

Intratestualismo*

1. INTRODUZIONE

Gli interpreti ricavano il significato dalla Costituzione attraverso una varietà di tecniche – suddividendo il testo di un dato articolo, scavando nella storia della Costituzione, deducendo diritti dalla struttura istituzionale che essa delinea, soppesando la praticabilità delle letture che di essa vengono proposte, facendo appello a precedenti decisi alla luce della Costituzione, invocando gli ideali americani che essa abbraccia. Ognuna di queste tecniche tradizionali estrae il significato da importanti caratteristiche della Costituzione – la sua articolazione in articoli distinti e attentamente redatti, il suo radicamento nella storia, la sua attenzione all’architettura istituzionale, la sua evidente aspirazione ad avere senso nel mondo reale, la previsione al suo interno del controllo di costituzionalità e della dottrina a esso relativa, nonché il suo impegno a incorporare l’*ethos* del popolo americano. Ecco un’altra caratteristica della Costituzione: varie parole e varie frasi ricorrono più volte nel documento. Ciò dà agli interpreti un ulteriore insieme di elementi chiave quando ricercano il significato costituzionale e fornisce la base per un’altra fertile tecnica di interpretazione costituzionale che chiamo “intratestualismo”.

Nell’utilizzare questa tecnica, l’interprete cerca di leggere un determinato termine o periodo contenuti nella Costituzione alla luce di un altro passaggio della Costituzione dove tale termine, tale periodo o un termine o un periodo simili hanno uno spazio importante. Ad esempio, poche questioni costituzionali sono state più significative della definizione dello *status* del console indipendente Kenneth Starr. Sotto il profilo costituzionale, il console indipendente deve essere un ufficiale “inferiore” in base all’*appointments clause* dell’art. 2, sezione 2. Ma che cosa significa esattamente “inferiore”? A chi esattamente il console Starr è “inferiore”? Un’analisi intratestuale guarderebbe a due altre clausole della Costituzione nelle quali ricorre il termine “inferiore” – l’art. 1,

* Versione italiana parziale del testo originariamente apparso in “Harvard Law Review”, 112, 4, 1998-99, pp. 748-827. Traduzione dall’inglese di Costanza Margiotta e Elena Pariotti.

sezione 8 concernente i tribunali “inferiori”, e l’art. 3, sezione 1, concernente le corti “inferiori” – quali guida nella comprensione del concetto *costituzionale* di inferiorità.

2. PECULIARITÀ DELL’INTRATESTUALISMO

L’intratestualismo si distingue metodologicamente dagli altri tradizionali argomenti interpretativi costituzionali? Sotto importanti profili possiamo dire di sì. L’argomento testualista così come tipicamente praticato oggi è miope («legato alla singola clausola», come direbbe Ely¹), si focalizza intenzionalmente sulle sole parole di una data clausola costituzionale. Al contrario, l’intratestualismo si concentra sempre su almeno due clausole e illumina il legame tra esse. Il testualismo legato alla singola clausola enfatizza paradigmaticamente ciò che è esplicito nel testo costituzionale: “Vedi qui, queste clausole stanno insieme!”. Ma non v’è clausola nella Costituzione che dica, esplicitamente e con tante parole, che le tre “clausole di investitura” dovrebbero essere costruite insieme, o che l’art. 3 dovrebbe essere letto insieme all’art. 4 sulla clausola di supremazia. L’intratestualismo semplicemente legge la Costituzione *come se* queste implicite clausole di legame esistessero. Il testualismo legato alla singola clausola legge le parole della Costituzione in ordine, mantenendo la sequenza delle frasi così come appaiono nel documento stesso. L’intratestualismo, invece, spesso legge le parole della Costituzione in un ordine del tutto diverso, accostando clausole testualmente non vicine per sottoporle ad attenta analisi. In effetti, l’intratestualismo legge una struttura bidimensionale in un’ottica tridimensionale, seguendo attentamente il testo per avvicinare clausole sparse.

Il testualismo legato alla singola clausola si presenta in diverse versioni, ma nessuna delle due principali tipologie di testualismo assomiglia all’intratestualismo. Un testualista che sostiene la tesi del significato chiaro guarda ai dizionari contemporanei per dare senso a termini come *commerce*, *cruel*, *privileges or process*, laddove un testualista legato all’idea dell’intenzione originaria potrebbe guardare ai dizionari dell’Ottocento. L’intratestualismo, invece, cerca di usare la Costituzione come se fosse essa stessa un dizionario, dando vita a un terzo approccio. Un intratestualista potrebbe leggere espressioni costituzionali della metà del XIX secolo come *due process* o *privileges or immunities of citizens* alla luce di analoghe espressioni costituzionali scritte alla fine del XVIII secolo, o viceversa. Un altro esempio: il ventiseiesimo emendamento, ratificato nel 1971, protegge il “diritto” di voto del XVIII secolo nelle giurie così come nelle elezioni ordinarie? Il testualismo del significato chiaro e il testualismo dell’in-

1. J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1980, p. 12.

tenzione originaria consulterebbero il termine “vote” rispetto al suo uso moderno e nei dizionari moderni, invece un intratestualista userebbe la Costituzione stessa come dizionario. In non meno di quattro occasioni – il quindicesimo, il diciannovesimo, il ventiquattresimo e il ventiseiesimo emendamento – la Costituzione usa il medesimo insieme di termini, «il diritto dei cittadini degli Stati Uniti [...] di votare», e un intratestualista sarebbe incline a leggere questi articoli *in pari materia*. Il loro linguaggio fortemente parallelo costituisce un argomento forte (una presunzione) per una interpretazione parallela. Se appare chiaro (come in effetti è) che il quindicesimo emendamento, ratificato nel 1870, venne redatto per includere il diritto politico dei cittadini a partecipare alle, e a “votare” nelle, giurie, questo fatto relativo all’uso linguistico e al significato costituzionale risalente al 1870 è rilevante per un intratestualista che si trovi di fronte a un emendamento diverso (ma parallelo) adottato un secolo più tardi².

