla fattispecie *de qua*, è suffragata, comunque, dalla precisazione secondo la quale la misura nazionale risulta indistintamente applicabile nei confronti di qualsivoglia prodotto e che è egualmente applicabile nei confronti di ogni operatore economico, escludendone a monte l'effetto discriminatorio<sup>102</sup>.

In tal modo, ne veniva confermata la natura di misura che regolava il funzionamento del mercato e non le condizioni di accesso, escludendosi la causazione di effetti discriminatori nei confronti della

---

<sup>101</sup> Il regime dei divieti riceveva una deroga a favore delle stazioni di servizio ubicate fuori dagli agglomerati urbani e lungo le autostrade e le superstrade. Le suddette stazioni di servizio potevano rimanere aperte giorno e notte ed erano autorizzate ad effettuare la vendita di carburante e di altri prodotti destinati al consumo durante il viaggio. L'elenco fornito dalla legge olandese era analitico e comprendeva carburanti, lubrificanti per autoveicoli e battelli, attrezzature destinate all'uso, alla pulizia, riparazioni urgenti degli autoveicoli e dei battelli, accessori, articoli destinati all'igiene personale, prodotti di alimentazione sommaria, gelati, bibite non alcoliche, tabacco e articoli per fumatori. Per le stazioni di servizio ubicate nei centri urbani, la vendita del tabacco al di fuori dell'orario di apertura, doveva avvenire a mezzo di appositi distributori automatici.

<sup>102</sup> Analogamente la Corte si è espressa nel caso *Commissione c. Grecia*, C-391/92, sentenza del 1995, in cui si controverteva della legittimità, ai sensi dell'art. 34 del Trattato, di una disposizione ellenica che faceva divieto di vendere latte per lattanti e alimenti per lo svezzamento in esercizi commerciali che non fossero farmacie e consentiva, nei centri abitati sprovvisti di farmacie, la vendita di siffatti prodotti in appositi spacci. La Commissione aveva ritenuto la misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa agli scambi e non sorretta dalle esigenze di tutela della salute dei consumatori di cui all'art. 36 e ne aveva intimato la cessazione. La Corte di Giustizia, invece, richiamando il precedente *Keck*, rammenta che la normativa ellenica concerne una data modalità di vendita, sotto il profilo dell'individuazione del *locus* di smercio di taluni prodotti che non incide sul flusso degli scambi né produce effetti discriminatori nei confronti di prodotti nazionali e di prodotti importati (essendo indistintamente applicabili), ma si limita a condizionare, senza pregiudicarlo, il *quomodo* di esercizio della libertà commerciale. La Corte precisa che a diversi risultati di giudizio si perverrebbe in caso di misure nazionali destinate a proteggere una produzione nazionale in concorrenza con altre a livello comunitario. Ecco perché la Corte conclude, sancendo che: “Così stando le cose, la disciplina ellenica che riserva la vendita di latte trasformato per lattanti in linea di massima alle sole farmacie, esula dalla sfera di applicazione dell'art. 28 (oggi 34) del Trattato sicché il ricorso della Commissione va respinto”. A conclusioni simmetricamente opposte era pervenuto, nella medesima controversia, l'Avvocato Generale Lenz, il quale aveva ravvisato nella instaurazione del monopolio di vendita delle farmacie, una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa (l'Avvocato Generale usa la dicitura “*contingentamento delle importazioni*”, poiché in grado di ridurre il volume delle vendite di una determinata classe di prodotti).



libera circolazione delle merci e della libera concorrenza tra imprese. Il valore della libertà di commercio e di concorrenza si ponevano, in tal caso, in un rapporto di mutua complementarità<sup>103</sup>.

I medesimi parametri di giudizio sono stati evocati dalla Corte di Giustizia nel caso *Leclerc-Siplec* del 1995 in cui si controverteva della possibile violazione degli artt. 34, 101, 102 del Trattato (la numerazione è quella attuale) e della Direttiva del Consiglio 89/552/CEE, da parte di talune disposizioni legislative e regolamentari francesi che impedivano la pubblicità televisiva del settore della distribuzione<sup>104</sup>. In particolare, le società televisive francesi, TF1 e M6 avevano opposto il rifiuto alla società Leclerc-Siplet, che gestiva una catena di supermercati, di diffondere un messaggio pubblicitario sulla distribuzione di carburante nei relativi punti vendita *Leclerc*. L'interrogativo che fu posto alla Corte concerneva la compatibilità, con gli artt. 28, 81, 82, 10 e 3 del Trattato, di misure nazionali di rango legislativo o regolamentare che impedivano la pubblicità commerciale di un particolare settore dell'attività economica quale quello della distribuzione. Indubbiamente, la normativa statale non intendeva, a parere di una Corte incardinata nell'ortodossia del caso *Keck*, disciplinare lo scambio delle merci. Dal divieto poteva discenderne una restrizione nel volume delle vendite di quei prodotti esclusi dalla pubblicità commerciale, dal momento che l'operatore economico veniva privato della possibilità di utilizzare una data forma di promozione sul mercato dei prodotti distribuiti.

Ma la Corte di Giustizia riconfermò il *trend* interpretativo inaugurato con la sentenza sul caso *Keck&Mithouard* e precisò che la normativa nazionale ineriva una data modalità di vendita dei prodotti visto che vietava una precisa forma di promozione (pubblicità televisiva) sul mercato di un particolare metodo di distribuzione (smercio) dei prodotti, ma il fatto che la regola fosse ancora una volta destinata a sovrintendere il funzionamento del mercato (*market regulation*) e non a condizionarne le possibilità ed i canali di accesso (*market access*) e che fosse indistintamente

---

<sup>103</sup> Come rileva Rott, dalla pronuncia sul caso *Keck* si è precisata ulteriormente la distinzione tra norme attinenti ai prodotti in quanto tali e norme relative alle tecniche di commercializzazione dei medesimi. L'autore evidenzia come l'art. 34 "*guarantees traders free access to the market in all Member States*", ciò non esclude a priori che talune misure inerenti i metodi di vendita non si risolvano in una restrizione quantitativa agli scambi commerciali o in una misura d'effetto equivalente, in specie se discriminatorie. Sul punto, si rimanda al contributo di P. ROTT, "Minimum Harmonization for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law", in *Common Market Law Review*, Vol. 40, (2003), pp. 1108 e s., pp. 1113 e ss. Maduro precisa che un simile approccio avvalorava la concezione della "*dual conception of article 30 as an economic due process clause*" nella parte che concerne le misure nazionali disposte in merito alle caratteristiche dei prodotti, e "*as anti-protectionism clause*" con riferimento alle regole di vendita che disciplinano il mercato. Sul punto, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution ...cit.*, p. 87.

<sup>104</sup> Caso *Leclerc-Siplec*, C-412/93, sentenza del 9 febbraio 1995. In particolare, l'art. 8 del decreto (JORF) del 27 marzo 1992 introduceva il divieto di sponsorizzazione televisiva di prodotti quali: le bevande alcoliche con tasso superiore ad 1,2 gradi; l'editoria letteraria; il cinema; la stampa e la distribuzione, eccezion fatta per quella condotta nei Territori e nei Dipartimenti d'Oltremare e nelle Collettività Territoriali di Mayotte e Saint-Pierre-et-Miquellon. Sul punto, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution ...cit.*, p. 86 e dello stesso autore "Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights", in *European Law Journal*, Vol. 3, No. 1, (March 1997), pp. 59 e s., J. SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms ...cit.*, pp. 120 e ss. e P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases ...cit.*, pp. 651 e ss.

applicabile nei confronti dei prodotti nazionali ed importati da distribuire nel mercato francese, spinsero la Corte a sostenere che: “L’art. 28 (oggi art. 34 TFUE) deve essere interpretato nel senso che esso non trova applicazione nel caso in cui uno Stato membro, in via legislativa o regolamentare, vieti la diffusione di messaggi pubblicitari televisivi a favore del settore economico della distribuzione”<sup>105</sup>. Restava, comunque, il dubbio cui il Giudice Comunitario fece un cenno superficiale sulle possibili ricadute negative in materia di concorrenza tra operatori economici impegnati in diversi segmenti dell’attività economica. In effetti, il decreto francese consentiva la pubblicità commerciale delle merci realizzate da imprese impegnate congiuntamente nella produzione e nella distribuzione, seppur fosse permessa loro solo la promozione di quanto prodotto non anche di quanto distribuito. Al fine di evitare elusioni del divieto, lo Stato francese predispose un apposito meccanismo di vigilanza, ma era evidente che la misura si potesse prestare a facili aggiramenti e che la possibilità di pubblicizzare l’attività di produzione svolta rendeva nota l’immagine sul mercato di quell’operatore economico. Il rischio di un effetto anticoncorrenziale tra differenti imprese (di norma di grandi dimensioni), impegnate nella produzione e/o nella distribuzione dei beni permaneva.

Le pronunce testé esaminate presentano un dispositivo dalla formulazione speculare e sono sorrette, spesso, da un *iter* argomentativo di analogo contenuto. In un certo senso, la Corte di Giustizia ha lasciato residuare un margine di intervento delle legislazioni nazionali limitato al solo settore della disciplina delle modalità di vendita dei prodotti che riguardano la regolamentazione del mercato, ma non condizionano l’ingresso dei prodotti ed, in tal modo, non restringono il flusso commerciale intracomunitario. Il *discrimen* tra misure nazionali inerenti le sole modalità di vendita e quelle concernenti, invece, le caratteristiche dei prodotti, *strictu sensu*, considerati sarà ribadita nel caso *Familiapress* del 1997<sup>106</sup>. In questa vicenda la Corte ‘risolverà’ la distinzione tra norme tecniche e norme sulle modalità di vendita e giunge a ritenere talune disposizioni legislative austriache, che vietavano l’inserimento di giochi a premi nelle pubblicazioni periodiche, delle norme tecniche che impedivano la vendita di riviste tedesche nel mercato austriaco poiché contenenti giochi del genere. Il Governo austriaco sosteneva che si trattava di disposizioni relative alla modalità di vendita dei prodotti, in particolare, di un particolare metodo di promozione delle vendite, ma la Corte, in modo

---

<sup>105</sup> La decisione della Corte di Giustizia si pone in linea con le conclusioni rassegnate dall’Avvocato Generale Jacobs che aveva escluso il ricorrere, nel caso di specie, dei presupposti di applicabilità dell’art. 34 del Trattato. L’assunto sarà ribadito dalla Corte, nel caso *De Agostini*, cause riunite C-34/95, C-35/95 e C-36/95, sentenza del 9 luglio 1997, in cui furono reputate estranee al dettato dell’art. 34, le disposizioni svedesi che vietavano la pubblicità televisiva nel settore delle pubblicazioni destinate ai bambini. Sul punto, si rimanda al commento di M. DOUGAN, “Minimum Harmonization and the Internal Market”, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), p. 867.

<sup>106</sup> Caso *Familiapress*, C-368/95, sentenza del 26 giugno 1997. In modo difforme, la Corte si esprimerà nel caso *Karner*, C-71/02, sentenza del 25 marzo 2004, in cui la normativa esaminata è stata considerata un semplice regola sulle modalità di vendita dei prodotti derivanti da un fallimento. Sul punto, si veda l’analisi di L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo ...cit.*, p. 75.

pienamente condivisibile, precisò che: *“La normativa austriaca verte, nel caso di specie, sul contenuto stesso dei prodotti, in quanto i giochi cui essa si riferisce costituiscono parte integrante della rivista nella quale sono inseriti”*<sup>107</sup>.

Un caso di ampio rilievo, in ragione dei plurimi parametri evocati, è costituito dalla sentenza *Gourmet* del 2001 in cui si controverteva della conformità al Trattato di Roma di una legge svedese che poneva il divieto totale di annunci pubblicitari nella stampa periodica, in televisione e a mezzo di cartellonistica lungo le strade, di bevande alcoliche con un tasso alcolico superiore al 2,25 per cento<sup>108</sup>. La disciplina svedese intendeva proteggere la salute dei consumatori, disincentivando il consumo di bevande con un elevato tasso alcolico<sup>109</sup>. La Corte stabilì che il divieto opposto dal legislatore nazionale non impediva una data forma di pubblicità, ma addirittura interdiceva ai produttori e agli importatori qualsiasi diffusione di messaggi pubblicitari diretti ai consumatori con alcune trascurabili eccezioni. Ciò chiaramente, a parere della Corte, era in grado di ostacolare l’“accesso” al mercato di prodotti originari di altri Stati membri a favore delle produzioni nazionali con le quali i consumatori avevano maggiore familiarità.

Di rilievo è la lettura in combinato disposto dei punti 25 e 26 della sentenza in cui la Corte ha precisato che: *“Si deve pertanto considerare che un divieto di pubblicità come quello di cui alla causa principale incide sulla commercializzazione dei prodotti provenienti da altri Stati membri più che su quella dei prodotti nazionali e costituisce, pertanto, un ostacolo al commercio tra gli Stati*

---

<sup>107</sup> Basti rammentare anche il caso *Mars*, C-470/93, sentenza del 6 luglio 1995, in cui si dibatteva della legittimità di un provvedimento inibitorio dell’autorità giudiziaria tedesca che aveva impedito la vendita di *ice cream snacks* della marca *Mars*, i quali riportavano la dicitura sulla confezione “+ 10%”. I gelati *Mars*, *Bounty*, *Snickers* e *Milky Way* erano prodotti e confezionati in Francia dall’impresa McLeon, appartenente al gruppo statunitense Mars Inc. Un’associazione tedesca che si batteva per la repressione della concorrenza sleale aveva chiesto ed ottenuto il ritiro dal commercio di tali prodotti poiché la confezione era ingannevole, in quanto la dicitura “+ 10%”, indicando un aumento della quantità del prodotto di minimo ammontare che non avrebbe potuto essere seguita da una differenziazione nel regime dei prezzi, da parte dei rivenditori al dettaglio. Inoltre, la confezione contenente il 10% in più del prodotto non era colma, ma riempita a metà, ingenerando un fasullo convincimento nei consumatori. La Corte di Giustizia ribadì, invece, che la misura inibitoria disposta dalle autorità tedesche costituiva una misura d’effetto equivalente ad una restrizione quantitativa dal momento che incideva negativamente sul volume degli scambi intracomunitari. La Corte precisò che la dicitura sulla confezione era perfettamente legittima, conforme alla quantità di prodotto immessa sul mercato, che era applicata su tutti i prodotti *Mars* circolanti in seno al mercato interno europeo e limitava la possibilità di applicare prezzi differenziati, da parte dei singoli rivenditori al dettaglio, per un arco di tempo limitato e sponsorizzato debitamente. Infatti, i consumatori muniti di normale raziocinio sarebbero stati in grado di verificare la portata dell’aumento quantitativo del prodotto. Per tale motivo la pubblicità degli *snack creams* non era ingannevole.

<sup>108</sup> Caso *Gourmet*, C-405/98, sentenza dell’8 marzo 2001.

<sup>109</sup> Rientravano nel divieto le bevande alcoliche con un tasso alcolometrico superiore ai 2,25 gradi, la birra con una gradazione superiore ai 3,5 gradi e quelle con una graduazione compresa tra i 2,25 e i 3,5 gradi. A riguardo è rilevante rammentare il recente caso C-434/2004, sentenza del 28 settembre 2006, in cui si controverteva della compatibilità con gli artt. 28 e 30 del Trattato CE di una normativa nazionale finlandese che faceva divieto, salvo il rilascio di una autorizzazione preventiva, di importazione di alcol etilico non denaturato con titolo alcolometrico superiore all’80 per cento al fine di ridurre gli effetti dannosi che il consumo di bevande alcoliche produce sulla salute e sulla società. La Corte di Giustizia, compiendo un’analisi costi/benefici, ha concluso che la normativa nazionale non confligge con lo spirito degli artt. 28 e 30 del Trattato dal momento che il fine della tutela della salute nella società è molto importante purché, comunque, detta finalità non celi una restrizione dissimulata al commercio intracomunitario e non possa essere perseguita con strumenti meno invasivi della fisiologica dinamica degli scambi. Il caso non concerneva una modalità di vendita o di promozione delle vendite da parte di un operatore economico, ma direttamente ed immediatamente il prodotto importato. Ma anche in tal caso la Corte fece utilizzo del metodo di analisi costi/benefici.

*membri che ricade nella sfera di applicazione dell'art. 30 (oggi 34 TFUE) del Trattato*". Ma ha ribadito che: *"Un ostacolo di tal genere può tuttavia essere giustificato dalla tutela della sanità pubblica, che costituisce un motivo di interesse generale riconosciuto dall'art. 36 (oggi art. 36) del Trattato"*.

Il Giudice Comunitario ha sottoposto la misura nazionale ad un triplice *test* per verificarne la sussumibilità nella sfera di applicazione dell'art. 36 del Trattato. In particolare, occorre valutare se la misura apprestata fosse 'proporzionata' all'obiettivo da raggiungere, se non costituisse un mezzo di discriminazione arbitraria e non provocasse una restrizione dissimulata al commercio. In tal modo, ritornò in auge il *balancing test* di idoneità/proporzionalità del mezzo adottato rispetto al fine perseguito che indusse la Corte a stilare le seguenti conclusioni, sancendo che gli artt. 34, 36 e 52 del TFUE: *"Non ostante a un divieto di annunci pubblicitari per le bevande alcoliche, come quello prescritto dall'art. 2 dell'Alkoholreklamlagen, a meno che, tenuto conto delle circostanze di diritto e di fatto che caratterizzano la situazione dello Stato membro interessato, non risulti che la tutela della sanità pubblica contro i danni causati dall'alcol possa essere garantita mediante provvedimenti che incidano in minor misura sul commercio intracomunitario"*. In tale ambito, emerse pienamente l'utilizzo dell'analisi costi/benefici per perimetrare la sfera di illegittimità e la natura discriminatoria del provvedimento predisposto.

#### *6.7. L'armonizzazione positiva delle normative nazionali nella casistica giurisprudenziale. Ambiti applicativi e limiti*

Nel corso degli anni Ottanta e Novanta l'imperativo dell'armonizzazione delle normative nazionali aveva il fine di omogeneizzare le discipline di interi settori e comparti economici, garantendo la convergenza delle singole iniziative ed azioni statali verso un fine comune e condiviso. Se ne rinvennero tracce significative nella Risoluzione del Consiglio del 7 maggio 1985 contenente una Nuova Strategia in materia di armonizzazione tecnica e di normalizzazione<sup>110</sup>. Quest'ultima si poneva quale importante contributo per la libera circolazione dei prodotti industriali, nella cornice di un contesto tecnico comune a tutte le imprese. Indubbiamente, la normalizzazione determina un incremento della competitività industriale nell'ambito del mercato comune e, attraverso l'impiego di nuove tecnologie, attribuiva alle norme europee un effetto di riordino del sistema. Inoltre,

---

<sup>110</sup> La sua previsione, in seno all'Atto Unico ed il suo inserimento nel Trattato CE, alla luce degli spazi di normazione residui riservati agli Stati nei settori della protezione sociale, ha innervato nel sistema una tensione tra evoluzione economica ed evoluzione sociale delle Comunità, in un sistema di *multilevel-governance* caratterizzato dalle diversità delle politiche attuate dagli Stati membri. Sul punto, M. DOUGAN, "Minimum Harmonization and the Internal Market", in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), p. 856.

sancisce il principio di equivalenza degli obiettivi di tutela della salute dei cittadini e dei consumatori, anche se perseguiti con differenti mezzi tecnici.

L'armonizzazione è una formula suggestiva, ma cela delle difficoltà applicative, soprattutto, se una direttiva di armonizzazione adottata dal Consiglio risponde al perseguimento di una duplice finalità disciplinata appositamente dal Trattato. Basti rammentare la Direttiva del Consiglio 89/428/CEE che è stata oggetto di un'apposita impugnativa innanzi alla Corte di Giustizia la quale fissava, da un lato, le modalità di armonizzazione dei programmi per la riduzione dell'inquinamento provocato dai rifiuti prodotti dalle industrie già esistenti di biossido di titanio e, dall'altro, disciplinava le condizioni di concorrenza in detto settore <sup>111</sup>. Il fatto che la misura comunitaria intendesse ridurre l'inquinamento e introdurre condizioni più uniformi di produzione e, quindi, di concorrenza tali che le norme di armonizzazione avessero delle ricadute sui costi di produzione sostenuti dalle industrie esistenti di biossido di carbonio, lasciava inferire la duplicità dell'elemento teleologico perseguito, costituito dalla necessità di proteggere l'ambiente e di migliorare le condizioni di concorrenza del settore.

Il duplice scopo perseguito dalle istituzioni comunitarie attribuiva loro una specifica competenza in materia che, però, riposava su due distinti disposti del Trattato, l'art. 114 del TFUE (già art. 95 TCE) e il pregresso art. 130S in materia di protezione ambientale <sup>112</sup>. In tal caso la scelta della base giuridica cui ancorare l'azione comunitaria risultava di cruciale importanza, essendo rilevante individuare la fonte normativa attributiva della competenza. Il fatto che la Direttiva del Consiglio intendesse ravvicinare le norme nazionali sulle condizioni di produzioni in auge nel settore industriale del biossido di titanio con probabili ricadute sul regime della concorrenza tra le imprese, indusse la Corte a sostenere che la base giuridica evocata dal Consiglio, a sostegno della sua azione e costituita dall'art. 130S del Trattato, non risultava il fondamento più appropriato, tanto da provocare l'annullamento della medesima che, invece, rientrava nella *framelaw* dell'art. 114 del TFUE <sup>113</sup>. L'ambivalenza dell'azione comunitaria e dell'ambito di incidenza coperto dalla

---

<sup>111</sup> Causa *Biossido di Titanio*, C-300/89, sentenza dell'11 giugno 1991.

<sup>112</sup> Il primo prevede un procedimento di cooperazione tra Consiglio e Parlamento a conclusione del quale il Consiglio può deliberare a maggioranza qualificata se intende accettare gli emendamenti proposti dal Parlamento e recepiti dalla Commissione, mentre il secondo prescrive una deliberazione all'unanimità del Consiglio su previa consultazione del Parlamento. Il fatto che le due basi giuridiche si cumulino potrebbe svuotare di contenuto la procedura di cooperazione e svilire l'intento di assicurare una maggiore partecipazione dell'organo rappresentativo europeo nella formazione delle decisioni.

<sup>113</sup> Corte di Giustizia, causa *Commissione c. Consiglio*, C-300/89, sentenza dell'11 giugno 1991. Il ricorso era stato presentato dalla Commissione che, diversamente dal Consiglio, aveva ravvisato il fondamento giuridico sul quale ancorare la Direttiva di armonizzazione comunitaria, nell'art. 100A, principale norma attributiva di competenza in materia. L'assunto sarà ripreso nel caso *Germania c. Parlamento Europeo e Consiglio UE*, C-376/98, sentenza del 2000, in materia di una direttiva di armonizzazione comunitaria, volta al ravvicinamento delle normative nazionali sulla pubblicità e sulla sponsorizzazione del tabacco che lasciava residuare una sfera d'azione statale motivata da preponderanti e più elevati livelli di protezione della salute in ambito nazionale. Pur restando l'azione comunitaria attratta nella sfera di attribuzione dell'art. 114 del TFUE. Parimenti, nel caso *British American Tobacco*, C-490/01,

medesima deve, comunque, indurre alla ricerca di un elemento principale, il cd. “centro di gravità” evocato dalla Corte e di uno accessorio, seppur siano entrambi rilevanti. Nel caso di specie, la materia ambientale si poneva in posizione recessiva rispetto alla disciplina avente lo scopo di migliorare la concorrenza in un settore industriale, quale del biossido di titanio, con inevitabili ricadute sul funzionamento del mercato interno. Se, poi, le basi oltre ad essere plurime sono anche incompatibili, a maggior ragione prevale l’elemento giustificativo principale. L’individuazione del fondamento giuridico dell’azione armonizzatrice comunitaria è fondamentale ai fini della definizione del riparto competenziale tra istituzioni comunitarie e la metafora del centro di gravità è suggestiva per individuare il settore e il disposto in grado di esercitare siffatta *vis* attrattiva/attributiva della competenza comunitaria<sup>114</sup>.

Di rilievo, in materia, è il recente caso *Alliance for Natural Health* del 2005 in merito al contenuto della Direttiva del Parlamento e del Consiglio 2002/46/CE sul ravvicinamento delle disposizioni nazionali in materia di integratori alimentari commercializzati come prodotti alimentari<sup>115</sup>. I ricorrenti lamentavano l’inconferenza del fondamento giuridico evocato dal Consiglio e dal Parlamento europeo, la violazione del principio di sussidiarietà e di proporzionalità, del principio di parità di trattamento e dell’obbligo di motivazione di cui all’art. 296 del TFUE (già art. 253 del TCE). Non solo, i ricorrenti britannici si erano appellati alla violazione dell’art. 6, n. 2 del Trattato UE, interpretato alla luce dell’art. 8 della CEDU e dell’art. 1 del Primo Protocollo della detta Convenzione in materia di diritto di proprietà e di libero esercizio di un’attività economica.

Il Giudice Comunitario ha condotto una disamina approfondita della vicenda sia sotto il profilo del fondamento giuridico evocato dalle Istituzioni comunitarie a sostegno della propria azione e come

---

sentenza del 2002, inerente due Direttive del Consiglio, la n. 89/622/CEE, che intendeva ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di confezionamento e di etichettatura del tabacco e dei suoi derivati, prescrivendo l’apposizione sulla confezione di un’avvertenza generale e di altre avvertenze aggiuntive e la n. 90/239 che intendeva ravvicinare le disposizioni nazionali, fissando il limite massimo del tenore di catrame presente nelle sigarette. Entrambe le direttive rinvenivano quale loro fondamento giuridico l’art. 95 del Trattato CE (oggi art. 114 del TFUE) che ascrive al Consiglio il potere di deliberare misure di ravvicinamento delle disposizioni nazionali di tipo legislativo, regolamentare ed amministrativo, aventi per oggetto l’instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. La Corte di Giustizia sostenne la validità del fondamento giuridico evocato dal Consiglio, a sostegno della sua azione di armonizzazione positiva, e non ravvide alcun vizio che lasciasse palesare uno sviamento di potere. Sul punto, in particolare, P. ROTT, *Minimum Harmonization for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law ...cit.*, p. 1119 e s.

<sup>114</sup> Come rileva Tesauro, che nella causa *de qua* svolse il ruolo di Avvocato Generale, l’individuazione della base giuridica è fondamentale per definire la sussistenza della competenza comunitaria, per garantire un ordinato riparto competenziale tra istituzioni comunitarie e per delineare la procedura giuridica che consente di pervenire alla decisione finale. Risulta evidente che in caso di sovrapposizione delle basi giuridiche, in ragione delle plurime finalità perseguite dall’azione comunitaria, deve concedersi prelazione a quella che assicuri il rispetto del principio democratico. Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario...cit.*, pp. 126 e ss. nonché S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, pp. 291 e s. Alle conclusioni di Tesauro opera un rimando anche P. ROTT, *Minimum Harmonization for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law ...cit.*, p. 1115.

<sup>115</sup> A riguardo le normative nazionali erano alquanto eterogenee tanto da poter ostacolare la libera circolazione dei medesimi prodotti e da instaurare condizioni di concorrenza ineguali, con dirette ripercussioni sul buon funzionamento del mercato interno. La Direttiva del 2002 faceva divieto di commercializzare, a partire dal primo agosto 2005, tutti gli integratori alimentari non conformi al contenuto della disciplina comunitaria.

tale attributivo di una specifica competenza, sia sotto quello della presumibile violazione degli artt. 34 e 36 del TFUE per effetto dell'imposizione di un divieto di commercializzazione di siffatti prodotti nel mercato interno europeo.

La Corte pone alla base dell'esigenza del ravvicinamento, non la semplice disparità tra le discipline nazionali, quanto la loro effettiva divergenza che fa incontrare ai singoli operatori economici coinvolti difficoltà a commercializzare i propri prodotti negli altri Stati membri. Inoltre, il timore di uno sviluppo eterogeneo delle legislazioni nazionali in grado di ostacolare gli scambi dei beni deve risultare altamente probabile e l'azione armonizzatrice comunitaria si deve inscrivere nella cornice del perseguimento di un elevato livello di protezione della salute dei cittadini. La Corte, pertanto, concluse che la Direttiva era pienamente legittima, che l'evocato fondamento dell'art. 114 del TFUE (già art. 95 del TCE) era pienamente pertinente alla materia da disciplinare e che il divieto di commercializzare i prodotti non rientranti nell'elenco posto dalla Direttiva, non costituiva una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa - stavolta imposta dalla Comunità - e come tale non violava i disposti degli artt. 34 e 36 del Trattato. Infatti, il suo scopo era quello di elidere i rischi di normative nazionali diversificate che restringessero il volume degli scambi di siffatti prodotti (armonizzati per categorie secondo gli *standards* europei) ed, inoltre, perseguiva l'obiettivo di assicurare un livello più elevato di protezione della salute<sup>116</sup>.

L'armonizzazione implica l'omogeneizzazione delle normative nazionali dettate in specifici settori, ma non ne esclude in via automatica la possibile permanenza in vigore. Basti rammentare il caso *Danimarca c. Commissione* del 2003 in cui il Regno di Danimarca ha impugnato una decisione della Commissione, in merito a talune disposizioni nazionali in materia di nitrati, di nitriti e di solfati utilizzati nei prodotti alimentari che si poneva in contrasto con uno specifico *corpus* di Direttive comunitarie. La vicenda è degna di nota in ragione dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte, la quale ha annullato la decisione della Commissione. Il caso prendeva le mosse da una Direttiva comunitaria n. 89/107/CEE in materia di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sugli additivi autorizzati nei prodotti alimentari destinati al consumo umano cui avevano fatto seguito ulteriori Direttive di dettaglio, emanate sulla base del disposto dell'art. 114 del Trattato di Roma.<sup>117</sup> Il Regno di Danimarca recepì solo in parte le Direttive comunitarie e, in virtù di una dichiarazione di voto del giugno 1994, decise di non conformarsi alla disciplina comunitaria dettata in merito all'utilizzo dei nitriti, dei nitrati e dei solfiti negli additivi alimentari al fine di assicurare

---

<sup>116</sup> In linea con tale intento, il legislatore comunitario ha consentito la permanenza in vigore di normative nazionali che disciplinano le condizioni di vendita di quegli integratori alimentari non contemplati nell'elenco fornito dalla Direttiva sino alla data del 31 dicembre 2009.

<sup>117</sup> La misura comunitaria forniva una definizione degli additivi alimentari e dettava le condizioni di impiego nei prodotti alimentari. La Direttiva era stata seguita da tre successive Direttive del Consiglio e del Parlamento europeo, le nn. 94/35/CE (in materia di edulcoranti), 94/36/CE (in materia di sostanze coloranti) e 95/2/CE (in materia di additivi).

una maggiore protezione della salute dei consumatori. La condotta fu sanzionata con una misura inibitoria predisposta dalla Commissione che venne impugnata innanzi al Giudice comunitario. Il ricorrente lamentava che l'evocato fondamento giuridico (art. 114 TFUE) delle Direttive sugli additivi e sui coloranti alimentari consentiva agli Stati di mantenere in vigore disposizioni derogatorie alle misure di armonizzazione comunitarie, suffragate dalle ragioni elencate nell'art. 36 TFUE o da esigenze di protezione dell'ambiente in virtù di una previa notifica della deroga e delle sue motivazioni alla Commissione. Non solo, la Danimarca precisò che l'art. 114, n. 10 consentiva l'ostensione di una clausola di salvaguardia per giustificare la deroga al regime di armonizzazione comunitario fondato sulle ragioni (non economiche) enucleate nell'art. 36 e sottoposte a procedura comunitaria di controllo.

La Corte di Giustizia precisò che l'art. 114 TFUE (già art. 95 TCE) e le relative eccezioni opposte dagli Stati ad un'applicazione uniforme del diritto comunitario a sostegno dell'unità del mercato interno, dovessero essere interpretate restrittivamente, occorrendo distinguere tra norme nazionali anteriori alle misure di armonizzazione comunitarie e norme nazionali ad esse posteriori. Nel caso della legislazione danese, la disciplina delle condizioni di utilizzo dei solfati, dei nitrati e dei nitriti come additivi alimentari era anteriore a quella adottata a livello europeo e conteneva *standards* di protezione della salute dei consumatori più elevati e tecnici. Il legislatore comunitario ne era a conoscenza, *“ma questi non ha potuto o non ha voluto ispirarsi al fine dell'armonizzazione”*. Inoltre, la Corte considerò la circostanza secondo la quale l'emanazione di direttive di armonizzazione, in settori particolarmente tecnici, dovesse essere preceduta dall'acquisizione del parere del Comitato Scientifico per l'Alimentazione umana, il quale, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione in corso di causa, aveva espresso, nel 1995, un parere critico nei confronti della normativa europea, ancora parziale sulla disciplina dell'uso dei nitrati, dei solfiti e dei nitriti e che la Commissione aveva ignorato.

Siffatti elementi hanno viziato il contenuto della decisione della Commissione che è stata annullata, facendo salve le deroghe nazionali. Il caso è degno di nota poiché perimetra i confini entro i quali si dispiega l'armonizzazione comunitaria che è fondamentale per assicurare l'uniformazione degli *standards* di tutela dei consumatori ed il consolidamento del mercato interno intorno a regole omogenee ed uniformi a sostegno della libera circolazione dei fattori produttivi, ma evidenzia la necessità di inscrivere nella cornice di moduli collaborativi e di trame relazionali flessibili sia a livello comunitario (basti pensare al ruolo delle istituzioni comunitarie e dei Comitati di settore) sia a livello nazionale. Occorreva, infatti, evitare che il ravvicinamento si potesse coprire di sfumature coercitive, laddove gli Stati singoli offrissero *standards* di protezione più elevati e stringenti secondo l'imperativo della *better regulation* e della *better protection*.



Problemi di armonizzazione tra diverse discipline si palesano anche nelle ipotesi in cui la normativa di armonizzazione europea non concerne le caratteristiche compositive interne dei prodotti, ma riguarda le modalità (estrinseche) di immissione dei medesimi nel mercato, attraverso l'etichettatura e la pubblicità. Le regole sull'etichettatura, a parere della Corte di Giustizia, hanno carattere formale e ineriscono alle indicazioni obbligatorie che l'etichetta di ciascun prodotto deve possedere, ma non stabiliscono alcuna regola di tipo sostanziale sul contenuto di tali indicazioni. Lo scopo di tali direttive sull'etichettatura risponde al fine di rendere edotto il consumatore delle origini dei prodotti, nazionali o importati. Ciò ha provocato una elevata uniformazione normativa della materia che la Corte ha rafforzato, prevedendo la diretta applicabilità delle relative Direttive anche nei rapporti inter-privati e la sua prevalenza sulla normativa interna in caso di inesatta trasposizione.

Nel caso *Piageme II* del 1995, la Corte, giudicando la portata della Direttiva 79/12/CEE, modificata dalla Direttiva 2000/13/CE sul ravvicinamento delle legislazioni sull'etichettatura e sulla pubblicità dei prodotti alimentari destinati ai consumatori finali, ha precisato che: *“L'art. 14 della direttiva osta a che uno Stato membro, in considerazione della necessità di adottare una lingua facilmente compresa dagli acquirenti, imponga l'uso della lingua dominante nella regione in cui il prodotto è messo in vendita, quand'anche non sia escluso l'uso contestuale di altra lingua”*<sup>118</sup>. La Corte, dunque, non ha precisato che le Direttive impongono una etichettatura che sia scritta in una lingua ufficiale o in una lingua regionale, bensì in una lingua agevolmente comprensibile da parte dei consumatori, anche con l'ausilio di pittogrammi, di disegni e di simboli. La valutazione della comprensibilità della lingua utilizzata è rimessa al giudice nazionale.

È vero che le politiche linguistiche cedono innanzi al mercato unico, ma solo di principio, poiché spetta pur sempre al giudice interno valutare la comprensibilità delle informazioni e delle notizie riprodotte sugli imballaggi<sup>119</sup>. Il Giudice comunitario ha tentato di rinvenire un punto di equilibrio

---

<sup>118</sup> Caso *Piageme II*, C-85/94, sentenza del 12 ottobre 1995. La vicenda era stata preceduta dalla decisione *Piageme I*, C-369/89, sentenza del 18 giugno 1991. Nel caso *Piageme I*, la società belga Peeters che commercializzava acque minerali con etichette scritte in francese ed in tedesco nella regione fiamminga, era stata convenuta in giudizio da una società produttrice e da una importatrice francesi, ma operanti in Belgio, di tali acque minerali poiché contravveniva, con la sua condotta, alla Direttiva n. 79/12/CEE la quale imponeva, sugli imballaggi, l'uso della lingua facilmente comprensibile nella Regione in cui erano commercializzati i prodotti. Il Tribunale per il Commercio di Lovanio rimise la questione alla Corte di Giustizia, la quale sancì che: *“L'art. 30 del Trattato CE (oggi art. 34 TFUE) e l'art. 14 della direttiva 79/112 ostano a che una normativa nazionale imponga l'uso esclusivo di una lingua determinata per l'etichettatura dei prodotti alimentari, senza ammettere la possibilità che venga utilizzata un'altra lingua facilmente compresa dagli acquirenti o che l'informazione dell'acquirente venga garantita altrimenti”*. Il Parlamento europeo criticò tale decisione poiché non era in grado di proteggere adeguatamente i consumatori e di garantire la piena informazione dei medesimi sulla qualità dei prodotti, tanto da invitare a rendere obbligatoria una etichettatura nella lingua del luogo in cui il prodotto fosse scambiato. L'art. 14 della Direttiva citata precisa che: *“Tutti gli Stati membri vietano il commercio dei prodotti alimentari nel proprio territorio se le indicazioni [relative alle caratteristiche dei prodotti] non sono fornite in una lingua facilmente compresa dagli acquirenti, a meno che l'informazione dell'acquirente non venga altrimenti garantita. La presente disposizione non impedisce, peraltro, che dette informazioni siano fornite in più lingue”*.

<sup>119</sup> Sul punto, in particolare, si rimanda al commento di A. ORTOLANI, “Lingue e politica linguistica nell'Unione Europea”, in [http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/2002/ortolani.htm#\\_fn1](http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/2002/ortolani.htm#_fn1) e di J. KARSTEN, “European Passenger

tra protezione dei consumatori, in particolare sotto il profilo del diritto di informazione, e art. 30 del Trattato di Roma, in merito alla garanzia di una snella e dinamica libera circolazione delle merci che la necessità di tradurre, di volta in volta, gli imballaggi in base al *locus* di commercializzazione può pregiudicare. In tal modo, nel combinato disposto dell'art. 14 della Direttiva 79/12/CEE e dell'art. 34, la formula "lingua agevolmente comprensibile" supera le rigidità della nozione di lingua ufficiale, tentando una sintesi tra le esigenze dei consumatori finali ad una esatta conoscenza delle caratteristiche dei prodotti e libera circolazione delle merci, con l'importante correttivo di rimettere al giudice interno la valutazione casistica della sfera applicativa dell'istituto.

La sentenza rileva non solo per le problematiche inerenti la corretta informazione dei consumatori sulle caratteristiche dei prodotti, garantendo l'utilizzo di lingue che non siano né ufficiali di uno Stato o in auge in una data Regione, purché agevolmente comprensibili da parte dei consumatori, ma anche perché prescrive alle imprese dedite al confezionamento del prodotto, da destinare ai consumatori finali, di indicare sulle etichette e sugli imballaggi tutte le informazioni sancite dalle direttive in materia, senza possibilità di apportarvi delle deroghe<sup>120</sup>.

La protezione dei consumatori è emersa, in modo evidente, in una recente decisione della Corte di Giustizia del 2006, in merito alla vendita a domicilio di gioielli in argento che una signora tedesca aveva effettuato in Austria<sup>121</sup>. L'autorità giudiziaria austriaca nell'operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sollevò il problema della compatibilità della normativa interna con l'art. 34 del TFUE. Indubbiamente, il divieto di operare la vendita a domicilio di taluni prodotti operava una restrizione al volume degli scambi intracomunitari poiché restringeva le possibilità di ricorso a determinati canali di vendita. La Corte di Giustizia precisò che le disposizioni del Codice austriaco non ledevano il dettato dell'art. 34 del TFUE poiché intendevano assicurare una efficace tutela dei consumatori, vietando quelle tecniche di commercializzazione che non consentivano un raffronto comparativo dei prodotti e dei prezzi, come accade di solito nei locali commerciali, e consentiva una maggiore pressione psicologica sul probabile acquirente. Il mezzo apprestato dalle autorità austriache appariva alla Corte proporzionato allo scopo perseguito, purché le misure fossero

---

Law for Sea and Inland Waterway Transport", in *The YearBook of Consumer Law*, (edited by C. Twigg-Flesher, D. Parry, G. Howells and A. Nordhausen), Chesterfield-Derbyshire (UK), 2007, pp. 220 e s.

<sup>120</sup> La normativa comunitaria operava una forma di armonizzazione esaustiva della materia al fine di rendere edotto il consumatore su di una molteplicità di aspetti del prodotto sotto il profilo della qualità, della quantità, della provenienza e di altri elementi che consentivano di conoscerne le caratteristiche, dal momento che l'informazione e la tutela dei consumatori costituiscono una esigenza imperativa da tutelare a livello comunitario. L'art. 3 della Direttiva 79/12/CE, prescrive come obbligatorie le informazioni inerenti: la denominazione di vendita, gli ingredienti, il quantitativo netto, il termine minimo di conservazione, le condizioni particolari di conservazione e di utilizzazione, il nome, la ragione sociale e l'indirizzo del fabbricante e del venditore, il luogo di origine e di provenienza e le istruzioni per l'uso.

<sup>121</sup> I preziosi erano realizzati direttamente dalla venditrice ed erano venduti ad un prezzo non superiore ai 40 Euro. Il Codice austriaco delle professioni artigianali, commerciali e industriali vieta la vendita a domicilio di taluni prodotti, tra i quali i gioielli in argento (che, invece, era lecita in Germania, Gran Bretagna ed Italia) e fu così ordinato alla Signora Schmidt di cessare dalla vendita a domicilio dei gioielli da lei fabbricati. Caso *Schmidt*, C-441/04, sentenza del 23 febbraio 2006.

indistintamente applicabili, ma rimetteva, ancora una volta, al giudice nazionale il compito di valutare la natura non discriminatoria della misura, la sua proporzionalità rispetto al fine perseguito ed il ricorrere di una delle circostanze di cui all'art. 36 del Trattato. La Corte pervenne a siffatta decisione sulla scorta della considerazione secondo la quale la Direttiva del Consiglio 85/77/CEE, in merito ai contratti di vendita di beni negoziati fuori dai locali commerciali, fosse in grado di operare “*un’armonizzazione solo parziale delle norme dettate a tutela dei consumatori a fronte di talune tecniche di commercializzazione*”, aprendo così le maglie per un intervento statale di completamento in virtù di *standards* di protezione più elevati di quelli previsti a livello comunitario, in funzione servente di una *better regulation* del settore e di una protezione dei diritti e delle libertà dei singoli sempre più elevate<sup>122</sup>.

