

**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)**

SILVIO ROBERTO VINCETI
(Dottore di ricerca in Scienze giuridiche,
Università di Modena e Reggio Emilia)

Data di pubblicazione: 19 novembre 2021

Il presente articolo è stato sottoposto a procedura di doppio referaggio anonimo

SILVIO ROBERTO 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)**

Abstract (It.): *tra originalismo e federalismo esiste una relazione dal duplice verso: se l'originalismo conferisce una rinnovata oggettività all'interpretazione del riparto di competenze statunitense, la concreta prassi del federalismo americano fa emergere i limiti metodologici dell'approccio originalista. Il contributo ripercorre questa duplice relazione, mettendo inoltre in risalto l'interessante similitudine tra originalismo americano e «criterio storico-normativo» italiano.*

Abstract (En.): *there exists a two-way relation between originalism and federalism. While originalism brings renewed objectivity to the interpretation of the division of powers in the American Constitution, the practice of federalism reveals some limitations in the originalist approach. The article examines this two-way relation and eventually emphasizes the interesting similarity between originalism and the «historical-normative criterion» of constitutional interpretation in Italy.*

Parole chiave: federalismo, originalismo, riparto di competenze, interpretazione costituzionale, sottodeterminazione costituzionale.

Key words: federalism, originalism, division of powers, constitutional interpretation, constitutional underdetermination.

* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche, Università di Modena e Reggio Emilia.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. «Il grande dibattito»: originalismo e costituzionalismo vivente. – 3. Originalismo e federalismo. – 4. Il significato originale del riparto di competenze. – 4.1. Originalismo e clausola sul commercio. – 5. Il federalismo come “problema” per l’originalismo. – 5.1. Il problema metodologico: la «sottodeterminazione» delle fonti. – 5.2. Il problema applicativo: il “costo” dell’originalismo. – 6. Conclusione e prospettive. – 6.1 Federalismo, costituzionalismo e stato di diritto. – 6.2. Rilevanza per l’esperienza italiana. – 6.3. La necessità metodologica: originalismo e criterio «storico-normativo».

1. *Introduzione*

In alcuni ordinamenti il federalismo è un dato originario, che definisce le fattezze del sistema giuridico e, contemporaneamente, la cultura del popolo che lo abita: questo è, paradigmaticamente, il caso degli Stati Uniti d’America¹. In altre realtà, il federalismo appare come una terra più o meno promessa, verso la quale si naviga con titubanze, ripensamenti e ritorni al passato – seppur in modo apparentemente inesorabile²: il recente dibattito sul

¹ Cfr. M.S. PAULSEN, S.G. CALABRESI, M.W. MCCONNELL, S.L. BRAY, W. BAUDE, *The Constitution of the United States*, III ed., St. Paul 2017, 19.

² Sul cammino italiano verso il federalismo cfr., *ex multis*, A. D’ATENA, *L’Italia verso il “federalismo”: Taccuini di viaggio*, Milano 2001, 71-249; B. CARAVITA, *Italy: toward a federal state? A recent constitutional reform empowers the regions and moves Italy closer to a federal structure*, in *Federations*, 2002, 25-26; F. PALERMO, A. WILSON, *The multi-level dynamics of state decentralization in Italy*, in *Comparative European Politics*, 4-5/2014, 530 ss.; G. BALDINI, B. BALDI, *Decentralization in Italy and the Troubles of Federalization*, in *Regional & Federal Studies*, 1/2014, 87 ss. Sulla storia del riparto di competenze italiano v. S. MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in questa *Rivista*, 3/2020, 216-346 e ora in S. MANGIAMELI, A. FERRARA, F. TUZI (a cura di), *Il riparto delle*

regionalismo differenziato rappresenta, da questo punto di vista, un'ennesima conferma delle diverse sensibilità presenti in Italia sul tema in questione³. In altri sistemi, infine, 'federalismo' rimane un vocabolo sostanzialmente estraneo al lessico giuridico, per alcuni persino un «tabù»⁴: dall'estremo dell'Irlanda⁵ allo «Stato unitario centralizzato» «alla francese»⁶, non poche nazioni continuano a mantenersi fedeli a una vocazione

competenze nell'esperienza regionale italiana tra materie e politiche pubbliche, Milano 2020, 11-115.

³ Cfr. *ex multis*, M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *Federalismi.it*, 6/2019, www.federalismi.it, 1 ss., part. 39-40, ove si enfatizza il parallelismo tra differenziazione «come mezzo, non come fine» e principio di sussidiarietà; esprime cauto favore verso i profili di «rivitalizzazione del regionalismo italiano» insiti nella differenziazione E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, in *Consulta OnLine*, 1/2020, www.giurcost.org, 34 ss., part. 41; mette infine in luce la problematicità di possibili «richieste "totalitarie"» delle regioni stante l'ampiezza delle materie «devolvibili» A. D'ATENA, *A proposito della "clausola di asimmetria" (art. 116 u.c. Cost.)*, in *Riv. AIC*, 4/2020, www.rivistaaic.it, 313 ss., part. 330.

⁴ G. FERRAZZI, *Using the "F" Word: Federalism in Indonesia's Decentralization Discourse*, in *Publius*, 2/2000, 80.

⁵ Cfr. M. MACCARTHAIGH, *The Relevance of Irish Local Government*, in *Studies. An Irish Quarterly Review*, 389/2009, 43 ss.

⁶ Cfr. A. D'ATENA, *Diritto regionale*, IV ed., Torino 2019, 2-4. V. anche P. SALMON, *Decentralisation as an Incentive Scheme*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2/1987, 24-26, e più recentemente G.-F. DUMONT, *Devoluzione addio! Lo Stato Francese riaccentra*, in *Limes*, 3/2018, 217 ss.

marcatamente centralista, ovvero vi ritornano dopo aver sperimentato forme più decentrate di suddivisione ordinamentale⁷.

Ma di cosa dibattiamo quando parliamo di federalismo? Come tutti i grandi vocaboli del diritto sembra esistere una certa difficoltà nel fissare una nozione univoca del termine. Lungi dal ridursi a una mera paturnia dottrinale, la questione definitoria ha un diretto rilievo pratico: come dalla definizione di ‘democrazia’⁸, anche dalla qualificazione di uno stato come ‘federalista’ è possibile derivare una serie di conseguenze di primaria importanza. Si pensi, ad esempio, al caso in cui vi fosse definitivo consenso sulla maggiore

⁷ Cfr. G. FERRAZZI, *op. cit.*, 67. Oltre all’Indonesia, percorsi di ri-centralizzazione da forme di più o meno intenso federalismo sono osservabili, fra l’altro, in Cina (cfr. G. KOSTKA, J. NAHM, *Central-Local Relations: Recentralization and Environmental Governance in China*, in *The China Quarterly*, 2017, 567 ss.), Russia (A. KONITZER, S.K. WEGREN, *Federalism and Political Recentralization in the Russian Federation: United Russia As the Party of Power*, in *Publius*, 4/2006, 503 ss.), Spagna (R. MAIZ, F. CAAMAÑO, M. AZPITARTE, *The Hidden Counterpoint of Spanish Federalism: Recentralization and Resymmetrization in Spain (1978-2008)*, in *Regional & Federal Studies*, 1/2010, 63 ss.; J. RIUS-ULLDEMOLINS, M.M. ZAMORANO, *Federalism, Cultural Policies, and Identity Pluralism: Cooperation and Conflict in the Spanish Quasi-Federal System*, in *Publius*, 2/2015, 167 ss.; A. COLE, J.-B. HARGUINDÉGUY, R. PASQUIER, *Spanish Territorial Governance and the Challenge of Economic Crisis: Towards Recentralization?*, in *Critique internationale*, 2/2015, 103 ss.) e in svariati paesi dell’America latina (K. EATON., J.T. DICKOVICK, *The Politics of Recentralization in Argentina and Brazil*, in *Latin American Research Review*, 1/2004, 90 ss.; K. EATON, *The Centralism of ‘Twenty-First-Century Socialism’: Recentralising Politics in Venezuela, Ecuador and Bolivia*, in *Journal of Latin American Studies*, 3/2013, 421 ss.).

⁸ Cfr. G.A. O’DONNELL, *Democracy, Law, and Comparative Politics*, in *Studies in Comparative International Development*, 1/2001, 8.

«prestanza economica» degli Stati federali⁹, ovvero al caso in cui il federalismo si dimostrasse una modalità di gestione del potere «eticamente superiore»¹⁰, perché ad esempio diminuisce il rischio di affermazione di regimi dittatoriali¹¹ o meglio risponde all'aspirazione di ogni singolo individuo verso l'autodeterminazione¹². A tutti questi discorsi è evidentemente premessa la necessità di specificare cosa si intenda per 'federalismo'.

Nonostante il perdurante dibattito, la letteratura scientifica sembra aver individuato alcuni punti fermi. All'interno degli «ordini politici federali» – intesi come «il *genus* di organizzazione politica caratterizzato dalla combinazione di un governo comune [*shared rule*] e di autogoverno [*self-rule*]]¹³ – la federazione¹⁴ sarebbe quella *species* caratterizzata da una «suddivisione

⁹ Due classici argomenti in questo senso, ad es., in W.E. OATES, *An Essay on Fiscal Federalism*, in *Journal of Economic Literature*, 3/1999, 1121-1122 (il federalismo come forma di miglior coordinamento domanda-offerta di servizi pubblici), e P. SALMON, *op. cit.*, 27 (federalismo come competizione tra entità subcentrali).

¹⁰ Per un'introduzione al tema K.L. SCHEPPELE, *The Ethics of Federalism*, in H.N. SCHEIBER, M.M. FEELEY (a cura di), *Power Divided. Essays on the Theory and Practice of Federalism*, Berkeley 1989, 51-59, 148-149.

¹¹ Cfr. D.J. ELAZAR, *Exploring Federalism*, Tuscalosa 1987, 29. V. anche E. CHEMERINSKY, *The Assumptions of Federalism*, in *Stanford Law Review*, 6/2006, 1787-1789, ove si criticano le assunzioni della *Rehnquist Court* seppur conservando l'idea del federalismo come strumento di tutela della libertà individuale.

¹² Cfr. L. GRAGLIA, *In Defense of "Federalism"*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1/1982, 23-24.

¹³ R.L. WATTS, *Federalism, Federal Political Systems, And Federations*, in *Annual Review of Political Science*, 1998, 120.

¹⁴ Nel presente articolo 'federalismo' e 'federazione' sono usati come sinonimi, conformemente, ad es., ad D.J. ELAZAR, *op. cit.* Per altri autori, tuttavia, «"federalismo" è un

territoriale di potere tra unità costituenti [...] e un governo comune [...] tipicamente fissata in una costituzione che né la singola unità-membro né il governo comune possono modificare unilateralmente»¹⁵. Perché vi sia federalismo, in altre parole, condizioni necessarie sarebbero la presenza di uno «stato centrale», l'attribuzione di poteri normativi a realtà politiche decentrate e l'immodificabilità di tale riparto di poteri (*rectius*: competenze¹⁶) in assenza del consenso del governo centrale e di (almeno) una maggioranza delle unità territoriali¹⁷.

Quelle appena descritte sarebbero in ogni caso condizioni necessarie ma non sufficienti a distinguere il federalismo dal regionalismo, che per molti autori diviene sempre più una differenza di grado più che qualitativa¹⁸: fattori dirimenti per distinguere i due modelli sono allora la tecnica di ripartizione

concetto normativo e filosofico, che inerisce alla difesa dei principi federali, mentre “federazione” è un termine descrittivo che fa riferimento ad un particolare tipo di relazione istituzionale»: R.L. WATTS, *op. cit.*, 119.

¹⁵ A. FOLLESDAL, *Federalism*, in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018.

¹⁶ Letteralmente, il vocabolo impiegato dalla Costituzione americana è ‘power’ (*potere*), ma sembra giuridicamente preferibile la traduzione nell’italiano ‘competenza’: a questa traduzione ci si atterrà nel presente scritto, salvo ove diversamente specificato.

¹⁷ In quest’ottica, per esempio, l’Italia non potrà dirsi compiutamente ‘federalista’ fino a che non vi sarà partecipazione diretta delle Regioni al procedimento di revisione costituzionale. V., *ex multis*, G. BALDINI, B. BALDI, *op. cit.*, 87 ss., nota 4, e A. D’ATENA, *L’Italia*, cit., 13-14 (distinguendo tra l’approvazione da parte di una maggioranza degli enti federati – il caso americano – o da parte della camera rappresentativa regionale – il caso tedesco).

¹⁸ Seppur non ritenendosi giustificata «la rinuncia ad ogni tentativo di classificazione»: cfr. D’ATENA, *Diritto regionale*, cit., 13.

delle competenze¹⁹, la sua rappresentanza in una delle due camere delle istituzioni parlamentari nazionali e la c.d. competenza costituzionale²⁰, a cui si affiancano elementi di carattere maggiormente storico-politico in merito alle ragioni dei processi di federalizzazione o regionalizzazione²¹.

Tuttavia, anche una volta individuati ragionevoli criteri con cui catalogare i diversi Stati in federalisti e non-federalisti, al giurista rimane un importante lavoro di aggiornamento da compiere. Al di là del dato tutto sommato innocuo per cui le costituzioni di due Stati federali possono presentare, fin da principio, gradi notevolmente diversi di suddivisione delle funzioni di governo²², esiste una ragione ben più forte per cui, anche una volta affibbiata con sicurezza la dicitura di ‘Stato federale’ a una qualche realtà politica, non possiamo dirci sicuri che, ritornando a osservarla a distanza di tempo, la struttura federale ci apparirà immodificata, seppur a costituzione invariata.

Anche qui gli Stati Uniti rappresentano l’esempio paradigmatico. Come nota Lino Graglia, «“federalismo” finisce per significare [oggi] qualcosa di molto diverso – quasi l’opposto – di quanto significava durante il periodo di fondazione della nazione. [...] Quando la Costituzione fu adottata, gli stati erano entità politiche molto forti e autonome, mentre il governo nazionale

¹⁹ L’enumerazione delle competenze della federazione nello stato federale è contrapposta alla tendenziale enumerazione delle materie regionali nei sistemi regionali: cfr. *ivi*, 14.

²⁰ «Nella generalità degli ordinamenti federali, le entità federate sono titolari del potere di darsi proprie Costituzioni. Le quali sono cosa completamente diversa dagli statuti di autonomia presenti negli ordinamenti regionali»: *ivi*, 20.

²¹ Cfr. G. ROLLA, *Federalismo e regionalismo in tempi di transizione*, in *Federalismi.it*, 2/2018, www.federalismi.it, 2-6, ove si giustappone il verso originariamente centripeto del federalismo con quello centrifugo del regionalismo e si sottolineano le differenze diacroniche e di relazione con precedenti forme di stato tra regionalismo e federalismo.

²² Cfr. A. LIJPHART, *Patterns Of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (1999), New Haven and London 2012, 177-178.

era relativamente debole. Essendo il federalismo una tecnica o un tentativo di condividere potere politico tra enti sovrani, invocare il federalismo in quel contesto significava invocare un potere nazionale più ampio. Oggi la situazione è invertita, con il governo nazionale che ha ottenuto una supremazia [*sovereignty*] virtualmente completa, e invocare il federalismo significa invocare un più ampio potere locale»²³.

La dimensione problematica – e giuridicamente interessante – in un simile mutamento semantico del termine ‘federalismo’ deriva dalla circostanza che l’inversione nei rapporti di forza in questione, tra governo centrale ed enti territoriali, non è avvenuta – precipuamente²⁴ – in forza di emendamenti della Costituzione americana quanto poiché l’azione ermeneutica della giurisprudenza costituzionale ha inciso – a Costituzione invariata – sul significato del riparto di competenze, determinando una variazione notevole nella “caratura federale” dell’ordinamento. In altre parole, se l’etichetta che descrive la composizione del federalismo americano è rimasta la stessa – *in primis*, l’articolo I, sez. 8 della Costituzione – la realtà a cui rimanda è drasticamente mutata²⁵: «nel momento in cui i “valori del federalismo” sono cambiati negli

²³ L. GRAGLIA, *op. et loc. cit.* Simile constatazione in A. SCALIA, *The Two Faces of Federalism*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1/1982, 19.

²⁴ Nonostante la controversa ermeneutica della *Warren Court* sul Quattordicesimo emendamento, l’evoluzione costituzionale del federalismo americano rimane un fenomeno sostanzialmente ascrivibile alla re-interpretazione dell’art. I, sez. 8 da parte della Corte Suprema – e in massima parte alla sua giurisprudenza sulla *Commerce Clause*. Cfr. J.F. ZIMMERMAN, *Contemporary American Federalism: The Growth of National Power*, II ed., Albany 2008, 39-41, 49-52, 83-105.

²⁵ Che questo sia avvenuto è giudizio sostanzialmente condiviso in dottrina: «molte delle disposizioni costituzionali che erano state disegnate dagli originatori del nostro federalismo per assicurare il suo successo operativo sono state modificate o abbandonate o

anni, il concetto stesso di “federalismo” ha fatto lo stesso²⁶. È la nota differenza tra «diritto sui testi» (*law on the books*) e «diritto in azione» (*law in action*)²⁷, che chiama il giurista a un’opera di spiegazione e razionalizzazione del divario tra testo e realtà²⁸.

Da questo punto di vista, l’evoluzione del riparto di competenze in America rappresenta un caso ideale per osservare i problemi che avvolgono i concetti e la teoria dell’interpretazione costituzionale. Il federalismo americano sembra infatti rientrare in quella categoria di «concetti essenzialmente contestati»²⁹ che largo spazio si è fatta nella dottrina costituzionale

ridotte ad affermazioni di facciata»: M. SHAPIRO, *American Federalism*, in R.K.L. COLLINS (a cura di), *Constitutional Government in America: Essays and Proceedings from Southwestern University Law Review’s First West Coast Conference on Constitutional Law*, Durham 1980, 362.

²⁶ E.A. PURCELL JR., *Originalism, Federalism, and the American Constitutional Enterprise: A Historical Inquiry*, New Haven 2007, 177.

²⁷ Cfr. R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, 1/1910, 12 ss. (part. 15 per un esempio in riferimento alla presunzione di costituzionalità delle leggi).

²⁸ Sull’importanza del «diritto in azione» per la recente giuspubblicistica italiana v. L. CASINI, S. CASSESE, G. NAPOLITANO, *The New Italian Public Law Scholarship*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2/2011, <https://academic.oup.com/icon>, 301 ss.

²⁹ Cfr. W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1955-1956, 167 ss.

anglosassone³⁰ per poi essere adottata anche dalla giuspubblicistica italiana³¹. Tutti concordano, infatti, sulla centralità del federalismo nell'ordine costituzionale statunitense: dalla *progressive jurisprudence* dei Chemerinsky³²,

³⁰ V. ad es. J. WALDRON, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?*, in R. BELLAMY (a cura di), *The Rule of Law and the Separation of Powers*, New York 2016, 117 ss.; M. STOKES, *Contested Concepts, General Terms and Constitutional Evolution*, in *Sydney Law Review*, 4/2007, 683 ss. Il modello rimane sempre R. DWORKIN, *Law's Empire* (1986), Oxford 1998, 70-76.

³¹ V. ad es. l'applicazione a importanti categorie del diritto costituzionale in A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, www.giurcost.org, 13 ('diritto fondamentale'), e G. REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 266-272 ('dignità umana').

³² Cfr. E. CHERMERINSKY, *Federalism not as Limits, but as Empowerment*, in *University of Kansas Law Review*, 4/1997, 1219 ss., ove si sostiene una concezione del federalismo come conferimento di poteri agli Stati, piuttosto che come limite al potere federale.

Barber³³ e Purcell³⁴ al rigido originalismo dei Graglia³⁵, Bork³⁶ o Scalia³⁷, nessuno studioso ha mai messo seriamente in dubbio che il *concetto* di federalismo sia un pilastro del sistema costituzionale americano, a fianco della separazione dei poteri, della sovranità popolare e della tutela dei diritti enumerati nel *Bill of Rights*³⁸. Alla concordia sulle premesse non segue, tuttavia, quella sulle conseguenze, con i diversi studiosi e – soprattutto – le diverse formazioni storiche della Corte Suprema che finiscono per sostenere *concezioni* di federalismo significativamente diverse³⁹.

³³ Cfr. S.A. BARBER, *Defending Dual Federalism: A Self-Defeating Act*, in J.E. FLEMING, J.T. LEVY (a cura di), *NOMOS: American Society for Political and Legal Philosophy*, vol. LV, New York 2014, 3 ss., ove si critica il federalismo duale in favore di un federalismo «marshalliano».

³⁴ Cfr. E.A. PURCELL JR., *op. cit.*, 6.

³⁵ Cfr. L.A. GRAGLIA, *Judicial Review, Democracy, and Federalism*, in *Detroit College of Law Review*, 4/1991, 1349 («La Costituzione ha fornito la base per quella che può essere detta la nazione più libera e prospera della storia. I due fondamentali principi della Costituzione che hanno reso possibile questo successo sono la democrazia o autogoverno rappresentativo e il federalismo, un potere di governo decentralizzato con un alto livello di autonomia locale»).

³⁶ Cfr. R.H. BORK, *The Tempting of America*, New York 1990, 51-53.

³⁷ V. ad es., *Printz v. United States*, 521 U.S. 898, 903-35 (1997) (Scalia, J.), ove fu dichiarata l'incostituzionalità di una legge federale che imponeva obblighi di controllo alle forze dell'ordine statali attraverso un'argomentazione originalista basta sui dibattiti costituenti, la struttura della Costituzione e – abbastanza controversamente, va detto – la giurisprudenza della Corte.

³⁸ M.S. PAULSEN, S.G. CALABRESI, M.W. MCCONNELL, S.L. BRAY, W. BAUDE, *op. et loc. cit.*

³⁹ Sulla distinzione concetti-concezioni v. sempre R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., 71-72.

Tale circostanza introduce così al secondo “polo” nel titolo del presente scritto: ‘originalismo’. Con tale lemma ci si riferisce a quella teoria di *interpretazione* e di *applicazione* della Costituzione⁴⁰ che – benché riconosciuta come modalità standard di approccio al testo costituzionale negli Stati Uniti per oltre un secolo e mezzo di storia⁴¹ – è stata esplicitamente concettualizzata negli anni Settanta da Robert Bork⁴² e Raoul Berger⁴³. Successivamente difesa da Antonin Scalia⁴⁴ e Edwin Meese⁴⁵ negli anni Ottanta, la teoria originalista è infine dilagata a livello accademico negli anni Novanta e Duemila

⁴⁰ Sulla differenza v. *amplius infra* § 2.

⁴¹ V. in part. M.J. HORWITZ, *The Constitution of Change Legal Fundamentalism without Fundamentalism*, in *Harvard Law Review*, 1/1993, 44, 56, ove si individua nella *Warren Court* il momento di autentica rottura della tradizione originalista, che era invece stata riaffermata dalla *New Deal Court*; H. GILLMAN, *The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the “Living Constitution” in the Course of American State-Building*, in *Studies in American Political Development*, 2/1997, 192-193, ove si sostiene, diversamente da Horwitz, che l’abbandono dell’originalismo sarebbe avvenuto con la *New Deal Court*.

⁴² Cfr. R.H. BORK, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in *Indiana Law Journal*, 1/1971, 1 ss.

⁴³ Cfr. R. BERGER, *Government By Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment* (1977), II ed., Indianapolis 1997.

⁴⁴ Cfr. A. SCALIA, *Address Before the Attorney General’s Conference on Economic Liberties (June 14, 1986)*, in AA.VV., *Original Meaning Jurisprudence. A Sourcebook*, Washington (DC) 1987, 101 ss.