Per ragioni analoghe, l’intratestualismo sembra anche distinguersi dalle forme tradizionali degli argomenti interpretativi basati sulla storia e sull’intenzione originaria. Un intratestualista potrebbe dire che le parole *due process* nel quinto emendamento contengano un riferimento al principio di eguaglianza anche se i redattori o quanti lo hanno ratificato nel 1780 e nel 1790 non ne erano consapevoli. Vero, quanti redassero e ratificarono il quattordicesimo emendamento ritenevano che l’espressione contenuta nel quinto emendamento implicasse un riferimento al principio di eguaglianza, ma il metodo basato sull’intenzione originaria e legato alla singola clausola non guarderebbe normalmente al quattordicesimo emendamento per costruire il significato del quinto. Peraltro, anche se i redattori del quattordicesimo emendamento esprimessero il loro modo di intendere i termini *due process of law* in un commento esplicativo, le parole “eguale protezione” che essi scrissero non si applicano *esplicitamente* all’azione federale³. In ciò vediamo riconfermate le differenze tra

2. V. D. Amar, *Jury Service as Political Participation Akin to Voting*, in “Cornell Law Review”, 80, 2, 1995, pp. 222-41.

3. Si noti la possibilità di incorrere qui in certi circoli viziosi e in paradossi del tipo del paradosso di Condorcet. Si supponga che i redattori della clausola 1 al tempo *T1* pensino che essa significhi *X* e che i redattori della clausola parallela 2 al tempo *T2* pensino che essa significhi *Y*. Se leggiamo la clausola 1 come se essa significasse *X* e la clausola 2 come se essa significasse *Y*, non riusciamo a rendere giustizia all’idea implicita secondo cui le due clausole riguardano la medesima materia. Se invece le leggiamo come se entrambe significassero *Y*, allora non riusciamo a rendere giustizia all’intenzione dei redattori al tempo *T1*. Analogamente, se le leggiamo entrambe come se significassero *X*, allora non riusciamo a rendere giustizia ai redattori al tempo *T2*. Un approccio intenzionalista al paradosso ipotizza un controfattuale: se i redattori della clausola 2 fossero stati consapevoli del circolo, avrebbero riscritto tale clausola affinché significasse *Y* oppure, dopo aver riflettuto, avrebbero deciso che la clausola 2 avrebbe realmente dovuto significare *X* o, ancora, avrebbero detto che le due clausole non avrebbero dovuto essere interpretate *in pari materia*?

il testualismo tradizionale legato alla singola clausola e l'intratestualismo. Si dovrebbe inoltre notare che l'intratestualismo effettua inferenze a partire da strutture lessicali contenute nella Costituzione anche in assenza di altra evidenza in merito al loro carattere intenzionale. Come variante dell'argomento testuale, l'intratestualismo spesso si focalizza su ciò che nel testo è meramente implicito; come variante dell'argomento storico, può illuminare quello che solo presuntivamente può essere l'intento specifico.

Si potrebbe pensare che l'intratestualismo costituisca una specie paradigmatica di argomento strutturale. Tuttavia, le forme più tipiche di argomento strutturale si concentrano non sulle *parole* della Costituzione, ma sugli assetti *istituzionali* implicati nei, o sottesi ai, documenti – la relazione tra Presidenza e Congresso o il bilanciamento tra Camera e Senato, o l'interrelazione tra gli Stati federati o il legame diretto tra cittadini e governo federale. Il più elegante difensore odierno dell'argomento strutturale, il professore Charles Black, ha esplicitamente caratterizzato il proprio metodo di ragionamento differenziandolo da quegli approcci che si focalizzano volutamente sul testo:

Sono incline ad avere una buona opinione del metodo di ragionamento basato soprattutto sulla struttura e sulla relazione, perché per avere successo deve avere senso – senso corrente, senso pratico – [...] il testualismo può spesso essere fatto per avere senso [...] l'argomento strutturale si focalizza sugli aspetti pratici e sulle proprietà delle cose, senza consultare i dizionari, le cui voci non risponderanno veramente alla questione che stiamo ponendo [...]. Avremo a che fare con la *policy* e non con la grammatica⁴.

Naturalmente, sotto importanti profili l'intratestualismo ha molto in comune con altri argomenti simili. Come il testualismo legato alla singola clausola si concentra sulle parole del documento (alcune forme di testualismo legato alla singola clausola – ad esempio gli argomenti dell'implicazione negativa basati sulla massima *expressio unius est exclusio alterius* – traggono il significato da ciò che è meramente implicato piuttosto che da ciò che è esplicitamente asserito). Come l'argomento storico, l'intratestualismo spesso sostiene tesi sull'intenzione implicita dei redattori basate sui loro proferimenti. Come lo strutturalismo di Black, cerca di identificare e derivare il significato da più ampi schemi costituzionali⁵. Come l'argomento dottrinale, cerca di promuo-

4. Ch. Black Jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Louisiana State University Press, Baton Rouge 1969, pp. 22-3.

5. Cfr. *ivi*, p. 31 («C'è, inoltre, uno stretto e continuo lavoro interno tra i metodi di ragionamento testuale, relazionale e strutturale, poiché la struttura e le relazioni rilevanti sono esse stesse create dal testo e le inferenze tratte da esse devono sicuramente essere controllate attraverso il testo»).

vere una certa coerenza nell'interpretazione e di evitare l'apparenza di un giudizio *ad hoc*. In mancanza di una buona ragione per fare diversamente, prescrizioni costituzionali simili dovrebbero essere trattate in modo simile per ragioni analoghe al principio dottrinale secondo cui casi simili dovrebbero essere trattati in modo simile.

Infine, nella misura in cui riconosciamo l'intratestualismo come una tecnica interpretativa apprezzabile e importante, pur ammettendo i suoi limiti, può non importare come noi lo vogliamo formalmente classificare. Anzi, invece di vederlo come una forma argomentativa distinta dalle altre sei menzionate, può essere utile considerarlo come un insieme di almeno tre differenti tipi di tesi sulla Costituzione.

