

SILVIO ROBERTO VINCETI*

La clausola necessaria e propria: flessibilità e garanzia del federalismo statunitense e ruolo della dottrina**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Concezione madisoniana e marshalliana. – 3. Diritto costituzionale vigente. – 3.1. Commercio interstatale. – 3.2 Finanza ed intervento federale nell'economia. – 3.3 Diritto penale. – 4. La «teoria fiduciaria» della Costituzione americana. – 5. Conclusione.

1. Introduzione

È dato familiare allo studioso di diritto pubblico l'esistenza di disposizioni che permettono di stemperare, a determinate condizioni, l'apparente rigidità dei lunghi elenchi materiali presenti nelle carte costituzionali e dedicati al riparto di competenze tra enti di governo. Si pensi all'espresso dettame della legge speciale belga che permette ai decreti di Regioni e Comunità di adottare «disposizioni di diritto» in ambiti ultronei rispetto alle materie di loro competenza «nella misura in cui queste disposizioni sono necessarie all'esercizio della loro competenza»¹. Oppure, si pensi a quelle norme che sembrano adombrare un ruolo elastico ed equilibrante per il «formante»² giurisprudenziale, come la *legislación básica* dello Stato spagnolo³ o le «competenze finalistiche» nella Costituzione italiana⁴. Non mancano poi vere e proprie dottrine non scritte, di cui un chiaro esempio sono le teorie del diritto tedesco sulla competenza federale in ragione della «natura delle cose», «della connessione fattuale» o «per allegato»⁵. Oggi infine – e seppur

* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche – Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

** Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Art. 10, loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. Cfr. R. ORRÙ, *La Cour d'Arbitrage tra «Corte dei conflitti» e Corte costituzionale a competenza generale*, in F. DELPÉRÉE, *L'ordinamento federale belga*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 72.

² Cfr. R. SACCO, voce *Formante*, in *Dig. civ.*, vol. VIII, UTET, 1992, pp. 438-440.

³ Il riferimento è all'art. 149, ap. 1, n. 1^a, Constitución Española, 1978. Sulla «legislazione básica» v. C. STORINI, *La distribuzione territoriale delle competenze nello Stato autonomico spagnolo. La potestà legislativa ripartita e l'indeterminatezza delle norme «basiche»*, in S. GAMBINO (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze: esperienze straniere e tendenze attuali in Italia*, Rimini, Maggioli, 1998, pp. 775 ss.

⁴ Dalla «tutela della concorrenza», «dell'ambiente e dell'ecosistema» alla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni»: cfr. A. D'ATENA, *Diritto regionale*, IV ed., Giappichelli, 2019, pp. 164 ss. Come noto, le «previsioni in discorso, non vincolando in modo rigido il legislatore statale ad un determinato ambito oggettuale, introducono un notevole elemento di flessibilizzazione del sistema complessivo di ripartizione delle competenze». V. E. GIANFRANCESCO, voce *Materie (riparto tra Stato e Regioni)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3600.

⁵ Cfr. R. STETTNER, *Natur der Sache und Kulturförderung durch den Bund*, in A. BLANKENAGEL, I. PERNICE, H. SCHULZE-FIELTIZ (a cura di), *Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, pp. 692-694. Nella dottrina italiana v. A. GRAGNANI, *Il nuovo ordine delle competenze legislative e la giurisdizione costituzionale sui titoli di competenza nella riforma del federalismo tedesco*, in A. D'ATENA (a cura di), *I cantieri*

con la cautela che si impone nell'applicazione di categorie della teoria generale dello stato ad una «organizzazione che di natura statale non è»⁶ – celebre ipotesi di norma “elasticizzante” è la «clausola di flessibilità» prevista dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁷.

L'archetipo di queste disposizioni flessibilizzanti – o «clausole costituzionali di unificazione»⁸ – sembra tuttavia doversi ritrovare nel diritto statunitense e precisamente nella «clausola necessaria e propria» (*Necessary and Proper Clause*), contenuta nella diciottesima clausola dell'ottava sezione dell'articolo primo della Costituzione americana⁹. In tale disposizione è attribuito al Congresso degli Stati Uniti il potere di «adottare tutte le leggi che si renderanno *necessary* [*necessary*] e *proprie* [*proper*] per portare ad esecuzione le [sopra] menzionate competenze, e tutte le altre competenze attribuite da questa Costituzione al governo degli Stati Uniti, o a qualsiasi suo dipartimento o ufficiale»¹⁰. Famosamente denominata dagli Antifederalisti la «clausola ramazza» (*Sweeping clause*)¹¹ per il potenziale di indeterminatezza dei parametri di “necessarietà” e “appropriatezza” cui fa riferimento¹², la disposizione è oggi evocata nella dottrina con l'espressione di «clausola necessaria e propria»¹³.

A dispetto della sua centralità per il riparto di competenze americano, la clausola è rimasta per lungo tempo un monolite misterioso dal punto di vista dell'interpretazione costituzionale. Le incertezze ermeneutiche derivano dalla genesi stessa della disposizione, che non fu dibattuta in alcun modo alla Convenzione di Filadelfia al momento della redazione del testo costituzionale: «la clausola necessaria e propria fu aggiunta alla Costituzione dal Comitato di redazione senza alcuna precedente discussione da parte della Convenzione costituzionale. Né fu oggetto di alcun dibattito dal momento della proposta all'adozione finale della Costituzione da parte della Convenzione»¹⁴. Considerata «un capolavoro di formulazione enigmatica»¹⁵, si è ironicamente sostenuto che «nessuno, compresi i redattori della Costituzione, conosc[a] la

del federalismo in Europa, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 198-199, e C. PANARA, *I poteri impliciti nel federalismo tedesco del Grundgesetz*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2008, pp. 425-450.

⁶ Come di recente ricordato da E. GIANFRANCESCO, *Un approccio costituzionalistico alla Commissione europea. Alcuni profili rilevanti*, in *Dir. soc.*, n. 1, 2021, p. 1.

⁷ *Ex multis*, favorevole alla riconduzione dell'art. 352 TFUE nel *genus* delle norme “flessibilizzanti” G. DI PLINIO, *Federalismo e Costituzione fiscale negli Stati Uniti d'America*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie. Modelli giuridici comparati*, Roma, Donzelli, 2010, pp. 277-278.

⁸ S. MANGIAMELLI, *Regionalismo ed Eguaglianza*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2020, pp. 1646-1651.

⁹ Per tutti v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2007, p. 704, che definisce la norma in questione «musa» della teoria dei poteri «impliciti» nel diritto pubblico.

¹⁰ U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 18 (enfasi aggiunta).

¹¹ J. MADISON, A. HAMILTON, J. JAY, *The Federalist Papers (1788)*, Penguin, 1987, p. 224. La presente traduzione del vocabolo è un compromesso tra l'uso comune del termine ‘sweeping’ – «ampio, vasto, sconfinato, [...] generico, indiscriminato» (cfr. AA.VV., *Dizionario inglese*, Firenze-Milano, Giunti, 2010, p. 383) – e la radice etimologica – che nella traduzione italiana rischia di andare persa – dell'atto di spazzare con una scopa (*sweep*). Si preferisce parlare di «clausola “passa tutto”» nella traduzione di Biancamaria Tedeschini Valli in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista. Commento alla Costituzione degli Stati Uniti*, Nistri Lischì, 1955, p. 212.

¹² M.S. PAULSEN, S.G. CALABRESI, M.W. MCCONNELL, S.L. BRAY, W. BAUDE, *The Constitution of the United States*, III ed., Foundation Press, 2017, p. 32 (opera da qui in avanti cit. per brevità come ‘M.S. PAULSEN, *The Constitution*').

¹³ Cfr. G.S. LAWSON, P.B. GRANGER, *The “Proper” Scope of Federal Power. A Jurisdictional Interpretation of the Sweeping Clause*, in *Duke Law Journal*, n. 2, 1993, p. 270, nota 10.

¹⁴ R.E. BARNETT, *The Original Meaning of the Necessary and Proper Clause*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, n. 2, 2003, p. 183.

