

Fedeltà al testo e ai principi*

È la nostra Costituzione un documento che vive adattandosi alle mutevoli circostanze o dobbiamo interpretarla secondo il suo significato originale? Da anni si discute di interpretazione costituzionale in questi termini, ma è una falsa alternativa. L'interpretazione costituzionale richiede fedeltà al significato originale della Costituzione e ai principi enunciati dal testo o a esso sottostanti. Inoltre l'interpretazione costituzionale richiede una *costruzione*: decidere come mettere in opera e applicare al meglio il testo e i principi costituzionali nelle circostanze correnti. Questo è il *metodo del testo e dei principi*, che vuole essere fedele al significato originale del testo costituzionale e ai suoi scopi sottostanti, e coerente con questa legge fondamentale (*basic law*) la cui portata e applicazione evolvono nel tempo, una legge fondamentale che lascia a ogni generazione il compito di dare un senso alle parole e ai principi della Costituzione. Ogni generazione di americani ha il compito di elaborarne e implementarne il testo e i principi nel proprio tempo, il che viene fatto erigendo le istituzioni politiche, legiferando, creando dei precedenti giudiziari e non giudiziari. Questo è il modo migliore per comprendere le pratiche interpretative della nostra tradizione costituzionale e il lavoro dei tanti movimenti politici e sociali che hanno trasformato il nostro modo di intendere le garanzie costituzionali.

1. SIGNIFICATO ORIGINALE CONTRO ASPETTATIVA ORIGINALE DI APPLICAZIONE

Le interpretazioni della Costituzione non sono limitate alle applicazioni intese o attese dai costituenti e da chi adottò il testo costituzionale. L'ottavo emendamento, ad esempio, proibisce le punizioni «crudeli e inusitate» alla luce dell'applicazione contemporanea di questi concetti (e dei principi sottostanti), non nel modo in cui li avrebbero applicati degli uomini del 1791.

* Questo saggio, tratto da un più ampio lavoro (*Abortion and Original Meaning*, in "Constitutional Commentary", 24, 101, 2007, pp. 291 ss.), si trova in J. M. Balkin, R. Siegel (eds.), *The Constitution in 2020*, Oxford University Press, New York 2009, pp. 11-24. Il testo viene qui pubblicato in traduzione italiana per gentile concessione dell'autore. Traduzione dall'inglese di Giovanni Tuzet.

Il testo costituzionale contiene delle regole determinate (il presidente deve avere almeno 35 anni, il Congresso ha due camere), degli standard (non sono ammessi «perquisizioni e sequestri ingiustificati», si ha diritto a essere giudicati «speditamente») e dei principi («libertà di espressione», «eguale protezione delle leggi»). Se il testo enuncia una regola determinata, dobbiamo applicarla poiché è quanto il testo ci indica; se enuncia uno standard, dobbiamo applicare lo standard; se enuncia un principio generale, dobbiamo applicare il principio. Interpretare significa prestare attenzione alle ragioni per cui gli artefici della Costituzione utilizzarono un linguaggio particolare: le regole determinate hanno lo scopo di limitare la discrezionalità, gli standard e i principi hanno il fine di indirizzare la politica attraverso certi concetti chiave i cui dettagli sono lasciati alle generazioni future. Quando la Costituzione usa dei principi astratti come la libertà di espressione o l'eguale protezione delle leggi, dobbiamo applicarli alle circostanze correnti nel nostro tempo. Quando chi adottò la Costituzione usa un linguaggio che delega la costruzione costituzionale alle generazioni future, la fedeltà a essa richiede che le generazioni future si impegnino nella sua costruzione.

Ciò segna la maggiore differenza fra il mio approccio e quello divulgato da uno dei più importanti campioni dell'originalismo, il giudice Antonin Scalia¹. Questi è d'accordo sul fatto che dobbiamo interpretare la Costituzione secondo «il significato originale del testo, non secondo l'intenzione dei costituenti»². Concorde inoltre sul fatto che il significato originale del testo vada letto alla luce dei principi sottostanti; ma insiste sul fatto che i concetti e i principi sottostanti vadano *applicati* nello stesso modo in cui sarebbero stati applicati al tempo della loro adozione. A suo avviso, il principio che sottende l'ottavo emendamento

non è un principio morale di “crudeltà” con cui possono giocare i filosofi nel futuro, bensì il modo di intendere che cosa è crudele secondo la società esistente. Non significa “qualsiasi cosa si intenda come crudele da una generazione all'altra”, bensì “ciò che consideriamo crudele oggi [cioè nel 1791]”; diversamente non ci sarebbe protezione contro il senso morale di una futura e più brutale generazione. In altre parole, è qualcosa di radicato nel senso morale *di quel tempo*³.