#### 6.8. Armonizzazione parziale, restrizioni quantitative alle esportazioni e libero commercio intracomunitario

La tematica dell’armonizzazione positiva delle difformi disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative dei singoli Stati membri si è palesata anche in occasione del rifiuto del rilascio di licenze d’esportazione a favore di operatori economici nazionali in virtù di evocate esigenze di *public policy* interna, in particolare di protezione della salute. L’art. 36 si è, infatti, posto quale fondamento giuridico utile per derogare al dettato dell’art. 34 e dell’art. 35 del Trattato di Roma. Il ravvicinamento non esclude, pertanto, la permanenza di disposizioni nazionali che offrano *standards* di protezione più elevati di quelli stilati a livello comunitario. Se si rammenta il caso *Hedley Lomas* del 1996 si rinvengono gli interessanti termini della questione<sup>123</sup>.

La vicenda prendeva le mosse dal diniego opposto dal Ministero dell’Agricoltura, della Pesca e dell’Alimentazione dell’Inghilterra e del Galles al rilascio di una licenza d’esportazione di ovini vivi in Spagna a favore della impresa Hedley Lomas. Le ragioni del diniego riposavano sull’assunto secondo cui in Spagna numerosi mattatoi sottoponevano gli animali a trattamenti crudeli nel corso della macellazione, non provvedendo al preventivo stordimento. Le autorità britanniche ammisero che il provvedimento di diniego costituisse una restrizione quantitativa alle esportazioni di cui all’art. 35 del TFUE, ma invocarono a loro difesa il ricorrere di una delle ragioni giustificative previste dall’art. 36. La materia *de qua* era stata oggetto di un’apposita disciplina a livello

---

<sup>122</sup> Si paventa una forma di *better regulation* ancillare ad una *better protection* delle esigenze dei consumatori e dei privati in generale. Come rileva Dougan, si era ingenerato un sistema di *multi-level regulation* in a *multi-faceted Community*. Sul punto, M. DOUGAN, “Minimum Harmonization and the Internal Market”, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), pp. 864 e s.

<sup>123</sup> Caso *The Queen v. Ministry of of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas Ireland Ltd.*, C-5/94, sentenza del 23 maggio 1996.

comunitario, contenuta nella Direttiva 74/577/CEE, emanata sulla base degli artt. 49 e 122 del Trattato sul funzionamento dell'Unione e volta ad eliminare le disparità esistenti tra le normative nazionali degli Stati membri in materia di protezione degli animali, tali da compromettere il funzionamento del mercato comune ed al fine di prevenire ogni trattamento crudele degli animali<sup>124</sup>. L'*High Court of Justice* britannica, investita della questione e cui era stato richiesto il risarcimento danni da parte dell'impresa Hedley Lomas, adì la Corte di Giustizia, chiedendo se l'esistenza di una Direttiva di armonizzazione che non conteneva né sanzioni né provvedimenti in caso di sua inosservanza, impediva ad uno Stato membro di evocare l'art. 36 del Trattato qualora un altro Stato membro ometteva di garantire i medesimi risultati previsti dalla Direttiva.

Il Giudice Comunitario, nel valutare la complessità della questione, sancì che il Ministero dell'Agricoltura, della Pesca e dell'Alimentazione dell'Inghilterra e del Galles non avevano fornito alcuna prova valida in merito alla violazione, da parte di alcuni mattatoi spagnoli, della violazione della Direttiva 74/577/CEE che vieta la sottoposizione degli animali a trattamenti crudeli e, pertanto, concluse che: *“Il diritto comunitario osta a che uno Stato membro invochi l'art. 36 del Trattato per giustificare una limitazione delle esportazioni di merci in un altro Stato membro, basandosi sul solo motivo che, a parere del primo Stato, il secondo non rispetta le prescrizioni di una direttiva comunitaria di armonizzazione che persegue l'obiettivo che il ricorso all'art. 36 tenderebbe a tutelare, ma che non prevede procedure di controllo dell'applicazione di tali prescrizioni né sanzioni in caso di violazione delle stesse”*<sup>125</sup>. Il diniego della licenza alle esportazioni si risolveva, pertanto, in una restrizione quantitativa alle medesime, che ledeva l'art. 35 del Trattato e non era suffragata dalle ragioni di cui all'art. 36.

Inoltre, la Corte si pronunciò in merito alla domanda di risarcimento danni avanzata dall'impresa Hedley Lomas in ragione del denegato rilascio della licenza alle esportazioni, e ne riconobbe la sussistenza nelle ipotesi in cui: *“In cui la norma di diritto comunitario violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, si tratti di violazione grave e manifesta ed esista un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dai singoli. Ciò premesso, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato da una violazione del diritto comunitario ad esso ascrivibile, restando inteso che le condizioni fissate dalle norme nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere*

---

<sup>124</sup> La Direttiva, agli artt. 1 e 2, imponeva il ricorso alla pratica dello stordimento prima di effettuare la macellazione dell'animale. Lo stordimento era reputato mezzo idoneo alla macellazione degli animali della specie bovina, ovina, suina, caprina e dei solipedi. Questo poteva essere praticato attraverso le scosse elettriche, l'anidride carbonica e la pistola da macello. La Direttiva non armonizzava, però, le procedure di controllo dell'osservanza delle sue disposizioni. La Spagna aveva recepito la Direttiva e si era adeguata alle pratiche di macellazione previste a livello comunitario, ma talune associazioni di protezione degli animali spagnole avevano denunciato l'inosservanza delle disposizioni da parte di taluni mattatoi.

<sup>125</sup> Causa *Hedley Lomas*, punto 21. Sul punto, in particolare, M. DOUGAN, “Minimum Harmonization and the Internal Market”, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), p. 874.

meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento”<sup>126</sup>.

L'assunto pretorio è stato ribadito nella successiva sentenza *Compassion in World Farming* del 1998 in cui nuovamente si disquisiva della 'legittimità comunitaria' del divieto opposto dalle autorità britanniche alla esportazione di vitelli da macello nei territori di altri Stati membri che non avessero predisposto, a favore dei vitelli, dei locali di stabulazione e di allevamento idonei alla protezione della salute degli animali<sup>127</sup>.

La Direttiva 91/629/CEE del Consiglio ha introdotto norme minime per la protezione dei vitelli. La portata della *minimum harmonization* fa sì che gli *standards* di protezione degli animali, da essa

---

<sup>126</sup> Causa *Hedley Lomas*, punto 32. Interessante, sul punto, è il raffronto operato da Weiler con il caso speculare, *Gamberetti* del 1998, nell'ambito WTO-GATT. La vicenda prendeva le mosse dalla proibizione dell'importazione di gamberetti, pescati con delle reti all'interno delle quali rimanevano imprigionate le tartarughe marine, una specie protetta a livello internazionale. La restrizione all'importazione opposta dagli Stati Uniti nel 1989, riposava sulla volontà di proteggere una specie animale in via d'estinzione e suggellata in una legge federale che stimolava la stipula di accordi internazionali per la conservazione delle tartarughe marine, prescrivendo l'uso di reti da pesca, cd. TEDs (*Turtles Excluder Device*), il cui utilizzo doveva essere certificato dai Paesi esportatori. Il provvedimento suscitò le immediate reazioni di India, Pakistan, Malesia e Thailandia che impugnarono il provvedimento, ritenendolo lesivo degli artt. I, XI, XIII del GATT 1994 che dispone l'eliminazione generale delle restrizioni quantitative al commercio. Il *Dispute Settlement Body*, nel *Panel Report* del 15 maggio 1998, appurò una violazione, da parte degli Stati Uniti, dell'art. XI del GATT-1994, poiché non sorretta dalle ragioni di cui allo *chapeu* dell'art. XX. L'*Appellate Body* della WTO, invece, ribaltando le argomentazioni ricostruttive del *Panel*, nonostante abbia ritenuto affetti da eccessiva rigidità i sistemi di certificazione statunitensi nel verificare la legittimità dei *tests* di giustificabilità delle misure apprestate (discriminazioni arbitrarie, giustificabili e restrizioni velate al commercio internazionale), nella decisione *United States-Import prohibition of certain shrimp products*, sentenza del 12 ottobre 1998, WT/DS58/AB/R, ha stabilito che: "Il test del Panel non trova fondamento nel testo e che le restrizioni all'importazione imposte su di un prodotto potrebbero essere ammesse in linea di principio". La tutela dell'ecosistema prevalse sull'esigenza del libero commercio internazionale. Sul punto, si rimanda ai contributi di J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, pp. 385 e ss. Sul piano della dottrina interna, si rimanda all'analitico contributo di S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Vol. 3, 2004, pp. 657 e ss. nonché, in *Oltre lo Stato*, Bari, 2006, pp. 68 e ss. Cassese evidenzia come la formazione di *standards* globali ha agevolato la scissione tra autorità della regolazione e autorità che ne impongono il rispetto ed ha tentato di garantire la coesistenza tra la libertà degli scambi e tutela della salute e dei consumatori. Questo ha provocato una disintegrazione degli Stati mediante l'individuazione di autorità nazionali, destinate a cooperare con quelle internazionali ed ha innervato nel sistema un *network* collaborativo sia orizzontale che verticale, tra regolati. Nel diritto comunitario, i comitati di settore, composti da amministratori nazionali e non rappresentanti dei governi, fungono "da stanze di compensazione tra interessi nazionali" e come organi di raccordo e centri di normazione secondaria. Cassese precisa che l'armonizzazione minima, in ambito europeo, costituisce la base per rendere possibile il mutuo riconoscimento, contrariamente al campo internazionale, ove il mutuo riconoscimento è alternativo all'armonizzazione, *ibid.*, p. 671. Indubbiamente la previsione di *standards* globali ha consentito una penetrazione di procedure dettate a livello internazionale in seno agli ordinamenti nazionali e nei confronti delle amministrazioni interne. Sul punto, si rimanda all'analisi di G. DELLA CANANEA, "Beyond the State: The Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law", in *European Public Law*, Vol. 9, No. 4, (December 2003), pp. 564 e ss.

<sup>127</sup> Causa *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Ltd.*, C-1796, sentenza del 19 marzo 1998. In materia, era stata adottata, a livello internazionale, la Convenzione Europea sulla protezione degli animali negli allevamenti, del 10 marzo 1976, nell'ambito del Consiglio d'Europa. La Convenzione era stata approvata con decisione del Consiglio del 19 giugno 1978, 78/923/CEE. La Convenzione dettava una disciplina analitica e rigida in merito alle caratteristiche dei locali all'interno dei quali gli animali potevano deambulare, stabulare e cibarsi secondo una dieta specifica e nel rispetto dei loro bisogni fisiologici ed etologici. Con il successivo Regolamento del Consiglio, 805/88, era stata stilata una organizzazione comune dei mercati del settore della carne bovina che implicava una uniformazione nel regime dei prezzi e degli scambi e delle modalità della importazione dei bovini vivi, raccomandando la costruzione, a partire dal 1994, di locali di stabulazione secondo tecniche particolarmente stringenti ed innovative. Sul punto, in particolare, si rimanda al contributo di M. DOUGAN, "Minimum Harmonization and the Internal Market", in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), p. 873 e p. 875.

previsti, siano meno rigorosi rispetto a quelli fissati nella menzionata Convenzione Europea del 1976, ma che residui, comunque, un margine d'azione dei singoli Stati membri che possono mantenere in vigore disposizioni nazionali più stringenti nell'ambito del loro territorio o introdurne di nuove, in linea con i parametri internazionali citati<sup>128</sup>.

Per tali motivi, la Corte di Giustizia pervenne alla conclusione secondo cui: *“Ne consegue che uno Stato che abbia attuato la raccomandazione elaborata per applicare i principi della Convenzione non può basarsi sull'art. 36 del Trattato e, in particolare, su motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico o di protezione della salute e della vita degli animali che tale articolo comporta, per giustificare restrizioni all'esportazione di vitelli vivi allo scopo di sottrarli ai metodi di allevamento in recinti di legno per vitelli usati in altri Stati membri che hanno attuato la direttiva, ma che non applicano detta raccomandazione”*.

Come rileva Weiler, il caso *Hedley Lomas* nell'ambito dell'ordinamento comunitario, e il caso *Tartarughe*, nell'ambito della WTO-GATT, contemporanei nella loro trattazione (ma con difformi conclusioni), riflettono la complessità delle vicende che le Corti dovranno valutare e decidere ed entro le quali si misura la capacità di uno Stato importatore di imporre restrizioni basate non sulle caratteristiche dei prodotti, ma sui metodi di produzione e lo stesso dicasi, *a contrario*, nell'ipotesi di restrizioni alle esportazioni. L'autore evidenzia come *“il vero successo del libero mercato e del libero commercio consiste nel rendere le persone coscienti del fatto che le proprie abitudini e pratiche dei consumi sono inevitabilmente complici di pratiche che sarebbero vietate nel paese dove i prodotti sono consumati”*<sup>129</sup>.

#### 6.8.1. Il volto attuale del mercato unico delle merci e le sue regolamentazioni più recenti

La stagione attuale evidenzia un forte attivismo normativo delle istituzioni comunitarie, impegnate a conferire un *imprimatur* al processo di consolidamento delle fondamenta del mercato interno attraverso una più severa eliminazione delle regole tecniche nazionali opposte alla libera circolazione di merci provenienti da altri Stati membri e recuperando la nozione di parallelismo funzionale cui gli Stati devono aderire per evitare che, in assenza di misure di armonizzazione comunitaria, siano erette barriere al movimento delle merci. Nella Risoluzione del Consiglio dell'8

---

<sup>128</sup> Ciò non toglie, ha affermato la Corte, che la condotta assunta dalle autorità britanniche non abbia provocato delle restrizioni ingiustificate al regime di libera circolazione delle merci, poiché il mantenere in vigore misure di salvaguardia nazionali più stringenti rispetto a quelle dettate dalla normativa comunitaria, non significa che le regole introdotte negli altri Stati membri e già 'armonizzate' non garantiscano una analoga tutela della specie bovina da macello.

<sup>129</sup> Sul punto, si rimanda a J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, pp. 384 e s. Per una disamina dei singoli passaggi che hanno condotto ad un mutamento delle regole di *standardization*, si rimanda al contributo di M. EGAN, *Constructing a European Market...cit.*, pp. 220 e ss.

9 giugno 2007 ed in quella successiva, del 21 e del 22 giugno, si è ribadita la necessità di conferire un rinnovato slancio al rafforzamento delle quattro libertà di circolazione considerate i fattori fondamentali per l'incremento della crescita, della competitività e dell'occupazione in seno al mercato interno che deve sempre più essere assimilato ad uno spazio senza frontiere interne.

Il recupero del principio del mutuo riconoscimento, fissato in via pretoria nel *leading case Cassis de Dijon*, ha lo scopo di incentivare l'iniziativa economica delle piccole e medie imprese, spesso indotte a non commercializzare i propri prodotti sui territori di altri Stati, poiché non in grado di sostenere economicamente i costi di conformazione alle regole tecniche in auge in tali Paesi. L'imperativo europeo da perseguire rimane sempre quello dell'armonizzazione, ma occorre assicurarne un graduale attecchimento sul suolo dell'Unione attraverso un ruolo maggiormente cooperativo dei singoli Stati, tenuti ad aderire al principio del mutuo riconoscimento nei comparti non ancora armonizzati e ad evitare di invocare regole tecniche, in assenza di discipline comunitarie uniformi, che limitano la dinamica degli scambi e siano ancorate alle fattispecie giustificative di cui all'art. 36 del TFUE o ricorrendo alle esigenze imperative fissate dalla Corte di Giustizia<sup>130</sup>.

Di grande rilievo, in materia, è il recente Regolamento adottato dal Consiglio e dal Parlamento europeo nel luglio 2008, n. 764/2008/CE in cui sono cristallizzate queste finalità e sono forniti gli strumenti per poter pervenire in tempi ragionevoli ad una uniformazione europea del sistema di sorveglianza sui prodotti<sup>131</sup>. Il Regolamento del 2008 funge da cappello di un nutrito e dettagliato pacchetto legislativo approvato dal Consiglio e dal Parlamento lo scorso 9 luglio 2008 e destinato ad entrare a pieno regime a partire dal gennaio 2010<sup>132</sup>. Il *trend* normativo appena inaugurato opera

---

<sup>130</sup> L'aumento dell'intervento regolativo delle istituzioni comunitarie è comprovato dai recenti atti emanati, quali la Direttiva 2001/95/CE del Consiglio e del Parlamento, in materia di sicurezza alimentare dei prodotti, preceduta dalla Direttiva 99/44/CE; il Regolamento (CE) del Consiglio e del Parlamento n. 178/2002, sui requisiti generali cui deve uniformarsi la legislazione alimentare e che istituisce l'Autorità Europea per la sicurezza alimentare; il Regolamento (CE) del Consiglio e del Parlamento n. 882/2004, in merito ai controlli ufficiali intesi a verificare la conformità alla normativa in materia di mangimi e di alimenti per gli animali, assicurando la salvaguardia della loro salute e del loro benessere, la Direttiva 2004/49/CE del Parlamento e del Consiglio in merito alla sicurezza delle ferrovie comunitarie che detta delle procedure di autorizzazione per la messa in servizio del materiale rotabile esistente, lasciando un margine di applicazione delle normative nazionali, nonché la pregressa Direttiva 2003/33/CE sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative dei prodotti del tabacco. L'elenco è esemplificativo e non esaustivo. Occorre evidenziare che lo studioso Rott conduce un'approfondita analisi sulle numerose direttive emanate a partire dalla fine degli anni '90, in materia di protezione dei consumatori e sottolinea come la Direttiva 99/44/CE era ancorata alla strategia dell'armonizzazione parziale che consentiva agli Stati membri di adottare o di mantenere in vigore disposizioni interne in grado di assicurare una più elevata protezione dei consumatori, mentre le direttive più recenti, a partire dalla 200/31/CE sul commercio elettronico o quella sul commercio a distanza di prodotti finanziari, 2002/65/CE, hanno gradualmente introdotto il concetto di armonizzazione totale sulla scorta della richiesta di un "*high common level of consumer protection*", che richiede una *total* e non una *partial harmonization* in funzione servente agli obiettivi del mercato interno. Sul punto, si rimanda al contributo di P. ROTT, "Minimum Harmonization for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law", in *Common Market Law Review*, Vol. 40, (2003), pp. 1108 e s.

<sup>131</sup> Al § 10, il Regolamento precisa che non contempla tra le misure tecniche nazionali, le norme relative all'uso di una determinata lingua sugli imballaggi e sulle etichette o quelle inerenti le procedure di aggiudicazione degli appalti.

<sup>132</sup> Si tratta del Regolamento (CE) del Consiglio e del Parlamento, n. 764/2008 che stabilisce procedure relative all'applicazione di determinate regole tecniche nazionali a prodotti legalmente commercializzati in altro Stato membro

una significativa innovazione nella strategia dell'armonizzazione comunitaria. In effetti, le misure normative apprestate incidono sia sui prodotti coperti da normative europee di armonizzazione (oramai quasi il 75 per cento delle materie regolabili è armonizzato), rafforzando la vigilanza sul sistema al fine di elidere il rischio che sul mercato siano immessi prodotti pericolosi, armonizzando i metodi di lavoro degli organismi di certificazione, creando una terminologia giuridica comune in virtù dell'uso di formule applicabili a tutte le norme di armonizzazione e rafforzando il ruolo del marchio CE. Sul piano dei settori non armonizzati, l'intento delle istituzioni comunitarie è quello di ridurre gli ostacoli tecnici alla libera circolazione delle merci, originati dalle diverse discipline nazionali vigenti.

In tale ultimo ambito, il Regolamento n. 764 del 2008 incoraggia alla pratica del mutuo riconoscimento, al fine di operare un ravvicinamento delle normative nazionali cui è possibile derogare solo in presenza di una delle cause di cui all'art. 36 del TFUE o per il ricorrere di esigenze imperative evocate dallo Stato. Indubbiamente, alla base del ragionamento del Consiglio e della Commissione vi è la considerazione secondo cui gli ostacoli tecnici opposti dagli altri Stati, disincentivano e schiacciano la libertà di commercio intracomunitario delle piccole e delle medie imprese che non sono in grado di sostenere i costi di conformazione agli *standards* previsti da tali Paesi, con inevitabile nocimento per gli scambi intracomunitari e con ripercussioni, anche distorsive, sulla concorrenza tra imprese di grandi e medio-piccole dimensioni<sup>133</sup>. Il Regolamento n. 765 del 2008, invece, ha previsto regole stringenti per la vigilanza sul mercato interno dei prodotti, stabilendo requisiti di sicurezza più severi, maggiori controlli e un sistema di allerta e di ritiro dal mercato dei prodotti dannosi o pericolosi per la salute o la sicurezza interna di immediata applicazione<sup>134</sup>.

---

ed abroga la Decisione 3052/95/CE. Vi si aggiunge il Regolamento n. 764/08 che stabilisce le procedure relative all'applicazione di talune regole tecniche nazionali ed abroga il pregresso Regolamento 339/93/CEE, ed infine, occorre menzionare la Decisione n. 768/2008 del Parlamento e del Consiglio relativa ad un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti che abroga la Decisione 93/465/CEE.

<sup>133</sup> A tal fine, il Regolamento n. 765 del 2008 prevede che l'onere di provare la sussistenza di una delle casuse che consentono di erigere ostacoli tecnici agli scambi, spetta alle autorità nazionali che li pongono; che gli operatori economici devono avere la possibilità di ricorrere contro dette misure innanzi all'autorità giudiziaria e che gli Stati membri debbano istituire dei "Punti di Contatto Prodotti" cui gli operatori di altri Stati dovranno rivolgersi per ottenere informazioni sull'esistenza di particolari norme tecniche sui prodotti da commercializzare e sulla necessità di ottenere l'eventuale rilascio di un'autorizzazione preventiva.

<sup>134</sup> In merito alla diffusione di informazioni circa la pericolosità o dannosità di taluni prodotti, l'Unione Europea ha istituito il RAPEX, che consente uno scambio di informazioni in presenza di un rischio grave per la salute e la sicurezza dei cittadini e dei consumatori, attraverso una rapida diffusione di notizie per identificare i prodotti, il rischio incontrato, la natura e la durata delle misure da apprestare e i canali di commercializzazione. Il RAPEX non opera per i prodotti farmaceutici che comportano un rischio grave per la salute, secondo quanto previsto dalle Direttive 2001/83/CE e 2001/82/CE, adottate dal Consiglio e dal Parlamento nonché per gli alimenti. Il RAPEX è un sistema di allerta sulla nocività o rischiosità dei prodotti, pubblicato ogni venerdì dalla Commissione (cd. *Weekly Overview Report of Rapex Notifications*) sulla base dei *Report Products* notificati dagli Stati. Del RAPEX fa espressa menzione anche il nostro Codice del Consumo, D. lgs. n. 206 del 6 settembre 2005 (modificato per effetto dei Dd. Lgs. n. 146, 221 e 244) nell'Appendice finale in cui sono dettate le procedure per l'applicazione del RAPEX e le linee guida per le notifiche. Per una disamina del *Weekly Overview Report of Rapex Notifications*, in cui sono fornite descrizioni dettagliate sulle



Non solo, il Regolamento incide sulla procedura, ancora confusa dell'accreditamento, sancendo che ogni Stato membro debba designare un unico organismo nazionale di accreditamento che sia munito di pubblica autorità, agisca nell'interesse generale e abbia la struttura di un ente *no-profit*, che sia indipendente dagli organismi di valutazione della conformità e da pressioni commerciali, che faccia parte dell'infrastruttura europea di accreditamento e sia sottoposto ad una valutazione *inter pares* condotta dall'organismo europeo secondo procedure condivise e trasparenti<sup>135</sup>. L'intento è quello di scongiurare il rischio di possibili conflitti di interesse e di pericolose commistioni e collusioni tra controllati e controllori. Il cuore del Regolamento risiede, però, nell'art. 30, § 4, il quale prevede che la marcatura CE sia l'unica marcatura che attesta la conformità del prodotto alle prescrizioni della normativa comunitaria di armonizzazione che ne impone l'apposizione e nell'art. 30, § 5, secondo il quale è vietato l'utilizzo di segni grafici, di marcature e di iscrizioni che possano indurre in errore i terzi sulla marcatura CE o sul suo esatto significato<sup>136</sup>.

L'ampiezza dell'intervento predisposto a livello comunitario e destinato a dare un forte *imprimatur* al percorso di consolidamento del mercato interno richiede, comunque, una fase transitoria di recepimento che dovrà consentire ai singoli Stati di adeguarsi alle novità introdotte a livello europeo. Non costituisce una circostanza trascurabile il fatto che al § 38 del Regolamento n. 764 del 2008 venga precisato che l'obiettivo della misura apprestata, volta alla rimozione degli ostacoli tecnici alla libera circolazione delle merci, non possa essere realizzato in misura sufficiente dai singoli Stati membri, ma che in ragione dei suoi effetti e della sua dimensione possa essere meglio conseguito a livello comunitario in ossequio del dettato dell'art. 5 del Trattato UE inerente il principio di sussidiarietà, ribadendosi che il medesimo regolamento "*si limita a quanto necessario per realizzare tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità*"<sup>137</sup>.

---

caratteristiche strutturali dei prodotti e sulle cause della loro nocività, con relativa rappresentazione fotografica, si rimanda al sito della Commissione: [http://ec.europa.eu/consumers/dyna/rapex/create\\_rapex.cfm?rx\\_id=240](http://ec.europa.eu/consumers/dyna/rapex/create_rapex.cfm?rx_id=240)///[http://images.to.camcom.it/ff/EIC/Ma/MarcaturaCE\\_Parte2.pdf](http://images.to.camcom.it/ff/EIC/Ma/MarcaturaCE_Parte2.pdf).

<sup>135</sup> Sino ad oggi, la procedura di accreditamento degli organismi di ispezione, certificazione e prova non era stato mai disciplinata a livello comunitaria, ma era stata oggetto di apposite *regulations* nazionali che avevano creato un'entropia endemica nel regime dei controlli di qualità e nel sistema delle certificazioni comunitarie dei prodotti.

<sup>136</sup> La Decisione n. 768 del 2008 definisce il ruolo del fabbricante, dell'importatore e del distributore nel procedimento di apposizione della marcatura CE sui prodotti. La Decisione precisa anche le modalità in base alle quali gli organismi di valutazione della conformità debbano operare ed i moduli che devono compilare, dettando le procedure che consentono, agli Stati membri, di notificare alla Commissione gli organismi di valutazione della conformità prescelti ed autorizzati su base nazionale (cd. organismi notificati).

<sup>137</sup> A tal fine occorre sottolineare che lo scorso 23 luglio 2009 il Parlamento italiano ha approvato la legge n. 99, in materia di accreditamento e di vigilanza sulla commercializzazione dei prodotti, che è entrata in vigore il 15 agosto 2009 ed ha istituito un unico organismo nazionale di accreditamento (art. 4). L'art. 17, comma 4, ha introdotto il divieto, sanzionato a livello amministrativo-pecuniario, di apporre marchi di imprese italiane su prodotti che non siano di origine italiana, a meno che sui medesimi prodotti non sia indicato, in modo preciso e con caratteri evidenti, il Paese o il luogo di produzione e di fabbricazione. Le false e le fallaci indicazioni di provenienza o di origine non possono, comunque, essere regolarizzate quando i prodotti o le merci siano stati già immessi in libera pratica. La legge è stata modificata in virtù dell'art. 16 del D.L. n. 35 del 25 settembre 2009 contenente *Disposizioni urgenti per l'attuazione degli obblighi comunitari e per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Giustizia*, che ha abrogato l'art. 17, comma 4

Il *reforming trend* inaugurato lo scorso anno e destinato ad entrare a pieno regime – almeno lo si auspica, entro il 2010 - è rilevante in quanto pervaso da due linee d'azione parallele e sospeso tra due differenti moti di espansione. Innanzitutto, occorre ribadire che la scelta della fonte regolamentare anziché dello strumento della direttiva intende assicurare la immediatezza degli effetti in seno agli ordinamenti interni.

I regolamenti operano secondo un percorso che, in prospettiva, dovrà assicurare una armonizzazione sempre maggiore e sempre più penetrante di interi settori collegati alla libera circolazione delle merci e che, in retrospettiva, conferma gli assunti pretori della sentenza *Cassis* sul parallelismo funzionale. Inoltre, si registrano due differenti moti, il primo proveniente dall'alto e tendente ad armonizzare vasti settori al fine di conferire loro una una configurazione giuridica omogenea ed uniforme<sup>138</sup>; il secondo, invece, proveniente dal basso e incardinato nella previsione di organismi di accreditamento e di valutazione della conformità che operano a livello nazionale (seppure secondo *standards* europei), ma anche attraverso la clausola mobile del mutuo

---

della legge n. 99/09, eliminando la procedura di autocertificazione. Il decreto legge ha, altresì, introdotto una integrazione (artt. 49 *bis* e *ter*) alla legge n. 350 del 2003 in materia di fallaci indicazioni di origine, sanzionate a livello amministrativo-pecuniario. Il decreto precisa che è definibile come prodotto esclusivamente nazionale, cui è possibile apporre il marchio "*made in Italy*", quel bene che è stato disegnato, progettato, lavorato e confezionato esclusivamente in Italia.

<sup>138</sup> Si può ben notare come i menzionati regolamenti abbiano operato una forma di semplificazione e di razionalizzazione della materia sia sotto un profilo normativo sia sotto un profilo amministrativo, eliminando direttive pregresse oramai anacronistiche e riducendo il numero di organismi di accreditamento previsti a livello nazionale. Sul piano amministrativo è rilevante la prevista procedura di raccordo e di collaborazione tra autorità di vigilanza ed autorità preposte alla tutela dei consumatori. La scelta della fonte regolamentare ha accelerato il processo di penetrazione del diritto europeo nei diritti amministrativi nazionali. Basti rammentare le 'profetiche' intuizioni di Sabino Cassese, in materia di regolamentazioni e *standards* internazionali. Sul punto, S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Vol. 3, 2004, pp. 659 e s. Tale positiva ibridazione disciplinare ha superato ed eroso le predizioni di Massimo Severo Giannini che si dimostrò sempre critico nei confronti della possibile creazione di un diritto amministrativo europeo. Le sue argomentazioni erano mosse non sulla via del diritto positivo, bensì della teoria generale del diritto. Giannini negava che l'ordinamento comunitario avesse fini generali e definiva come "*settorialmente circoscritti*" gli scopi dei Trattati istitutivi. Lo studioso riconosce la natura plurisoggettiva della costruzione comunitaria come fondata solo sugli Stati membri e non sui privati individui, declassati a "*figure soggettive infra soggetti giuridici*". Giannini evidenziava come le norme comunitarie disciplinassero solo conflitti omogenei di cui erano portatori gli Stati e in quelle circoscritte materie di ordine economico che rientravano nella limitata sfera competenziale comunitaria. Come evidenzia Stefano Battini, Giannini quando scrisse queste riflessioni nel 1967, non certo ignorava la riferibilità nei confronti dei privati delle norme sulla concorrenza, ma le riteneva di secondaria importanza. Certo Giannini colse nell'architettura dei Trattati, la presenza di formulazioni semantiche e di locuzioni concettuali tipiche del diritto amministrativo, basti pensare ai regolamenti, ai contingentamenti ed alle autorizzazioni. L'ordinamento comunitario, rilevava Giannini, non è un ordinamento sovrano poiché non trova in se stesso l'origine della propria ragion d'essere, "*mancando di originarietà, manca di sovranità*", ma non è neppure un ordinamento derivato poiché non deriva da altri, esso è, piuttosto, una di quelle forme atipiche di ordinamento ai quali non applicabile né il concetto di sovranità né quello di originarietà. Per Giannini la Comunità Economica Europea del 1967 era assimilabile all'ordinamento che si davano i commercianti, *rectius*, le varie categorie di operatori economici nel periodo precedente al 1600, ossia unioni di imprenditori appartenenti a diverse *nationes* che fissavano regole uniformi per disciplinare i relativi scambi commerciali, attraverso istituti che elidevano il rischio dell'insorgere di conflitti. Per una disamina più approfondita si rimanda al contributo di M. S. GIANNINI, "Profili di un diritto amministrativo delle Comunità Europee" (con una presentazione di Stefano Battini), in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Vol. 4, (2003), pp. 979 e ss. Si tratta del testo della relazione che Massimo Severo Giannini ha svolto in una conferenza del 14 aprile 1967, nell'ambito del seminario su "L'ordinamento delle Comunità Europee nei suoi rapporti con il diritto internazionale e con il diritto interno", presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma.

riconoscimento che induce gli Stati membri ad un ravvicinamento delle legislazioni condotto sulla base di un parallelismo funzionale di tipo orizzontale. La possibilità di derogarvi in virtù del ricorso all'art. 36 o alla formula delle esigenze imperative, costituisce un deliberato punto di sintesi tra tendenze contrapposte in cui emerge “*a residuum of State sovereignty*”, non eliso, bensì attratto nella parabola del processo di integrazione europea.

#### 6.9. Libertà economiche, diritti sociali e la ‘bandiera di convenienza’

La graduale complessità assunta dal mercato ed il suo sovradimensionamento strutturale hanno indotto la Corte di Giustizia a scrutini sempre più stringenti e diversificati, destinati a compendiare libertà economiche e diritti sociali. In tal modo, l'originario compromesso dell'*embedded liberalism* fu rimodellato secondo logiche del tutto nuove che ascrivevano un delicato compito di attuazione delle politiche sociali anche a livello europeo, nella cornice di una più matura e consolidata coesione economica e sociale<sup>139</sup>.

Per meglio comprendere le dinamiche dicotomiche tra libera circolazione e diritti sociali, si privilegerà ancora una volta l'approccio casistico il quale, del resto, non fa altro che acclarare le tensioni e i grovigli di interessi che, di volta in volta, forma la realtà esterna in costante divenire. Per tale motivo, si è reputato opportuno ed utile attingere agli innumerevoli elementi di analisi che sono emersi in un recente caso deciso dalla Corte di Giustizia nel 2007, in cui il contrasto si è innervato nel raffronto speculare tra il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi di una impresa, da un lato, e il diritto di intraprendere un'azione collettiva da parte dei lavoratori a mezzo di un sindacato, dall'altro<sup>140</sup>. La vicenda prende le mosse dalla decisione della Viking Lines, un operatore finlandese di traghetti che copriva la rotta che collegava Tallin ad Helsinki, tra Estonia e Finlandia, di mutare la denominazione del traghetto che effettuava tale traversata, meglio noto come *Rosella*. Il cambiamento della bandiera, attraverso una nuova immatricolazione del *Rosella* in Estonia, rientrava nelle attività ricomprese nel diritto di stabilimento dell'impresa ed avrebbe consentito di assumere un nuovo equipaggio o mantenere quello precedente, ma a differenti e minori condizioni retributive.

---

<sup>139</sup> Indubbiamente l'Atto Unico Europeo ed il successivo Trattato sull'Unione Europea hanno contribuito ad implementare le competenze delle istituzioni comunitarie e ad ampliare il novero degli obiettivi da perseguire, arricchendoli di ulteriori momenti decisionali. Come afferma Dougan il proposito di creare un mercato integrato cui fosse associata una graduale forma di coesione economica e sociale, emerse già a partire dagli anni Settanta, quando l'immagine di una “*Europe with a Human Face*” si fece ambizione politica. In particolare, M. DOUGAN, “Minimum Harmonization and the Internal Market”, in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), p. 858.

<sup>140</sup> Caso *International Transport Workers Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Lines ABP e OÜ Viking Line Eesti*, C-438/05, sentenza dell'11 dicembre 2007.

Le ragioni di siffatta scelta risiedevano nella serrata concorrenza che le compagnie di trasporto marittimo estoni conducevano nei confronti di quelle finlandesi, stante il minore livello delle retribuzioni elargite a favore dei membri degli equipaggi. Ma l'equipaggio del *Rosella* era composto da lavoratori iscritti al sindacato nazionale *Finnish Seamen's Union* (da ora *FSU*) che, a sua volta, era affiliato alla *International Transport Workers Federation* (da ora *ITWF*) con sede a Londra, cui erano collegati ben 600 sindacati di lavoratori impegnati nei trasporti marittimi in oltre 140 Paesi<sup>141</sup>. Fu raggiunta una soluzione transattiva destinata a rimanere in vigore sino al febbraio del 2005, ma la stessa era stata preceduta dalla diffusione di una circolare da parte della *ITWF* che sollecitava tutti i sindacati aderenti a non trattare con la Viking Lines<sup>142</sup>.

I quesiti posti dal giudice nazionale inerivano: la possibile sussumibilità delle azioni collettive nell'art. 49 del TFUE (già art. 43 TCE) e nell'art. 1, n. 1 del Regolamento del Consiglio 4055/86, il riconoscimento di un effetto orizzontale al disposto dell'art. 49 a favore delle imprese private che intendevano tutelarsi contro azioni collettive dei sindacati e se tali azioni costituivano una restrizione alla libertà di circolazione e, in caso di risposta affermativa, se erano obiettivamente giustificate, adeguate e proporzionate alla garanzia di un diritto sociale fondamentale all'azione collettiva rispetto al diritto di stabilimento degli operatori economici.

Come rileva l'Avvocato Generale Maduro, la possibilità di cambiare la bandiera del *Rosella* rientrava tra i diritti sottesi alla libertà di stabilimento che erano stati compressi in ragione dell'accordo con i sindacati<sup>143</sup>. Inoltre, l'impossibilità di esercitare tale libertà, pregiudicava il consequenziale esercizio della libera prestazione dei servizi. Si paventava una doppia restrizione delle libertà economiche in ragione dell'esigenza di proteggere i diritti sociali dei lavoratori. Ma l'Avvocato Generale non solo ha precisato che nella materia *de qua* risulta applicabile l'art. 49 del Trattato, ma anche che il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi non erano in radice incompatibili con il diritto di associazione e di sciopero dei lavoratori e con gli obiettivi di politica sociale (ritorna l'argomento di giudizio del caso *Schmidberger* e *Omega* e si nega la plausibilità del rimando al caso *Albany*). In tal modo, gli obiettivi di politica sociale della Comunità e quelli di realizzazione di un mercato comune in grado di funzionare correttamente sono entrambi "inclusi negli obiettivi della politica legislativa del Trattato e denotano la volontà di perseguirli

---

<sup>141</sup> I sindacati organizzarono numerosi scioperi e tentarono un'azione collettiva che indusse la Viking Lines a desistere dal proposito, ad assicurare un aumento degli equipaggi di otto unità e a rinunciare al tentativo di far battere, alla propria nave, la bandiera di un altro Stato membro e di esperire rimedi legali.

<sup>142</sup> La circolare non era stata ritirata neppure a seguito della formazione dell'accordo compromissorio. Una volta adita la *Commercial Court* di Londra per ottenere una sospensione del provvedimento di accertamento e di ingiunzione, che venne concessa alla Viking Lines, i sindacati *FSU* e *ITWF* si rivolsero alla Corte d'Appello di Londra che operò un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

<sup>143</sup> Come ribadito nella sentenza *Factortame* C-213/89, sentenza del 19 giugno 1990, l'immatricolazione di una imbarcazione utilizzata per l'esercizio di un'attività economica che implica un insediamento in pianta stabile nel territorio dello Stato membro, costituisce un atto di stabilimento ai sensi dell'art. 49 del Trattato.

*contemporaneamente*”. È vero che il Trattato di Roma non chiarisce la portata degli artt. 49 e 56 (già art. 49 TCE), ma è agevolmente comprensibile che i disposti non abbiano solo effetti verticali, ma anche orizzontali, a nulla valendo le eccezioni dei sindacati che sostenevano di essere degli organismi privati e non pubblici per esimersi dalla loro applicazione.

Di fondamentale rilievo, è il punto in cui l’Avvocato Generale evidenzia che: “*Insieme con le norme in materia di concorrenza, quelle sulla libera circolazione sono parte di un coerente insieme di regole il cui scopo è descritto all’art. 3 del TCE . L’obiettivo è quello di garantire, fra gli Stati membri, la libera circolazione di merci, servizi, persone e capitali in condizioni adeguate di concorrenza. Le norme sulla libera circolazione e quelle sulla concorrenza raggiungono tale obiettivo essenzialmente conferendo diritti ai soggetti attivi sul mercato. In sostanza, tutelano i soggetti attivi sul mercato consentendo loro di contestare taluni impedimenti alla possibilità di competere in termini paritari sul mercato comune. L’esistenza di tale possibilità è l’elemento cruciale per perseguire l’efficienza distributiva nella Comunità nel suo complesso. Senza le norme sulla libera circolazione e la concorrenza sarebbe impossibile raggiungere il fondamentale obiettivo della Comunità consistente nell’aver un mercato comune funzionante*”. Si palesa così, in modo evidente, la sottile intersezione tra libera circolazione e libera concorrenza che, indipendentemente dal profilo soggettivo dei destinatari, sono accomunate dalla medesima *ratio* e dal perseguimento di un fine comune<sup>144</sup>.