⁴⁵ Cfr. E. MEESE III, *Construing the Constitution*, in *U.C. Davis Law Review*, 1/1985, 22 ss.; ID., *The Supreme Court of the United States. Bulwark of a Limited Constitution*, in *South Texas Law Review*, 3/1986, 455 ss.; ID., *Toward a Jurisprudence of Original Intent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1/1988, 5 ss.

grazie ai seguaci di questi giuristi⁴⁶ e all'adozione da parte di alcuni storici "avversari"⁴⁷. Si è giunti così alla situazione attuale, in cui i sostenitori parlano dell'originalismo come del «prevalente approccio all'interpretazione costituzionale»⁴⁸ e i critici, pur giudicandolo la «regnante patologia del diritto costituzionale americano»⁴⁹, a malincuore si rassegnano a constatare come «[l']originalismo [sia] ora la dominante, quasi totalmente incontestata pietra di paragone del dibattito e dell'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti»⁵⁰.

Studiare il federalismo americano alla luce dell'originalismo è allora un'opera proficua per due ordini di ragioni, mutualmente rafforzantesi. L'originalismo si regge su di una «promessa di neutralità»⁵¹, aspirando a produrre un'interpretazione oggettiva del testo costituzionale – *id est*, un'interpretazione indipendente dalle inclinazioni ideologiche dei giudici della Corte

⁴⁶ Sul legame tra il *Department of Justice* di Meese e i successivi studiosi originalisti cfr. P. BAUMGARDNER, *Originalism and the Academy in Exile*, in *Law and History Review*, 2019, 787 ss., e M.B. RAPPAPORT, *Crosskey, Modern Originalism, and the Meese Justice Department*, in *The Originalism Blog*, 18 luglio 2011.

⁴⁷ Le più famose "conversioni" liberal all'originalismo sono quelle di Randy Barnett e Jack Balkin. Cfr R.E. BARNETT, *An Originalism for Nonoriginalists*, in *Loyola Law Review*, 1999, 611 ss. J. BALKIN, *Abortion and Original Meaning*, in *Constitutional Commentary*, 2007, 291 ss. Sull'adesione di Balkin all'originalismo v. proprio R.E. BARNETT, *Jack Balkin's Interaction Theory of Commerce*, in *University of Illinois Law Review*, 2012, 625.

⁴⁸ ID., *An Originalism*, cit., 613.

⁴⁹ B. LEITER, *Originalism Redux*, in *Leiter Reports. A Philosophy Blog*, 29 giugno 2005.

⁵⁰ IDEM, *Can Bush Be (Constitutionally) Impeached?*, in *Leiter Reports. A Philosophy Blog*, 20 giugno 2005.

⁵¹ Su cui v. T.B. COLBY, *The Sacrifice of the New Originalism*, in *Georgetown Law Journal*, 2011, 713-716.

Suprema⁵². Se la “vocazione oggettivista” e “neutralista” dell’originalismo fosse in concreto realizzabile, alla sola adozione di tale metodologia quello di federalismo cesserebbe di essere un «concetto essenzialmente contestato» quantomeno in riferimento a un preciso testo normativo (la Costituzione americana).

Questa concordia sul significato delle clausole del riparto di competenze non sostanzierebbe, beninteso, un successo meramente astratto, ma permetterebbe di conseguire una serie di risultati pratici non indifferenti. In primo luogo, i consociati potrebbero orientare il proprio comportamento alla luce di una regola chiara e non modificabile dal giudice secondo la propria visione politica o puntuali convenienze. A livello ancor più generale, come si dirà in sede di conclusione, un simile successo consentirebbe di dare compimento a un’altra e ancor più profonda aspirazione del diritto americano, e verosimilmente di ogni realtà politica che aspiri tanto alla qualifica di ‘stato di

⁵² *Ivi*, 716-718.

diritto⁵³ quanto a porsi nell'alveo del «costituzionalismo»⁵⁴: essere un «governo di leggi e non di uomini»⁵⁵.

Se l'originalismo ha dunque delle evidenti implicazioni per la “questione federalista”, dall'altra parte è il federalismo che porta a ripensare l'originalismo e, più in generale, la possibilità di un'interpretazione costituzionale oggettiva. Il federalismo, infatti, interagisce *metodologicamente* con l'originalismo nella misura in cui svariati autori avrebbero dimostrato l'illusorietà delle aspirazioni oggettiviste originaliste proprio a partire da un'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di riparto di competenze. Il fenomeno

⁵³ Sulla cui definizione v. ad es. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 1980, 270-271 («[u]n sistema giuridico esemplifica lo stato di diritto nella misura in cui (i) le sue regole riguardano il futuro [*perspective*], non sono retroattive, e (ii) non è impossibile aderirvi per qualsiasi altra ragione; (iii) le sue regole sono promulgate, (iv) chiare e (v) coerenti tra di loro; (vi) le sue regole sono sufficientemente stabili da permettere alle persone di essere orientate dalla conoscenza del contenuto di quelle regole; (vii) l'adozione di decreti e ordini applicabili a situazioni relativamente limitate è orientata da regole che sono promulgate, chiare, stabili e relativamente generali; e (viii) le persone che hanno autorità per adottare, amministrare e applicare le regole in una capacità ufficiale (a) rispondono della loro adesione alle regole applicabili alla loro prestazione e (b) amministrano il diritto in modo coerente e in accordo con il suo tenore»).

⁵⁴ «I due fondamentali, correlati elementi del costituzionalismo [...] sono i limiti giuridici al potere arbitrario e una completa responsabilità del governo verso i governati». C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1940), ed. riv., Ithaca (NY) 1947, 146.

⁵⁵ J. ADAMS, *Novanglus Papers*, no. 7, in C.F. ADAM (a cura di), *The Works of John Adams*, vol. IV, Boston 1851, 106. La formula era presente all'articolo XXX della Costituzione del Massachusetts del 1780, di cui John Adams non a caso sarà il principale autore: cfr. M.H. MARSHALL, *John Adams: Lawyer, Absentee Chief Justice, and Author of the Massachusetts Constitution*, in *Massachusetts Legal History: A Journal of the Supreme Judicial Court Historical Society*, vol. 10, 2004, 27 ss. part. 43-44.

della «sottodeterminazione» delle fonti originaliste renderebbe infatti impossibile isolare un significato “originale” della Costituzione americana⁵⁶. Il tentativo di individuare un «“bilanciamento” vero e proprio del federalismo americano» emergerebbe allora come la ricerca di un «risultato immaginario», un inesistente «Sacro Graal»⁵⁷: insomma, l’ennesimo «nobile sogno» della *jurisprudence* americana⁵⁸.

In questa ipotesi, evidentemente, la proposta originalista andrebbe assolutamente rigettata. Se una metodologia interpretativa si pone come obiettivo di trovare un significato oggettivo alle disposizioni costituzionali (l’«originalismo interpretativo»⁵⁹), perché i giudici possano poi conformarvisi in sede di applicazione giuridica (l’«originalismo normativo»⁶⁰), l’impossibilità di produrre un significato oggettivo si dovrebbe logicamente tradurre in una reiezione *tout court* dell’approccio. A fianco del problema interpretativo,

⁵⁶ V. *infra* § 5.1.

⁵⁷ E.A. PURCELL JR., *Originalism*, cit., 183, nota 126.

⁵⁸ H.L.A. HART, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, in *Georgia Law Review*, 5/1977, 970. Non si può peraltro sottacere il *non detto* sotteso al ragionamento sull’interpretazione del riparto di competenze: se proprio le più “miti” delle disposizioni costituzionali – quelle “organizzative”, che ripartiscono il potere all’interno delle articolazioni dell’entità-stato – falliscono nell’impresa di produrre un quadro costituzionale sostanzialmente oggettivo e incontrovertito, con quale coraggio si può chiedere maggiore certezza e fedeltà al dato giuridico in relazione ai famigerati “principi del diritto”, norme che anche solo linguisticamente sembrano lambire indefinibili valori di “giustizia”? Per una convincente introduzione al tema dei “principi”, al fraintendimento dworkiniano e alla risposta di Hart v. B. LEITER, *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*, in *American Journal of Jurisprudence*, 1/2003, part. 19-30.

⁵⁹ V. *infra* § 2.

⁶⁰ *Ibidem*.

sussiste poi un problema pratico-applicativo. Anche a concedere che l'originalismo riesca a isolare un significato storicamente "vero" delle clausole del riparto di competenze, a quali conseguenze condurrebbe il costringimento *pro futuro* della giurisprudenza costituzionale entro le strette maglie del significato originale della Costituzione da una parte, e l'espunzione dei precedenti non originalisti dall'altra? Come vedremo, nel "costo" dell'"ortopedia giuridica" che l'originalismo imporrebbe alla giurisprudenza costituzionale i critici della teoria trovano un valido motivo per rifiutarne l'adozione.

2. «Il grande dibattito»: originalismo e costituzionalismo vivente

Come fatto per 'federalismo' in sede di introduzione, può essere utile ora qualche cenno al concetto di 'originalismo'. Con il passare del tempo e l'aumentare degli aderenti, infatti, il termine è andato incontro a un processo di, per così dire, «liquefazione concettuale»⁶¹, riconosciuto sia dai critici⁶² che dai sostenitori della teoria⁶³. Al netto di alcune peculiarità nei diversi approcci, si potrebbe dire che con 'originalismo' si intendono oggi nella dottrina costituzionale nordamericana almeno due cose diverse, seppur connesse tra di loro⁶⁴. In primo luogo, 'originalismo' identifica un approccio

⁶¹ L'espressione è di D.E. VIGANÒ, *I sentieri della comunicazione. Storie e teorie*, Soveria Mannelli 2003, 25, cit. in G. GIORGIO (a cura di), *La via del comprendere. Il modello del processo di diritto*, Torino 2015, 171.

⁶² V., ad es., J.E. FLEMING, *Are We All Originalist Now? I Hope Not!*, in *Texas Law Review*, 7/2013, 1785.

⁶³ V., ad es., G.S. LAWSON, *Reflections Of An Empirical Reader (Or: Could Fleming Be Right This Time?)*, in *Boston University Law Review*, 4/2016, 1458.

⁶⁴ Sulla differenza cfr. L.B. SOLUM, *We Are All Originalists Now*, in R.W. BENNETT, L.B. SOLUM, *Constitutional Originalism: A Debate*, Ithaca-London 2011, 11-12.

all'*interpretazione costituzionale* secondo cui il significato delle Costituzione è la funzione $f(x)$ di un particolare elemento storico (x) fissato al momento dell'adozione del testo costituzionale. Non rileva qui più di tanto *quale* elemento storico x – l'intento originale del costituente⁶⁵, il significato pubblico originale⁶⁶, i metodi originali di interpretazione⁶⁷, o il diritto originale⁶⁸ – né

⁶⁵ V. R.S. KAY, *Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses*, in *Northwestern University Law Review*, 2/1988, 226 ss.; ID., *Original Intention and Public Meaning in Constitutional Interpretation*, in *Northwestern University Law Review*, 2/2009, 703 ss.; L. ALEXANDER, S. PRAKASH, "Is That English You're Speaking?": *Why Intention Free Interpretation is an Impossibility*, in *San Diego Law Review*, 3/2004, 967 ss. Comunque la si declini, l'idea che «l'intento del legislatore è il diritto» è l'assunto storico fondamentale di tutto l'originalismo: cfr. J. O'NEILL, *Originalism in American Land Politics. A Constitutional History*, Baltimore-London 2005, IX.

⁶⁶ V. R.E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution*, Princeton-Oxford 2004, 100-113; G.S. LAWSON, G. SEIDMAN, *Originalism as a Legal Enterprise*, in *Constitutional Commentary*, 1/2006, 47-48, 64-65; L.B. SOLUM, *Semantic Originalism*, in SSRN, 22 novembre 2008.

⁶⁷ Cfr. J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Original Methods Originalism: New Theory of Interpretation and The Case Against Construction*, in *Northwestern University Law Review*, 2/2009, 751 ss., part. 765-772, ove si sostiene – in contrasto con le storiche "fazioni" dell'intento originale e del significato pubblico originale – che il corretto intendimento della Costituzione sia individuabile attraverso il complesso dei metodi interpretativi cui aderivano i soggetti che la adottarono e ratificarono.

⁶⁸ Cfr. S.E. SACHS, *Originalism as a Theory of Legal Change*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 3/2015, 817 ss., part. 874-887, e W. BAUDE, *Is Originalism Our Law?*, in *Columbia Law Review*, 8/2015, 2349 ss. L'approccio sostiene che il significato costituzionale è determinato dal complesso del diritto vigente al tempo dell'adozione della Costituzione – appunto, il «diritto originale» (S.E. SACHS, *op. cit.*, 858). L'approccio è nei fatti assimilabile

le conseguenti sub-categorizzazioni di tale elemento – contano le intenzioni o il significato che il testo aveva per i delegati a Philadelphia, per i membri dei collegi che hanno ratificato la Costituzione, ovvero per un normale parlante della comunità americana del tempo? Quanto accomuna *tutti* gli originalismi è la «teoria della fissazione» (*Fixation theory*)⁶⁹: il significato delle disposizioni costituzionali è un (*x*) fissato – si potrebbe dire: “pietrificato”⁷⁰ – nel

all’originalismo basato sui «metodi interpretativi originali» di McGinnis e Rappaport: l’unica differenza è che, laddove i metodi interpretativi originali presentino un certo livello di indeterminatezza – ad es., perché il modo in cui il popolo avrebbe potuto interpretare il testo costituzionale divergeva dal modo in cui giuristi, in possesso di uno speciale sapere tecnico, lo interpretavano (*ivi*, 883) – la soluzione del conflitto dipende dalla risoluzione della seguente domanda: «[l]a migliore teoria positiva identifica il diritto attraverso le convenzioni del popolo ordinario o attraverso le pratiche degli avvocati, dei giudici e dei funzionari?» (*ibidem*).

⁶⁹ Cfr. *ex multis* L.B. SOLUM, *Originalist Methodology*, in *University of Chicago Law Review*, 1/2017, 269-270; D.A.J. TELMAN, *Originalism: A Thing Worth Doing*, in *Ohio Northern University Law Review*, 2/2016, 531.

⁷⁰ La metafora non è casuale, ma deriva dalla «teoria della pietrificazione» (*Versteinerungstheorie*) austriaca, sviluppata in riferimento al riparto di competenze costituzionale e per plurimi aspetti assolutamente sovrapponibile alla teoria originalista. Non ci si può qui dilungare sul punto, invero interessantissimo. Sulla rilevanza della teoria per l’interpretazione del riparto di competenze italiano v. A. D’ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1/2003, 20, nota 21, ove si associano *Versteinerungstheorie* e «criterio storico-normativo». Nella dottrina austriaca v. i contributi di Ewald Wiederin: E. WIEDERIN, *Anmerkungen zur Versteinerungstheorie*, in H. HALLER, C. KOPETZKI, R. NOVAK, S.L. PAULSON, B. RASCHAUER, G. RESS, E. WIEDERIN (a cura di), *Staat und Recht: Festschrift für Gunther Winkler*, Wien-New York 1997, 1231 ss.; E. WIEDERIN, *Denken vom Recht her: Über den modus austriacus in der Staatsrechtslehre*, in H.

momento storico dell'adozione dell'atto. Questa è la tesi "epistemologica" dell'originalismo o, se si vuole, è l'originalismo come "teoria interpretativa", che nella dottrina è talvolta descritto come «originalismo semantico»⁷¹ e cui qui si rifarà riferimento con la locuzione 'originalismo interpretativo'.

Da questo punto di vista, l'originalismo si contrappone "classicamente" – il «grande dibattito»⁷², appunto – alla teoria della "costituzione vivente" (*living Constitution*)⁷³, spesso nota anche con il nome di "costituzionalismo vivente" (*living constitutionalism*)⁷⁴. Diversamente dall'originalismo, per il costituzionalismo vivente il significato del testo costituzionale è una funzione che ha in un elemento di contemporaneità rispetto all'interprete – ad es., le sue concezioni dei valori costituzionali, il suo senso di giustizia, il suo apprezzamento ideologico di nuove situazioni, etc. – una variabile del processo di

SCHULZE-FIELTIZ (a cura di), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, App. VII, Berlin 2007, 293 ss., part. 310-312; E. WIEDERIN, *Verfassungsinterpretation in Österreich*, in G. LIENBACHER (a cura di), *Verfassungsinterpretation in Europa: Heinz Schäffer Gedächtnissymposium*, Wien 2011, 81 ss., part. 86.

⁷¹ L.B. SOLUM, *We are All*, cit., 11-12.

⁷² ID., *Originalism versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate*, in *Northwestern University Law Review*, 6/2019, 1244.

⁷³ Primo riferimento a una «costituzione vivente» sembra ritrovarsi in un discorso di Hugh Legaré alla Camera dei rappresentanti nel 1837, in cui egli avrebbe detto: «esattamente il primo pellegrino che ha posto il suo piede sulla roccia di Plymouth avanzò una COSTITUZIONE VIVENTE! armato di tutto punto per difendere e perpetuare la libertà a cui ha consacrato tutto il proprio essere»: *ivi*, 1255. Cfr. anche *ivi*, 1255-1257 (discutendo l'affermarsi della teoria).

⁷⁴ La seconda nozione è oggi preferita: v. ad es. W. WALUCHOW, *Constitutionalism*, in E.N. ZALTA (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, § 9.

*significazione*⁷⁵. Se per l'originalista il significato delle disposizioni costituzionali è fissato al momento storico dell'adozione dell'atto, per il costituzionalista vivente il significato è parzialmente arricchito dall'interprete nel momento di concreta applicazione giuridica.

La *jurisprudence* del costituzionalismo vivente è in qualche modo sintetizzata dalla celebre interpretazione di Earl Warren del «divieto di punizioni crudeli e inusuali» contenuto dell'Ottavo emendamento. Secondo il celebre *Chief Justice*, la disposizione non deve essere interpretata investigando le nozioni di crudeltà e "usualità" diffuse al tempo della redazione della clausola (1791), poiché essa «deve trarre il suo significato da quegli standard evolutivi di decenza che segnano il progresso di una società in maturazione»⁷⁶. Per giustapposizione, l'originalismo si trova felicemente compendiato nell'affermazione del Justice Brewer secondo cui, «essendo la Costituzione un documento scritto [...] il suo significato non si modifica. Quello che significava nel momento in cui fu adottata, significa anche adesso»⁷⁷.

⁷⁵ Classici esempi in E.S. CORWIN, *Constitution v. Constitutional Theory*, in *The American Political Science Review*, n. 2/1925, 302; ID., *Moratorium over Minnesota*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 4/1934, 314; C.A. BEARD, *The Living Constitution*, in *The Annals of the American Academy*, vol. CLXXXV, 1936, 29, 31; W.J. BRENNAN JR., *The Constitution of the United States. Contemporary Ratification*, in *The Guild Practitioner*, 1/1986, 7.

⁷⁶ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958) (Warren, J.). Sulla clausola e sull'interpretazione della formula di Warren ci si permette di rimandare a S.R. VINCETI, *Abstract Clauses and the Descriptive Limits of Originalism: Embracing Legal Realism*, in corso di pubblicazione in *Washington University Jurisprudence Review*, 1/2021, 369.

⁷⁷ *South Carolina v. United States*, 199 U.S. 437, 448 (1905). Il passaggio è stato poi reso celebre dal *dissenting* di Sutherland in *Home Building & Loan Assn. v. Blaisdell*, 290 U.S. 398, 448-449 (1934) («Una disposizione della Costituzione [...] non è suscettibile di due

Tutto questo in riguardo all'originalismo e al costituzionalismo vivente come approcci *all'interpretazione costituzionale*. In secondo luogo, tuttavia, 'originalismo' denota anche una particolare posizione in ambito di *applicazione costituzionale*. Si tratta dell'originalismo come teoria normativa – «originalismo normativo» (*normative originalism*)⁷⁸ – o, per dirla con un termine diffuso nel mondo americano, come “filosofia giudiziale” (*judicial philosophy*)⁷⁹. È il lato più conosciuto del dibattito americano, che travalica le riviste di diritto per estendersi a quotidiani, blog, *talk shows*, *podcasts*, *social media* etc. Essere “normativamente originalisti” significa avere una visione “politica” o “morale” che propugna l'assoluta e inderogabile osservanza del significato originale individuato nel momento interpretativo da parte dell'operatore giuridico – *in primis*, ma non esclusivamente, da parte dei giudici: da qui l'attributo di “filosofia giudiziale”. È il c.d. «principio del vincolo» (*Constraint Principle*)⁸⁰. Si esclude, in altre parole, qualsiasi contemperamento dello “stretto diritto” con ipotetiche richieste di “giustizia”, “economicità” o “ragionevolezza” del caso concreto – *a meno che*, ovviamente, il contemperamento non sia richiesto dal testo giuridico stesso, una volta interpretato in conformità all'epistemologia originalista⁸¹.

interpretazioni distintamente opposte. Non può significare una cosa in un momento ed una completamente diversa in un altro»). V. anche J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States* (1833), vol. I, ed. IV, Boston 1873, 314-315.

⁷⁸ L.B. SOLUM, *We are All*, cit., 11-12.

⁷⁹ V. ad es. G.S. LAWSON, *Reflections*, cit., 1473.

⁸⁰ V. L.B. SOLUM, *Originalist Methodology*, cit., 269, 293-294.

⁸¹ È alla luce di questa specificazione che si capisce perché filosofie giudiziali tradizionalmente contrapposte all'originalismo siano comunque considerabili “originaliste in natura”. Tipico esempio è Dworkin, che seppur rigettando a parole qualsiasi tipo di originalismo (v. *infra* nota 92) fa comunque discendere le proprie conclusioni da un certo

Come “filosofia giudiziale” o “teoria normativa” l’originalismo si contrappone a un ventaglio variegato di prospettive in cui il giudice – generalmente⁸² – deve tenere in considerazione il significato originale del testo ma non deve trattarlo come assolutamente «decisivo» (*dispositive*) in sede di applicazione giuridica⁸³. In tali alternative, al ricorrere di determinati presupposti, l’applicazione secondo il significato originale deve cedere il passo a una prassi decisionale che dia compimento a valori superiori alla mera fedeltà alla volontà del legislatore costituzionale (ad es., il rispetto che si deve ai «fini del

intendimento di un significato astratto delle disposizioni costituzionali. Per Dworkin, ad esempio, nel sancire il divieto di pene «crudeli e inusuali» dell’VIII emendamento i Costituenti americani non avrebbero inteso proibire le pene che *loro* avrebbero giudicato crudeli e inusuali, ma tutte quelle che sono *di fatto* «crudeli e inusuali», sottintendendo dunque la possibilità di definire tali nozioni in modo oggettivo. Dimodoché anche punizioni che i costituenti potevano non ritenere crudeli o inusuali potrebbero essere considerate incostituzionali qualora dovesse scoprirsi la crudeltà o l’inusualità (il caso paradigmatico è la pena di morte). Cfr. R. DWORKIN, *The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, in *Fordham Law Review*, 5/1997, 1249 ss., part. 1252-1254, 1256-1257. Per una diffusa trattazione (e critica) dell’originalismo dworkiniano si permette anche qui il rimando a S.R. VINCETI, *Abstract Clauses*, cit., 339-357. Su “Dworkin originalista” riferimento rimane il noto contributo K.E. WHITTINGTON, *Dworkin’s “Originalism”: The Role of Intentions in Constitutional Interpretation*, in *The Review of Politics*, 2/2000, 197 ss.

⁸² Una filosofia giudiziale che non sembra accordare alcun peso al significato originale è stata avanzata da Tushnet, il quale risolverebbe qualsiasi controversia costituzionale chiedendosi «quale risultato, nelle circostanze esistenti, verosimilmente avanzerebbe la causa del socialismo?»: M.V. TUSHNET, *The Dilemmas of Liberal Constitutionalism*, in *Ohio State Law Journal*, 1/1981, 424.

⁸³ D.A. FARBER, *The Originalism Debate: A Guide for the Perplexed*, *Ohio State Law Journal*, 4/1989, 1086.

costituzionalismo»⁸⁴, la bontà economica delle decisioni giurisdizionali, la pretesa sostanziale di giustizia, il diritto naturale, etc.).