¹⁵ J.M. LYNCH, *Negotiating the Constitution: The Earliest Debates over Original Intent*, Cornell University Press, 1999, p. 4.

ragione dell'espressione "necessarie e proprie"¹⁶. Dall'attribuzione di "enigmaticità" si è infine passati al più severo giudizio di norma «stupida»¹⁷, in quanto gli stessi costituenti non avrebbero «preso sul serio il suo significato» ed «eminenti difensori della [ratifica della] costituzione confessarono in seguito che la disposizione era superflua e inintelligibile»¹⁸.

Le accuse di stupidità e superfluità stridono, tuttavia, con l'evoluzione e l'attualità del diritto costituzionale statunitense e domandano, se non una confutazione, quantomeno una spiegazione. Il presente saggio muove allora in due direzioni. In primo luogo, si vuole offrire una introduzione sintetica e possibilmente efficace alla clausola necessaria e propria e alla sua centralità per il riparto di competenze americano¹⁹. Così, dopo aver accennato alle origini della disposizione, alla dualità di visione ermeneutiche e alla loro risoluzione in *McCulloch v. Maryland* nel 1819²⁰ (par. 2) si mostrano esempi di quella rilevantissima parte del diritto federale che trova il proprio "ancoraggio costituzionale" nella clausola necessaria e propria (par. 3).

In secondo luogo, il presente contributo vuole mettere in risalto la vitalità della dottrina americana contemporanea e la sua influenza sulla recente giurisprudenza costituzionale (par. 4). Il riferimento è al dibattito sulla legittimità costituzionale della riforma sanitaria dell'ex Presidente Barack Obama – il *Patient and Affordable Care Act (ACA)* – i cui strascichi giudiziari si sono propagati fino a tempi recentissimi²¹. Come si dirà, l'avvento dell'approccio originalista nella *jurisprudence* americana e la connessa concettualizzazione della «teoria fiduciaria» della Costituzione hanno portato a nuovi e inaspettati scenari nell'interpretazione della clausola necessaria e propria, il cui significato sembrava invece definitivamente fissato nella «concezione marshalliana» enunciata in *McCulloch*. In senso comparato, si propone di leggere la vicenda della clausola necessaria e propria come un auspicio per una forte rivalorizzazione del formante dottrinale nella produzione del diritto, anche in Italia (par. 5).

2. Concezione madisoniana e marshalliana

Come accennato, le origini della clausola necessaria e propria sono coperte da un notevole manto di incertezza. La clausola "appare" nella bozza di Costituzione redatta alla Convenzione di Filadelfia in seguito al passaggio del manoscritto attraverso un Comitato di dettaglio presieduto da James Wilson. Nemmeno in occasione della discussione finale, prima che il testo

¹⁶ M.A. GRABER, *Unnecessary and Unintelligible*, in *Constitutional Commentary*, n. 2, 1995, p. 168.

¹⁷ *Ibid.*, p. 167.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Nella letteratura italiana, sulla clausola necessaria e propria v. già A. LEVI, *La teoria hamiltoniana degli «implied powers» della Costituzione*, in *Rendiconti della classe Scienze morali, storiche e filosofiche dell'Accademia dei Lincei*, n. 11-12, 1951, pp. 492 ss.; R. GIORDANO, *La teoria hamiltoniana dei poteri impliciti e l'azione federalista della Corte Suprema*, in L. BOLIS (a cura di), *La nascita degli Stati Uniti d'America*, Milano, Edizioni di Comunità, 1957, pp. 147 ss.; G. AMATO, *Il sindacato di costituzionalità sulle competenze legislative dello Stato e della Regione. Alla luce dell'esperienza statunitense*, Giuffrè, 1964, part. pp. 17 ss., 89 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, 2001, part. pp. 35-48; G. MORBIDELLI, *op. cit.*, pp. 703-727; C. BOLOGNA, *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, Bononia University Press, 2010, pp. 50-56, pp. 186-191.

²⁰ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

²¹ Il riferimento è a *California v. Texas*, 141 S.Ct. 2104 (2021), su cui v. E. MOSTACCI, *Costituzionalmente non illegittimo, ma ormai privo di nerbo: l'Obamacare dopo la presidenza Trump*, e E. BALBONI, *La U.S. Supreme Court respinge per la terza volta l'attacco all'Obamacare*, entrambi in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2021, pp. 301 ss., 465 ss.

venisse licenziato per la ratifica da parte degli Stati, la clausola destò reazioni particolari²². L'indifferenza verso la disposizione venne invece bruscamente meno in sede di ratifica della Costituzione, dove gli Antifederalisti brandirono la norma come una "clausola capestro" per cui «i governi locali sarebbero stati distrutti e le libertà [dei loro abitanti] sterminate»²³. Celebre risposta alle critiche antifederaliste sarà quella di Alexander Hamilton che, nel trentatreesimo numero de *Il Federalista*, sminuirà la portata precettiva della norma affermando «con perfetta sicurezza che le operazioni costituzionali del governo che si vuole istituire sarebbero esattamente le stesse, se quest[a] clausol[a] fosse interamente rimoss[a]»²⁴.

Se gli anni successivi alla ratifica della Costituzione sembreranno confermare l'ipotesi di "innocenza" formulata da Hamilton, la prima pronuncia in cui verrà in questione il significato della clausola necessaria e propria rappresenterà un momento di svolta e per l'interpretazione della clausola e per la storia del federalismo americano. Come nota Gardbaum, «*McCulloch* ha [...] la qualità distintiva di essere considerata una interpretazione piena e completa di una particolare clausola della Costituzione. L'analisi della clausola necessaria e propria è storicamente iniziata e finita con *McCulloch*»²⁵. La circostanza si rivelerà, peraltro, problematica: se da una parte l'interpretazione del Chief Justice James Marshall dell'attributo «necessarie» – in «leggi necessarie e proprie» – salverà la clausola dalle letture svilenti degli antifederalisti, dall'altra una certa trascuratezza verso l'aggettivo «proprie» metterà la sordina alla portata «garantista»²⁶ della disposizione, che solo con la recente dottrina originalista tornerà in rilievo²⁷.

Come ampiamente noto²⁸, in *McCulloch* del 1819 la Corte Suprema era chiamata a prendere posizione sulla legittimità costituzionale dell'istituzione di una banca da parte del governo federale. Il caso portava davanti al giudice supremo americano il dibattito che aveva avuto luogo trent'anni prima, quando per la prima volta fu deliberata l'istituzione di una banca di proprietà dell'Unione su spinta di Hamilton e contro il convincimento manifesto di Madison e Jefferson, tra gli altri, sulla legittimità costituzionale dell'operazione. Assumendo l'inammissibilità di qualsiasi interpretazione che «dia illimitata discrezionalità al Congresso»²⁹, Madison aveva allora sostenuto che il corretto «significato, in accordo con la naturale e ovvia forza dei termini e del contesto, deve essere limitato ai mezzi necessari al fine, e incidenti sulla natura delle competenze specificate»³⁰. Sulla stessa linea, Jefferson aveva messo l'accento sul concetto fatto che i mezzi legislativi *de quo* sono qualificati dalla Costituzione come «necessari» e non come «convenienti

²² Per il più completo resoconto della genesi della disposizione v. J. MIKHAIL, *The Necessary and Proper Clauses*, in *Georgetown Law Journal*, n. 4, 2014, pp. 1045 ss.

²³ Cfr. J. MADISON, A. HAMILTON, J. JAY, *op. cit.*, p. 223.

²⁴ *Ibid.*, p. 224.

²⁵ Cfr. S. GARDBAUM, *Rethinking Constitutional Federalism*, in *Texas Law Review*, n. 4, 1996, p. 814.

²⁶ Il senso delle espressioni "garanzia", "valenza garantista", "dimensione garantistica" riprende l'uso di S. MANGIAMELLI, *Il riparto di competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in IDEM, A. FERRARA, F. TUZI (a cura di), *Il riparto delle competenze nell'esperienza regionale italiana tra materie e politiche pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 59, dove si parla di un «significato garantista dell'enumerazione» delle competenze.

²⁷ Su cui *infra* par. 4.

²⁸ Cfr. *supra* nota 19.