Ciò non segna la fine dell’autonomia privata, né importa l’adozione degli stessi criteri di valutazione adottati nei confronti dei singoli Stati, applicandosi nei confronti dei soggetti privati solo le normative e le misure nazionali rispettose dei limiti fissati a livello comunitario. Nel rilevante passaggio finale delle conclusioni, l’Avvocato Generale ha evocato l’immagine di un’Europa fondata su di un “contratto sociale” che lo ha indotto ad asserire (se ne riporta il passaggio integrale) che: “*La Viking, per evidenti ragioni commerciali, intende soprattutto utilizzare il proprio diritto alla libertà di stabilimento. Il Trattato tutela tale diritto, poiché la possibilità per un’impresa di trasferirsi in uno Stato membro in cui i suoi costi di funzionamento*

---

<sup>144</sup> Maduro sottolinea come le norme sulla concorrenza abbiano un effetto orizzontale palese, mentre quelle sulla libera circolazione hanno un effetto verticale, ma ciò non esclude che le ultime non possano dispiegare effetti orizzontali, limitando il potere e l’autonomia di taluni soggetti privati, esercitati in spregio alle libertà economiche di altri. L’Avvocato Generale ha aderito a quella corrente dottrinarica, la quale riteneva che le disposizioni sulla libera circolazione, necessarie per il funzionamento del mercato comune, non si rivolgevano solo ai pubblici poteri, ma anche ai privati. Ci si riferisce alla nota disputa tra Giuliano Marengo e Pierre Pescatore, il primo favorevole ad una interpretazione restrittiva dei disposti sulla libera circolazione, munendoli di effetti solo verticali ed il secondo, incline al riconoscimento di un effetto orizzontale anche alle disposizioni sulla libera circolazione. Per Marengo le norme sulla concorrenza consentivano di arginare, da sole, le condotte dei privati lesive degli equilibri di funzionamento del mercato comune, Pescatore, invece, ravvisava una riferibilità delle regole sulla libera circolazione anche ai privati per rafforzare il consolidamento del mercato unico. Per un’analisi dello scambio di opinioni, si rimanda ai contributi di G. MARENCO, “Competition between National Economies and Competition between Businesses - a Response to Judge Pescatore”, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 10, (1987), pp. 420 e s., nonché P. PESCATORE, “Public and Private Aspects of European Community Law”, in *Fordham International Law Journal*, Vol. 10, (1987), pp. 373 e ss.

sarebbero ridotti è centrale per la realizzazione di un effettivo commercio intracomunitario. Se le società potessero attingere soltanto alle risorse produttive disponibili in uno specifico Stato o regione, si ostacolerebbe lo sviluppo economico di tale regione nonché delle regioni in cui le risorse necessarie sono più vantaggiosamente disponibili. L'esercizio del diritto alla libertà di stabilimento è pertanto funzionale all'accrescimento del benessere economico di tutti gli Stati membri", ma precisa che: "Tuttavia, mentre il diritto alla libertà di stabilimento produce complessivi vantaggi, esso comporta spesso anche conseguenze penose, in particolare per i lavoratori di società che hanno deciso di trasferirsi all'estero. Inevitabilmente, la realizzazione dello sviluppo economico attraverso il commercio intracomunitario comporta il rischio, per i lavoratori in tutta la Comunità, di dover subire modifiche nelle condizioni di lavoro o anche la perdita del proprio impiego. Tale rischio, che si è concretizzato per l'equipaggio del Rosella, è precisamente ciò che ha fatto scattare le azioni della FSU e della ITF".

Ciò significa che l'Europa che persegue il consolidamento del mercato unico, attraverso la libera circolazione dei fattori produttivi, non dovrebbe mai ritorcersi contro i lavoratori di quelle imprese che intendano stabilirsi in altri Stati. Nelle conclusioni redatte dall'Avvocato Generale, le azioni collettive intraprese dai sindacati sono considerate una restrizione alla libertà di stabilimento riconducibile nell'alveo dell'art. 49 del TFUE che viene munito di effetti orizzontali tali da renderlo applicabile nei confronti delle controversie tra sindacati e imprese, vagliabili da parte del giudice nazionale<sup>145</sup>. Le azioni collettive sono state ritenute legittime nella misura in cui si dimostrano proporzionate allo scopo perseguito, non siano discriminatorie e non abbiano l'effetto di compartimentare il mercato del lavoro e di tutelare i lavoratori di uno Stato membro a scapito di quelli residenti in altro Stato membro.

L'ordine economico europeo è, infatti, ritenuto fondato su di un contratto sociale che sa compendiare la ricchezza crescente, assicurata da un mercato in espansione, con una maggiore sicurezza e stabilità sociale dei cittadini e dei lavoratori che operano al suo interno, fornendo loro un supporto economico atto a mitigare i meccanismi negativi e le difficoltà messi in atto dal mercato. In tal modo, gli obiettivi di realizzazione di un corretto funzionamento del mercato unico e quelli di garanzia di sempre più elevati livelli di protezione sociale dovrebbero camminare di pari passo secondo un intreccio di intenti attualmente ineludibile.

---

<sup>145</sup> Sulla distinzione tra effetti orizzontali diretti ed effetti orizzontali indiretti, ossia mediati dall'intervento dell'autorità giudiziaria o pubblica in generale, che munisce i diritti costituzionali di forza normativa, si rimanda al contributo di M. SHAPIRO, A. STONE SWEET, "On Law, Politics & Judicialization", Oxford, 2002, p. 35, nonché di C. SUNSTEIN, "State Action is Always Present", in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 3, (2002), p. 452, di R. ALEXY, *A theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002, p. 363, di M. TUSHNET, "The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law", in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, n. 1 (2003), pp. 79 e ss. e di M. KUMM, "Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law", in *German Law Journal*, Vol. 7, n. 4 (2006), pp. 341 e ss.

In armonia con tali articolate conclusioni, la Corte ha accolto le ricostruzioni ermeneutiche dell'Avvocato Generale ed ha incluso le azioni collettive esperite dai sindacati nel novero dell'art. 49 del Trattato, il quale fa sorgere in capo all'impresa diritti opponibili nei confronti delle organizzazioni sindacali. La Corte ha sostenuto che, in linea generale, tali azioni collettive, imponendo la stipula di contratti collettivi di lavoro solo con i sindacati di uno Stato membro a scapito di altri, ledono e restringono la libertà di stabilimento dell'impresa, pur tuttavia possono essere giustificate “*da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori*”, che sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo legittimo perseguito ed accertato e che non ecceda tale fine<sup>146</sup>.

Sorge naturale a questo punto sollevare un interrogativo posto da Coppel e O'Neill, all'inizio degli anni '90, ossia se sia possibile “*to take the Rights seriously*”, parafrasando una celebre opera di Ronald Dworkin, nel contesto dell'Unione Europea<sup>147</sup>. Il rimando che il novellato art. 2 del Trattato UE opera nei riguardi del rispetto della dignità umana, della libertà, dell'eguaglianza e dello stato di diritto, così come l'eliminazione delle diseguaglianze tra uomo e donna (art. 3, comma 3, TUE novellato dal Trattato di Lisbona), oltre al rimando alle tradizioni costituzionali comuni e alla CEDU (art. 6, commi 2 e 3, Trattato UE), pongono al centro del sistema l'individuo in una dimensione che trascende la sfera dell'*homo oeconomicus*<sup>148</sup>. Costituisce una circostanza consolidata quella secondo la quale le Comunità siano state erette sulle fondamenta di quelle libertà economiche (libertà di circolazione, di prestazione dei servizi, di concorrenza e di stabilimento) che si incardinavano nel tessuto di un mercato aperto e concorrenziale e la cui garanzia era funzionale alla realizzazione ed al funzionamento del medesimo.

---

<sup>146</sup> Come rileva Martinico, la Corte di Giustizia avrebbe, in tale caso, e in quello pregresso *Schmidberger*, istituito due categorie di diritti, quelli assoluti e quelli la cui garanzia dovrebbe essere valutata caso per caso, cercando di comprendere, nel raffronto tra il mezzo apprestato e il fine perseguito, la ragionevolezza del limite imposto. L'argomentare della Corte è pervaso da un modello procedurale e selettivo di soluzione dei conflitti. Sul punto, G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2008, p. 214. Si esprime criticamente, sul punto, anche Donata Gottardi la quale ritiene che, a partire dalla sentenza *Albany* si sia presa una china pericolosa, secondo la quale il bilanciamento con le libertà economiche ha indotto a valutare le finalità dell'azione collettiva in aperta violazione con i principi dell'ordinamento sindacale, confondendo il piano dell'azione collettiva con quello del contratto collettivo, il conflitto con il contratto e funzionalizzando il diritto di sciopero alla tutela degli interessi oggetto della contrattazione. Sul punto, D. GOTTARDI, “Diritti sociali dalla prospettiva del Parlamento europeo: alcune sfaccettature”, in AA.VV. (a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, v. Piccone) *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma, 2009, pp. 332 e s. Occorre ribadire che nelle conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale Maduro, nel caso *Viking Lines*, viene precisato che sarà compito del giudice nazionale valutare la conformità di tale azione collettiva con l'ordinamento interno.

<sup>147</sup> In particolare, V.J. COPPELL, A. O'NEILL, “The European Court of Justice: Taking Rights seriously?”, in *Common Market Law Review*, (1992), pp. 669 e ss.

<sup>148</sup> Come rileva Ridola, l'ampliamento delle competenze della Comunità, a seguito del Trattato di Maastricht, nei settori dell'ambiente, della cultura, dell'istruzione, della politica dell'occupazione e della tutela dei consumatori, ha conferito un nuovo volto alla cittadinanza europea che, seppur non sia ancora un contenitore di diritti, ne è sicuramente la fonte. Basti pensare alla libertà di circolazione, di soggiorno, al diritto di elettorato attivo e passivo, alla tutela diplomatica e consolare, al diritto di petizione e la formazione di partiti politici a livello europeo, come fattori di creazione di una coscienza europea, che assumono di straordinario rilievo. Sul punto, P. RIDOLA, “Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»”, in *Quaderni Costituzionali*, a. XX, No, 1 (2000), pp. 17 e ss.

Le disposizioni comunitarie si riferivano agli Stati membri, imponendo loro di astenersi dall'adottare misure variamente discriminatorie e protezionistiche, ma anche di eliminarle, nel caso in cui impedivano la fisiologica dinamica degli scambi commerciali, ledendo la libertà di commercio dei singoli operatori economici ed elidendo le potenzialità di espressione e di manifestazione della libera iniziativa economica. Non solo gli ostacoli frapposti al commercio intracomunitario celavano il rischio di compartimentare i mercati, isolandone taluni a favore di altri e creando divari di sviluppo economico tra gli Stati. Anche la normativa sulla concorrenza era destinata a tale scopo, era munita però di effetti orizzontali immediati nei confronti dei privati e perseguiva l'obiettivo di garantire la presenza di una base pluralistica in seno al mercato e la diffusione di differenziate *chances* di esercizio dell'iniziativa imprenditoriale.

Il graduale allargamento dell'Unione ed i mutati equilibri disegnati dall'Atto Unico Europeo sino al Trattato di Amsterdam e al recentissimo Trattato di Lisbona, hanno ampliato le competenze comunitarie, ma hanno anche accresciuto gli obiettivi che l'Europa deve perseguire. Il paradigma del mercato si è innovato. Le libertà di circolazione non riguardano meramente le merci, ma sono state rafforzate anche quelle inerenti le persone, i servizi ed i capitali. Il mercato è divenuto così un groviglio di diritti, di libertà e di interessi contrastanti e non sempre muniti di valore economico. La scelta della decisione *Viking Lines* non è casuale e riflette le tensioni che si innervano nel mercato interno, in cui il ruolo della Corte di Giustizia è ancora una volta fondamentale per dare voce ai diritti e per sciogliere la matassa.

La regola del *balancing* tra libertà economiche e diritti sociali, o come nel caso *Schimidberger*, tra libertà di circolazione delle merci e libertà di associazione e di espressione, dovrebbe consentire un accrescimento del novero dei diritti fondamentali da proteggere e far sì che i medesimi non debbano essere intesi come termini antinomici o come situazioni 'diversamente tutelabili' in ragione dell'acquisita absolutezza degli uni e della eventuale relatività degli altri, bensì come diritti fondamentali muniti di eguale dignità, elidendo il rischio di scrutini differenziati che hanno tipizzato l'esperienza statunitense. L'Avvocato Generale Maduro precisa che né la libertà di circolazione, né il diritto di associazione e quello di sciopero sono assoluti. Il tentativo di rinvenire un punto di equilibrio tra differenti diritti e libertà, spinge a considerare, oggi, il mercato come un *locus* i cui confini trascendono la sfera economica e lo dotano di una intrinseca attitudine espansiva e pervasiva dell'ordine sociale<sup>149</sup>. Il mercato si libera così dai retaggi liberali che lo vedevano incentrato sulla centralità dell'iniziativa del singolo, intollerante verso forme di interventismo

---

<sup>149</sup> Basti pensare al pensiero di Hayek che reputa il mercato il luogo in cui le energie individuali possano essere compendiate e catalizzate. Il rimando al pensiero di Hayek è condotto da P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*,...cit., p. 35. Lo stesso autore evidenzia come la giurisprudenza comunitaria sui diritti fondamentali da difensiva, come nel caso *Cinéthèque* del 1985, sia diventata aggressiva, come nel caso *Schimidberger* del 2003, *ibid.*, p. 24.



pubblico e diviene luogo di associazione e di cooperazione. L'obiettivo della coesione economica e sociale denota la necessaria convergenza dell'iniziativa imprenditoriale con i diritti dei lavoratori, delle ragioni del libero commercio con quelle di protezione della salute dei consumatori, cui si associano la libertà di prestazione dei servizi, di concorrenza e la libera circolazione dei capitali. Il paradigma dell'*homo oeconomicus* si infrange nella recuperata centralità del valore della persona e nella "umanizzazione" del diritto del mercato comune che cerca un punto di equilibrio tra diritti di differenti generazioni e tra criteri dell'integrazione e principi della coesione sociale<sup>150</sup>. Non solo, il paradigma dell'*homo oeconomicus* si rifrange in due creature distinte, acquisendo forme ora pubbliche, ora private del tutto innovate rispetto ai modelli delle origini<sup>151</sup>.

Non costituisce una circostanza trascurabile il fatto che l'art. 3 del TUE (già art. 2 TUE), richiami tra i principi-obiettivo, l'instaurazione di un mercato unico e lo sviluppo di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva in cui siano valorizzati i diritti fondamentali, la solidarietà e gli aspetti egualitari. In verità, i principi di un'economia sociale di mercato non sono estranei alla tradizione giuridica europea che si è, più volte, ispirata all'insegnamento dei teorici della Scuola degli Ordo-liberali di Friburgo in cui si compendiano il liberalismo classico con elementi sociali e di regolazione pubblica. Il trittico di concetti "economia sociale di mercato" imprime un carattere

---

<sup>150</sup> Sul punto, si rimanda all'analisi di V. PICCONE, "L'«internazionalizzazione» dei diritti umani", in AA.VV.(a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone) *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma, 2009, p. 37., che ritiene il fenomeno dell'umanizzazione del mercato correlato alla "comunitarizzazione" del diritto interno. Di rilievo sono anche le riflessioni di Maduro che propone tre modelli di relazione tra il progetto di costituzionalizzazione del processo di integrazione europea e i valori sociali. Si tratta dell'*Economic freedom and social non-discrimination: constitutionalizing private autonomy*, nella cornice dell'integrazione negativa; del *Protecting social model of the member States* ed, infine, del *Social Model of the European Union*. In particolare, M.P. MADURO, "European Constitutionalism and the Three Models of Social Europe", in *The Politics of a European Civil Code* (edited by M.W. Hesselink, Kluwer Law International, 2006, pp. 127 e ss.

<sup>151</sup> È quanto rileva efficacemente Maduro quando afferma che la classica interpretazione degli artt. 101 e 106 del TFUE, ha indotto a ritenerli unicamente applicabili ai privati ed, in particolare, alle imprese. Ma la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha ritenuto imputabile di condotte anticoncorrenziali anche gli Stati, soggetti pubblici. Nella sentenza AOK, C-264/01, del 16 marzo 2004, il Giudice comunitario ha fornito una nozione di imprenditore, ricomprendendovi tutti le entità ed i soggetti che esercitano un'attività economica, indipendentemente dal loro statuto giuridico o dalle modalità di finanziamento. Il fatto che molti soggetti pubblici continuino ad operare sul mercato nella veste di entità societarie privatizzate, all'interno delle quali detengono una quota del realtivo capitale, le sottopone alle regole comunitarie sulla concorrenza. Basti rammentare anche la copiosa giurisprudenza comunitaria sul modello gestionale dell'*in house providing* che consente l'affidamento diretto, in deroga alle norme sulla libera concorrenza, della gestione e della erogazione dei servizi pubblici a favore di società che rispondono ai requisiti fissati dalla Corte di Giustizia (controllo analogo, partecipazione pubblica totalitaria e attività prevalente). In caso contrario, l'ente pubblico è tenuto ad indire una previa gara, mediante procedura ad evidenza pubblica, altrimenti si paleserebbe una violazione del diritto comunitario della concorrenza. Come osserva Maduro, qualora lo Stato decida di intraprendere un'attività di rilievo economico in seno al mercato, dovrà rispettare le relative norme sulla concorrenza, parimenti, ai soggetti privati. Sul punto, in particolare, M.P. MADURO, «L'Etat-Cameleon, Forme Publique et Privee de l'Homo Economicus, in Melanges en l'Honneur de Philippe Leger, "Le Droit a la Mesure de l'Homme", (edit. A. Pedone), Paris, 2006, pp. 79 e ss. Sul punto, si era espresso anche Giuliano Amato, sottolineando la graduale erosione del principio di neutralità rispetto alla proprietà pubblica o privata delle imprese, ma la liberalizzazione di interi settori del mercato e l'integrazione del mercato unico hanno reso intollerabile una esenzione dei soggetti pubblici, esercenti attività imprenditoriale o di interesse economico, dalla disciplina comunitaria sulla concorrenza. In particolare, si rimanda al contributo di G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato ...cit.*, p. 86.

più netto alla Costituzione economica europea ed istituisce un rapporto di complementarità, piuttosto che di contrapposizione tra il principio di solidarietà e quello di libera concorrenza<sup>152</sup>.

In tal senso può dirsi effettiva la dimensione pluralistica del mercato e dell'Unione Europea in cui si agitano *multiple demois*<sup>153</sup>, lasciando emergere l'esigenza di ampliare la tutela dei diritti fondamentali (in particolare non economici). A tal fine, l'art. 6 del TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, riconosce i diritti, le libertà ed i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, conferendole lo stesso valore giuridico dei Trattati e rendendo visibili diritti che, comunque, già esistevano. Ciò costituisce un significativo momento di svolta nelle modalità di tutela dei diritti fondamentali nella cornice europea, dalle rilevanti conseguenze. Indubbiamente, l'imminente entrata in vigore del Trattato di Lisbona segnerà un nuovo *step* nel processo di integrazione europea, che si colloca dopo una fase di *impasse* e consentirà di ripensare in un'ottica rinnovata, più egalitaria e maggiormente plurale (almeno lo si auspica) l'Unione, il mercato e la società in Europa<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Come rammenta Maduro, "*The ordo-liberal aim is the creation of a free market, liberal economy, protected through constitutional principles*" ed era stata fonte di ispirazione delle disposizioni sulla libera circolazione e della "*European Economic Constitution*". Sul punto, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice ...cit.*, pp. 126 e s. Occorre, poi, sottolineare che le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona al Trattato UE evidenziano una rilevante *consecutio* tra il concetto di economia fortemente competitiva, che presuppone un ordine economico efficiente, dinamico ed aperto, e quello di progresso sociale, di piena occupazione, di lotta all'esclusione sociale e alla discriminazione tra i sessi. Si tratta di obiettivi sussumibili nel principio della coesione economica, sociale e territoriale. Il rinnovato quadro dei principi-obiettivi su cui poggia l'Unione cammina, di pari passo, con un riformulato assetto delle attribuzioni che annovera tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione Europea, l'unione doganale, la determinazione delle regole sulla concorrenza e la politica monetaria (art. 3 TFUE), mentre include tra le materie di competenza concorrente il mercato interno, la politica sociale, la coesione economica e sociale e la protezione dei consumatori (art. 4 TFUE). L'art. 5 TFUE ascrive al Consiglio il compito di stabilire gli indirizzi di massima delle politiche economiche nazionali e attribuisce al complesso delle istituzioni europee il coordinamento delle politiche occupazionali. I singoli Stati conservano il diritto di definire le proprie politiche economiche ed occupazionali. Sul punto, si rimanda al contributo di P. DE PASQUALE, "Libera concorrenza ed economia sociale di mercato nel Trattato di Lisbona", in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Vol. I, 2009, p. 89.

<sup>153</sup> In particolare, l'espressione *multiple demois* si deve a J.H.H. WEILER, "European Neo-constitutionalism: in Search of Foundations for the European Constitutional Order", in *Political Studies*, Vol. XLIV, 1996, pp. 518 e ss.

<sup>154</sup> Come ha affermato Lucia Serena Rossi, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il § 3 dell'art. 6 del TUE è destinato ad avere carattere residuale. La Carta dei diritti risponde ad un fine giuridico, costituito dall'implementazione della tutela giurisdizionale, stante la sua funzione riepilogativa ed esplicativa di diritti già esistenti e più facilmente invocabili innanzi ai giudici; e risponde, altresì, al fine politico di rappresentare una sorta di *Bill of Rights* in cui si coagula un comune senso di identità. Sul punto, L.S. ROSSI, "Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE", in AA.VV. (a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, v. Piccone) *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma, 2009, pp. 77 e ss. Vi è dottrina, poi, che esclude possibili conflitti applicativi tra la Carta e la CEDU, stante la peculiarità delle rispettive fonti, la loro capacità di avvicinare l'Unione Europea alla Grande Europa, la natura essenzialmente principiologica dei diritti espressi nella CEDU in seno all'ordinamento dell'UE e la loro attitudine a fungere da strumento di ausilio del dialogo tra le Corti. In particolare, si rimanda ai contributi di F. TULKENS, "La Corte di Giustizia UE in una fase di crisi del modello sovranazionale", G. TESAURO "La Corte di Giustizia e i diritti fondamentali", entrambi in AA.VV. (a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, v. Piccone) *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma, 2009, p. 51 e ss. e 55 e ss.

## **PARTE TERZA**

**IL *FEDERALIZING PROCESS* TRA DINAMISMO ED EVOLUZIONISMO NEGLI STATI UNITI E  
NELL'UNIONE EUROPEA.**

## CAPITOLO VII

### LE ESPERIENZE STATUNITENSE ED EUROPEA TRA DINAMISMO ED ORIGINALITÀ

SOMMARIO: 7.1. Ragioni e metodi della comparazione; - 7.2. Stati Uniti d'America ed Unione Europea: peculiarità di due modelli *sui generis* nella cornice del mercato unico; - 7.3. L'integrazione negativa e il dilemma liberale, negli Stati Uniti ... 7.4. ... e nelle Comunità Europee; - 7.5. Dinamiche evolutive e consolidamento del mercato unico negli Stati Uniti e nell'Unione Europea; - 7.2.1. Analogie e differenze nel raffronto casistico delle due esperienze; - 7.4. Il camaleonte, la crisalide e i loro destini: riflessioni conclusive.

#### *7.1. Ragioni e metodi della comparazione*

Alla fine di un lungo cammino è spontaneo voltarsi indietro per tentare di capire quanta e quale strada sia stata percorsa e per comprendere quale sia la meta finale da raggiungere.

Nel momento in cui si sceglie di compiere un'analisi di diritto comparato occorre sempre valutare le ragioni dell'indagine, gli obiettivi da perseguire e il metodo da seguire. Quest'ultimo costituisce una logica premessa che guida l'indagine speculativa al fine di correggerne deviazioni e ridondanze che potrebbero affliggere chi compie uno studio comparato. In tal modo il metodo diviene mezzo che serve *“a guidare e perfezionare la ragione nella scoperta della verità”*<sup>1</sup>.

Il metodo diviene guida che indirizza il momento del dubbio verso la scoperta della certezza, attraverso il supporto dell'analisi cui deve fare seguito quello della sintesi. In un certo senso la trattazione sinora condotta, stante la sua natura tripartita, tenta di coniugare questi imprescindibili momenti teoretici e lo fa, ponendo i termini del raffronto in posizione di tesi e di antitesi, cui deve seguire il momento attuale e necessario della sintesi, sospeso nella ricerca degli elementi di analogia e di diversità presenti tra le esperienze comparate. In tale sede sarà omessa la valutazione sulla natura del diritto comparato e se esso sia un metodo o, piuttosto, abbia un metodo di indagine in qualità di scienza autonoma, aderendo a quella corrente di pensiero che lo definisce un modo d'essere della conoscenza giuridica che si avvale del metodo della comparazione al fine di ricercare

---

<sup>1</sup> La considerazione è operata da René Descartes nella sua celebre opera “Discorso sul metodo” pubblicata a Leida, in Olanda, nel 1637. Il filosofo fissò le quattro regole del metodo cartesiano e le identificò con la necessità di non accogliere mai nulla per vero se non fosse stato conosciuto tale con evidenza, al fine di ricomprendere nei giudizi tutto ciò che si presentava “chiaramente e distintamente” all'intelligenza, in modo da escludere ogni possibilità di dubbio; con l'importanza di suddividere il problema in tante parti minori, quante fossero necessarie per risolverlo; con il condurre, con ordine, i pensieri, “cominciando dagli oggetti più semplici e più facili a conoscere” per giungere sino alla conoscenza di quelli più complessi, secondo un ordine del ragionare ed, infine, con la necessità di compiere “enumerazioni complete e generali per essere sicuro di non aver omesso nulla”. Sul punto, R. DESCARTES, *Discorso sul metodo*, (edizione italiana a cura di Armando Carlini), Bari, 1977, pp. 61 e ss.

gli elementi di analogia e di diversità intercorrenti tra esperienze giuridiche difformi sotto un profilo spazio-temporale<sup>2</sup>.

In tal caso, la scelta dei formanti è stata forse un po' ardita, ma riflette l'intento di condurre una macro-comparazione tra modelli apparentemente inavvicinabili, ma muniti di punti di contatto di notevole interesse. Ciò non significa che non sussistano gli elementi di diversità, anzi le divergenze e le distonie tra i due sistemi saranno acclarati nel corso della trattazione e costituiranno un valido fondamento per argomentare l'originalità dei fenomeni giuridici raffrontati.

La scelta dei formanti è ricaduta su due Continenti separati da un Oceano, gli Stati Uniti d'America e l'Europa ed è motivata dalla volontà di condurre una disamina del sistema giuridico statunitense, confrontandolo con quello dell'Unione Europea, al fine di comprendere se sia possibile o meno assimilarli. Il fatto che l'esperienza statunitense sia stata analizzata prima di quella europea e che, apparentemente la rende termine noto della comparazione, è dovuta all'antiorità storica del sistema giuridico statunitense che ha avuto la possibilità di sperimentare soluzioni istituzionali e costituzionali e di consolidarle, beneficiando di circa due secoli in più di storia rispetto alla più giovane Unione Europea.

Ciò non esime dal dover considerare preliminarmente che il Continente Europeo ha una storia molto più vetusta di quello del "Nuovo Mondo", una storia fatta dell'incontro e dello scontro di civiltà, di culture e di popoli che si sono succeduti nel corso dei secoli, lasciando tracce mirabili di progresso, ma anche profonde ferite sul suo volto. Non è un dato casuale la scelta del Mito d'Europa e il richiamo al pensiero di Federico Chabod per intraprendere la trattazione dell'esperienza europea rispetto a quella statunitense, inaugurata con le celebri frasi della Dichiarazione d'Indipendenza del 4 luglio 1776. Questo perché nel mito e nella storia emerge il percorso dialettico di un'idea di unità dei popoli europei che è antica, ma ancora non consolidata; differentemente dagli Stati Uniti in cui la Dichiarazione d'Indipendenza costituisce uno spartiacque che separò il Nuovo Mondo dalle dipendenze del Vecchio Mondo, incarnato dalla Madre Patria, che permise di coagulare i differenti spiriti culturali dei coloni nella realtà del popolo americano, suggellata nella formula "*We The People*" della Costituzione federale del 1789, la quale supererà i limiti e le aporie del fluido ed instabile assetto confederale. Indubbiamente, tale percorso fu facilitato negli Stati Uniti in ragione della natura vergine ed inesplorata di un territorio dominato dalle spartizioni delle Potenze

---

<sup>2</sup> In particolare, G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986, pp. 9 e ss., nonché A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, pp. 146 e ss., G. DE VERGOTTINI, "La comparazione nel diritto costituzionale. Scienza e metodo", in *Diritto e società*, No. 2, (1986), pp. 165 e ss. e G. GORLA, "Diritto comparato e straniero", in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XI, p. 3 Scarciglia, in particolare, individua tre scopi, nell'attività comparativa: il primo è costituito dal considerare la comparazione uno strumento di politica del diritto; il secondo, considera la comparazione come una relazione storica tra ordinamenti ed, il terzo, concerne un'analisi strutturale del diritto al fine di astrarne forme invarianti. Sul punto, R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, 2006, pp. 36 e s.

politiche e mercantili europee e frutto di cessioni e di acquisti impensabili per l'Europa di oggi. È, altresì, vero che negli Stati Uniti il possesso di un bagaglio culturale comune e l'identità della lingua e della storia abbiano contribuito a facilitare questo percorso, diversamente dall'Unione Europea che ha costruito le prime tre Comunità nella cornice di popoli appartenenti a culture, ideologie, lingue e tradizioni radicalmente diverse e sulla base di un accordo tra Stati con consolidate e differenziate tradizioni giuridiche e politiche<sup>3</sup>. Indubbiamente, negli Stati Uniti, la Guerra di Secessione ha costituito un momento di forte contrasto interno in grado di mettere in dubbio il cuore del compromesso costituzionale raggiunto nel 1789, sorretto da un groviglio di interessi economici, giuridici e politici contrastanti, ma ricomposti, con la violenza e la forza tipiche di una guerra civile, nei *Reconstructed Amendments* del periodo post-bellico<sup>4</sup>.

Questo significa che l'Unione federale statunitense è sorta su di un terreno più uniforme, mentre quella dell'Unione Europea si è sviluppata su di un terreno multiforme, in cui l'opera di *reductio ad unitatem* (intesa quale condivisione di valori comuni) risulta oltremodo più complessa, ma non per questo impossibile. Sulla scorta di simile premesse, sembra opportuno condividere quella dottrina che invita ad essere consapevoli dei condizionamenti culturali e del “*posizionamento relativistico a livello di costruzione gnoseologica*” delle singole esperienze raffrontate, al fine di non cadere facile preda degli accostamenti e delle analogie dettate da analisi o traduzioni superficiali o da trasposizioni imprecise ed inesatte<sup>5</sup>. Ecco perché ai fini della presente trattazione, occorre tenere in debita considerazione le peculiarità intrinseche dei modelli raffrontati cui non sono più, del resto, neppure predicabili interamente le classiche distinzioni date dalle famiglie di *Common Law* e di *Civil Law*, per svariate ragioni<sup>6</sup>. Innanzitutto, l'esperienza statunitense, seppur sedimentata nella tradizione di *common law*, considerata il risultato dell'interpretazione giudiziaria della fonte consuetudinaria, se ne è gradualmente discostata, basti pensare in ambito civilistico ai *Restatements* della *common law* liberalizzata e all'approvazione nel 1952, per iniziativa congiunta dei singoli

---

<sup>3</sup> In molti casi, il radicamento di ciascuno Stato europeo al substrato di valori culturali, politici, giuridici ed economici viene ricondotta dalla dottrina del modello del “*Westphalian State*”, geloso delle sue prerogative sovrane.

<sup>4</sup> Fu in quella occasione che emerse, in modo drammatico, il conflitto tra due diverse concezioni della Costituzione-Patto e della Costituzione-Atto, ricomposto nell'approvazione dei *Reconstructed Amendments*, in particolare del XIV emendamento, che fungerà da criterio di giudizio della Corte Suprema nel periodo del liberalismo maturo. Sul punto, si rimanda ai rilevanti contributi di G. DE VERGOTTINI, “Stato Federale”, voce in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLII, Milano 1990, p. 836, di G. BUTTÀ, *Democrazia e federalismo: John C. Calhoun*, Messina, 1995, di G. LOMBARDI, *Lo Stato federale. Profili di diritto comparato*, Torino, 1987, pp. 64 e ss., e G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Vol. 1, Torino, 1998, pp. 111 e ss. e per la dottrina americana si rimanda ai contributi di A.R. AMAR, *America's Constitution. A Biography*, New York, 2005, pp. 351, di J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs and Tragedies at the Founding of the Republic*, New York, 2007, pp. 207 e ss. e di C.J. FRIEDRICK, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Bologna, 2002, pp. 300 e ss., in particolare, sul pensiero di Calhoun.

<sup>5</sup> In particolare, L. PEGORARO, *Comparazione giuridica e uso “esterno” delle scienze diverse*, Relazione al seminario svoltosi presso l'Università della Calabria, aprile 2009, p. 4.

<sup>6</sup> Gorla parla della necessità di operare un “*revisiting*” delle linee di confine che delimitano le peculiarità dei singoli modelli e delle singole famiglie di formanti. Sul punto, G. GORLA, *Diritto comparato e straniero ...cit.*, p. 11.

Stati e dell'*American Bar Association*, dello *Uniform Commercial Code*, in materia di uniformazione, per mezzo di un codice di diritto scritto, delle fattispecie contrattuali ad effetti reali<sup>7</sup>. Ciò non significa che l'attenzione per il precedente, sorretta dal principio dello *stare decisis* sia venuta meno, ma che sia stata affiancata da un ruolo peculiare assunto dallo *statute law* di derivazione parlamentare e da tentativi di codificazione ratificati dalle singole entità decentrate. Differentemente, l'Unione Europea offre all'interprete un quadro ordinamentale composito che ha acquisito, nel corso degli anni, un notevole rilievo, tale da alimentare la creazione di una apposita branca del diritto che si è resa autonoma dai retaggi degli studi internazionalistici e pubblicistici interni.

In tal modo, il consolidamento degli studi del diritto comunitario e lo scorrere lento, ma inesorabile, del processo di integrazione europea hanno condotto alla nascita di un formante munito di una scientificità autonoma e peculiare che, non solo ha consentito una migliore comprensione della struttura degli ordinamenti interni dei singoli Stati ad esso appartenenti, ma nello stesso tempo lo ha reso valido ed utile termine di raffronto con esperienze maturate in altri Paesi. Come rileva efficacemente Pegoraro, mentre lo studio delle istituzioni europee è proprio dei cultori del diritto comunitario, la classificazione del sistema e la riconducibilità dell'ordinamento ad una tipologia o ad un'altra, "*necessita dell'apporto della comparazione giacché risulta indispensabile il raffronto con fenomeni consimili registrati nel passato, come quelli che hanno condotto alla nascita degli Stati Uniti d'America o, più di recente, alla CSI, al NAFTA, al Mercosur e alla Comunità andina*"<sup>8</sup>. L'intento di comparare l'Unione Europea con gli Stati Uniti risponde a questo scopo, cogliere elementi di analogia e di diversità per meglio comprendere la natura e le caratteristiche attuali di un ordinamento, quale quello europeo, che si presenta, come vedremo, oltremodo originale. Degno di

---

<sup>7</sup> Come rileva Gorla, si è trattato di uno strumento per rinvenire la *magis communis opinio*, fra i diritti dei vari Stati degli USA. Sul punto, G. GORLA, *Diritto comparato e straniero ...cit.*, p. 8 e A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati, ...cit.*, pp. 78 e s. L'aggettivo '*commercial*' non deve trarre in inganno, visto che è vero che il Congresso statunitense ha il potere di regolare il commercio tra Stati, ma ciò non significa che abbia l'autorità di disciplinare le singole fattispecie contrattuali che formalizzano le distribuzioni e gli scambi di beni. Piuttosto, l'intento dei *Framers* era quello di garantire, attraverso la Costituzione, la protezione della libertà di contratto e di commercio dei singoli. Inoltre, la disciplina dei rapporti interprivati è stata sempre attratta nella sfera di controllo della legislazione statale che concerne il diritto civile. Il Codice Commerciale Uniforme riflette, quindi, la volontà dei singoli Stati di porre fine ad una situazione di incertezza giuridica dovuta alla compresenza di normative civilistiche differenziate che ostacolavano o rallentavano gli scambi e le modalità di risoluzione di eventuali controversie tra privati residenti in Stati diversi, in linea con l'intento che mosse le prime codificazioni del diritto civile, nel territorio europeo-continentale. Gorla ne richiama le similitudini con i principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali. L'Istituto Internazionale per l'unificazione del diritto privato è stato istituito nel 1926, sul modello dei *Restatements of the Law of Contracts*, promossi negli anni Venti, negli Stati Uniti, dall'*American Law Institute*. In particolare, G. GORLA, *Diritto comparato e straniero ...cit.*, p. 7 e s. e, per una disamina analitica, F. SBORDONE, *Contratti Internazionali e Lex Mercatoria*, Napoli, 2008, pp. 70 e ss.

<sup>8</sup> In particolare, L. PEGORARO, *Comparazione giuridica e uso "esterno" delle scienze diverse*, relazione al seminario svoltosi presso l'Università della Calabria, aprile 2009, p. 26. L'autore rammenta il pensiero di Antonio La Pergola, considerato il giurista che ha fornito la definizione più convincente sulla natura giuridica della Comunità e, poi, dell'Unione. Di ampio respiro è l'analisi che viene condotta da L. PEGORARO, A. REPOSO (a cura di), *Lecture introduttive al Diritto pubblico italiano e comparato*, Padova, 1995, p. 227, in merito a siffatto argomento.

nota è il fatto che l'edificio comunitario sia sorto e si sia consolidato sulla superficie di Stati aventi una differenziata tradizione giuridica, taluni a *civil law*, altri a *common law* e altri ancora a *soviet law*, con inevitabili ricadute sul processo di sedimentazione della cultura giuridica europea. Dal canto suo, l'Unione Europea ha sempre mostrato una notevole deferenza nei confronti del Giudice comunitario, riconoscendo un alto valore giuridico oltre che vincolante alle pronunce emesse dalla Corte di Giustizia, interprete puro dei Trattati cui si deve la fissazione, in via pretoria, dei principi fondamentali che reggono, ancora oggi, l'Unione. L'attenzione al precedente è tipica dell'ossequio maturato nei Paesi della tradizione di *common law*. Questo fa sì che nella cornice dell'ordinamento europeo coesistano differenti anime giuridiche, così come accade negli Stati Uniti in cui lo Stato della Louisiana, a lungo soggetta alla dominazione francese e quello di Portorico, hanno un ordinamento giuridico di *civil law*<sup>9</sup>.

Siffatti richiami hanno lo scopo di evidenziare come sia difficile utilizzare le categorie giuridiche classiche, in modo rigido ed astratto. Le ibridazioni all'interno dei modelli riflettono la tendenza a sperimentare soluzioni giuridiche sempre nuove e sempre più rispondenti alle dinamiche evolutive di una società, in costante divenire ed inserita in uno spazio globale. Ciò deve esimere dallo smantellare i criteri di ripartizione e di analisi propri del diritto comparato, ma deve indurre a ritenerli elementi malleabili dalle logiche dell'esperienza concreta maturata nei singoli contesti spazio-temporali di riferimento, che ne elide il carattere di termini antinomici di una indagine giuridica. L'ibridazione può certo ingenerare dubbi ed incertezze, ma non è forse il dubbio l'elemento che alimenta la metodologia (cartesiana) che tende a mettere in discussione dogmi consolidati per lasciare emergere nuove realtà e diversi universi giuridici? Ciò spinge il giurista a mettere in gioco quelle certezze che si sono costruite attorno ai concetti di sovranità, di Stato, di modalità organizzative degli ordinamenti, di equilibri e dinamiche relazionali tra poteri nella cornice dei processi federali o pseudo tali che consente ai sistemi di convergere (ma anche di divergere) e alle categorie classiche del pensare giuridico di rinnovarsi<sup>10</sup>.

Sulla scorta di siffatte premesse metodologiche è possibile asserire che i formanti raffrontati, Stati Uniti ed Unione Europea, costituiscono due modelli peculiari delle loro epoche, che non saranno considerati termini di una comparazione secondo criteri di indagine statici, bensì quali soggetti

---

<sup>9</sup> L'esempio è predicabile per il Québec, in Canada, e per la Scozia, in Gran Bretagna. Sul punto, A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati ...cit.*, p.75.

<sup>10</sup> In particolare, L. PEGORARO, *Comparazione giuridica e uso "esterno" delle scienze diverse*, relazione al seminario svoltosi presso l'Università della Calabria, aprile 2009, p. 27, nonché A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati ...cit.*, p. 79, il quale rileva che la distinzione tra *civil law* e *common law* ha grande rilievo nel diritto privato, ma presenta una influenza assai minore per il diritto costituzionale, in ragione degli scambi di influenze fra le due aree, spesso, assai strette. Pizzorusso evidenzia, invece, come l'influenza è tutt'altro che trascurabile, invece, nel campo del diritto amministrativo, *ibid.*, p. 79.



calati in due differenti processi di trasformazione e di evoluzione<sup>11</sup>. Nel primo caso, il *federalizing process* statunitense e, nel secondo caso, il processo di integrazione europea intesi quali percorsi inesorabili di ripensamento e cambiamento degli equilibri tra poteri, dei rapporti tra autorità e libertà e tra Stato e società. Indubbiamente, era necessario cogliere un filo conduttore che consentisse di leggere le due esperienze ed i rispettivi *'trends and steps'* di evoluzione, attraverso l'ausilio dello strumento normativo che è stato rinvenuto, negli Stati Uniti, nella *Commerce Clause* e, nell'Unione Europea, nelle disposizioni del Trattato di Roma sulla libera circolazione delle merci, privilegiando un metodo di analisi che ha colto nel mercato, il *locus* di applicazione di siffatti istituti e di trasformazione delle dinamiche relazionali tra poteri, attratte nella parabola dei rispettivi processi federativo e di integrazione. Questo ha fatto sì che la fonte normativa non vivesse isolata nel corpo del testo scritto, ma che ritrovasse costante applicazione nelle vicende quotidiane decise dalle Corti, Suprema e di Giustizia, che hanno contribuito a cadenzare i ritmi evolutivi delle stagioni del costituzionalismo statunitense ed europeo.

Nelle sinergie maturate tra fonte normativa e approccio casistico, acclamate dalle ricostruzioni pretorie delle rispettive Corti che, spesso, hanno agito in qualità di *arbiter* nei conflitti tra pubblico potere e libertà privata e tra pubblici poteri medesimi, nella loro differenziazione a livello orizzontale e verticale, è stato possibile rinvenire i momenti di analogia presenti tra le due esperienze e quelli di diversità. Un dato sarà evidente sin da subito, le Corti hanno contribuito a plasmare le modalità organizzative degli ordinamenti e le tendenze dei rispettivi processi evolutivi, dando voce ai diritti e facendo sì che i disposti della Costituzione federale ed i Trattati non fossero mere formule scritte, imprigionate nella storia, ma fossero enunciazioni plasmabili e modellabili in ragione del mutare dei tempi, pur dovendosene rispettare il nucleo più intimo.

