

Diritto Pubblico

INDICE GENERALE DELL'ANNATA

2016

IL MULINO

INDICE DEI FASCICOLI

FASCICOLO N. 1

Saggi

- CHIARA CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi* p. 1
- GIACOMO DELLEDONNE, *Funzioni di Capo dello Stato e integrazione costituzionale: il ruolo del Presidente federale tedesco, secondo la scienza giuridica e la giurisprudenza della Corte di Karlsruhe* p. 37
- WLADIMIRO GASPARRI, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata* p. 69
- ALFREDO MOLITERNI, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione* p. 191
- GIORGIO REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo* p. 247
- NICOLETTA VETTORI, *Persona e diritto all'assistenza* p. 307

Note e commenti

- NICOLA LUPO - GUIDO RIVOSACCHI, *Valutare le politiche di bilancio: il ruolo del Parlamento* p. 333
- LUIGI GIANNITI, *Dal Rapporto dei 4 Presidenti del 2012 a quello dei 5 Presidenti del 2015: prime note sull'evoluzione della governance economica dell'Unione* p. 389

- FRANCESCO SAITTO, *La 'solitudine' delle corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU* p. 421

Giuristi e diritto

- DOMENICO SORACE, *Un'idea di amministrazione pubblica* p. 451

Recensioni

- BIAGIO DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015 (CESARE PINELLI) p. 465

Abstracts

p. 475

Notizie sugli Autori

p. 481

FASCICOLO N. 2

Dibattiti

- Giudici e legislatori* con interventi di CESARE PINELLI, GIUSEPPE UGO RESCIGNO, ALDO TRAVI, MARCO BOMBARDELLI, VITTORIO ANGIOLINI, PIETRO CIARLO, ALESSANDRA PIOGGIA, STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI, GAETANO AZZARITI, FRANCESCO BILANCIA, PAOLO CARNEVALE, DOMENICO SORACE p. 483

Saggi

- AUGUSTO CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto* p. 625
- FRANCESCO SAITTO, *Dalla Gilded Age al New Deal: diritti e federalismo nella Lochner Era* p. 669
- GIULIANO VOSA, *'Cure essenziali'. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale* p. 721

Note e commenti

- GIUSEPPE DI GASPARÉ, *Autonomia in dipendenza della Banca d'Italia?* p. 763

Recensioni

- STEPHEN SEDLEY, *Lions under the Throne. Essays on the History of English Public Law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2015 (GIORGIO REPETTO) p. 787
- Breve divagazione in tema di merito amministrativo. A proposito di un libro recente* (LUIGI BENVENUTI) p. 795

Abstracts

p. 803

Notizie sugli Autori

p. 807

Errata corrige

p. 809

FASCICOLO N. 3

Saggi

- PAOLO GROSSI, *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana* p. 811
- NATALINO IRTI, *Dalla lontana provincia del diritto civile* p. 821
- JUAN CARLOS CASSAGNE, *La proyección del nuevo constitucionalismo al derecho administrativo* p. 829
- NICOLA GIOVANNI CEZZI, *L'esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense* p. 849
- FRANCESCO BILANCIA, *Juridification, società civile e identità nazionali nel processo di integrazione europea* p. 937

Giuristi e diritto

- FRANCESCO CERRONE, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orstano, Giuliani* p. 963
- GUIDO CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.* p. 1019

Note e commenti

- Actualité du droit administratif français 2015* a cura di CHARLES VAUTROT-SCHWARZ p. 1043

Recensioni

- ROBERTO PERRONE, *'Buon costume' e valori costituzionali condivisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015 (FRANCESCA ANGELINI) p. 1087
- MARIANGELA ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell'art. 47, Il comma, Cost.*, Napoli, ESI, 2014 (GIANMARCO POLI) p. 1099