²⁹ J. MADISON, *Speech on the Bank Bill, House of Representatives, Feb. 2 (1791)*, citato in M.S. PAULSEN, *The Constitution*, cit., p. 474.

³⁰ *Ibid.*

[convenient] all'adempimento delle competenze enumerate [del Congresso]»³¹. Al contrario, Hamilton aveva ribattuto in quell'occasione che «né il senso grammaticale né quello popolare del termine richiede[va] questa interpretazione»: «*necessario* significa spesso niente di più che *conveniente* [*needful*], *richiesto* [*requisite*], *incidentale a* [*incident*], *utile* [*useful*] o *favorevole a* [*conducive to*]»³².

Portata la questione davanti alla Corte Suprema a seguito dell'istituzione della seconda banca federale, il Chief Justice Marshall ne confermerà in *McCulloch* la legittimità costituzionale³³. L'*opinion* di Marshall ruoterà intorno all'interpretazione dell'aggettivo «*necessary*», che ambo le parti in causa consideravano «dirimente» (*controlling*) ai fini della corretta comprensione della disposizione. Per lo Stato del Maryland, che deduceva l'incostituzionalità della banca, «*necessary*» doveva tradursi come «assolutamente necessarie o indispensabili». Nella sua ricostruzione, lo stato membro dell'Unione si rifaceva così alla «concezione madisoniana»³⁴ dell'aggettivo «*necessary*» in forza della quale, perché un atto federale inerente a una materia non enumerata fosse considerabile «necessario e proprio», doveva sussistere una ben «precisa connessione tra mezzi e fine»³⁵. Alla luce di questa interpretazione restrittiva, l'istituzione della banca doveva considerarsi «ripugnante alla Costituzione degli Stati Uniti»³⁶.

Al contrario, in base a plurimi rilievi – tra cui spicca l'uso della locuzione «assolutamente necessario» nella decima sezione dell'articolo primo, che *a contrario* farebbe pensare ad un requisito di necessità meno stringente per «necessario», senza «assolutamente»³⁷ – la «concezione marshalliana» darà all'aggettivo una connotazione ben più ampia. Osservando che «utilizzare i mezzi necessari ad un fine significa generalmente utilizzare qualsiasi mezzo atto a produrre quel fine»³⁸, il Chief Justice affermerà che l'istituzione di una banca federale doveva ritenersi costituzionalmente «necessaria» per l'adempimento di svariate competenze enumerate³⁹. Con una interpretazione della disposizione giudicata «libera» (*loose*)⁴⁰ – sebbene in qualche modo sempre «proto-originalista»⁴¹ – Marshall darà alla luce, in *McCulloch*, la celebre «glossa

³¹ T. JEFFERSON, *Opinion on the Bank Bill*, Feb. 15 (1791), in M.S. PAULSEN, *The Constitution*, cit., p. 480.

³² A. HAMILTON, *Opinion on the Bank Bill*, Feb. 23 (1791), in M.S. PAULSEN, *The Constitution*, cit., p. 482.

³³ Cfr. *ibid.*, p. 487.

³⁴ R.E. BARNETT, *Necessary and Proper*, in *UCLA Law Review*, n. 3, 1997, pp. 751 ss.

³⁵ Cfr. il testo della lettera di James Madison al Giudice Roane (2 settembre 1819) in *ibid.*, p. 761.

³⁶ *McCulloch*, p. 319.

³⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 414-415.

³⁸ *Ibid.*, pp. 413-414.

³⁹ *Ibid.*, p. 425.

⁴⁰ R.E. ELLIS, voce *McCulloch v. Maryland*, in K.L. HALL (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 1992, p. 622.

⁴¹ Condivisibile che sia negli esiti, la *forma* del ragionamento del Chief Justice appare del tutto originalista: Marshall parte dalla considerazione delle ragioni della fondazione dell'Unione (*McCulloch*, pp. 402-411), considera il linguaggio della clausola e il rapporto con analoghe previsioni negli Articoli della Confederazione (*ibid.*, pp. 412-415), ragiona *a contrario* applicando la clausola ad altre enumerate competenze (*ibid.*, pp. 415-418), osserva il contesto linguistico, la collocazione costituzionale e le finalità apparenti (*ibid.*, pp. 419-423). Cfr. J. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics. A Constitutional History*, John Hopkins University Press, 2005, pp. 19-20.

latitudinaria del significato di “necessarie” che sopravvive al giorno d’oggi sostanzialmente incontestata⁴² e, in qualche modo, anche oltre la volontà dello stesso Marshall⁴³.

3. Diritto costituzionale vigente

Nel solco di *McCulloch* si dispiegherà, con crescente forza a partire dalla fine del Diciannovesimo secolo, la grande stagione dell’estensione della competenza normativa federale. Tuttavia, più che la dimensione diacronica, interessa qui mettere in luce quanto, del diritto federale vigente, continui a trovare fondamento costituzionale nella clausola necessaria e propria (*rectius*: nell’estensione di una competenza federale enumerata sul presupposto della necessarietà della legislazione federale rispetto ad essa). Per questa ragione, si privilegia una analisi della dimensione “vivente” del diritto federale fondato sull’applicazione della clausola necessaria e propria – senza, chiaramente, pretese di esaustività⁴⁴.

3.1. Commercio interstatale

Come noto, la disposizione più spesso invocata per giustificare l’intromissione del governo federale in sfere apparentemente eccentriche rispetto alle competenze enumerate in Costituzione è la «clausola sul commercio» (*Commerce Clause*)⁴⁵. Ciò che è meno noto⁴⁶ e vuole qui essere messo in luce è come gran parte del lavoro ermeneutico che ha permesso e continua a giustificare una visione lata della competenza federale a «regolare il commercio con le nazioni straniere, e fra i diversi Stati, e con le tribù indiane»⁴⁷ sia in realtà svolto dalla clausola necessaria e propria. Il dato, beninteso, rappresenta un’acquisizione recente anche per la dottrina americana, valorizzata dal citato lavoro di Gardbaum – il quale, peraltro, ne riconosce la preesistenza nell’opera di altri studiosi⁴⁸, e significativamente, nella *dissenting opinion* del giudice O’Connor in *Garcia*⁴⁹.

⁴² R.E. BARNETT, *op. ult. cit.*, p. 412.

⁴³ Scrivendo sotto pseudonimo Marshall denegherà che con *McCulloch* si fosse riconosciuto al Congresso il potere di adottare qualsiasi norma «opportuna» (*convenient*) alle competenze federali. Cfr. M.S. PAULSEN, *The Constitution*, cit., p. 504.

⁴⁴ Per motivi di spazio, non si può trattare qui delle applicazioni della clausola necessaria e propria nei settori dell’immigrazione, dell’ordine pubblico, della politica estera, dei diritti civili ed elettorali. Mancando una trattazione monografica della clausola vale anche qui il rimando alla manualistica: cfr. M.S. PAULSEN, *The Constitution*, cit., pp. 49-50, pp. 673-670, pp. 728-729.

⁴⁵ *Ex plurimis v. F. FRANKFURTER, The Commerce Clause*, University of North Carolina Press, 1937, pp. 66-67. Nella letteratura italiana, v. G. AMATO, *op. cit.*, pp. 41-119, p. 124; A.G. ZORZI GIUSTINIANI, *Intervento pubblico nell’economia e sostegno della piccola impresa negli Stati Uniti d’America*, San Gallo, 1984, p. 85; M. COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia. Il «judicial federalism» negli Stati Uniti*, Jovene, 1996, part. pp. 170-179; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, vol. I, Giappichelli, 1998, pp. 198-203; M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Giuffrè, 2004, pp. 119 ss. Per un inquadramento generale v. ora E. MOSTACCI, *Commerce power e federalizing process. Il governo dell’economia nell’evoluzione dei federalismi di common law*, Egea, 2018, part. pp. 31-97.

⁴⁶ Ma v. già significativamente G. AMATO, *op. cit.*, pp. 17, 103, e S. MANGIAMELLI, *La riforma del regionalismo italiano*, Giappichelli, 2002, p. 28.

⁴⁷ U.S. CONST. art I, § 8, cl. 3.