Esiste evidentemente un nesso logico tra originalismo come *metodologia interpretativa* (nel prosieguo: originalismo interpretativo) e originalismo come *filosofia giudiziale* (nel prosieguo: originalismo normativo). Il secondo dipende dal primo, non potendosi verosimilmente pretendere fedeltà a un significato originale che, nei fatti, è inesistente – perché, ad esempio, la Costituzione è «sottodeterminata» (*underdetermined*), come appunto alcuni sostengono nel caso dell'interpretazione del riparto di competenze⁸⁵. Che è come dire: no originalismo normativo senza originalismo interpretativo. Diversamente, si può aderire all'epistemologia originalista – affermando che il significato della Costituzione è un (*x*) storicamente individuabile – senza aderire alla filosofia giudiziale originalista – affermando, ad esempio, che in determinati casi l'applicazione secondo il significato originale deve cedere a un'applicazione in ragione di altri valori. Come si vedrà proprio nel caso dell'interpretazione del riparto di competenze, svariati autori, apparentemente considerati irriducibili originalisti, aderiscono a una filosofia giudiziale non completamente originalista⁸⁶.

Come emerge già in questo quadro approssimativo, la storica opposizione tra originalismo e costituzionalismo vivente – che ha dominato la storia americana e tutt'ora viene utilizzata dai costituzionalisti statunitensi⁸⁷ – rischia

⁸⁴ P. BREST, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in *Boston University Law Review*, n. 2/1980, 204.

⁸⁵ V. *infra* § 5.1.

⁸⁶ V. *infra* § 5.2.

⁸⁷ A parte il citato L.B. SOLUM, *The great debate*, cit., 1243, e ID., *We are All*, cit., 1-2, v. J.M. BALKIN, *Constitutional Redemption: Political Faith in a Unjust World*, Cambridge (MA)-London 2011, 1; N. LUND, *Living Originalism: The Magical Mystery Tour*, in *Texas*

di non essere oggi perfettamente rappresentativa. Da una parte, il costituzionalismo vivente è una tra le tante filosofie giudiziali che si oppongono all'originalismo come teoria normativa, e nemmeno la più frequente: la maggior parte dei non originalisti sembra oggi prenderne esplicitamente le distanze nel momento in cui si avanza una qualche migliore alternativa⁸⁸.

Dall'altra parte, vi è un'ulteriore ragione per cui 'originalismo v. costituzionalismo vivente' appare oggi un'alternativa per certi versi fuorviante ed è legata al processo – che qui si può solo adombrare, per motivi di spazio e finalità dello scritto – di “dissoluzione concettuale” dell'originalismo. Nelle opere di Bork e Berger, Meese e Scalia, Solum e Lawson, l'originalismo rappresenta una metodologia tutto sommato uniforme nei presupposti di fondo e nei risultati applicativi. Tuttavia, in seguito all'abbraccio della metodologia originalista da parte di celebri esponenti della tradizione *liberal*, 'originalismo' ha acquisito un significato nuovo: si parla al riguardo di «nuovo-nuovo originalismo»⁸⁹. Attraverso un'ermeneutica estensiva delle «maestose

A&M Law Review, 3/2015, 31; M.W. CAMPHUIS, *How Absolute Truth and Relative Truth Inform Originalism and Living Constitutionalism*, in *Trinity Law Review*, 2/2019, 43.

⁸⁸ Rimanendo in ogni caso da capire quanto effettivamente queste pretese alternative differiscano dal costituzionalismo vivente, e nelle premesse epistemologiche e nelle conclusioni pratiche. Il riferimento resta R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London 1977, 136. Affermano di trascendere sia l'originalismo sia il costituzionalismo vivente M.N. BERMAN, *Our Principled Constitution*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 6/2018, 1412, e J.E. FLEMING, *Fidelity to Our Imperfect Constitution: For Moral Readings and Against Originalisms*, New York 2015, 153-156. Per un rigetto esplicito del costituzionalismo vivente da parte di una A. non originalista v. V. NOURSE, *Reclaiming the Constitutional Text from Originalism: The Case of Executive Power*, in *California Law Review*, 1/2018, 12, nota 51.

⁸⁹ P.J. SMITH, *How Different are Originalism and Non-Originalism*, in *Hastings Law Journal*, 3/2011, 708.

generalità della Costituzione»⁹⁰ – che questi autori interpretano a un alto livello di generalità⁹¹ – “i nuovi-nuovi originalisti” riescono a sostenere la legittimità costituzionale di decisioni che, per consenso unanime, l’ortodossia originalista riteneva – e ritiene – esempi manifesti di attivismo giudiziario e di che cosa *non sia* l’applicazione fedele del disposto costituzionale⁹².

Peraltro, ai fini di un’analisi su «federalismo e originalismo», la distinzione tra i tipi di originalismo appare forse meno “urgente”, generalmente trovandosi le «maestose generalità della Costituzione» al di fuori del riparto di competenze. In realtà, come vedremo, il problema che tali clausole presentano all’originalismo – i livelli di generalità o di astrattezza a cui sono formulate – è per molti versi sovrapponibile alla difficoltà che inficerebbe, come vedremo, un’interpretazione originalista del riparto di competenze: la «sottodeterminazione costituzionale»⁹³.

3. *Originalismo e federalismo*

⁹⁰ *West Virginia State Board of Education. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 639 (1943) (Jackson, J.).

⁹¹ P.J. SMITH, *op. ult. cit.*, 709-710.

⁹² Ad esempio, l’incostituzionalità della proibizione statale dell’aborto: cfr. J.M. BALKIN, *Abortion*, cit. Anche qui, rimane poi tutto da vedere se vi sia effettivamente una differenza tra i “nuovi-nuovi originalisti” e quegli autori che, formalmente rigettando l’originalismo, giustificavano determinati risultati giudiziari in ragione di pretese “intenzionalità astratte” dei costituenti. Il caso paradigmatico rimane sempre R. DWORKIN, *The Arduous Virtue of Fidelity*, cit., 1258, nota 18, ove l’Autore ribadì la sua «risalente opposizione a qualsiasi forma di originalismo».

⁹³ V. *infra* § 5.1.

Il rapporto tra originalismo e federalismo appare per molti versi immediato. Innanzitutto esiste una ragione prettamente storica: «[c]on l’inizio del ventunesimo secolo, due grandi e correlati sviluppi sembravano essere in procinto di dare una nuova forma al diritto costituzionale americano. Il primo consisteva nella frequente invocazione di teorie dell’“originalismo”, affermando che la Costituzione doveva essere interpretata alla luce del significato “originale” che aveva per quanti ne curarono la redazione e la ratificarono. L’altro [sviluppo] era il “revival federalista”, un crescente sforzo di arruolare le disposizioni costituzionali al fine di limitare i poteri del governo nazionale e proteggere la sovranità degli stati»⁹⁴.

A fianco della circostanza “diacronica” si pone il ben più interessante aspetto teorico della relazione. Come sottolinea un vivace critico di entrambe le categorie, «sia l’originalismo che il federalismo sollevavano la stessa fondamentale e profondamente problematica questione di diritto costituzionale. Fino a che punto queste teorie sono capaci di fornire norme costituzionali chiare e autoritative? Potrebbero davvero fornire specifiche e decisive direttive per risolvere dibattute questioni costituzionali?»⁹⁵. “Invocare il federalismo” pare infatti un’operazione *prima facie* originalista nel momento in cui si presuppone la possibilità di distinguere con sufficiente chiarezza gli spazi di intervento del governo statale da quelli del governo federale.

Nell’interfacciarsi di originalismo e federalismo sono distinguibili due versanti. Da una parte vi è il contributo degli originalisti alla «definizione» del federalismo⁹⁶ per come concepito della Costituzione americana. Sotto

⁹⁴ E.A. PURCELL JR., *Originalism*, cit., 3.

⁹⁵ *Ivi*, 4.

⁹⁶ *Id est*, alla definizione delle competenze che spettano allo Stato federale. Per un simile uso di ‘definizione’ e per la constatazione dell’usualità della mancata *definizione* delle materie legislative nei testi costituzionali – c.d. «definizione integrale» – v. A. D’ATENA,

questo punto di vista si può osservare l'impressionante produzione scientifica degli originalisti, che nel tentativo di identificare il corretto intendimento storico delle clausole del riparto di competenze hanno portato contributi innovativi a livello di interpretazione costituzionale⁹⁷.

Dall'altra parte, il federalismo rappresenta un temibile "banco di prova" per l'originalismo. Come si diceva in sede di introduzione, il fallimento del tentativo originalista di determinare con soddisfacente precisione i corretti spazi normativi degli Stati americani e dell'Unione sarebbe un grave colpo per chi enfatizza l'idea della Costituzione come «cianografia di una macchina»⁹⁸, come «manuale di istruzioni»⁹⁹. E poi, con quale autorità si potrebbero avanzare schemi interpretativi originalisti per le «maestose generalità della Costituzione» se l'originalismo non fosse "nemmeno" in grado di individuare a chi spetti la competenza in materia di servizi igienici di un edificio statale¹⁰⁰? Nella possibilità di una definizione sufficientemente determinata del federalismo originale della Costituzione americana, l'originalismo

L'autonomia legislativa delle Regioni, Roma 1974, 117 e S. MANGIAMELI, *Le materie di competenza regionale*, Milano 1992, 102. Particolarmente esemplificativo Mangiameli, per cui la descrizione costituzionale della materia «non conduce di per sé ad una *caratterizzazione* degli oggetti della competenza, ma si limita ad *evocare* una parte della realtà su cui può cadere il potere di disciplina della Regione [*idest*, nel caso del diritto statunitense, del governo federale]» (*ivi*, 93). V. *infra* § 6.3.

⁹⁷ Per questo giudizio e un'importante ricompilazione di contributi recenti v. D.A.J. TELMAN, *A Thing*, cit., 546-547.

⁹⁸ R.E. BARNETT, *The Relevance of the Framers' Intent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2/1996, 407.

⁹⁹ G.S. LAWSON, G. SEIDMAN, *Originalism*, cit., 52.

¹⁰⁰ Il riferimento è al *dissent* del Justice Stevens in *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833, 880 (1976) (Stevens, J., dissenting). La suggestione traluce nella pagina di R. BERGER, *Federalism: The Founders' Design*, Norman 1987, 120.

interpretativo ha in gioco molta della sua credibilità scientifica. Infine, a fianco del problema scientifico-metodologico si pone il dilemma politico-pratico: che “costo” avrebbe una fedeltà totale al significato originale delle disposizioni costituzionali?

4. *Il significato originale del riparto di competenze*

Come noto, nella Costituzione americana vige il principio dell'enumerazione delle competenze federali¹⁰¹ in continuità con gli articoli della Confederazione¹⁰². A fianco di un potere esecutivo attribuito a un Presidente e di un potere giurisdizionale *federale* attribuito a un apposito ordine giudiziario, al Congresso degli Stati Uniti¹⁰³ è riconosciuta capacità legislativa per le sole materie esplicitamente menzionate nel testo costituzionale. Negli altri ambiti materiali, la competenza legislativa spetta, in modo residuale, ai singoli Stati. L'indicazione delle materie legislative federali trova principalmente luogo nelle diciotto clausole dell'Art. I, sez. 8, della Costituzione, per quanto

¹⁰¹ D.G. SMITH, *An analysis of Two Federal Structures: The Articles of Confederation and the Constitution*, in *San Diego Law Review*, 1/1997, 152.

¹⁰² *Ivi*, 278-281. Sulla continuità v. anche C.H. JOHNSON, *Homage to Clio: The Historical Continuity From the Articles of Confederation into the Constitution*, in *Constitutional Commentary*, 3/2003, 463 ss.

¹⁰³ ‘Stati Uniti’, ‘Unione’, ‘governo centrale’ o ‘nazionale’ sono qui sinonimi di ‘governo federale’ e si contrappongono a ‘governo statale’, in accordo con l’uso americano di queste dizioni.

importanti attribuzioni di competenza al Congresso si trovino in altre disposizioni¹⁰⁴.

Il principio dell'enumerazione delle materie non si riduce, beninteso, a un mero criterio organizzatore. In primo luogo, riconosce un dato ideologico, nel momento in cui sancisce la "normalità" della competenza statale e l'"eccezionalità" della legislazione federale¹⁰⁵ – a tal punto che la relazione è stata paragonata al rapporto tra lo «sfondo» (*background*) di *common law* su cui si innestano gli episodici atti di legislazione¹⁰⁶. Da questo punto di vista, la modalità del riparto di competenze non fa che riflettere l'originarietà della sovranità statale e la derivatività di quella federale¹⁰⁷. In secondo luogo, l'enumerazione informa anche l'interpretazione giuridica, facendosi canone ermeneutico: «se nasce una controversia intorno ad una particolare competenza [*power*], si presume che sia dello Stato, a meno che non possa essere dimostrato che è stata avocata dalla Costituzione federale; [...] in altre parole, uno Stato non è considerabile soggetto ad alcuna restrizione che la Costituzione

¹⁰⁴ V., ad es., la competenza ad ammettere nuovi Stati (art. IV, sez. 3, cl. 1) o a suscitare il procedimento di revisione costituzionale (art. V), o ancora il potere di adottare regolamenti inerenti ai territori o alla proprietà degli Stati Uniti (art. IV, sez. 3, cl. 2).

¹⁰⁵ «L'azione nazionale è sempre stata considerata eccezionale nella nostra comunità politica, un'intrusione giustificata da una qualche necessità»: H. WECHSLER, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, in *Columbia Law Review*, 4/1954, 544.

¹⁰⁶ H.M. HART, H. WECHSLER, *The Federal Courts and the Federal System*, Brooklyn 1953, 17-18.

¹⁰⁷ Sul problema della doppia sovranità v. A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 6-7. Sulla tesi dell'originalità della sovranità statale v. R. BERGER, *Federalism*, cit., 21-47. *Contra* l'esempio più famoso rimane quello di J. STORY, *op. cit.*, 144-145, 147-150, il quale sosteneva che l'unica originaria sovranità fosse quella degli Stati Uniti, in quanto l'ente federale sarebbe *di fatto* stato approvato dai cittadini americani senza l'intermediazione statale.

non abbia distintamente imposto»¹⁰⁸. Che è come dire: l'«onere della prova» relativamente al riparto di competenze ricade sul legislatore federale¹⁰⁹.

Al fine di contemperare il desiderio di una rappresentazione rispettosa della ricca letteratura originalista sul tema con le dimensioni del presente scritto, si è reso necessario selezionare una specifica disposizione del riparto di competenze come “caso di studio” attraverso cui mostrare il duplice verso della relazione tra originalismo e federalismo. La scelta è caduta – per così dire, “naturalmente” – sulla «fonte principale, nella storia della Corte [Suprema], delle sue decisioni sul federalismo»¹¹⁰: la clausola sul commercio (*Commerce Clause*). Ovviamente, l'inferenza sottesa a un simile approccio sottintende la trasponibilità delle considerazioni che seguono ad altre clausole del riparto di competenze, a partire da quelle più controverse e dibattute: dalla «clausola necessaria e propria» (*Necessary and Proper Clause*) alla «clausola sulla tassazione e la spesa» (*Taxing and Spending Clause*), passando per la discussa teorizzazione di una generale competenza federale in materia di ordine pubblico – lett.: «potere di polizia» (*Police power*).

4.1. *Originalismo e clausola sul commercio*

¹⁰⁸ J. BRYCE, *The American Commonwealth* (1888), con un'introduzione di G.L McDowell, vol. I, Indianapolis 1995, 282.

¹⁰⁹ «Un onere di persuasione [*burden of persuasion*] ricade su quanti favoriscono l'intervento nazionale»: H. WECHSLER, *op. cit.*, 545.

¹¹⁰ La considerazione di Frankfurter, espressa nel 1937, è valida ancora oggi. Cfr. F. FRANKFURTER, *The Commerce Clause*, Chapel Hill 1937, 66-67.

Nessuna disposizione della Costituzione americana ha avuto un ruolo più importante nell'evoluzione del federalismo della clausola sul commercio¹¹¹, *id est* della terza clausola dell'ottava sezione dell'articolo primo della Costituzione, ove si attribuisce al Congresso la competenza a «regolare il commercio con le nazioni straniere, e fra i diversi Stati, e con le tribù indianee»¹¹². La previsione fu adottata, come noto, per correggere uno dei più acclarati punti di debolezza degli Articoli della Confederazione: la mancata previsione di una regolamentazione uniforme del commercio fra i diversi Stati¹¹³.

Il ruolo della clausola nell'estensione della competenza legislativa del governo federale ha radici profonde nella storia giurisprudenziale statunitense: «la frase “regolare il Commercio ... fra i diversi Stati”, ha generato più controversie giudiziali tra il 1789 e il 1950 di qualsiasi altra clausola nella Costituzione ed è infine divenuta la fonte più importante della competenza nazionale»¹¹⁴. Una disposizione nata con la finalità storica di impedire i mali dei dazi fra i diversi Stati dell'Unione sui beni di importazione¹¹⁵ ha legittimato nel tempo «il gargantuesco potere del Congresso di regolare persone e attività

¹¹¹ *Ex multis* cfr. A.J. ROSENTHAL, *Conditional Federal Spending and the Constitution*, in *Stanford Law Review*, 5/1987, 1108; C. COLEMAN, *Federal Preemption of State Bap Laws: Repelling State Boarders in the Interest of Uniformity*, in *University of San Francisco Maritime Law Journal*, 2/1997, 309; J.S. HELLER, *Federalism, U.S. Style*, in *Legal Information Management*, 3/2003, 162; D.C. MALESON, *Carter v. Carter Coal Co.*, in K.L. HALL, (a cura di), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York 1992, 151.

¹¹² Art. I, sez. 8., cl. 3.

¹¹³ *V. ex multis* R.J. STEAMER, *Commerce Power*, in K.L. HALL (a cura di), *op. cit.*, 192; R.H. BORK, D.E. TROY, *Locating the Boundaries: The Scope of Congress's Power to Regulate Commerce*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 3/2002, 855-859.

¹¹⁴ R.J. STEAMER, *op. et loc. ult cit.*

¹¹⁵ Cfr. R.H. BORK, D.E. TROY, *op. cit.*, 893. R.E. BARNETT, *The Original Meaning of the Commerce Clause*, in *University of Chicago Law Review*, 1/2001, 133.

economiche all'interno degli Stati»¹¹⁶. Gli originalisti, segnatamente, contestano la validità di tale legittimazione¹¹⁷.

L'esegesi che ha illuminato l'interpretazione della frase rimane quella di John Marshall. Chiamato a interrogarsi sul significato di «commercio» (*commerce*) in *Gibbons* del 1824¹¹⁸ al fine di verificare se rientrasse nella nozione la regolamentazione della navigazione, il venerato *Chief Justice* affermò che la dicitura doveva essere intesa nell'accezione “larga” di «rapporto» (*intercourse*), non in quella restrittiva di «traffico» (*traffic*)¹¹⁹, e che la preposizione «fra» (*among*) nella locuzione «fra i diversi Stati» (*among the several States*) implicava l'idea “minima” di «frammischiato con» (*intermingled with*)¹²⁰. «Commercio fra i diversi Stati» era così traducibile nella perifrasi «commercio che interessa almeno più di uno Stato»¹²¹. La regolamentazione federale non

¹¹⁶ J.H. CHOPER, *Federalism*, in R.K.L. COLLINS (a cura di), *Constitutional Government in America*, cit., 374.

¹¹⁷ V.R. BERGER, *Federalism*, cit., 120-159; R.H. BORK, D.E. TROY, *op. ult. cit.*, 850, 879-883.

¹¹⁸ «[D]al momento che la nostra costituzione [...] prevede una enumerazione, e non una definizione [delle competenze], per determinare l'estensione della competenza diventa necessario fissare il significato della parola»: *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 189 (1824).

¹¹⁹ «Il commercio, indubabilmente, è traffico, ma è qualcosa di più: è rapporto»: *ibidem*.

¹²⁰ *Ivi*, 194.

¹²¹ *Ibidem. Contra* R.E. BARNETT, *Commerce Clause*, cit., 137 («La clausola sul commercio garantisce al Congresso il potere di regolare il commercio che avviene “fra i diversi Stati”, che [...] significava “tra stato e stato” o tra persone in uno stato e persone in un altro. Non parla di un potere di regolare il commercio che “riguarda” più di uno stato, oppure commercio tra persone dello stesso stato che in qualche modo “riguarda” altri stati. [...] La vaga formulazione di Marshall ha impropriamente permesso l'espansione del potere

doveva dunque «arrestarsi alla linea di confine esterno di ciascuno Stato ma [poteva] introdursi all'interno»¹²² e la navigazione doveva essere considerata parte integrante della competenza dell'Unione¹²³.

Nonostante l'apertura in *Gibbons*, per motivi diversi¹²⁴ l'espansione della competenza nazionale attraverso la *Commerce Clause* resterà dormiente per lunga parte del XIX secolo¹²⁵. Prime avvisaglie di una svolta si avranno sul finire del secolo con l'adozione nel 1887 dell'*Interstate Commerce Act* (ICA) e dello *Sherman Antitrust Act* nel 1890. Il primo atto, finalizzato a contrastare le pratiche monopolistiche nell'industria ferroviaria tramite l'istituzione di una apposita Commissione¹²⁶, fu suscitato da un *revirement* giurisprudenziale: se nel 1876 la Corte Suprema aveva ritenuto che in assenza di regolamentazione federale i singoli Stati potessero regolamentare le ferrovie

di regolare attività commerciale diversa da quella che effettivamente supera i confini statali»).

¹²² *Gibbons*, 22 U.S. 1, 194 (1824).

¹²³ *Ivi*, 197.

¹²⁴ Almeno tre: la successione di Roger Taney, più simpatetico alla sovranità statale rispetto al “nazionalista” John Marshall (su cui v. K.E. WHITTINGTON, *The Political Constitution of Federalism in Antebellum America: The Nullification Debate as an Illustration of Informal Mechanisms of Constitutional Change*, in *Publius*, 2/1996, part. 19-24); il dominio dell'originalismo come approccio interpretativo e applicativo della Costituzione (v. M. HORWITZ, *op. et loc. cit.*); la vera e propria guerra civile, per cui le problematiche costituzionali del tempo «non furono decise da dotti giuristi, ma dalla cavalleria, dalla fanteria e dall'artiglieria degli eserciti sul campo di battaglia»: H.N. SCHEIBER, *Federalism*, in K.L. HALL (a cura di), *op. cit.*, 325.

¹²⁵ Cfr. R.H. BORK, D.E. TROY, *op. ult. cit.*, 877-879.

¹²⁶ Su cui A. HOOGENBOOM, *Interstate Commerce Commission*, in K.L. HALL (a cura di), *op. cit.*, 504-505.

interstatali¹²⁷, dieci anni più tardi avrebbe ribaltato tale assunto, dichiarando la regolamentazione statale delle ferrovie interstatali sempre incompatibile con la *Commerce Clause*¹²⁸ e di fatto spingendo il Congresso all'adozione dell'ICA¹²⁹. Dall'altra parte, in relazione all'adozione della pioneristica normativa *antitrust* dello *Sherman Act*, la Corte opererà una prima significativa modifica della propria giurisprudenza sugli accordi anticoncorrenziali¹³⁰.

Tre significative pronunce di inizio Novecento rappresenteranno ulteriori momenti di estensione della competenza legislativa federale sotto l'“egida giuridica” della clausola sul commercio: nel 1903 la Corte riterrà la costituzionalità di una legge del Congresso che vietava il mero invio di biglietti della lotteria oltre i confini statali¹³¹; nel 1913 affermerà la legittimità costituzionale del *Mann Act* che proibiva il trasporto interstatale di donne per fini di prostituzione¹³²; e nel 1915 lo stesso farà in riferimento all'*Automobile Theft Act* che criminalizzava la guida tra diversi stati di una macchina rubata¹³³.