1. Vedi A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, in “University of Cincinnati Law Review”, 57, 1989, pp. 849-65, segnatamente pp. 862-4; Id., *Common Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in Id., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, ed. by A. Gutmann, Princeton University Press, Princeton 1997, pp. 3 ss., in particolare p. 17.

2. Scalia, *Common Law Courts in a Civil-Law System*, cit., p. 38.

3. Id., *Response*, in Id., *A Matter of Interpretation*, cit., pp. 129 ss., cit. a p. 145 (corsivo originale).

Il significato originale di cui parla Scalia non è il significato originale nel mio senso, ma un principio interpretativo più ristretto: quello secondo l'*aspettativa originale di applicazione* (*original expected application*). Applicare questo principio significa chiedersi come le persone viventi al tempo dell'adozione del testo si sarebbero aspettate che questo fosse applicato, utilizzando il linguaggio nel suo senso ordinario (insieme ai termini tecnici del diritto). Il giudice Scalia può rendere conto dei nuovi fenomeni e delle nuove tecnologie – come la radio o la televisione – per mezzo di un'estensione analogica a partire dai fenomeni e dalle tecnologie esistenti a quel tempo. Ma questo non significa, sottolinea egli, che «gli stessi atti che erano del tutto costituzionali nel 1791 (ad esempio le nomine governative e le assunzioni sulla base di scelte politiche) possano essere incostituzionali oggi»⁴.

2. ERRORI E RISULTATI CONSEGUITI

Scalia sa che il suo approccio consentirebbe molti risultati politicamente inaccettabili, fra cui delle forme di punizione che colpirebbero la nostra coscienza oggi; per cui frequentemente ammette delle eccezioni ai suoi principi interpretativi, in modo da diventare, come lui stesso si definisce, un «originalista timido»⁵. Ad esempio, Scalia approva la politica del New Deal che diede al governo federale ampi poteri regolativi in economia e che molti nel 1787 non avrebbero neppure immaginato e probabilmente avrebbero rifiutato con forza⁶.

L'originalismo di Scalia ha bisogno di essere «timido» precisamente perché egli ha scelto un principio di costruzione costituzionale che non è realistico né pratico e da cui deve ripetutamente desistere per rispettare i precedenti e altre considerazioni prudenziali. Il problema principale del criterio dell'aspettativa originale di applicazione è che contraddice gran parte delle nostre tradizioni costituzionali. Tante leggi federali a protezione dell'ambiente, dei lavoratori e dei consumatori – persino gli aspetti centrali della sicurezza sociale – oltrepassano le aspettative originali circa il potere federale, per non parlare delle agenzie federali indipendenti come il Federal Reserve Board e la Federal Communications Commission, nonché le leggi federali sui diritti civili che proteggono le donne e i disabili da forme di discriminazione privata. Anche il potere del governo federale di emettere moneta avente corso legale viola probabilmente le aspettative della generazione costituente⁷. L'applicazione originalmente attesa è

4. Ivi, pp. 140-1 (corsivo originale).

5. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, cit., pp. 861-4.

6. Vedi ad esempio *Gonzales v. Raich*, 545 us 1, 17 (2005), *concurring opinion* del giudice Scalia.

7. Vedi K. Dam, *The Legal Tender Cases*, in "The Supreme Court Review", 1981, pp. 367-412, specialmente p. 389 («difficile evitare la conclusione che i Framers intendessero proibire» l'uso della carta moneta come valuta legale); cfr. "Hearings before Senate Comm. on the Judiciary, 100th

poi in contraddizione con le garanzie costituzionali sull'eguaglianza sessuale delle donne coniugate⁸, con la protezione costituzionale del matrimonio interrazziale⁹, con il diritto costituzionale all'uso di contraccettivi¹⁰ e con la sfera moderna dei diritti di *free speech* secondo il primo emendamento¹¹.

La risposta standard a questa difficoltà è che le corti devono tenere fermi i precedenti non originalisti (quelli in contraddizione con le aspettative originali) quando si tratta di precedenti solidamente confermati, quando promuovono la stabilità e quando le persone vi fanno giustificatamente affidamento. Gli errori interpretativi, anche quando costituzionalmente illegittimi all'origine, possono diventare accettabili se rispettiamo i precedenti. Come spiega Scalia, «l'intera funzione della dottrina» dello *stare decisis* «è quella di farci dire che quanto è falso secondo un'analisi corretta può tuttavia essere ritenuto vero nell'interesse della stabilità»¹².

Questa soluzione presenta quattro problemi principali.