⁴⁸ Cioè David Engdahl e Martin Redish: cfr. S. GARDBAUM, *op. cit.*, pp. 807-808, nota 41.

⁴⁹ *Garcia*, 469 U.S. 528, 580 (O’ Connor, J., dissenting).

Rimandando qui ad altre sedi per una trattazione significativa della clausola sul commercio⁵⁰, si possono prendere qui gli esempi di Gardbaum per capire come «la giustificazione della Corte [Suprema] durante il New Deal per la radicale espansione della portata del potere federale sul commercio consistesse nel fatto che le misure del Congresso in questione erano validi esercizi del potere riconosciuto dalla clausola necessaria e propria»⁵¹, e non, «come spesso si crede»⁵², «esercizi diretti del potere di regolare il commercio tra i diversi stati»⁵³. Così, segnatamente, nella sentenza *Darby* che sancirà il superamento della “famigerata” dottrina *Hammer* – in forza della quale si doveva distinguere tra «produzione» e «commercio» dei beni e solo la seconda attività poteva essere oggetto di normazione federale – la *majority opinion* redatta dal giudice Stone sosterrà che la competenza commerciale del governo federale «non è confinata alla regolamentazione del commercio tra gli stati», ma «si estende a quelle attività che influenzano così tanto il commercio interstatale [...] da rendere la loro regolazione un mezzo appropriato per il raggiungimento di un fine legittimo, [idest] l’esercizio del potere riconosciuto al Congresso di regolare il commercio interstatale»⁵⁴. Stone ribadirà poi il punto in *Wrightwood Dairy*⁵⁵ e il giudice Jackson farà sua la medesima impostazione nell’altrettanto decisiva *Wickard*⁵⁶.

Ma perché, se la clausola necessaria e propria è il vero fondamento dell’estensione del potere federale in materia commerciale, il suo ruolo è stato a lungo ignorato nella dottrina, dando così l’immagine di una prestazione “solipsistica” della clausola sul commercio? La responsabilità, per Gardbaum, è attribuibile alla “difettosa” argomentazione giurisprudenziale: «in modo crescente a partire dai primi anni Cinquanta, le corti stesse hanno preso a minimizzare» il ruolo ermeneutico della clausola e le stesse *opinions* della Corte Suprema «menzionano esplicitamente solo la clausola sul commercio e incorporano il test [imposto] dalla clausola necessaria e propria senza farvi riferimento»⁵⁷. Questa “incorporazione” ha finito per ingenerare «la falsa impressione che la clausola sul commercio fornisca da sola la base per regolare questioni locali piuttosto che un fine legittimo per cui la clausola necessaria e propria autorizza una regolamentazione [federale] come mezzo»⁵⁸.

A causa di questa “incorporazione inconsapevole” gli stessi giudici costituzionali finiscono a volte per trovarsi «confusi sul fondamento su cui è basato il potere federale»⁵⁹. In *Hodel* del 1981, ad esempio, il giudice Powell sostiene che, per capire se una determinata

⁵⁰ Cfr. *supra* nota 45. Per l’interazione tra clausola sul commercio e dottrina originalista si permette qui il rimando a S.R. VINCETI, *Federalismo e originalismo. Il duplice verso della relazione tra interpretazione costituzionale e riparto di competenze nel diritto statunitense (con una nota sul criterio storico-normativo)*, in *Diritti regionali*, n. 3, 2021, pp. 877-896.

⁵¹ S. GARDBAUM, *op. cit.*, p. 807.

⁵² *Ibid.*, p. 808.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *United States v. Darby*, 318 U.S. 100, 118-119 (1941).

⁵⁵ «Noi concludiamo che la competenza nazionale a regolare il prezzo del latte commerciato tra gli stati e trasportato dentro l’area commerciale di Chicago, Illinois, si estende al controllo delle transazioni intere allo stato in quanto questo è necessario e appropriato per rendere efficace la regolamentazione del commercio interstatale». *United States v. Wrightwood Dairy Co.*, 315 U.S. 110, 121 (1942) (Stone, J.) (corsivi aggiunti).

⁵⁶ *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).

⁵⁷ S. GARDBAUM, *op. cit.*, p. 810.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 810-811.

regolamentazione federale rientri nella *Commerce Clause*, «il mezzo scelto deve essere ragionevolmente adatto al fine permesso dalla Costituzione»⁶⁰. Decisamente non confusa appare invece Sandra O'Connor, che nella sua celebre *dissenting opinion* in *Garcia*⁶¹ mette in luce il ruolo della clausola necessaria e propria nell'estensione della competenza federale: «la Corte ha basato la sua espansione [del potere federale] sulla competenza del Congresso in forza della clausola necessaria e propria [...]. È attraverso questo ragionamento che un'attività intrastatale “influenzante” il commercio interstatale può essere coperta dalla competenza commerciale [federale]»⁶².

3.2. Finanza ed intervento federale nell'economia

Restando in materia economico-finanziaria, viene innanzitutto in rilievo la mancanza di una espressa competenza del governo federale all'emissione di cartamoneta con corso legale da parte del governo federale⁶³. La questione si presentò in tutta la sua gravità con il *Legal Tender Act* del 1862, che autorizzò la stampa di banconote – i «greenbacks» – e, significativamente, conferì ad essi «valore legale a pagamento di tutti i debiti, pubblici e privati»⁶⁴. Considerata in *Hepburn* del 1870 «la questione dell'esistenza di questa competenza come una competenza necessaria e propria per portare ad esecuzione altre legittime competenze del governo [federale]»⁶⁵, la *opinion of the Court* del Chief Justice Chase rileverà che «un atto che dia corso legale alla mera promessa di corrispondere dollari in pagamento di debiti precedentemente contratti non è un mezzo appropriato, realmente calcolato per dare effetto ad alcuna espressa competenza attribuita al Congresso»⁶⁶.

Nel giro di un anno, tuttavia, complice la nomina di due nuovi giudici costituzionali⁶⁷, una mutata maggioranza in Corte Suprema ribalterà il *decisum* di *Hepburn* nei c.d. “*Legal Tender Cases*”. In *Knox*, in particolare, il giudice Strong, considerando «la grande discrezionalità [usata] nella selezione dei mezzi necessari e propri per dare effetto ai grandi obiettivi per cui il governo [federale] fu istituito»⁶⁸, rileverà che, seppur «distinta dalla quella di coniare moneta e regolarne il valore», la competenza di stampare moneta avente corso legale è giustificata «dalla competenza ad adottare tutte le necessarie leggi ausiliarie», ed è «incidentale al potere di prendere a prestito moneta»⁶⁹.

Altro chiaro esempio dell'importanza della disposizione ai fini della regolazione dell'economia americana è il problema della costituzionalità del potere di esproprio – il c.d.

⁶⁰ *Hodel v. Virginia Surface Mining*, 452 U.S. 264, 276 (1981).

⁶¹ Da cui l'idea che in luogo di «nuovo federalismo», per descrivere la rinnovata sensibilità della Corte Suprema verso la potestà legislativa statale sarebbe più opportuno parlare di «O'Connerismo»: v. R. BERGER LEVINSON, *Will the New Federalism Be the Legacy of the Rehnquist Court*, in *Valparaiso University Law Review*, n. 3, 2006, p. 589.

⁶² *Garcia*, p. 584.

⁶³ Cfr. G. BOGNETTI, *op. cit.*, pp. 211-213.

⁶⁴ Cfr. M.S. PAULSEN, *The Constitution*, cit., p. 663.

⁶⁵ *Hepburn v. Griswold*, 75 U.S. 603, 627-628 (1870).

⁶⁶ *Ibid.*, p. 625.

⁶⁷ *Knox v. Lee*, 79 U.S. 457, 570 (1871).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 536.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 560.