Si è inteso aderire ad una nozione di diritto come *living organism* che muta nel tempo e si adatta agli ambienti ed ai climi (politici, giuridici, economici e culturali)<sup>12</sup>. Siffatta nozione è apparsa la meglio rispondente alla comprensione del *federalizing process* e del processo di integrazione europea. In tal senso, il supporto fornito da altre discipline giuridiche e da ulteriori scienze, quali la

---

<sup>11</sup> Come afferma Carrozza, il declino della proposta politica federalista non significa che la comparazione tra l'organizzazione giuridica della CE e, poi, dell'UE con le esperienze federali, *in primis* quella statunitense, non sia possibile, o non abbia alcuna utilità: "È tuttavia in riferimento non tanto all'assetto delle istituzioni politiche comuni quanto alle tecniche di integrazione che tale ordine di studi sembra produrre, in sintonia col ruolo assunto dalla Corte di Giustizia ai fini dello sviluppo del diritto comune europeo, i risultati più interessanti". In particolare, P. CARROZZA, "I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomia", in AA.VV. (a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari) *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2009, p. 783.

<sup>12</sup> Suggestive sono le rivisitazioni del pensiero di Holmes, condotte da Bruce Ackerman, sulle modalità di lettura 'newtoniane' o 'darwiniane' del testo costituzionale statunitense. Sul punto, B. ACKERMAN, "The Living Constitution", in *Harvard Law Review*, Vol. 120, (May 2007), No. 7, pp. 1809 e ss. Si esprime in modo analogo anche Bognetti che giunge a ritenere le costituzioni quali fenomeni normativi che plasmano le condotte collettive. Non sono realtà statiche, bensì organismi viventi, i cui costanti mutamenti, solo in parte, sono dovuti a revisioni formali, previamente disciplinate. Sul punto, G. BOGNETTI, "L'oggetto e il metodo", in AA.VV. ((a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari) *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2009, p. 8.

storia, l'economia, la sociologia, l'antropologia e la politologia, ha costituito un momento di ampliamento del profilo dell'indagine che lo ha arricchito, consentendo una penetrazione più profonda della realtà e delle sue eventuali contraddizioni, pur rimanendo il metodo utilizzato ed il fine perseguito squisitamente giuridico<sup>13</sup>. V'è da dire che l'indagine comparata svolta, rientra nel novero della macro-comparazione, avuto riguardo alla vastità delle due esperienze analizzate, ma l'utilizzo di una specifica 'lente' di indagine per cogliere i differenti *trends* evolutivi dei due modelli confrontati, in modo parallelo ai percorsi di costruzione e di consolidamento dei mercati unici, ne circoscrive l'ambito di studio e di conoscenza<sup>14</sup>. In tal senso, la comparazione giuridica svolta si pone nella cornice di una "*comparative nomogenetics*", secondo le categorie ideate da Wigmore, poiché studia l'evoluzione degli istituti e delle norme in una prospettiva diacronica ed ontologica<sup>15</sup>.

La diversità della cornice spazio-temporale in cui è stato condotto ed è maturato il raffronto tra le due diverse esperienze, rende centrale non solo la considerazione dell'elemento geografico, utile ai fini di una indagine macro-comparata, ma anche la considerazione dell'elemento storico, che arricchisce la prospettiva di indagine diacronica. Nel corso della trattazione si è inteso, del resto, fornire uno scorcio sulla realtà giuridica e politica delle Nazioni europee, in periodi storici anteriori alla costruzione dell'edificio comunitario e direttamente dall'angolo visuale statunitense, al fine di meglio comprendere l'*humus* che ha consentito l'attecchimento del proposito di creazione delle tre Comunità.

In tal senso, la comparazione ha consentito di penetrare, attraverso la conoscenza dei formanti e delle "interconnessioni" che li caratterizzano, profili sia positivi che negativi, punti di convergenza e, come vedremo, elementi di profonda divergenza, ascrivendo allo strumento dell'analisi comparativa un carattere epistemologico che va ben al di là della pura speculazione teoretica.

---

<sup>13</sup> Si è avuto modo di considerare tali fattori meta-giuridici, in qualità di substrati in relazione di causa con le norme e gli istituti giuridici analizzati, da assumere, comunque, con apposita prudenza o *cum grano salis*, ma pur sempre fondamentali per formulare un concetto di sistema giuridico, diverso da quello di ordinamento giuridico, inteso quale complesso di norme giuridiche. In particolare, G. GORLA, *Diritto comparato e straniero* ...cit., p. 3.

<sup>14</sup> Sulle difformità tra macro-comparazione e micro-comparazione, si esprime A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati* ...cit., p. 158.

<sup>15</sup> Il pensiero di Wigmore è richiamato nel contributo di R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato* ...cit., p. 35, il quale riconosce altri due distinti ambiti di applicazione delle funzioni del diritto comparato, rammentando la *Comparative Nomoscopy*, che consiste nella descrizione dei diversi diritti; la *Comparative Nomothetics* che si occupa dello studio dei diversi istituti giuridici presenti negli ordinamenti al fine di introdurre riforme legislative ed, infine, la *Comparative Legal Corporeology*, che studia i fondamenti sociali e politici dei diversi ordinamenti, con attenzione alla loro sussumibilità in gruppi o sistemi giuridici. Occorre, poi, precisare che la dimensione diacronica dell'indagine induce a ritenere il fattore temporale quale dimensione del cambiamento, in base allo schema teoretico della "*developmental comparison*" elaborato da Bartolini, secondo cui "*a matrix of temporal and spatial variance cannot be identified empirically and systematically solely on the basis of the comparison among individual units, but only by reference to the temporal and analytical relationships which exist more generally*". Sul punto, S. BARTOLINI, "On Time and Comparative Research", in *Journal of Theoretical Politics*, Vol. 5(2), (1993), p. 132 e pp. 161 e ss.

Porre le due esperienze allo specchio, ha contribuito a coglierne i pregi e i difetti vicendevoli, ma, soprattutto, ha arricchito chi scrive. Ciò ha consentito di rivolgere un'attenzione critica all'esistente e di coglierne le aporie ed i limiti, in particolare sul versante europeo. A riprova di siffatta visione si colloca l'assunto finale dell'indagine che considera il processo di integrazione un percorso di graduale rivisitazione delle dinamiche relazionali tra differenti centri decisionali, sganciato dai dettami ricostruttivi classici e attualmente non riconducibile, a parere di chi scrive, nel novero delle esperienze federative e dei *federalizing processes* delineatisi su scala globale. Punto di contatto tra le due esperienze raffrontate è, forse, proprio il dinamismo, cadenzato secondo ritmi diversi, ma che in entrambi i casi ha mutato il modo di intendere la nozione di costituzionalismo. Negli Stati Uniti l'attivismo legislativo, nel corso del *New Deal*, e quello giudiziario, negli anni della Corte Warren, hanno rivoluzionato il modo di intendere le discipline dei rapporti economici e di tutelare i diritti e le libertà fondamentali, senza la necessità di dover condurre alcuna formale *emendatio* al testo della Costituzione scritta, realizzata *de facto* in virtù di una migliore interpretazione costituzionale e di una innovativa attività legislativa. In Europa, invece, il processo di integrazione si è evoluto nelle trame di Trattati e non di una Costituzione scritta, ma la giurisprudenza creativa della Corte di Giustizia, il supporto delle riconosciute tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e i valori scaturenti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno dato vita ad un nuova forma di costituzionalismo e ad un rilevante patrimonio costituzionale europeo<sup>16</sup>.

### *7.2. Stati Uniti d'America ed Unione Europea: peculiarità di due modelli sui generis nella cornice del mercato unico*

Nel momento in cui due esperienze maturate in contesti spazio-temporali differenti si pongono allo specchio, ci si chiede quale debbe essere il filo d'Arianna che consenta di percorrere ed uscire dal lungo labirinto che un'analisi di diritto comparato involge.

Sorge naturale chiedersi se i due modelli siano davvero comparabili, al fine di evitare accostamenti del tutto azzardati o fantasiosi. A riguardo è tornato utile rifarsi al pensiero di Altiero Spinelli che nel raffrontare il modello costituzionale 'americano', con i tentativi di unità europea, fornì una prima analisi delle due esperienze e della loro diversità. Nella riflessione di Spinelli il tentativo di unificazione sopranazionale europeo non avrebbe dovuto condurre ad una unificazione totale in uno Stato unitario europeo, destinato a sostituirsi a quelli nazionali esistenti, ma ad una forma di unificazione parziale, conciliata nella "*permanenza delle strutture politiche nazionali ...con la*

---

<sup>16</sup> Rilevante è il contributo di A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

*messa in comune di alcune prerogative nazionali*"<sup>17</sup>. A parere di Spinelli, la Costituzione degli Stati Uniti era riuscita a realizzare questa convivenza tra sovranità parziali e sovranità complessiva. Certo, gli Stati americani del XVIII secolo erano pressoché privi di un passato storico, mentre gli Stati europei erano custodi "fieri e gelosi" della loro storia.

Negli Stati Uniti la comunanza della lingua inglese rendeva snelli i rapporti umani, mentre in Europa il disuso della lingua latina ha favorito lo sviluppo di una congerie di linguaggi che ha spinto i popoli europei a rimanere chiusi in sé. Spinelli prosegue oltre, elencando una pluralità di elementi di diversità strutturale tra i due modelli, di ampio respiro, giunge a considerarne uno che appare cruciale ai fini della presente indagine<sup>18</sup>. Infatti, gli Stati federati americani potevano agevolmente realizzare l'unità economica poiché le loro economie erano profondamente liberiste e l'intervento statale era minimo. In tale contesto, la spinta unificatrice si era mossa sotto l'egida del tentativo di unificare la moneta, di creare una unione doganale rispetto ai Paesi terzi e di garantire un commercio interstatale libero da condizionamenti protezionistici.

In Europa, il problema si è presentato sin da subito più complesso, visto che l'edificio comunitario si è incardinato nel tessuto di preesistenti e consolidate economie industriali nazionali, con poderosi apparati di *welfare*, in cui gli Stati gestivano il controllo delle politiche monetarie, finanziarie, commerciali, industriali e del lavoro<sup>19</sup>. Siffatte aporie tra i due modelli, valutati sin dall'inizio dai *conditores* comunitari, hanno indotto a privilegiare un metodo di costruzione dell'edificio comunitario di tipo funzionalista, più flessibile dell'astratto costituzionalismo federalista. In tal senso, i punti di partenza delle due esperienze divergono, poiché negli Stati Uniti la soluzione federale/costituzionale costituì un punto di partenza, in Europa, invece, avrebbe dovuto costituire un punto di approdo del processo di unificazione.

In verità, il caso 'americano' è di importanza fondamentale, poiché costituisce "un'esperienza *in vitro*" in cui aleggiano le sfide che ha affrontato e dovrà affrontare l'Europa unita<sup>20</sup>. In effetti, la considerazione secondo la quale l'economia statunitense del XVIII secolo presentava strutture più

---

<sup>17</sup> In particolare, A. SPINELLI, "Il modello costituzionale americano e i tentativi di unità europea," in *Il federalismo* (a cura di M. Albertini), Bologna, 1993, pp. 261 e s.

<sup>18</sup> Spinelli rammenta l'unità del diritto, quello inglese, posta alla base dell'esperienza statunitense, a differenza degli Stati europei, muniti di sistemi giuridici somiglianti, ma amministrati in modo differente. Inoltre, gli Stati americani erano sorti sulle dismesse vesti dell'epoca coloniale che vedeva, le Colonie, sottoposte al dominio della Corona britannica così che l'unificazione federale ristabiliva una unità iniziale interrottasi con la Guerra di Indipendenza e mai colmata dall'esperienza confederale. Gli Stati europei, invece, dopo la dissoluzione del Sacro Romano Impero si sono sempre mostrati riottosi a tutti i successivi tentativi di unificazione del loro territorio. Anche sotto il profilo della politica estera, negli Stati Uniti la gestione dei rapporti con i Paesi terzi risultava semplice, vista la univocità delle problematiche presenti in ciascuno Stato, in Europa, invece, ogni Stato vuole agire nel gioco mondiale con prospettive diverse, promuovendo il suo essere nazione nel mondo. Sul punto, A. SPINELLI, *Il modello costituzionale americano e i tentativi di unità europea ...cit.*, pp. 262 e s.

<sup>19</sup> Sul punto, A. SPINELLI, *Il modello costituzionale americano e i tentativi di unità europea ...cit.*, p. 263. Di rilievo è il raffronto condotto da M. EGAN, "The European Common Market: Following the Footsteps of the U.S.," in *Publication of Internal Market Conference*, December 2007, Washington, p. 6.

<sup>20</sup> In particolare, A. SPINELLI, *Il modello costituzionale americano e i tentativi di unità europea ...cit.*, p. 267.

semplici di quelle europee della Seconda metà del Novecento, è vera nella misura in cui la si valuta con il metro del relativismo storico. È indubbio che l'economia statunitense degli inizi dell'Ottocento era un'economia di piantagione e legata all'artigianato, poiché si stava avviando solo allora l'industrializzazione delle attività produttive. Ecco perché quel modello costituisce una soluzione originale ed intelligente con cui è stato affrontato il rischio della dissoluzione dell'Unione e dei protezionismi interni.

Entrambe le esperienze, statunitense ed europea, sono comunque sorte da un conflitto armato e riflettono la volontà di arginare i rischi della protrazione di una situazione di contrasto interno. Certo, negli Stati Uniti, il compromesso costituzionale era stato costruito sull'accordo raggiunto da coloro i quali avevano combattuto contro un nemico comune, mentre, in Europa, il primo edificio comunitario poggiava sul patto siglato tra Stati che avevano combattuto gli uni contro gli altri nel corso del Secondo Conflitto Mondiale e per scongiurare il rischio che le rivalità economiche tra Francia e Germania potessero costituire un nuovo motivo di scontro. Il timore del conflitto ha spinto, in ambedue i contesti, a rinvenire nella creazione di una zona comune di libero scambio, l'espedito per superare i contrasti interni, alimentati dai protezionismi statali. Del resto, la soluzione economica appariva la più agevole rispetto a quella politica.

Negli anni dell'esperienza confederale, infatti, gli Stati Uniti sperimentarono l'insuccesso di un Congresso munito di poteri limitati alla sfera della politica estera e di difesa ed imbecille rispetto alle leggi statali che distorcevano la certezza dei contratti e la sicurezza dei rapporti commerciali interstatali. La ribellione di Shays e la 'guerra daziaria' tra il New Jersey e lo Stato di New York spinsero alla convocazione della Convenzione di Annapolis e, in seguito, a quella di Philadelphia dalla quale si originò l'intuizione della soluzione federale incardinata nel testo di una Costituzione scritta, rigida e breve, suggellata dalla formula "*We, The People*".

In Europa, il timore che lo scontro della Francia e della Germania per il possesso dei bacini carboniferi della Ruhr e della Saar alimentasse altri conflitti, spinse alla creazione della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio, sorretta dalla successiva costruzione della CEE e dell'EURATOM, al fine di estendere il proposito di creazione di uno spazio economico condiviso, cristallizzato nell'ideale di realizzazione del mercato comune, dopo il fallimento della Comunità Europea di Difesa.

Una parte della dottrina ritiene che alla base del disegno costituzionale statunitense vi sia stata la volontà di creare un'area di libero scambio tra gli Stati federati che avrebbe consentito l'espansione del commercio, dal momento che l'idea di mercato comune non apparteneva alla sfera dell'economia classica. Sicché, l'Unione Europea non ha fatto altro che sviluppare quella concezione in una prospettiva neo-liberistica, introducendo per la prima volta la nozione di mercato

comune in un testo di rilievo giuridico<sup>21</sup>. Ma vi è anche chi ritiene che il proposito di creazione di un mercato unico nazionale, per quanto non espressamente formulato in una clausola costituzionale, fosse leggibile, sotto forma di proposito, nella mente dei *Framers* statunitensi che convocarono la Convenzione di Philadelphia<sup>22</sup>. In entrambi i casi la creazione di uno spazio economico comune è stato considerato quale strumento di elisione dei rischi dei protezionismi statali e delle ripartizioni indebite dei mercati, al fine di garantire la libertà di commercio, in seno al mercato comune, e paritarie condizioni di sviluppo economico. L'introduzione della *commerce clause* ha costituito il momento di ripudio formale dei limiti e delle aporie dell'assetto confederale e degli Articoli di Confederazione del 1782 che, come rileva Madison, difettava di un unitario e centralizzato sistema in grado di regolare “*the commerce between its several member States*”, ponendo un generico divieto di condotte discriminatorie o protezionistiche in capo alle singole entità confederate, peraltro, non sanzionabili<sup>23</sup>.

Volendo porre le relative disposizioni allo specchio, si evince l'immediata diversità dello stile redazionale delle norme statunitensi rispetto a quelle europee, sul commercio interno. La Costituzione federale contiene una apposita clausola attributiva della competenza a regolare il commercio tra Stati, a favore del Congresso (art. I, Sezione 8, cl. 3). Ma la *interstate commerce clause* è una clausola volutamente generica in cui non si fa alcuna menzione del concetto di mercato, di unione doganale o di merce. Da tale disposto è evincibile *a contrario* e, per tacita deduzione, che è, invece, fatto divieto ai singoli Stati di porre in essere misure regolatorie che possano avere l'effetto di ostacolare o di restringere gli scambi commerciali interstatuali al fine di favorire i mercati domestici (cd. *dormant or negative commerce clause*)<sup>24</sup>.

In ambito europeo, il Trattato di Roma, il cui Titolo II, novellato dal Trattato di Lisbona, è intitolato “Libera circolazione delle merci” contiene un vero e proprio organigramma normativo, munito di una peculiare consequenzialità logica, in cui viene specificato il divieto imposto ai singoli Stati di introdurre dazi doganali, tasse d'effetto equivalente ad un dazio, restrizioni quantitative agli scambi e altre misure d'effetto equivalente, in quanto lesive della fisiologica dinamica degli scambi commerciali e di ostacolo alla realizzazione di un mercato comune. Inoltre, nel testo del Trattato si

---

<sup>21</sup> In particolare, R. MONACO, “Mercato interno europeo”, voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XX, 1990, p. 2.

<sup>22</sup> Sul punto, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Vol. I, Torino, 1998, p. 27 e s.

<sup>23</sup> In particolare, J. MADISON, “The Federalist, No. 42”, in *The Federalist Papers* (with an Introduction by Gary Wills), New York, 2003, p. 256.

<sup>24</sup> Occorre rammentare che l'art. I, Sez. 10, cl. 2, sul piano del commercio con l'estero, prevede che: “Nessuno Stato potrà, senza il consenso del Congresso, stabilire imposte e diritti di qualsiasi genere sulle importazioni e sulle esportazioni, ad eccezione di quanto sia assolutamente necessario per dare esecuzione alle proprie leggi di ispezione; e il gettito netto di tutti i diritti e di tutte le contribuzioni imposte da qualsiasi Stato sulle importazioni e sulle esportazioni sarà a disposizione della Tesoreria degli Stati Uniti; e tutte le leggi relative saranno soggette a revisione e controllo da parte del Congresso”.

palesa, in modo contestuale il concetto di concorrenza, dapprima in funzione ancillare all'integrazione del mercato, di poi, a seguito del Trattato di Maastricht, munito di un valore del tutto autonomo e peculiare. In tal modo ha preso corpo l'*antitrust* europeo inteso a colpire quelle intese tra operatori economici privati in grado di pregiudicare il commercio intracomunitario e falsare il gioco della concorrenza nel mercato comune.

Il valore della concorrenza non trovò, invece, menzione nella Costituzione degli Stati Uniti per le ragioni su esposte e dovute alla natura pre-industriale e di piantagione dell'economia americana, legata ancora alla libera iniziativa del singolo e non segnata dall'ascesa, sulla scena economica, del *corporate business*. La concorrenza esisteva come principio a tutela della libera iniziativa economica del singolo, nella tradizione di *common law*, ma era munita di un valore alquanto limitato e circoscritto<sup>25</sup>. Nella Comunità Economica Europea, invece, la presenza di consolidate democrazie industriali e l'operare sul mercato di imprese di grandi dimensioni aveva indotto ad affrontare il problema della concorrenza sin dall'inizio, seppur in modo strumentale all'integrazione del mercato<sup>26</sup>.

La diversa formulazione dei disposti li rende ancora una volta modelli delle loro epoche e deve essere vagliata, anche, in ragione della diversità della fonte normativa che li disciplina, ma in entrambi i casi le disposizioni statunitensi ed europee costituiscono un "*legal framework*" per la creazione di un mercato unico. In ambedue i documenti normativi si rinvencono, infatti, le basi per assicurare l'integrazione tra le diverse economie statali in una "*economic entity*" costituita dal mercato comune<sup>27</sup>. In un certo senso la *interstate commerce clause* e le disposizioni europee sulla libera circolazione delle merci hanno costituito i *founding documents* che hanno consentito di promuovere una integrazione delle economie, attraverso la costruzione di mercati unici, secondo due linee d'azione parallele. Queste ultime sono predicabili per ambedue le esperienze e sono costituite da una fase primaria di integrazione negativa, fondata sulla rimozione di tutti gli ostacoli fisici, tecnici e fiscali frapposti alla libera circolazione delle merci e, di poi, alla elaborazione di discipline organiche volte ad agevolare il processo di integrazione del mercato. In entrambe le esperienze, l'eliminazione delle barriere protezionistiche e delle misure discriminatorie viene considerato il punto di partenza ineludibile per poter avviare una graduale realizzazione di un

---

<sup>25</sup> Inoltre, la nozione di concorrenza inscritta nella tradizione di *common law*, non era concepita quale valore giuridico autonomo. Infatti, ogni condotta dei privati destinata a restringere il commercio tra Stati era sanzionata non in quanto lesiva della concorrenza, bensì della libertà di contratto di una delle parti contraenti (nelle ipotesi di apposizione di clausole di non concorrenza, accessorie ad una vendita o ad un rapporto di lavoro) o della libertà dei terzi di stare sul mercato. Sul punto, si rimanda all'analitica indagine condotta da G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 14 e s.

<sup>26</sup> In particolare, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust ...cit.*, p. 46.

<sup>27</sup> In particolare, si rimanda alle riflessioni di M. EGAN, "The European Common Market: Following the Footsteps of the U.S.", in *Publication of Internal Market Conference*, December 2007, Washington, p. 9.

mercato unico, di tipo nazionale, nel contesto statunitense e di natura sovranazionale, nel contesto, europeo<sup>28</sup>.

Indubbiamente, il percorso di costruzione del mercato unico nazionale statunitense si iscrive nella cornice dell'ideale liberale Ottocentesco, che esaltava la libertà dell'agire economico individuale e l'astensionismo del pubblico potere, federale e statale, compendiate nell'immagine dello Stato piccolo o dello Stato guardiano notturno. Le nascenti Comunità Europee, invece, ed i relativi Trattati istitutivi costituirono il risultato di un compromesso, suggellato nella formula dell'*embedded liberalism*, che garantiva la coesistenza delle azioni comunitarie volte a promuovere la libera circolazione delle merci, rimuovendo gli ostacoli opposti dai singoli Stati, e la presenza di poderosi apparati di *welfare state* nazionali, titolari della gestione delle politiche macroeconomiche interne. Gli Stati europei presentavano, del resto, divari di sviluppo economico dovuti proprio alla diversità delle politiche socio-economiche messe in atto. In tal senso il compromesso comunitario si è presentato più complesso e di più ardua realizzazione<sup>29</sup>.

Il contesto statunitense presentava, invece, dei connotati più elementari, ma si incardinava nella cornice di differenziate economie statali, basti pensare alle piantagioni di cotone e di tabacco nel Sud e alla nascente e fiorente attività manifatturiera del Nord che aveva determinato la formazione di una *labor intensive economy*, negli Stati del Sud e di una *capital intensive economy*, negli Stati della *East Coast*<sup>30</sup>. Il divario nelle condizioni di sviluppo economico e il diffondersi delle vie di comunicazione terrestri, in specie delle strade ferrate, più agevoli e sicure di quelle fluviali, acuirono il ritardo delle regioni meridionali, segnando il tramonto di un polo mercantile quale la Città di New Orleans. Ma le asimmetrie economiche si riverberarono anche sugli equilibri politici interni all'Unione che sfociarono, insieme al delicato problema della schiavitù, nella Guerra Civile e nell'approvazione dei *Reconstructed Amendments*. Non costituisce un fattore trascurabile il fatto che, tra gli emendamenti approvati nell'epoca post-bellica vi sia anche il XIV, il quale imponeva agli Stati di non limitare in alcun modo la libertà e la proprietà, se non in virtù di un regolare procedimento legale e in ragione di preponderanti esigenze di *public policy* interna, basti pensare

---

<sup>28</sup> Come rileva Alec Stone Sweet, la capacità del Trattato di Roma di avviare una forma di integrazione negativa, attraverso la rimozione delle barriere agli scambi intracomunitari, fece sì che il Trattato potesse essere considerato un "*quasi-constitutional documents*". In particolare, A. STONE SWEET, "The Constitutionalization of the EU. Steps Towards a Supranational Polity", in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States* (edited by Sergio Fabbrini), New York, 2005, pp. 47 e s.

<sup>29</sup> Non bisogna dimenticare che i singoli Stati membri godevano di Testi Costituzionali di pregevole contenuto, fondati sul rispetto del pluralismo ideologico ed istituzionale. La Costituzione tedesca ed italiana contenevano, del resto, copiose previsioni in merito alla garanzia dei diritti sociali, assenti, invece, nella Costituzione statunitense sorta per garantire, soprattutto, le libertà ed i diritti di contenuto economico. Come rileva Tesauro, la realizzazione del mercato comune era considerata strumentale al graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, al fine di promuovere uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità. Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, p. 327.

<sup>30</sup> In particolare, M. EGAN, "The European Common Market: Following the Footsteps of the U.S.", in *Publication of Internal Market Conference*, December 2007, Washington, p. 9.



alle *inspections laws* ed alle *health laws*. Solo che l'ideologia liberale ricomprendeva nel paradigma della *due process of law clause* le sole libertà economiche e i diritti di proprietà privata, considerati gli unici *rights* meritevoli di giustiziabilità<sup>31</sup>.

Non costituisce un fattore trascurabile la considerazione dell'elemento economico, nel percorso che ha condotto al compromesso costituzionale del 1789 e all'evoluzione del *federalizing process*, che ha spinto gli europei a definire gli Stati Uniti una "*commercial republic*"<sup>32</sup>.

Nel *corpus* normativo del Trattato di Roma non si fa espressa menzione di una clausola simile alla *due process of law*, i valori della vita, della libertà e della proprietà non sono espressamente deducibili da una disposizione del Trattato, ma occorre considerare due elementi a riguardo. Innanzitutto, il Trattato di Roma promuove la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi. Inoltre, il fatto che la disciplina comunitaria intenda garantire la rimozione degli ostacoli e degli impedimenti opposti alla libera circolazione delle merci, non è una disposizione rivolta semplicemente agli Stati, dal momento che l'effetto diretto che accompagna le norme sulla liberalizzazione degli scambi, li rende titolari di diritti (ad ottenere il rispetto di tali disposti) che essi possono far valere nei confronti dei giudici nazionali, non rilevando il fatto che i destinatari delle norme siano gli Stati. In tal modo, sanzionare, a livello comunitario, una misura statale protezionistica o discriminatoria, equivale a garantire la retrostante libertà di commercio e di mercato di un operatore economico privato chiamato, a sua volta, a rispettare la normativa sulla concorrenza<sup>33</sup>. Inoltre, non sembra trascurabile la circostanza secondo la quale uno Stato membro possa derogare al regime normativo sulla libera circolazione delle merci, in ragione della ostensione di una delle cause previste dall'art. 36 del Trattato o da esigenze imperative riconosciute dalla Corte di Giustizia in via pretoria. Basti pensare alla tutela della salute o dell'ordine pubblico e alla loro assimilabilità alle *health and inspection laws* statali, negli Stati Uniti d'America.

Un elemento di discriminazione risiede nella mancata disciplina comunitaria del diritto di proprietà privata, rimessa volutamente alle discipline nazionali, contrariamente alla Costituzione americana che, imbevuta degli afflitti liberali, ha riconosciuto il valore centrale del diritto di proprietà privata, in particolare, di quella dei mezzi di produzione.

Questo ha fatto sì che nelle due esperienze il processo di realizzazione di un mercato unico abbia costituito uno strumento per arginare i protezionismi e le discriminazioni condotte a livello statale e per avvicinare, gradualmente, il livello di *regulations* di dati aspetti della vita economica. Il fatto che le due esperienze si collochino in una cornice spazio-temporale diacronica, le rende modelli

---

<sup>31</sup> Non costituisce un fattore trascurabile il fatto che il XIV ed il V emendamento fossero ritenuti "*economic due process of law clauses*".

<sup>32</sup> Sul punto, M. EGAN, "The European Common Market: Following the Footsteps of the U.S.", in *Publication of Internal Market Conference*, December 2007, Washington, p. 26.

<sup>33</sup> In particolare, G. TESAURO, *Diritto comunitario* ...cit., pp. 335 e s.

peculiari delle loro epoche che, in virtù del beneficio del divario temporale e geografico che le separa, le rende avvicinati nel rispetto, però, del loro *humus* di attecchimento<sup>34</sup>.

È assolutamente condivisibile l'opinione di chi ritiene il percorso di realizzazione del mercato unico nella Comunità Europea come una forma di “*Constructing a Market without a State*” (nell’accezione classica del termine)<sup>35</sup>, cui si può, di rimando, associare la formula “*Constructing a Market within a State*”, per quanto riguarda gli Stati Uniti. Ciò costituisce un valido elemento di diversità, ma in entrambi i casi la costruzione del mercato unico è avvenuta “*among the several States*”, ossia attraverso la rimozione degli ostacoli agli scambi interstatali ed intracomunitari, coinvolgendo e responsabilizzando direttamente i singoli Stati a desistere da condotte protezionistiche o discriminatorie, irragionevoli ed ingiustificate<sup>36</sup>.

Occorre considerare un ulteriore dato, in entrambi i modelli, la realizzazione del mercato unico, come vedremo in prosieguo, si è mossa nella cornice dell’azione di differenti centri di potere con un ruolo peculiare ricoperto proprio dalle Corti che hanno tentato di rinvenire un punto di equilibrio tra tendenze e spinte contrapposte, destinate a minacciare la tenuta complessiva del mercato e la sua necessaria base pluralistica. Il fatto che quest’ultimo ed i suoi equilibri siano stati plasmati, in modo differenziato, attraverso lo strumento della decisione giudiziale e, di poi, di quello regolatorio, comprova che l’ordine del mercato non è un ordine naturale, ma artificiale<sup>37</sup>, in cui l’*imprimatur* al suo sviluppo dipende spesso dall’azione cosciente e deliberata di chi pone le regole.

---

<sup>34</sup> L’espressione si deve all’intuizione di uno dei maggiori studiosi del federalismo, Daniel Elazar, il quale nel raffrontare il modello statunitense con quello europeo, ritiene la soluzione federale americana un giusto perfezionamento dell’assetto confederale pregresso, suggellato nella formula “*to form a more perfect Union*”; mentre considera l’*integrative trend* in Europa, una novità che, forse condivide più aspetti di similitudine con la Confederazione USA del 1782, che non con lo Stato federale del 1789. Certo, la debolezza intrinseca dell’assetto confederale statunitense non è predicabile all’Unione Europea. In particolare, D. ELAZAR, “The United States and the European Union: Models of Their Epochs”, in *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and European Union* (edited by K. Nicolaidis e R. Howse), Oxford, 2001, pp. 49 e s.

<sup>35</sup> Sul punto, in particolare, S. FABBRINI, “Building a Market Without a State”, in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States* (edited by Sergio Fabbrini), New York, 2005, p. 120 e s.

<sup>36</sup> Risulta comprovato che la struttura ed il volto degli Stati europei della seconda metà del Novecento non erano eguali agli Stati sorti sulle spoglie delle *ex* tredici Colonie. I primi destinati ad incarnare il modello del cd. *Westphalian State*, geloso delle sue prerogative sovrane interne ed i secondi, invece, legati alla logiche più semplici dell’ideologia liberale, ma rinvigoriti nel loro ruolo in virtù dell’introduzione del X emendamento, nel *Bill of Rights* del 1791. Sul *Westphalian State*, si rimanda al contributo di J. CAPORASO, “Change in Westphalian Order: Territory, Public Authority, and Sovereignty”, in *International Studies Review*, (2000), *Special Issue*, pp. 2 e ss.

<sup>37</sup> Basti rammentare le ricostruzioni suggestive di Natalino Irti e la sua negazione del carattere naturale e a-politico del mercato e la diversità rispetto alle elaborazioni teoriche di Einaudi. Quest’ultimo riconosceva alla legge la capacità di regolare il mercato, mentre il primo riteneva che la decisione politica dava addirittura forma al mercato. In particolare, L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1975, pp. 11 e s., nonché N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, pp. 3 e s.

### 7.3. L'integrazione negativa e il dilemma liberale, negli Stati Uniti ...

Risulta opportuno seguire in modo più analitico le tappe evolutive del percorso di realizzazione del mercato unico sia negli Stati Uniti che in Europa, al fine di rinvenire quali sono i differenti *trends* che hanno condizionato l'incedere del *federalizing process* statunitense e del processo di integrazione europea, evidenziando la stretta inter-relazione presente tra i due fenomeni.

Se osserviamo gli Stati Uniti d'America del periodo pre-bellico (ossia anteriore alla Guerra di Secessione), ne emerge il volto di uno Stato federale delineato nei suoi tratti essenziali nel compromesso costituzionale del 1789 e fedele all'impronta liberale dello Stato minimo. La scelta di dare vita ad un modello di organizzazione dei poteri, suddiviso sull'asse orizzontale e su quello verticale, denota l'originalità della scelta che renderà l'esperienza federale statunitense una figura prototipica destinata ad influenzare la pluralità delle soluzioni federali sperimentate in altri Paesi del Mondo ed attratte nella parabola di *federalizing processes* estremamente dinamici e difficilmente ripetibili, poiché muniti ciascuno di un elemento di imprescindibile originalità<sup>38</sup>.

L'ulteriore originalità della soluzione federale statunitense risiede nell'aver previsto, accanto al principio di separazione dei poteri, il principio dei noti *checks and balances* che si sono innervati nel circuito costituzionale, prevenendo un abusivo esercizio del pubblico potere e forme di controllo vicendevole.

La *interstate commerce clause* si iscrive nella cornice degli *enumerated powers* del Congresso degli Stati Uniti, ma ha ricevuto scarsa applicazione nei primi sessant'anni di vita dello Stato federale. In effetti, in quegli anni l'atteggiamento del Congresso nei vari ambiti della vita economica era pressochè assente, l'economia presentava le citate strutture pre-industriali e non si poteva ancora parlare di un mercato unico nazionale, bensì della coesistenza di una pluralità di mercati statali dominati da logiche interne e da differenti tipi di economie. Anche la composizione geografica non era assimilabile a quella attuale, l'Unione a cinquanta Stati si consoliderà solo nel Novecento. In tale contesto, un ruolo cardine fu svolto dalla Corte Suprema, interprete attenta dei valori costituzionali, la quale concentrò la sua attenzione sulla legislazione statale che continuava a proteggere i mercati interni e ad ostacolare gli scambi interstatali.

Non è un dato casuale il fatto che nel periodo prebellico, l'attenzione fosse rivolta all'accezione *dormant* della clausola, dal momento che nel silenzio del Congresso, le *regulations* limitative degli scambi commerciali provenivano dai singoli Stati. In tale fase, il percorso di costruzione del

---

<sup>38</sup> Non è mancata dottrina che ha rammentato l'antiorità dell'intuizione originaria sul federalismo, in Althusius e della nozione di sovranità, in Bodin, maturate nel Continente Europeo. Ma la soluzione statunitense costituisce una indubbia novità nello scenario delle organizzazioni dei poteri nell'epoca dell'Illuminismo e del proto-romanticismo. Sul punto, D. ELAZAR, *The United States and the European Union: Models of Their Epochs ...cit.*, pp. 33 e ss.

mercato unico nazionale si mosse lungo le dinamiche di una integrazione negativa fondata sulla rimozione delle misure discriminatorie o protezionistiche opposte dai singoli Stati, al fine di favorire anche una crescita armoniosa delle attività economiche e di evitare divari ed asimmetrie di sviluppo tra i singoli territori.

Suggestivi, a riguardo, sono i casi *Gibbons v. Ogden* e *Brown v. Maryland*, decisi dalla Corte Marshall nel 1824 e nel 1827, in cui furono invalidate due leggi statali inerenti, rispettivamente, il trasporto fluviale delle merci, garantito solo ai battelli muniti di un'apposita licenza e il pagamento di una tassa per poter effettuare delle vendite nel territorio di un altro Stato<sup>39</sup>. Nel primo caso si trattava di una misura discriminatoria, nel secondo di una misura fiscale con effetti discriminatori, entrambe in contrasto con la *commerce clause*. In siffatto contesto il percorso di costruzione del mercato unico nazionale riposava nella lotta ai protezionismi statali, nella cornice di un *federalizing process* ancora lento, imprigionato nelle trame del federalismo duale, fondato su di una rigida separazione delle competenze e su di un sistema di riparto dei poteri e di conduzione della scelte economiche ancora *decentralised*. L'azione della Corte Suprema era pervasa dall'ideale liberale che intendeva garantire la creazione di un mercato unico e solido in virtù del libero dispiegamento della libera iniziativa economica privata che non avrebbe dovuto subire ingiustificate compressioni e limitazioni da parte del pubblico potere. Lo scenario iniziò a mutare nel corso del periodo post-bellico, intorno alla seconda metà dell'Ottocento, quando lo sviluppo industriale e la costruzione di poderose reti stradali e ferroviarie interne agevolarono le comunicazioni interstatali e segnarono l'ascesa sulla scena economica di nuovi centri urbani.

Fu proprio in quegli anni che le nascenti fabbriche sorte sulla *East Coast* sperimentarono i successi della produzione industriale, cui si accompagnò un massiccio sfruttamento delle attività estrattive negli Stati del *Middle-East*. Il Sud rimase legato ad un'economia spiccatamente agricola, utilizzando nuove tecniche e più sofisticati macchinari che agevolarono il lavoro nei campi e le colture intensive. La diversificazione delle attività economiche favorì lo sviluppo di una *capital intensive economy*, negli Stati del Nord, e di una *labor intensive economy*, negli Stati del Sud. Il periodo storico che si diparte dalla fine del XIX secolo sino agli inizi del XX, è connotato per un veloce e repentino sviluppo economico, rievocato nel suggestivo epiteto di *Gilded Age* coniato dagli scrittore Mark Twain e Charles Dudley Warner. Dietro il “*marvel of men and machine*”<sup>40</sup>, si celava, però, la nascita della questione operaia e dello sfruttamento della manodopera infantile e femminile. Il sorgere delle prime complesse problematiche sociali seguì alla determinante ascesa, sulla scena

---

<sup>39</sup> Basti rammentare le analisi di M. EGAN, *Constructing a European Market*, New York, 2001, pp. 84 e s. e di S. FABBRINI, “Building a Market Without a State”, in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States* (edited by Sergio Fabbrini), New York, 2005, p. 124.

<sup>40</sup> In particolare, M. KLEIN, *The Genesis of Industrial America, 1870-1920*, Cambridge, Massachusetts, 2007, p. 17.

economica del *corporate business*, che iniziò a diramare la propria sfera di attività in ambito ultrastatale, conquistando vaste porzioni di mercato e beneficiando di talune legislazioni statali di favore che consentivano le fusioni tra imponenti agglomerati industriali<sup>41</sup>.

Il mutato volto economico degli Stati Uniti, cui si associarono le prime crisi nel settore della produzione agricola e taluni *financial panics*, influì anche sul modo di concepire l'intervento dello Stato nell'economia. Non costituisce un fattore trascurabile il fatto che proprio in quegli anni il *Federal Government* abbandonò l'atteggiamento astensionista, assunto in precedenza, e iniziò a varare una serie di importanti provvedimenti normativi proprio all'ombra della *commerce clause*. Basti rammentare l'*Interstate Commerce Commission Act* del 1887 che istituì la *Interstate Commerce Commission*, una delle prime autorità amministrative indipendenti tenuta a vigilare sulla correttezza e lealtà dei prezzi praticati dalle compagnie ferroviarie per lo stoccaggio ed il trasporto delle merci su tratte interstatali.

Non solo, anche la concezione della concorrenza si spogliò dei retaggi della tradizione di *common law* e divenne un valore munito di una rilevanza giuridica del tutto autonoma. Non è un dato casuale il fatto che nel 1890 sia stato approvato lo *Sherman Antitrust Act* che costituisce la prima legge federale *antitrust* cui farà seguito, nel 1914, il *Clayton Antitrust Act*, munito di una struttura più organica ed istitutivo della *Federal Commerce Commission* destinata a vigilare sulle operazioni di fusione tra imprese<sup>42</sup>.

La legislazione *antitrust* statunitense sorse come risposta alla diffusione delle prime reali forme di distorsione dell'ideale di concorrenza perfetta in auge nei postulati teorici dell'economia classica e intese proteggere la libertà di mercato delle imprese di minori dimensioni e garantire che non venisse elisa la necessaria base pluralistica che il mercato unico doveva possedere. La normativa a tutela della concorrenza risultava, così, legata da un vincolo di complementarietà funzionale con la garanzia della libertà di, nel mercato e del mercato, conseguita attraverso il controllo sull'uso abusivo del potere pubblico e privato.

I primi interventi normativi federali in campo economico camminavano, in modo parallelo, con la produzione legislativa statale e spinsero la Corte Suprema a rinvigorire il proprio ruolo di *arbiter* in una cornice federale in cui si dispiegavano spinte centralizzatrici (all'ombra della *commerce clause*)

---

<sup>41</sup> Basti rammentare lo strumento del *pooling*, del *trust* e del *direct merger* che consentirono l'ascesa sul mercato nazionale statunitense dei colossi industriali di proprietà di John Rockefeller e di Andrew Carnegie. Sul punto, R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, Thomson West, 2007, p. 585 e p. 591, G. GUNTHER, *Constitutional Law*, New York, 1991, p. 105, M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano, 1870-1920*, Bologna, 2004, p. 116, J. DEWEY, "The Historical Background of Corporate Legal Personality", in *Yale Law Journal*, Vol. 35, 1926, p. 655 e s., R.A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, 2003, pp. 113 e s., E. FOX, L. SULLIVAN, "Antitrust. Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where are we going?" in *New York University Law Review*, No. 62, (1987), pp. 937-939, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Interventi pubblico nell'economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 1984, p. 60 e G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 13 e ss.