¹²⁷ *Peik v. Chicago & Northwestern Railway Company*, 94 U.S. 164, 177-78 (1876).

¹²⁸ *Wabash, St. Louis & Pacific Railway Company v. Illinois*, 118 U.S. 557, 575 (1886).

¹²⁹ Cfr. H.N. SCHEIBER, *op. et loc. ult. cit.*

¹³⁰ Se nel 1895 aveva ritenuto ininfluenza la distribuzione extra-statale di un prodotto interamente realizzato in un unico Stato ai fini dell'applicabilità della normativa *antitrust* federale, dieci anni dopo considererà influente sul commercio interstatale un accordo locale di fissazione dei prezzi attraverso la celebre teoria del «flusso commerciale» (*stream of commerce*) sviluppata dal Justice Holmes in *Swift & Co. v. United States* del 1905. Cfr. R.J. STEAMER, *op. cit.*, 194.

¹³¹ *Champion v. Ames*, 188 U.S. 321 (1903) su cui cfr. B.C. STEIDLE, *Champion v. Ames*, in K.L. HALL, *op. cit.*, 157.

¹³² *Hoke v. United States*, 227 U.S. 308 (1913), su cui cfr. J.W. JOHNSON, *Mann Act*, in K.L. HALL (a cura di), *op. cit.*, 604.

¹³³ *Brooks v. United States*, 267 U.S. 432 (1925), 1925, su cui cfr. H.N. SCHEIBER, *op. ult. cit.*, 194.

Entrambe le leggi, evidentemente finalizzate alla protezione di beni giuridici non commerciali, furono ritenute costituzionalmente coperte dalla *Commerce Clause* nonostante vi fossero plurimi motivi “linguistici” per dubitare che le pratiche proibite dalla normativa federale rientrassero nel «commercio fra i diversi Stati».

Ciononostante, queste pur importanti decisioni apparirono come variazioni in un orientamento generale di prudenza e rigidità nell’interpretazione della clausola. In *Hammer v. Dagenhart* del 1918 la Corte giudicò incostituzionale una legge del Congresso che vietava la spedizione di beni prodotti attraverso lavoro minorile, sul fondamentale presupposto che il «commercio» dei beni fosse cosa diversa dalla loro «produzione» (*manufacturing*), la cui regolamentazione non poteva essere ricompresa nella competenza federale a «regolare il commercio [...] fra i diversi Stati»¹³⁴. Questo atteggiamento conservativo sull’interpretazione della clausola sul commercio assunse poi una connotazione peculiare per via della concomitanza con il *lochnerismo*, termine con cui si indica l’attivismo giudiziario della Corte Suprema di quegli anni, che – ideologicamente sensibile alle istanze del darwinismo sociale e del *laissez-faire* economico – ripetutamente annullerà provvedimenti federali e statali indirizzati a migliorare le tutele dello stato sociale americano¹³⁵.

In particolare, la distinzione tra «commercio» e «produzione» di *Hammer* – enucleata per la prima volta nel 1895¹³⁶ – diverrà un potente “limite semantico” all’estensione interpretativa della clausola: su tale dottrina si giustificherà l’incostituzionalità di una tassa sui prodotti di aziende che facevano

¹³⁴ *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918), su cui S.B. WOOD, *Hammer v. Dagenhart*, in K.L. HALL (a cura di), *op. cit.*, 417-418.

¹³⁵ Su cui v., come ottima introduzione connessa al rapporto con l’originalismo, T.B. COLBY, P.J. SMITH, *The Return of Lochner*, in *Cornell Law Review*, 3/2015, 527 ss.

¹³⁶ *United States v. E.C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895), su cui J. MAY, *E.C. Knight Co.*, *United states v.*, in K.L. HALL (a cura di), *op. cit.*, 281-282.

ricorso a lavoro minorile nella successiva *Bailey* del 1922¹³⁷. In *Poultry* del 1935, invece, la Corte giudicò incostituzionale una legge federale che imponeva limiti di orario e un minimo salariale, sul diverso presupposto che la normativa illegittimamente regolamentava attività che avevano un effetto soltanto «indiretto» sul commercio interstatale¹³⁸. E in *Carter* del 1936 la Corte fulminò con l'incostituzionalità un atto federale che stabiliva orari massimi e salari minimi per i lavoratori minerari, di nuovo rilevando – sulla falsariga di *Hammer* – come tale disciplina federale non incidesse sul «commercio» di beni, ma sulla loro «produzione»¹³⁹.

L'anno di svolta sarà il 1937, quando si assisterà al superamento della resistenza della Corte Suprema al New Deal di Roosevelt¹⁴⁰. In *Jones & Laughlin* la Corte rigetterà la storica distinzione tra effetti diretti e indiretti delle attività economiche sul commercio interstatale, gettando le fondamenta della giurisprudenza espansiva del potere federale degli anni successivi¹⁴¹. Il critico abbattimento della distinzione tra produzione e commercio arriverà come logica conseguenza poco più tardi, in *Darby* del 1941, ove esplicitamente

¹³⁷ *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922), su cui S.B. WOOD, *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, in K.L. HALL (a cura di), *op. cit.*, 67.

¹³⁸ *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), c.d. «caso del pollo malato» su cui R.L. SOLOMON, *Black Monday*, e C. HERMAN PRITCHETT, *Schechter Poultry Corp. v. United States*, entrambi in K.L. HALL (a cura di), *op. cit.*, 88, 884-885.

¹³⁹ *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936), su cui D.C. MALESON, *op. cit.*, 150-151.

¹⁴⁰ Cfr. R.L. SOLOMON, *Court-packing Plan*, in K.L. HALL (a cura di), *op. cit.*, 233-234.

¹⁴¹ *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), su cui R.C. CORTNER, *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, in K.L. HALL (a cura di), *op. cit.*, 664 e part. 665. V. anche B.P. DENNING, *Reconstructing the Dormant Commerce Clause Doctrine*, in *William & Mary Law Review*, 2/2008, 437-440.

si abrogherà la precedente dottrina *Hammer*¹⁴². In *Wickard* del 1942, infine, si introdurrà il «test sugli effetti sostanziali», in forza del quale il governo federale può regolamentare qualsiasi materia che abbia un «effetto sostanziale» sul commercio interstatale¹⁴³.

Seppur tradizionalmente associata all'impiego di altre clausole costituzionali nella sua «ricerca di giustizia» sul terreno dei diritti civili, anche la *Warren Court* farà un uso interpretativamente estensivo della *Commerce Clause* nel Secondo dopoguerra: la costituzionalità del *Civil Rights Act* del 1964, che proibiva la discriminazione razziale negli esercizi privati di tutto il paese, fu fatta riposare proprio sull'attribuzione al Congresso del potere di regolare il commercio interstatale¹⁴⁴.

Il processo di “svuotamento giurisprudenziale” della riserva di competenza statale sembrò invece potersi arrestare nel 1976, quando la *Burger Court* dichiarò l'inapplicabilità delle disposizioni del *Fair Labor Standards Act* ai dipendenti delle amministrazioni statali e locali¹⁴⁵. Si trattava, tuttavia, di un falso segnale: neanche dieci anni più tardi il giudice Blackmun, che aveva partecipato alla maggioranza favorevole alla pronuncia, muterà il proprio orientamento e in *Garcia* del 1985 la Corte Suprema somministrerà un amaro boccone ai sostenitori del federalismo, ribaltando il *decisum* di *Usery* e affermando la vincolatività dell'atto per le amministrazioni statali. Facendo eco a Corwin, che nel 1950 aveva parlato della «scomparsa» del «federalismo

¹⁴² Cfr. *United States v. Darby Lumber Co.*, 312 U.S. 100, 117 (1941) (Stone, J.).

¹⁴³ *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942), su cui v. MARK R. KILLENBECK, *New Commerce Clause*, in K.L. HALL (a cura di), *op. cit.*, 677-678.

¹⁴⁴ Cfr. R.J. STEAMER, *Commerce*, cit., 195; H.N. SCHEIBER, *Federalism*, cit., 328.

¹⁴⁵ *Usery*, 426 U.S. 833 (1976).

duale»¹⁴⁶ in ragione dell'espansione della competenza federale sotto il New Deal¹⁴⁷, Van Alstyne affermerà che in *Garcia* si assisteva «alla seconda morte del federalismo»¹⁴⁸.

Quello che sembrava l'ultimo rintocco del federalismo americano segnò invece un imprevedibile cambio di rotta. Con l'elevazione di William Rehnquist al grado di *Chief Justice* si formerà in Corte Suprema un «blocco conservatore» che cercherà di riguadagnare spazi alla competenza statale, «sgranando le marce del governo nazionale»¹⁴⁹. Per la prima volta dal 1936, in *United States v. Lopez* del 1995 una legge federale fu dichiarata incostituzionale per aver ecceduto la competenza che la *Commerce Clause* attribuisce al Congresso, non potendosi considerare regolamentazione del «commercio fra i diversi Stati» la proibizione federale del possesso di armi nel raggio di mille piedi da una scuola¹⁵⁰. Sulla falsariga di questa pronuncia seguirà la sentenza

¹⁴⁶ Associata primariamente con la *Taney Court*, la dottrina del «federalismo duale» esprimeva l'idea secondo cui «gli stati erano sullo stesso piano del governo nazionale in quanto nella loro “sfere” di autorità – nell'esercizio delle loro competenze riservate – erano tanto assolutamente supremi quanto il governo federale lo era nella propria sfera»: H.N. SCHEIBER, *Dual Federalism*, in K.L. HALL (a cura di), *op. cit.*, 273.

¹⁴⁷ E.S. CORWIN, *The Passing of Dual Federalism*, in *Virginia Law Review*, 1/1950, 1 ss. V. anche P. KURLAND, *Politics, the Constitution, and The Warren Court*, Chicago 1970, 96.

¹⁴⁸ W.W. VAN ALSTYNE, *The Second Death of Federalism*, in *Michigan Law Review*, 7/1984, 1728.

¹⁴⁹ S. LAZARUS, *Stripping The Gears Of National Government: Justice Stevens's Stand Against Judicial Subversion Of Progressive Laws And Lawmaking*, in *Northwestern University Law Review*, 2/2012, 769 ss.

¹⁵⁰ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995), su cui v. K.L. HALL, *Lopez, United States v.*, in ID. (a cura di), *Oxford Companion*, cit., 592-593.

Morrison del 2000¹⁵¹. Al contrario, la Corte ritornerà parzialmente sui suoi passi in *Raich* del 2005, considerando costituzionalmente legittima la criminalizzazione federale della produzione e dell'uso di cannabis anche nel caso in cui lo Stato di appartenenza ne ammettesse l'utilizzo a livello terapeutico¹⁵². Se oggi il mandato ancora non concluso di John Roberts come successore di Rehnquist non permette un bilancio definitivo sulla giurisprudenza della *Roberts Court*, il dibattuto caso *Sebelius* – per quanto verosimilmente non originalista nelle conclusioni – sembra dimostrare la continuazione di un approccio restrittivo nell'interpretazione della clausola del commercio¹⁵³.

Come questa sintetica ricompilazione dell'evoluzione giurisprudenziale dovrebbe aver messo in luce, il significato della clausola sul commercio è fluttuato tra interpretazioni contrastanti, laddove non platealmente opposte. Da qui i noti giudizi scettici sulla disposizione, considerata «una trottola giudiziale che risponde alle mutevoli preferenze personali con il mutare del personale in Corte»¹⁵⁴. In ragione del “peso costituzionale” della disposizione e

¹⁵¹ *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000), in cui fu dichiarata incostituzionale l'adozione di una parte del *Violence against Women Act* come disciplina sul commercio: v. al riguardo A.B. MARK II, *Unites States v. Morrison, the Commerce Clause and the Substantial Effects Test: No Substantial Limit on Federal Power*, in *Creighton Law Review*, 3/2001, 675 ss.

¹⁵² *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005), su cui v., in modo condivisibilmente critico, I. SOMIN, *Gonzales v. Raich: Federalism as a Casualty of the War on Drugs*, in *Cornell Journal of Law and Public Policy*, 3/2006, 507 ss.

¹⁵³ Accusa la *Roberts Court* di «attivismo giudiziario conservatore» S. WHITEHOUSE, *Conservative Judicial Activism: The Politicization of the Supreme Court under Chief Justice Roberts*, in *Harvard Law & Policy Review*, 1/2015, 195. La considera invece «la corte meno attivista della storia» K.E. WHITTINGTON, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, in *Notre Dame Law Review*, 5/2014, 2220.

¹⁵⁴ R. BERGER, *Judicial Manipulation of the Commerce Clause*, in *Texas Law Review*, 4/1996, 695.

delle contrastanti interpretazioni, la *Commerce Clause* si presta così “naturalmente” a un’analisi originalista, il cui fine dovrebbe appunto essere la fissazione di un significato originale. Al tempo stesso, lo studio della clausola da parte degli originalisti diventa un limpido caso in cui vedere in azione la loro metodologia interpretativa.

Punto di partenza nel dibattito recente è la *concurrency* del Justice Clarence Thomas nel citato caso *Lopez*¹⁵⁵. In essa il giudice costituzionale, di noto orientamento originalista¹⁵⁶, afferma di voler mettere in luce come «la giurisprudenza si sia allontanata dall’intendimento originale della *Commerce Clause*»¹⁵⁷, cosicché «[i]n un caso futuro [la Corte possa] temperare la giurisprudenza sulla clausola sul commercio in una maniera che [...] sia più fedele all’intendimento originario»¹⁵⁸. Obiettivo critico di Thomas sono la nozione estensiva di «commercio» – tale per cui anche l’agricoltura e la produzione vengono assoggettate alla competenza federale – e la dottrina per cui la competenza federale a «regolare il commercio fra gli Stati» ricomprenderebbe anche un potere di regolare qualsiasi attività che abbia «un effetto sostanziale sul commercio [interstatale]». Come per Marshall nel 1824, si tratta allora di definire che cosa intendesse dire il costituente quando attribuì al Congresso il potere di «regolare il commercio [...] fra i diversi Stati».

¹⁵⁵ Che la *concurring opinion* sia stato il punto di partenza dei dibattiti del tempo è giudizio condiviso: cfr. J. BIANCALANA, *Originalism and the Commerce Clause*, in *University of Cincinnati Law Review*, 2/2003, 383.

¹⁵⁶ Per un’analisi sull’esperienza trentennale di Thomas come giudice della Corte Suprema e sul suo originalismo cfr. ora D. CAMONI, *Thirty years on the Supreme Court bench. Ritratto, giurisprudenza e controversie di Clarence Thomas*, in *DPCE Online*, 2/2021, 1461 ss.

¹⁵⁷ *Lopez*, 514 U.S. 584 (Thomas, J.).

¹⁵⁸ *Ibidem*.

Thomas parte da un'analisi dei dizionari del tempo, in cui emerge come «commercio» fosse usato come sinonimo di «scambio» (*trade*)¹⁵⁹: «[n]el momento in cui la Costituzione fu ratificata, il “commercio” consisteva nella vendita, acquisto e baratto (di beni), e nel trasporto per queste finalità». Anche l'etimologia è rilevante: «[q]uesto intendimento trova supporto nell'etimologia della parola, che letteralmente significa “con merce” [...] (com – “con”; merci – “merce”)»¹⁶⁰. All'analisi etimologica si affianca lo studio dei documenti del tempo in cui veniva impiegata l'espressione: dai lavori preparatori alla Convenzione di Filadelfia ai dibattiti nelle assemblee chiamate a ratificare la Costituzione¹⁶¹, fino a lettere e altri scritti costituzionali¹⁶² che rivelano l'intendimento pubblico del tempo intorno alla nozione di «commercio». In particolare, di primaria importanza è il celebre dibattito tra antifederalisti e federalisti¹⁶³, in ragione del quale si assiste alla frequente citazione di passaggi de *Il Federalista* di Hamilton, Madison e Jay¹⁶⁴.

La studio delle fonti esterne non toglie però centralità al testo costituzionale e ai ragionamenti su di esso: «immettere un senso moderno di commercio nella Costituzione genera significativi problemi testuali e strutturali. Ad esempio, non si può sostituire “commercio” con un altro tipo di attività, come la produzione [*manufacturing*]. Quando un produttore crea una macchina, l'assemblaggio non può avere luogo “con una nazione straniera” o “con le tribù indiane”»¹⁶⁵. Oltre alla valorizzazione della coerenza testuale, vi è spazio per un argomento strutturale, nel momento in cui una manipolazione del

¹⁵⁹ *Ivi*, 585-586.

¹⁶⁰ *Ivi*, 586.

¹⁶¹ *Ivi*, 587, part. 591-592.

¹⁶² *Ivi*, 586, 592.

¹⁶³ *Ivi*, 586.

¹⁶⁴ *Ibidem* e part. *ivi*, 590-591, 601.

¹⁶⁵ *Ivi*, 587.

significato originale della *Commerce Clause* – tale per cui sarebbero ricomprese nella competenza statale tutte le attività economiche che «hanno un effetto sostanziale sul Commercio»¹⁶⁶ – genererebbe l'imbarazzante problema della necessità di giustificare il lungo e dettagliato catalogo di competenze previsto dalla Costituzione: «[d]opo tutto, se il Congresso può regolare tutte le materie che hanno un effetto sostanziale sul commercio, non c'è bisogno che la Costituzione specifichi che il Congresso può adottare leggi fallimentari [...], o coniare moneta e fissare gli standard dei pesi e delle misure [...], o punire i falsari delle monete e delle garanzie degli Stati Uniti»¹⁶⁷. In altre parole, «la maggior parte se non tutto l'articolo I, sezione 8 (incluse porzioni della stessa clausola sul commercio), risulterebbe una superfetazione se il Congresso avesse competenza su [tutte le] questioni che hanno un effetto sostanziale sul commercio interstatale. Un'interpretazione della clausola terza che renda il resto della sezione ottava superflua non può semplicemente essere corretta. Eppure la giurisprudenza sulla clausola commerciale di questa Corte ha approvato proprio una siffatta interpretazione: il potere che abbiamo garantito al Congresso ha inghiottito l'Articolo I, sezione 8»¹⁶⁸.

Indagini etimologiche, studio storico, impiego di canoni interpretativi e della logica giuridica, inferenze dalla struttura della Costituzione e ragionamento ipotetici: la *concurring opinion* di Clarence Thomas è un eccellente compendio della metodologia interpretativa originalista. A confermarne il pregio giungerà non a caso l'*imprimatur* di uno dei padri nobili dell'originalismo, Raoul Berger, che in un articolo di un anno successivo ricompilerà le «manipolazioni giurisprudenziali» sulla clausola, approfondendo le

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ivi*, 588.

¹⁶⁸ *Ivi*, 589.

conclusioni di Thomas – peraltro già non prive di antecedenti in letteratura¹⁶⁹ – senza tuttavia far mancare una critica al giudice della Corte Suprema nel momento in cui quest’ultimo sosteneva l’opportunità di ritornare all’intendimento originario «solo per l’avvenire»¹⁷⁰.

Non mancheranno, certo, ricostruzioni alternative. In un lungo e famoso scritto del 1999 Grant Nelson e Robert Pushaw Jr. criticheranno le ricostruzioni di Thomas e Berger sostenendo che «“regolare il commercio” [avesse] un significato standard specifico – [*id est*, quello di] adottare regole per governare tutte le attività lucrative [*all gainful activities*], incluse materie diverse come il commercio, la navigazione, l’agricoltura, la produzione [*manufacturing*], l’industria, l’estrazione mineraria, la pesca, la costruzione, il lavoro, i salari, i prezzi [...]»¹⁷¹.

Alle critiche di Pushaw e Nelson darà risposta un celebre “convertito all’originalismo”, Randy Barnett, il quale evidenzierà la selettività dei materiali utilizzati dai due critici – e prim’ancora da Walton Hamilton e Crosskey, sulle cui analisi Pushaw e Nelson imperniano la propria ricostruzione¹⁷² – giungendo così a cementare il consenso sul significato originale di «commercio» come «scambio» (*trade*) e sull’esclusione di attività come l’agricoltura e

¹⁶⁹ Cfr. A.S. ABEL, *The Commerce Clause in the Constitutional Convention and in Contemporary Comment*, in *Minnesota Law Review*, 4/1941, 432 ss.; R.A. EPSTEIN, *Constitutional Faith and the Commerce Clause*, in *Notre Dame Law Review*, 2/1996, 167 ss.

¹⁷⁰ V. *infra* § 5.2.

¹⁷¹ G.S. NELSON, R.J. PUSHAW JR., *Rethinking the Commerce Clause: Applying First Principles to Uphold Federal Commercial Regulations But Preserve State Control over Social Issues*, in *Iowa Law Review*, 1/1999, 17.

¹⁷² R.E. BARNETT, *Commerce Clause*, cit., 105.

la mera produzione di beni dalla competenza legislativa federale¹⁷³. Nella sua analisi, Barnett dà anche ampio spazio agli altri elementi nella frase «[il potere di] regolamentare il commercio fra gli Stati», sostenendo che «regolamentare» [*regulate*] implichi la possibilità del governo federale di «vietare» una determinata pratica commerciale nel solo caso di «commercio con le nazioni straniere»¹⁷⁴ e che la preposizione «fra» (*among*) in «fra i diversi Stati» porti il pregnante senso di «tra» (*between*)¹⁷⁵. In un successivo scritto, Barnett

¹⁷³ L'analisi di Barnett approfondisce gli elementi già lambiti da Thomas. In primo luogo, le note di Madison alla Convenzione di Filadelfia, ove «il termine “commercio” appare trentaquattro volte nei discorsi dei delegati. Otto sono riferimenti non ambigui al commercio con nazioni straniere che può solo essere scambio [*trade*]. In ogni altro caso, i termini “scambio” [*trade*] o “tratta” [*exchange*] potrebbero essere sostituiti al termine “commercio” e il significato evidente della frase rimarrebbe preservato. In nessun caso il termine “commercio” è chiaramente usato in riferimento a “qualsiasi attività di lucro” [*any gainful activity*] o qualcosa di più ampio dello scambio [*trade*]». Barnett prende poi in considerazione i dibattiti nelle assemblee chiamate a ratificare la Costituzione (*ivi*, 116-125) per concludere: «se qualcuno alla Convenzione costituzionale o nelle assemblee di ratifica statali ha utilizzato il termine “commercio” [*commerce*] per riferirsi a qualcosa più comprensivo di “traffico” [*trade*] o “scambio” [*exchange*], o non lo ha reso esplicito oppure il suo commento non è stato documentato per i posteri. L'evidenza sopravvissuta è totalmente coerente su questo punto [...]»: *ivi*, 124-125.

¹⁷⁴ Cfr. *ivi*, 139-146. Barnett ritiene che il significato originale di regolare sia «rendere conforme ad una regola», il che escluderebbe la possibilità di «proibire».

¹⁷⁵ *Ivi*, 132. La locuzione «fra i diversi stati» sarebbe così traducibile: «tra persone di stati diversi», con conseguente esclusione della legislazione federale su attività economiche che, pur avendo un effetto sul commercio interstatale, avvengano interamente in un singolo Stato (*ibidem*). In aggiunta, una tale interpretazione sdrammatizzerebbe l'esegesi di «commercio»: «se il Congresso può solo regolare attività lucrativa che ha luogo tra persone di

puntellerà questa sua difesa dell'intendimento originale di «commercio» come «scambio» compulsando i numeri della *Pennsylvania Gazette* pubblicati tra il 1728 e il 1800¹⁷⁶.

Più recentemente, un altro grande convertito all'originalismo, Jack Balkin, ha tentato di giustificare la giurisprudenza non originalista della Corte Suprema in ambito di clausola commerciale attraverso un approccio di testo e principio (*text and principle*) che l'Autore non esita a configurare come originalista, o meglio, originalista vivente¹⁷⁷. Per Balkin, gli originalisti a là

stati diversi, anche la definizione più ampia di commercio non ricomprenderà molto di più del traffico o dello scambio»: *ivi*, 136. *Ad adiuvandum* v. R. BERGER, *Judicial Manipulation*, cit., 703-704.