3. TIPI DI INTRATESTUALISMO

a) *L'uso della Costituzione come dizionario: l'intratestualismo come metodo filologico*. Intesa in senso del tutto letterale, l'idea di usare la Costituzione come un dizionario può essere vista come capace di svolgere una funzione linguistica. Un dizionario ci dice che cosa un termine può significare, con esempi tratti dall'uso. Benché raramente essa stessa definisca volutamente un dato termine alla stregua di un dizionario⁶, la Costituzione illustra l'uso linguistico e pertanto svolge una fondamentale funzione di dizionario. Essa può persino sotto molti profili essere migliore dei normali dizionari. Questi ultimi possono divergere, mentre la Costituzione fornisce un punto di riferimento comune per tutti gli interessati⁷: i redattori che danno vita al linguaggio costituzionale, i ratificatori che decidono se riconoscere in tale linguaggio un diritto supremo, i giudici e gli altri interpreti che cercano di interpretare successivamente tale linguaggio e quanti in futuro potranno eventualmente emendare il testo costituzionale cercando di integrare il testo originale. I termini giuridici possono talora essere usati in senso tecnico, con sfumature di significato che non risultano bene catturate da dizionari standard, i quali riflettono l'uso nel linguaggio comune. Spesso ricerchiamo il significato di un insieme di parole – una frase – piuttosto che di una singola parola, ma i dizionari tipicamente forniscono definizioni distinte per singole parole. Al contrario, la Costituzione spesso offre un uso ripetuto di insiemi simili di parole, e questi usi possono dimostrarsi delle vene particolarmente ricche per la comprensione. Ad esempio, se le parole chiave del ventiseiesimo emendamento – “diritti”, “cittadini” e

6. Vedi la Costituzione degli Stati Uniti, art. 3, §3.

7. Per una discussione del concetto di *punti focali*, vedi Th. C. Schelling, *The Strategy of Conflict*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1960, pp. 57-80 (trad. it. *La strategia del conflitto*, Bruno Mondadori, Milano 2006, pp. 67 ss.).

“voto” – fossero esaminate come voci isolate in un dizionario della fine del xx secolo potrebbe apparire dubbio che tali parole, una volta unite, comprendano il diritto a far parte di una giuria. Se però consultiamo l’uso congiunto di queste parole così come esse appaiono dapprima nella Costituzione (nel quinto emendamento), troviamo abbondanti prove che l’espressione nella sua interezza includesse il diritto politico a far parte di una giuria e a votare nella stanza della giuria⁸. I termini *privileges*, *immunities* e *citizens* nel quattordicesimo emendamento forniscono un ulteriore esempio. Se considerassimo le tre parole in isolamento e consultassimo le voci di un normale dizionario sarebbe difficile spiegare come i repubblicani della ricostruzione potessero tanto insistere unanimemente che queste parole indicassero dei diritti civili ed escludessero i diritti politici come il diritto di voto⁹. Ma quando ci volgiamo a considerare l’uso congiunto di queste tre parole nell’art. 4 scorgiamo l’intuizione linguistica (e il legame).

Più leggero è il bagaglio che un dato argomento linguistico cerca di portare, più facile è difendere questo particolare tipo di intratestualismo costituzionale. Se Marshall cerca di stabilire solo che *necessary* può significare conveniente, un singolo esempio tratto dalla Costituzione basta a provare questa tesi, e con forza. Di contro, se Blackmun cerca di provare che “persona” *deve* riferirsi agli esseri umani dopo la nascita, o se Langdell cerca di affermare che “Stati Uniti” può *solo* riferirsi ai vari Stati, anche una grande quantità di esempi tratti dalla Costituzione possono rivelarsi inutili. In assenza di un database linguistico quasi universale è difficile escludere che un dato termine possa assumere un certo significato.

La questione è diversa quando consultiamo un dizionario integrale che miri a mappare esaustivamente i possibili significati di una parola, partendo dall’universo dell’uso accettato. Se un simile dizionario ci dice che autori riconosciuti mai (o quasi mai) usano la parola “persona” per indicare l’essere umano prima della nascita, ciò rappresenta una prova più forte dell’affermazione di Blackmun secondo cui fuori dal quattordicesimo emendamento la Costituzione stessa in una dozzina circa di clausole mai usa la parola in questo modo. E così siamo lasciati di fronte al seguente problema: quando cerchiamo di dimostrare ciò che una parola *potrebbe* significare, un solo esempio tratto dalla Costituzione che illustri questo risulta più forte di una voce tratta da un dizionario standard, perché l’esempio prova che gli autori della Costituzione stessa – e non semplicemente certi “autori riconosciuti” in qualche luogo – intesero operare l’uso X. Ma se cerchiamo di provare che una parola *non può*

8. Vedi Amar, *Jury Service as Political Participation Akin to Voting*, cit., pp. 222-41; Id., *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale University Press, New Haven 1998, pp. 271-4.

9. Cfr. Id., *Jury Service as Political Participation Akin to Voting*, cit.

significare Y, gli esempi tratti dalla Costituzione risultano *più deboli* delle voci di un dizionario standard.

b) *L'uso della Costituzione come schema di concordanza: l'intratestualismo come riconoscimento di strutture.* Se l'intratestualismo filologico è ottimale per provare ciò che una parola o una frase potrebbero significare, un altro tipo di intratestualismo cerca di mostrare il significato di un documento considerato nel suo insieme. L'intratestualismo permette alla Costituzione di funzionare non semplicemente come un tipo speciale di dizionario, ma anche come un tipo speciale di schema di concordanza, che ci rende in grado di, e incoraggia a, collocare vicine clausole separate per analizzarle, poiché esse usano parole o frasi uguali o molto simili. Una volta disposti ad accogliere l'invito a leggere congiuntamente clausole non contigue, possiamo scorgere importanti strutture all'opera. Naturalmente non è sempre così: varie parole polivalenti possono comparire in un assortimento casuale di clausole che poco hanno in comune tra loro e riflettendo possiamo persino dire che certe parole "camaleonte" dovrebbero avere significati sensibilmente diversi in diverse proposizioni. Ma altre volte il legame linguistico intratestuale sarà un segno superficiale di una più profonda connessione tematica, una vibrazione simpatetica che evidenzia l'esistenza di una ricca armonia. È una pura coincidenza che le ultime parole del decimo emendamento facciano da eco intratestuale alle prime parole del Preambolo? La storia ci dice di no e riflettendo vediamo che la storia ha ragione. Entrambi i passaggi sono parte di una struttura profonda, che arricchisce il principio costituzionale essenziale della sovranità popolare¹⁰. Di fatto, le ultime tre parole dell'emendamento furono aggiunte dal Primo Congresso che riconobbe esplicitamente la loro connessione con il Preambolo¹¹. Una prova ulteriore di questa struttura profonda può essere colta quando si consideri il fatto che nessuna espressione compare in un numero di emendamenti maggiore, nella nostra amata Dichiarazione dei diritti, dell'espressione *the people*¹². Se cerchiamo conferma dell'esistenza di questa struttura la troviamo nel potere di Lincoln a Gettysburg, che fa eco a Marshall, che fa eco alla storia, che fa eco alla Dichiarazione dei diritti, che fa eco al Preambolo.