<sup>42</sup> Nel 1898 fu, invece, approvato il *Bankruptcy Act*, in materia di bancarotta.

e decentralizzatrici (all'ombra del X emendamento)<sup>43</sup>. Basti rammentare il caso *E.C. Knight* del 1895, in cui la Corte Suprema non ritenne applicabile lo *Sherman Act* nei confronti dell'*American Sugar Refining Company*, poiché l'acquisizione di altre quattro raffinerie di zucchero avrebbe sì accresciuto la sua presenza sul mercato, ma ciò riguardava la sola fase della raffinazione che si riteneva un'attività manifatturiera che, solo indirettamente, incideva sul commercio interstatale. Il fatto, poi, che l'attività fosse ristretta nel solo perimetro del mercato statale ne escludeva la sottoposizione alla legislazione federale *antitrust*.

In verità, l'indirizzo pretorio della Corte intendeva invalidare solo quelle leggi federali che provocavano irragionevoli e dirette restrizioni al commercio interstatale e a non sanzionare quelle misure statali o quelle condotte private che, invece, cagionavano un effetto solo indiretto sul commercio interstatale. Si trattava di pronunce che non fecero altro che confermare la nota "*Cooley Doctrine*" in materia di *dormant commerce clause*, che consentiva una regolazione statale di talune frange del commercio nazionale in ragione di esigenze di *public policy* interna (basti rammentare le *health laws* e le *inspection laws*), che avevano solo una incidenza indiretta sul commercio tra Stati (*indirect burden*). Lo scrutinio della Corte doveva, però, essere stringente e doveva verificare se l'ostensione delle esigenze di *public policy* non celasse fini protezionistici o discriminatori<sup>44</sup>. La Corte non si limitava solo a valutare la natura del *burden* che la legge statale provocava sul commercio tra Stati, ma anche se la disciplina statale presentava degli aspetti ragionevolmente connessi con le esigenze di *public policy* statale (*reasonable effects*).

In tal modo, i Giudici di Washington intesero rinvenire un punto di equilibrio tra la legislazione federale sul commercio interstatale, non riguardante la produzione e la manifattura e che avesse presentato una correlazione diretta con il commercio tra Stati, e la legislazione statale che era considerata legittima se ineriva solo indirettamente il commercio tra Stati ed era supportata da esigenze di *public policy* interna quali la tutela della salute o dell'ordine pubblico.

La Corte Suprema era ancora pervasa da una ortodossia ermeneutica liberista che induceva a ricomporre le tensioni tra Stati e *Federal Government* nel perimetro delle rispettive sfere di competenza e circoscriveva l'ambito applicativo della *commerce clause* nella cornice del *direct/indirect effect*. Le leggi statali che derogavano alla libera circolazione delle merci, dovevano essere suffragate da ragioni di rilevante interesse pubblico interno. In ogni caso, l'intento era quello

---

<sup>43</sup> In particolare, R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure ...cit.*, p. 585.

<sup>44</sup> Basti rammentare i casi *Railroad v. Husen*, 95 U.S. 465 (1877), *Minnesota v. Barber*, 136 U.S. 313 (1890) e *Brinner v. Reburan*, 138 U.S. 781 (1891). Sul punto, G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione. Alla luce dell'esperienza statunitense*, Milano, 1964, p. 53, B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999, § 6.03 e R.L. STERN, "The Problem of Yesteryear – Commerce and Due Process", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 4, (1950-1951), pp. 451 e ss.

di salvaguardare il pieno dispiego delle libere iniziative economiche ed imprenditoriali nel seno del più vasto mercato nazionale, tutelate all'ombra della *due process of law clause*.

La lettura volutamente restrittiva della *commerce clause* rispecchiava la volontà di salvaguardare gli equilibri federali e di rinvenire un punto di sintesi tra libertà (privata) ed autorità (pubblica), evitando un eccessivo intervento pubblico nell'economia. Furono gli anni in cui si palesarono i termini del dilemma liberale inerente l'individuazione della doppia linea di confine, oltrepassata la quale il potere pubblico diveniva illegittimo e quello privato diveniva abusivo<sup>45</sup>.

Risulta pienamente condivisibile l'opinione di quella corrente dottrina che ritiene l'epoca del liberalismo maturo, il periodo che ha posto le basi per un "*new pattern for public intervention in the the economy: the regulatory pattern*", seppur a livello parziale<sup>46</sup>. Nella *Progressive Era*, del resto, si affacciarono all'orizzonte i primi segnali di un "*proto-welfare State*"<sup>47</sup>.

Nel 1913 fu istituito anche il *Federal Reserve System* ossia la Banca Centrale degli Stati Uniti, cui furono associate le dodici banche del Distretto federale ed in virtù della quale avvenne la definitiva unificazione monetaria<sup>48</sup>. Lo stesso anno fu approvato il XVI emendamento che ascriveva al Congresso il potere di esazione fiscale diretta sui redditi derivanti da ogni fonte, svincolandola dal vincolo dell'*apportionment*. Sarà proprio la clausola sullo *spending power*, congiuntamente a quella sul commercio interstatale, ad influenzare le successive dinamiche evolutive del *federalizing process* e quelle di consolidamento del mercato unico nazionale.

L'era del liberalismo maturo negli Stati Uniti del tardo Ottocento e dei primi anni del Novecento costituì il momento di svolta nel percorso di realizzazione del mercato nazionale e ciò avvenne nella parabola di un federalismo ancora duale. Pur tuttavia, il *federalizing process* iniziava a seguire un *trend* nuovo, in cui alle spinte decentralizzatrici opposte dagli Stati, si contrapponeva una prima forma di intervento regolatore del *Federal Government*. Le logiche dell'integrazione negativa, modellate lungo le dinamiche applicative della *dormant commerce clause*, iniziarono a vacillare

---

<sup>45</sup> In particolare, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust ... cit.*, p. 9.

<sup>46</sup> In particolare, si rimanda al contributo analitico di S. FABBRINI, "Building a Market Without a State", in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States* (edited by Sergio Fabbrini), New York, 2005, p. 124 e ss. L'autore evidenzia la creazione delle prime agenzie indipendenti munite di poteri legislativi, esecutivi e giudiziari. Furono gli anni in si posero le basi per l'affermazione dell'*Administrative Law* negli Stati Uniti d'America.

<sup>47</sup> Sul punto, T. SKOCPOL, *Protecting Soldiers and Mothers: The Political Origins of Social Policy in the United States*, Massachusetts, Harvard University, 1992, pp. 20 e ss. Basti rammentare le pensioni elargite ai veterani di guerra e taluni diritti retributivi riconosciuti in capo ai lavoratori, si trattava pur sempre di *privileges* concessi dal legislatore e non di veri e propri *rights*.

<sup>48</sup> Anche nel corso dei primi anni di vita della Repubblica americana, erano stati esperiti dei tentativi di creazione di Banche Centrali, attraverso le fallite esperienze della *First* e della *Second Bank of the USA* avversate dalla componente repubblicana in Congresso, contraria a controlli federali dell'ordinamento del credito. Sul punto si rimanda ai contributi di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Vol. I, Torino, 1998, pp. 211 e s., di M. VORENBERG, "The Chase Court. 1864-1873. Cautious Reconstruction", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005, pp. 112 e s. e di B. SHULL, *The Fourth Branch, The Federal Reserve's Unlikely Rise to Power and Influence*, Westport, 2005, pp. 56 e ss.,

innanzi alle prime forme di *regulations* del mercato e della concorrenza a livello federale, cui si associarono i primi interventi a favore di talune categorie deboli.

Fu proprio la Corte Suprema a contenere il rinnovato *trend* del *federalizing process* nel paradigma liberale, a sostegno della necessaria sfera di autonomia della società civile dallo Stato e in virtù di una interpretazione restrittiva della *commerce clause*.

#### 7.4. ... e nelle Comunità Europee

Nel momento in cui fu avviata la costruzione dell'edificio comunitario, lo sguardo dei *conditores* europei si era rivolto, più volte, al modello statunitense di realizzazione del mercato unico nazionale. Risultava interessante l'utilizzo dello strumento della rimozione degli ostacoli e delle barriere frapposte alla libera circolazione delle merci quale mezzo di avvicinamento delle economie e di elisione dei divari di sviluppo economico fra i vari Stati, all'indomani del Secondo Conflitto Mondiale. Nel Rapporto Spaak erano ben sintetizzate le linee guida di un simile approccio che contava sull'eliminazione delle barriere protezionistiche, sulla riduzione dell'intervento dello Stato nell'economia e sulla rimozione di quelle misure distorsive degli equilibri fisiologici del mercato, attraverso l'elaborazione di regole comuni agli Stati membri.

La liberalizzazione degli scambi era considerata un valido strumento di affermazione di vaste economie di scala. In tal senso, si rinviene un filo conduttore comune con l'esperienza statunitense in cui il percorso di realizzazione di un mercato unico nazionale seguì, nella sua prima fase, le logiche dinamiche dell'integrazione negativa.

Nelle nascenti Comunità Europee ciò era favorito proprio dalla formulazione delle disposizioni del Trattato di Roma che ponevano in capo agli Stati membri il divieto di introdurre dazi doganali o tasse d'effetto equivalente, restrizioni quantitative o misure d'effetto equivalente alle medesime. La Costituzione americana presentava, invece, una struttura molto più semplice ed ambigua che si prestava a maggiori manipolazioni pretorie da parte della Corte Suprema e aleggiava tra la brevità della *commerce clause* e i vincoli imposti ai singoli Stati, compendiati nel compromesso costituzionale e corretti dal X emendamento del *Bill of Rights*.

La stagione dell'integrazione negativa, in Europa, non fu affatto agevole, dal momento che l'edificio comunitario si ergeva sulla superficie di mature democrazie industriali nazionali e complessi apparati di *welfare states* in cui la tutela dei diritti sociali era garantita a livello costituzionale-formale. Per tale motivo si comprendono anche le ragioni che stanno alla base



dell'art. 345 del TFUE (già art. 295 del TCE) in cui la Comunità dichiara la sua neutralità rispetto al regime della proprietà pubblica e privata presente in ogni Stato membro<sup>49</sup>.

L'edificio comunitario, differentemente da quello statunitense, si è originato nel compromesso dell'*embedded liberalism* teorizzata da John Ruggie, che ha definito il complesso ordine economico del Secondo Dopoguerra “una simbiosi tra la liberalizzazione esterna e il rafforzamento del ruolo economico dello Stato a livello interno”<sup>50</sup>.

La cultura industriale europea che, nella Francia dirigista e nella Germania e dell'Italia dominate dalle imprese a conduzione pubblica e dai diritti di esclusiva a favore di imprese private e pubbliche, rinveniva i suoi maggiori esponenti, costituiva un rilevante argine al pieno sviluppo di un *ethos* liberale comunitario. In tal senso, il dilemma liberale si manifestò, sin da subito, nella nascente Comunità Europea che risentiva, forse in modo inconsapevole, degli influssi della Scuola degli Ordoliberali di Friburgo, i primi teorici (anticipatori) della moderna dottrina dell'*antitrust* in ambito europeo<sup>51</sup>.

Il fatto che gli Stati fossero custodi gelosi delle rispettive prerogative sovrane nella gestione delle politiche macroeconomiche, rendeva la costruzione del mercato comune più complessa. Gli Stati europei risentivano delle influenze delle teorie keynesiane che gli Stati Uniti hanno conosciuto a seguito della crisi del '29. Era evidente che l'integrazione negativa risultava il percorso più agevole da seguire nella cornice del primigenio periodo transitorio, improntato alla logica gradualistica dei “piccoli passi”. Come rileva Fabbrini, la stagione dell'integrazione negativa procedette lungo le traiettorie di una figura triangolare caratterizzata dalla presenza delle imprese, delle Corti nazionali e della Corte di Giustizia impegnate nel garantire lo smantellamento degli ostacoli fisici, tecnici e fiscali che intralciavano la dinamica degli scambi intracomunitari. La Corte di Giustizia fu chiamata a favorire questo percorso, muovendosi nella fitta trama dei protezionismi statali, non sempre di agevole decifrazione.

Come evidenzia Michelle Egan, l'azione della Corte di Giustizia fu speculare al ruolo che ricoprì la Corte Suprema negli Stati Uniti, “*in the creation of an integrated economy, by balancing the necessity of breaking down trade barriers among states with the recognition of local diversity and needs*”<sup>52</sup>. Questo fa sì che la comparazione tra i due modelli si renda più praticabile raffrontando l'esperienza europea con quella statunitense, considerata nella sua complessiva dinamica evolutiva liberale, consolidatasi nel corso dell'Ottocento.

---

<sup>49</sup> In particolare, M. EGAN, “The European Common Market: Following the Footsteps of the U.S.”, in *Publication of Internal Market Conference*, December 2007, Washington, p. 9. L'autrice dipinge il volto di una Europa “*industrialised with a modern economy and all of its properties*”.

<sup>50</sup> La citazione è rinvenibile nel contributo di S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, p. 25.

<sup>51</sup> Sul punto, G. AMATO, *Il potere e l'antitrust ...cit.*, pp. 43 e s.

<sup>52</sup> In particolare, M. EGAN, *Constructing a European Market ...cit.*, pp. 83 e s.

Indubbiamente, il mercato unico teorizzabile nell'esperienza statunitense è di tipo nazionale, luogo di convergenza delle economie dei singoli Stati federati, mentre quello comune europeo delle origini presentava i tratti di un mercato transnazionale, ma entrambi si stavano edificando attraverso la rimozione di quelle barriere eretta dagli Stati e destinate a ripartire il mercato.

In tal senso, è perfettamente condivisibile l'assunto teorico che coglie nelle due esperienze il tentativo di “*constructing a market within a State*” (riferito al *Federal Government*), negli Stati Uniti e di “*constructing a market without a State*”, nell'Unione Europea<sup>53</sup>. Il *discrimen* motiva la differente aggettivazione utilizzata per definire i due mercati, ma in ambedue i casi la realizzazione di un mercato unico è avvenuta “*among the several States*”, leggibile nelle espressioni ‘commercio interstatale’ e ‘commercio intracomunitario’.

Se si bada al contenuto delle prime pronunce della Corte di Giustizia, nel pieno della stagione dell'integrazione negativa, vi si coglie un sottile *ethos* anti-protezionistico, assimilabile a quello che ha tipizzato le prime pronunce della Corte Marshall.

Basti rammentare il caso *Statistical Levy* del 1969 in cui si stabilì che: “*un onere pecuniario, sia pur minimo, imposto unilateralmente, [che] a prescindere dalla sua denominazione e dalla sua struttura colpisce le merci nazionali o estere in ragione del fatto che varcano la frontiera anche se non è un dazio doganale propriamente detto, costituisce una tassa d'effetto equivalente ... anche se non sia riscosso a profitto dello Stato, non abbia alcun effetto discriminatorio o protezionistico e il prodotto colpito non sia in concorrenza con il prodotto nazionale*”. Sembra che la Corte di Giustizia abbia adottato un approccio addirittura più rigido di quello della Corte Suprema.

Nel successivo caso *Dassonville* del 1974, inerente l'applicazione dell'art. 34 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (già art. 28 TCE), la Corte di Giustizia giunse a sostenere che: “*Ogni normativa commerciale che possa ostacolare, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari*”, costituiva una misura d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa.

La severità del *dictum* della Corte di Giustizia è, a parere di Maduro, rapportabile al concetto di “*burden on trade*” emersa nelle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>54</sup>. In entrambe le pronunce il Giudice comunitario esclude la rilevanza del concetto di effetto sul commercio. Nel primo caso, la tassa imposta dall'Italia aveva un effetto equivalente ad un dazio doganale poiché ‘colpiva’ le merci per il solo fatto che varcavano la frontiera nazionale, indipendentemente dallo

---

<sup>53</sup> In particolare, S. FABBRINI, “Building a Market Without a State,” in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States* (edited by Sergio Fabbrini), New York, 2005, pp. 120 e ss.

<sup>54</sup> In particolare, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Portland, Oregon, 1998, pp. 50 e s. nonché M. EGAN, *Constructing a European Market ...cit.*, pp. 92 e ss. e G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione. Alla luce dell'esperienza statunitense ...cit.*, pp. 41 e ss.

‘effetto discriminatorio o protezionistico’ provocato. Nella seconda fattispecie, invece, la nozione di misura d’effetto equivalente ad una restrizione quantitativa riposava sul concetto di ostacolo (diretto o indiretto, in atto o in potenza) sul commercio intracomunitario, ampliando notevolmente la sfera applicativa dell’art. 34 e prescindendo dalla natura discriminatoria o protezionistica della misura adottata<sup>55</sup>.

Parimenti, nel caso *Gibbons*, la Corte Marshall parlò di “grave intralcio” al commercio interstatale. Ne emerge con chiarezza il postulato che modulava le logiche dell’integrazione negativa, in virtù della rimozione di ogni ostacolo in grado di intralciare gli scambi commerciali tra i singoli Stati e di compromettere la graduale realizzazione di un mercato unico, non oppresso dalle restrizioni statali. Siffatto approccio del Giudice comunitario sembrò mitigarsi in occasione della pronuncia sul caso *Cassis de Dijon* del 1979, in cui fu ribadito che: “ *In mancanza di una normativa comune in materia di produzione e di commercio dell’alcool, ... spetta agli Stati membri disciplinare ciascuno, nel proprio territorio, tutto ciò che riguarda la produzione e il commercio dell’alcool e delle bevande alcoliche ... gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all’efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori*”<sup>56</sup>.

In tale fattispecie, la rigidità ermenutica della Corte viene corretta e le medesime trame dell’integrazione negativa sono modulate secondo nuovi postulati. In particolare, la Corte riconobbe la necessità di assicurare la presenza di una sfera normativa statale, anche se inerente o incidente sul commercio intracomunitario alla luce di due considerazioni giuridiche, costituite dalla mancanza di misure di armonizzazione comunitaria nei settori considerati in cui dominavano diversificate discipline nazionali, e dalla necessità di rispondere ad esigenze imperative del tutto inderogabili. Ne consegue, inoltre, che in mancanza di misure di armonizzazione comunitarie e in assenza di esigenze imperative, ogni merce legalmente prodotta e commercializzata in uno Stato membro, deve poter essere distribuita senza intoppi nel territorio di un altro Stato membro. Si trattava della dottrina del mutuo riconoscimento o parallelismo funzionale che imponeva una forma di

---

<sup>55</sup> In particolare, G. TESAURO, *Diritto comunitario ... cit.*, pp. 362 e s.

<sup>56</sup> Doveroso è il rimando al caso *Hostetter v. Idlewild Bon Voyage Liquor Corp.*, 377 U.S. 324 (1964), deciso dalla Corte Suprema statunitense, in materia di *dormant commerce clause* ed inerente l’importazione di liquori da altri Stati federati, in cui si distinse, tra ostacoli neutri al commercio tra Stati e ostacoli discriminatori. I primi motivati da uniformi e omogenee esigenze di tutela della salute pubblica; i secondi suffragati dall’intento di favorire i soli produttori locali.

armonizzazione tacita e di tipo orizzontale tra le difformi discipline statali in ambito commerciale, ma innervava nel sistema anche una “*competition among rules*” di ampia portata<sup>57</sup>.

Ciò costituiva un rilevante passo in avanti nel percorso di costruzione del mercato comune, in cui l’eliminazione degli ostacoli non era sempre fissata, in via pretoria (e dall’alto) dalla Corte di Giustizia, ma era affidata direttamente alla capacità degli Stati di riconoscere alle legislazioni tecniche di altri Stati membri, un valore giuridico ed una forza deterrente “equivalente” a quella delle proprie normative interne.

In tal senso, si può operare una similitudine con l’approccio assunto dalla Corte Suprema nella fase del liberalismo maturo in cui furono ritenute compatibili con la *commerce clause*, nella sua accezione *dormant*, quelle leggi statali che, pur inerendo frange del commercio interstatale, erano suffragate da preponderanti esigenze di ordine pubblico quali la tutela della salute dei consumatori o la salvaguardia dell’ordine pubblico interno che, solo indirettamente, inerivano gli scambi tra Stati. In un certo senso si può operare un parallelismo tra le esigenze imperative e le fattispecie derogatorie previste dall’art. 36 del TFUE, con le esigenze di *public policy* statunitensi, in qualità di fattispecie derogatorie alla libera circolazione delle merci. In tal modo, le Corti intendevano garantire un equilibrio nel percorso di costruzione del mercato, attraverso un regime liberalizzato di scambi commerciali e la permanenza di particolari leggi statali che perseguivano finalità pubbliche preponderanti. Non solo, sia negli Stati Uniti che in Europa, la valutazione della sfera di incidenza di una misura statale sul commercio tra Stati è sempre stata preceduta dalla distinzione tra *sales and tax laws*, negli USA, e tra misure daziarie e fiscali d’effetto equivalente e misure restrittive, nell’UE, alla luce della difforme natura delle relative discipline.

Negli Stati Uniti la *Cooley Doctrine* inaugurò una nuova stagione interpretativa della *commerce clause* fondata sull’analisi del *direct/indirect effect* che una normativa statale provocava sul commercio interstatale, smussato dalla teorica del “*reasonable burden on trade*”, intesa quale esimente alla illiceità della restrizione, ed il cui meccanicismo fu superato in epoca *newdealista*, quando si affermò la regola del *balancing* tra interessi contrapposti e la necessità di valutare, in modo contingente, la natura del *burden on trade*, alla luce dei risvolti dell’*affectation doctrine* e della teoria dello *stream of commerce*. Gli indirizzi pretori attuali confinano, invece, l’illegittimità della disciplina statale ai soli casi in cui provochi un “*unreasonable burden on trade*”. Risulta

---

<sup>57</sup> La dottrina del parallelismo funzionale riposava sull’assunto secondo cui, difformi *standards* e discipline statali, non equivalevano a deminute o minori garanzie della salute dei consumatori o di altre esigenze. In particolare, G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, pp. 371 e s., M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution ...cit.*, p. 90 e ss. e pp. 131 e s., nonché J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell’Europa ...cit.*, p. 351, il quale rileva che: “*la necessaria armonizzazione era assai meno urgente se le merci che rispetta(va)no gli standard tecnici richiesti da parte di uno Stato membro avessero potuto essere liberamente commercializzate in un altro Stato membro, perché gli standard del primo Stato avrebbero rappresentato l’«equivalente funzionale» di quelli adottati dal secondo*”.

evidente la rarefazione della rigido schematismo delle origini. Anche nell'Unione Europea, la *Cassis de Dijon formula*, inaugurò la stagione dell'analisi costi/benefici secondo un criterio di ragionevolezza e di proporzionalità del mezzo apprestato rispetto al fine perseguito, attratti nella sfera del *balancing test*, erodendo gli schematismi decisionali ed onnicomprensivi delle formule *Statistical Levy* e *Dassonville*, che escludevano anche il *discrimen* tra effetto diretto e indiretto<sup>58</sup>. Degna di nota è l'apertura inaugurata dal caso *Keck*, che sposta l'attenzione dall'oggetto del commercio alle modalità della distribuzione, ampliando lo spettro dei criteri di giudizio, che negli Stati Uniti si era avviata con riferimento al mercato lattiero ed ortofrutticolo. Sotto molti aspetti, la Corte di Giustizia si presentava più severa e rigida della Corte Suprema statunitense. La mutevolezza dei criteri di giudizio evocati dalle rispettive Corti rispecchia, in entrambi i contesti, il differente tipo di scrutinio necessario nella fase iniziale di *market building* ed, in quella successiva, di *market maintenance*<sup>59</sup>.

Indubbiamente le tecniche di giudizio variano e presentano dei tratti peculiari, in ragione della differente cornice normativa di riferimento e del differente livello di regolazione del mercato, negli Stati Uniti ed in Europa, ma in ambedue i sistemi, i bizantinismi argomentativi delle origini sono stati superati e ricomposti nella cornice delle distinte regole che sovrintendono il *market access* e di quelle che presidiano la *market regulation*.

Negli Stati Uniti, valido punto di sintesi tra *police power* statale e *commerce power* federale fu costituito proprio dal ruolo di *arbiter* svolto dalla Corte Suprema. In Europa, in cui il sistema presentava tratti ancora più decentralizzati rispetto agli Stati Uniti della *Gilded Age* ed in cui ai singoli Stati membri era demandato il compito di operare il parallelismo funzionale delle rispettive discipline statali confliggenti, uno straordinario impulso alla costruzione delle fondamenta del mercato comune fu fornito proprio dalla Corte di Giustizia.

Del resto, le Corti, in ambedue le esperienze, nonostante la diversità degli approcci e dei contesti, tentarono di creare un momento di sintesi e di armonia in seno ad un sistema complesso, rinvenendo delicati punti di equilibrio tra tendenze contrapposte.

---

<sup>58</sup> Occorre, del resto, precisare che si trattava di un *test* che veniva condotto in relazione alle misure indistintamente applicabili sulla qualità, sulla composizione e sulla presentazione dei prodotti che possono presentare oneri supplementari rispetto alle normative di altri Stati membri e che possono essere motivate da esigenze imperative. Sul punto, G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, p. 372.

<sup>59</sup> Basti rammentare il parallelismo operato da Maduro, tra i casi *Pike v. Church* e *Cassis de Dijon*. In particolare, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution ...cit.*, pp. 90 e ss.

### 7.5. Dinamiche evolutive e consolidamento del mercato unico negli Stati Uniti e nell'Unione Europa

Il volto degli Stati Uniti d'America mutò sensibilmente nel periodo successivo alla Grande Depressione che seguì al crollo della Borsa di *Wall Street* nel 1929. L'ascesa sulla scena politica di Franklin Delano Roosevelt e l'approvazione del *New Deal* determinò il primo significativo intervento del *Federal Government* nei vari segmenti della vita economica e sociale e segnò il tramonto del modello liberale, almeno nella sua accezione ottocentesca.

La gravità della crisi che si era innervata nel circuito finanziario e creditizio, con immediate ripercussioni sul livello della produzione interna e sul tasso di disoccupazione che raggiunse cifre elevatissime, misero bruscamente in evidenza la vulnerabilità e l'instabilità del sistema economico e finanziario e le pericolose situazioni di conflitto di interesse che si erano create tra il *corporate business* e i grandi gruppi bancari, inducendo le *lobbies* economiche ad esercitare significative pressioni sulla sfera politica.

In un simile scenario, l'ortodossia ermeneutica liberale e il dogma delle virtù auto-correttive del mercato, già erose nel periodo della *Progressive Era*, si sgretolarono miseramente innanzi alla lunga protrazione della crisi<sup>60</sup>.

Non costituisce un fattore trascurabile il fatto che, proprio in questo periodo, l'espansione dell'intervento pubblico in economia fosse avvenuta in virtù di un ampio utilizzo della clausola sul commercio interstatale su iniziativa del Presidente, piuttosto che del Congresso il quale, dominato da una maggioranza democratica, era divenuto camera di ratifica della volontà presidenziale. La validazione del secondo *New Deal*, ad opera della Corte Suprema, contribuì a consolidare, in modo determinante, il nuovo assetto acquisito dal *Federal Government*. In tale periodo, la *commerce clause* divenne parametro per sostenere un'azione federale diretta, non alla semplice disciplina del commercio tra Stati, ma addirittura, alla direzione delle modalità di svolgimento delle attività ad esso prodromiche quali la produzione - anche di quella agricola - la manifattura ed, in modo del tutto inaspettato rispetto ai retaggi dell'era *Lochner*, anche i rapporti di lavoro. Ciò munì la clausola costituzionale di un'apertura pluridimensionale inaspettata e la rese strumento che impresso un ritmo nuovo, del tutto difforme, al *trend* del *federalizing process* statunitense. L'attitudine della Presidenza ad interpretare in modo "espansivo" gli *enumerated powers* federali e di recuperare la *necessary and proper clause*, in combinato disposto con la nozione degli *implied powers*, segnò un punto di non ritorno nella storia del costituzionalismo statunitense. In tal modo, il *trend* federale

---

<sup>60</sup> In particolare, R.L. STERN, "The Commerce Clause and the National Economy", in *Harvard Law Review*, Vol. LIX, No. 5, (May 1946), pp. 653 e s.

acquisì una direzione “centralizzatrice” a favore di un *Federal Government* accresciuto nella sua struttura grazie alla creazione di un complesso ed articolato apparato amministrativo, indipendente dall'*executive branch*<sup>61</sup>.

Sembra incredibile, ma la “rivoluzione costituzionale” avvenne a costituzione invariata, essendo pochi gli emendamenti approvati in quegli anni<sup>62</sup>. In effetti, da un punto di vista esteriore, la forma di Stato e la forma di Governo rimasero intatte, ma ad essere mutata fu la ‘sostanza’ del tessuto costituzionale, segnata dal passaggio da un *Congressional Government* ad un *Presidential Government* e dalla transizione da un modello statale liberale ad uno social-democratico<sup>63</sup>. Si ritiene che uno dei termini più appropriati per definire siffatto momento storico-giuridico è quello di metamorfosi costituzionale.

L’espansione del ruolo del *Federal Government* avvenne proprio in virtù di una interpretazione estensiva della *commerce clause* che rinvenne il difficile e lento plauso pretorio della Corte Suprema, a ciò si aggiunse un rinnovato utilizzo dello *spending power* federale che, attraverso lo strumento della chiamata in partecipazione (cd. *grants-in-aid*), dette vita a nuove dinamiche relazionali tra *Federal Government* e singoli Stati.

In tal modo, il federalismo si trasformò gradualmente da duale in cooperativo e superò la rigida divisione delle competenze tra Stati e *Federal Government* tipica del modello liberale<sup>64</sup>. Risulta evidente che, negli anni immediatamente successivi al *New Deal*, le spinte intra-sistemiche erano diventate fortemente centripete e che, nonostante le dinamiche relazionali cooperative, il sistema presentava tratti spiccatamente centralizzati. Basti pensare alle modalità di interpretazione e di applicazione della *commerce clause* che si era liberata dagli angusti schemi ermeneutici che

---

<sup>61</sup> Per una disamina complessiva della legislazione e della giurisprudenza del periodo si rimanda ai contributi di C.R. SUNSTEIN, “Constitutionalism After the New Deal”, in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), pp. 424 e ss., di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, pp. 29 e ss., di M. CRUCINI, J. KAHN, “Tariffs and Aggregate Economic Activity: Lessons from the Great Depression”, in *Journal of Monetary Economics*, 2001, Vol. 3, No. 38, pp. 430 e ss., e di G. D’IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d’America*, Milano, 2004, p. 146.

<sup>62</sup> D.V. KYVIG, “The Road Not Taken: FDR, the Supreme Court and the Constitution Amendments,” in *Political Science Quarterly*, Vol. 104, (1989), pp. 473 e ss. nonché, in linea generale, S.G. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano*, Bologna, 1996, pp. 72 e ss.

<sup>63</sup> Pur dovendosi precisare che il modello di *Welfare State* statunitense non è assimilabile a quello di Stato sociale in auge nell’Europa continentale ove l’intervento dello Stato nell’economia era suffragato, spesso, dallo strumento dell’impresa pubblica, e l’azione a favore delle categorie più deboli e bisognose era retto dal principio dell’eguaglianza sostanziale e dall’elencazione, nelle Costituzioni statali, di una nutrita serie di diritti sociali fondamentali, estranea alla Costituzione del 1789, legata ai dettami del solo principio di eguaglianza formale innanzi alla legge. Per tale motivo è più corretto parlare di modello neo-liberale per definire il volto del *Federal Government*, a seguito del *New Deal*.

<sup>64</sup> In verità lo smodato utilizzo dei *grants-in-aid* dette vita ad una apposita branca dell’economia che studiava simili meccanismi di finanziamento, meglio nota come *grants economy*. Le degenerazioni del modello, però, innervarono nel sistema federale una duplice tensione, di tipo coercitivo sull’asse verticale di riparto dei poteri, e di tipo competitivo sull’asse orizzontale. Quest’ultimo si snodava lungo una direzione *top-down* o *bottom-up*, a seconda delle disponibilità finanziarie e delle capacità di programmazione economica dei singoli Stati. Sul punto, A. ZORZI GIUSTINIANI, *Stato costituzionale ed espansione della democrazia*, Padova, 1999, p. 333, nonché H.N. SCHEIBER, “The Conditions of American Federalism: An Historian’s View. A Study Submitted by the Committee on Government Operations, Subcommittee on Intergovernmental Operations”, in *U.S. Senate, 89<sup>th</sup> Congress, Second Session*, 15 October 1966, pp. 8 e s. e M. DERTHIK, *The Influence of Federal Grants*, Cambridge, Massachusetts, 1970, p. 5

imponavano la distinzione tra effetti diretti e indiretti e la timida apertura costituita dalla dottrina della corrente di commercio (*stream of commerce*). In tal modo, il Congresso intraprese la regolazione di tutte quelle attività e di tutte quelle operazioni economiche e non, che fossero correlate, anche indirettamente, al commercio interstatale. Il potere regolatorio federale si estese anche a quelle attività puramente locali o statali qualora il loro ripetersi, in ragione dell'effetto cumulativo, era in grado di incidere sul commercio gli Stati.

La regolazione federale del commercio interstatale rispondeva, talvolta, anche a finalità non economiche, basti rammentare la disciplina del trasporto delle prostitute nei circuiti interstatali e la repressione del commercio interstatale del materiale pedo-pornografico che determinò la penetrazione della disciplina federale nel feudo della legislazione penale di competenza dei singoli Stati.

Circa l'accezione *dormant* della clausola, si abbandonò il rigido schematismo ottocentesco e si giunse a non considerare valide solo quelle leggi statali che, pur incidendo direttamente sul commercio interstatale, non costituivano un *unreasonable burden* posto a carico dei flussi commerciali interstatali, non contenessero elementi di manifesta discriminazione a scapito degli operatori economici extra-statali o di spiccato ed inammissibile protezionismo a favore di quelli locali<sup>65</sup>.

A supporto della spinta centralizzatrice si collocò un peculiare ricorso allo strumento della *preemption* federale che consentì alla legge del Congresso, ai regolamenti dell'Esecutivo e delle agenzie indipendenti di disciplinare ampi settori della vita socio-economica e di sp(i)azzare la legislazione statale presente nella medesima materia in virtù della *Supremacy Clause*. Per evitare che la prevenzione federale operasse un radicale spossessamento delle prerogative sovrane dei singoli Stati, fu reputata utile la soluzione di ricorrere alla "*partial preemption*" al fine di garantire una concomitante presenza della fonte normativa statale, destinata ad integrare quella federale, rispettando i fini ed i contenuti di quest'ultima<sup>66</sup>. Solo a partire dagli anni Ottanta si è mitigato il ricorso alla *total preemption*, in virtù del riconoscimento di un necessario ruolo concorrente dei singoli Stati. Come ha rilevato efficacemente Bermann, negli Stati Uniti, il *Federal Government* ed, in particolare, il Congresso non si sono mai ispirati ad una logica d'azione sussidiaristica nel

---

<sup>65</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Torino, 2000, pp. 213 e s.

<sup>66</sup> La *preemption* opera nel momento in cui la legge federale esclude, espressamente, che quella materia possa essere regolata da leggi statali; quando il concorso della fonte normativa statale è negato in ragione della completezza ed esaustività della fonte federale e, nel caso in cui si predilige l'applicazione della legislazione federale per evitare l'insorgere di conflitti o di contrasti applicativi tra le due discipline. Della *preemption* fu fatto un largo uso, soprattutto, nella materia giuslavoristica. Sul punto, si rimanda al contributo di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano ... cit.*, p. 216 e s. Analogamente, si esprimono richiamando la *Supremacy Clause*, R.D. ROTUNDA, J.E. NOWAK, J.N. YOUNG, *Treatise on Constitutional Law – Substance and Procedure*, St. Paul, Minnesota, 1986, pp. 623 e ss.



deliberare i propri interventi, per tale motivo l'approvazione delle leggi federali negli ultimi cinquant'anni è avvenuta senza premurarsi se i singoli Stati erano in grado di provvedervi da soli<sup>67</sup>.

A riprova di siffatto *centralizing trend* si collocava una nuova interpretazione della *Privileges and Immunity Clause* che imponeva di riconoscere ai cittadini di altri Stati, i medesimi diritti ed eguali prerogative dei cittadini residenti nel proprio territorio, ad eccezione di taluni diritti politici.

A partire dagli anni Cinquanta e Sessanta, la *Privileges and Immunities Clause* e la *Dormant Commerce Clause*, nella loro rinnovata accezione, hanno costituito uno strumento formidabile per assicurare la libera circolazione delle persone, delle attività economiche, delle merci e dei capitali su tutto il territorio dell'Unione, senza discriminazioni.

Una siffatta trasformazione costituzionale era stata favorita dalla giurisprudenza innovativa della Corte di Earl Warren, a cavallo tra gli anni Cinquanta e Sessanta, in materia di diritti civili e politici. Non costituisce un fattore trascurabile il fatto che la Corte Suprema abbia validato il *Civil Rights Act*, utilizzando quale parametro di giudizio, la *commerce clause* e non il XIV emendamento. La politica della "Nuova Frontiera" di John F. Kennedy e la "Great Society" di Lyndon Johnson condurranno ad uno scrutinio di costituzionalità sempre più stringente a favore dei diritti civili, politici e sociali, con conseguente degradazione del rilievo delle libertà economiche<sup>68</sup>.

La stagione del *cooperative federalism* poggiava su di una dinamica relazionale collaborativa tra singoli Stati e *Federal Government* ed aveva innervato nei rapporti tra Stati forme di competizione in vista dell'ottenimento di maggiori finanziamenti federali. Occorre, poi, considerare che gli equilibri federali, nonostante fossero attratti nella parabola della cooperazione intra-sistemica, si erano tinggiati di venature coercitive che avevano rafforzato oltremodo il ruolo regolatorio del *Federal Government*, ponendo i diritti costituzionali degli Stati in una zona d'ombra<sup>69</sup>.

Si trattò, comunque, del periodo di massimo consolidamento del mercato unico nazionale e della sua più compiuta integrazione. Infatti, le dinamiche federali cooperative si evincevano dalla concomitante presenza di leggi federali sulla etichettatura e sulle caratteristiche dei prodotti che erano variamente integrate e specificate da apposite normative statali, secondo un rapporto di mutua complementarietà, nel caso in cui non operava la *total preemption* federale.

---

<sup>67</sup> In particolare, il riferimento al pensiero di Bermann è contenuto nell'opera di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Torino, 2000, p. 208.

<sup>68</sup> Basti rammentare il fatto che i diritti pretensivi di tipo sociale da meri privilegi si erano trasformati in situazioni *entitled*, sino ad arrivare alla suggestiva teorizzazione di Robert Reich dei *welfare rights*. A suffragio di siffatto approccio si colloca la poderosa riforma del *welfare* degli anni Sessanta, suggellata nei programmi *Medicare* e *Medicaid*. Sul punto, di ampio respiro, sono le ricostruzioni condotte da A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzioni e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Torino, 2003, pp. 127 e ss.

<sup>69</sup> Gli Stati avevano dato prova di notevoli capacità di collaborazione grazie all'introduzione dello *Uniform Commercial Code* e alla formazione di accordi inter-regionali in determinate materie, simbolo di quel cooperazionismo dal basso che tipizzerà l'esperienza federale statunitense.

Gli equilibri federali conobbero una fase di svolta a seguito degli *shocks* petroliferi degli anni Settanta che fecero perdere smalto alle ricette macroeconomiche keynesiane e prepararono l'*humus* per la *deregulation* reaganiana degli anni Ottanta, in linea con gli influssi teorici della Scuola Monetarista di Chicago, che fu applicata, con qualche anno di anticipo nella Gran Bretagna di Margaret Thatcher.

In tal modo, il proposito reaganiano di rinvigorire il ruolo dei singoli Stati e di ricondurre l'azione federale nel novero degli *enumerated powers* inaugurerà un nuovo *trend* federale meglio noto come *New Federalism*. Grazie ad un mutato approccio pretorio della Corte Suprema in ordine alla sfera applicativa della *commerce clause* e rinvigorendo il ruolo originario del Congresso, il sistema ha, oggi, assunto i tratti 'elazariani' di una *multidimensional matrix* cui non sono più predicabili i termini centro e periferia, ma quelli di un sistema non centralizzato in cui gli equilibri tra le singole parti componenti sono mobili e le dinamiche relazionali sono segnate dalla complementarità funzionale, nel quadro di un mosaico e non di una piramide<sup>70</sup>.

In tal modo, la *commerce clause*, anche nella sua accezione *dormant*, ha contribuito a cadenzare le stagioni del costituzionalismo americano, ha inciso sull'inedere del *trend* federale sul quale si è adagiato il percorso di costruzione e di consolidamento del mercato unico nazionale, acquisendo l'aspetto di un *passepartout* che ha consentito di leggere e di comprendere il ritmo del *federalizing process* e le sue dinamiche.

Volgendo lo sguardo all'Europa, sorge naturale chiedersi cosa stesse accadendo nel Vecchio Mondo quando negli Stati Uniti si stava compiendo una siffatta metamorfosi costituzionale.

È indubbio che nella "*Supranational Europe*" la costruzione di un mercato comune, su base continentale, sia avvenuta in assenza di una "*institutional machinery that was instrumental in creating national market*"<sup>71</sup>.

Sul finire degli anni Settanta e agli inizi degli anni Ottanta ci si rese conto che, al fine di smantellare le regole nazionali che disciplinavano ed ostacolavano la libera circolazione delle merci, delle

---

<sup>70</sup> Come rileva Carrozza, l'affermazione della forma cooperativa equivale ad una crisi definitiva della forma garantista, fondata sulla concezione che sia possibile determinare in astratto una divisione assoluta delle sfere di attività dello Stato centrale e delle entità decentrate secondo una logica di perfetta separatezza. Nella realtà attuale, le politiche pubbliche richiedono un maggior o minore grado di collaborazione e di coordinamento, se non addirittura di integrazione tra i vari livelli di governo. In particolare, P. CARROZZA, "I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomia", in AA.VV. (a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari) *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2009, p. 795.

<sup>71</sup> Fabbrini precisa che nel pensiero statunitense, il commercio era considerato il motore della prosperità, necessaria per la stabilità della nuova Repubblica, mentre in Europa la costruzione del mercato comune ha rappresentato "*the very rationale of the European Community*". In particolare, S. FABBRINI, "Building a Market Without a State", in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States* (edited by Sergio Fabbrini), New York, 2005, p. 120 e dello stesso autore "A Single Western State Model? Differential Development and Constrained Convergence of Public Authority Organization in Europe and in America", in *Comparative Political Studies*, 2003:36, (August 2003), pp. 670 e s. L'autore, rammentando il contributo di Michelle Egan, reputa più decisivo l'intervento della Corte di Giustizia rispetto a quello della Corte Suprema nelle differenti fasi, negative e positive, delle dinamiche integrative del mercato comune.

persone, dei servizi e dei capitali occorresse una nuova strategia che andasse al di là delle trame dell'integrazione negativa. In tal senso, la Corte di Giustizia e le altre istituzioni comunitarie ricoprirono un ruolo importante nel promuovere un “*supranational legal order for a European Common Market*”<sup>72</sup>. Come rileva Michelle Egan, il passaggio dall'integrazione negativa a quella positiva costituì un importante momento di transizione nel percorso di realizzazione del mercato unico e di evoluzione del processo di integrazione europea<sup>73</sup>.