«dominio eminente» (*eminent domain*)⁷⁰ – che non sarebbe previsto dal testo costituzionale come autonoma capacità degli Stati Uniti – al di fuori del distretto di Columbia, dove trova applicazione il Quinto emendamento⁷¹. Anzi, in origine vi sarebbe stato un solido consenso sull'impossibilità di riconoscere un potere d'esproprio federale⁷². Anche qui, la clausola necessaria e propria gioca un ruolo di primario rilievo ermeneutico. Nella decisiva sentenza *Kohl* del 1875⁷³, infatti, sempre il giudice Strong affermerà che, per adempiere alle proprie competenze, stati e governo federale possono «impiegare tutti gli strumenti che sono necessari e propri»⁷⁴. Al riguardo, «il diritto di esproprio era uno di quei mezzi ben conosciuti al tempo dell'adozione della Costituzione e impiegati per ottenere terreno ad uso pubblico»⁷⁵.

Sebbene non vi siano grandi dubbi sul fatto che a fondare la costituzionalità del potere di esproprio federale in *Kohl* sia un ragionamento sulla “logica” clausola necessaria e propria⁷⁶, a fugare ogni dubbio al riguardo interverrà *Gettysburg* del 1896⁷⁷, ove il giudice Peckham non giudicherà «necessario che il potere di esproprio per l'attività in questione sia espressamente previsto dalla Costituzione», in quanto «lo stesso potere di esproprio in generale non è così [espressamente] riconosciuto», ma «risulta dalle competenze che sono riconosciute, ed è implicato per la sua necessità, o perché è appropriato nell'esercizio di quelle competenze»⁷⁸.

3.3. Diritto penale

A leggere il testo costituzionale, gli Stati Uniti d'America sembrerebbero privi di una competenza “originale” in materia di repressione penale, salvo che per i particolarissimi casi di «atti di pirateria e delitti commessi in alto mare»⁷⁹, «offese contro il diritto delle nazioni»⁸⁰, «tradimento»⁸¹ e «contraffazione»⁸². Alla luce della logica dell'enumerazione delle competenze e

⁷⁰ Sull'*eminent domain* nella dottrina italiana cfr. P. TESAURO, *Espropriazione, indennizzo, tutela del cittadino nel sistema americano*, in AA.VV., *Scritti degli allievi offerti ad Alfonso Tesauero nel quarantesimo anno dell'insegnamento*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 269 ss., e A. DE VITA, *Attualità e vicende della questione proprietaria: premesse per uno studio della «taking issue» nel diritto statunitense*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1994, part. pp. 389-391. Più recentemente, nel contesto della teoria dell'interpretazione costituzionale v. G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Giappichelli, 2020, pp. 117-118.

⁷¹ Molti, infatti, continuano a derivare il potere di esproprio statale dal V emendamento, laddove afferma che «la proprietà privata non può essere presa per utilizzo pubblico senza giusto indennizzo [just compensation]» (U.S. CONST. amend. V). Cfr. ad es. M.P. HARRINGTON, *Public Use and the Original Understanding of the So-Called Takings Clause*, in *Hastings Law Journal*, n. 6, 2002, p. 1287. Contra W. BAUDE, *Rethinking the Federal Eminent Domain Power*, in *Yale Law Journal*, n. 7, 2013, pp. 1791-1800.

⁷² Cfr. W. BAUDE, *op. cit.*, pp. 1761-1762.

⁷³ *Kohl v. United States*, 91 U.S. 367 (1875),

⁷⁴ *Ibid.*, p. 372.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ W. BAUDE, *op. cit.*, p. 1747.

⁷⁷ *United States v. Gettysburg Elec. Ry. Co.*, 160 U.S. 668 (1896).

⁷⁸ *Ibid.*, p. 681.

⁷⁹ U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 10.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ U.S. CONST. art. III, § 3, cl. 2.

⁸² U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 6.

del Decimo emendamento⁸³, parrebbe necessario dedurre l'incompetenza del governo federale nel settore della legislazione criminale.

Ciononostante, invocando ora la clausola sul commercio, ora la clausola di spesa (*Spending Clause*), ora altra competenza enumerata, il Congresso ha adottato leggi o singole disposizioni penali sul presupposto che esse rappresentino misure *necessarie e proprie* per dare attuazione alle citate competenze enumerate. Il fenomeno, di cui si denuncia la «crescita esplosiva»⁸⁴, ha preso in effetti connotati enormi, al punto che oggi si stimano circa 4.500 fattispecie incriminatrici nel solo *United States Code*⁸⁵. Da qui la critica alla «federalizzazione del diritto penale»⁸⁶ e alla sua «sovracriminalizzazione»⁸⁷.

Da questo punto di vista, casi recenti ben restituiscono l'importanza del diritto penale federale e il ruolo della clausola necessaria e propria. Nella celebre pronuncia *Comstock* del 2010 la Corte Suprema ha ritenuto costituzionalmente legittima l'adozione del *Sex Offender Registration and Notification Act* (SORNA), in cui si autorizza «il Dipartimento di Giustizia a detenere un prigioniero federale mentalmente infermo e sessualmente pericoloso al di là della data in cui il prigioniero sarebbe altrimenti rilasciato»⁸⁸. La legittimità della reclusione preventiva – c.d. «impegno civile» (*civil commitment*) – è stata fatta riposare sulla *sola* clausola necessaria e propria: «la Costituzione riconosce al Congresso il potere di adottare [la legge in questione] in quanto “necessaria e propria per portare ad esecuzione” i poteri “attribuiti” dalla “Costituzione al governo degli Stati Uniti”»⁸⁹.

Ancora, in *Kebedeaux* del 2013 si controverteva di un altro aspetto della medesima legislazione criminale⁹⁰. Per i responsabili di reati sessuali, SORNA impone infatti l'iscrizione in un apposito registro federale⁹¹. Rispetto a *Comstock*, tuttavia, il giudice Breyer – autore di entrambe le *majority opinions* – enuncia la competenza federale che giustifica, come mezzo necessario e proprio, l'introduzione del reato di mancata registrazione. Nel caso di specie, un militare condannato per un reato sessuale da un corte marziale si era trasferito in Texas, mancando tuttavia di registrarsi come *sex offender* presso il neoistituito registro federale. Trattandosi di «reato militare», l'applicazione dell'atto federale è stata ritenuta legittima in forza della stessa base giuridica che giustifica l'adozione di un Codice uniforme di giustizia militare⁹²: il combinato disposto tra clausola necessaria e propria e competenza enumerata a «adottare regole [...] per la regolamentazione delle forze terrestri e navali»⁹³ – c.d. potere di «regolamentazione militare» (*Military Regulation*)⁹⁴.

⁸³ U.S. CONST. amend. X.

⁸⁴ J.S. BAKER, JR., *Revisiting the Explosive Growth of Federal Crimes*, in [Heritage Foundation](#), 2008.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ex plurimis* cfr. K.F. BRICKEY, *Criminal Mischief. The Federalization of American Criminal Law*, in *Hastings Law Journal*, n. 4, 1995, pp. 1135 ss.

⁸⁷ Cfr. S. SUN BEALE, *The Many Faces of Overcriminalization. From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, in *American University Law Review*, n. 3, 2005, pp. 747 ss.

⁸⁸ *United States v. Comstock*, 560 U. S. 126, 126 (2010).

⁸⁹ *Ibid.*, p. 130.

⁹⁰ *United States v. Kebedeaux*, 570 U.S. 387 (2013).

⁹¹ 18 U.S.C. § 2250 (2022).

⁹² *Kebedeaux*, cit., p. 395.

⁹³ U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 14.

⁹⁴ *Kebedeaux*, cit., p. 397.