¹⁷⁶ Cfr. R.E. BARNETT, *New Evidence of the Original Meaning of the Commerce Clause*, in *Arkansas Law Review*, n. 4/2003, 847 ss., part. 856-864.

¹⁷⁷ «Il metodo di testo e principio è sia originalista sia costituzionalista vivente. È fedele al significato originario del testo costituzionale e alle finalità sottostanti. È anche coerente con un diritto di base la cui estensione e applicazione evolve lungo il tempo, un diritto di base che lascia a ciascuna generazione il compito [di decidere] come implementare le parole e i principi della Costituzione»: J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge (MA)-London 2011, 3. Il metodo enfatizzerebbe l'intelaiatura complessa della Costituzione, che è fatta di «regole determinate» (ad es., il fatto che il Presidente debba avere almeno trentacinque anni o che il Congresso sia diviso in due camere), «standards» (ad es., il fatto che non devono essere poste in essere perquisizioni e confische irragionevoli) e «principi» (ad es., il divieto di proibire il libero esercizio della propria religione, di limitare la libertà di parola o di negare l'eguale protezione della legge) (*ivi*, 6). «Testo e principio» è così una formulazione approssimativa per un metodo che celebra queste quattro dimensioni della Costituzione: «testo, regola, standard e principio» (*ibidem*). Ora, se testo, regole e standards non sembrano presentare particolari problemi, i principi risultano entità ben più sfuggenti. Per Balkin, si tratta di «norme [...] di portata normalmente indeterminata, che non determinano il raggio

Thomas, interpretando «commercio» come «scambio di beni» (*trade of commodities*)¹⁷⁸, scambierebbero la loro concezione dell'attività commerciale per quella vigente al tempo dell'adozione della Costituzione: «[n]el diciottesimo secolo [...] la parola commercio non aveva connotazioni così strettamente economiche». Al contrario, e sulla scia di Marshall, per Balkin «commercio significava al tempo “rapporto” [*intercourse*] e aveva forti connotazioni sociali. Il commercio era una interazione e uno scambio tra persone e popolazioni. [...] Così, il commercio naturalmente includeva tutti gli scambi e le attività economiche poiché l'attività economica implicava l'interazione sociale»¹⁷⁹.

L'approccio di Balkin porterebbe ad affermare la «costituzionalità della regolamentazione federale del lavoro, del diritto dei consumatori, del diritto dell'ambiente e antidiscriminatorio; e [mostrerebbe] pure perché l'obbligo federale per gli individui di acquistare una assicurazione sanitaria è

della loro estensione, che possono applicarsi diversamente al mutare delle circostanze e che possono essere bilanciate con altre concorrenti considerazioni. Nonostante il potere persuasivo dei principi possa originare dal modo in cui ci aspettiamo si applichino quando le invociamo, la loro giurisdizione, la loro portata, il loro peso e i tipi di pratiche che regolano possono cambiare nel tempo» (*ivi*, 66). Il riferimento sembra inequivocabilmente essere il modello dworkiniano. Fisiologicamente, dunque, la dottrina ha rivolto ai principi di Balkin le stesse critiche mosse storicamente ai principi dworkiniani: v. ad es. L. ALEXANDER, *Method of Text And ? Jack Balkin's Originalism with No Regrets*, in *University of Illinois Law Review*, 3/2012, 615-621, dove si sostiene che il «peso» e le «interazioni possibili» dei principi sono prive di «algoritmo» e dunque di conoscibilità. Cfr. anche B. LEITER, *Beyond the Hart/Dworkin Debate*, cit., part. 19-27, ove sono efficacemente ricapitolate le critiche alla nozione dworkiniana di “principio”.

¹⁷⁸ *Ivi*, 140. Per contrasto alla sua «teoria dell'interazione», Balkin chiama la teoria di Thomas e Barnett la «teoria dello scambio» (*trade theory*): *ivi*, 151.

¹⁷⁹ *Ivi*, 140.

costituzionale»¹⁸⁰. L'analisi testuale-lessicale si completa dell'interpretazione "di principio" nel momento in cui l'equipollenza tra 'commercio' e 'interazione' viene giustificata da Balkin alla luce della finalità sottostante l'intero riparto di competenze – *id est* il «proposito strutturale generale dell'enumerazione delle competenze congressuali per come articolato dai costituenti: dare potere al Congresso di legiferare in tutti quei casi dove gli stati sono separatamente inadeguati o dove gli interessi della nazione potrebbero risultare danneggiati da un'azione statale unilaterale o conflittuale. Questo principio strutturale sottostà a tutte le competenze enumerate del Congresso, e in accordo a questo dovremmo interpretare la competenza sul commercio»¹⁸¹

La «teoria dell'interazione» (*interaction theory*)¹⁸² di Balkin è stata fortemente criticata da altri originalisti. Barnett ha sottolineato l'improbabilità della lettura di «rapporto» come «interazione» e la selettività, ancora una volta, dei materiali alla base di ogni teoria che non interpreti il 'commercio' come 'scambio'. Kurt Lash, a sua volta, ha dimostrato l'infondatezza del peculiare ruolo ascrivito alla Risoluzione VI della Convenzione di Filadelfia – una risoluzione che conferiva al governo federale poteri legislativi estremamente ampi¹⁸³ – che nell'analisi di Balkin, come in altre, è considerata rilevante nonostante la mancata approvazione della stessa. Natelson e Kopel hanno infine sottolineato, tra le altre cose, tanto la peculiarità della nozione di interpretazione costituzionale dell'autore – alquanto problematica

¹⁸⁰ *Ivi*, 141.

¹⁸¹ *Ivi*, 140.

¹⁸² *Ivi*, 155.

¹⁸³ Cfr. K.T. LASH, *Resolution VI: The Virginia Plan and Authority to Resolve Collective Action Problems Under Article I, Section 8*, in *Notre Dame Law Review*, 5/2012, 2152-2163.

invero¹⁸⁴ – quanto la difficoltà di far derivare dal principio del miglior coordinamento delle attività economiche le conclusioni nazionalizzanti di Balkin¹⁸⁵.

Al netto dello stato dell'arte nell'interpretazione della clausola sul commercio, tuttavia, ciò che interessa sottolineare è la «svolta» dell'orizzonte generale¹⁸⁶: il dibattito moderno sulla *Commerce Clause* è oggi dominato dall'inquadramento originalista, come paradossalmente proprio gli studi critici di Pushaw, Nelson e Balkin dimostrano. Nel tentativo di confutare le conclusioni originaliste, i critici sembrano accettare la premessa sulla vincolatività dell'intendimento originario – *id est* il «principio del vincolo»¹⁸⁷. Dall'altra parte, il significato della clausola è fatto riposare sul corretto intendimento

¹⁸⁴ Cfr. G.S. LAWSON, *Dead Document Walking*, in *Boston University Law Review*, 4/2012, 1227-1228, il quale giunge a distinguere ben otto «funzioni» che una teoria interpretativa dovrebbe svolgere nel pensiero di Balkin.

¹⁸⁵ «[N]on si deve presupporre che i costituenti [*founders*] limitarono il potere federale perché ritenevano che attività riservate alla regolamentazione statale non avessero effetto sugli altri stati. Loro vedevano benissimo che un certo tipo di attività poteva avere un effetto sugli altri stati [...]. Ma come i documenti della ratificazione rendono abbondantemente chiaro, i costituenti decisero alla fine di sacrificare l'esaustività [delle attività ottimamente regolabili a livello nazionale] in favore della libertà: per loro, un fine più importante della massimizzazione dell'efficienza di un governo centrale era la minimizzazione del rischio di tirannia». R.G. NATELSON, D. KOPEL, *Commerce in the Commerce Clause: A Response to Jack Balkin*, in *Michigan Law Review First Impressions*, 2010, 61.

¹⁸⁶ Di una svolta storico-originalista nel dibattito costituzionale già parlava negli anni '90 J.N. RAKOVE, *Fidelity Through History (Or To It)*, in *Fordham Law Review*, 4/1997, 1592, nota 14.

¹⁸⁷ Su cui *supra* § 2.

storico della disposizione, come predicato dall'originalismo metodologico secondo la «teoria della fissazione»¹⁸⁸.

Al tempo stesso l'analisi della *Commerce Clause* ci indica già la scommessa su cui riposa l'intera credibilità dell'approccio originalista: nella credenza che la metodologia interpretativa originalista – qui esemplificata dalla *concurrency* di Clarence Thomas – sia maggiormente in grado di fornire conclusioni *determinate* sul significato della Costituzione, rispetto alle alternative metodologiche, risiede – come vedremo – una nota giustificazione epistemologica, e in qualche modo anche applicativa, dell'originalismo¹⁸⁹.

5. *Il federalismo come “problema” per l'originalismo*

Se nelle pagine precedenti è stato messo in luce il portato scientifico e critico dell'originalismo interpretativo allo studio e alla pratica del federalismo attraverso l'analisi di fondamentali clausole del riparto di competenze, dall'altra parte, come detto, è il federalismo che “si presta”, specularmente, a uno studio critico dell'originalismo. Secondo eminenti autori, infatti, proprio l'analisi del riparto di competenze nella Costituzione americana e della sua declinazione storico-giurisprudenziale porterebbe a giudicare fallimentare l'approccio originalista e come metodologia interpretativa e come filosofia giudiziale.

5.1. *Il problema metodologico: la «sottodeterminazione» delle fonti*

¹⁸⁸ *Ibidem.*

¹⁸⁹ V. *infra* § 5.2.

Nel più volte citato libro del 2007, Edward Purcell Jr. ha affrontato direttamente il tema del federalismo in prospettiva originalista pervenendo a conclusioni decisamente scettiche sulla possibilità di raggiungere un consenso sui paletti del riparto di competenze e, soprattutto, sulla capacità dell'originalismo di fornire la sospirata *actio finium regundorum* vanamente ricercata in più di duecento anni di storia statunitense¹⁹⁰. A causa della natura

¹⁹⁰ Cfr. E. PURCELL JR., *Originalism*, cit., 189.

originariamente «ambigua»¹⁹¹, «frazionata»¹⁹², «strumentale»¹⁹³ e «contingente»¹⁹⁴ del riparto di competenze l'Autore giudica «la pretesa secondo cui

¹⁹¹ Cfr. *ivi*, 17-37. Per Purcell Jr. «il federalismo americano [...] era doppiamente confuso [*blurred*] perché era sia ambivalente sia ambiguo» (*ivi*, 17). L'ambivalenza derivava dal fatto che la Costituzione «creava una struttura che poneva due contrapposti livelli di governo in stretta tensione attribuendo ad essi poteri, giurisdizione e responsabilità sovrapponibili» (*ivi*, 17); «intersecavano poi ancor maggiormente i due livelli, e aumentavano incommensurabilmente la tensione tra di essi, i valori comuni – ma imprecisi e dibattuti – che entrambi erano chiamati a proteggere» (*ivi*, 18); «in questo modo, quei “valori” non potevano identificare le linee e i limiti corretti per un sistema federale che funzionasse in astratto e in concreto» (*ibidem*). L'ambiguità deriva invece dalla natura «imprecisa» e «incompleta» (*ivi*, 24) delle disposizioni costituzionali: «nonostante i ripetuti riferimenti ai “principi del federalismo”, nessuno era in grado di ricompilarne una lista dirimente o, più efficacemente, ottenere un consenso ufficiale sulla loro specificazione» (*ibidem*). Questo esito non era un accidente o una fatalità, ma derivava dalla divisione ideologica tra i costituenti: «considerando la Costituzione come un documento pienamente storico, [...] i suoi buchi e ambiguità erano comprensibili tanto quanto i mutevoli e confliggenti punti di vista di quanti dibatterono la sua ratifica e applicazione. [La Costituzione] era incompleta e ambigua per ragioni facilmente comprensibili e totalmente inevitabili: [era] nata nel conflitto, nel compromesso, nell'inventiva e nella convenienza [...]. Quei conflitti spiegavano la natura incompleta e ambigua del prodotto finale della convenzione [di Filadelfia]» (*ivi*, 34-35).

¹⁹² Cfr. *ivi*, 38-52. Il frazionamento dell'Unione sarebbe il prodotto della duplice divisione a livello federale (la separazione dei poteri) e a livello statale (ove coesistevano interessi diversi tra gli stati, divisioni interne agli stati e l'unione di questi due elementi): «i sempre più numerosi stati e le loro sempre più numerose e diversificate fazioni interne interagivano con un governo centrale diviso in tre distinte e spesso opposte branche, ed insieme creavano una dinamica costituzionale che era tutto fuorché binaria. Complesso, volatile e multilivello, era un sistema altamente frazionato in cui caleidoscopici e mutevoli interessi e alleanze

mantenevano flessibili le operazioni del sistema federale. La caleidoscopica politica della struttura [federale] preveniva sia “il governo centrale” sia “gli stati” dall’agire come forze monolitiche e coerenti nel mantenere una linea chiara e definita tra le loro rispettive sfere di autorità» (*ivi*, 52).

¹⁹³ Cfr. *ivi*, 53-68. Purcell Jr. parte dal dato incontrovertito per cui «la struttura federale era designata per essere uno strumento» per concludere che «il federalismo è strumentale [...] non meramente nella pratica ma nell’essenza» (*ivi*, 53). Quanto vuole intendere con questo è che la strutturazione ordinamentale federale era originariamente intesa per evitare che il potere decisionale fosse identificabile in organi e strutture ben precise: la divisione dei poteri secondo una modalità di non ben definiti «pesi e contrappesi» (*ivi*, 54) sarebbe stata appunto finalizzata a evitare che “la fazione” che avrebbe preso controllo di un determinato apparato (mettiamo: il legislativo federale) fosse schermata da interferenze e controlli esterni: «se ciascuna componente della struttura [federale] esercitava una discrezionalità nello svolgere il proprio ruolo, al tempo stesso ciascuna godeva di discrezionalità nel determinare in quali modi e fino a che punto avrebbe risposto alle azioni delle altre componenti» (*ivi*, 58). Da qui la «pura plasticità della sua natura doppiamente sfocata, la facilità con cui i suoi principi e disposizioni potevano essere adattati a diverse e confliggenti finalità che animarono le cangianti politiche della nazione durante i secoli» (*ivi*, 65).

¹⁹⁴ Cfr. *ivi*, 69-82. La natura «contingente» del riparto di competenze sarebbe il prodotto di due fattori: «in primo luogo, la Costituzione incorporava principi destinati a garantire che il suo sistema di governo si evolvesse nel tempo. Imponeva certi cambiamenti e ne autorizzava altri. In secondo luogo, la Costituzione conteneva diverse disposizioni che invitavano o rendevano necessari adattamenti pragmatici ai diversi momenti e condizioni. Idee morali come “giustizia” e “libertà”, finalità collettive come “difesa comune” e “welfare generale”, e concetti con riferimento empirico come “commercio” e “progresso della scienza e delle utili arti”, tutti questi elementi infondevano al documento inerenti principi di vitalità» (*ivi*, 69-70). Tra i «cambiamenti imposti» si annoverano le diverse forme di elezioni (*ivi*, 70-71) e le modifiche legislative all’organizzazione degli altri apparati (*ivi*, 71-72), mentre

la natura “originale” del federalismo americano possa servire come una norma direttiva specifica [...] semplicemente errata»¹⁹⁵: «la Costituzione stessa, con o senza l’aiuto delle fonti “originaliste”, non ha né potrebbe fornire norme direttive specifiche in grado di risolvere le dibattute questioni inerenti al federalismo che dal 1787 hanno diviso gli americani»¹⁹⁶.

Le reinterpretazioni giurisprudenziali del riparto di competenze denunciate dagli originalisti non sono, per Purcell Jr., lo snaturamento di una geometria costituzionale originaria, pristina e ben definita, ma il prodotto naturale di un testo costituzionale da sempre fundamentalmente indeterminato. Rendersi conto di questa situazione e della sua inevitabilità è l’unica opzione sostenibile per Purcell Jr.: «all’inizio del ventunesimo secolo, l’esperienza vissuta dalla maggior parte degli americani ha reso il “federalismo” un concetto sempre più astratto e senza radici. Ambiguo e contingente fin dall’inizio, e sempre più remotamente legato agli albori del lungo passato della nazione, le linee di divisione tra la competenza statale e nazionale sono divenute ancor più indistinte e facilmente manipolabili. La vera natura della struttura federale – il suo carattere doppiamente sfocato, frazionato, strumentale e

«cambiamenti autorizzati» sarebbero l’entrata di nuovi stati (*ivi*, 71) e il procedimento di revisione costituzionale (*ivi*, 73-74). Gli «adattamenti invitati» (*ivi*, 74) sarebbero avvenuti attraverso una reinterpretazione giurisprudenziale dei concetti costituzionali: «nel diciottesimo secolo, quando “il commercio” rimaneva in molti modi locale e il “welfare” era raramente “generale” dal punto di vista funzionale, il Congresso ritenne un’autorità limitata su entrambi. Nel momento in cui il mondo cambiò gli americani furono costretti ad applicare le contingenti disposizioni della Costituzione a nuove, inimmaginate e rivoluzionarie realtà» (*ivi*, 76). «Infondendo nuovo significato a molti dei vocaboli chiave della Costituzione, ed espandendo così il raggio d’azione dell’autorità nazionale e della sua responsabilità, quegli sviluppi riallinearono le operazioni della struttura federale» (*ivi*, 79).

¹⁹⁵ *Ivi*, 6.

¹⁹⁶ *Ivi*, 14.

contingente – non è mai stata così evidente»¹⁹⁷. Non si tratterebbe allora del fatto che «il federalismo “è cambiato” negli anni ma che la natura dell’originale struttura costituzionale ha reso il cambiamento inevitabile»¹⁹⁸.

Se la pretesa di poter tracciare confini determinati tra la competenza statale e federale emerge come insostenibile, non è nemmeno immaginabile una filosofia giudiziale che inviti a un’aderenza totale a simili confini normativi¹⁹⁹: «ogni tentativo di interpretare le disposizioni della Costituzione sul federalismo solamente alla luce del loro significato originario [è] destinato al fallimento in quanto fin da principio quelle disposizioni erano incerte e incomplete e in quanto crearono un sistema di governo intrinsecamente dinamico e *sottodeterminato*»²⁰⁰. Da qui la conclusione marcatamente “realista” per cui «le specifiche teorie e proposizioni che pretendevano di tracciare linee di autorità chiare e determinate tra gli stati e la nazione erano in ultima analisi radicate non nella costituzione o in altre fonti “originaliste” ma nei personali valori, credenze, interessi e finalità di quelli che articolarono le teorie e le proposizioni». Ciò non significa «che alcune persone [non] credessero sinceramente nelle loro specifiche versioni del federalismo; né [...] che alcuni genuinamente credessero che le loro *concezioni* erano imposte dalla Costituzione medesima. Significa soltanto che quelle persone erano [...] in errore»²⁰¹.

Le considerazioni di Purcell si trovano espresse in modo se possibile ancor più convincente in un’analisi di Peter Smith sulle fonti portate a sostegno di opposte concezioni del riparto di competenze nella giurisprudenza costituzionale del periodo 1970-2004. Attraverso uno studio di regolarità citazionali, Smith dimostra come i giudici conservatori – teoricamente più affini

¹⁹⁷ *Ivi*, 83.

¹⁹⁸ *Ivi*, 189.

¹⁹⁹ Sul legame *logico* tra originalismo metodologico e normativo v. *supra* § 2.

²⁰⁰ E. PURCELL JR., *op. cit.*, 193 (enfasi aggiunta).

²⁰¹ *Ivi*, 195.

dell'originalismo e al federalismo – abbiano utilizzato con assoluta maggiore frequenza gli scritti degli anti-federalisti rispetto a quelli dei federalisti, mentre la componente *liberal* avrebbe fatto il contrario²⁰²; nella foga di combattere lo straripante potere federale, i giudici conservatori «che hanno guidato il revival del federalismo potrebbero stare giustificando le loro decisioni in materia di federalismo sulle idee che al tempo della fondazione della nazione erano proprie degli oppositori giurati della Costituzione»²⁰³ e che, come noto, hanno perso la battaglia per evitarne la ratifica.

Lungi dal risolversi nell'evidenziazione del poco credibile privilegio epistemico riservato agli oppositori della Costituzione – nell'interpretazione *costituzionale* – il dato adombrerebbe un problema più ampio: la sostanziale manipolabilità delle fonti, derivante dalla disponibilità di materiali storici contrastanti sul significato originale delle disposizioni²⁰⁴. La giurisprudenza costituzionale sul federalismo non sarebbe teatro di uno scontro tra una fazione originalista che fa ricorso alle fonti storiche e una non originalista – magari “costituzionalista vivente” – che le ignora: almeno questa non sarebbe l'ordinarietà²⁰⁵. Confermando la tesi sulla natura formalmente

²⁰² P.J. SMITH, *Sources of Federalism: An Empirical Analysis of the Court's Quest for Original Meaning*, in *UCLA Law Review*, 1/2004, 223.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ «La forte differenza nelle regolarità di citazione tra la maggioranza e l'opposizione conferma quello che gli storici sanno da tempo: che la ricerca per un intendimento originale difficilmente risulterà in riposte interamente soddisfattorie (o conclusive)» (*ivi*, 282-283).

²⁰⁵ Una storica eccezione è *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), non a caso descritta come un atto di «semplice giustizia» (così, R. KUGLER, *Simple Justice: The History Of Brown V. Board Of Education And Black America's Struggle For Equality*, New York 1977). Da notare, tuttavia, che la mancata vincolatività del significato originale dell'Egual protezione della legge fu giustificata dal fatto che «la storia legislativa era

originalista di tutte le sentenze della Corte, anche quelle più *sostanzialmente* non originaliste, l'analisi di Smith dimostrerebbe come, seppur nella comune adozione di una metodologia interpretativa di carattere originalista, conservatori e progressisti *liberal* riescano a derivare conclusioni divergenti sul significato della Costituzione, semplicemente attribuendo un diverso peso alle fonti storiche²⁰⁶.

Se questo è vero, viene automaticamente messo in discussione il motivo che muove l'indagine originalista, dal momento che l'invenimento di un significato originale e oggettivo da parte dell'originalismo interpretativo è il presupposto dell'originalismo normativo – *idest*, della pretesa di vincolare i giudici al rispetto del significato della Costituzione, impedendo alle loro personali preferenze politiche e istituzionali di influire sulle sentenze. Se Smith ha ragione, la finalità centrale dell'originalismo normativo – escludere le ideologie dei giudici dall'amministrazione della giustizia – è «illusoria» perché l'originalismo interpretativo è incapace di rispettare le aspettative, fornendo il vagheggiato significato oggettivo delle disposizioni costituzionali: «[l]o studio ha [...] implicazioni importanti per la difesa [dell'originalismo] basata sulla capacità di vincolare i giudici. [...] La differenza sostanziale tra le voci storiche a cui si affidano l'attuale maggioranza e opposizione [della Corte] per determinare il significato originale suggerisce che il significato originale è elusivo e che l'originalismo non ha effettivamente vincolato la capacità dei giudici di decidere i casi inerenti al federalismo in base alla loro visione [...] dell'appropriato equilibrio tra l'autorità statale e federale»²⁰⁷.

inconclusiva» sull'intendimento originario: cfr. *Brown*, 347 U.S. at 489. Per un'altra eccezione v. K.E. WHITTINGTON, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent & Judicial Review*, Lawrence 1999, 198, nota 114.

²⁰⁶ P.J. SMITH, *op. cit.*, 286-287.

²⁰⁷ *Ivi*, 281.

Entrambe le analisi enfatizzano così il principale ostacolo che impedirebbe un'interpretazione originalista (*id est*, oggettiva) del federalismo nella Costituzione americana²⁰⁸: l'indeterminatezza o – per usare un termine oggi più diffuso presso la dottrina giuridica, non solo americana – la «sottodeterminazione» della Costituzione²⁰⁹. Il concetto sottostante è semplice, e ben

²⁰⁸ Cfr. E.A. PURCELL JR., *op. cit.*, 193, 206 e P.J. SMITH, *op. cit.*, 279-280.