Primo, essa mina la pretesa che la legittimazione venga dall'aderire al significato originale del testo adottato dai costituenti e che le decisioni in contraddizione con l'applicazione originalmente attesa siano illegittime; essa propone infatti che la legittimazione risulti dall'accettazione pubblica di quanto deciso dalla Corte suprema o da considerazioni di stabilità e convenienza economica.

Secondo, per questo approccio non tutti i precedenti "scorretti" meritano la stessa deferenza: inevitabilmente i giudici sceglieranno le decisioni da confermare o meno sulla base di giudizi pragmatici a proposito di quali aspettative sono realistiche, sostanziali, giustificate o comunque appropriate. Questo modo di intendere la cosa mescola le considerazioni di stabilità e di opportunità economica con quelle di accettabilità politica – quali decisioni sarebbe troppo imbarazzante scartare al momento – e di opportunità politica – quali decisioni dispiacciono in particolare alla sensibilità del giurista. Cosicché, qualcuno potrebbe sostenere da una parte che è troppo tardi per negare il potere del Congresso di emanare il *Civil Rights Act* del 1964 alla luce della Commerce Clause, ma sostenere dell'altra che si possono esprimere dubbi sullo *Endange-*

Cong., 1st sess., Nomination of Robert H. Bork to Be Associate Justice of the Supreme Court of the United States", 1987, parte 1, pp. 84-5.

8. Vedi *Frontiero v. Richardson*, 411 us 677 (1973).

9. *Loving v. Virginia*, 388 us 1 (1967).

10. *Griswold v. Connecticut*, 381 us 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 us 438 (1971).

11. Ad es. *Cohen v. California*, 403 us 15 (1971) (a protezione dell'uso pubblico di espressioni volgari o blasfeme); *Brandenburg v. Ohio*, 395 us 444 (1969) (a protezione dell'appello alla sedizione e alla violazione del diritto); *New York Times v. Sullivan*, 376 us 254 (1964) (sugli aspetti incostituzionali della normativa sulla diffamazione); Scalia, *Response*, cit., p. 138 (le contemporanee protezioni ai sensi del primo emendamento sono «irreversibili», «che in origine la Costituzione le intendesse o meno come tali»).

12. Scalia, *Response*, cit., p. 139.

red Species Act; così come si potrebbe accettare che gli Stati non debbano operare discriminazioni sessuali e tuttavia contestare il diritto costituzionale all'aborto o sostenere l'incostituzionalità delle leggi contro la sodomia. Questo gioco di scarto permette all'originalismo basato sulle aspettative di avere delle agende politiche particolari e permette ai giudici di imporre al diritto le rispettive ideologie politiche – precisamente ciò che questo genere di metodologia si propone di evitare.

Terzo, permettere delle eccezioni all'applicazione originalmente attesa, in luogo del rispetto per il precedente, non spiega perché non si debbano intendere tali errori in modo restrittivo, così da evitare la loro accettazione e cercando piuttosto di indebolirli gradualmente e di superarli per tornare a decisioni più legittime. Se le decisioni degli anni Settanta sull'eguaglianza sessuale sono state degli errori, le corti dovrebbero cercare di operare distinzioni in ogni nuovo caso in modo da liberarci dall'errato riconoscimento di eguali diritti costituzionali in capo alle donne.

Questo ci conduce all'ultimo e fondamentale problema: la nostra tradizione politica non considera che le decisioni che hanno garantito eguali diritti alle donne, una maggiore libertà di espressione, il potere federale di proteggere l'ambiente e quello di emanare le leggi sui diritti civili siano degli errori da conservare a malincuore, bensì le vede come importanti risultati conseguiti dal costituzionalismo americano e come motivi d'orgoglio. Queste decisioni fanno parte del perché riteniamo di essere una nazione che nel tempo è diventata più libera e democratica. Non può essere adeguata alla nostra storia una teoria dell'interpretazione che consideri gli eguali diritti costituzionali delle donne come uno sfortunato errore cui ora siamo costretti a causa del rispetto per il precedente. Una teoria del genere confonde i risultati con gli errori e ne fa l'oggetto di un'accettazione riluttante. E in verità, coloro che vorrebbero restringere l'interpretazione costituzionale all'applicazione originalmente attesa sono fortunati che i giudici del passato abbiano rigettato la loro teoria dell'interpretazione: questo permette loro di accettare come punti di partenza certi precedenti non originalisti che a questo punto sarebbe troppo imbarazzante per loro sconfessare.