4. La «teoria fiduciaria» della Costituzione americana

Come messo in luce da questi casi, a dispetto delle misteriose origini la clausola necessaria e propria ha giocato un ruolo cruciale nel riposizionamento dei confini del federalismo statunitense verso una maggiore portata della competenza federale. A più di due secoli dalla ratifica della Costituzione, tuttavia, una indagine giuridica ha gettato nuova luce sul significato della disposizione, riportando in auge la valenza “garantistica”⁹⁵ della clausola per la competenza dei singoli stati membri. Sintetizzando i risultati di precedenti ricerche indipendenti, nel 2010 i costituzionalisti Gary Lawson, Geoffrey Miller, Robert Natelson e Guy Seidman hanno contestato l’idea di una “inspiegabilità” delle origini della clausola: «la clausola necessaria e propria ha una storia ricca, con numerosi antecedenti che erano facilmente conoscibili (e furono quasi certamente conosciuti) da redattori e ratificatori informati del diciottesimo secolo. Questi antecedenti sono finora sfuggiti alla considerazione perché non si trovano [...] nelle fonti a cui tipicamente i costituzionalisti guardano per cercare di capire [il senso della clausola, *idest*] le note della Convenzione, i dibattiti sulla ratificazione e la storia costituzionale americana dei primi tempi. Al contrario, le origini della clausola necessaria e propria sono rinvenibili nei principi del diritto di agenzia, del diritto amministrativo e del diritto societario che informavano il costituzionalismo dei tempi e che non sono generalmente consultati dai costituzionalisti e dalle corti [di oggi]»⁹⁶.

Per quanto gli autori optino per diversi modelli con cui spiegare la clausola, comune è l’assunto di fondo: che la Costituzione sia stata concepita dai suoi redattori e ratificatori nei termini di uno strumento fiduciario e che, pertanto, i poteri del governo federale devono essere interpretati alla luce di quella teorica. Natelson, ad esempio, descrivendo le due *species* fondamentali di clausole attraverso cui nel *common law* si conferivano poteri “aggiuntivi” ad un agente per l’assolvimento di un incarico – le «clausole espresse di discrezionalità nelle competenze», conferenti all’agente un mero potere di «scelta dei mezzi nel perimetro di una competenza espressa»⁹⁷, e le «clausole per poteri aggiuntivi»⁹⁸, conferenti «competenza aggiuntiva rispetto a quelle espressamente indicate»⁹⁹ – rileva come la clausola necessaria e propria appartenga, in effetti, alla seconda e più generosa categoria¹⁰⁰. Ciononostante, all’interno di questa *species* la clausola necessaria e propria ricalca la più stringente delle cinque possibili formule per una «clausola per poteri aggiuntivi»: questa «Formula cinque» sarebbe, in particolare, la «forma di una procura alle liti del diciottesimo secolo»¹⁰¹. Per Natelson, dunque, la clausola serviva, sì, «a rendere edotto il lettore che, attraverso la Costituzione, il popolo americano aveva conferito al Congresso competenze implicite incidentali a quelle conferite

⁹⁵ Cfr. *supra* nota 26.

⁹⁶ G.S. LAWSON, G.P. MILLER, R.G. NATELSON, G.I. SEIDMAN, *The Origins of the Necessary and Proper Clause*, Cambridge University Press, 2010, p. 5.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 70.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*, p. 72.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 77.

espressamente»¹⁰². Tuttavia se, «per essere incidentale, una competenza doveva essere di minor importanza rispetto alla competenza principale», al contempo, «per essere “propria”, una legge doveva essere, almeno, conforme ai doveri fiduciari richiesti a tutti i pubblici ufficiali».¹⁰³ Nel caso di una legge, dunque, era richiesto che «[rientrasse] in una competenza costituzionale [e fosse] ragionevolmente imparziale, adottata in buona fede, e con la dovuta accortezza»¹⁰⁴.

In difformità da Natelson, Miller preferisce assimilare la Costituzione all’atto costitutivo di una società, in forza dell’ubiquità con cui l’espressione “necessarie e proprie” ricorre nei *corporate charters* di *common law*¹⁰⁵. Diversamente da tutti gli altri autori del volume collettaneo, Miller rimane tuttavia “agnostico” sulle implicazioni interpretative di una simile assimilazione¹⁰⁶, facendo suo e valorizzando il celebre *dictum* marshalliano per cui «non dobbiamo mai scordarci che è una *costituzione* che stiamo interpretando»¹⁰⁷. A riprova dell’assimilazione avanzata da Miller, Marshall espresse tale considerazione proprio in *McCulloch*, ove, come ricordato, si dibatteva della portata dell’atto costitutivo della seconda Banca federale degli Stati Uniti.

Diversamente da Natelson e Miller, Lawson e Seidman individuano il “cordone ombelicale” che lega la Costituzione americana al diritto fiduciario di *common law* non nell’assimilazione a negozi giusprivatistici (il mandato, la procura alle liti, un atto costitutivo societario), ma con il fondamento giuridico del potere amministrativo nel diritto inglese¹⁰⁸. Per Lawson e Seidman, infatti, il conferimento di competenze “necessarie e proprie” non farebbe che replicare, *mutatis mutandis*, la delega di potere che veniva fatta ai funzionari pubblici, i quali erano tenuti ad esercitare i poteri autoritativi loro delegati «con imparzialità, efficacia, proporzionalità e riguardo per i diritti delle persone»¹⁰⁹ – caratteristiche riassunte nell’idea del rispetto, da parte del funzionario, di un diffuso «principio di ragionevolezza»¹¹⁰. «Congeniale» al «carattere antimonarchico e protettivo dei diritti» dei coloni americani¹¹¹, tale principio risulterebbe esplicitato con riferimento al solo potere legislativo¹¹², ma finirebbe per innervare anche i limiti costituzionali del potere esecutivo e giurisdizionale¹¹³. Ad un funzionario britannico al tempo, come al governo federale oggi, il «principio di ragionevolezza» richiederebbe dunque che i «poteri delegati» siano sempre esercitati «in una modalità imparziale, efficace, proporzionata e rispettosa dei diritti»¹¹⁴.

Questa rivisitazione storico-ermeneutica della clausola non implica, beninteso, un rigetto della concezione marshalliana dell’attributo di leggi «necessarie» – seppur inteso in un senso

¹⁰² *Ibid.*, p. 119.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 150-154.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 175.

¹⁰⁷ *McCulloch*, cit., p. 407.

¹⁰⁸ G.S. LAWSON, G.P. MILLER, R.G. NATELSON, G.I. SEIDMAN, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 120-121.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 120.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 125.

¹¹² Cfr. *ibid.*, pp. 135-136.

¹¹³ Cfr. *ibid.*, pp. 126-133.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 141.

maggiormente valorizzante il concetto di proporzionalità¹¹⁵. Impone, tuttavia, una decisa rivalutazione e valorizzazione della qualificazione delle leggi federali come «proprie»: «[i]l requisito che una legge di esecuzione sia “propria” è un eccellente modo per fare riferimento a norme di imparzialità e riguardo per i diritti»¹¹⁶. In forza della disposizione, in altre parole, tutta la legislazione del governo federale avente come base costituzionale la clausola necessaria e propria si trova esposta ad uno scrutinio di costituzionalità sui presupposti di proporzionalità, imparzialità e rispetto per i diritti riconosciuti ai cittadini americani dal previgente *common law* britannico.¹¹⁷

L'indagine di «gruppo Lawson», come è stato definito¹¹⁸, affonda le proprie radici nel metodo di interpretazione costituzionale originalista. Ebbene, anche grazie all'ascesa delle idee originaliste nella dottrina americana¹¹⁹ e alla loro crescente influenza sulla giurisprudenza federale americana¹²⁰, la rivisitazione ermeneutica della clausola necessaria e propria non ha tardato a produrre effetti concreti. Nella discussione sulla costituzionalità del più importante e controverso intervento federale dei tempi moderni – l'*Affordable Care Act* (ACA) – e della sua previsione di un obbligo di ciascun cittadino alla sottoscrizione di un'assicurazione sanitaria sono venuti in questione il significato e la portata della clausola necessaria e propria, nel momento in cui si è tentato di fondare la costituzionalità dell'atto legislativo sul familiare combinato disposto di clausola sul commercio e clausola necessaria e propria.

Come noto¹²¹, nella sentenza *NFIB* del 2012, la *Roberts Court* ha riconosciuto la legittimità di larga parte delle misure dell'ACA e in particolare del controverso obbligo assicurativo sanitario (c.d. *individual mandate*)¹²². Tuttavia, il Chief Justice Roberts – unendosi ai quattro *dissenters* della decisione¹²³ – ha sorprendentemente escluso di poter fondare la legittimità del provvedimento federale sul predetto combinato disposto, ritenendo di poter dare copertura costituzionale all'atto in forza della clausola sulla tassazione e la spesa (*Tax and Spending Clause*) qualificando come “tassa” – e non come “sanzione pecuniaria” – l'entità monetaria che ogni cittadino americano doveva pagare in caso di mancata stipula dell'assicurazione sanitaria.