L'avvento di un *New Regulatory System*, a livello comunitario, avvenne nella seconda metà degli anni Ottanta e si mosse lungo le trame dell'armonizzazione positiva condotta dalle istituzioni comunitarie, destinata a completare, in chiave normativa, l'intuizione della formula *Cassis de Dijon*. Il percorso di armonizzazione seguiva il *minimum approach* destinato a lasciare spazio alle normative statali, al fine di evitare che i singoli Stati membri si trovassero imprigionati in una gabbia assimilabile alla zona d'ombra degli *states' rights* statunitensi.

La pubblicazione del Libro Bianco della Commissione sul mercato interno, cui ha fatto seguito la stipulazione dell'Atto Unico europeo nel 1985, costituiscono i momenti di svolta che hanno aperto la strada alla seconda generazione del mercato comune, quella dell'integrazione positiva. Entrambi intendevano realizzare il percorso di completamento del mercato interno attraverso la definitiva eliminazione degli ostacoli fisici, tecnici e fiscali frapposti alla libera circolazione delle merci e l'armonizzazione della fiscalità indiretta e delle misure e degli *standards* tecnici e qualitativi previsti per la produzione e distribuzione dei prodotti, in modo tale che il mercato acquisisse l'aspetto di un sistema aperto e concorrenziale non distorto<sup>74</sup>.

Il Trattato di Maastricht ha, poi, innovato sensibilmente la stessa configurazione del mercato unico, collegandovi l'unione economica e monetaria e numerose politiche comuni orizzontali, considerate strumenti per raggiungere uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche cui è stata associata la cittadinanza dell'Unione. Non solo, il Trattato UE ha previsto l'istituzione di un sistema europeo di banche centrali con al vertice la Banca Centrale Europea e la previsione di una moneta unica circolante che entreranno a pieno regime dopo circa un decennio<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Sul punto, S. FABBRINI, “Building a Market Without a State”, in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States* (edited by Sergio Fabbrini), New York, 2005, p. 120

<sup>73</sup> Come rileva Michelle Egan, il rafforzamento delle tappe dell'integrazione negativa avvenne in virtù dell'istituzione di un “*New Regulatory Regime*”, che si poneva quale complemento dell'azione della Corte di Giustizia che “*liberated the market and transformed the way in which markets are regulated*”. Sul punto, M. EGAN, *Constructing a European Market*, New York, 2001, p. 108 e S. FABBRINI, “Building a Market Without a State”, in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States* (edited by Sergio Fabbrini), New York, 2005, p. 120.

<sup>74</sup> Sul punto, in particolare, G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, p. 329, il quale rileva che l'Atto Unico sostituì alla regola dell'unanimità quella della maggioranza qualificata, consentì il ricorso, in taluni casi al regolamento, in luogo della direttiva e introdusse il principio di sussidiarietà, in materia ambientale. L'Atto Unico implementò le politiche di accompagnamento e le competenze comunitarie al settore della ricerca, dello sviluppo tecnologico, della protezione dell'ambiente e della coesione sociale.

<sup>75</sup> Come rileva Alberta Sbragia, la creazione di una Banca Centrale europea è avvenuta anteriormente alla unificazione monetaria, contrariamente a quanto è avvenuto negli Stati Uniti, in cui la creazione del *Federal Reserve System* nel

Una importante circostanza storica è costituita dal fatto che nel 1989 si verificò la caduta del Muro di Berlino che dischiuse l'universo dell'Europa Orientale e preparò l'allargamento ad Est che si verificherà in prosieguo, mutando la morfologia geografica dell'Unione e arricchendola di un nuovo substrato giuridico e culturale<sup>76</sup>.

A partire dagli anni Novanta il mercato interno è divenuto *locus* di scambio e strategia giuridica che andava al di là della realizzazione di uno spazio in cui erano garantite la libertà di circolazione delle merci, dei servizi e dei fattori produttivi e la presenza di paritarie condizioni di concorrenza per le imprese. Il mercato si presentava, grazie alle politiche di accompagnamento che vi si correlavano, come un “quadro giuridico complessivo, su scala europea, dello svolgimento dei rapporti economici”. A tal fine, la struttura pluralistica del mercato si sovradimensiona per effetto del riconoscimento non solo delle libertà economiche (di concorrenza e degli scambi), ma anche di quelle istanze di tutela dei lavoratori, della cultura, dei giovani e delle donne che caratterizzano le moderne democrazie<sup>77</sup>, in modo simile a quanto accaduto nel periodo che si diparte dal *New Deal* sino alla *Great Society* negli Stati Uniti.

La previsione formale del principio di sussidiarietà nel Trattato sull'Unione Europea suggellerà il mutato equilibrio tra poteri nella stagione dell'integrazione positiva.

Uno dei più significativi fondamenti giuridici della stagione dell'integrazione positiva è costituita proprio dalla previsione dell'art. 114 del TFUE (già art. 95 TCE) introdotta dall'Atto Unico Europeo nel Trattato di Roma, che prevede una importante procedura in merito al ravvicinamento delle discipline legislative, regolamentari ed amministrative in auge nei singoli Stati membri, ma lo fa secondo specifici *iter* procedurali.

---

1913, avvenne quando era oramai già definitivamente compiuta l'unione monetaria e quella economica. Negli Stati Uniti erano stati esperiti tentativi di creazione di una Banca Centrale federale nel corso dell'Ottocento, basti rammentare la *First* e la *Second Bank of United States*, fallite in ragione dei contrasti insorti tra la componente federalista e quella repubblicana, in seno al Congresso. Parimenti era accaduto in Europa, ove i tentativi di unione monetaria progressivi erano falliti e le previsioni del Trattato di Maastricht e l'entrata in funzione della Banca Centrale seguono ad una forma solo parziale di unione delle singole economie nazionali. La Gran Bretagna e la Danimarca, inoltre, non hanno aderito alla moneta unica. Sul punto, si rimanda al contributo di A.M. SBRAGIA, “Shaping a Polity in an Economic and Monetary Union: The EU in Comparative Perspective”, in *Euros and Europeans. Monetary Integration and the European Social Model* (edited by A. Martin e G. Ross), Cambridge, 2004, pp. 53 e ss.

<sup>76</sup> Suggestiva, a riguardo, è l'analisi comparativa condotta da Bruce McDowell in merito all'esperienza europea e statunitense, quando raffronta il 1989 con il 1789 negli Stati Uniti. L'autore rileva come nel 1789, fu ratificata la Costituzione federale e creato il *Federal Government*, da parte di 13 Stati che pensavano a se stessi come a delle Nazioni; così, in Europa, 12 Stati si preparavano ad entrare in una nuova fase, quella dell'Unione economica e monetaria e del mercato unico. Nel 1789, negli Stati Uniti, il dibattito sulla ratifica della Costituzione, indusse ad approvare il *Bill of Rights* del 1791 a sostegno dei diritti dei singoli Stati contro abusi di potere da parte del *Federal Government*, parimenti, in Europa, per l'autore il passaggio dal mercato comune a quello unico avrebbe dovuto condurre ad una riflessione sul futuro politico della Comunità in senso confederale o, piuttosto, federale. In entrambi i casi, le due date inaugureranno una stagione di espansione territoriale verso Ovest, negli Stati Uniti, e verso, Est, in Europa. Sul punto, B.D. MCDOWELL, “The Interstate Commerce Clause of the U.S. Constitution: A 200- Year Case Study for European Integration”, in *Federal-Type Solutions and European Integration* (edited by John Lloyd Brown), Lanham, Maryland, pp. 139 e ss.

<sup>77</sup> In particolare, G. TESAURO, *Diritto comunitario ...cit.*, p. 330 e s.

La strategia dell'armonizzazione positiva si è connotata per l'elaborazione di un nuovo approccio agli obiettivi di realizzazione di un mercato unico, secondo le linee d'azione tracciate dall'art. 100B (abrogato dal Trattato di Amsterdam del 1997)<sup>78</sup> e dal principio di sussidiarietà.

La scelta della direttiva, quale strumento normativo destinato ad avviare il percorso di armonizzazione a livello comunitario, appariva la più appropriata poiché risultava meno "unificante", rispetto al regolamento, e più rispettosa delle singole esperienze giuridiche nazionali. La strategia dell'armonizzazione, anche alla luce delle innovazioni introdotte dal Trattato di Amsterdam, si mostrò uno strumento malleabile e flessibile nel garantire una graduale integrazione positiva delle rispettive discipline nazionali, mentre la regola della maggioranza qualificata ridusse il peso (bloccante) degli Stati nel processo decisionale comunitario.

Infatti, è stata fatta salva la possibilità per gli Stati di evocare una delle cause di cui all'art. 36 del Trattato di Roma o ulteriori esigenze al fine di esimersi dall'armonizzazione, anche se sotto il controllo delle istituzioni comunitarie. In tal modo, si è garantita la coesistenza delle esigenze della uniformità con quelle del mantenimento della diversità. Inoltre, la permanenza della dottrina del mutuo riconoscimento permetteva che il prodotto, munito del certificato fornito da un organo nazionale di conformità agli *standards* europei, poteva a circolare liberamente nel mercato unico ed essere scambiato nel territorio di altro Stato membro.

In tal modo, il processo di integrazione europea è stato sottoposto a differenti spinte, centralizzatrici e decentralizzatrici, di *regulation* e di *deregulation* entro cui si è dispiegata la dinamica evolutiva dello stesso mercato unico. Inoltre, la strategia dell'armonizzazione minima, mitigata dalla persistenza del parallelismo funzionale e dalla possibilità di invocare le fattispecie derogatorie di cui all'art. 36, ha costituito uno strumento valido per evitare una *over-regulation* del mercato, a livello comunitario, e per conservare un margine d'azione a favore delle *regulations* nazionali<sup>79</sup>. La strategia rispecchia la formulazione degli artt. 34 e 36 del TFUE, consentendo una realizzazione graduale ed equilibrata del mercato interno secondo un sistema di *european checks and balances* (utilizzato in una accezione atecnica) che istituzionalizza la formula *Cassis* e rispecchia, in modo

---

<sup>78</sup> L'art. 100B prevedeva che la Commissione, nel corso del 1992, avesse il compito di curare l'inventario di tutte le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che rientravano nella sfera applicativa dell'art. 100A (oggi art. 114 del TFUE) e che non avevano ancora formato oggetto di armonizzazione.

<sup>79</sup> La Nuova Strategia dell'Armonizzazione comunitaria, per Weiler, indica "un approccio minimalistico che vuole indicare che la Comunità cercherà di armonizzare unicamente ciò che è strettamente necessario ad assicurare la libera circolazione delle merci, consentendo per il resto un certo spazio per normative statali concorrenti"; in secondo luogo, la Comunità fissa degli *standards* di tutela molto generali che consentono un intervento concorrente e correttivo dei singoli Stati membri. Sul punto, J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, pp. 364 nonché M. DOUGAN, "Minimum Harmonization and the Internal Market", in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000), pp. 878 e ss. Del resto, a correttivo di possibili straripamenti di poteri operavano i principi di sussidiarietà e di proporzionalità, come sostenuto da R. MONACO, *Mercato interno europeo ... cit.*, p. 5 nonché da D. SWANN, "Standards, Procurements, mergers and State Aids", in *The Single European Market and Beyond* (edited by D. Swann), New York, 1992, p. 57

più fedele, la *European Economic Constitution*. Questo avrebbe avvicinato il sistema al modello di federalismo statunitense teorizzato da Dye, in cui la dinamica federale si svolge secondo una “*competition among Central Governments and State Governments but also between State governments themselves*”<sup>80</sup>. La sentenza *Keck* rispecchia, non a caso, la nuova stagione della integrazione europea e del consolidamento del mercato interno, sospeso nella ricerca di un punto di equilibrio tra tendenze e spinte contrapposte.

L’armonizzazione comunitaria è il riflesso di quel metodo funzionalista e di quel gradualismo dei passaggi istituzionali che hanno condizionato, sin dall’inizio, il processo di integrazione europea e il percorso di costruzione del mercato unico. Il *centralizing trend* europeo si è consumato lungo le linee *soft* del ravvicinamento che ha lasciato intatte talune *regulations* nazionali ed ha insinuato nel sistema delle dinamiche relazionali, tra centri decisionali, fortemente collaborative, sia nelle rapporti tra Stati e Comunità, che in quelli tra i singoli Stati. Se la *preemption* ebbe più volte un effetto di spiazzamento della normativa statale, l’armonizzazione ebbe quale effetto quello del ravvicinamento delle discipline nazionali. Negli Stati Uniti il tentativo di arginare il fenomeno del *commandering* federale nei confronti dei singoli Stati, secondo le prescrizioni imposte dal Congresso, non trovò un corrispondente in Europa, in cui i principi di sussidiarietà e di proporzionalità funsero da valido elemento di bilanciamento e di delimitazione della sfera di incidenza dell’azione comunitaria<sup>81</sup>.

Anche se il mercato statunitense appare integrato e quello europeo in ulteriore fase di integrazione, in entrambi i contesti l’acquisizione di una dimensione plurale del medesimo, dovuta all’accresciuta complessità socio-economica esterna e all’aumento degli obiettivi e delle competenze da perseguire,

---

<sup>80</sup> Il pensiero di Dye si ancora alla considerazione secondo cui la *competition among rules*, innervata nel sistema dal meccanismo del parallelismo funzionale, presuppone una *competition among powers*, ed è consultabile nel contributo di M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution ...cit.*, p. 132.

<sup>81</sup> Basti raffrontare i casi *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992), *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995) e *Printz v. United States*, 521 U.S. 87, 117 (1997), in tema di *anti-commandering doctrine*, con il caso *British American Tobacco*, C-490/01, sentenza del 2002, inerente due Direttive del Consiglio, la n. 89/622/CEE, che intendeva ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di confezionamento e di etichettatura del tabacco e dei suoi derivati, prescrivendo l’apposizione sulla confezione di un’avvertenza generale e di altre avvertenze aggiuntive e la n. 90/239 che intendeva ravvicinare le disposizioni nazionali, fissando il limite massimo del tenore di catrame presente nelle sigarette. Entrambe le direttive rinvenivano quale loro fondamento giuridico l’allora art. 95 del Trattato CE. La Corte di Giustizia sostenne la validità del fondamento giuridico evocato dal Consiglio, a sostegno della sua azione di armonizzazione positiva, e non ravvide alcun vizio che lasciasse palesare uno sviamento di potere. Sul punto, in particolare, per i casi statunitensi, si rimanda ai contributi di H.J. POWELL, “The Oldest Question of Constitutional Law”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 79, (1993), pp. 651 e ss. R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Practice*, Thomson West, 2007, pp. 608 e ss. e, in part., pp. 628 e ss. nonché N. LUND, “Fig Leaf and Tenth Amendment Exceptionalism”, in *Constitutional Commentary*, Vol. 22, No. 11, (2005), pp. 14 e s. e B.L. BIGELOW, “The Commerce Clause and the Criminal Law”, in *Boston College Law Review*, Vol. 41, (1999-2000), pp. 913 e ss. e, per quello europeo, al contributo di P. ROTT, “Minimum Harmonization for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law”, in *Common Market Law Review*, Vol. 40, (2003), pp. 1119 e s. Sulla diversità dell’*anti-commandering doctrine* e del principio di sussidiarietà si rimanda al contributo comparativo di G.A. BERMAN, K. NICOLAIDIS, “Basic Principles for the Allocation of Competence in the United States and the European Union”, in *Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union* (edited by K. Nicolaidis e R. Howse), Oxford, 2001, pp. 498 e ss.

ha consentito di sgretolare il paradigma liberale, sia nell'accezione in auge negli Stati Uniti che in quella in auge in Europa e a dischiudere un universo ben più complesso, animato dalle problematiche sociali, ambientali e di una società multiculturale e multi-etnica.

Il problema da affrontare trascende lo stesso antico dilemma circa la ricerca di un punto di equilibrio tra potere pubblico e privato, tra libertà ed autorità, tra Stato e mercato, evitando che nessuno oltrepassi la linea di confine posta a fondamento della loro legittimità. Il dilemma, oggi, si misura sulla capacità di un *multilevel system* di garantire la stabilità di un mercato che non è più solo luogo di scambio, ma punto di incontro di esigenze contrapposte e mutevoli, nella cornice di un mutato ordine economico.

In entrambi i sistemi, nonostante, i rilevanti momenti di divergenza e di non assimilabilità, si è avverata la metafora polanyiana secondo la quale “*Contrary to expectation, the introduction of free markets, far from doing away with the need for control, regulation and intervention, enormously increased their range*”<sup>82</sup>. In tal senso le dinamiche integrative del mercato, siano esse negative siano esse positive, si sono sviluppate secondo un insopprimibile intreccio di problematiche economiche, giuridiche, politiche e sociali.

#### 7.6. Analogie e differenze nel raffronto casistico delle due esperienze

Risulta evidente agli occhi dell'interprete la diversa modalità con cui è stata condotta l'integrazione positiva del mercato negli Stati Uniti ed in Europa. L'utilizzo dello strumento della *preemption*, dello *spending power* e una lettura più espansiva della *commerce clause* avevano inciso profondamente sul volto del *Federal Government*, ampliando la disciplina federale di vaste porzioni della vita economica e sociale nazionale, molte volte spiazzando la normativa statale. Nell'Unione Europea ciò non accadde, stante la previsione del principio di sussidiarietà ed un'armonizzazione delle discipline nazionali. È vero che nei due ordinamenti l'integrazione positiva determinò la

---

<sup>82</sup> In particolare, Polanyi afferma che, nel XIX secolo, il liberalismo economico fece un estremo tentativo di restaurare l'autoregolazione del sistema, eliminando la politica interventista che interferiva con la libertà dei mercati. Si credeva che il mercato fosse un'istituzione naturale auto-regolante che equilibrava il libero scambio, il mercato del lavoro e la moneta, ma non era così. “*Nello sconvolgimento sociale ed economico del nostro tempo, nelle tragiche vicissitudini della depressione, delle fluttuazioni monetarie, della disoccupazione di massa e dei mutamenti di condizione sociale ...abbiamo sperimentato il peggio. Abbiamo involontariamente pagato il prezzo del cambiamento*”. Per l'autore la debolezza congenita della società del XIX secolo non era dovuta al suo essere una società industriale, ma dall'essere una società di mercato. Polanyi ritiene che l'eclissi di Wall Street negli anni Trenta salvò gli Stati Uniti da una catastrofe sociale, poiché il mercato finanziario governa per mezzo del panico. Sul punto, K. POLANYI, *La grande trasformazione*, ed. it., Torino, 1974, p. 289 e ss., in part. p. 313. Il pensiero di Karl Polanyi è richiamato anche nel contributo di M. EGAN, *Constructing a European Market ...cit.*, pp. 1 e ss. La metafora polanyiana non si discosta dalla suggestiva intuizione di Natalino Irti in merito all'ordine giuridico del mercato, in particolare, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, pp. 3 e s.

creazione di un *New Regulatory Regime*, ma ciò avvenne secondo modalità differenti, riflesso del diverso *humus* costituzionale in cui erano sedimentate le due esperienze<sup>83</sup>.

Se si bada alla disciplina dei rapporti di lavoro nei due sistemi, gli approcci pretori maturati nel corso degli anni sono stati differenti. Innanzitutto, occorre precisare che negli Stati Uniti la materia ha costituito oggetto di una concomitante disciplina a livello federale e statale. Se nell'epoca del liberalismo maturo, la disciplina federale dei rapporti di lavoro era pressoché assente, nella stagione del *New Deal* la situazione cambiò radicalmente. Ciò agevola la comprensione di una sentenza quale quella sul caso *Lochner* del 1905, in cui la Corte Suprema bocciò una legge dello Stato di New York che fissava l'orario massimo di lavoro giornaliero e settimanale nel settore della panificazione, al fine di garantire la tutela della salute dei lavoratori in un ambiente insalubre quale un panificio. La Corte, fedele all'ideale del *laissez-faire*, invalidò la legge perché limitativa della libertà di contratto e di lavoro degli individui. Parimenti, nel caso *Hammer v. Dagenhart* del 1918, bocciò una legge federale che faceva divieto di immettere nel commercio interstatale prodotti realizzati da minori infra-quattordicenni. La Corte la ritenne una abusiva intromissione nelle materie della produzione e del lavoro, di competenza dei singoli Stati.

Ma negli anni del *New Deal* la situazione mutò sensibilmente. Basti rammentare il caso *United States v. Darby* del 1941, in cui la legislazione federale sull'orario massimo di lavoro e sul salario minimo da corrispondere ai lavoratori impegnati nella produzione di beni da destinare commercio interstatale, fu considerata legittima all'ombra della *commerce clause*<sup>84</sup>. Sino ad arrivare ai *trends* più recenti degli anni Sessanta, in particolare al caso *Maryland v. Wirtz* del 1968, in cui fu dichiarata la costituzionalità di un emendamento al *Fair Labor Standards Act* del 1966 che disciplinava l'ammontare del salario minimo e della retribuzione del lavoro straordinario a favore dei lavoratori impegnati negli ospedali, nelle istituzioni pubbliche e nelle scuole. Il punto centrale dell'emendamento fu costituito dall'innovazione della nozione di datore di lavoro, all'interno della

---

<sup>83</sup> Come afferma Majone, sia negli Stati Uniti che nell'Unione Europea, la stagione dell'integrazione positiva del mercato ha determinato notevoli cambiamenti nel regime di *regulation* del medesimo. Negli Stati Uniti, l'incremento del *rule making* costituì un contraltare al *taxing and spending power*. Anche il fenomeno della *agencification* costituì una evoluzione del modello burocratico ed accentrato pregresso. Nell'Unione Europea, in cui manca un potere di tassare e di spendere, la *regulation* del mercato si affermò a partire dal Libro Bianco e l'istituzione degli organismi privati di standardizzazione costituiva una forma di "*indirect governance*" del medesimo. Negli Stati Uniti, la proliferazione delle *agencies* motivò la svolta deregolativa reaganiana; mentre in Europa, la *regulation* del mercato, in concomitanza con le liberalizzazioni e le *deregulations* nazionali, fu mitigata dalla strategia del mutuo riconoscimento. Ad ogni modo, l'autore sottolinea come sia stato cruciale l'intervento delle Corti nel cadenzare i ritmi ed i livelli di regolazione del mercato. Sul punto, G. MAJONE, "From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance", in *Journal of Public Policy*, Vol. 17, No. 2, (May-Aug. 1997), pp. 152 e ss.

<sup>84</sup> La vicenda era stata preceduta dalla decisione *National Labour Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937) in cui la Corte validò il *Wagner Act* nella parte in cui riconosceva la libertà di organizzazione e di associazione sindacale dei lavoratori addetti alle industrie, i cui prodotti confluivano nel mercato nazionale e li autorizzava a stipulare i contratti collettivi di lavoro e conferiva loro la legittimazione a stare in giudizio, nel corso delle controversie di lavoro. In tale fattispecie, la Corte Hughes si discostò dal precedente *Hammer v. Dagenhart*, argomentando che la *substantive labor regulation* fosse una materia che "*affected the commerce*".



quale venne sussunto anche il singolo Stato e le sue articolazioni interne, tenuti ad agire nel rispetto della normativa federale con riferimento ai lavoratori statali impiegati nelle strutture ospedaliere, nelle istituzioni pubbliche e negli istituti scolastici.

La sentenza consacrò il potere/dovere del Congresso “*to interfere with State functions*”, in ragione della *rational basis* che lo collegava al commercio interstatale ed evidenziava la richiamata applicazione della *commerce clause* per finalità non squisitamente economiche. Un simile approccio ermeneutico alterò, in modo notevole, gli equilibri federali a scapito delle prerogative statali nella cornice di un sistema che aveva assunto tratti spiccatamente centralizzati.

Il punto di svolta, in materia, che condusse alla rivisitazione degli *states' rights* all'ombra del X emendamento, avvenne solo nel 1976 e, in modo non casuale, nell'ambito della materia giuslavoristica. Infatti, nel caso *National League Cities v. Usery* del 1976 il nuovo emendamento al *Fair Labor Standards Act* del 1974, che estendeva le norme sul salario minimo e sull'orario massimo di lavoro anche agli Stati in quanto tali, fu ritenuto incostituzionale. La Corte, infatti, argomentò che la circostanza secondo la quale l'emendamento federale intendeva estendere il proprio profilo regolatorio agli “*States as States*”, in ambiti che erano “*indisputably attribute(s) of state sovereignty*” ed incidere sulla capacità degli Stati di “*structure integral operations in areas of traditional governmental functions*”, lo rendeva incostituzionale e non riconducibile nella clausola sul commercio interstatale.

Si trattò di uno dei primi segnali della corrente del *New Federalism* che tenterà di rinvigorire le prerogative sovrane dei singoli Stati in virtù del recuperato ruolo del X emendamento.

Il recente *trend* interpretativo è quello meglio avvicinabile alla realtà europea, in cui discipline comunitarie assimilabili a quelle *newdealiste* in materia di rapporti di lavoro, non sono pronosticabili alla luce dei consolidati apparati di *welfare states* incardinati nei rispettivi sistemi nazionali<sup>85</sup>. Inoltre, il sindacato del Giudice europeo si concentrava solo sulle leggi statali, mentre negli Stati Uniti, la materia giuslavoristica contava su di un concomitante intervento della fonte federale e di quella statale. Nel caso *Oebel* del 1983, la Corte di Giustizia sostenne la legittimità di una misura nazionale che vietava la lavorazione e la distribuzione del pane in determinate ore, non considerandola una misura avente un effetto equivalente ad una restrizione quantitativa. La Corte sostenne che la materia sociale e la disciplina dei rapporti di lavoro, in particolare sotto il profilo dell'orario di lavoro in settori determinati, rientravano nelle politiche economiche e sociali condotte

---

<sup>85</sup> Indubbiamente, la svolta di Maastricht ampliò le finalità dell'Unione Europea. Infatti, l'art. 2 del modificato Trattato CE, nella pregressa formulazione, considerava la realizzazione del mercato comune e l'unione economica e monetaria, funzionale e strumentale al conseguimento di uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, di una crescita economica, non inflazionistica, di un elevato grado di convergenze dei risultati economici, di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, di coesione economica e sociale e di solidarietà tra gli Stati membri.

dai singoli Stati e nel novero delle funzioni loro proprie, perseguendo un legittimo obiettivo socio-economico non correlato in alcun modo al commercio intracomunitario.

La svolta costituita dall'Atto Unico Europeo e dal Trattato di Maastricht denota l'ampliamento delle finalità e degli obiettivi che l'Unione intende conseguire, attraverso la realizzazione del mercato unico e dell'unione economica e monetaria; cambiò così il volto dell'edificio comunitario, deprivato, non a caso, dell'aggettivo economico. In entrambe le esperienze, l'aumentare della complessità sociale indusse a considerare il mercato secondo un'accezione più ampia, non più confinata alla sola dimensione mercantile, incentrata sulla libera circolazione delle merci, ma arricchita di aspetti ulteriori inerenti la condizione dei lavoratori e la protezione della salute dei consumatori.

Negli Stati Uniti, il consolidamento del mercato è avvenuto in modo parallelo all'evoluzione del *trend* federale, alla costante ricerca di un punto di equilibrio tra potere federale e potere statale e di un confine tra libera iniziativa del singolo e autorità pubblica, tra pubblico potere e libero mercato. In tal modo, si è dispiegato il *federalizing process* sospeso, spesso, tra spinte centripete e centrifughe, tra *regulative and deregulative trends*. Oggi, il sistema presenta delle dinamiche relazionali tra poteri, mobili e fluide, non centralizzate, attratte nell'orbita di una interpretazione costituzionale più attenta al mantenimento degli equilibri federali. In tal senso la *commerce clause* e il X emendamento hanno riacquisito il loro ruolo originario. Anche l'accezione *dormant* della clausola, di cui taluni sostengono l'inconferenza applicativa, essendo venuto meno il 'silenzio' del Congresso in una pluralità di materie, risente di un approccio ermeneutico meno rigido e sganciato dalle trame degli effetti diretti e indiretti sul commercio tra Stati. Pertanto, la disciplina statale risente della censura di incostituzionalità, nel momento in cui costituisce un peso irragionevole (*unreasonable burden*) sui flussi commerciali nazionali o contenga elementi di manifesta discriminazione a scapito degli operatori di altri Stati o di chiaro protezionismo nei confronti dei propri.

È stato rimesso al Congresso il compito di valutare, attraverso la legge federale, quali sono gli spazi di normazione residua dei singoli Stati, anche in materia di *interstate commerce*, arretrando al momento normativo e, non a quello giurisdizionale, la valutazione della sfera applicativa dell'accezione *dormant* della clausola.

Nell'Unione Europea, il *trend* ha seguito delle tappe peculiari in ragione della difformità del processo avviato. Indubbiamente, il raffronto casistico è reso più agevole se si pongono a confronto le decisioni in merito alla legittimità di quelle leggi statali sul libero commercio intracomunitario. La stessa formulazione dell'art. 34 rende più assimilabile il *corpus* normativo della *European Economic Constitution* con l'accezione *dormant* della *commerce clause* statunitense.

Anche in Europa, la primigenia stagione interpretativa dell'art. 34 risentiva della rigidità ermeneutica dell'organo di giustizia comunitario, sintetizzata nella formula *Dassonville*. Sembrava che l'art. 36 e le fattispecie derogatorie al regime della libertà degli scambi intracomunitari fossero una reale rarità. Le logiche dell'integrazione negativa riflettevano questo assunto. Si parlava di una *anti-protectionist version* dell'art. 34<sup>86</sup>. Era indubbio che la Corte era condizionata da uno spirito di *laissez-faire* che la giovane struttura della Comunità giustificava.

Una svolta, in tal senso, fu costituita proprio dalla sentenza sul caso *Cassis de Dijon* del 1979 che, nella dottrina del parallelismo funzionale e nel riconoscimento delle esigenze imperative consentì, per taluni aspetti, di considerare l'art. 34, in combinato disposto con l'art. 36, non una *anti-protectionist clause*, bensì una *economic due process of law clause*.

Si trattò di uno dei primi casi in cui fu ripudiato il pregresso parametro degli effetti diretti e indiretti e si avviò l'utilizzo del *balancing test*, quello che gli studiosi statunitensi hanno definito la teorizzazione della *rule of reason* in ambito europeo, che intendeva valutare se la misura statale che incideva sul commercio intracomunitario, perseguiva un legittimo fine dello Stato e l'effetto discriminatorio ed il mezzo apprestato, che ne discendevano, non eccedevano il fine perseguito. Si trattava di un *test* di proporzionalità simile a quello condotto dalla Corte Suprema nel caso *Pike v. Church* del 1970, in cui si valutò se una legge dell'Arizona che imponeva agli agricoltori di inscatolare i prodotti agricoli in impianti situati nel territorio dello Stato, al fine di verificare la qualità e la provenienza della frutta, fosse o meno legittima.

La Corte quando doveva decidere se una legge statale imponeva ostacoli alla fisiologica dinamica degli scambi commerciali, senza discriminare tra residenti e non residenti, tra prodotti interni e prodotti di altri Stati, utilizzava il criterio del *balancing* tra interesse nazionale inciso e vantaggio locale perseguito (*local benefits*)<sup>87</sup>. Il *balancing test* non solo superava la rigidità del criterio degli effetti diretti e indiretti, ma consentiva di valutare in modo più flessibile lo stesso parametro dell'art. 34. Indubbiamente, i criteri di scrutinio utilizzati dalla Corte di Giustizia per censurare leggi statali impeditive degli scambi, risentivano di una minore flessibilità rispetto all'approccio

---

<sup>86</sup> In particolare, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Portland, Oregon, 1998, pp. 87 e ss.

<sup>87</sup> Analogamente, la Corte decise nel caso *Philadelphia v. New Jersey* del 1978, in cui il Supremo Giudice federale sancì che una legge del New Jersey che proibiva l'importazione della maggior parte dei rifiuti solidi e liquidi urbani che erano stati prodotti e raccolti al di fuori dei confini territoriali dello Stato fosse incostituzionale. Infatti, l'evocata esigenza di protezione ambientale, atta a giustificare la misura discriminatoria, non reggeva innanzi alla considerazione secondo la quale il danno ambientale non era prodotto tanto dal trasporto dei rifiuti attraverso i confini statali, bensì dal loro deposito e dal loro smaltimento nell'ambito dello Stato. In tal caso, ammettere la discarica di rifiuti prodotti all'interno dello Stato ed escludere la discarica di quelli provenienti da altri territori presentava un fine discriminatorio che violava la *dormant commerce clause* e non rispondeva ad alcun evidente fine di protezione ambientale. Per un raffronto tra la casistica statunitense e quella europea, si rimanda ai contributi di M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, pp. 90 e s. e p. 98 e di M. EGAN, *Constructing a European Market...cit.*, pp. 98 e s.

pretorio della Corte Suprema statunitense in materia di *dormant commerce clause*; basti rammentare le misure distintamente e indistintamente applicabili e la distinzione dei tipi di normativa commerciale censurabile, ma contribuì a superare alcune rigidità ricostruttive<sup>88</sup>. Ad ogni modo, come l'art. 34 e l'art. 36 del Trattato di Roma costituiscono disposizioni dal contenuto malleabile, così anche la *commerce clause* si è dimostrata uno strumento flessibile che ha assecondato l'evolversi del *federalizing process*, adeguandosi al mutare dei tempi e alla acquisita complessità socio-economica della realtà esterna. Solo adottando un parametro di ricostruzione relativistico è possibile comprendere il mutato modo di interpretare l'accezione *dormant* della clausola e la medesima *interstate commerce clause*.

Ecco perché la lettura del caso *Keck&Mithourd*, nell'ambito europeo, deve essere relativizzata al contesto spazio-temporale di riferimento, incardinato nella Nuova Strategia dell'Armonizzazione, nell'Atto Unico e nel Trattato di Maastricht. La vicenda *Keck* non costituisce un *overruling* della formula *Dassonville*, ma un *distinguishing* e l'interprete non deve lasciarsi trarre in inganno dalla formulazione della pronuncia "*contrariamente a quanto sinora statuito*".

Il caso *Keck* costituisce un momento di svolta poiché distingue tra misure che sovrintendono il funzionamento del mercato e misure che ne regolano le modalità di accesso. La sentenza riflette quella necessità di garantire la formazione di un mercato unico in cui siano scissi il momento del *market access* da quello della *market regulation*, atta contemperare l'esigenza dell'unità con quella del mantenimento di una soglia necessaria di diversità. Siffatti assunti sono riconducibili alla *ratio* sottesa alla nuova strategia dell'armonizzazione che sarà consacrata nella formula rivisitata dal Trattato di Amsterdam. La previsione della possibilità di invocare le fattispecie derogatorie di cui all'art. 36 e invocare le clausole di salvaguardia, risponde a tale fine.

Senza tralasciare il permanere della dottrina del parallelismo funzionale che non sconfessa né contraddice il mutuo riconoscimento nella misura in cui l'armonizzazione comunitaria non sia esaustiva e completa.

Il *trend* attuale del processo di integrazione europea, in cui la realizzazione del mercato unico è stata rafforzata dal ravvicinamento delle discipline legislative, regolamentari ed amministrative dei singoli Stati membri e dal permanere del principio del mutuo riconoscimento e delle clausole di salvaguardia, denota come il *trend* evolutivo del medesimo sia sospeso tra le spinte centralizzatrici (armonizzatrici/comunitarie) e quelle decentralizzatrici statali (*competition among rules*) e tra *regulation* e *deregulation* di determinati settori. Indubbiamente, uno dei meriti dell'armonizzazione

---

<sup>88</sup> Come rilevano Sandalow e Stein "*The Court of Justice adopted principles more restrictive of State power than those adopted by the Supreme Court*". La citazione è rinvenibile nell'opera di M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution ...cit.*, p. 90.

(minima) comunitaria è stato proprio quello di evitare una *overregulation* centralizzata del mercato unico, eliminando i rischi di una eccessiva *regulation* dall'alto.

Questo fa sì che in ambedue i processi, la dinamica evolutiva dei rapporti e delle relazioni tra differenti centri decisionali è avvenuta sempre sotto l'egida della ricerca di un punto di equilibrio tra il pubblico potere ed il libero mercato, tra Stati membri ed Unione, tra disciplina comunitaria e normative statali.

Si tratta di un paradigma predicabile anche per gli Stati Uniti, seppur sia modulato secondo le logiche dinamiche del *federalizing process*.

In tal senso, è condivisibile l'affermazione di chi vede il seguito della *European Economic Constitution* "linked to the continuous interplay among constitutional regulatory models of centralisation, competition and decentralisation"<sup>89</sup>.

È, del resto, suggestivo il fatto che la realizzazione dei mercati, in ambedue i sistemi, sia avvenuta attraverso la mirabile interazione tra "courts, governments and markets" e grazie al ruolo chiave che ha svolto, nelle due esperienze raffrontate, l'organo giudiziario, che è stato l'*arbiter* dei conflitti, favorendo la ricerca di un punto di equilibrio tra libertà ed autorità e tra differenti autorità<sup>90</sup>.

L'analogia rinvenuta esime dal doverla considerare un elemento di identità, ma solo di avvicinabilità tra due esperienze originali, modelli delle epoche. Vedremo a breve le persistenti ragioni della diversità che avvalorano le peculiarità dei due sistemi.

### 7.7. Il camaleonte, la crisalide e i loro destini: riflessioni conclusive

Non è sempre agevole concludere un percorso di ricerca di così ampio respiro temporale, in cui i termini del raffronto sono apparsi sin dall'inizio di notevole complessità strutturale.

Per tali motivi, è parso suggestivo ricorrere alle immagini allegoriche per rendere più particolare la conclusione dell'indagine esperita.

Non casualmente sono ritornate utili le figure del camaleonte e della crisalide che ben descrivono lo stato dell'arte attualmente posseduto dai formanti comparati.

---

<sup>89</sup> In particolare, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution* ...cit., p. 79.

<sup>90</sup> Sul punto, M. EGAN, *Constructing a European Market*...cit., pp. 22 e ss. Fabbrini è giunto ad sostenere che: "The EU has been governed by judges". Sul punto, S. FABBRINI, "A Single Western State Model? Differential Development and Constrained Convergence of Public Authority Organization in Europe and in America", in *Comparative Political Studies*, 2003:36, (August 2003), p. 670. Il ruolo 'creativo' della Corte di Giustizia è evidenziato anche da G. MARKS, L. HOOGHE, K. BLANK, "European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multilevel Governance", in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 34, No. 3, (Sept. 1996), p. 369 che la definiscono "an activist Court in a Supranational Legal Order" e, ancora prima, da P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, 2005, pp. 77 e ss., il quale sottolineò il "caractère dynamique et une fécondité extraordinaires de la jurisprudence communautaire".

La scelta del camaleonte è apparsa la più appropriata per descrivere il volto degli Stati Uniti d'America, inseriti nel *trend* di un *federalizing process* alquanto dinamico e quella della crisalide è sembrata la più significativa per tentare di comprendere l'Unione Europea.

Basti pensare alla straordinaria evoluzione conosciuta dal processo federale statunitense ed ai mutati equilibri tra poteri che vi si sono costruiti intorno, in virtù di una cangiante interpretazione costituzionale della *commerce clause* e della clausola sullo *spending power*.

L'esperienza americana è sorta su di un terreno vergine in cui la comunanza della lingua, della cultura e delle tradizioni giuridiche hanno favorito il processo di integrazione delle culture e l'unione delle economie, legate ad una dimensione pre-industriale e di piantagione. In Europa ciò non risultava possibile, poiché il 'compromesso comunitario' si iscriveva nel tessuto di preesistenti *Westphalian States*, culle di peculiari culture giuridiche.

Negli Stati Uniti, il 'patto costituzionale' che ha dato vita allo Stato federale, all'originale suddivisione dei poteri sull'asse orizzontale e verticale, cui si correla il principio dei *checks and balances*, costituisce il punto di partenza dell'esperienza federale. In Europa, il tentativo di munirsi di un formale assetto costituzionale avrebbe dovuto costituire, in modo inverso, il possibile punto d'approdo del processo di integrazione europea, alla luce del fallito tentativo di dotarsi di un Trattato-Costituzione, nonostante la presenza di un già esistente patrimonio costituzionale europeo e di una originale nozione di costituzionalismo.

Gli Stati Uniti hanno approvato, all'indomani della ratifica della Costituzione federale, un *Bill of Rights* contenente i primi Dieci Emendamenti alla medesima, destinato a tutelare taluni diritti e a riconoscere le prerogative sovrane degli Stati, in base al X emendamento. In Europa lo *European Bill of Rights* ossia la Carta Europea dei Diritti acquisirà valore giuridico al momento dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>91</sup>.

Entrambe le esperienze sono sorte da una Unione ristretta tra Stati che si è gradualmente accresciuta di nuovi componenti; basti pensare agli Stati Uniti delle origini e al passaggio da una unione a tredici Stati ad una a cinquanta Stati. Le Comunità Europee sono sorte per effetto dell'accordo di sei Stati, sino ad arrivare all'Unione a ventisette degli ultimi anni. Indubbiamente, la geometria territoriale degli Stati Uniti si è definitivamente consolidata, mentre quella europea risulta ancora variabile, visto il possibile ingresso di nuovi Stati, che ha indotto taluna dottrina a pronosticare "*an European Union at Fifty*"<sup>92</sup>. Gli Stati Uniti si fondano sull'equilibrio tra *Federal Government* e singoli Stati muniti di proprie Costituzioni interne, nella cornice della *Supremacy Clause* federale.

---

<sup>91</sup> Sul punto, per una disamina delle problematiche aperte da una tutela dei diritti fondamentali su scala comunitaria, si rimanda al contributo di S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparata*, Milano, 2009, pp. 5 e ss.

<sup>92</sup> Si tratta di una intuizione di A.M. SBRAGIA, *European Union at Fifty*, relazione all'incontro di studio *Great Decisions: European Union at 50* (World Affair Council of Pittsburgh, Rivers Club), marzo 2008.

Le entità federate possiedono eguali forme di Stato e di Governo in seno ad una “*compound Republic*”, (differentemente dalla sperimentazione che esiste nell’ordinamento degli enti locali infrastatali); nell’Unione Europea convivono, invece, distinte forme di governo e di Stato a livello dei singoli Stati membri, con la sperimentazione endogena della soluzione federale nel seno della Comunità, che rende il suo *humus* ancora più variabile e differenziato<sup>93</sup>.