Abstracts

p. 1107

Notizie sugli Autori

p. 1113

Indice generale dell'annata 2016

INDICE PER AUTORE

- Actualité du droit administratif français 2015* a cura di CHARLES VAUTROT-SCHWARZ p. 1043
- FRANCESCO BILANCIA, *Juridification, società civile e identità nazionali nel processo di integrazione europea* p. 937

- JUAN CARLOS CASSAGNE, *La proyección del nuevo constitucionalismo al derecho administrativo* p. 829
- AUGUSTO CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto* p. 625
- FRANCESCO CERRONE, *Sull'esperienza giuridica: Capograssi, Orstano, Giuliani* p. 963
- NICOLA GIOVANNI CEZZI, *L'esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense* p. 849
- GUIDO CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista studioso nel processo di modernizzazione della P.A.* p. 1019
- CHIARA CUDIA, *Pubblica amministrazione e valutazioni tecniche: profili organizzativi* p. 1
- GIACOMO DELLEDONNE, *Funzioni di Capo dello Stato e integrazione costituzionale: il ruolo del Presidente federale tedesco, secondo la scienza giuridica e la giurisprudenza della Corte di Karlsruhe* p. 37
- GIUSEPPE DI GASPARRE, *Autonomia in dipendenza della Banca d'Italia?* p. 763
- WLADIMIRO GASPARRI, *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata* p. 69
- LUIGI GIANNITI, *Dal Rapporto dei 4 Presidenti del 2012 a quello dei 5 Presidenti del 2015: prime note sull'evoluzione della governance economica dell'Unione* p. 389
- Giudici e legislatori* con interventi di CESARE PINELLI, GIUSEPPE UGO RESCIGNO, ALDO TRAVI, MARCO BOMBARDELLI, VITTORIO ANGIOLINI, PIETRO CIARLO, ALESSANDRA PIOGGIA, STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI, GAETANO AZZARITI, FRANCESCO BILANCIA, PAOLO CARNEVALE, DOMENICO SORACE p. 483
- PAOLO GROSSI, *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana* p. 811

- NATALINO IRTI, *Dalla lontana provincia del diritto civile* p. 821
- NICOLA LUPO - GUIDO RIVOSECCHI, *Valutare le politiche di bilancio: il ruolo del Parlamento* p. 333
- ALFREDO MOLITERNI, *Controlli pubblici sui soggetti privati e prevenzione della corruzione* p. 191
- GIORGIO REPETTO, *La dignità umana e la sua dimensione sociale nel diritto costituzionale europeo* p. 247
- FRANCESCO SAIITTO, *La 'solitudine' delle corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU* p. 421
- FRANCESCO SAIITTO, *Dalla Gilded Age al New Deal: diritti e federalismo nella Lochner Era* p. 669
- DOMENICO SORACE, *Un'idea di amministrazione pubblica* p. 451
- NICOLETTA VETTORI, *Persona e diritto all'assistenza* p. 307
- GIULIANO VOSA, *'Cure essenziali'. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale* p. 721

Libri recensiti

- MARIANGELA ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell'art. 47, Il comma, Cost.*, Napoli, ESI, 2014 (GIANMARCO POLI) p. 1099
- BIAGIO DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015 (CESARE PINELLI) p. 465
- Breve divagazione in tema di merito amministrativo. A proposito di un libro recente* (LUIGI BENVENUTI) p. 795
- ROBERTO PERRONE, *'Buon costume' e valori costituzionali condivisi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015 (FRANCESCA ANGELINI) p. 1087

STEPHEN SEDLEY, *Lions under the Throne. Essays on the History of English Public Law*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2015 (GIORGIO REPETTO)

p. 787

Nicola Giovanni Cezzi

L'esperienza di Antonin Scalia nella cultura costituzionale statunitense

(doi: 10.1438/85323)

Diritto pubblico (ISSN 1721-8985)

Fascicolo 3, settembre-dicembre 2016

Ente di afferenza:

Università la Sapienza di Roma (Uniroma1)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