²⁰⁹ Il passaggio da indeterminatezza a sottodeterminazione nella dottrina costituzionale sembra attribuibile a L.B. SOLUM, *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma*, in *University of Chicago Law Review*, 2/1987, 471-476. La sottodeterminazione è il noto problema discusso in filosofia della scienza ed epistemologia per cui un determinato fenomeno è spiegabile da due teorie scientifiche diverse allo stesso tempo: cfr. K. STANFORD, *Underdetermination of Scientific Theory*, in E.N. ZALTA (a cura di), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017. La sottodeterminazione delle teorie scientifiche gioca un ruolo centrale nell'epistemologia quineana (c.d. tesi Duhem-Quine) insieme alla connessa teoria sull'olismo semantico: il rilievo di questi temi per l'analisi giuridica è ampiamente discusso in B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford 2007, 36. Il tema della sottodeterminazione spinge all'adozione dell'inferenza alla miglior spiegazione (IBE) come metodo risolutivo: su di essa v. I. DOUVEN, *Abduction*, in E.N. ZALTA (a cura di), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2021. Per un'applicazione dell'IBE all'interpretazione costituzionale si consenta il rimando a S.R. VINCETI, *Abstract Clauses*, cit. 348-349. Sul tema della sottodeterminazione, nella teoria costituzionale italiana, v. ad es. G. PINO, *Teorie e dottrine dei diritti della personalità. Uno studio di meta-giurisprudenza analitica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2003, 237 ss., part. 259-264; F. LONGO, A. MASTROPAOLO, F. PALLANTE, *Incertezze derivanti dalla ineliminabile, ma non adeguatamente contenuta, oscurità linguistica delle disposizioni normative*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il Libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino 2012, 44-49; I. MASSA PINTO, *Costituzione e lavoro, totem e tabù*, in *Costituzionalismo.it*, 7 novembre 2012, www.costituzionalismo.it.

noto al costituzionalista italiano²¹⁰: il contrasto nelle fonti storiche – *in primis* il testo costituzionale e i lavori preparatori – ovvero nei metodi giuridici per interpretarle può rendere le disposizioni costituzionali sul riparto di competenze sempre suscettibili di una pluralità di interpretazioni²¹¹, tutte egualmente giustificabili in un’ottica originalista. Il riparto di competenze sarebbe dunque “sottodeterminato originalisticamente”, nella misura in cui vi sarebbe sufficiente materiale storico per giustificare almeno due significati originali²¹². È in forza di tale fenomeno che si spiegano, allora, i non infrequenti scontri tra posizioni originaliste, rilevati anche dalla dottrina italiana²¹³.

A causa di questa sottodeterminazione delle fonti il giudice non potrebbe non operare una scelta discrezionale tra diversi esiti giuridici, tutti epistemologicamente (*rectius*: originalisticamente) sostenibili. A determinare in concreto il risultato del processo interpretativo – e poi applicativo – non sarebbe il miglior apprezzamento delle fonti giuridiche ma, di nuovo, la singola

²¹⁰ V. ad es. lo “storico” problema della nomina dei cinque senatori a vita di cui all’art. 59, Cost., potenzialmente riferibile sia all’organo “Presidenza della Repubblica” – per cui cinque sarebbe il numero massimo assoluto di senatori a vita – che al Presidente della Repubblica *persona fisica* – per cui ogni Presidente avrebbe una quota di cinque senatori a vita nominabili, così che il loro numero massimo assoluto sarebbe «indeterminato». Cfr. G.U. RESCIGNO, *Interpretazione e Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 1/2011, 18-21. Oggi, come noto, il dilemma è stato superato dal legislatore costituzionale, in favore della riferibilità all’ufficio della Presidenza, con la l. cost. n. 1/2020, art. 3.

²¹¹ Il problema dell’indeterminatezza giuridica – di cui la «sottodeterminazione costituzionale» è un sottoinsieme – non nasce con l’originalismo né trova prima ed esclusiva applicazione in riferimento al riparto di competenze: cfr. per una trattazione assolutamente comprensiva B. LEITER, *op. cit.*, 9-12.

²¹² L.B. SOLUM, *We are All*, cit., 22.

²¹³ Cfr. ad es. N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, in *Quad. cost.*, 4/2020, 839 ss.

ideologia del giudice. Nel caso del riparto di competenze, dunque, la sottodeterminazione costituzionale renderebbe decisiva la maggiore o minore simpatia del giudice costituzionale per il governo federale²¹⁴. L'idea di un significato oggettivo (*rectius*: originale) della Costituzione – che è oggetto dell'originalismo interpretativo e presupposto dell'originalismo normativo – si mostrebbe in definitiva come una «chimera»²¹⁵.

Ora, la sottodeterminazione costituzionale non è fenomeno in discussione nella dottrina costituzionale moderna²¹⁶. Davanti a questa «crisi dell'indeterminatezza»²¹⁷, come è stata chiamata, gli originalisti hanno sviluppato alcuni contro-argomenti, il più celebre dei quali è senza dubbio la distinzione tra interpretazione e costruzione costituzionale²¹⁸, dove la prima attività consisterebbe nel mero accertamento del significato originale delle disposizioni, mentre la seconda determinerebbe il loro «effetto giuridico» – *id est*, l'applicazione del significato originale al caso concreto. In plurime occasioni, beninteso, l'interpretazione giuridica è esaustiva dell'applicazione costituzionale: si pensi al caso dell'esclusione di un soggetto di diciotto anni dalla candidabilità a Presidente, per cui sono richiesti i famosi “trentacinque anni”; qui alcuni originalisti parlano di una costruzione costituzionale triviale, sebbene la maggior parte preferisca escludere che vi sia alcuna costruzione giuridica.

In altri casi, invece, l'«effetto giuridico» non è di immediata derivazione. Un tipico esempio, per limitare il campo alle clausole trattate nel contributo,

²¹⁴ P.J. SMITH, *op. cit.*, 281.

²¹⁵ P. BREST, *The Misconceived Quest*, cit., 222. Cfr. anche J.K. RAKOVE, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York 1996, part. 34-36.

²¹⁶ Cfr. L.B. SOLUM, *We are All*, cit., 20-22.

²¹⁷ L.B. SOLUM, *Indeterminacy*, cit., 462.

²¹⁸ Per motivi di spazio, non si tratta qui del criterio – meno famoso, eppure epistemologicamente più convincente – sul «ragionevole interprete» o «interprete ipotetico» di G.S. LAWSON, G. SEIDMAN, *Originalism*, cit., 48, 51-70.

è il problema dell'adottabilità di normative statali sul commercio interstatale qualora non esista una normativa federale²¹⁹: muta la Costituzione sul punto, sarebbe possibile concludere sia per l'ammissibilità che l'illegittimità della legislazione statale nelle materie enumerate, in assenza di una vigente normativa federale. Entrerebbe allora qui in gioco la costruzione costituzionale vera e propria, che si svolge in modo diverso in diversi autori originalisti, benché sempre nel quadro semantico tracciato dal precedente momento interpretativo²²⁰. Si ha costruzione costituzionale, in altre parole, quando il «significato originale non basta più» (*runs out*)²²¹: la sottodeterminazione costituzionale è appunto il paradigmatico caso in cui entra in gioco la costruzione costituzionale.

Il problema della sottodeterminazione e della costruzione costituzionale rischia però di oscurare un punto altrettanto importante nella dottrina originalista. Per molti sostenitori, infatti, l'originalismo trionferebbe come *metodologia interpretativa* non tanto per la sua determinatezza o infallibilità – quale indagine storica potrebbe esserlo? – ma per l'assenza di alternative. L'argomento è felicemente sintetizzato nel noto detto secondo cui «è

²¹⁹ V. L.J. STRANG, *An Evaluation of Historical Evidence for Constitutional Construction from the First Congress' Debate over the Constitutionality of the First Bank of the United States*, in *University St. Thomas Law Journal*, 1/2018, 198. Sempre in ambito di *Commerce Clause* v. anche M. ALEXANDER PEARL, *Originalism and Indians*, in *Tulane Law Review*, 2/2018, 329-335, in relazione alla sottodeterminazione delle «tribù indiane» evocate dalla clausola sul commercio.

²²⁰ Per un catalogo delle teorie di costruzione costituzionale proposte dai diversi originalisti cfr. L.B. SOLUM, *We are All*, cit., 22.

²²¹ R.E. BARNETT, *Interpretation and Construction*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 1/2011, 69-70.

necessaria una teoria per battere una teoria»²²². Se infatti è chiaro che cosa critici come Purcell Jr. e Smith obiettino – non senza ragioni –, non altrettanto evidente è la metodologia alternativa con cui i non originalisti intenderebbero sostituire l’originalismo.

Al contempo, non sembrerebbe possibile evadere più di tanto il punto, affidando serenamente il giudizio costituzionale al prudentiale apprezzamento della Corte Suprema, ai suoi «giudizi pragmatici» (*practical judgments*)²²³, come sembra voler fare Purcell Jr. Al riguardo, rileva perfettamente O’Neill come «se la Corte è solo un’altra voce, per quanto saggia, nel dibattito politico che circonda il federalismo, diventa molto più problematico giustificare l’ascolto rispetto alle altre»²²⁴. E continua, in una citazione che vale la pena riportare per intero: «[p]er parte sua Purcell può lasciare la questione [della correttezza interpretativa] al livello del pragmatismo e delle conseguenze [delle decisioni] perché lui ha già escluso con sicurezza “qualsiasi originario contratto sociale, capace di vincolare le future generazioni”, come base della “continua legittimità del governo costituzionale”. Ma è esattamente questa tradizione di pensiero su cui si basa l’autorità della Corte come istituzione, la costringe a parlare frequentemente in lingua originalista e spiega l’obbedienza della maggior parte delle persone quando essa invoca il valore giuridico [*the force of law*] delle sue interpretazioni della

²²² R.A. EPSTEIN, *Common Law, Labor Law, and Reality: A Rejoinder to Professors Gertman and Kohler*, *The Yale Law Journal*, 8/1983, 1435. La frase si è popolarizzata nel detto scaliniano per cui «non puoi battere qualcuno con nessuno»: cfr. A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 3/1989, 855. V. al riguardo L.B. SOLUM, *It Takes a Theory to Beat a Theory*, in *Legal Theory Lexicon*, 21 ottobre 2012.

²²³ E.A. PURCELL JR., *op. cit.*, 204.

²²⁴ J. O’NEILL, Recensione a *Originalism, Federalism, and the American Constitutional Enterprise: A Historical Inquiry* by Edward A. Purcell, in *Political Science Quarterly*, 3/2008, 553.

Costituzione»²²⁵. Se non si presenta un paradigma di correttezza interpretativa alternativo, in altre parole, la metodologia originalista, complessa e intuitiva al tempo stesso, ne esce infine rilegittimata: non dall'assenza di difetti, bensì di alternative.

L'argomento scaliniano permette così di rimettere a fuoco l'assunto centrale dell'originalismo. L'intera metodologia interpretativa originalista non riposa sulla sua perfezione o completa determinatezza, ma sul presupposto che non esista metodo per inventire il *significato* della Costituzione diverso dalla ricerca *storica*. In questo senso, certamente, l'originalismo interpretativo postula una tesi sul «significato di significato», declinato in senso essenzialmente storico²²⁶. Non per altro Antonin Scalia ha riconosciuto che «l'originalismo [...] è un compito a volte più adatto allo storico che al giurista»²²⁷, dal momento che «è difficile tuffarsi nel significato di un testo antico», implicando tale operazione tanto lo spoglio di una «enorme massa di materiali»²²⁸ quanto l'immersione «nell'atmosfera politica e intellettuale del tempo»²²⁹. In questo apparirebbe anche la natura «sempliciotta» (*simple-minded*)²³⁰ della teoria, nella misura in cui l'originalismo proporrebbe per l'interpretazione del

²²⁵ *Ibidem*. Le citazioni interne sono a E.A. PURCELL JR., *op. cit.*, rispettivamente 204 e 10.

²²⁶ L.B. SOLUM, *We are All*, *cit.*, 10-11, 13-17, 54-58.

²²⁷ A. SCALIA, *op. ult. cit.*, 857.

²²⁸ E cioè, «nel caso della Costituzione e dei suoi emendamenti, ad esempio, per menzionare un solo elemento, gli atti dei dibattiti sulla ratifica in tutti gli stati» (*ivi*, 856).

²²⁹ Anche «mettendo in qualche modo da parte conoscenze che abbiamo e che una precedente età non aveva, e assumendo credenze, comportamenti, filosofie, pregiudizi e fedeltà che non sono quelle più quelle di oggi» (*ivi*, 856-857).

²³⁰ Dal titolo di un celebre contributo: L. ALEXANDER, *Simple-Minded Originalism*, in G. HUSCROFT, B.W. MILLER (a cura di), *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*, New York 2011, 87 ss.

testo costituzionale un approccio non dissimile a quello che una qualsiasi persona adotterebbe ritrovando in una vecchia casa «una ricetta risalente all'ultima parte del diciottesimo secolo sulla preparazione del pollo fritto»²³¹.

Questo è allora, davvero, il vero assunto alla base dell'originalismo interpretativo: che il «significato» delle disposizioni sia un fatto *storico*, concluso nel tempo – con la celebre enfasi di Scalia: «la Costituzione è morta morta morta!»²³² – e in quanto fatto storico la sua ricognizione deve avvenire secondo i mezzi interpretativi della ricerca storica. Correlativamente, questo implica anche l'impossibilità di chiedere all'indagine originalista livelli di certezza e determinatezza scientifiche superiori a quelli dell'indagine storica, come peraltro proprio i critici della teoria puntualmente riconoscono: «[l]'intendimento originario è per sua natura elusivo; non possiamo aspettarci dai giudici più di quello che ci aspettiamo dagli storici»²³³.

5.2. *Il problema applicativo: il “costo” dell'originalismo*

La fase applicativa dell'originalismo non risente, tuttavia, soltanto delle difficoltà ereditate dall'incompletezza epistemologica dell'originalismo interpretativo. Parte della critica preferisce astenersi da questioni interpretative e richiamare l'attenzione sulle conseguenze pratiche di un'eventuale adozione dell'originalismo normativo. Anche fosse possibile isolare un significato originale del riparto di competenze, ci si chiede se sarebbe davvero augurabile decidere qualsiasi giudizio di costituzionalità in conformità a esso. Nei costi

²³¹ G.S. LAWSON, *On Reading Recipes... And Constitutions*, in *Georgetown Law Journal*, 6/1997, 1825.

²³² Citato in E.J. SEGALL, *Will The Real Justice Scalia Please Stand Up?*, in *Wake Forest Law Review (Online)*, 2015, 101.

²³³ P.J. SMITH, *op. cit.*, 282.

dell'assoluta "fedeltà costituzionale" al significato originale del riparto di competenze alcuni non originalisti trovano allora una ragione forte per rigettare l'adozione dell'originalismo come teoria normativa.

Questa linea di pensiero può essere fatta risalire a uno dei padri del costituzionalismo vivente²³⁴, Woodrow Wilson, che dopo aver definito «la questione della relazione degli Stati con il governo federale [...] la questione cardine del nostro sistema costituzionale» osservava come essa non «possa essere risolta dall'opinione di qualsiasi precisa generazione, dal momento che si tratta di una questione di crescita [*question of growth*], ed ogni successivo stadio del nostro sviluppo politico ed economico le conferisce un nuovo aspetto, rendendola una questione nuova»²³⁵. Questa «crescita» del federalismo verrebbe erroneamente bloccata nell'originalismo, che pretenderebbe invece di risolvere la «questione del federalismo» nell'«opinione di una generazione»: quella dei costituenti o delle generazioni che adottarono i successivi emendamenti. Sulla scia di queste considerazioni, James Fleming ha di recente visto «un pesante insulto alla dignità dei costituenti» in questa dimensione oggettivista e vincolante dell'originalismo, nel momento in cui «attribuisce arroganza agli autori delle norme della Costituzione», sostenendo che essi stessi avrebbero inteso ritenere vincolanti le loro concezioni delle clausole costituzionali²³⁶.

Tuttavia, il vero costo dell'originalismo normativo non risiederebbe tanto nella perdita di un ruolo attivista della Corte o nel suo soffocante contenimento in una giurisprudenza più deferente verso le scelte legislative e il significato originale – l'effetto, per così dire, *pro futuro*. Ciò che davvero è inaccettabile per gli oppositori e preoccupa anche i sostenitori è l'effetto *ex tunc*:

²³⁴ Cfr. S. DODSON, *A Darwinist View of the Living Constitution*, in *Vanderbilt Law Review*, 5/2008, 1328.

²³⁵ W. WILSON, *Constitutional Government in the United States*, New York 1908, 173.

²³⁶ Cfr. J.E. FLEMING, *Fidelity*, cit., 4.

dall'adesione di una filosofia giudiziale originalista deriverebbe infatti l'abrogazione di un insieme rilevante di decisioni che, non conformi al significato originale della costituzione, sono però parte integrante del diritto costituzionale vivente e su cui il popolo americano farebbe ormai sicuro affidamento. È questo il vero carattere «dirompente» (*disruptive*)²³⁷ dell'adesione all'originalismo normativo stigmatizzato da larga parte della critica e problematicamente vissuto dagli stessi sostenitori della teoria, che in diversi modi cercano di negare qualsiasi «big bang costituzionale»²³⁸ che conseguirebbe all'abbraccio dell'originalismo normativo.

Limitando l'ambito di indagine ai precedenti in materia di riparto di competenze – in materia di diritti civili il problema è più evidente²³⁹ e controverso

²³⁷ Come afferma Scalia: «la richiesta che gli originalisti siano “coerenti alle loro aspirazioni” e rinneghino il principio di *stare decisis* è essenzialmente la richiesta che, loro soli, rendano la propria metodologia così dirompente rispetto del consolidato stato delle cose che risulterà utile solo come una discettazione accademica e non come una fattibile prescrizione per il governo dei giudici»: A. SCALIA, *Response*, in ID., *A Matter*, cit., 139.

²³⁸ L.B. SOLUM, *Living With*, cit., 159.

²³⁹ Si pensi alla segregazione razziale nelle scuole – sanzionata in *Brown* – che l'adesione all'originalismo normativo imporrebbe di considerare costituzionale, riammettendo gli stati alla possibilità di segregare razzialmente. Nella sua celebre opera, infatti, Raoul Berger ha dimostrato l'infondabilità di tale decisione nel XIV Emendamento e, dopo una resistenza iniziale, oggi la dottrina assolutamente maggioritaria ritiene il *decisum* in *Brown* – per quanto moralmente condivisibile – non giustificabile in base al significato originale dell'Egual protezione della legge contenuta nel XIV Emendamento: così riconosce, seppur in senso critico, M.W. MCCONNELL, *Originalism and the Desegregation Decisions*, in *Virginia Law Review*, 4/1995, 949-953. Insieme a McConnell, Bork è l'altro grande esempio di originalista che ritiene *Brown* fondabile nel significato originale dell'emendamento: cfr. R.H. BORK, *Neutral Principles*, cit., 14-15, e ID., *The Tempting*, cit., 77-84.

al tempo stesso²⁴⁰ – «ritornare all'intendimento originale della clausola sul commercio [...] richiederebbe concretamente lo "smantellamento di larghe porzioni del moderno governo federale". Molti e popolari programmi federali relativi ai salari, al lavoro e al divieto di discriminazioni in materia di lavoro diverrebbero oggetto di contestazione»²⁴¹. Per i critici, in un'ottica originalista «il corso legale della cartamoneta, l'utilizzo della competenza federale sul commercio per affermare lo stato sociale e leggi sui diritti civili federali, e lo stesso stato amministrativo federale sono tutti incostituzionali. Eppure tutti questi sviluppi dottrinali rimangono al riparo da qualsiasi ragionevole obiezione costituzionale»²⁴². In riferimento a questi frutti dell'attivismo giudiziario non sarebbe eticamente ammissibile, per dirla con Earl Warren, «riavvolgere le lancette dell'orologio»²⁴³.

²⁴⁰ Il diritto all'aborto sancito in *Roe v. Wade* è un manifesto esempio di non originalismo: v. *ex multis* R.H. BORK, *Tempting*, cit., 110-126; ID., *The Wages of Crying Wolf. A Comment on Roe v. Wade*, in *Yale Law Journal*, 5/1973, 937-943; *contra* J.M. BALKIN, *Abortion*, cit., 328-336. Tuttavia, in questo caso il tema sembra continuare a dividere eticamente la popolazione americana: cfr. T.W. SMITH, J. SON, *Trends in public attitudes towards abortion*, Chicago, *The National Opinion Research Center*, maggio 2013.

²⁴¹ Così W.J. SEIDLECK, *Originalism*, cit., 284, citando R.A. EPSTEIN, *The Proper Scope of the Commerce Power*, in *Virginia Law Review*, 3/1987, 1455. Cfr. anche J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling Originalism and Precedent*, in *Northwestern University Law Review*, 2/2009, 837 («[s]e v'è un chiaro fondamento per concludere che il significato originale della clausola sul commercio era molto più ristretta delle interpretazione sul New Deal, ritornare al significato originario richiederebbe l'immediata eliminazione di un vasto numero di programmi governativi dalla regolazione delle garanzie alla protezione ambientale»).

²⁴² J. GREENE, *Selling Originalism*, in *Georgetown Law Journal*, 3/2009, 668-669.

²⁴³ *Brown*, 347 U.S. at 492.

Il problema dei costi dell'originalismo presuppone peraltro la risoluzione in negativo di uno dei grandi dilemmi che avvolgono la teoria: il rapporto con la dottrina del precedente²⁴⁴. La crescente letteratura dedicata a tentare la conciliazione dello *stare decisis* con l'originalismo è stata recentemente descritta come «un'industria artigianale»²⁴⁵. Davanti al potenziale sacrificio che la loro teoria imporrebbe alla giurisprudenza costituzionale passata, diversi “originalisti” hanno articolato filosofie giudiziali mediane che in modalità diverse ammettono deroghe all'applicazione in conformità al significato originale, stemperando così gli effetti «dirompenti» sulla dottrina del

²⁴⁴ Non si può davvero dare qui conto dell'immenso tema, che trascinerebbe l'oggetto del presente saggio. Basti rilevare che i due più importanti teorici dello spozalizio tra originalismo e *stare decisis* riconoscono che l'«originalismo è spesso pensato, sia dai suoi sostenitori che dai suoi critici, come incompatibile con la dottrina del precedente. Ma se l'originalismo non potesse impiegare tale dottrina, apparirebbe come una impostazione seriamente difettosa dal momento che ignorerebbe il precedente anche nei casi in cui fare questo ha costi enormi»: J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling*, cit., 803. Nonostante i tentativi di conciliazione, tuttavia, sulla scia di Scalia – per il quale «*stare decisis* non è parte della mia filosofia originalista; è una pragmatica eccezione ad essa» (A. SCALIA, *Response*, cit., 140) – Gary Lawson e Michael Paulsen hanno argomentato in modo convincente l'illegittimità originalista della dottrina del precedente, quantomeno in riferimento alla Corte Suprema (non alle corti di grado inferiore): cfr. G.S. LAWSON, *The Constitutional Case against Precedent*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 17, 1994, 23 ss.; M.S. PAULSEN, *The Intrinsically Corrupting Influence of Precedent*, in *Constitutional Commentary*, 2/2005, 289 ss.; G.S. LAWSON, *Mostly Unconstitutional: The Case against Precedent Revisited*, in *Ave Maria Law Review*, 1/2007, 1 ss. Sul rapporto tra interpretazione costituzionale americana e dottrina del precedente v. oggi nella dottrina italiana N.G. CEZZI, *Stare decisis e interpretazione costituzionale*, in *Nomos*, 3/2020, 1 ss.