¹¹⁵ «La parola “necessarie” descrive la richiesta relazione causale tra i mezzi selezionati e i fini desiderati. [...] Il termine incorpora anche considerazioni di misura e proporzionalità. [...]». *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 142.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ A. KOPPELMAN, *The Tough Luck Constitution and the Assault on Health Care Reform*, Oxford University Press, 2013, p. 117.

¹¹⁹ *Ex plurimis v. B.A. LICHTER, D.P. BALTMANIS, Original Ideas on Originalism*, in *Northwestern University Law Review*, n. 2, 2009, 491. Si rimanda in ogni caso ai più ampi riferimenti bibliografici in S.R. VINCETI, *Federalismo*, cit., pp. 858-859.

¹²⁰ Cfr. J.F. ADDICOTT, *Reshaping American Jurisprudence in the Trump Era. The Rise of Originalist Judges*, in *California Western Law Review*, n. 2, 2019, pp. 341 ss.

¹²¹ Cfr. C. BOLOGNA, *Il caso Sebelius sulla riforma sanitaria. Il federalismo alla prova dell'accountability*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2013, pp. 371 ss.

¹²² *National Federation of Independent Business (NFIB) v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012).

¹²³ Scalia, Kennedy, Thomas e Alito sosterranno infatti l'illegittimità dell'atto federale, affermando l'incostituzionalità dell'obbligo individuale e del diniego dei fondi federali “Medicaid” per gli stati recalcitranti per straripamento del potere federale. Per quel che qui più importa, i giudici, diversamente dal Chief Justice, ritengono di non poter trovare alcuna base costituzionale all'obbligo individuale nella clausola di tassazione e di spesa, risultando illogico qualificare «quello che la legge dichiara essere un requisito fornito di sanzione» come «una opzione soggetta ad una tassa». *Ibid.*, p. 706.

Nell'«abbandono» di una visione sconfinata della competenza federale in forza del combinato disposto clausola sul commercio-clausola necessaria e propria, diversi commentatori hanno visto una «parziale, ma significativa, vittoria» dell'originalismo¹²⁴ e, segnatamente, un effetto diretto dell'indagine del «gruppo Lawson» sulla clausola necessaria e propria. Secondo Koppelman¹²⁵, infatti, il Chief Justice Roberts «si affida, senza ammetterlo, ad un attacco all'obbligo [assicurativo] sviluppato da Gary Lawson e David Kopel, i quali hanno sostenuto, in base a una nuova interpretazione dell'evidenza storica [idest, il volume collettaneo del 2010], che la clausola [necessaria e propria] incorpori norme del diritto d'agenzia, del diritto amministrativo e del diritto societario del diciottesimo secolo, e che l'obbligo [in questione] violi queste norme. La clausola necessaria e propria, per come intesa da Lawson e Kopel, limita notevolmente la portata delle competenze implicite a quelle che sono meno importanti – meno «pregevoli» o «dignificate» – rispetto alle competenze principali di cui sono sussidiarie»¹²⁶. Dunque, attraverso lo sviluppo della teoria fiduciaria della Costituzione – di cui la clausola necessaria è *causa* e *conseguenza* – la dottrina originalista ha contribuito a riaffermare il ruolo della clausola come strumento – non solo di *flessibilità* – ma anche di *garanzia* del federalismo americano, portando così a compimento in *NFIB* un processo iniziato dalla *dissenting opinion* del giudice O'Connor in *Garcia* e poi proseguito in *Lopez*¹²⁷.

5. Conclusioni

A dispetto di quel manufatto di banalità tratteggiato da Alexander Hamilton nel trentatreesimo numero del *Federalist*¹²⁸, la clausola necessaria e propria ha permesso una espansione significativa del governo nazionale e continua a sorreggere amplissimi tratti del diritto federale statunitense. Viceversa, contro quelle voci che hanno tentato di farne un «lasciapassare» grazie a cui il governo federale potrebbe intervenire, per così dire, «potestativamente» in qualsiasi ambito normativo, la clausola necessaria e propria ha mostrato di avere già, *in nuce*, una valenza *garantista* della potestà legislativa statale, riemessa con la teorizzazione dell'originalismo e della «teoria fiduciaria» della Costituzione americana e valorizzata dalla giurisprudenza nel caso *NFIB*.

In prospettiva comparata, la vicenda della clausola necessaria e propria può essere vista come un incoraggiamento e una responsabilità per il costituzionalista italiano. A chi scrive, sembra infatti evidente una certa assonanza tra l'interpretazione più libera della clausola necessaria e propria – non a caso associata ad una «*carte blanche*»¹²⁹ – e l'altrettanto «classica» concezione del riparto di competenze italiano come «pagina bianca [...] da completare per mezzo di

¹²⁴ R.E. BARNETT, *No Small Feat: Who Won the Health Care Case (And why Did So Many Law Professors Miss the Boat)*, in *Florida Law Review*, n. 4, 2013, p. 1342.

¹²⁵ Sostenitore della fondabilità dell'ACA sulla clausola sul commercio e aspro critico dell'originalismo in generale, da lui descritto come «una cattiva notizia» e un «modo folle di amministrare una civiltà»: v. A. KOPPELMAN, *Bad News for Everybody: Lawson and Kopel on Health Care Reform and Originalism*, in *Yale Law Journal Online*, 2012, p. 528.

¹²⁶ A. KOPPELMAN, *The Tough Luck*, cit., p. 114.

¹²⁷ Come già segnalava D.E. ENGBAHL, *The Necessary and Proper Clause As an Intrinsic Restraint on Federal Lawmaking Power*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n. 1, 1998, p. 108.

¹²⁸ Cfr. *supra* par. 2.

¹²⁹ V. Comstock, p. 158; *NFIB*, p. 653.

valutazioni politiche, e non da sottoporre ad arbitrarie forzature interpretative¹³⁰. Per quanto sottoposta alla penetrante critica della costituzionalistica italiana¹³¹ e dallo stesso Autore infine ridimensionata a «proposizione polemica, insuscettibile, di venire presa alla lettera»¹³², non sembra che la celebre suggestione di Paladin, anche dopo la riforma del Titolo V, abbia perso del tutto la sua attualità e capacità descrittiva, quantomeno in riferimento a certe operazioni “correttive” compiute dalla Consulta nei confronti del dettame costituzionale¹³³.

Ebbene, l’esperienza della clausola necessaria e propria fa invece pensare che le “clausole flessibilizzanti” non diano vita automaticamente ad alcuna “pagina bianca”, fintantoché la giurisprudenza impieghi un metodo giuridico “oggettivo” che prenda “sul serio” il significato di queste clausole e la loro interrelazione con i cataloghi competenziali presenti nelle diverse costituzioni: similmente, dunque, a quanto successo con la clausola necessaria e propria nel caso *NFIB*. Al netto delle indiscutibili alterità che intercorrono tra l’esperienza nordamericana e quella italiana, la vicenda della disposizione americana può dunque essere registrata con un certo favore dal costituzionalista italiano interessato a contrastare il rischio di “fagocitamenti” della competenza dell’ente regionale per mano di quello statale¹³⁴. Per di più, solo che si riuscisse a dare maggiore oggettività all’interpretazione del riparto di competenze della Carta, ne potrebbero conseguire augurabili effetti in termini di certezza del diritto e, per l’effetto, di deflazione dell’«ampio e complesso contenzioso innanzi alla Corte costituzionale»¹³⁵ – prosperante invece nell’incertezza interpretativa e giurisprudenziale.

Al contempo, la “possibilità” diviene anche “responsabilità”. Fondamentale, infatti, perché l’interpretazione e l’applicazione dei riparti di competenze non si riducano ad un mero contrapporsi di posizioni di principio sull’ottimale “dover essere” dei rapporti tra ente centrale ed ente locale – su cui «persone ragionevoli possono dissentire»¹³⁶ – è l’elaborazione di una teoria dell’interpretazione costituzionale che sia indipendente dalle preferenze di *policy* del singolo giurista. In America, l’originalismo ha inteso offrire esattamente questo tipo di teoria “neutra” di interpretazione e applicazione della Costituzione¹³⁷. Ancor prima, in Italia, il

¹³⁰ L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amm.*, n. 3, 1971, p. 39.