L'originalismo delle aspettative non può rendere conto di come i movimenti sociali e la storia successiva all'adozione del testo formano le nostre tradizioni costituzionali. A suo avviso i movimenti sociali e la mobilitazione politica possono cambiare il diritto costituzionale attraverso la procedura di emendamento di cui all'art. 5. Possono anche produrre delle nuove leggi, nella misura in cui non è violata l'aspettativa originale di applicazione – così come sembra fare molta legislazione federale dopo il New Deal. Ma non conta quale sia l'importanza che hanno avuto nella storia della nostra nazione certi movimenti come quello sui diritti civili o quello femminista; non importa quanto abbiano cambiato la nozione che gli americani hanno dei diritti e delle libertà

civili: essi non possono legittimamente alterare la corretta interpretazione della Costituzione andando al di là dell'aspettativa originale di applicazione.

Il modello del testo e dei principi vede in maniera assai diversa l'operato dei movimenti sociali e la storia che ha seguito l'adozione del testo costituzionale: quest'ultimo non cambia senza un emendamento ai sensi dell'art. 5, ma i membri di ciascuna generazione di americani possono cercare di convincersi a proposito del modo in cui il testo e i suoi principi devono trovare applicazione nelle relative circostanze, rispetto ai problemi del tempo e alle relative richieste. Poiché queste condizioni cambiano di continuo, poiché nuovi problemi sorgono continuamente ed emergono sempre nuove richieste e forme di conflitto sociale, l'attività di argomentazione e persuasione a proposito di ciò che significano i principi costituzionali non ha mai fine.

Quando i soggetti cercano di convincersi l'un l'altro circa il modo in cui la Costituzione si applica alle loro relative circostanze, si identificano naturalmente con la generazione che ha redatto il testo costituzionale e pretendono di essere fedeli ai suoi principi. Sono in grado di tracciare delle analogie – e difatti lo fanno – fra i problemi, le richieste e le ingiustizie temute o affrontate da coloro che adottarono il testo e i problemi, le richieste e le ingiustizie dei loro giorni. Possono anche affidarsi – e difatti lo fanno – all'esperienza e alle glosse interpretative delle generazioni precedenti (come la generazione del New Deal o il movimento dei diritti civili) e sostenere di seguire a propria volta i loro passi.

Molti movimenti politici e sociali che hanno avuto successo nella storia americana hanno preteso l'autorità di cambiare le cose esattamente in questo modo: o nei termini di un appello ai durevoli principi della Costituzione, o in quelli della loro realizzazione. I motivi ricorrenti dell'interpretazione costituzionale da parte dei movimenti sociali e dei partiti politici sono pertanto il "ristabilimento" (*restoration*) da una parte e il "riscatto" (*redemption*) dall'altra. Il significato della Costituzione cambia argomentando su ciò che già crediamo, ciò a cui ci impegniamo, ciò che ci siamo promessi come popolo, ciò a cui dobbiamo tornare e ciò che rimane incompiuto e da compiere.

Quando i movimenti politici e sociali riescono a persuadere i cittadini della correttezza della loro interpretazione costituzionale, un nuovo insieme di dottrine e costruzioni applicative ne sostituisce uno vecchio. Tali costruzioni e applicazioni possono essere scorrette o ingiuste dal punto di vista di generazioni successive, così da essere contestate; ma questo è precisamente il punto. In ogni generazione, noi, popolo degli Stati Uniti, facciamo nostra la Costituzione appellandoci al suo testo e ai suoi principi, e discutendo su ciò che significano nel nostro tempo. Questo è il modo in cui ogni generazione lega i propri valori agli impegni del passato e porta avanti il progetto costituzionale del popolo americano.

Dal punto di vista del testo e dei principi conta molto che ci sia stato, negli anni Sessanta e Settanta, un movimento femminista capace di convincere gli

americani che i diritti delle donne coniugate e non coniugate erano gli stessi e che il modo migliore di rendere conto del principio dell'eguale cittadinanza ai sensi del quattordicesimo emendamento era quello di applicarlo tanto agli uomini quanto alle donne, nonostante l'applicazione originalmente attesa da chi adottò il testo. Le sentenze degli anni Settanta che, in tema di eguale protezione delle leggi, protessero l'eguale cittadinanza delle donne non sono errori con cui dobbiamo convivere nostro malgrado: sono costruzioni e applicazioni del testo e dei principi divenute parte della nostra tradizione costituzionale. Possono essere buone o cattive costruzioni; possono essere scorrette o incomplete. Questo lo giudicheranno le generazioni future. Ma una volta che sono accettate, come oggi gli americani accettano l'idea dell'eguaglianza femminile, non lo sono semplicemente in base a ragioni di affidamento – pensando ad esempio che negli anni Settanta abbiamo erroneamente dato alle donne eguali diritti e che ora è troppo tardi per tornare indietro –; tali costruzioni e applicazioni sono accettate pensando che è quanto la Costituzione *significa attualmente* e che si tratta della migliore e più fedele maniera di interpretare il testo costituzionale con i suoi principi.