²⁴⁵ S.E. SACHS, *Originalism*, cit., 860.

precedente²⁴⁶. Un tipico esempio è proprio l'originalismo *pro futuro* che Clarence Thomas avanza in *Lopez* in riferimento alla giurisprudenza sulla clausola del commercio: la sua ricostruzione originalista non sarebbe preordinata «necessariamente [a] un abbandono totale delle nostre opinioni più recenti»²⁴⁷. Implicherebbe, più semplicemente, che la Corte debba «temperare la [...] giurisprudenza sulla clausola commerciale» e che la sentenza *Lopez* non andrà a costituire una «“svolta sbagliata” che dovrà essere corretta nel futuro»²⁴⁸.

Il tema del rapporto tra precedente e originalismo va ovviamente oltre le finalità e le possibilità di questo scritto. Basti dire che nonostante importanti tentativi²⁴⁹, l'incompatibilità tra originalismo normativo e dottrina del precedente sembra difficilmente superabile²⁵⁰. Anche assumendo l'incompatibilità, tuttavia, tre considerazioni sembrano possibili sul tema dell'effetto dirimente dell'originalismo sulla dottrina del precedente.

Innanzitutto, si può notare come gli originalisti “inclusivi”²⁵¹ e molti non originalisti parlino abbastanza liberamente dei «costi» di un'eventuale adesione “rigida” al significato originario, ma non è chiaro esattamente quale sia l'unità monetaria in questione. Se è infatti verosimile che una riforma di numerosi precedenti possa avere un effetto traumatico sulla pratica giuridica,

²⁴⁶ Cfr. L.B. SOLUM, *Living With*, cit., 157-160.

²⁴⁷ *Lopez*, 514 U.S. at 601.

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ Limitando il campo alle monografie, v. L.B. SOLUM, *All Originalists*, cit., 71-73, e ID., *Living with Originalism*, 157-160, entrambi i contributi in R.W. BENNETT, L.B. SOLUM, *op. cit.*; J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Originalism and the Good Constitution*, Cambridge (MA), 2013, 175-196; di recente L.J. STRANG, *Originalism's Promise: A Natural Law Account of the American Constitution*, Cambridge (UK)-New York 2019, 91-140.

²⁵⁰ Cfr. M.N. BERMAN, *Originalism*, cit., 33-36.

²⁵¹ Cfr. W. BAUDE, *Is Originalism Our Law?*, in *Columbia Law Review*, cit., 2356-2363.

anche la mancata riforma ha un suo prezzo, di cui dovrebbero essere stimate le voci: si pensi alla forte politicizzazione del diritto e della giurisprudenza – osservabile nella partigianeria del processo di selezione dei giudici della Corte Suprema degli ultimi trent’anni, che disincentiva il *curriculum* scientifico e le capacità tecniche del candidato²⁵² – e allo svilimento del processo democratico, con conseguente rimpicciolimento (*dwarfing*, lett. “nanizzazione”) dei diritti politici dei cittadini, ancor più evidenti nel caso del federalismo²⁵³. Ebbene prima di poter formulare un bilancio intellettualmente onesto del costo sociale dell’originalismo normativo parrebbe quantomeno necessaria una stima dei costi del non originalismo e della mancata riforma del precedente.

In secondo luogo, sempre in riferimento all’adeguatezza della critica basata sul “costo” sociale del sacrificio dell’arretrato non originalista, si può osservare come la questione sembri in qualche modo “parassitaria” rispetto alla giustificazione dell’originalismo. Se infatti la giustificazione dell’originalismo normativo non è, quantomeno in prima battuta, il miglioramento che tale

²⁵² Sul fenomeno ha avuto un impatto decisivo la mancata conferma di Robert Bork alla Corte Suprema. Si permette su questo il rimando a S.R. VINCETI, *L’originalista: l’interpretazione costituzionale nel pensiero e nella vita di Robert Bork*, in *DPCE Online*, 4/2020, www.dpceonline.it, 4781 ss., part. 4805-4806.

²⁵³ *Ceteris paribus*, più il potere federale aumenta, più la capacità di incidere del singolo cittadino diminuisce, uscendone diluita la posizione su scala nazionale. Questa situazione è poi ulteriormente aggravata dall’attivismo con cui l’accentramento è realizzato, dal momento che più il giudice “crea diritto” al posto del sistema democratico, più il singolo voto del cittadino perde di incisività e rilevanza. L’idea della «nanizzazione» del processo democratico causata dall’attivismo giudiziario è fatta risalire a J.B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 3/1893, 156, nota 1, da A.T. MASON, *Judicial Activism: Old and New*, in *Virginia Law Review*, 3/1969, 418. In realtà, Mason sta citando un passo dell’opera successiva di J.B. THAYER, *John Marshall*, Boston-New York, Houghton 1901, 107.

filosofia giudiziale porterebbe alla vita delle persone o la corrispondente diminuzione di ipotetici costi sociali, ma, ad esempio, una teoria della sovranità popolare basata sul un consenso tacito²⁵⁴ o «potenziale»²⁵⁵ alla Costituzione, il suo carattere scritto²⁵⁶, oppure ancora la sua natura di «legge suprema della nazione» (*Supreme Law of the Land*)²⁵⁷, non sembra che l'argomento sui presunti “costi sociali” dell'originalismo colga particolarmente nel segno. Del resto, gli stessi originalisti non hanno difficoltà a riconoscere che l'attivismo giudiziario possa produrre «buoni risultati» in alcuni casi, implicitamente riconoscendo che l'originalismo ne genererebbe di peggiori²⁵⁸. Semplicemente, gli originalisti pensano che tali errori debbano essere individuati e corretti nelle forme democratiche previste dalla Costituzione – *id est*, le elezioni e la procedura di emendamento costituzionale. Non, dunque, un fondamento utilitaristico o economico – in base al quale, peraltro, sarebbe tutta da vedere la preferibilità dell'attivismo giudiziario – ma democratico-costituzionale. Se è così, il problema dei “costi sociali” deve quantomeno essere riconfigurato.

In terzo luogo, è evidente che, se l'ammontare di precedenti giurisprudenziali non originalisti si presenta come un ostacolo importante sul cammino dell'instaurazione di una completa filosofia giudiziale originalista, non è chiaro quali vantaggi potrebbero avere le proposte “mediane” avanzate da,

²⁵⁴ *Ex multis* E. MEESE III, *The Supreme Court*, cit., 465; M.W. MCCONNELL, *On Reading the Constitution*, in *Cornell Law Review*, 2/1988, 360.

²⁵⁵ *Ex multis* K.E. WHITTINGTON, *Constitutional*, cit., 132.

²⁵⁶ *Ex multis* *ivi*, 47-76; R.E. BARNETT, *Originalism*, cit., 629-648.

²⁵⁷ *Ex multis* J.R. MACEY, *Originalism As an “ISM”*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2/1996, 308.

²⁵⁸ I «buoni risultati» (*good results*) sono appunto contrapposti a un «processo legittimo» da R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 261 ss.

tra gli altri, Thomas²⁵⁹, Bork²⁶⁰, Scalia²⁶¹, McGinnis e Rappaport²⁶², oppure lo stesso Solum²⁶³. Lungi dal rendere accettabile l'originalismo normativo, la proposta rischia di scontentare entrambi i fronti: gli originalisti "duri e puri" non accetteranno mai di considerare legittime decisioni che, in base al significato originale della Costituzione, sostanziano evidenti casi di attivismo giudiziario²⁶⁴. Contemporaneamente, i non originalisti legittimamente si chiederanno per quale motivo si dovrebbe abbracciare una filosofia giudiziale che predica assoluto rispetto del significato originale delle disposizioni costituzionali – come unica modalità per l'esclusione dei valori soggettivi del giudice – se poi lo stesso approccio ammette deroghe in non ben precisate circostanze, il cui ricorrere sarà lasciato all'apprezzamento del singolo giudice²⁶⁵. Da questo punto di vista, un "originalismo con l'asterisco", tale per cui esistono casi

²⁵⁹ *Lopez*, 514 U.S. at 548, 601.

²⁶⁰ Cfr. R.H. BORK, D.E. TROY, *op. ult. cit.*, 851.

²⁶¹ Cfr. A. SCALIA, *op. et loc. cit.*

²⁶² Cfr. J.O. MCGINNIS, M.B. RAPPAPORT, *Reconciling*, cit., 903 ss.

²⁶³ Cfr. L.B. SOLUM, *Living with*, cit., 157-160.

²⁶⁴ Per la critica a Thomas v. R. BERGER, *Judicial Manipulation*, cit., 715-716. Per la critica a Scalia, v. R.E BARNETT, *Scalia's Infidelity: A Critique of Faint-Hearted Originalism*, in *University of Cincinnati Law Review*, 1/2006, 7 ss.

²⁶⁵ In un siffatto approccio, come perfettamente sintetizza Balkin, «non tutti i precedenti incorretti ricevono eguale deferenza. I giudici inevitabilmente sceglieranno a loro modo quali decisioni riterranno e quali scarteranno sulla base di giudizi pragmatici in merito a quando l'affidamento sul precedente è vero, sostanziale, giustificato o per altra ragione appropriato. Questo lavoro ai margini permette all'originalismo [...] di seguire una particolare agenda politica e ai giudici di imporre la propria ideologia alla legge – esattamente ciò che la metodologia [originalista] pretenderebbe di evitare»: J.M. BALKIN, *Abortion*, cit., 298-299.

in cui si può derogare al significato originale delle disposizioni, sembra equivalere a “nessun originalismo”²⁶⁶.

6. *Conclusioni e prospettive*

Nel presente lavoro si è dunque cercato di illustrare l’interessante relazione che sussiste tra teoria dell’interpretazione costituzionale e forma di stato territoriale, per come descritta e affrontata nel contesto del dibattito costituzionale statunitense sull’originalismo. La dialettica tra originalismo e federalismo sembra infatti fornire importanti spunti di riflessione sulla possibilità e sulla desiderabilità di una “interpretazione costituzionale oggettiva”, a partire dalla sua applicazione nell’ambito del riparto di competenze tra ordinamenti multilivello. Alle critiche degli originalisti, che denunciano l’indebita erosione della competenza statale da parte del Congresso – con il beneplacito della Corte Suprema – i non originalisti hanno opposto contro-argomenti sofisticati e radicati nella pratica giuridica e di cui la «sottodeterminazione costituzionale» appare come la teorizzazione ultima e più efficace. Per quanto non siano mancate risposte dal campo originalista, il dibattito rimane aperto da un punto di vista metodologico e di concreta prassi giurisprudenziale.

Tre ordini di “considerazioni prospettive” trovano qui spazio in sede di conclusione. In primo luogo, si metteranno in luce le motivazioni sottostanti al dibattito americano sull’interpretazione del riparto di competenze. In secondo luogo, si illustrerà la rilevanza di tali problematiche per il dibattito costituzionale italiano. In terzo luogo, si individueranno le assonanze metodologiche tra l’originalismo e il «criterio storico-normativo» della dottrina costituzionale italiana.

²⁶⁶ Cfr. M.N. BERMAN, *Originalism*, cit., 22.

6.1. *Federalismo, costituzionalismo e stato di diritto*

In riferimento al primo profilo, vale la pena sottolineare come la “posta in palio” nel dibattito sul federalismo e l’originalismo non sia, con tutta evidenza, la semplice allocazione di grigie strutture amministrative tra Unione e singoli Stati. Il federalismo rappresenta l’“incarnazione costituzionale” di fondamentali aspirazioni della storia statunitense e a una sua eventuale «morte»²⁶⁷ non potrebbe che corrispondere un cambiamento profondo nell’identità “spirituale” della nazione. Tuttavia, occorre sottolineare come l’oggetto precipuo della «crociata originalista»²⁶⁸ non sia la difesa a spada tratta dell’assetto federale originario: ciò che propriamente l’originalismo normativo contesta è la paternità della decisione sul mantenimento o sulla revisione del «federalismo originale».

Il cruccio di base degli originalisti è difatti sempre lo stesso, che si tratti dell’applicazione di «diritti non enumerati»²⁶⁹ o di una modifica nella forma di stato territoriale: la Costituzione attribuisce al solo popolo sovrano, nelle particolari forme dell’Articolo V, il potere di emendare, tra le altre cose, il proprio assetto istituzionale. L’attivismo giudiziario in riferimento al riparto

²⁶⁷ V. E.S. CORWIN, *The Passing*, op. et loc. cit., e P. KURLAND, op. et loc. cit. Su entrambi v. J.M. WISDOM, *Foreword: The Ever-Whirling Wheels of American Federalism*, in *Notre Dame Law Review*, 1984, 1063 ss.

²⁶⁸ L’espressione è di L. RUSSELL, N. TOTENBERG, *Trump’s Supreme Court Pick is a Disciple of Scalia’s ‘Originalist’ Crusade*, in *Npr*, 2 febbraio 2017.

²⁶⁹ *Id est*, quei diritti che pur non essendo scritti (*rectius*: enumerati) nella Costituzione americana si ritengono ad essa riconducibili. Cfr. L.B. SOLUM, *The Supreme Court In Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, And The Future Of Unenumerated Rights*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 1/2006, 162.

di competenze – sia esso finalizzato a estendere la competenza del governo federale, come nel celebre caso della *New Deal Court* e delle *Warren e Burger Courts*, ovvero a proteggere la competenza statale, come nel caso della *Lochner Court* – costituisce sempre un’indebita violazione della Costituzione, nel momento in cui incide sull’allocazione delle competenze in assenza di un formale procedimento di emendamento costituzionale²⁷⁰.

Così facendo, peraltro, l’attivismo giudiziario non fa che rievocare preoccupazioni risalenti – oserei dire: “fondative” – della storia americana. I classici della storiografia costituzionale ci ricordano come l’“origine ideologica” della Rivoluzione americana debba ritrovarsi nel sospetto – con ogni probabilità persino infondato²⁷¹ – di una «cospirazione contro la libertà» delle colonie da parte di una famelica burocrazia centrale britannica²⁷². Da lì deriverebbero l’elogio del federalismo²⁷³ e l’atteggiamento “guardingo” verso i

²⁷⁰ «La giustificazione della “Costituzione vivente” per l’attivismo giudiziario è fallace. Il fine delle restrizioni costituzionali all’autogoverno è impedire [certi] aggiustamenti politici in ragioni di mutevoli circostanze. Tale finalità è neutralizzata se le restrizioni posso essere evase da una “interpretazione flessibile”, un eufemismo per venir meno al processo di revisione costituzionale. Una “Costituzione vivente” significa, in un certo senso, nessuna Costituzione»: L. GRAGLIA, “*Interpreting the Constitution: Posner on Bork*”, in *Stanford Law Review*, 5/1992, 1030. V. anche R. BERGER, *Judicial Manipulation*, cit., 715-717; R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 143.

²⁷¹ Cfr. I.R. CHRISTIE, *Wilkes, Wyvill and Reform: The Parliamentary Reform Movement in British Politics, 1760–1785*, New York 1962, 127.

²⁷² B. BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge (MA) 1967, IX, 18-21, 94-143; cfr. anche G.S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787* (1969), New York-London 1972, 42-45.

²⁷³ «I redattori della Costituzione e del Bill of Rights credevano che i governi statali fossero, in alcuni aspetti centrali, depositari più affidabili del potere sulle libertà individuali

depositari della forza pubblica, che in ragione del «potere»²⁷⁴ loro delegato²⁷⁵ sono sempre sospetti di possibili abusi. Difficile allora non leggere la contemporanea difesa originalista del federalismo come un ritorno di quel radicato spirito antiautoritario, individualista e libertario che informava la «scienza *whig* della politica»²⁷⁶, qui con l'ordine giudiziario federale nella parte che fu al tempo dell'organo burocratico britannico. Medesimo, infatti, il capo di imputazione: se durante la Rivoluzione la burocrazia britannica era accusata di violare i diritti che spettavano ai cittadini americani in forza dell'«antica costituzione» non scritta²⁷⁷, alle moderne Corti federali si contesta l'illegittima erosione del diritto all'autogoverno locale e del procedimento di revisione costituzionale sanciti dalla Costituzione del 1787.

Come poi si accennava in sede di introduzione, l'attivismo giudiziario in materia di federalismo si lega a tematiche ancor più ampie e trasversali del diritto costituzionale: dal costituzionalismo, con il suo corollario sul ruolo proprio del potere giurisdizionale, fino all'effettività dello stato di diritto. In riferimento al primo profilo, gli originalisti denunciano l'incompatibilità dell'attivismo giudiziario con il costituzionalismo. Nel momento in cui l'interpretazione costituzionale si riducesse ad un «pic-nic in cui i redattori [*framers*] portano le parole e i giudici il senso»²⁷⁸ finirebbe infatti per incrinarsi il

rispetto al governo federale»: M.W. MCCONNELL, *Federalism: Evaluating the Founders' Design*, in *University of Chicago Law Review*, 4/1987 1506.

²⁷⁴ Sull'ossessione per la forza corruttiva del «potere» v. B. BAILY, *op. cit.*, 55-62.

²⁷⁵ Sulla centralità della delegazione del potere v. G.S. LAWSON, G.P. MILLER, R.G. NATELSON, G.I. SEIDMAN, *op. cit.*, 119, 121, 132.

²⁷⁶ Cfr. G.S. WOOD, *op. cit.*, 3 ss.

²⁷⁷ Cfr. M.J. HORWITZ, *The Constitution*, cit., 45-47.

²⁷⁸ C.A. FRIED, R.K. WILLARD, C.B. KUHL, J.F. CORDES, J.M. ROGERS, *Brief for the United States as Amicus Curiae, Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 84-495, 11 giugno 1986.

governo dei testi scritti, democraticamente approvati e modificabili solo tramite l'apposita procedura prevista dalla Costituzione. Al «patto tra Stati sovrani»²⁷⁹ che fonda l'Unione si sostituirebbe il «governo giudiziario»²⁸⁰ in cui il depositario dell'interpretazione costituzionale è il vero sovrano dell'ordine costituzionale: il «suprematismo giudiziario» recentemente descritto da Morrone²⁸¹. Della sovranità popolare celebrata dal costituzionalismo moderno andrebbe così perso, in particolare, uno dei suoi principali corollari, *id est* la risalente idea secondo cui compito del giudice è interpretare, non creare le leggi²⁸².

²⁷⁹ Così J.C. CALHOUN, *A Discourse on the Constitution and Government of the United States*, in R.M. LENCE (a cura di), *Union and Liberty: The Political Philosophy Of John C. Calhoun*, 1992, 79. *Contra*, come noto, D. WEBSTER, *The Constitution not a Compact between Sovereign States*, New York 1861.

²⁸⁰ R. BERGER, *Government*, cit., 466.

²⁸¹ Cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario: Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss.; ID., *Suprematismo giudiziario II: Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021, www.federalismi.it, 170 ss.

²⁸² Il dato è onnipresente da Francis Bacon a Montesquieu, fino ad arrivare a Blackstone, che paradossalmente ritiene proprio la tradizione di *common law* estranea alla creazione giudiziaria del diritto: «per quanto in molti paesi tutto sia lasciato all'apprezzamento del giudice [*in the breast of the judge*], presso di noi questi può soltanto dichiarare e pronunciare il diritto non crearlo o rimodellarlo» (W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, vol. III, 1769, ora in ID., London 1855, 551. Più noto il passaggio di Montesquieu, secondo cui «i giudici non sono [...] che le bocche che pronunciano le parole della legge, non animati da altro [*des êtres inanimés*], e non possono moderarne o regolarne la forza» (MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (1777), liv. XI, chap. VI, leggibile in ID., Paris 1823, 136. Per l'affermazione di Francis Bacon cfr. F. BACON,

All'argomento basato sulla sovranità popolare e sul corollario del ruolo prettamente applicativo del giudice nel costituzionalismo si aggiunge l'argomento inerente all'integrità dello stato di diritto (*rule of law*)²⁸³. Se l'assetto del federalismo – esattamente come la decisione su altre delicate questioni politiche – è la variabile dipendente del prevalente orientamento ideologico della Corte Suprema – oggi a maggioranza *liberal*, domani magari conservatrice –, fonte del diritto costituzionale non sono più il testo e i materiali storici che ne illuminano il senso – in base ai quali il cittadino può regolare in anticipo il proprio comportamento²⁸⁴ – ma la mutevole inclinazione politica dei giudici costituzionali chiamati a interpretarlo. Se «la Costituzione è meramente quello che una cangiante maggioranza dei giudici costituzionali dice che è»²⁸⁵, almeno tre paiono, d'acchito, le conseguenze: tramonta l'ideale del

Judicature (1612), in ID., *Essays*, London 1925, 162 («i giudici devono ricordare che il loro compito è *jus dicere*, e non *jus dare*; interpretare il diritto e non crearlo o disporlo»). Non a caso, è questa la problematica sollevata dall'indeterminatezza del diritto, come gli stessi sostenitori del realismo giuridico sottolineano: «[c]he cosa motiva in fin dei conti la preoccupazione per l'indeterminatezza [del diritto]? Nella versione più semplice, la preoccupazione sottostante è questa: se il diritto è indeterminato, allora i giudici non sono vincolati dal diritto nel loro processo decisionale. Ma il ruolo istituzionale proprio dei giudici in una democrazia è semplicemente quello di *applicare* il diritto e far valere la volontà del legislatore. Se la decisione giudiziaria non è veramente vincolata dal diritto, la legittimità del ruolo del giudice è posta in questione»: B. LEITER, *Legal Indeterminacy*, in *Legal Theory*, 1995, 487.

²⁸³ Cfr. R. BERGER, *Judicial Manipulation*, 695; L.B. SOLUM, *We are All*, cit., 38-42.

²⁸⁴ La Costituzione, per Story, «deve ricevere un'interpretazione fissa, uniforme, permanente [...] e non dipendente dalle passioni o dalle parti in particolari momenti, ma lo stesso ieri, oggi, domani» (J. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, vol. II, V ed., Boston 1891, 145).

²⁸⁵ R. BERGER, *Judicial Manipulation*, cit., 695.

«governo di leggi e non di uomini»²⁸⁶; la facciata argomentativa della Corte – che indefettibilmente continua ad affermare di applicare una volontà normativa altrui, sia essa quella del costituente o del legislatore ordinario²⁸⁷ – si svela come una semplice ipocrisia²⁸⁸; il realismo giuridico rimane allora come

²⁸⁶ Cfr. J. ADAMS, *op. cit.*, su cui non a caso A. SCALIA, *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, in *Suffolk University Law Review*, 4/1983, 881. V. anche F.H. EASTERBROOK, *Abstraction and Authority*, in *University of Chicago Law Review*, 1/1992, 349.

²⁸⁷ V. *ex multis* R.H. BORK, *Neutral Principles*, cit., 3-4 («La Corte Suprema regolarmente insiste che i suoi risultati non provengono dalla mera volontà dei giudici ma sono sostenuti, anzi imposti, da un corretto intendimento della Costituzione. Le scelte di valore sono attribuite a padri fondatori, non alla Corte»); R. BERGER, *Federalism*, cit., 15 («Le stravaganti razionalizzazioni dei revisionisti [delle] alterazioni giudiziarie non sono mai state riprese dalla Corte»); K.E. WHITTINGTON, *Constitutional*, cit., 197-198 («Le giustificazioni per un ordine giudiziario attivista sono eccessivamente deboli. Di sicuro la Corte non ha voluto farvi affidamento. Ha invece generalmente temperato la sua retorica sulla flessibilità interpretativa richiamando i larghi concetti cui avrebbero inteso riferirsi i costituenti nel licenziare un simile testo»); J.A. GARDNER, *Positivist Foundations of Originalism: An Account and Critique*, in *Boston University Law Review*, 1/1991, 5 («Ogni avvocato sa che in tribunale lui o lei non può rispondere ad un argomento basato sull'intendimento originario della Costituzione affermando che il concetto dell'intento originale è incoerente. L'unica risposta efficace è offrire una visione alternativa e più persuasiva dell'intendimento originale; l'uso del vocabolario originalista è semplicemente obbligatorio per i partecipanti al sistema giuridico»).