Spesso le strutture saranno quelle che i redattori hanno specificatamente

10. Per una analisi più generale di questa struttura, vedi Amar, *The Bill of Rights*, cit.

11. Ivi, pp. 119-21.

12. Costituzione degli Stati Uniti, emendamenti primo, secondo, quarto, nono, decimo. Certo è logicamente possibile che "popolo" sia una parola camaleonte non importante, come "persona". La questione intratestuale non può mai essere decisa a priori. Piuttosto, l'intratestualismo si limita a porre la domanda se una struttura analitica profonda di fatto leghi insieme una parola o una frase ripetute e per rispondere a tale domanda dobbiamo usare altri strumenti interpretativi che supportano l'intratestualismo.

voluti e che quanti hanno ratificato hanno consapevolmente considerato – le parole di collegamento nel conferimento da parte dell’art. 3 della giurisdizione della materia federale e nella clausola di supremazia contenuta nell’art. 6, ad esempio, o la chiara simmetria tra i diritti civili protetti dalla clausola su privilegi e immunità contenuta nell’art. 4, da un lato, e la clausola sui privilegi e le immunità contenuta nel quattordicesimo emendamento, dall’altro. Altre volte, lo schema colto attraverso la riflessione può non essere stato intenzionale ma casuale. Lincoln deve avere pensato specificatamente a Marshall per avere un debito nei suoi confronti? Una grande opera musicale può contenere una ricchezza di significato che va al di là di ciò che era chiaramente nella mente del compositore al momento dell’ispirazione; il linguaggio ordinario contiene profondità di connessioni che neppure il nostro miglior poeta intende pienamente; e una opinione giudiziale può costruire il significato di un testo giuridico meglio di quanto il suo autore potesse intendere. Così la Costituzione. Quanti redassero e ratificarono la clausola dei territori dell’art. 4 possono non avere consapevolmente compreso quanto perfettamente le sue parole («Il Congresso avrà potere di [...] fare tutte le regole e i regolamenti necessari») riflettano quelle della clausola *necessary and proper* dell’art. 1 («Il Congresso avrà potere [...] di fare tutte le leggi necessarie e adeguate»). Ma la struttura qui non è coincidente sotto il profilo costituzionale. Strutture come questa sono parte della genialità del documento, e l’intratestualismo può aiutarci a scorgerla.

Ma il “genio della Costituzione” è proprio degli autori o dei lettori? La risposta è, penso: di entrambi. Come ci ha efficacemente ricordato Jed Rubenfeld, il costituzionalismo scritto in stile americano è un progetto temporalmente esteso in senso intergenerazionale che richiede una collaborazione tra le generazioni degli autori e quelle successive dei lettori¹³. Un lettore sensibile non fa semplicemente comparire le cose, ma ricava anche significati che possono essere solo impliciti nel testo. E il tipo di significato che trae dal testo dipenderà dai fini per i quali egli lo sta leggendo. Un grande storico o un decostruzionista potrebbero accostarsi a un grande testo in cerca di ironia, polifonia e anche contraddizione. Si pensi al genio di Duncan Kennedy quando interpreta il discorso di Gettysburg di Lincoln¹⁴. Un grande giurista o un giudice che leggano la Costituzione *in quanto diritto* cercheranno qualcosa di leggermente diverso: la coerenza piuttosto che la contraddizione, la funzionalità e la facilità

13. Vedi J. Rubenfeld, *Reading the Constitution as Spoken*, in “Yale Law Journal”, 104, 5, 1995, pp. 1143-73; vedi inoltre Id., *Freedom and Time: A Theory of Self-Constitutional Government*, Yale University Press, New Haven 2001. Ritengo che queste parole siano tra i progetti più importanti nella teoria costituzionale.

14. Vedi D. Kennedy, *The Structure of Blackstone’s Commentaries*, in “Buffalo Law Review”, 28, 205, 1979, pp. 205-382.

di esposizione agli americani comuni piuttosto che la bellezza agli occhi degli esteti. Si pensi a John Marshall in *McCulloch v. Maryland*¹⁵ quando interpreta la Costituzione dei padri fondatori.

c) *L'uso della Costituzione come libro delle regole: l'intratestualismo come interpolazione dei principi.* Un ultimo tipo di intratestualismo chiede che due (o più) disposizioni costituzionali siano lette *in pari materia*. Quel che vale per uno vale anche per l'altro e così un interprete deve, ad esempio, costruire la clausola di investitura degli artt. 1, 2 e 3 con pari generosità, o gli emendamenti sui quattro diritti di voto come coestensivi nel loro intento. Qui abbiamo a che fare non semplicemente con una parola ricorrente e neppure soltanto con un insieme ricorrente di parole, ma con un imperativo completo, attentamente elaborato, che si manifesta con un linguaggio identico e con una unica variazione che (presumibilmente) non dovrebbe avere peso sotto il profilo giuridico o morale: «The [fill in the blank] power shall be vested» e «The right of citizens of the United States [...] to vote [...] shall not be denied or bridge by the United States or by any State on account of [fill in the blank]».

La chiave di questo tipo di intratestualismo è l'interpolazione: leggiamo le disposizioni *come se* esistesse una metadisposizione che ci dice di costruire disposizioni parallele in modo parallelo. Poiché di fatto una simile metadisposizione non esiste, questa forma di interpolazione deve restare aperta alla possibilità che, dopo riflessione, vi siano buone ragioni costituzionali per non trattare le singole disposizioni come altre nell'ambito della medesima materia. Ma, qualora non si rinvenivano ragioni di questo tipo, la condotta di un interprete che rifiutasse di leggere in modo simile disposizioni simili risulterebbe infondata.

Semplificando: l'intratestualismo che considera la Costituzione alla stregua di un dizionario ci dice quel che la Costituzione *dovrebbe* significare; l'intratestualismo che intende la Costituzione come libro delle regole ci dice quel che essa *deve* significare.