L'originalismo basato sull'applicazione originalmente attesa fallisce perché non è in grado di comprendere questo aspetto dello sviluppo costituzionale se non come una serie di errori che a un certo punto sarebbe troppo imbarazzante correggere. Il giudice Scalia nota opportunamente che l'accettazione di precedenti non originalisti non è coerente con l'originalismo, essendo piuttosto «un'eccezione pragmatica»¹³. Questo è esattamente il problema della sua concezione: l'operato dei movimenti sociali nella storia del nostro paese non è «un'eccezione pragmatica» alla fedeltà costituzionale; è la sua linfa, come un progetto che va avanti per rivendicare nella storia il testo costituzionale e i suoi principi.

Ciò non significa affatto che l'aspettativa originale di applicazione sia irrilevante o priva di importanza. Anzi ci aiuta a comprendere quale fosse il significato originale del testo e quali principi generali lo animassero; il che rileva non come diritto vincolante, ma come ausilio all'interpretazione (uno fra i molti). Non è qualcosa che controlli il modo in cui dobbiamo applicare oggi le garanzie costituzionali, a maggior ragione in un mondo che si allontana sempre più dalle aspettative e dalle assunzioni originali.

3. SIGNIFICATO ORIGINALE E COSTRUZIONE COSTITUZIONALE

L'idea di “significato originale” può creare confusione in quanto usiamo “significato” per riferirci ad almeno cinque cose diverse: 1. il contenuto semantico (qual è il significato di X in inglese); 2. le applicazioni pratiche (che cosa signifi-

13. Ivi, p. 140.

ca questo in pratica); 3. gli scopi o funzioni (il significato della vita); 4. le intenzioni specifiche (non intendevo ferirti, “I didn’t mean to hurt you”); 5. le associazioni (che cosa significa l’America per me).

Nell’interpretazione costituzionale la fedeltà al “significato originale” si riferisce solo alla prima di queste cose. Seguiamo il significato originale delle parole al fine di preservare nel tempo il significato giuridico della Costituzione, come richiesto dal *rule of law*. Diversamente, se le definizioni lessicali del dizionario cambiassero nel tempo, anche i loro effetti giuridici cambierebbero non per via di un consapevole atto legislativo ma semplicemente per i cambiamenti nel linguaggio. Così, ad esempio, quando l’art. 4 dice che gli Stati Uniti debbono proteggere i propri Stati dalle «violenze interne» (*domestic violence*), dobbiamo intenderlo impiegando il significato originale, cioè “disordini”, non il significato contemporaneo di “violenze fra le mura domestiche”. Contrariamente, le parole «eguale protezione delle leggi» significano oggi quanto significavano nel 1868; dobbiamo applicare gli stessi concetti nelle moderne circostanze. Talvolta il testo presenta dei termini tecnici o degli usi figurati o non letterali del linguaggio; in tali casi dobbiamo guardare alla storia per vedere quali principi sono sottesi a tali termini tecnici o usi figurati o non letterali del linguaggio. Ad esempio, la clausola sul copyright nell’art. 1, sez. 8, si riferisce a «scritti» ma si tratta di un uso non letterale, poiché non include solo i segni scritti su pagina, ma comprende anche quelli stampati e (probabilmente) la scultura, le immagini cinematografiche e altri media della comunicazione artistica e scientifica¹⁴.

Quando il testo presenta una regola non ambigua, concreta e specifica, i principi o gli scopi sottesi al testo non possono prevalere sul comando testuale. Il fine di avere un presidente maturo, ad esempio, non può farci eccepire il requisito dei 35 anni di età. Ma dove il testo è ambiguo, o dove presenta uno standard o un principio generale o astratto, per capire come applicarlo nelle circostanze correnti dobbiamo guardare ai principi e agli scopi sottesi al testo. Possiamo e dobbiamo usare la storia per articolare questi principi costituzionali, ma i principi che ricaviamo dalla storia devono essere pressappoco allo stesso livello di astrazione del testo stesso. Il fatto che i padri costituenti scelsero un testo che presenta dei concetti generali e astratti è normalmente la miglior prova del fatto che intesero incorporarvi i principi generali e astratti del diritto costituzionale, il cui ambito e la cui applicazione devono essere elaborati dalle generazioni successive.