²⁸⁸ Cfr. di recente vividamente E.J. SEGALL, *Supreme Myths: Why the Supreme Court Is Not a Court and Its Justices Are Not Judges*, Santa Barbara 2012, 1-9.

unica modalità attraverso cui razionalizzare e prevedere la giurisprudenza costituzionale²⁸⁹.

6.2 Rilevanza per l'esperienza italiana

Questo ventaglio di preoccupazioni pare riproponibile, in una certa misura, anche in riferimento all'esperienza italiana. È, infatti, dato ormai pacifico che la Corte costituzionale italiana abbia svolto negli ultimi vent'anni un'opera di parziale "correzione" della riforma del Titolo V, modificando "interpretativamente" il nuovo riparto di competenze di cui all'art. 117 Cost.²⁹⁰.

²⁸⁹ Questa peraltro sembra la conclusione "inevitabile" nel caso delle «clausole astratte» della Costituzione americana, che né l'originalismo ortodosso né la sua variante dworkiniana (c.d. «lettura morale della Costituzione») riuscirebbero a spiegare. Si permetta sul punto il rimando a S.R. VINCETI, *Abstract Clauses*, cit., 364-374.

²⁹⁰ Cfr. *ex multissimi* V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze «storiche»*, in *Le Regioni*, 4-5/2008, 773 ss., il quale riconosce con onestà la «creatività» giurisprudenziale in un'opera di interpretazione «correttiva» della riforma del 2001; A. D'ATENA, *Diritto regionale*, cit., 88, il quale espressamente parla di una «giurisprudenza fortemente creativa, che, in presenza di un quadro normativo ricco di incertezze e zone d'ombra, non di rado si è spinta ad interventi "ortopedici"»; G. AMATO, *Riforme costituzionali: il Senato delle Autonomie*, in *Forum di Quad. cost.*, 5/2014, *www.forumcostituzionale.it*, 1, che parla di «reazioni che ha messo in opera lo Stato e [...] difese che la stessa Corte ha adottato per evitare tendenze centrifughe che ponessero a repentaglio l'unità stessa dell'ordinamento»; 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*, 1/2019, 164, il quale parla di «un atteggiamento di forte cautela» della Corte, giustificato per alcuni aspetti dall'assenza di norme finali e transitorie. Al riguardo,

Verso questa generale azione giurisprudenziale potrebbero dunque riproporsi le considerazioni sviluppate in riferimento all'attivismo giudiziario della Corte Suprema americana in materia di federalismo.

In primo luogo, sussisterebbe un problema di merito. Nel momento in cui ha operato in direzione di un ri-accentramento delle competenze legislative contenendo le innovazioni – per quanto a volte maldestre²⁹¹ – operate della riforma del Titolo V, la Corte costituzionale italiana si è esposta alla critica di quanti continuano a ritenere il federalismo una allocazione delle competenze più equa, efficiente e democratica. Come ha di recente ricordato Stelio Mangiameli, sulla scia di Gordon Tullock, «la migliore democrazia è quella in cui il (singolo) cittadino può esprimere il maggior peso nella decisione pubblica, perché ciò soddisferebbe meglio le sue preferenze e, per questo motivo, la democrazia di prossimità è sicuramente più importante per l'individuo della democrazia universale; infatti, più cresce l'ambito e il numero dei partecipanti alla decisione pubblica, minore sarà l'influenza del singolo elettore»²⁹². All'argomento democratico-rappresentativo si affiancano poi altre giustificazioni del federalismo di ordine economico o etico-politico, come quelle richiamate in sede di introduzione²⁹³.

Mangiameli ricorda che «“chiamata in sussidiarietà”, “materie trasversali”, “intreccio o concorrenza di materie”, “criterio di prevalenza” hanno rappresentato un armamentario argomentativo – i cui fondamenti sono sicuramente discutibili – che ha provocato una confusione delle competenze su cui avrebbe dovuto operare, secondo la Corte, il “principio della leale collaborazione”». L'esito di tale confusione è stato il ri-accentramento legislativo: «[l']applicazione di questi canoni, nei termini definiti dalla giurisprudenza costituzionale, ha consentito di attenuare la carica innovativa della revisione del Titolo V» (S. MANGIAMELI, *Il riparto*, cit., 230).

²⁹¹ Cfr. A. D'ATENA, *L'Italia*, cit., 231-234; ID., *Materie legislative*, cit., 15-17.

²⁹² S. MANGIAMELI, *op ult. cit.*, 290.

²⁹³ V. *supra* § 1., part. note 9-12.

A fianco del discorso di *merito* si pone la questione di *legittimità*, come gli originalisti alacremenente ci ricordano. Anche assumendo che il ri-accentramento delle competenze legislative sia la scelta corretta dal punto di vista dell'assetto costituzionale della Repubblica, ci si può chiedere se la Corte costituzionale sia istituzionalmente competente ad assumere una simile decisione. La tradizione del costituzionalismo, di cui anche l'Italia è parte, sembra riservare alle corti di giustizia costituzionale un ruolo di garanzia delle scelte costituzionali operate da legislatori qualificati in precisi momenti storici, non collocarle nella posizione di attori protagonisti che operano autonome scelte politico-istituzionali – per quanto anche contenutisticamente condivisibili. In questo senso, la critica originalista alla Corte Suprema – aver illegittimamente variato quell'assetto costituzionale che era invece chiamata a garantire – sembra parzialmente sollevabile anche in riferimento alla Corte costituzionale italiana.

A fianco della tradizione del costituzionalismo, si può porre anche qui il problema della prevedibilità delle decisioni della Corte. Perché si possa parlare di stato di diritto pare infatti necessario che la regola giuridica non sia decisa al momento della sua applicazione, ma precedentemente a essa, di modo che il consociato possa in anticipo orientare il proprio comportamento. La preesistenza della regola esclude, peraltro, che essa sia confezionata “ad arte” a seconda della minore o maggiore simpatia che l'autore della decisione nutre verso il destinatario della norma giuridica. Almeno questi due aspetti sono centrali nell'idea del «governo di leggi, e non di uomini» che fonda lo stato di diritto²⁹⁴.

Al riguardo, la posizione del cittadino italiano appare anche più fragile e sguarnita rispetto a quella del suo omologo americano. Infatti, se anche il giudizio costituzionale sul riparto di competenze non fosse concretamente determinato da una metodologia oggettiva ma da apprezzamenti di carattere

²⁹⁴ Cfr. *ex multis* J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford 1979, 210 ss., part. 212, 214-219.

soggettivo dei giudici, l'indagine sulle inclinazioni politiche e ideologiche dei singoli membri degli organi di giustizia permetterebbe un minimo di previsione sulle future decisioni. Ebbene, da questo punto di vista, il cittadino italiano si trova sprovvisto di larga parte del materiale informativo con cui può invece, per così dire, "consolarsi" il cittadino americano: come noto, manca infatti l'obbligo, per ciascun giudice costituzionale, di concorrere alla decisione di maggioranza – se del caso anche con una motivazione autonoma e diversa – ovvero di differenziarsi, adottando la celebre opinione dissenziente. Senza questo "contrappeso informativo", un giudizio costituzionale che non si conformi a una metodologia prevedibile e verificabile come l'originalismo rischia di risultare estremamente soggettivo e per questo di difficile previsione. La tensione con gli accennati profili che caratterizzano lo stato di diritto ne esce così ulteriormente rafforzata.

Tuttavia, l'abbraccio – per quanto onesto e trasparente – di uno *status* maggiormente politico – seppur bilanciato attraverso l'introduzione di *majority, concurring* e *dissenting opinions*, come parte della dottrina da tempo ritenuta augurabile²⁹⁵ – rischierebbe comunque di rivelarsi pericolosa per la

²⁹⁵ Per il vero, il dibattito italiano è spesso focalizzato sul solo caso dell'introduzione dell'opinione dissenziente, ma non sembra che le motivazioni che ne giustificano l'adozione dell'istituto non debbano trovare applicazione anche in riferimento all'opinione di maggioranza e di quella "concorrente". Anzi, è verosimile pensare che, nel caso l'opinione dissenziente dovesse essere introdotta, sarebbe opportuno replicare l'intero quadro normativo di origine, dando al giudice quadruplici possibilità – e il corrispettivo obbligo – di concorrere nella decisione di maggioranza, di concorrervi articolando proprie autonome considerazioni – anche divergenti da quelle della maggioranza – ovvero di dissentire, argomentando autonomamente o concorrendo nel dissenso altrui. Sul tema, v. L. CORSO, *Opinione dissenziente, interpretazione costituzionale e costituzionalismo popolare*, in *Soc. dir.*, 1/2011, 27 ss. Di recente v. sempre in senso favorevole A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti*,

legittimazione della Corte costituzionale. Vale anche qui quanto scrivono gli originalisti in riferimento alla Corte Suprema. Se le statuizioni della Corte non sono riconducibili alle decisioni a suo tempo operate dal legislatore costituente, diviene difficile, per dirla con O'Neill, «giustificarne l'ascolto» e l'«obbedienza»²⁹⁶. Ma se una fondazione “politica” della Corte è impercorribile, si ripropone allora con rinnovata forza l'esigenza di una metodologia fatta di criteri verificabili e prevedibili, al fine di rendere oggettivo e controllabile il giudizio costituzionale, cercando così di salvare la Corte dalla «seduzione della politica»²⁹⁷ o, per dirla altrimenti, di salvarne l'«anima giurisdizionale»²⁹⁸.

In ambito di riparto di competenze italiano, questo significa individuare quei «criteri di interpretazione» a lungo invocati dalla dottrina per evitare «la fagocitazione ad opera delle competenze statali di quelle regionali», che in nessun modo «possono essere vanificate»²⁹⁹. L'originalismo sembra un valido candidato per il lavoro in questione. Tuttavia, è possibile pensare che il posto dell'originalismo possa già dirsi occupato, in Italia, da una celebre opzione ermeneutica sull'interpretazione del riparto di competenze: il criterio «storico-normativo».

cit., 284, e soprattutto l'ampia trattazione di D. TEGA, *La Corte costituzionale allo specchio del dibattito sull'opinione dissenziente*, in *Quad. cost.*, 1/2020, 91 ss.

²⁹⁶ Cfr. J. O'NEILL, recensione a *Originalism, Federalism*, cit., 553.

²⁹⁷ Il celebre sottotitolo di R.H. BORK, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, cit.

²⁹⁸ Cfr. R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”: Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Riv. AIC*, 3/2017, www.rivistaaic.it, 3-4.

²⁹⁹ E. GIANFRANCESCO, *La “scomparsa” della competenza ripartita e l'introduzione della clausola di supremazia*, in *Issirfa. Studi e Interventi*, settembre 2014, nota 47.

6.3. *La necessità metodologica: originalismo e criterio «storico-normativo»*

Abbracciare i plurimi assunti dell'approccio originalista non sembra infatti implicare, per il giurista italiano, una delocalizzazione della sede della teoria dell'interpretazione costituzionale. Sembrano infatti forti ed evidenti le connessioni tra la metodologia originalista e il celebre criterio «storico-normativo» elaborato da D'Atena negli anni Settanta per l'interpretazione del riparto di competenze italiano³⁰⁰ e successivamente sviluppato da Mangiameli in direzione di un'ermeneutica a «carattere referenziale», ove gli oggetti delle competenze regionali sono determinati dalla «giusta (o vera) percezione della “regola d'uso linguistico delle voci, la quale [vincola] l'interprete ad una espressione (*significato*), che acquista, in tal modo, il carattere dello “stereotipo”»³⁰¹. Se l'intuizione è corretta, si deve anzi concludere che una certa forma di originalismo è stata teorizzata prima in Italia che in terra statunitense – sebbene sempre “all'ombra” dell'importante precedente della «teoria della pietrificazione» austriaca³⁰².

Sia il criterio storico-normativo che l'originalismo partono infatti da un dato fondamentale, comune all'esperienza americana e, dal 1948, a quella italiana: la rigidità costituzionale³⁰³. Entrambe le teorie fanno discendere da

³⁰⁰ Il riferimento è all'opera di A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa*, cit. Sull'introduzione di tale criterio e sulla sua contrapposizione alla «pagina bianca» di Livio Paladin cfr. S. MANGIAMELI, *Il riparto*, cit., 273-275.

³⁰¹ S. MANGIAMELI, *Le materie di competenza regionale*, cit., 128.

³⁰² Su cui v. *supra* nota 70. Sulla rilevanza per il pensiero di D'Atena v. A. D'ATENA, *Materie legislative*, cit., 20, nota 21.

³⁰³ Per il «criterio storico-normativo» v. D'ATENA, *op. ult. cit.*, 118; S. MANGIAMELI, *op. ult. cit.*, 109. Per l'originalismo v. *ex multis* R.H. BORK, *The Tempting*, cit., 143, ove si

questa premessa il corollario dell'immodificabilità del riparto di competenze in assenza di una espressa modifica costituzionale. È chiaro, infatti, che se con legge dello Stato o della Regione in Italia – del governo federale o dei singoli Stati in America – ovvero ancora attraverso le sentenze della Corte costituzionale o della Corte Suprema si potesse cambiare il significato delle disposizioni costituzionali, alla sovranità di un testo – la Costituzione – si sostituirebbe la sovranità dell'organo che puntualmente ne dispone.

Proprio partendo dal dato del rigidismo costituzionale e dalle sue implicazioni, scrive D'Atena nel 1974, in riferimento al problema della definibilità delle voci del riparto da parte della legislazione primaria o «addirittura» della normativa regolamentare: «la relazione tra le statuizioni costituzionali che non definiscano integralmente i propri materiali concettuali e la normativa subordinata dovrà ritenersi soltanto “genetica” (con la conseguenza che le nozioni mutuate saranno da considerare “cristallizzate” nel loro originario significato e sottratte all'evoluzione della disciplina da cui siano state attinte)»³⁰⁴. Altrimenti, conclude l'Autore, si finirebbe per «riconoscere al Parlamento il potere di influire su una ripartizione di competenze da cui esso stesso è limitato»³⁰⁵.

Non c'è molto bisogno di sottolineare quanto evocativo e pregnante sia, alla luce di quanto detto, un linguaggio che già negli anni Settanta, in Italia, parlava di un «originario significato» delle «statuizioni costituzionali» che risulterebbe «cristallizzato» nel momento dell'adozione della Costituzione. La circostanza è ancor più impressionante se si pensa che il primo scritto dell'originalismo moderno – il citato *Neutral Principles* di Bork del 1971 –

afferma che il senso di una costituzione rigida risiede nella sua immodificabilità *salvo che* attraverso le aggravate procedure previste ed escludendo pertanto la revisione in via interpretativa dei giudici; L. GRAGLIA, *op. et loc ult cit.*

³⁰⁴ A. D'ATENA, *L'autonomia legislativa*, cit., 119.

³⁰⁵ *Ibidem* (nota 135).

paradossalmente non conteneva alcun accenno a un “significato originale” della Costituzione, che solo con l’opera di Berger del 1977 comparirà nella forma di un «intenzione originale dei costituenti»³⁰⁶. Dal momento che le due riflessioni sono corse in parallelo, e apparentemente senza punti di contatto, non può che concludersi per la precedenza storica del «criterio storico-normativo» italiano.

L’intima vicinanza metodologica tra originalismo e «criterio storico-normativo», e la proficuità di un futuro approfondimento vicendevole, si coglie nei casi di più difficile soluzione. Comuni infatti sembrano essere le problematiche che tali metodologie – come qualsiasi impostazione interpretativa che “prenda sul serio” la vincolatività del significato storico delle disposizioni costituzionali – devono affrontare. Basti pensare al cambiamento nelle conoscenze tecniche, da sempre “croce” per qualsiasi approccio para-originalista. Il punto emerge limpidamente in interrogativi di questo tipo: è possibile ritenere coperta dalla «clausola sul commercio» la disciplina delle transazioni via automobile o via *internet*, sconosciute ai padri costituenti americani e dunque estranee al significato della clausola al tempo? Similmente, D’Atena affrontava il problema della sussumibilità di successivi progressi della scienza – ad es., la riconducibilità della «coltivazione degli idrocarburi», prima sconosciuta, nella «materia mineraria»³⁰⁷ – ovvero di importanti mutamenti sociali – ad es., l’allargamento del significato «dell’urbanistica, al di là del mero assetto e incremento edilizio dei centri urbani»³⁰⁸.

Ebbene, è interessante osservare come le soluzioni a questi problemi interpretativo-applicativi presentino aspetti di somiglianza nell’originalismo e nel criterio storico-normativo. Gli originalisti hanno giustificato l’estensione delle disposizioni costituzionali al progresso tecnologico in base ad

³⁰⁶ R. BERGER, *Government*, cit., 4.

³⁰⁷ A. D’ATENA, *op. et loc. ult. cit.*

³⁰⁸ *Ibidem.*

argomentazioni diverse: dalla teoria della sineddoche di Scalia³⁰⁹ alla distinzione di Gary Lawson – più accorta e concettualmente raffinata – tra «riferimenti» delle norme costituzionali e «criteri per determinare i riferimenti»³¹⁰. Vincolati dalla rigidità costituzionale non sarebbero, per Lawson, i «riferimenti» che le disposizioni costituzionali avevano o potevano avere al tempo dell'adozione delle diverse costituzioni – ad es., nel caso della clausola sul commercio: il commercio a cavallo, fluviale, *pedibus calcantibus*, etc. – ma i «criteri per determinare i riferimenti», cosicché anche le nuove forme di «commercio fra i diversi Stati», potenzialmente «coinvolgenti una tecnologia inimmaginabile per una persona del diciottesimo secolo»³¹¹ – si pensi, ad es., alle automobili, internet, etc. – potrebbero essere sussunte nella clausola sul commercio e rientrare nella competenza del governo federale.

In modo tutto sommato comparabile, D'Atena risolveva il problema della sussumibilità della «coltivazione degli idrocarburi» nella «materia mineraria», ovvero l'allargamento della nozione di «urbanistica», distinguendo

³⁰⁹ Per Scalia l'espressione «libertà di parola» (*Freedom of Speech*) funzionerebbe come una sineddoche nel momento in cui rappresenterebbe la “parte” di un “tutto” formato da ogni possibile mezzo espressivo, potenzialmente anche non previsto dal legislatore costituente. Cfr. A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in ID., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and The Law*, a cura di A. Gutmann, Princeton 1997, 38.

³¹⁰ Cfr. G.S. LAWSON, *Reflections*, cit., 1465-1472. Lawson declina nel caso specifico il problema prendendo in considerazione il concetto di «libertà» nel primo emendamento, ma è evidentemente estendibile a qualsiasi clausola costituzionale: nel caso di specie ho applicato la distinzione alla «clausola sul commercio». Sul punto v. anche il fondamentale contributo G.S. LAWSON, G.I. SEIDMAN, *Originalism as Legal Enterprise*, in *Constitutional Commentary*, 1/2006, 47 ss., part. 55.

³¹¹ G.S. LAWSON, *Reflections*, cit., 1470.

– sulla scia di Emilio Betti e Giorgio Laserra³¹² – tra «sopravvenienze normative» ed «effettuali». Consentendo alle seconde di rideterminare il significato della Costituzione ma escludendo le prime, D’Atena riusciva così sia a ritenere il senso della rigidità costituzionale sia, contemporaneamente, a «considerare le “voci” costituzionali dotate di un sufficiente grado di duttilità», permettendo in riferimento a esse una seppur minima «interpretazione evolutiva»³¹³.

Mangiameli, perfezionando il «criterio storico-normativo», distinguerà il caso delle «definizioni con “rinvio”» – *id est*, i casi in cui il legislatore nomina un oggetto per riferirsi a tutti quegli enti che condividano con l’oggetto una «determinata caratteristica»³¹⁴ – da quello delle «definizioni aperte» – *id est*, i casi in cui il costituente abbia utilizzato una semplice «descrizione di genere, che determina una categoria di oggetti senza indicazioni di caratteristiche»³¹⁵. Tra queste ultime, Mangiameli differenziava il regime delle

³¹² Il riferimento è a E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), II ed. a cura di G. Crifò, Milano 1971, 28-35, ove si criticava la riduzione dell’interpretazione giuridica a quella storica o psicologica, e a G. LASERRA, *L’interpretazione della legge*, Napoli 1955, 83-91, ove si contemperava la necessità di «continuare a attribuire a quella parola [di legge] il significato in origine attribuitole» con vari tipi di «sopravvenienze».

³¹³ A. D’ATENA, *op. et loc. ult. cit.*

³¹⁴ Ad es., l’indicazione della competenza sulle «acque minerali» o sulle «cave» del “vecchio” art. 117 doveva estendersi a «tutti quegli “elementi reali” che presentano una determinata caratteristica, come può essere la “proprietà terapeutica” dell’acqua o la “utilizzabilità industriale” di un materiale di escavazione». Qui «la descrizione dell’“oggetto” di competenza si configura come una *definizione con rinvio* ad un determinato “concetto” (extra-giuridico)»: S. MANGIAMELI, *Le materie*, cit., 130.

³¹⁵ Ad es., sempre la nozione di «miniera» dell’art. 1 del R.D. 19 luglio 1927, n. 1443, doveva essere estesa alla «miniera *sottomarina*» sebbene al tempo dell’adozione della legge «l’unico tipo di “miniera” nota, in base alle conoscenze scientifiche alle tecniche ingegneristiche del tempo, era quella che aveva ad oggetto il sottosuolo terrestre» (*ivi*, 132).

innovazioni tecnico scientifiche, la cui capacità di ridefinire il significato delle materie del riparto – c.d. «proiezioni» – sembra tendenzialmente sicura³¹⁶, dal trattamento delle innovazioni dovute a «cambiamenti dei modi di sentire collettivi» (*id est*, della «coscienza sociale»), i quali sarebbero in grado ridefinire le voci del riparto di competenze solo laddove rilevino come «cambiament[i] obiettiv[i] e non come il frutto di un *apprezzamento* (riguardante la «desiderabilità») di una disciplina giuridica e, ancor più, del suo variare»³¹⁷. Verifica dell'esistenza di un tale «cambiamento obiettivo» sarebbe la «*proiezione*» dello stesso «sul piano linguistico»: «non va dimenticato come i cambiamenti dei comportamenti umani e sociali trovino in genere una corrispondenza nelle convenzioni di segno linguistico, in quanto la modifica degli atti di fissazione della referenza dipende, di solito, da una variazione delle necessità dei gruppi di utilizzatori delle stesse regole di referenza»³¹⁸.

Quantomeno in materia di interpretazione dei riparti di competenze costituzionali, dunque, criterio «storico-normativo» e originalismo appaiono decisamente assimilabili. Con questo, peraltro, non si vuole tracciare una facile equivalenza tra esperienze diverse, propugnando l'idea che i problemi del riparto di competenze italiano siano gli stessi del federalismo americano, ovvero sostenendo che la migliore risposta ai difficili interrogativi odierni della giustizia costituzionale italiana in materia sia una «svolta simil-originalista» e che in Italia questa non possa che prendere le forme di una maggiore valorizzazione del criterio «storico-normativo» già teorizzato da D'Atena negli anni Settanta e successivamente sviluppato da Mangiameli. In chi scrive, certo, queste sono suggestioni forti, quasi cogenti. Tuttavia, finalità più ristretta di queste conclusioni è la semplice sottolineatura della persistente

³¹⁶ In ragione del rapporto tra «nozione presupposta» e gli «elementi *reali*» da questa richiamati» (*ivi*, 134).

³¹⁷ *Ivi*, 137.

³¹⁸ *Ibidem*.

proficuità per il giurista italiano del confronto con l'esperienza americana, la quale permette di scorgere preoccupazioni comuni e individuare possibili alleanze metodologiche. Incidentalmente, come si è detto, lo stesso confronto permette anche di celebrare una certa “preveggenza” della dottrina italiana rispetto ai dibattuti sviluppi della teoria costituzionale americana.