Negli Stati Uniti l’unione economica e monetaria è completa e parificata, in Europa sussistono delle asimmetrie dovute alla presenza di Stati membri con una valuta differente dall’Euro.

Nel modello americano il paradigma della statualità e della sovranità è stato modellato e modulato in modo innovativo rispetto ai sistemi dell’Europa Continentale o della Madrepatria inglese, munendoli di una tipica connotazione plurale, su base istituzionale e territoriale. In tal modo, il concetto di Stato si è riplasamato nei cangianti e mutevoli equilibri tra poteri, impressi dal *federalizing process*. In Europa, invece, negli ultimi anni il processo di integrazione europea costituisce il luogo in cui si infrange il paradigma classico della statualità e si rifrange quello della sovranità<sup>94</sup>. Il rimando operato alla caduta del Muro di Berlino, nel 1989, è indicativo di un momento di svolta, non solo perché preparerà il terreno per l’ingresso di numerosi Paesi dell’Est europeo, custodi di un patrimonio giuridico e di un sistema economico di ascendenza socialista, estranei alla tradizione europeo-continentale, ma anche perché, come rileva Bognetti, dopo il 1989, i fattori che spingevano a federalizzarsi verso l’esterno e verso l’interno, riceverono un notevole *imprimatur*<sup>95</sup>.

In un simile scenario ben si comprende come nei due sistemi, i processi federativo e integrativo, abbiano costituito uno straordinario laboratorio di sperimentazione istituzionale entro il quale sono stati modellati e rinnovati gli equilibri tra poteri, parzialmente all’evoluzione della realtà socio-economica esterna. La metafora della realizzazione dei mercati unici ha costituito un momento di straordinaria intensità ricostruttiva, poiché su di essi si sono costruiti due differenti tipi di unione, l’una federale e l’altra sovranazionale. Nel tentativo di liberalizzare gli scambi di merci, al riparo

---

<sup>93</sup> Fabbrini annovera, tra i momenti di contatto presenti tra le due esperienze, una “*institutional independence of the executive*”, un “*dispersed lawmaking process*” e un potere politico “*territorially diffused*”. In particolare, S. FABBRINI, “A Single Western State Model? Differential Development and Constrained Convergence of Public Authority Organization in Europe and in America”, in *Comparative Political Studies*, 2003:36, (August 2003), pp. 667 e ss.

<sup>94</sup> Già negli anni Settanta Pierre Pescatore parlò di “*réaménagement des souverainetés*”. In particolare, P. PESCATORE, *Le droit de l’intégration*, Bruxelles, 2005, pp. 31 e ss. Come ha rilevato Alberta Sbragia, attraverso il processo di integrazione europea, “*the European sovereign States have become gradually EU member States. The State is still there, but packed in a different box*”. Sul punto, A.M. SBRAGIA, *From ‘Nation State’ to a ‘Member State’: The Evolution of the European Community*, Oxford, 1994, pp. 69 e ss. A riguardo basti rammentare la risalente ed interessante analisi condotta da Nettl che considera lo Stato “*as a conceptual variable*”, riflesso di una realtà empirica cangiante. L’autore giunge a dotare lo Stato della mutevole natura di collettività, di unità, di autonoma collettività e di fenomeno sociale, passando in rassegna le singole esperienze maturate nel contesto internazionale. Sul punto, J.P. NETTL, “The State as a Conceptual Variable”, in *World Politics*, Vol. 20, No. 4, (July, 1968), pp. 562 e ss.

<sup>95</sup> In particolare, G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2001, p. 93.

dai protezionismi statali, si è giunti a garantire la libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali al fine di favorire l'avvicinamento delle singole economie statali in un unico grande spazio economico e giuridico.

In entrambi i sistemi, il mercato unico ha rappresentato il mezzo necessario per raggiungere il progresso economico e sociale generale. Negli Stati Uniti il consolidamento del mercato nazionale è avvenuto congiuntamente all'evolversi del processo federale e del mutare del costituzionalismo. Ciò ha condotto il sistema ad una profonda forma di maturazione delle dinamiche relazionali tra poteri, che giunge alla concezione elazariana del *non centralized system*, in cui i rapporti tra differenti attori istituzionali si misurano sulla capacità di negoziazione secondo *networks* collaborativi, sganciati dalle logiche gerarchiche. Indubbiamente, la presenza di una clausola costituzionale sul commercio interstatale di cui il Congresso ha fatto un largo uso a partire dal *New Deal*, ha costituito uno strumento straordinario per disciplinare ogni più minuto aspetto delle realtà socio-economica, giungendo a spogliare gli Stati di alcune classiche prerogative in materia giuslavoristica e penale. Nonostante tutto, ha rappresentato l' 'arma vincente' per consolidare il mercato nazionale, munendolo di una base omogenea ed uniforme. Del resto, le derive coercitive del *trend* federale, dovute ad uno smodato utilizzo dello *spending power* e ad una sin troppo estensiva interpretazione della *commerce clause*, sono state ricomposte da una recente interpretazione costituzionale che ha restituito alla clausola il compito di disciplinare solo quei fenomeni che "*substantially affect interstate commerce*". In siffatto contesto, non appaiono più utilizzabili le nozioni di centro e periferia. La sperimentazione della ricerca di nuovi equilibri si muove nella trama di relazioni flessibili, ma pur sempre in una formale cornice costituzionale di riferimento, nel seno di un mercato unico perfettamente integrato in cui circolano prodotti col marchio "*Made in USA*".

In Europa, invece, nonostante il processo di integrazione abbia proceduto a ritmo incessante, il gradualismo delle scelte e dei passaggi evolutivi che lo hanno caratterizzato, ha condizionato anche l'evolversi della costruzione del mercato unico.

Infatti, la giurisprudenza creativa della Corte di Giustizia è avvicinabile al ruolo della Corte Suprema americana, talvolta meno rigida del Giudice comunitario, ma l'attivismo della Commissione che ha avviato numerose procedure di infrazione ai danni degli Stati membri non potrà mai essere assimilato al *commerce power* del Congresso federale<sup>96</sup>. Le istituzioni comunitarie

---

<sup>96</sup> Come rileva Carrozza, in entrambe le esperienze "*a fronte di enumerazioni materiali oggettivamente e teleologicamente definite*", sono state le Corti Supreme a consentire una graduale espansione del potere centrale, plasmando i cangianti equilibri tra poteri. Carrozza evidenzia come sia straordinaria l'assonanza tra le tecniche argomentative utilizzate dalla Corte Suprema nell'800 e quelle adoperate dalla Corte di Giustizia nel Novecento. Basti rammentare le analogie tra le decisioni sulla *Supremacy Clause* della Corte Suprema e quelle inerenti la primazia del diritto comunitario elaborate dalla Corte di Giustizia nei casi *Van Gend en Loos* del 1962 e *Costa c. Enel* del 1964. Ma



hanno ricoperto un ruolo delicato nella fase di ravvicinamento delle discipline nazionali e nel tentativo di armonizzarle in vista della realizzazione del mercato unico, rispettando le prerogative degli Stati membri, in modo anche più intenso del Congresso federale che, sovente, le ha spiazzate per effetto della *preemption*.

Nonostante i processi di evoluzione dei due sistemi giuridici si siano adagiati sui percorsi di realizzazione dei mercati unici, seguendo le logiche dinamiche dell'integrazione negativa e positiva e della tutela congiunta della libertà degli scambi e di concorrenza, la *framelaw* di riferimento delle due esperienze differisce e ne condiziona l'evolversi.

In Europa non vi è stato, (e chissà se vi sarà), il *bing bang* che negli Stati Uniti è stato provocato dal *New Deal*<sup>97</sup>. L'Atto Unico che ha segnato il passaggio definitivo dal mercato comune al mercato unico e il Trattato di Maastricht che ha introdotto l'unione economica e monetaria, costituiscono '*relevant steps*' nel processo di integrazione e di consolidamento del mercato interno, ma non hanno rivoluzionato completamente il volto dell'Unione Europea, del resto le tecniche dell'integrazione differiscono nelle due esperienze.

Risulta predicabile, ad ambedue i sistemi, la definizione di *multilevel system*, solo che l'edificio europeo si atteggia ad una "*multilevel governance without government*" (nell'accezione tecnica del termine), mentre gli Stati Uniti presentano i tratti di una "*multilevel governance with a government*" secondo un'accezione di *government* estranea alla tradizione della forma di governo parlamentare europea<sup>98</sup>. Simili argomentazioni inducono a sostenere che, al di là dei punti di contatto tra le due esperienze, notevoli sono gli elementi di diversità che alimentano la considerazione secondo la

---

rilevano anche le decisioni in materia di assorbimento elaborate nel caso *Casagrande* dalla CGUE, nel 1974, e la *preemption doctrine* affermata dalla Corte Suprema nel caso *Gibbons v. Ogden* del 1824; la teoria dei poteri impliciti elaborata dalla CGUE, nel caso *ERTA*, del 1971, e quella sulla *implied powers* e la correlata *necessary and proper clause*, enucleata nel caso *McCulloch v. Maryland* del 1819. A queste assonanze si associano i casi di *incorporation* trattati dalla CGCE e la teoria della *incorporation* trattata dalla Corte Suprema nel caso *Allgeyer v. Louisiana* nel 1897. Sul punto, in particolare, si rimanda al contributo di P. CARROZZA, "I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi ...cit., pp. 804 e s., si esprime, in modo analogo, anche J. CAPORASO, "The European Union and Forms of State: Westphalian, Regulatory or Post-Modern", in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 34, No. 1, (March 1996), pp. 37 e s. Indubbiamente persistono i momenti di diversità, basti pensare alla non assimilabilità della *anti-commandering doctrine* espressa nel caso *New York v. United States* e al principio di sussidiarietà. Sul punto, G.A. BERMAN, K. NICOLAIDIS, "Basic Principles for the Allocation of Competence in the United States and the European Union", in *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union* (edited by K. Nicolaidis e R. Howse), Oxford, 2001, p. 498.

<sup>97</sup> Sul punto, G. D'IGNAZIO, "Il 'processo federale' europeo: un confronto con il federalismo degli Stati Uniti d'America", in AA. VV. (a cura di S. Gambino), *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 10 e s.

<sup>98</sup> In particolare, A.M. SBRAGIA, "The United States and the European Union: Comparing Two Sui Generis System", in *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective* (edited by A. Menon and M. Schain), Oxford, 2006, pp. 17 e ss., nonché S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, pp. 6 e ss. e G. MARKS, L. HOOGHE, K. BLANK, "European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multilevel Governance", in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 34, No. 3, (Sept. 1996), pp. 371 e ss.

quale sono entrambi sistemi originali, purché valutati nell'ottica del relativismo spazio-temporale, che indubitabilmente li rende modelli delle loro epoche<sup>99</sup>.

L'esperienza statunitense continua il suo sviluppo nelle trame cangianti del *federalizing process*, di una definita cornice costituzionale e di uno Stato federale in cui le sottostanti relazioni tra le singole parti componenti sono alquanto mutevoli e flessibili, attratte nel paradigma del *network collaborativo*<sup>100</sup>. L'esperienza europea si iscrive nel *framework* di un processo le cui dinamiche integrative si presentano simili ai *trends* che hanno caratterizzato il modello statunitense, ma si ritiene dotata di elementi così ibridi e peculiari, tali da risultare quasi un *tertium genus*, piuttosto che una nuova *species* nell'universo dei *federalizing processes*, secondo una logica 'evoluzionista'<sup>101</sup>.

L'Unione Europea si presenta come una Unione sovranazionale di Stati, in cui i rapporti tra i differenti attori istituzionali sono votati al principio della complementarietà funzionale, in seno ad equilibri asimmetrici e geometrie territoriali ancora variabili<sup>102</sup>. Anche il grado di integrazione del

---

<sup>99</sup> Si conviene con Fabbrini sul fatto che la spiccata convergenza delle dinamiche integrative, nell'esperienza statunitense ed europea, non significa similarità. In particolare, S. FABBRINI, "A Single Western State Model? Differential Development and Constrained Convergence of Public Authority Organization in Europe and in America", in *Comparative Political Studies*, 2003:36, (August 2003), p. 654.

<sup>100</sup> Come afferma Fabbrini, negli Stati Uniti la Costituzione ha continuato a fornire "the only glue to aggregate diversified territorial units and distinct individuals, granting them rights and recognitions in exchange to their loyalty to the rules". In particolare, S. FABBRINI, "A Single Western State Model? Differential Development and Constrained Convergence of Public Authority Organization in Europe and in America", in *Comparative Political Studies*, 2003:36, (August 2003), pp. 671 e s.

<sup>101</sup> Contrariamente si esprime Hendrikson, che ritiene gli Stati Uniti e l'Unione Europea "experiments of the same type, or rather as a different species of the same fundamental genus", "the two unions are distinct species of a common genus". Sul punto, D.C. HENDRIKSON, "Of Power and Providence. The old U.S. and the new EU", in *Policy Review*, 135, (February-March 2006), p. 24 e p. 36. A riguardo Carrozza sostiene, altresì, che l'Unione Europea presenta una naturale spinta verso l'asimmetria, ma il fatto che le politiche comunitarie siano dirette nel medio-lungo periodo ad assicurare l'armonizzazione e l'unificazione regolativa degli Stati membri, attraverso lo strumento delle politiche di coesione e l'uso dei fondi strutturali, consente di configurare il processo di integrazione sempre più come *federalizing process* in cui le asimmetrie divengono fattore transitorio di breve-periodo. In particolare, P. CARROZZA, "I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi ...cit.", p. 815. Anche De Siervo giunge ritiene che, attualmente, l'Unione Europea si trovi innanzi ad una fase di un processo difederalizzazione dell'UE. In particolare, U. DE SIERVO, "Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa. Una introduzione generale", in *www.astrid.it*. Occorre, del resto, rammentare l'autorevole nozione friedrichiana di *federalizing process*, ripresa da La Pergola negli anni Sessanta. A parere del Friedrich il nucleo caratteristico di tale fenomeno risiederebbe nell'incontro tra la mobilità delle organizzazioni federali, che fluttuano tra i poli estremi della lega internazionale fra Stati sovrani, e lo Stato unitario, più o meno decentrato, dall'altro. L'autore sgancia la nozione di *federalizing process* da quella di Stato federale e ancora, il primo, all'esistenza di un procedimento di revisione che consente la coesistenza della comunità federale e di quelle locali, superando la visione statica del problema legata alla contrapposizione tra *Bundesstaat* e *Staatenbund*. Sul punto, A. LA PERGOLA, « Residui contrattualistici » e struttura federale nell'ordinamento ...cit., pp. 15 e ss. Doveroso, del resto, si rende il richiamo alle critiche sulla nozione di sovranità indivisibile e sull' 'empiria' intrinseca dei processi federali, condotta dal teorizzatore della nozione di *Federalizing Process*, C.J. FRIEDRICH, in *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York, 1968, pp. 8 e ss.

<sup>102</sup> Cfr., Elazar ha asserito che l'Europa sarebbe già un sistema federale, dal momento che il principio federale non deve essere confuso con la sua manifestazione specifica nello Stato federale. Anche Pierre Pescatore considera i metodi del federalismo non solo strumento per organizzare lo Stato federale, ma anche come una filosofia che consente, a livello particolare ed internazionale, la ricerca dell'unità e la garanzia dell'autonomia. A riguardo Weiler predilige il termine di "Sonderweg" o via speciale per definire un percorso alternativo rispetto a due realtà opposte e ritiene che l'Europa abbia già un modello di federalismo costituzionale cui non è necessario porre mano. A sua volta, Auer definisce l'UE una "federal-type construction/multinational federal state construction" con legami interni più forti rispetto alla realtà canadese e belga e indaga le relazioni tra federalismo e costituzionalismo. Parimenti Christin, Hug e Schulz richiamano la definizione data da Riker nel 1964 sull'Unione Europea, considerata "a federal political system". Sul punto, si

mercato europeo si presenta difforme da quello statunitense. È indubbio che Unione Europea costituisca uno dei maggiori successi nella formazione di un sistema di governo sovranazionale che si è formata in un breve lasso di tempo ed ha unito gli Stati, non partendo dalle loro funzioni tradizionali, ma da un elemento potenzialmente estraneo quale il mercato<sup>103</sup>.

Negli Stati Uniti il compromesso costituzionale, nonostante le fratture dovute alla Guerra di Secessione, ha subito arricchimenti resi possibili da una adesione ad una nozione della Costituzione intesa quale *living organism*. In Europa, il compromesso delle origini si è arricchito di ulteriori e differiti compromessi multilaterali che hanno, talvolta, rallentato il processo di integrazione europea, ma sono penetrati attraverso le barriere degli Stati, inducendo ad importanti riforme nazionali.

L'Europa di oggi è una creatura che cresce circondata dai paradossi. Se ne lamenta l'inefficienza dei processi decisionali e il carattere élitista che riunisce politici, burocrati ed imprenditori, ma come rileva Cassese, l'Europa non è solo una “*sovrastuttura artificiosa, messa in piedi da classi dirigenti. Vi si esprime anche il popolo direttamente. E se esso è impaurito e frena, piuttosto che spingere, bisognerebbe cercare di capire perché, piuttosto che lamentare che la casa cade*”<sup>104</sup>. La svolta dell'Europa si misurerà anche sulla capacità di superare gli interessi nazionali, riplasmandoli a livello sovranazionale, secondo un sistema di *cheks and balances* tutto europeo, fondato sul *network* collaborativo e non sulle relazioni statiche che avvalorano la concezione secondo cui il sistema europeo non è un monolite, ma una rete<sup>105</sup>.

---

rimanda ai contributi di J.H.H.WEILER, *La Costituzione dell'Europa ...cit.*, p. 511, nonché “Federalismo e costituzionalismo: il «*Sonderweg*» europeo”, in AA.VV. (a cura di G. Zagrebelsky) *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari, 2004, p. 22, di P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Bruxelles, 2005, pp. 31 e ss., di A. AUER, “The constitutional scheme of federalism”, in *Journal of European Public Policy*, 12:3, (June 2005), pp. 420 e ss. e di T. CHRISTIN, S. HUG, T. SCHULZ, “Federalism in the European Union: the view from below (if there is such a thing)”, in *Journal of European Public Policy*, 12:3, (June 2005), pp. 489 e ss. Sul discostamento dell'esperienza europea rispetto a quelle confederali e federali, si rimanda, invece, al contributo di M. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2008, pp. 26 e ss., di A.H. TRECHSEL, “How to federalize European Union ...and why bother”, in *Journal of European Public Policy*, 12:3, (June 2005), pp. 403 e ss. che, a sua volta, lamenta un “*current federalist deficit*” nell'Unione Europea. Anche Scarciglia evidenzia come, nonostante i progressi compiuti dall'Unione Europea, l'edificio attuale rivela una cornice costituzionale insufficiente per la realizzazione di una struttura federale e di uno Stato europeo, oltre gli stilemi del diritto internazionale. Sul punto, R. SCARCIGLIA, “La «Costituzione europea»: dal patrimonio comune al quasi-federalismo”, in AA.VV. (a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari) *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2009, p. 416.

<sup>103</sup> Un ulteriore elemento di originalità è costituito dal fatto che l'Europa non è munita di uno *spending power* come negli Stati Uniti, eppure fissa *standard* al potere di spesa degli Stati, non governa l'ordine pubblico, ma assicura la libera circolazione delle persone in seno all'Unione, non ha potere di difesa, ma ha assicurato la pace in Europa. In particolare, S. CASSESE, “Im Zweifel für Europa”, in *L'Unione Europea nel XXI secolo. «Nel dubbio per l'Europa»* (a cura di S. Micossi e G.L. Tosato), Bologna, 2008, p. 9.

<sup>104</sup> La citazione è rinvenibile nel contributo di “Im Zweifel für Europa”, in *L'Unione Europea nel XXI secolo. «Nel dubbio per l'Europa»* (a cura di S. Micossi e G.L. Tosato), Bologna, 2008, p. 10.

<sup>105</sup> Come rileva Cassese, l'Unione Europea evita che gli Stati nazionali si frammentino sotto la spinta di forze centrifughe interne. L'autore evidenzia come, non è nel contrasto tra *élite* e popoli che si sana l'*impasse* europeo, ma è nella loro capacità di competere e di dialogare che sarà possibile rinvenire un nuovo punto di equilibrio. Sul punto, S. CASSESE, *Im Zweifel für Europa*, in *L'Unione Europea nel XXI secolo. «Nel dubbio per l'Europa»* (a cura di S. Micossi e G.L. Tosato), Bologna, 2008, pp. 13 e s. In merito al destino dell'Unione Europea rilevanti e condivisibili appaiono le

Il recente risultato elettorale e la scarsa affluenza alle urne dei Paesi di più recente acquisizione denotano la persistente mancanza di una identità politica europea. Questo avvalorava la concezione di Ridola secondo cui la democrazia europea è, oggi, tanto trasparente quanto impotente<sup>106</sup>. La prossima sfida sarà quella di sciogliere il paradosso dell'unità nella diversità, di un avanzamento a geometrie variabili e di una integrazione differenziata che sappia rinnovare l'attualità e la forza dell'idea europea. Per tale motivo, è stato reputato utile il ricorso alle immagini del camaleonte e della crisalide. Il sistema statunitense, grazie alle sue ampie clausole costituzionali, tra le quali la *commerce clause*, e alle sue cangianti applicazioni, si presenta con l'aspetto di un camaleonte, una creatura che nel mimetismo rinviene la sua attitudine a muoversi e sopravvivere anche nelle avversità. L'Europa si presenta, invece, simile alla crisalide ossia una creatura ibrida destinata a trasformarsi in una figura diversa, risultando ancora difficile dire se assumerà i tratti di una farfalla, prediligendosi un approccio che prescinde dalle usuali categorizzazioni giuridiche e politologiche, non pienamente predicabili all'originale esperienza europea<sup>107</sup>.

---

conclusioni espresse da Fragola, il quale ritiene che il Trattato di Lisbona sia un importante momento di sviluppo, "*non si tratta di palingenesi del processo comunitario ...bensì di [una] evoluzione naturale del sistema comunitario*". Per l'autore, l'originalità del processo e del suo ordinamento impongono un percorso evolutivo proprio, sganciato da modelli ricostruttivi predefiniti che lo rendono un sistema flessibile e adattabile ad ogni circostanza. A parere di Fragola, il metodo comunitario si è applicato ai rapporti interindividuali, piuttosto che interstatali, secondo regole più prossime al diritto interno che al diritto internazionale. L'autore conclude, asserendo che: "*...non appare ravvisabile un'entità federale o meno che mai uno Stato federale*", ancorché il metodo comunitario abbia configurato un nuovo tipo di federalismo necessario a far fronte alla sfida crescente della globalizzazione. In un certo senso l'Unione Europea presenta tracce federali. In particolare, M. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione Europea ...cit.*, pp. 33 e s. Sul valore del *network*, quale modello relazionale complesso si rinvia al contributo di J. PETERSON, L.J. O'TOOLE, JR., "Federal Governance in the United States and the European Union: A Policy Network Perspective", in *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union* (edited by K. Nicolaidis e R. Howse), Oxford, 2001, pp. 301 e ss.

<sup>106</sup> In particolare, P. RIDOLA, "Il voto europeo del 6 e 7 giugno: la "sfera pubblica europea", l'integrazione multilivello e le sfide della complessità", in *www.federalismi.it*, n. 12/2009, p. 4.

<sup>107</sup> Parte della dottrina è giunta a ritenere l'Unione Europea "*as a sui generis post-modern policy*", piuttosto che un'entità modellabile sul sistema federale americano. In particolare, J. DELORS, J. NYE, "Preface", in "The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance" in *the United States and the European Union* (edited by K. Nicolaidis e R. Howse), Oxford, 2001, p. XIV. Come ricordava Bryce, "L'America ha anticipato le nazioni europee sotto molti aspetti. Essa trascina dietro di sé una luce simile a quella lasciata da Dante con la Divina Commedia, illumina il cammino delle esperienze future, consentendo loro di essere anche migliori". La citazione è consultabile nel contributo di S. FABBRINI, "Is the EU exceptional? The EU and the US in comparative perspective," in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States* (edited by Sergio Fabbrini), New York, 2005, pp. 21. Si conviene con Caporaso sul fatto che gli studi attuali sull'integrazione europea si trovino, oggi, in un "*post-ontological stage*", che non intende categorizzare il fenomeno, bensì comprendere il processo, prestando meno attenzione alla futura "*nature of the beast*". L'autore ricorda come anche Alberta Sbragia ritiene l'Unione Europea "*a political entity that does not fit into any accepted category of government*". In particolare, J. CAPORASO, "The European Union and Forms of State: Westphalian, Regulatory or Post-Modern", in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 34, No. 1, (March 1996), p. 30 e p. 45.

Il termine crisalide, invece, è utilizzato anche dallo Ziller per definire l'attuale natura del Trattato di Lisbona di imminente entrata in vigore. Ziller ritiene che i novellati TUE e TFUE siano le ali della farfalla, mentre il corpo è costituito dalla Carta dei diritti fondamentali. L'autore rammenta come Jean-Claude Juncker l'abbia definito un "Trattato semplificato complicato". Le modifiche apportate dal nuovo Trattato riguardano, in particolare, le competenze dell'Unione e degli Stati membri e la loro delimitazione, il carattere specifico della politica estera e di sicurezza comune, il ruolo rafforzato dei Parlamenti nazionali, il trattamento della Carta dei diritti fondamentali ed uno speciale meccanismo di cooperazione di polizia e giudiziaria in campo penale. In virtù del nuovo Trattato, l'Unione Europea acquisisce personalità giuridica. Sul punto, J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007, pp. 146 e ss.

Risulta bastevole considerare il fatto che i due formanti sono assimilabili a due sistemi multilivello aventi una dimensione plurale, nei quali si afferma una nozione di sovranità reticolare o ‘matriciale’, in cui i processi decisionali si fondano sulla collaborazione, sul consenso o sulla cooperazione e non sulla gerarchia o sul principio di autorità<sup>108</sup>. La collaborazione è divenuta tecnica relazionale tra differenti soggetti istituzionali in ambedue le esperienze. Il sistema federale statunitense e i *trends* del *federalizing process* sono stati segnati da una originaria soluzione pattizia (di rango costituzionale) che è stata riplasmata nel principio del *consent*, mentre l’Unione Europea si evolve nelle trame del compromesso e del “sinallagma costituzionale” in cui si tenta una “flessibilizzazione delle supremazie”, sospesa tra l’eredità del passato e la progettualità del futuro<sup>109</sup>. Ad ogni modo, il dilemma della conciliabilità del concetto di unità con quello di diversità

---

<sup>108</sup> L’espressione sovranità reticolare o matriciale si deve all’intuizione di Elazar, cui si associa il recente pensiero di Cassese sui sistemi a rete, che sono puntualmente analizzati nel contributo citato di P. CARROZZA, “I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e ...cit., pp. 813 e s. Anche Roberto Louvin indaga le varianti fenomeniche dei legami federali e analizza il concetto di sovranità, affermando il declino della concezione dogmatica della sovranità e la diffusione di una nozione declinata e plurale della medesima. Sul punto, R. LOUVIN, *Legami federativi e declino della sovranità*, Torino, 2001, pp. 175 e ss. Occorre, poi, rammentare le notazioni di Sergio Fabbrini sul paradigma della pluralità che appare più descrittivo della complessità del “*Western political world*”, rispetto alla parola isomorfismo. Sul punto, S. FABBRINI, “A Single Western State Model? Differential Development and Constrained Convergence of Public Authority Organization in Europe and in America”, in *Comparative Political Studies*, 2003:36, (August 2003), p. 654.

<sup>109</sup> Sull’origine pattizia dell’ordinamento costituzionale statunitense e sulle ricadute sulla struttura dello Stato federale si espresse in passato anche Antonio La Pergola, il quale riteneva che: “*Il principio del consent, penetrato ed istituzionalizzato nell’ordinamento americano, viene in considerazione ..., sotto il profilo statico e dinamico delle competenze*”. Anche se l’autore richiama il principio del *consent* con riguardo all’annessione di nuovi Stati nell’Unione, egli ritiene che il medesimo sia idoneo a tutelare una situazione di autonomia, piuttosto che di eguaglianza. Sul punto, A.LA PERGOLA, « *Residui contrattualistici* » e *struttura federale nell’ordinamento degli Stati Uniti* ...cit., p.451. A sua volta, Elazar aveva spiegato che le dinamiche relazionali tra poteri, negli Stati Uniti, sono state costruite sul modello della *partnership*, mentre, in Europa, sono state informate al modello della *community*. La nozione di *Community* è stata, oggi, soppiantata dalla unica nozione di “*Union*”, voluta dal Trattato di Lisbona. Sul punto, D.J.ELAZAR, “The United States and the European Union: Models of Their Epochs”, in *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and European Union* (edited by K. Nicolaidis e R. Howse), Oxford, 2001, p. 39. Circa l’esperienza europea, Maduro ha sottolineato che l’integrazione europea non sfida solo le Costituzioni nazionali, ma il diritto costituzionale in se medesimo. L’integrazione si riferisce ad una costituzione senza che vi sia una comunità politica tradizionale, sfidando il monopolio giuridico degli Stati e l’organizzazione gerarchica del diritto. In particolare, M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice* ...cit., p. 175. L’espressione “flessibilizzazione delle supremazie” che caratterizza, soprattutto, la più recente evoluzione nel rapporto tra diritti si deve a V. PICCONE, “L’«internazionalizzazione» dei diritti umani”, in AA.VV.(a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone) *Le scommesse dell’Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma, 2009, p. 37. L’espressione “sinallagma costituzionale” si deve, invece, a G. MARTINICO, *L’integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2008, p. 5. Basti rammentare che nella concezione di Pernice, la Costituzione europea non si identifica nell’atto formale, bensì nel processo che culmina nell’immagine della Costituzione integrata. In particolare, I. PERNICE, “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revised”, in *Common Market Law Review*, Vol. 36, (1996), pp. 703 e ss. nonché I. PERNICE, F. MAYER, “La Costituzione integrata dell’Europa”, in AA.VV. (a cura di G. Zagrebelsky) *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Bari, 2004, pp. 46 e ss. In un recente saggio, in corso di pubblicazione, e richiamato da Ruggieri, D’Andrea giunge a teorizzare l’immagine di un costituzionalismo interlivello. Sul punto, il rimando è operato da A. RUGGERI, “Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d’Europa”, in *www.astrid.it*. Pace, invece, ha ritenuto interessante la teoria di Pernice, ma ha considerato semplicistico e non accoglibile l’idea del processo fondato su di un “contratto sociale europeo”. Pace nega che i Trattati abbiano la natura di un Costituzione e che l’Europa possieda una costituzione in senso (mortatiano) materiale e ascrive all’UE la natura di un *Verbund* policentrico e frammentato. Sul punto, A. PACE, “La Dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo”, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, Vol. 3, (2002), pp. 616 e ss.

si presta alla raffigurazione allegorica del cubo di Rubik, in cui le diversità cromatiche delle singole componenti si ricompongono, non agevolmente, nella coerenza strutturale del cubo<sup>110</sup>.

La comune dimensione plurale acquisita dai due sistemi e dai rispettivi mercati, costellati da diritti di differente generazione, entro la quale si tenta di compendiare il principio dell'unità nella diversità e si lascia oscillare il pendolo tra esigenze di uniformità e di differenziazione, non esclude che le due esperienze presentino una ineludibile complessità diseguale.

---

Occorre rammentare che il Consiglio europeo di Bruxelles dello scorso 3 novembre 2009 ha concesso alla Repubblica Ceca la possibilità di non aderire alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (*opt-out*), come già accaduto in passato per la Polonia e il Regno Unito. Seppure parte della dottrina ne evidenzia l'innocuità, stante l'attrazione di analoghi diritti nel patrimonio costituzionale europeo e la loro presenza nella CEDU, costituirà, comunque, a parere di chi scrive un elemento di differenziazione. Sul punto, L.S. ROSSI, "Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell'UE", in AA.VV. (a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, v. Piccone) *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma, 2009, pp. 81 e ss. In particolare, L'art. 50 del novellato Trattato UE prevede, poi, la possibilità, per ciascuno Stato membro, di recedere dall'Unione conformemente alle proprie norme costituzionali. Il comma 2 dell'art. 50 prevede la notifica della decisione di recedere al Consiglio europeo e l'avvio di una procedura negoziata tra Unione e Stato membro, disciplinata dall'art. 218, § 3 del TFUE, che dovrà tradursi in un accordo finale che disciplina le modalità del recesso, il quale è approvato dal Consiglio europeo a maggioranza qualificata, previa approvazione del Parlamento.

<sup>110</sup> Ruggeri sostiene che l'Europa risulta unita nei valori e diversificata nei principi. Gli stessi valori sono passati da una dimensione universale ad una transepocale, a sostegno di una identità europea inclusiva e non esclusiva. In particolare, A. RUGGERI, "Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa", in *www.astrid.it*, pp. 3 e ss. Infine, la richiamata metafora della complessità appare come il momento di sintesi dell'unità e della diversità, ossia della pluralità dei sistemi attuali, secondo una linea di pensiero assai cara a Morin che descrive la complessità come il *complexus* di costituenti eterogenei, inscindibilmente associati, sintesi di *cosmos* e di *caos*. In particolare, E. MORIN, *Introduzione al pensiero complesso*, Milano, 1993.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. (a cura di P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2006.
- W.W. ABBOT e D. TWOHIG (a cura di), *The Papers of George Washington: Colonial Series*, Vol. 6, n. 3:299, Charlottesville, 1992-1997.
- B. ACKERMAN, "Beyond *Carolene Products*" in *Harvard Law Review*, Vol. 98, (1985).
- B. ACKERMAN, "Constitutional Politics/Constitutional Law", in *Yale Law Journal*, Vol. 99, (1989).
- B. ACKERMAN, "The Living Constitution", in *Harvard Law Review*, Vol. 120, No. 7, (May 2007).
- M. ALBERTINI, *Il Federalismo*, Bologna, 1993.
- R. ALEXY, *A theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002.
- D. ALLEN, "The European Community and the New Europe", in *The Single European Market and Beyond* (edited by D. Swann), New York, 1992.
- A.R. AMAR, *America's Constitution. A Biography*, New York, 2005.
- G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione. Alla luce dell'esperienza statunitense*, Milano, 1964.
- G. AMATO, *Democrazia e redistribuzione. Un sondaggio sul Welfare statunitense*, Bologna, 1983.
- G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998.
- C.W. ANDERSON, "Pragmatic Liberalism, the Rule of Law, and the Pluralistic Regime", in *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society* (edited by S.L. Elkins and K.E. Softan), Chicago, 1993.
- K. ARMSTRONG, S. BULMER, *The Governance of the Single European Market*, New York, 1998.
- R. ARNOLD, "La ripartizione delle potestà tra Bund e Länder alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca", in *Le Regioni*, No. 4, 1988.
- S.V. ASH, *When the Yankees came: Conflict and Chaos in the Occupied South*, University of North Carolina, 1995.
- A. AUER, "The constitutional scheme of federalism", in *Journal of European Public Policy*, 12:3, (June 2005).
- A. BALDASSARRE, *Proprietà*, voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1991.
- S. BARIATTI, L. PERFETTI, "Prime osservazioni sulle previsioni del Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* della Commissione e del Codice del Consumo" in AA. VV. (a cura di F. Rossi Dal Pozzo e B. Nascimbene), *Il Private Enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, pp. 3-29.
- I.D. BARKAN, "Industry Invites Regulation. The Passage of Pure Food and Drug Act of 1906", in *American Journal of Public Health*, Vol. 75, No. 1, (January 1985).
- C. BARNARD, *The EU Substantial Law*, New York,
- E.L. BARRETT, JR., "State Taxation of Interstate Commerce – "Direct Burdens", "Multiple Burdens" or What Have You?" in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 4, (1951).
- S. BARTOLINI, "On Time and Comparative Research", in *Journal of Theoretical Politics*, Vol. 5(2), (1993).

- C.L. BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, 1941.
- B. BEAUDREAU, *How the Republican Caused the Stock Market Crash of 1929: GPT's Failed Transitions and Commercial Policy*, New York, 2005.
- W. BENNET, *American Theories of Federalism*, Birmingham, Alabama, 1964
- G. BERK, M. SCHNEIBERG, "Varieties in Capitalism, Varieties of Association: Collaborative Learning in American Industry, 1900 to 1925", in *Politics and Society*, Vol. 33, No. 1, March 2005.
- G.A. BERMANN, K. NICOLAIDIS, "Basic Principles for the Allocation of Competence in the United States and the European Union", in *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union* (edited by K. Nicolaidis e R. Howse), Oxford, 2001.
- C. BERNARD, "The Future of European Economic Law in the Light of the Principle of Subsidiarity, in *Common Market Law Review*", Vol. 33, (1996).
- R. BERNING, "Effetti economici dell'allargamento ad Est dell'Unione Europea per i vecchi e nuovi Länder della Germania", in *Crescita e prospettive dell'Unione Europea allargata* (a cura di D. Infante), Bologna, 2006.
- B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J.H.H. WEILER, *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 2001.
- R. BIEBER, "Dalla CE all'Unione Europea", in AA.VV (B.BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J.H.H. WEILER, *L'Unione Europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 2001).
- B.L. BIGELOW, "The Commerce Clause and the Criminal Law", in *Boston College Law Review*, Vol. 41, (1999-2000).
- B.I. BITTKER, *On the Regulation of Interstate and Foreign Commerce*, New York, 1999.
- G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Vol. I, Torino, 1998.
- G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, Vol. II, Torino, 2000.
- G. BOGNETTI, *Federalismo*, Torino, 2001.
- G. BOGNETTI, "L'oggetto e il metodo", in AA.VV. ((a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari) *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2009.
- H. BOLSTER, "The Commerce Clause Meets Environmental Protection: The Compensatory Tax Doctrine as a Defense of Potential Regional Carbon Dioxide Regulation", in *Boston College Law Review*, Vol. 47, (2005-2006),
- G. BORITT, "The Gettysburg Gospel. Secrets of Civil War", in *U.S. News&World Report*, 2008, New York.
- L. BRANDEIS, *The Other People's Money and How the Bankers Use it*, New York, 1914.
- T.H. BREEN, *The Marketplace of Revolution: How Consumer Politics Shaped American Independence*, New York, 2005,
- G. BRENNAN, "State Constitutions and the Protection of Individual Rights", in *Harvard Law Review*, Vol. 90, (1977).
- A. BRETON, "Federalism and Decentralization, Ownership Rights and the Superiority of Federalism", in *Publius*, Vol. 30, (Spring 2000).
- A. BRINKLEY, "The Debate over the Constitutional Revolution of 1937", in *American Historical Review*, Vol. 110, No. 4, (October 2005).
- G. BROSIO, *Equilibri instabili. Politica ed economia nell'evoluzione dei sistemi federali*, Torino, 1994.
- G. BROSIO, M. MAGGI, S. PIPERNO, *Governo e finanza locale. Un'introduzione alla teoria e alle istituzioni del federalismo fiscale*, Torino, 1998.



- L. BROZ, *International Origins of the Federal Reserve System*, New York, 1997.
- J.M. BUCHANAN, "Federalism and Individual Sovereignty", in *Cato Law Journal*, Vol. 15, No. 2-3, (1995-1996).
- J.M. BUCHANAN, G. TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Indianapolis, rist. 1999.
- C. BUNN, *An Introduction to the Uniform Commercial Code*, Virginia, 1964.
- G. BUTTÀ, *Democrazia e federalismo: John C. Calhoun*, Messina, 1995.
- A.M. CALAMIA, *Il diritto comunitario delle imprese e la concorrenza*, Pisa, 1999.
- C.M. CALLAHAN, W.K. HUTCHINSON, "Antebellum Interregional Trade in Agricultural Goods: Preliminary Results", in *The Journal of Economic History*, Vol. 40, No.1, (March 1980).
- T.H. CALVERT, *Regulation of Commerce under Federal Constitution*, Littleton, 1980.
- J. CAPORASO, "The European Union and Forms of State: Westphalian, Regulatory or Post-Modern", in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 34, No. 1, (March 1996).
- J. CAPORASO, "Change in Westphalian Order: Territory, Public Authority, and Sovereignty", in *International Studies Review*, (2000), *Special Issue*.
- P. CARROZZA, "I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomia", in AA.VV. (a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari) *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2009.
- C. CARRUBBA, J.R. ROGERS, "National Judicial Power and the Dormant Commerce Clause", in *The Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 19, No. 2, (2003).
- C. CASONATO, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Trento, 1998.
- S. CASSESE, "La Costituzione Europea", in *Quaderni Costituzionali*, a. XI, No. 3, (dicembre 1991).
- S. CASSESE, "Gamberetti, Tartarughe e procedure. Standards globali per i diritti amministrativi nazionali", in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Vol. 3, 2004.
- S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, 2006.
- S. CASSESE, "Im Zweifel für Europa", in *L'Unione Europea nel XXI secolo. «Nel dubbio per l'Europa»* (a cura di S. Micossi e G.L. Tosato), Bologna, 2008.
- L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997.
- S. CASTIGLIONE, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Milano, 1974.
- E. CATERINI, G. CHIAPPETTA, F. TORCHIA, M. PANDOLFI, P. CAPOCASALE, S. QUAGLIO, M.F.D'AGOSTINO, M.S. PIRRUPATO, G. SPADAFORA, "L'Iniziativa economica nell'ordinamento italiano e comunitario" in AA.VV. (a cura di S. Gambino) *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002.
- G.J. CHIN, "Unexplainable on Grounds of Race: Doubts about Yick Wo", in *Arizona Legal Studies Discussion, Paper No. 07-30*, Dec. 2007.
- S. CHOUDHRY, "The Lochner Era and Comparative Constitutionalism" in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No. 1, 2004.
- A. COHEN, "Transcendental Nonsense and Functional Approach" in *Columbia Law Review*, Vol. 35, 1935.
- M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Napoli, 1996.
- F.H. COOK, *The Commerce Clause of the Federal Constitution*, Littleton, 1987.