In alcuni casi il testo costituzionale enuncia un principio come la «libertà di espressione» o «eguale protezione». Altri principi vengono inferiti dalla strut-

14. Vedi Scalia, *Common Law Courts in a Civil-Law System*, cit., pp. 37-8 (il testo del primo emendamento va inteso come una sineddoche in cui “parola” e “stampa” stanno per un’ampia gamma di forme di espressione, inclusa la corrispondenza redatta a mano).

tura costituzionale nel suo complesso. Ad esempio, nella Costituzione non c'è una sola clausola sulla separazione dei poteri; tale principio viene invece derivato da come le varie istituzioni e strutture delineate nel testo costituzionale sono in relazione le une alle altre. Il principio democratico – includente il sottoprincipio che le corti devono in generale rispettare le decisioni prese a maggioranza – non è specificamente menzionato in alcun punto del testo, benché sia forse quello impiegato più di frequente nell'argomentazione costituzionale. Per ironia della sorte è quello più sovente utilizzato quando si obietta alle corti che esse inferiscono dei principi costituzionali non specificamente menzionati nel testo. Benché il principio democratico non appaia direttamente nel testo, lo inferiamo da suoi diversi aspetti che fanno presumere un sistema democratico e dal carattere fondamentale del nostro ordinamento quale repubblica basata sulla rappresentanza. Inoltre, esso informa il modo con cui costruiamo altri principi rinvenibili nel testo quale la libertà di espressione e l'eguale protezione delle leggi.

In ultimo luogo, molti altri materiali fanno da glossa al testo e ai principi e ci aiutano ad applicarli alle circostanze concrete. Mi riferisco non soltanto all'applicazione originalmente attesa ma anche alla storia successiva all'adozione, in cui va incluso l'operato dei movimenti sociali che hanno cambiato il nostro senso della Costituzione così come i precedenti giudiziali e non. Questi materiali ci offrono un ampio spettro di teorie e interpretazioni sul modo di comprendere e applicare la Costituzione; meritano in quanto tali un notevole peso. Tuttavia, poiché le glosse e i precedenti si accumulano e mutano nel tempo, e siccome puntano spesso in direzioni contrastanti, non sempre sono decisivi per il significato del testo.

Le dottrine costituzionali create dalle corti e dalle istituzioni, così come le pratiche messe in opera dagli organi politici, elaborano e applicano il testo costituzionale e i principi sottostanti; ma non li sostituiscono. Dottrine, istituzioni e pratiche possono implementare la Costituzione bene o male a seconda delle circostanze, per cui alcune implementazioni che in un certo momento sembrano perfettamente adeguate possono in seguito diventare del tutto inadeguate, se non addirittura perverse. Dal momento che la Costituzione – e non le sue interpretazioni – è la legge fondamentale del paese, le generazioni successive possono asserire e cercare di convincerci che la migliore interpretazione del testo e dei principi differisce da quelle precedentemente adottate e che si debba tornare a una migliore lettura tanto del testo quanto dei principi, creando delle nuove regole applicative, delle nuove pratiche e dottrine finalizzate a tale scopo. La tradizione del continuo argomentare sul modo migliore di applicare il significato costituzionale genera dei mutamenti nelle dottrine costituzionali, nelle pratiche e nel diritto: per questo non c'è in ultima analisi un conflitto tra la fedeltà al testo e ai principi e le pratiche del costituzionalismo che evolvono nel tempo.

4. FEDELITÀ E VINCOLI ISTITUZIONALI

Gli originalisti legati all'idea dell'aspettativa di applicazione possono obiettare che l'approccio di testo e principi è indeterminato quando il testo utilizza, anziché delle regole concrete, degli standard astratti come «eguale protezione». In quanto tale non vincola sufficientemente i giudici. Il che potrebbe essere se il testo e i principi fossero tutto ciò che i giudici consultano quando interpretano la Costituzione. Però, in pratica, i giudici (e gli altri interpreti costituzionali) si basano su una ricca tradizione di fonti che guidano e vincolano la loro interpretazione, fra cui la storia precedente e quella successiva all'adozione, l'applicazione originalmente attesa, le precedenti costruzioni costituzionali, gli argomenti strutturali e intertestuali, così come i precedenti giudiziari e non. In pratica, i giudici che guardano al testo e ai principi fanno fronte a vincoli molto simili a quelli dei giudici che intendono basarsi sull'aspettativa originale di applicazione. Come abbiamo visto, questi ultimi non possono usare e di fatto non usano le applicazioni originalmente attese in un grande numero di casi, poiché una gran parte della dottrina moderna è in contraddizione con esse. Pertanto anche i giudici che dicono di seguire il modo originale di comprendere la Costituzione sono nella maggior parte dei casi essenzialmente guidati e vincolati dalle stesse fonti e forme di argomentazione dei giudici che applicano il metodo del testo e dei principi.