4. ALCUNI PUNTI DI FORZA DELL'INTRATESTUALISMO

La più grande virtù dell'intratestualismo è quella di prendere sul serio il documento come un tutto piuttosto che come insieme di disposizioni diverse. È una (singola, coerente) Costituzione quella che stiamo interpretando. Certo, diversi tipi di argomenti interpretativi non-testualisti spesso aspirano all'olismo¹⁶.

15. *McCulloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat) 316, 406 (1819).

16. Poiché considero la Costituzione un unico testo, ho qui denominato le comparazioni fra disposizioni all'interno del documento come "intratestuali", distinguendole dalle comparazioni "intertestuali" tra disposizioni costituzionali, da un lato, e disposizioni contenute entro altri documenti, dall'altro.

All'interno del metodo storico, ad esempio, ristrette storie legate alle disposizioni coesistono con saghe che si espandono per l'intera esperienza costituzionale americana, come l'intensa trilogia che Bruce Ackerman sta costruendo¹⁷. Dottrinalisti come Laurence Tribe organizzano singoli casi e linee discontinue di casi all'interno di modelli e schemi teorici comprensivi¹⁸. Tuttavia nessuno di questi sforzi è testuale in modo particolare – nessuno sembra enfatizzare, come ha fatto Rubenfeld in gran parte della sua affascinante opera¹⁹ – la *testualità* della Costituzione. In breve, il testualismo legato alla disposizione cerca di rendere giustizia alla testualità della Costituzione ma non dà conto di essa come un tutto; vari altri argomenti cercano di rendere giustizia alla Costituzione come un tutto; l'intratestualismo cerca di rendere giustizia a entrambi gli elementi al medesimo tempo.

L'enfasi sulla testualità della Costituzione – la sua testualità generale e le sue specifiche disposizioni testuali – possiede alcune virtù democratiche. La Costituzione è un documento sintetico che la maggior parte degli americani può leggere. Con modesto sforzo, anche i profani possono acquisire familiarità con le sue parole e la sua struttura di base. Come afferma con insistenza Marshall in *McCulloch v. Maryland*, una delle forze più grandi della Costituzione è che «le sue parole possono essere comprese dal pubblico»²⁰. Il testo stesso del documento costituisce un punto focale per la democrazia – un luogo pubblico di incontro, un linguaggio comune – che può strutturare la conversazione degli americani quando essi riflettono sulle questioni fondamentali e talora conflittuali nella nostra repubblica di cittadini uguali. Certe forme di interpretazione costituzionale non testualista sono spesso intimamente esclusive, richiedono una intima familiarità con una grande mole di giurisprudenza e una sottile arte di analisi dottrinale, di conoscenza storica o di competenza in filosofia politica. Certo, anche un testualismo olista richiede particolari abilità nel vedere e mostrare come proposizioni differenti stiano insieme entro strutture semantiche costituzionali, e chi è più familiare con il documento è avvantaggiato. Ma la tecnologia ha reso il tipo particolare di testualismo olista di cui sto parlando facilmente accessibile anche ai profani. Una semplice concordanza di termini nella Costituzione può mostrare a tutti i cittadini dove varie parole e proposizioni appaiono all'interno del documento e con questa concordanza in mano persino i profani potrebbero cominciare a valutare le possibili strutture e i principi impliciti che l'intratestualismo

17. Cfr. B. Ackerman, *We the People: Foundations*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1991; Id., *We the People: Transformations*, Harvard University Press, Cambridge (MA) 1998.

18. Vedi L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, New York 1988.

19. Vedi Rubenfeld, *Reading the Constitution as Spoken*, cit.; Id., *Freedom and Time*, cit.

20. *McCulloch v. Maryland*, 17 us (4 Wheat) 316, 406 (1819).

evidenza²¹. Tale concordanza può facilmente essere generata attraverso software in grado di effettuare una ricerca per parole nei testi²².

Questo tipo particolare di intratestualismo si armonizza facilmente con altre forme di testualismo olistico. Clausole vicine, anche se non sono linguisticamente coincidenti, spesso trattano argomenti correlati, e ciascuna può essere meglio compresa se confrontata con le altre. Questa è la tecnica paragrafistica che Marshall utilizzò male nel considerare le clausole sulla giurisdizione di grado e di appello nel caso *Marbury*, a differenza di quanto fatto da Story nel caso *Martin*.

Per un tentativo più noto, si prenda in esame il seguente passaggio tratto dal caso che (almeno retrospettivamente) mise la corte sulla strada verso il caso *Roe*:

Le specifiche garanzie presenti nella Carta dei diritti presentano delle oscurità, dovute alle promulgazioni di quelle stesse garanzie che permettono di dar vita e sostanza alle prime. Molteplici garanzie creano zone di privacy. Il diritto di associazione contenuto nell'impianto del primo emendamento è una di queste garanzie, come abbiamo già visto. Il terzo emendamento nel proibire l'acquartieramento dei soldati in tutte le abitazioni private in tempo di pace senza il consenso del proprietario mostra un altro aspetto di questa privacy. Il quarto emendamento afferma esplicitamente il «diritto dei cittadini di godere della sicurezza personale, della loro casa, delle loro carte e dei loro beni, di fronte a perquisizioni e sequestri ingiustificati». Il quinto emendamento nella sua clausola sull'autoincriminazione consente al cittadino di creare una zona di privacy che il governo non potrà imporgli di cedere a suo danno. Il nono emendamento prevede che «alcuni diritti elencati nella Costituzione non potranno essere interpretati in modo tale da negare o misconoscere altri diritti goduti dai cittadini».

Il presente caso giudiziario riguarda, quindi, la relazione che sta all'interno della zona della privacy costituita da molte garanzie costituzionali fondamentali²³.

Anche quanti fra noi, per un motivo sostanziale, non siano d'accordo con tutto ciò che il giudice Douglas ha scritto²⁴, dovrebbero approvare il suo sforzo teso a cimentarsi – seppure alquanto rapidamente – con il testualismo olistico.