¹³¹ Fra tutti, l’argomento basato sulla natura rigida della Costituzione: cfr. A. D’ATENA, *L’autonomia legislativa delle regioni*, Bulzoni, 1974, 118-121, part. pp. 118-119, e oggi S. MANGIAMELI, *Il riparto di competenze*, cit., pp. 57-60. Come ho tentato di dimostrare altrove, l’argomento basato sulla rigidità costituzionale accomuna criterio storico-normativo e originalismo: cfr. S.R. VINCETI, *Federalismo*, cit., pp. 931-932.

¹³² L. PALADIN, *Corte costituzionale ed autonomie locali. Gli orientamenti giurisprudenziali dell’ultimo quinquennio*, in *Le Regioni*, n. 6, 1981, p. 1238.

¹³³ Cfr. G. FALCON, *Riflessioni sulle sentenze della Corte costituzionale 303 del 2003 e 14 del 2004, ricordando Carlo Mezzanotte*, in *Le Regioni*, n. 4-5, 2008, p. 771. Sull’attualità della «pagina bianca» cfr. R. BIN, «*Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*». Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V, in *AA.VV., Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. I, Napoli, Jovene, 2004, p. 299, e IDEM, *Primo comandamento: non occuparsi delle competenze, ma delle politiche*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 2, 2009, p. 204.

¹³⁴ Cfr. E. GIANFRANCESCO, *La “scomparsa” della competenza ripartita e l’introduzione della clausola di supremazia*, in *Issirfa*, 2014, nota 47.

¹³⁵ G. ROLLA, *L’evoluzione dello Stato regionale in Italia. Tra crisi del regionalismo omogeneo e aspirazioni a un’autonomia asimmetrica dei territori*, in *Le Regioni*, n. 1, 2019, p. 161.

¹³⁶ S.A. GARDBAUM, *Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals after All*, in *Harvard Law Review*, n. 6, 1991, p. 1361.

¹³⁷ Tentativo, beninteso, che secondo svariati autori non avrebbe successo per plurime ragioni, tra cui la «sottodeterminazione costituzionale», su cui, in questo contesto, cfr. J.T. VALAURI, *Originalism and the Necessary and*

criterio «storico-normativo» italiano ha rappresentato un approccio interpretativo avanzato, capace di coniugare fedeltà al “fatto” della rigidità costituzionale con l’esigenza di garantire flessibilità interpretativa davanti al divenire storico-sociale¹³⁸. Anche solo per le comuni ragioni “fondanti”, l’istituzione di un “ponte ermeneutico” tra i due metodi di interpretazione costituzionale sembra offrirsi, per così dire, “spontaneamente”.

Certo non mancano possibili controindicazioni o ostacoli. Da una parte, una recezione “acritica” di alcuni portati dell’originalismo potrebbe portare, paradossalmente, ad un indebolimento, anziché ad un rafforzamento, del regionalismo italiano: in fondo, come ricordato, è stata una lettura “formalmente originalista” di Marshall a fondare l’interpretazione “nazionalizzante” della clausola necessaria e propria¹³⁹. Dall’altra, permangono differenze oggettive che impediscono una sovrapposizione “sbrigativa” di originalismo e criterio storico-normativo: si pensi, ad esempio, al problema interpretativo posto dalle «competenze finalistiche»¹⁴⁰, che appare *prima facie* sconosciuto alla letteratura americana. Al riguardo, come abbozzo di risposta, si può rilevare non soltanto che le «materie-non materie»¹⁴¹ sono solo una parte dell’art. 117 Cost. – residuando così, in ogni caso, le materie “oggettuali” per un’analisi originalista – ma anche che pure per le «competenze finalistiche» si dà la possibilità di una valorizzazione “originalista” di altri passaggi del testo costituzionale – si pensi, ad esempio, alla «leale collaborazione» – al fine di giungere allo scopo comune: accrescere la controllabilità dei risultati dell’interpretazione dei riparti di competenze costituzionali.

Se l’instaurazione di questo “ponte ermeneutico” appare metodologicamente percorribile, quarant’anni di dibattito teorico e pratico sull’originalismo americano si dischiudono all’uso da parte della dottrina italiana. E non solo di quanti già prima dell’originalismo avevano pienamente valorizzato, in Italia, il significato “intrinsecamente originalista” della rigidità costituzionale – per cui, per dirla con Bork, la ragione nell’aver una costituzione *rigida* risiede nel fatto che essa non possa essere cambiata se non con le procedure rafforzate ivi previste, e dunque certo non *in via interpretativa* dal legislatore ordinario, statale o regionale, o dalle diverse corti costituzionali¹⁴² – ma anche di coloro che oggi si mostrano più preoccupati di fronte a certi «sconfinamenti» del giudice delle leggi¹⁴³.

Per quanto sia vero che le vie della dottrina italiana, diversamente da quella americana, rimangono ancora in qualche modo “interrotte” dal perentorio divieto di citazione degli «autori giuridici» nelle sentenze – proibizione costituzionalmente discutibile¹⁴⁴ – la *moral suasion*

Proper Clause, in *Ohio Northern University Law Review*, n. 3, 2013, pp. 773 ss. Ho cercato di ribadire il senso della posizione originalista rispetto al problema in S.R. VINCETI, *Federalismo*, cit., pp. 896-910.

¹³⁸ Anche qui rimanderei alle considerazioni sviluppate in *ibid.*, pp. 931-937.

¹³⁹ V. *supra* nota 41.

¹⁴⁰ V. *supra* nota 4.

¹⁴¹ A. D’ATENA, *Diritto regionale*, cit., p. 164.

¹⁴² Cfr. R.H. BORK, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, Touchstone, 1990, p. 143. Sul punto rimanderei alla trattazione in S.R. VINCETI, *Abstract Clauses and the Descriptive Limits of Originalism. Embracing Legal Realism*, in *Washington University Jurisprudence Review*, n. 2, 2021, pp. 341-344.

¹⁴³ Sugli sconfinamenti *ex multis* v. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2, 2019, pp. 251 ss.

¹⁴⁴ Cfr. F. RINALDI, *Sono costituzionali le normative che vietano la citazione della dottrina nelle sentenze? Brevi riflessioni tra storia del diritto e diritto comparato con particolare riferimento al “processo” costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015.



esercitata mediante l'elaborazione di un modello interpretativo efficace e il controllo *ex post* sulla conformità ad esso dell'agire dei poteri dello Stato – attraverso articoli e note a sentenza – fornisce anche in Italia un perdurante elemento di condizionamento esterno in cui ben si esprime l'idea della dottrina giuridica come «giudice dei giudici»¹⁴⁵ e, mediamente, «fonte del diritto»¹⁴⁶. Le potenzialità di questo “ruolo” della scienza giuridica sono, mi sembra, messe in luce dalla vicenda della clausola necessaria e propria e della sua recente re-interpretazione originalista. Per traslato, può forse allora coltivarsi una ragionevole aspettativa sul fatto che il destino del regionalismo italiano, esattamente come quello del federalismo americano, non si esaurisca nella dialettica parlamentare o nell'ermeneutica giurisprudenziale, ma passi anche attraverso gli scritti dei giuristi e la loro capacità di offrire modelli interpretativi coerenti e verificabili. È questa, in definitiva, la prima capacità performativa del formante dottrinale, che nessun divieto citazionale sembra essere in grado di escludere¹⁴⁷.

¹⁴⁵ N. DUXBURY, *Jurists and Judges. An Essay on Influence*, Hart, 2001, p. 28.

¹⁴⁶ R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1990, p. 461.

¹⁴⁷ Sul ruolo del formante dottrinale v. ora i due volumi di V. BAGNI, M. NICOLINI, E. PALICI DI SUNI, L. PEGORARO, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. SERIO (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze*, vol. I-II, Giappichelli, 2016.