Penso che ci sia un problema più profondo in relazione all'obiezione che il metodo del testo e dei principi non vincoli sufficientemente i giudici. Infatti molte teorie dell'interpretazione costituzionale confondono due questioni diverse: la prima è la questione di cosa la Costituzione significa e di come esserle fedeli; la seconda è la questione di come una persona in un particolare assetto istituzionale – come un giudice non eletto e con un incarico a vita – debba interpretare la Costituzione e implementarla attraverso le costruzioni dottrinali e le applicazioni. La prima è la questione della *fedeltà*; la seconda è la questione della *responsabilità istituzionale*.

Le teorie dell'interpretazione costituzionale che confondono queste due cose tendono a considerare l'interpretazione costituzionale dalla prospettiva dei giudici e del ruolo giudiziale; vedono l'interpretazione costituzionale come un compito dei giudici in primo luogo e trattano le teorie dell'interpretazione principalmente nei termini della loro capacità di guidare e limitare i giudici. Ad esempio, uno degli argomenti standard per l'originalismo delle aspettative è che esso aiuta a vincolare i giudici in una democrazia. Nella prospettiva di queste teorie, gli interpreti non giudiziali rappresentano dei casi marginali o delle eccezioni spiegabili nei termini standard dell'interpretazione giudiziale.

Io rifiuto questo approccio. Le teorie dell'interpretazione costituzionale devono iniziare con l'interpretazione da parte dei cittadini quale interpretazione standard; devono vedere l'interpretazione giudiziale come un caso speciale

con aspetti altrettanto speciali dipendenti dal ruolo dei giudici. In modo simile, le interpretazioni costituzionali dei funzionari amministrativi e degli esponenti parlamentari sono casi speciali strutturati secondo i particolari ruoli istituzionali. Gli organi politici devono fare di più che, semplicemente, non violare la Costituzione; hanno degli obblighi in merito alla produzione di istituzioni e leggi che realizzino gli scopi della Costituzione. Gran parte del più importante lavoro costituzionale non viene dalle corti: viene dagli atti di costruzione costituzionale a opera dei funzionari amministrativi e dei legislatori, a livello sia nazionale che locale, producendo istituzioni, programmi e pratiche che elaborano e implementano il testo costituzionale e i suoi principi in modi che sono preclusi alle corti.

Perché enfatizzare la prospettiva dei cittadini? Gli appartenenti a ciascuna generazione devono comprendere che cosa significano per loro le promesse della Costituzione. Molti dei più significativi cambiamenti nella comprensione costituzionale (come il New Deal, il movimento dei diritti civili, la seconda fase del femminismo americano) si sono verificati attraverso le mobilitazioni e le contro-mobilitazioni dei movimenti sociali e politici capaci di offrire interpretazioni alternative di cosa la Costituzione davvero significa. Tipicamente i movimenti sociali e politici sostengono che il modo in cui la Costituzione è stata interpretata e implementata dai giudici e dagli altri attori politici è sbagliato e che si debba tornare al suo significato corretto, così da riscattare le sue promesse nel nostro tempo.

Spesso le persone non avanzano queste pretese in termini specificamente giuridici, e di solito non sono vincolate dalle opinioni e dalle dottrine esistenti nel modo in cui vogliamo che i giudici vi siano vincolati. Infatti, quando i movimenti sociali avanzano inizialmente le proprie pretese costituzionali, molti le trovano oltremodo radicali o eccessive. C'è stato un tempo in cui, ad esempio, sembrava del tutto assurda l'idea che la Costituzione proibisse ciò che ora chiamiamo discriminazione sessuale. Tuttavia è da queste interpretazioni "protestanti" della Costituzione che emergono le successive dottrine costituzionali. Molte delle conquiste della nostra tradizione costituzionale di cui andare più orgogliosi sono venute da interpretazioni costituzionali che inizialmente sono state considerate folli e fuori luogo.

Tengo subito ad aggiungere che molti di questi argomenti non conducono da alcuna parte. Solo alcuni di essi hanno cambiato in maniera significativa il modo in cui gli americani guardano alla Costituzione. Per avere successo, i movimenti sociali e politici devono persuadere gli altri cittadini che le loro opinioni sono corrette, oppure, come minimo, devono convincerli della necessità di qualche compromesso e qualche modifica nelle proprie opinioni. Quando i movimenti hanno successo cambiano le idee dell'opinione pubblica, dei politici e delle corti. Allora tale influenza viene riflessa in nuove leggi, nuove dottrine costituzionali e nuove costruzioni operate dagli organi giudiziari e

politici. La mobilitazione sociale e politica che ha successo cambia la cultura politica, la quale cambia la cultura costituzionale, la quale a sua volta cambia le pratiche costituzionali all'esterno delle corti e la dottrina costituzionale al loro interno.