21. Vedi, a proposito dei punti focali, Schelling, *The Strategy of Conflict*, cit., pp. 57-80; trad. it. pp. 67 ss.

22. Anche se l'analisi intratestuale porterà spesso i lettori a considerare certe clausole e la loro possibile interrelazione, una volta che le clausole e le domande rilevanti siano state identificate, una analisi della Costituzione pienamente soddisfacente richiederà spesso l'uso di altri strumenti interpretativi. Dato che alcune di queste tecniche sono meno accessibili ai profani, il vantaggio dell'intratestualismo in termini di democrazia può essere reale anche se limitato.

23. *Griswold v. Connecticut*, 381 us 479, 484-85 (1965) (citazione omessa).

24. Ad esempio, io dubito che la clausola sull'autoincriminazione abbia un legame così stretto con la privacy come sostiene il giudice Douglas. Cfr. A. R. Amar, *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, Yale University Press, New Haven 1997, pp. 65-6.

Scrivendo quindici anni dopo, Ely ha posto delle domande sul risultato sostanziale raggiunto da Douglas nel caso *Griswold*, ma ha abbracciato – anzi l’ha ampliata – la metodologia di Douglas, offrendo un “tour” testuale non solamente della Carta dei diritti ma dell’intera Costituzione²⁵.

Quando viene esteso al di là del paragrafismo per comprendere l’intero documento, il testualismo olistico ha una virtù oggettiva: invita gli interpreti a ponderare la connessione fra clausole non contigue che non presentano sovrapposizioni testuali, pur illuminandole mediante collegamenti incrociati. Ma il vero testualismo olistico ha anche una evidente debolezza: ci sono troppe clausole da prendere in considerazione e la possibilità di fare un numero quasi infinito di comparazioni fra le clausole stesse. Tuttavia alcune comparazioni fra clausole possono risultare più promettenti di altre²⁶. Dove e come si comincia? Il testualismo olistico non offre molti spunti. L’intratestualismo ha

25. Cfr. Ely, *Democracy and Distrust*, cit., p. 221, nota 4. Un altro genere di testualismo olistico deduce il significato dall’organigramma della Costituzione: tracciando inferenze dal fatto che i poteri federali sono conferiti all’art. 1, comma 8, mentre restrizioni al potere federale appaiono al comma 9 (vedi in proposito *McCulloch v. Maryland*, 17 us [4 Wheat] 316, 419 [1819]); osservando che tutti i limiti del comma 9, e l’originaria Carta dei diritti, erano previsti come limiti al potere federale, con il comma 10 come luogo dei limiti agli Stati (vedi *Barron v. Mayor of Baltimore*, 32 us [7 Pet.] 243, 248-9 [1833]) e così via. In questa tradizione gli argomenti si possono concentrare sullo speciale posto occupato dall’onore testuale nelle prime tre parole della Costituzione quale prova della sovranità popolare in quanto principio primo del documento; o sull’esistenza degli articoli separati 1, 2 e 3 come prova della separazione dei poteri e della coestensione dei tre grandi poteri federali; o sulla primazia dell’art. 1 come prova della supremazia del Congresso; o sulla collocazione della clausola di veto all’art. 1 come prova che questo potere presidenziale è legislativo per natura. Al contrario, uno strutturalista balkiniano che si metta a discutere queste affermazioni punterebbe sugli esempi istituzionali piuttosto che sull’organizzazione del testo costituzionale. Da questo punto di vista, la sovranità popolare è il principio primo della Costituzione perché il documento è diventato legge solo quando è stato ratificato dalle convenzioni speciali del popolo. L’uguaglianza dei poteri è provata dal fatto che nessuno è completamente dipendente dagli altri per la nomina e la continuità dell’ufficio, e la loro coestensione riflette la realtà funzionale secondo cui un potere produce norme federali, che gli altri poteri devono solo dopo rispettivamente applicare e con cui devono giudicare. Se il Congresso è primo fra eguali, è perché la legislazione precede temporalmente e funzionalmente l’esecuzione e il giudizio, o perché il legislativo è il ramo più ampio e la sua Camera bassa è più vicina ai cittadini. Se il veto è un potere legislativo, è perché funzionalmente il presidente è coinvolto nella produzione del diritto, indipendentemente dal luogo testuale in cui è collocata la clausola del veto.

26. Inoltre, certe clausole possono essere particolarmente ricche nel significato e necessitare maggiore attenzione di altre disposizioni. Nel dispiegare l’analisi intratestuale in questo articolo, ho scelto di analizzare molte clausole che secondo il mio punto di vista sono estremamente importanti ma poco studiate: il Preambolo, l’art. 1, sezione xi, comma 1 (sulla libertà di parola e dibattito dei rappresentanti), l’art. 1 e le clausole sul *bill of attainder* (sezione ix, comma 3) e sui titoli nobiliari (sezione ix, comma 8), il tredicesimo emendamento e le clausole sulla cittadinanza e sui privilegi o le immunità di cui godono i cittadini (sezione i, comma 2) del quattordicesimo emendamento.

virtù uguali e contrarie al testualismo e vizi uguali e contrari. Ci dice quando, interpretando la clausola X, bisogna fare particolare attenzione alle clausole Y e Z formulate in maniera simile ma non contigue. Questa messa a fuoco restringe il campo visivo, ma ci fa anche proseguire e ci offre una direzione. Porta il lettore a comparazioni che probabilmente risulteranno particolarmente gratificanti, perché formulazioni simili saranno molto spesso l'indice apparente di una comprensione analitica più profonda che aspetta di essere scovata dopo una serrata analisi.

Il "tour" paragrafistico di Douglas e l'ancor più olistico "tour" di Ely sono ugualmente fondati. Ogni interprete cerca di convincerci che non sta semplicemente scorgendo le sue preferenze personali nella Costituzione. Diversamente da quanto affermato in *Lochner*²⁷, la privacy ha radici in molte parti della Carta dei diritti, insiste Douglas; gran parte della Costituzione riguarda il processo, sostiene invece Ely. Questi esempi mostrano un'altra virtù dell'intratestualismo e delle altre forme di testualismo olistico: la loro utilità nel tenere a freno (o quanto meno a evidenziare) imbrogli interpretativi. L'intratestualismo invita a chiederci come l'interpretazione dell'art. X (che riguarda ad esempio il potere giudiziario) debba essere armonizzata con l'interpretazione dell'art. Y formulato in maniera simile al primo (riguardante ad esempio il potere esecutivo). Ad esempio, se la Corte suprema insiste che secondo l'art. 3 le Corti inferiori non possono opporsi ai suoi precedenti poiché queste corti sono "inferiori" a essa, perché allora il presidente non dovrebbe ugualmente essere in grado di sostenere che *special prosecutors* e *independent counsels* non possano opporsi alle sue politiche dal momento che secondo l'art. 2 questi funzionari sono da considerarsi "inferiori"? (Ciò che vale per l'uno vale anche per l'altro.) Torneremo su questa specifica questione più avanti; per adesso accontentiamoci di constatare come gli strumenti dell'intratestualismo ci mettano in guardia da eventuali interpretazioni giudiziarie *pro domo sua*, di come la corte gonfia le clausole che la agevolano o che le conferiscono potere mentre smonta quelle che non la agevolano e che conferiscono poteri ad altri.