NICOLA GIOVANNI CEZZI

L'ESPERIENZA DI ANTONIN SCALIA NELLA CULTURA COSTITUZIONALE STATUNITENSE

Così continuarono a vivere in una realtà sdruciolosa, momentaneamente catturata dalle parole, ma che sarebbe fuggita senza rimedio quando avessero dimenticato i valori delle lettere scritte. Sull'entrata della strada della palude avevano messo un cartello su cui era scritto Macondo e un altro più grande nella strada centrale che diceva Dio esiste. In tutte le case erano stati scritti segni convenzionali per ricordare gli oggetti e i sentimenti. Ma il sistema esigeva tanta sollecitudine e tanta forza morale che molti cedettero all'incanto di una realtà immaginaria, inventata da loro stessi, che risultava loro meno pratica ma più confortevole. Fu Pilar Ternera che contribuì in massimo grado a popolarizzare questa mistificazione, ideando l'artificio di leggere nelle carte il passato, così come prima vi aveva letto il futuro.

Cent'anni di solitudine, Gabriel Garcia Marquez

Sommario: 1. Premessa. – 2. La crisi di modernità. – 3. Le intenzioni originarie. – 4. Il significato originario. – 5. Il testo tra scienza e storia. – 5.1. Ragione e volontà. – 5.2. Stabilità e cambiamento. – 6. Prosa e poesia: testualismo e 'common law'. – 7. La maieutica del giudice.

1. *Premessa.* – Nel settembre del 1787 si chiudevano i lavori della Convenzione di Filadelfia da cui sarebbe scaturita la Costituzione degli Stati Uniti d'America: nel settembre di circa duecento anni dopo, nel 1986, veniva nominato Associate Justice della Corte Suprema dello stesso paese un giurista che della riaffermazione del sistema di valori consegnato in quel documento avrebbe fatto la propria missione giudiziaria.

Con questo studio si vuol fornire una cornice per la comprensione della giurisprudenza di Antonin Gregor Scalia (11 marzo 1936 - 13 febbraio 2016), per oltre trent'anni tra i più influenti giudici federali degli Stati Uniti d'America: la sua esperienza di giurista lo ha visto protagonista di uno dei momenti della storia costituzionale americana che meglio aiuta l'osservatore europeo a cogliere il paradigmatico avvitemento culturale del dibattito giuspubblicistico attorno ai dogmi alla base della fondazione costituzionale americana.

na, quindi attorno alla capacità di tenuta nel tempo di quel patto costituente. Nella storia costituzionale comparata, infatti, il ‘pensare per paradigmi’ «non si rivela funzionale alla costruzione di generalizzazioni astratte, ma tende a far scaturire dalla complessità e dalla varietà delle esperienze criteri e orientamenti per la comprensione del reale» e nell’esperienza «si stratificano e si depositano i frammenti di esistenze individuali e del vissuto collettivo»: ciò implica che «il dato esperienziale si manifesti in misura tanto più incisiva ed intensa, quanto maggiore sono stati la partecipazione ed il coinvolgimento individuali nelle vicende di una comunità politica». È un profilo, questo, che «non è sempre agevole cogliere facendo solo riferimento all’esperienza consegnata nell’opera scientifica dei giuristi», dei quali diventa essenziale «scavare nei ruoli che essi hanno svolto, nelle lotte cui hanno partecipato, nell’impegno civile e didattico che hanno dispiegato, nella trama delle relazioni intessuta»⁽¹⁾.

