



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

ANTONIA BARAGGIA

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



G. Giappichelli Editore

RINGRAZIAMENTI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

INTRODUZIONE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ Cfr. *infra*, §§ 4 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPITOLO 1

POTERE E CONDIZIONALITÀ

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

1. Premessa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹ *Ivi*, p. 370.

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

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

¹² *Ibidem*.

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

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

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

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

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

Accogliendo questa struttura diadica, French e Raven definiscono la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ *Ivi*, p. 156.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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