Infine, l'intratestualismo ha anche una certa innegabile attrazione estetica, dal momento che si richiama agli ideali di simmetria e armonia. Quando utilizzato bene, l'intratestualismo è elegante. L'uso dei legami linguistici per individuare trame tematiche è, ad esempio, una caratteristica diffusa dell'interpretazione esteticamente attraente dei grandi capolavori della letteratura. In ogni caso, la Costituzione non è e non dovrebbe diventare un semplice oggetto d'arte. Altrimenti l'attrazione estetica dell'intratestualismo potrebbe essere considerata a un tempo una debolezza e una forza. E ci sono ulteriori debolezze da prendere in considerazione.

27. *Lochner v. New York*, 198 us 45 (1905).

5. ALCUNE DEBOLEZZE DELL'INTRATESTUALISMO

Portato agli estremi, l'intratestualismo può condurre a letture che rischiano di essere eccessivamente intelligenti – vale a dire letture forzate, quasi cabalistiche, che evocano modelli non specificamente voluti e che a una profonda riflessione risultano prive di solide fondamenta, ma semplicemente “carine” (se il pro è l'opposto del contro, qual è l'opposto di pro-gresso?) o mistiche (se determinate clausole si rivelano essere anagrammi di altre clausole, è certo che da questa considerazione non emerge nulla di rilevante). Come è evidente quando consultiamo comuni dizionari, le medesime parole significano a volte cose notevolmente diverse in contesti diversi. Come è stato dimostrato in modo molto brillante da Langdell, l'intratestualismo può diventare un esercizio meccanico, che attutisce la capacità di un corretto giudizio, e condurre a esiti stravaganti. Dato che un attento uso dell'intratestualismo ci imporrà di considerare i limiti della tecnica, la tecnica non detterà tanto i risultati quanto suggerirà interpretazioni possibili. Anche quando lo strumento intratestuale può produrre principi e spunti interpretativi, abbiamo ancora bisogno di altri strumenti di interpretazione per stabilire la plausibilità di tutte le letture suggerite dall'intratestualismo.

Inoltre, a meno che non venga completato da altri strumenti di analisi, l'intratestualismo può risultare troppo autoreferenziale, se non autistico. Mette in luce i legami intratestuali del documento, ma non getta luce sui suoi possibili e illuminanti legami *intertestuali* con altri documenti, come la Carta dei diritti inglese, le Costituzioni statali, la Dichiarazione di indipendenza e gli articoli della confederazione. Si prenda in considerazione, ad esempio, il seguente passaggio del caso *McCulloch*:

Non vi è una frase [nella Costituzione] che, come gli articoli della confederazione, escluda poteri accessori o impliciti; e che richieda che ogni cosa conferita debba essere espressamente e minuziosamente descritta. Anche il decimo emendamento, che fu formulato con l'intento di calmare le eccessive gelosie che si stavano agitando, omette la parola “espressamente” e dichiara solo che i poteri «not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people»; così [permettendo implicitamente poteri federali impliciti]. Gli uomini che formularono e adottarono questo emendamento avevano già sperimentato l'imbarazzo dovuto all'inserimento di questa parola [“espressamente”] negli articoli della confederazione, e probabilmente evitarono di usarla per non incorrere in tali imbarazzi²⁸.

28. *McCulloch v. Maryland*, 17 us (4 Wheat) 316, 406 (1819).

Così come Marshall avrebbe sostenuto più avanti, nell'opinione che l'espressione "assolutamente necessario" significava qualcosa di diverso dalla semplice parola "necessario", così qui suggerisce che la frase "espressamente delegati" significa qualcosa di differente dalla parola semplice "delegati". Ma Marshall sta contestando la formulazione corrente della Costituzione non solamente alla luce di quello che avrebbe potuto dire (il testualismo standard legato alla clausola) o di quello che un'altra clausola della Costituzione afferma (il classico intratestualismo). Piuttosto, egli sta contestando il testo della Costituzione alla luce di quanto afferma il *documento che l'ha preceduto*. Il linguaggio dell'art. 2 degli articoli della confederazione («Each state retains its sovereignty, freedom, and independence, and every Power, Jurisdiction and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled») era evidentemente un modello per il linguaggio del decimo emendamento («The powers not delegated to the United States [...] are reserved to the States respectively»). La generale somiglianza della formulazione²⁹ rende ancora più rilevante l'evidente differenza *intertestuale*: la parola "espressamente" è chiaramente presente nel primo testo e chiaramente assente nel secondo testo.

Un'altra possibile debolezza dell'intratestualismo è che esso fonda il significato della Costituzione sulla grammatica e sulla sintassi del documento stesso. Ad esempio, l'intratestualismo come interpolazione presuppone che due clausole ordinarie ricevano lo stesso trattamento interpretativo in quanto formulate con la stessa grammatica e con la stessa sintassi di base. Ma anche se due clausole fossero state inizialmente destinate a funzionare insieme, se i problemi a esse sottesi hanno avuto sviluppi differenti qualcosa deve pur significare. Se adattiamo la dottrina di ciascuna clausola al fine di adeguarla ai nuovi problemi, allora l'iniziale legame fra le due dottrine deve pur significare qualcosa. Se manteniamo il legame dottrinale tra le due clausole, sostenendo che è la stessa zuppa, forse una delle zuppe avrà un sapore cattivo (perché è cambiato uno dei problemi che sottendevano le due clausole)³⁰.