Certo l'influenza causale non va in un'unica direzione. Interpretazioni giudiziali come quella in *Brown v. Board of Education*¹⁵ o *Miranda v. Arizona*¹⁶ possono diventare parti importanti della nostra cultura costituzionale; possono venire assorbite nella comprensione ordinaria che hanno i cittadini di ciò che la Costituzione significa e possono fungere da punti focali dei loro atteggiamenti. Tuttavia non possiamo capire come la comprensione costituzionale muti nel tempo se non riconosciamo il modo in cui i movimenti sociali e i partiti politici articolano le nuove pretese costituzionali, creano nuovi regimi costituzionali e influenzano le costruzioni giudiziali e politiche.

Per capire come queste modificazioni possono essere fedeli alla Costituzione dobbiamo avere una teoria che renda primaria la prospettiva del cittadino. Non pretendo che tutte le mobilitazioni sociali che producono nuove costruzioni costituzionali siano egualmente fedeli alla Carta o egualmente ammirevoli. Ma alcune di esse sono tanto fedeli quanto ammirevoli, e una teoria dell'interpretazione costituzionale – che è anche una teoria della fedeltà costituzionale – deve renderne conto. L'originalismo delle aspettative è in questo senso virtualmente inutile, giacché vede molti dei più lodevoli cambiamenti nella nostra comprensione della Costituzione come non fedeli a essa e pertanto illegittimi.

Per ragioni simili, l'originalismo delle aspettative non può realmente vincolare i giudici poiché troppe dottrine dei nostri giorni sono semplicemente in contraddizione con esso; ne risulta che nella sua prospettiva i giudici devono decidere sulla base di giustificazioni pragmatiche che costituiscono delle eccezioni alla teoria. In verità, tali eccezioni minacciano di screditare tale teoria in molte aree del diritto. Poiché l'originalismo delle aspettative confonde la questione della fedeltà costituzionale con quella dei vincoli ai giudici, esso offre la risposta sbagliata a entrambe.

Vincolare i giudici in una democrazia è importante. Ma in pratica la gran parte dei vincoli non viene dalle teorie dell'interpretazione costituzionale: viene dagli aspetti istituzionali del sistema politico e giuridico. Alcuni di questi sono interni al diritto e alla cultura giuridica, come le varie fonti e modalità dell'argomentazione giuridica sopra descritte; altri sono esterni al ragionamento giuridico e nonostante ciò influenzano fortemente quanto i giudici nel complesso producono.

15. 347 us 483 (1954).

16. 384 us 486 (1966).

In primo luogo, i giudici sono soggetti, come chiunque altro, alle influenze culturali; appartengono alla società sia come membri dell'opinione pubblica sia come membri di un'élite giuridica particolare. In secondo luogo, il sistema delle nomine giudiziali e le pratiche del *partisan entrenchment* determinano e selezionano chi arriva a ricoprire tale carica, facendo in modo di assicurare che i migliori candidati alla carica vengano dal *mainstream* politico e giuridico. In terzo luogo, le Corti federali inferiori sono tenute ad applicare i precedenti della Corte suprema. In quarto luogo, la Corte suprema è un organo con più membri le cui decisioni nei casi controversi sono di solito determinate da un giudice "di centro", o incline a oscillare. Questo permette che nel tempo il lavoro della corte resti vicino al centro dell'opinione pubblica.

In pratica tale combinazione di aspetti interni ed esterni vincola l'interpretazione giudiziale molto più efficacemente di quanto possa fare una singola teoria dell'interpretazione; essa aiuta a determinare quali interpretazioni costituzionali sono ragionevoli e utilizzabili dai giudici, e quali invece sono fuori luogo. In modo altrettanto importante, essa fa in modo che le decisioni giudiziali rimangano in contatto con la comprensione che l'opinione pubblica ha dei fondamentali impegni della Costituzione, in modo da tradurre, formare e rifinire continuamente la politica costituzionale in diritto costituzionale.

Fedeltà alla Costituzione significa applicare il suo testo e i suoi principi alle nostre presenti circostanze e fare uso dell'intera tradizione di opinioni e precedenti che hanno cercato di difenderla e implementarla. Le persone ragionevoli possono divergere sul significato dei suoi principi e sul modo di applicarli; ma il punto principale a proposito dell'interpretazione costituzionale rimane fermo: decidiamo tali questioni con riferimento al testo e ai principi, applicandoli al nostro tempo e alla nostra situazione, facendo nostra, così, la Costituzione. La conversazione fra gli impegni del passato e le generazioni del presente è al cuore dell'interpretazione costituzionale. Questo è il motivo per cui non c'è da fare una scelta fra il costituzionalismo "vivente" e la fedeltà al significato originale del testo. Sono due facce della stessa medaglia.