- W.J. COOPER, *The South and the Politics of Slavery 1828-1856*, Louisiana State University, 1978.
- V.J. COPPELL, A. O'NEILL, "The European Court of Justice: Taking Rights seriously?," in *Common Market Law Review*, (1992).
- E.S. CORWIN, J.W. PELTASON, *Corwin and Peltason's Understanding the Constitution*, New York, 1994.
- E.S. CORWIN, "The Passing of Dual Federalism", in *American Constitutional History. Essays by E.S. Corwin*, New York, 1964.
- P. COSTANZO, "Le tappe dell'edificazione comunitaria: dall'idea d'Europa alla Costituzione europea", in AA.VV. (a cura di P. Costanzo, di L. Mezzetti ed A. Ruggeri), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2006.
- P. CRAIG, G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, New York, 2003.
- D.A. CRANE, "Antitrust Antifederalism", in *California Law Review*, Cardozo Legal Studies Research, Paper No. 187 (March 2007).
- T. CHRISTIN, S. HUG, T. SCHULZ, "Federalism in the European Union: the view from below (if there is such a thing)", in *Journal of European Public Policy*, 12:3, (June 2005).
- F.B. CROSS, E.H. TILLER, "The Three faces of Federalism: an Empirical Assessment of Supreme Court Federalism Jurisprudence", in *Southern California Law Review*, Vol. 73, (2000).
- M. CRUCINI, J. KAHN, "Tariffs and Aggregate Economic Activity: Lessons from the Great Depression", in *Journal of Monetary Economics*, 2001.
- D.P. CURRIE, "Positive and Negative Constitutional Rights", in *University of Chicago Law Review*, Vol. 59, (1986).
- D.P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court: The First Hundred Years, 1789-1888*, Chicago, 1985.
- R.E. CUSHMAN, "Independent Regulatory Commissions", in *Report of the President's Committee on Administrative Management*, Washington, U.S., Government. Print., Off., 1937.
- B. CUSHMANN, *Rethinking the New Deal Court. The Structure of a Constitutional Revolution*, New York, 1998.
- D.M. CUTLER, R. JOHNSON, "The Birth and Growth of the Social-Insurance State: Explaining Old-Age and Medical Insurance Across Countries", in *Kyklos*, Vol. LVII, No. 4, 2004.
- L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2006.
- R. DANZIG, "A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code", in *Stanford Law Review*, Vol. 27, (1974-1975).
- J. DELORS, J. NYE, "Preface", in *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union* (edited by K. Nicolaidis e R. Howse), Oxford, 2001.
- P. DE PASQUALE, "Libera concorrenza ed economia sociale di mercato nel Trattato di Lisbona", in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Vol. I, 2009, pp. 81-90.
- G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, Milano, 2004.
- G. D'IGNAZIO, Il 'processo federale' europeo: un confronto con il federalismo degli Stati Uniti d'America, in AA. VV. (a cura di S. Gambino), *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006
- R. DANZIG, "A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code", in *Stanford Law Review*, Vol. 27, (1974-1975).

- J. DELORS, J. NYE, "Preface", in *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union* (edited by K. Nicolaidis e R. Howse), Oxford, 2001.
- D. DE ROUGEMONT, *Ving-huit siècles d'Europe*, Paris, 1961.
- A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Libro I, Capitolo III, ed. it., Milano, 1999.
- G. DE VERGOTTINI, "La comparazione nel diritto costituzionale. Scienza e metodo", in *Diritto e società*, No. 2, (1986).
- G. DE VERGOTTINI, "Stato federale", in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XLIII, Milano, 1990.
- S. DELFINO, "Gli Stati Uniti dopo la Guerra Civile: il Sud e la ricerca di un nuovo assetto", in *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d'America (1874-1910)* (a cura di S. Volterra), Torino, 2003.
- G. DELLA CANANEA, "Beyond the State: The Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law", in *European Public Law*, Vol. 9, No. 4, (December 2003).
- M. DERTHIK, *The Influence of Federal Grants*, Cambridge, Massachusetts, 1970.
- R. DESCARTES, *Discorso sul metodo*, (edizione italiana a cura di Armando Carlini), Bari, 1977.
- U. DE SIERVO, "Costituzionalismo e diritto costituzionale negli Stati integrati d'Europa. Una introduzione generale", in [www.astrid.it](http://www.astrid.it).
- J. DEWEY, *Financial History of the United States*, New York, 1934.
- J. DEWEY, "Logical Method and Law", in *Cornell Law Quarterly*, Vol. 10, 1924.
- J. DEWEY, "The Historical Background of Corporate Legal Personality", in *Yale Law Journal*, Vol. 35, 1926.
- M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994.
- M. DOUGAN, "Minimum Harmonization and the Internal Market", in *Common Market Law Review*, Vol. 37, (2000).
- T.W. DWIGHT, "The Legality of Trust", in *Political Science Quarterly*, Vol. 3, 1888.
- R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Boston, 1996.
- M. EGAN, "'Associative Regulation' in European Community: The Case of Technical Standards", in *Paper presented to the European Community Studies Association Biennial Conference*, (22-24 May 1991).
- M. EGAN, *Constructing a European Market*, New York, 2001.
- M. EGAN, "The European Common Market: Following the Footsteps of the U.S.", in *Publication of Internal Market Conference*, Washington, December 2007.
- C.D. EHLERMANN, "The «1992» Project: Stages, Structures, Results and Prospects", in *Michigan Journal of International Law*, (1990)
- C.D. EHLERMANN, "The Internal Market following the Single European Act", in *Common Market Law Review*, (1987).
- L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, 1975.
- D.J. ELAZAR, *The American Partnership: Intergovernmental co-operation in the nineteenth-century United States*, Chicago, 1962.
- D.J. ELAZAR, "Is Federalism Compatible with Prefectorial and Administration?" In *Publius*, Vol. 11, (Spring 1981).
- D.J. ELAZAR, "American Federalism Today", in *American Federalism. A New Partnership for the Republic* (edited by Hawkins), San Francisco, 1982.

- D.J. ELAZAR “Opening the Third Century of American Federalism: Issues and Prospects”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 509, (May 1990).
- D.J. ELAZAR, “A Response to Professor Gardner’s Failed Discourse on State Constitutionalism”, in *Rutgers Law Journal*, Vol. 24, (1993).
- D.J. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Milano, 1998.
- D.J. ELAZAR, “The United States and the European Union: Models of Their Epochs”, in *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and European Union* (edited by K.Nicolaidis e R. Howse), Oxford, 2001.
- J.J. ELLIS, *American Creation. Triumphs and Tragedies at the Founding of the Republic*, New York, 2007.
- J.W. ELY, *The Chief Justiceship of Melville W. Fuller, 1888-1890*, Columbia, SC., 1995.
- J.W. ELY, *Democracy and Distrusts. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts, 1980.
- R.A. EPSTEIN, “No New Property”, in *Brooklyn Law Review*, Vol. 56, (1990).
- W.N. ESKRIDGE, J. FERRELL, “The Elastic Commerce Clause: A Political Theory of American Federalism”, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47:1355, 1994.
- N. EULE, “Laying the Dormant Commerce Clause to Rest”, in *Yale Law Journal*, Vol. 91, (1982).
- S. FABBRINI, “A Single Western State Model? Differential Development and Constrained Convergence of Public Authority Organization in Europe and in America”, in *Comparative Political Studies*, 2003:36, (August 2003), pp. 653-678.
- S. FABBRINI, “Building a Market Without a State”, in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States* (edited by Sergio Fabbrini), New York, 2005.
- S. FABBRINI, “Is the EU exceptional? The EU and the US in comparative perspective”, in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States* (edited by Sergio Fabbrini), New York, 2005.
- G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Vol. III, Bologna, 1995.
- P. FINKELMAN, “The Taney Court 1836-1864. The Jurisprudence of Slavery and the Crisis of the Union”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, (edited by C. Tomlins), Boston, New York, 2005.
- L. FISHER, *American Constitutional Law*, North Carolina, 2001.
- J. FLEISHMAN, *The Foundation: A Great American Secret; How the Private Wealth is Changing the World*, New York, 2007.
- W.E. FORBATH, “The White Court, 1910-1921. A Progressive Court?”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005.
- E. FOX, L. SULLIVAN, ”Antitrust. Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where are we going?”, in *New York University Law Review*, No. 62, 1987.
- M. FRAGOLA, *Limitazioni e contenuto minimo della proprietà nel sistema italo-europeo*, Napoli, 2002.
- M. FRAGOLA, *Temi di diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2008.
- J.A. FRANKEL, “The 1807-1809 Embargo against Great Britain”, in *The Journal of Economic History*, Vol. 42, No. 2, (June 1982).
- F. FRANKFURTER, *Mr. Justice Holmes and the Supreme Court*, Cambridge, Massachusetts, 1961.
- C.H. FRIED, *MacCarthysm. A Great American Scare. A Documentary History*, New York, 1996.

- R. FRIEDMAN, "Switching Time and Other Thought Experiments: The Hughes Court and the Constitutional Transformation", in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 142, (1994).
- C.J. FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, New York, 1968.
- C.J. FRIEDRICH, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Bologna, 2002.
- S. GAMBINO, *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparata*, Milano, 2009.
- J. GARDNER, "What is a State Constitution?", in *Rutgers Law Journal*, Vol. 24, (1993).
- R. GARSON, "Counting Money: The US Dollar and American Nationhood, 1781-1820", in *Journal of American Studies*, 35, (2001).
- H. GEORGE, *Progress & Poverty*, rist., New York, 1929.
- M.P. GERGEN, "The Selfish State and the Market", in *Texas Law Review*, Vol. 66, (1988).
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol.II, Milano, 1970.
- M.S.GIANNINI, "Profili di un diritto amministrativo delle Comunità Europee" (con una presentazione di Stefano Battini), in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Vol. 4, (2003).
- H. GILLMAN, *The Constitution Besieged. The Rise and Demise of Locner Era. Police Power Jurisprudence*, Durham, 1993.
- H. GILLMAN, "The Waite Court 1874-1888. The Collapse of Reconstruction and the Transition to Conservative Constitutionalism", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, (edited by C. Tomlins), New York, 2005.
- S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003.
- C. GOLDIN, R.A. MARGO, "The Great Compression: The Wage Structure in the United States at Mid-century", in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 107, No. 1, (February 1992).
- P. GORI, "Quindici anni insieme ad Alberto Trabucchi alla Corte di Giustizia della C.E.", in *Contratto e Impresa/Europa* (a cura di R. Bin e F. Galgano), No. 1, (Gennaio-Giugno 2008).
- G. GORLA, "Diritto comparato e straniero", in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XI.
- M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Milano, 2004.
- D. GOTTARDI, "Diritti sociali dalla prospettiva del Parlamento europeo: alcune sfaccettature", in AA.VV. (a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, v. Piccone) *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma, 2009.
- S.E. GOTTLIEB, "The Rehnquist Court. Radical Revision of American Constitutional Law", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (a cura di C. TOMLINS), New York, 2005.
- J. GREENBAUM (a cura di), *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, Milano, 1992.
- S.M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 1996.
- A.L. GRIFFITH, *The Politics of Fear Joseph R. McCarthy and the Senate*, Massachusetts, 1970.
- A. GRISOLI, *L'Europa del mercato comune*, Padova, 1983.
- G. GUNTHER, *Constitutional Law*, New York, 1991.
- W.D. GUTHRIE, *Lectures on the Forteenth Amendment to the Constitution of the United States*, Boston, 1898.

- R.W. HAFER, *The Federal Reserve System. An Encyclopedias*, Westport, 2005.
- R. HALE, “Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State”, in *Political Science Quarterly*, Vol. 38, 1923.
- A. HAMILTON, “Federalist n. 30”, in *The Federalist Papers* (with an introduction and a commentary by G. Wills), New York, 2003.
- A. HAMILTON, “Report on Manufactures, December, 1791”, in *The Reports of Alexander Hamilton* (edited by J.E. Cooke), New York, 1964.
- A. HAMILTON, “The Federalist, Papers n. 11-12”, in *Il Federalista* (a cura di G. Sacerdoti Mariani), Torino, 1997.
- A. HAMILTON, “The Federalist, Papers n. 19-20”, in *Il Federalista* (a cura di G. Sacerdoti Mariani), Torino, 1997.
- J. HARPER, “La politica estera americana: tendenze e prospettive”, in *Gli Stati Uniti fra primato e incertezza* (a cura di R. Tiersky), Bologna, 1983.
- J. HART, “Limits of Legislative Delegation”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 221, (May 1942).
- L.M. HARTZ, *Economic Policy and Democratic Thought: Pennsylvania, 1776-1860*, Cambridge, Massachusetts, 1948.
- R. HEILBRONER, *The Economic Transformation of America*, New York, 1977.
- L. HEINZERLING, “The Commercial Constitution”, in *Sup. Ct. Review*, p. 217, (1995).
- D.C. HENDRIKSON, “Of Power and Providence. The old U.S. and the new EU”, in *Policy Review*, 135, (February-March 2006)., pp. 23-42.
- A.B. HEPBURN, *History of Coniage and Currency in the United States*, 1924.
- A. HERMAN, *Joseph MacCarthy: Reexamining the Life and Legacy of Amarica's Most Hated Senator*, Free Press, 2000.
- C.F. HOBSON, “The Marshall Court 1801-1835. Law, Politics, and the Emergence of the Federal Judiciary”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by C. Tomlins), New York, 2005.
- S. HOFFMANN, “The European Community and the 1992”, in *Foreign Affairs*, Vol. 68, No. 4, (1989).
- R. HOFSTADTER, “Beard and the Constution: The History of an Idea”, in *American Quarterly*, Vol. 2, N. 3, (Autumn 1950).
- O.W. HOLMES, “La via del diritto (1897)”, in *Opinioni dissenzienti*, (a cura di C. Geraci), Milano, 1975.
- W.H. HOLT, “The Establishment of the Federal Court System (1787-1791)”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (a cura di C. TOMLINS), New York, 2005.
- D.L. HOROWITZ, *Il movimento sindacale in Italia*, Bologna, 1963.
- M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano (1870-1960)*, Bologna, 2004.
- H. HOVENKAMP, “The Political Economy of Substantive Due Process”, in *Stanford Law Review*, Vol. 40, 1988.
- W.H. HURST, *A Legal History of Money in the United States 1774-1970*, Lincoln, 1973.
- W.T. HUTCHINSON ET AL. (a cura di), *The Papers of James Madison*, Chicago, 1962.
- P.M. IPPOLITO, “Resale Price Maintenance. Empirical Evidence from Litigation”, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 34, No. 2, (October 1991).
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998.

- V. IYER, “*Cuno v. Daimler Chrysler, Inc.*, Dormant Commerce Clause Limits State Location Tax Incentives” in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Vol. 40, (2005).
- D.M. JAFFE, “Law Making by Private Groups”, in *Harvard Law Review*, Vol. 51, 1937.
- D.M. JAFFE, *Money, Banking and Credit*, New York, 1989.
- M.A. JONES, *Storia degli Stati Uniti d’America. Dalle prime Colonie inglesi ai nostri giorni*, Milano, 2007.
- A. JOSEPHY, “The U.S.: A Strong and Stable Land”, in *Time*, 14 settembre 1953.
- L. JOUHAUX, *Le syndacalismo et la C.G.T.*, Paris, 1920.
- I. KANT, “La pace e la condizione umana”, in *Il Federalismo* (a cura di M. Albertini), Bologna, 1993.
- J. KARSTEN, “European Passenger Law for Sea and Inland Waterway Transport”, in *The YearBook of Consumer Law*, (edited by C. Twigg-Flesher, D. Parry, G. Howells and A. Nordhausen), Chesterfield-Derbyshire (UK), 2007.
- H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, ed.it., Torino, 1952.
- P. KENS, *Judicial Power and Reform Politics: the Anatomy of Lochner*, Lawrence, Kansas, 1990
- J. KINKAID, “From Cooperative to a Coercive Federalism”, in *Annals of American Academy of Political and Social Science*, Vol. 509, (1990).
- J. KINKAID, “The New Federalism Context of the New Judicial Federalism”, in *Rutgers Law Journal*, Vol. 23, (1995).
- M. KLEIN, *The Genesis of Industrial America, 1870-1920*, Cambridge, Massachusetts, 2007.
- S. KOFF, “Il sistema federale americano e la presidenza”, in *Federalismo, regionalismo ed autonomismo* (a cura di E.A. Albertoni e M. Ganci), Tomo II, Enna, 1987.
- M.A. KRASNER, S.G. CHABERSKI, *Il sistema di governo degli Stati Uniti d’America. Profili istituzionali*, Torino, 1994.
- A.T. KRONMAN, *The Lost Lawyer*, Cambridge-London, 1995.
- P. KRUGMAN, *Geography and Trade*, Cambridge, Massachusetts, 1991.
- P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Bari, 2007.
- P. KRUGMAN, “Who Was Milton Friedman”, in *New York Review of Books*, 15 febbraio 2007.
- I. KRISTOL, “American Conservatism, 1965-1995”, in *The Public Interest*, (Autumn 1995).
- A. KULIKOFF, *The Agrarian Origin of American Capitalism*, Charlottesville, 1992.
- M. KUMM, “Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law”, *German Law Journal*, Vol. 7, n. 4 (2006).
- I. KUTLER, *Privilege and Creative Destruction: The Charles River Bridge Case*, New York, 1978.
- D.V. KYVIG, “The Road Not Taken: FDR, the Supreme Court and the Constitution Amendments”, in *Political Science Quarterly*, Vol. 104, (1989).
- A. LA PERGOLA, « *Residui contrattualistici* » e struttura federale nell’ordinamento degli Stati Uniti, Milano, 1969.
- A. LANG, “Art. 90 TCE”, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea* (a cura di F. Pocar), Padova, 2001.
- M.F. LASLOVICH, “The American Tradition: Federalism in the United States”, in *Comparative Federalism and Federation, Competing Traditions and Future Directions* (edited by M. Burgess and A.G. Gagnon), New York, 1993.

- L.B. LINDSEY, *The Growth Experiment: How the New Tax Policy is Transforming the U.S. Economy*, New York, 1990.
- D.T. LLEWELLYN, "Banking and Financial Services", in *The Single European Market and Beyond* (edited by D. Swann), New York, 1992.
- G. LOMBARDI, *Lo Stato federale. Profili di diritto comparato*, Torino, 1987.
- G. LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, 1986.
- J.V. LOUIS, *Le syndacalisme français d'Amiens à Saint Etienne (1906-1922)*, Paris, 1924.
- R. LOUVIN, *Legami federativi e declino della sovranità*, Torino, 2001.
- T.J. LOWI, "Two Roads to Serfdom: Liberalism, Conservatism, and Administrative Power", in *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society* (edited by S.L. Elkins and K.E. Soltan), Chicago, 1993.
- N. LUND, "Fig Leaf and Tenth Amendment Exceptionalism", in *Constitutional Commentary*, Vol. 22, No. 11, (2005).
- D.S. LUTZ, *The Origins of American Constitutionalism*, 1988.
- J.R. MACEY, G.P. MILLER, "The McCarran-Ferguson Act of 1945: Reconceiving the Federal Role in Insurance Regulation", in *New York University Law Review*, Vol. 68, April 1993.
- J. MADISON, "Federalist n. 46", in *The Federalist Papers* (with an introduction and a commentary by G. Wills), New York, 2003.
- J. MADISON, "Il Federalista n. 10", in *Il Federalista* (a cura di G. Sacerdoti Mariani), Torino, 1997.
- J. MADISON, "Il Federalista n. 42", in *Il Federalista* (a cura di G. Sacerdoti Mariani), Torino, 1997.
- J. MADISON, "The Federalist, No. 42", in *The Federalist Papers* (with an Introduction by Gary Wills), New York, 2003.
- J.B. MADSEN, "Trade Barriers and the Collapse of World Trade during the Great Depression", in *Southern Economic Journal*, 1995.
- M.P. MADURO, "Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights", in *European Law Journal*, Vol. 3, No. 1, (March 1997), pp.
- M.P. MADURO, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Portland, Oregon, 1998.
- M.P. MADURO, «L'Etat-Cameleon, Forme Publique et Privée de l'Homo Economicus, in *Melanges en l'Honneur de Philippe Leger, Le Droit a la Mesure de l'Homme*, (edit. A. Pedone), Paris, 2006,
- M.P. MADURO, "European Constitutionalism and the Three Models of Social Europe", in *The Politics of a European Civil Code* (edited by M.W. Hesselink, Kluwer Law International, 2006.
- G. MAJONE, "From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance", in *Journal of Public Policy*, Vol. 17, No. 2, (May-Aug. 1997).
- C. MALANDRINO, *Federalismo. Storia, idee, modelli*, Roma, 1998.
- E. MALTZ, "James Gardner and the Idea of State Constitutionalism", in *Rutgers Law Journal*, Vol. 24, (1993).
- G. MAMMARELLA, *Europa-Stati Uniti: Un'alleanza difficile, 1945-1985*, Bari, 1996.
- G. MARENCO, "Competition between National Economies and Competition between Businesses - a Response to Judge Pescatore", in *Fordham International Law Journal*, Vol. 10, (1987).
- G. MARENCO, □Pour une interprétation traditionnelle de la notion de mesure d'effet equivalent à une restriction quantitative, in *Cahiers de Droit Européenne*, (1984).



- G. MARENCO, "Tutela della proprietà industriale e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza comunitaria", in *Foro Italiano*, Vol. CXIII, Parte IV (Cronache comunitarie a cura di A. Tizzano), 1990.
- E. MARGOLIS, "Beyond Brandeis: Exploring the Use of Non-Legal Materials in Appellate Briefs", in *University of San Francisco Law Review*, Winter 2000.
- G. MARKS, L. HOOGHE, K. BLANK, "European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multilevel Governance", in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 34, No. 3, (Sept. 1996), pp. 342-378.
- A. MARTIN, G. ROSS, nella "Introduction" al Volume da loro curato, *Euros and Europeans. Monetary Integration and the European Social Model*, Cambridge, 2004.
- G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2008.
- F. MASTRONARDI, *Storia dell'integrazione europea*, Napoli, 2002.
- A. MAUROIS, *Storia degli Stati Uniti*, Milano, 1957.
- M. MAYER, *The Fed: The Inside History of How World's Most Powerful Financial Institutions Drives the Markets*, New York, 2001.
- S. MCCUNE LINDSAY, "Reciprocal Legislation", in *Political Science Quarterly*, Vol. 25, No. 3, (Sept. 1910).
- C.W. MCCURDY, "American Law and the Marketing Structure of the Large Corporation, 1875-1890", in *The Journal of Economic History*, Vol. 38, No. 3, (Sept. 1978).
- B. MCDOWELL, "Advisory Commission on Intergovernmental Relations in 1996: The End of an Era", in *Publius*, Vol. 27, No. 2, (1997).
- B. MCDOWELL, "The Interstate Commerce Clause of the U.S. Constitution: A 200 Years Case Study for European Integration", in *Federal Type-Solutions and European Integration*, (edited by J.C.Lloyd Brown), Lanham, Maryland.
- D. MCKAY, *Design Europe. Comparative Lessons from the Federal Experience*, New York, 2001.
- J. MERRILL, "The Idea of a National Government during the American Revolution", in *Political Science Quarterly*, Vol. 58, N. 3, (Sept. 1943).
- J. MERRILL, *The Founding of a Nation. A History of the American Revolution, 1763-1776*, New York, 1968.
- W. MILLER, *A New History of the United States*, New York, 1964.
- W. MILLER, *Origins of the American Revolution*, Stanford, 1959.
- W. MILLER, *Railroads and Granger Laws*, University of Wisconsin, 1971.
- R. MONACO, "Mercato interno europeo, voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XX, 1990.
- J.T. MOORE, "Redeemers Reconsidered: Change and Continuity in the Democratic South, 1870-1900", in *Journal of Southern History*, Vol. 44, No. 3 (Aug., 1978).
- A. MORAVCSIK, "Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach", in *Journal of Common Market Studies*, Vol. 31, No. 4, (December 1993).
- A. MORAVCSIK, "Negotiating the Single European Act: national interests and conventional statecraft in the European Community", in *International Organization*, Vol. 45, Vol. I, (Winter 1991), pp. 19-56.
- E. MORIN, *Introduzione al pensiero complesso*, Milano, 1993.
- G. MOSKOWITZ, "Obstruction to Commerce", in *Brooklyn Law Review*, Vol. 9, (1939-1940).

- J. MURPHY, *The Long Road to Gettysburg*, New York, 1992.
- R.G. NATELSON, "The Legal Meaning of " Commerce" in the Commerce Clause", in *St. John's Law Review*, Vol. 80:789, 2006.
- D.H. NELSON, *Administrative Agencies of the U.S.A. Their Decisions and Authority*, Detroit, 1964.
- J.P. NETTL, "The State as a Conceptual Variable", in *World Politics*, Vol. 20, No. 4, (July, 1968), pp. 559-592.
- S.M. NEUSE, "TVA at Age Fifty Reflections and Retrospect", in *Public Administration Review*, Vol. 43, No. 6, (Nov. - Dec. 1983).
- W.A. NISKANEN, *Reaganomics: An Insider's Account of the Policies and the People*, Oxford, 1988.
- J.E. NOVAK, "Law, Capitalism, and the Liberal State: The Historical Sociology of James Willard Hurst", in *Law and History Review*, Vol. 18, No. 1, (Spring 2000).
- J.E. NOVAK, "The Not-So-Strange Birth of the Modern American State: A Comment on James A. Henretta's "Charles Evans Hughes and the Strange Death of Liberal America", in *Law and History Review*, Vol. 24, No. 1, Spring 2006.
- J.E. NOWAK, R.D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, St. Paul Minnesota, 1995.
- C. O'BRIEN, "America's Crucible", in *U.S. News & World Report*, 2008, New York.
- N. OLIVETTI RASON, *La dinamica costituzionale degli Stati Uniti d'America*, Padova, 1984.
- A. PACE, "La Dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo", in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, Vol. 3, (2002), pp. 613-650.
- T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Bologna, 2001.
- V.L. PARRINGTON, "Main Currents", in *American Thoughts*, Vol. III, New York, 1927.
- M.E. PARRISH, "The Great Depression, the New Deal and the American Legal Order", in *Washington Law Review*, Vol. 59, (1984).
- L. PASSERINI, *Il mito d'Europa. Radici antiche per nuovi simboli*, Firenze, 2002.
- M. PAULSEN, "The Persistence of Substantive Due process in the States", in *Minnesota Law Review*, Vol. 34, (1950).
- F. PECORA, *Wall Street Under Oath: The Story of Our Modern Money Changers*, New York, 1939.
- L. PEGORARO, A. REPOSO (a cura di), *Lecture introduttive al Diritto pubblico italiano e comparato*, Padova, 1995.
- L. PEGORARO, *Comparazione giuridica e uso "esterno" delle scienze diverse*, Relazione al seminario svoltosi presso l'Università della Calabria, aprile 2009.
- I. PERNICE, "Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making Revisited", in *Common Market Law Review*, Vol. 36, (1996).
- I. PERNICE, F. MAYER, "La Costituzione integrata dell'Europa", in AA.VV. (a cura di G. Zagrebelsky) *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari, 2004, pp. 43-68.
- P. PESCATORE, "Public and Private Aspects of European Communities Competition Law", in *Fordham International Law Journal*, Vol. 10, (1983).
- P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Bruxelles, 2005.

- J. PETERSON, L.J. O'TOOLE, JR., "Federal Governance in the United States and the European Union: A Policy Network Perspective", in *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union* (edited by K. Nicolaidis e R. Howse), Oxford, 2001.
- V. PICCONE, "L'«internazionalizzazione» dei diritti umani", in AA.VV. (a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone) *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma, 2009, pp. 19-50.
- A. PIERINI, *Federalismo e Welfare State nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzioni e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Torino, 2003.
- A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.
- A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998.
- J.A. POCOCK, *La ricostruzione di un impero. Sovranità britannica e federalismo americano*, Roma, 1996.
- K. POLANYI, *La grande trasformazione*, ed. it., Torino, 1974.
- R.A. POSNER, *Antitrust Law*, Chicago, 2001.
- R.A. POSNER, *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge, Massachusetts, 2003.
- R. POUND, "Law in Books and Law in Action", in *American Law Review*, Vol. 44, 1910.
- R. POUND, "The End of Law as Developed in Juristic Thought", in *Harvard Law Review*, Vol. 27, 1914.
- R. POUND, "The Growth of Administrative Law", in *Wisconsin Law Review*, Vol. 2, 1924.
- LUCAS A. (SCOT) POWE, JR., "The Supreme Court and the Elections Returns", in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (a cura di C. TOMLINS), New York, 2005.
- L. PRZYBYSZEWSKI, "The Fuller Court, 1888-1919. Property and Liberty" in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005.
- M. RAMASWAMY, *The Commerce Clause in the Constitution of the United States*, New York, 1949.
- L. REBOUD, Les implications de l'achèvement du marché intérieur, in *L'achèvement du marché intérieur européen* (a cura della Commission pour l'étude des Communautés européennes), Paris, 1988.
- M.H. REDISH, S.V. NUGENT, "The Dormant Commerce Clause and the Constitutional Balance of Federalism", in *Duke Law Journal*, 569, (1987).
- D.H. REGAN, "The Supreme Court and the State Protectionism Making Sense of the Dormant Commerce Clause", in *Michigan Law Review*, (1986).
- C.REICH, "The New Property", in *Yale Law Journal*, Vol. 73, (1964).
- A.REPOSO, *Nascita, morte e trasfigurazione del costituzionalismo: appunti di un comparatista*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 8 del 2004.
- A. REPOSO, "Stato federale", voce in *Enciclopedia Giuridica* Treccani, Vol. XXX, Roma, 1993.
- L.L. RICHARDS, *The Slave Power and Southern Domination 1780-1860*, Louisiana State University, 2000.
- P. RIDOLA, "Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»", in *Quaderni Costituzionali*, a. XX, No, 1 (2000).
- P. RIDOLA, "Il voto europeo del 6 e 7 giugno: la "sfera pubblica europea", l'integrazione multilivello e le sfide della complessità", in *www.federalismi.it*, n. 12/2009.
- J.R. ROGERS, "National Judicial Power and the Dormant Commerce Clause", in *The Journal of Law, Economics & Organization*, Vol. 19, No. 2, (2003).

- J. ROSEN, *The Supreme Court. The Personalities and Rivalries that Defined America*, New York, 2007.
- W.J. ROSS, “The Hughes Court, 1930-1941, Evolution and Revolution” in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, (edited by Christopher Tomlins), New York, 2005.
- L.S. ROSSI, “Il rapporto fra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell’UE”, in AA.VV. (a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, v. Piccone) *Le scommesse dell’Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma, 2009, pp. 73-88.
- P. ROTT, “Minimum Harmonization for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law”, in *Common Market Law Review*, Vol. 40, (2003).
- R.D. ROTUNDA, J.E. NOVAK, *Treatise on Constitutional Law. Substance and Procedure*, Thomson West, 2007.
- R.D. ROTUNDA, J.E. NOWAK, J.N. YOUNG, *Treatise on Constitutional Law – Substance and Procedure*, St. Paul, Minnesota, 1986.
- A. RUGGERI, “Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d’Europa”, in *www.aspid.it*.
- E.D. RUSSELL, *New Deal Banking Reforms and Keynesian Welfare State Capitalism*, New York, 2008.
- P. SALMON, “Decentralization as an Incentive Scheme”, in *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 3, No. 2, 1987.
- R. SALOMON, *The International Monetary System, 1945-1976: An Insider’s View*, New York, 1977
- W. SANDHOLTZ, J. ZYSMAN, “1992: Recasting the European Bargain”, in *World Politics*, Vol. 42, No. 1, (Oct. 1989), pp. 95-128.
- F.SBORDONE, *Contratti Internazionali e Lex Mercatoria*, Napoli, 2008.
- A.M.SBRAGIA, *Debt Wish. Entrepreneurial Cities, U.S. Federalism, and Economic Development*, Pittsburgh, 1996.
- A.M. SBRAGIA, “Shaping a Polity in an Economic and Monetary Union: The EU in Comparative Perspective”, in *Euros and Europeans. Monetary Integration and the European Social Model* (edited by A. Martin e G. Ross), Cambridge, 2004.
- A.M. SBRAGIA, “The United States and the European Union: Comparing Two *Sui Generis* System”, in *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective* (edited by A. Menon and M. Schain), Oxford, 2006.
- R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, 2006.
- R. SCARCIGLIA, “La «Costituzione europea»: dal patrimonio comune al quasi-federalismo”, in AA.VV. (a cura di P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari) *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2009.
- H.N. SCHEIBER, “Federalism an the American Economic Order, 1789-1910”, in *Law and Society Review*, Vol. 10, No. 1, (Autumn 1975).
- H.N. SCHEIBER, “Federalism and Legal Process: Historical and Contemporary Analysis of the American System”, in *Law & Society Review*, Vol. 14, No. 3, (Spring, 1980).
- H.N. SCHEIBER, “Property Rights and Definition of the “Market”: Law and the American Economy”, in *The Journal of Economic History*, Vol. 41, No. 1, (March 1981).
- H.N. SCHEIBER, “The Conditions of American Federalism: An Historian’s View. A Study Submitted by the Committee on Government Operations, Subcommittee on Intergovernmental Operations”, in *U.S. Senate, 89<sup>th</sup> Congress, Second Session*, 15 October 1966.
- P.M. SCHENKKAN, “Federalism, the Dormant Commerce Clause and the State-owned Resources”, in *Texas Law Review*, Vol. 59, (1980).

- A.M. SCHLEISNGER, *La presidenza imperiale*, ed. it., Milano, 1980.
- A.M. SCHLESINGER, *I mille giorni di John Fitzgerald Kennedy*, Milano, 1968.
- A.M. SCHLESINGER, *The Age of Roosevelt: The New Deal in Action*, McMillan, 1958.
- A.M. SCHLESINGER, *The Crisis of Old Order, 1919-1933*, Boston, 1957.
- L.B. SCHMIDT, "Internal Commerce and the Development of National Economy before 1860", in *The Journal of Political Economy*, Vol. 47, No. 6, (Dec. 1939).
- S.F. SCHRAM, "United States of America", in *Handbook of Federal Countries, 2005. Forum of Federations*, (edited by A.L. Griiffiths and coordinated by K. Nerenberg), Montreal&Kingston, 2005.
- M. SHAPIRO, A. STONE SWEET, *On Law, Politics & Judicialization*, Oxford, 2002.
- E. SHAPIRO, "The Southern Agrarians and the Tennessee Valley Authority", in *American Quarterly*, Vol. 22, No. 4, (Winter 1970),
- B. SHULL, *The Fourth Branch, The Federal Reserve's Unlikely Rise to Power and Influence*, Westport, 2005.
- B.H. SIEGAN, *Economic Liberties and the Constitution*, Chicago, 1980.
- T. SKOCPOL, *Protecting Soldiers and Mothers: The Political Origins of Social Policy in the United States*, Massachusetts, Harvard University, 1992.
- P.J. SLOT, "Harmonization", in *European Law Review*, Vol. 21, (1996).
- J.A. SMITH, *Liberalism and American Constitutional Law*, Cambridge, Massachusetts, 1985.
- J.A. SMITH, *The Spirit of the American Government*, (1907), rist. Cambridge, Massachusetts, 1965.
- J. SNELL, *Goods and Services in EC Law. A Study of the Relationship between the Freedoms*, New York, 2002.
- A. SPINELLI, *La rivoluzione federalista. (Scritti 1944-1947)*, (ediz. a cura di P. Graglia), Bologna, 1996.
- A. SPINELLI, *Il Manifesto di Ventotene*, Bologna, 1991.
- A. SPINELLI, "Il modello costituzionale americano e i tentativi di unità europea", in *Il federalismo* (a cura di M. Albertini), Bologna, 1993.
- A. SPINELLI, *Una strategia per gli Stati Uniti d'Europa*, (ediz. a cura di S. Pistone), Bologna, 1989.
- K.ST. CLAIR BRADLEY, "Umpiring the System: States' Rights and Legal Basis Litigation", in *Federal-Type Solutions and European Integration* (edited by John Lloyd Brown), Lanham, Maryland.
- E. STEIN, "Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution", in *American Journal of International Law*,
- R.L. STERN, *Managing Human Resources. The Art of Full Employment*, Massachusetts, 1989.
- R.L. STERN, "The Commerce Clause and the National Economy", in *Harvard Law Review*, Vol. LIX.
- R.L. STERN, "The Commerce Clause Revisited – The Federalization of Intrastate Crimes", in *Arizona Law Review*, Vol. 15, (1973).
- R.L. STERN, "The Problem of Yesteryear – Commerce and Due Process", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 4, (1950-1951).
- D. STOCKMAN, *The Triumph of Politics*, New York, 1987.

- A. STONE SWEET, “The Constitutionalization of the EU. Steps Towards a Supranational Polity”, in *Democracy and Federalism in the European Union and the United States* (edited by Sergio Fabbrini), New York, 2005.
- G.L. SUNDQUIST, “Il «Nuovo Federalismo» di Ronald Reagan”, in *Quaderni Costituzionali*, Vol. II, No. 1, (1982).
- C.R. SUNSTEIN, “Constitutionalism After the New Deal”, in *Harvard Law Review*, Vol. 101, (1987), pp..
- C.R. SUNSTEIN, “The Enduring Legacy of Republicanism”, in *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society* (edited by S.L. Elkins and K..E. Sołtan), Chicago, 1993, pp. 174-206.
- C.R. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Cambridge, Massachusetts, 1999.
- C.R. SUNSTEIN, “State Action is Always Present”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 3, (2002).
- D. SWANN, “Standards, Procurements, mergers and State Aids”, in *The Single European Market and Beyond* (edited by D. Swann), New York, 1992.
- J.R. TALBOTT, *Obamanomics. Dalla crisi dell’alta finanza all’economia dal basso*, Milano, 2009
- K.M. TEEVEN, *A History of Anglo-American Common Law of Contract*, 1990.
- G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001.
- G. TESAURO “La Corte di Giustizia e i diritti fondamentali”, in AA.VV. (a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, v. Piccone) *Le scommesse dell’Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma, 2009, pp. 63-71.
- L.C. THURLOW, *La società a somma zero*, Bologna, 1984.
- C.M. TIEBOUT, “A Pure Theory of Local Expenditures”, in *Journal of Political Economy*, Vol. 64, (1956).
- A.H. TRECHSEL, “How to federalize European Union ...and why bother”, in *Journal of European Public Policy*, 12:3, (June 2005), pp. 401-418.
- L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000.
- L.H. TRIBE, “Unraveling National League of Cities: The New Federalism and the Affirmative Rights to Essential Government Service”, in *Harvard Law Review*, Vol. 90, (1977).
- F. TULKENS, “La Corte di Giustizia UE in una fase di crisi del modello sovranazionale”, AA.VV. (a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, v. Piccone) *Le scommesse dell’Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, Roma, 2009, pp. 55-69.
- M. TUSHNET, “The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law”, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 1, n. 1 (2003).
- M. TUSHNET, “The Warren Court, 1954-1968. Procedural Liberalism and Personal Freedom”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (a cura di C. TOMLINS), New York, 2005.
- B.R. TWISS, *Lawyers and the Constitution: How Laissez Faire Came to the Supreme Court*, Princeton, 1942.
- M.I. UROFSKY, “The Taft Court, 1921-1930. Groping for Modernity”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005.
- M.I. UROFSKY, P. FINKELMAN, *A March of Liberty – A Constitutional History of the United States: From 1877 to the Present*, Vol. II, New York-Oxford, 2002.
- T. VEBLIN, *The Theory of a Leisure Class*, New York, rist. 1934.
- S. VENTURA, *Il federalismo*, Bologna, 2000.
- A. VESPAZIANI, “Federalismo (dir.comp.)”, voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XIV, 2006

- M.J.C.VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, 1998
- A.VON BOGDANDY, “L’europizzazione dell’ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?”, in AA.VV. (a cura di G. Zabrebelsky), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Bari, 2003.
- F.VON HAYEK, *Individualism and Economic Order*, Chicago, 1948.
- M. VORENBERG, “The Chase Court, 1864-1873. Cautious Reconstruction”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (edited by Charles Tomlins), New York, 2005.
- B. VOYENNE, *Historie de l’idée européenne*, Paris, 1964.
- B. VOYENNE, *Le Fédéralisme de P.J. Proudhon*, Paris, 1973.
- T.E. WATSON, “The Negro Question in the South”, in *The Arena*, Vol. VI, (October 1892).
- R. WATTS, *Comparing Federal Systems*, Montreal, 1999.
- J.H.H.WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999.
- J.H.H.WEILER, *La Costituzione dell’Europa*, Bologna, 2003.
- J.H.H. WEILER “Federalismo e costituzionalismo: il «Sonderweg» europeo” in AA.VV. (a cura di G. Zagrebelsky) *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Bari, 2004, pp. 22-42.
- J. WEINSTEIN, *The Corporate Ideal in the Liberal State*, Boston, 1968.
- D. WELLS, *The Federal Reserve System: A History*, Jefferson, 2004.
- K.C.WHEARE, *Del governo federale*, Bologna, 1997.
- J.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge, Massachusetts, 2000.
- J.E. WHITE, “The Impact of Legal Science on Tort Law”, in *Columbia Law Review*, Vol. 78, (March 1978).
- K.E. WHITTINGTON, “The Burger Court, 1969-1986. Once More in Transition”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice* (a cura di C. TOMLINS), New York, 2005.
- E. WICKER, *The Great Debate on Banking Reform Nelson Aldrich and the Origins of the Fed*, Columbus, 2005,.
- W.M. WIECEK, “The Stone and Vinson Court, 1941-1953. Transition and Trasformation”, in *The United States Supreme Court. The Pursuit of Justice*, (edited by Christopher Tomlins), New York, 2005.
- G. WILLS, *Lincoln at Gettysburg: The Word that Remade America*, New York, 1992.
- Z.P. WISEMAN, “The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules”, in *Harvard Law Review*, Vol. 100, No. 3, (January 1987).
- D. WOLTON, *L’Unité d’un homme*, Paris, 1994.
- L. WOODS, *Free Movement of Goods and Services within the European Community*, Ashgate, 2004.
- D.S. WRIGHT, “Policy Shifts in the Politics and Administration of Intergovernmental Relations, 1930s-1990s”, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 509, No. 1, (1990).
- J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007.
- J.F. ZIMMERMAN, “Regulating Intergovernmental Relations in the 1990’s”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 509, No. 1, (1990).
- A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Interventi pubblico nell’economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d’America*, Firenze, 1984.

A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Stato costituzionale ed espansione della democrazia*, Padova, 1999.

A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Costituzione americana ed equilibrio finanziario. Il caso della legislazione anti-deficit*, Pisa, 2000.

A.G. ZORZI GIUSTINIANI, “Alle origini dello Stato regolatore (1874-1910). Le libertà economiche, Public Utilities e monopoli al vaglio della Corte Suprema” in AA.VV. (a cura di S. Volterra), *Corte Suprema e assetti sociali negli Stati Uniti d’America (1874-1910)* Torino, 2003.