Si noti, comunque, che molte di queste critiche all'intratestualismo come

29. Lascio da parte qui altre differenze importanti di parti omesse della frase.

30. Ad esempio, gli emendamenti quindicesimo e diciannovesimo sono *in pari materia*, con il primo che riguarda la razza e il secondo il genere. Ma la proporzione generale del voto maschile rispetto al voto femminile si avvicina di più al 50% della proporzione del voto dei bianchi rispetto al voto dei neri. E sebbene il genere sia convenzionalmente considerato binario (maschio/femmina), lo stesso non vale per la razza, dato che in America sono più di due le "razze" riconosciute. Inoltre, l'ipotesi del voto polarizzato sulla razza inizia a emergere molto più chiaramente rispetto all'ipotesi del voto polarizzato sul genere. In tale contesto, regole dottrinali per implementare il quindicesimo emendamento (in casi, ad esempio, di ripartizione) dovrebbero forse differenziarsi da quelle regole dottrinali che implementano il diciannovesimo emendamento, nonostante la somiglianza formale del loro testo.

strumento interpretativo potrebbero dimostrare troppo – esse possono essere rivolte infatti anche ad altre tecniche tradizionali di interpretazione costituzionale. Se l'intratestualismo sopravvaluta le strutture d'uso della parola, il testualismo tradizionale legato alla clausola soffre probabilmente dello stesso difetto. Se l'intratestualismo non limita solo l'interpretazione ma a volte la allenta anche aprendosi a possibilità interpretative, non è ugualmente vero per altri strumenti di interpretazione?³¹ Se modificate, le circostanze richiedono a volte di ignorare un legame intratestuale che non ha più senso, lo stesso può valere per il testualismo ordinario legato alla clausola. In conclusione, queste cautele ci ricordano che nessuno strumento di interpretazione è una pozione magica. Ma ciascuno strumento può essere una lente attraverso cui leggere, una lente imperfetta ma comunque sempre utile, le cui letture dovranno sempre essere controllate alla luce delle letture prodotte da altre lenti. E il decisivo banco di prova di ogni strumento dato è il suo effettivo funzionamento: nei casi reali e difficili lo strumento che abbiamo a disposizione ci aiuta a raggiungere risultati giudiziari soddisfacenti e sensati?³²

31. Sia Karl Llewellyn che Jack Balkin hanno osservato che canoni interpretativi spesso arrivano a contraddire coppie semiotiche. Vedi K. Llewellyn, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed*, in "Vanderbilt Law Review", 3, 1950, pp. 395 ss; J. M. Balkin, *A Night in the Topics: The Reason of Legal Rhetoric and the Rhetoric of Legal Reason*, in P. Brooks, P. Gewirtz (eds.), *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*, Yale University Press, New Haven 1996, pp. 211 ss., pp. 216-8. L'intratestualismo può anche essere visto sotto questa luce. Contrapposta alla nozione che le stesse parole dovrebbero significare le stesse cose (ad es. "dovrebbero essere investiti") è l'idea che a volte le stesse parole potrebbero voler dire cose diverse perché il contesto generale delle due clausole è diverso (ad es. parole mimetiche). Contrapposta alla nozione che parole diverse dovrebbero significare cose diverse (ad es. "necessario" rispetto a "strettamente necessario" e "tutti i casi" rispetto a "controverse" – quello che ho chiamato l'altra faccia dell'intratestualismo) è l'idea che a volte parole diverse dovrebbero significare la stessa cosa, o perché sono di fatto sinonimi (ad es. "necessario" e "indispensabile") o perché una frase è essenzialmente una chiosa esplicativa o chiarificatrice che semplicemente rende chiaro, ma non cambia, il significato (ad es. la chiosa sulla *equal protection* nel *due process*). Il fatto che una coppia di termini formalmente in contrasto esista non significa che tutto vada bene e che l'interpretazione sia in qualche modo un gioco delle tre carte. Delle ragioni devono essere fornite per scegliere l'una o l'altra. Se sosteniamo che "lo stesso" significa lo stesso, dobbiamo essere preparati a difendere le somiglianze fondamentali dei contesti; mentre se sosteniamo che una data parola è un sinonimo, dobbiamo identificare e difendere la differenza del contesto. Per fare un altro esempio, se sosteniamo che la clausola su tutte le leggi necessarie e adatte per l'esercizio dei poteri (art. 1, sezione 8, comma 18) o la clausola sulla *equal protection* sono essenzialmente "dichiarative" – ossia che aggiungono enfasi ma non nuove regole – allora dobbiamo essere pronti a difendere questa idea portando delle prove che vadano al di là della semplice etichetta.

32. Come le teorie testuali più in generale, la tesi intratestuale non è in sé e per sé uno strumento politicamente conservatore. Gli attuali campioni del testualismo (i giudici Scalia e Thomas, ad esempio) possono essere conservatori, ma nell'era della Corte Warren e di quella Burger i campioni più forti del testualismo (il giudice Black e il professor Ely, ad esempio) erano

Per rispondere a questa domanda, bisognerebbe affrontare le tre questioni più difficili del nostro tempo e vedere se l'intratestualismo può generare indizi e definizioni interpretative, e così dimostrare il proprio valore nella pratica.

dei noti liberal. Tutte le tecniche di interpretazione costituzionale possono essere usate allo stesso modo da conservatori e da liberal. Si noti anche che l'intratestualismo può essere usato nell'interpretazione delle leggi così come per il diritto costituzionale. Infatti, Eskridge e Frickey hanno identificato una massima standard di interpretazione delle leggi odierne: «Bisogna interpretare gli stessi termini o quelli simili presenti in una disposizione allo stesso modo» (W. N. Eskridge Jr., P. P. Frickey, *The Supreme Court, 1993 Term-Foreword: Law as Equilibrium*, in "Harvard Law Review", 108, 1994, pp. 26-108, cit. a p. 99). Non tenterò qui un'analisi dettagliata dell'intratestualismo delle norme di legge. Alcune delle tesi che ho avanzato – concentrandomi sulla Costituzione come documento compatto, precisamente delimitato e facilmente accessibile, scritto per l'uomo comune e progettato per resistere nei secoli – potrebbero non essere trasferite automaticamente alla realtà dell'interpretazione del diritto statutario. E nell'esaminare i casi canonici e i commentari, mi sono intenzionalmente concentrato su questioni di interpretazione costituzionale in quanto opposta all'interpretazione del diritto statutario.