Per percepire la portata del contributo di Scalia alla storia della cultura costituzionale statunitense, dunque, può non essere sufficiente basarsi su una sola fonte cognitiva: le numerose letture del ‘personaggio’⁽²⁾ soffrono spesso della stessa retorica con la quale

⁽¹⁾ P. RIDOLA, *La Costituzione della repubblica di Weimar come ‘esperienza’ e come ‘paradigma’* (in *Rivista AIC*, 2/2014), ora in *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2016, p. 66. Per un concetto di cultura costituzionale v. P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura* (trad. della II ediz. di *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1982) (ediz. ital. a cura di J. Luther), Roma, 2001, part. pp. 38 ss.: «Affinché le costituzioni ‘promulgate’ possano tradursi in una cultura costituzionale, serve molto tempo. [...] Quest’ultima non è mai tutt’uno con la cultura politica, ma ne rappresenta un determinato stato di aggregazione. Quanto alle forme, la cultura costituzionale presuppone un più alto grado di compressione, stabilità, continuità e oggettivizzazione della ‘cultura politica’. Non tutto quello che è cultura politica si trasforma in cultura costituzionale. La cultura costituzionale esige piuttosto un minimo di continuità e di chances di oggettivizzazione, è l’esito del lavoro costituente di più generazioni. Quanto alla sostanza, il concetto [...] della ‘cultura politica’ ha un più marcato riferimento al processo politico, intendendo le basi culturali del comportamento democratico. La cultura costituzionale è più ampia e include tutte le basi culturali di una comunità costituita che sono rilevanti per la sua costituzione, anche in quelle parti che non si riferiscono ai meccanismi di investitura, esercizio e controllo del potere politico».

⁽²⁾ Assai abbondanti nella produzione giornalistica. Tra le più complete e significative si ricordano: *Supreme Confidence* (M. TALBOT, *The New Yorker*, 28 marzo 2005); *In*

egli aveva alimentato la propria popolarità; le monografie interamente dedicategli hanno tagli più o meno esplicitamente biografici, quando non agiografici⁽³⁾; una valutazione esclusiva delle *opinions* redatte da Scalia può assumere dimensioni dagli esiti difficilmente controllabili, vista la quantità di materiale non ancora catalogato⁽⁴⁾; d'altro canto molto spesso viene trascurata la portata chiarificatrice dei suoi scritti non-giudiziari che testimoniano la maturazione di

Conversation: Antonin Scalia (intervista di J. Senior, *New York Magazine*, 6 ottobre 2013. Tra i 'coccodrilli' pubblicati all'indomani della sua morte si notano: *The Remarkable Life of Antonin Scalia* (M. FORD, *The Atlantic*, 14 febbraio 2016); *Looking Back* (J. TOOBIN, *The New Yorker*, 29 febbraio 2016). Tra le commemorazioni giornalistiche effettuate dagli studiosi del diritto, si ricordano: *Liberal Love for Antonin Scalia* (J. GREENE, *The New York Times*, 14 febbraio 2016); *Justice Antonin Scalia and the 'Dead' Constitution* (B.A. MURPHY, *The New York Times*, 14 febbraio 2016); *Scalia: The Constitution in Politics* (D. COLE, *The New York Review of Books*, 15 febbraio 2016); *What Made Antonin Scalia Great* (J. ROSE, *The Atlantic*, 15 febbraio 2016); *In Defense of Justice Scalia on Religious Liberty and Smith* (M.A. HAMILTON, *Verdict*, 18 febbraio 2016); *The Scalia Myth* (L.H. TRIBE, *The New York Review of Books*, 27 febbraio 2016).

⁽³⁾ Tra queste: B. EDELMAN, *Justice Scalia's Jurisprudence and the Good Society: Shades of Felix Frankfurter and the Harvard Hit Parade of the 1950s*, in *Cardozo Law Review* (1990-1); C.E. SMITH, *Justice Antonin Scalia and the Supreme Court's Conservative Moment*, Westport, Londra 1993; D.A. SCHULZ - C.E. SMITH, *The Jurisprudential Vision of Justice Antonin Scalia*, Lanham, 1996; R.A. BRISBIN, JR., *Justice Antonin Scalia And The Conservative Revival*, Baltimora, Londra, 1997; R.A. ROSSUM, *Antonin Scalia's Jurisprudence. Text and Tradition*, University Press of Kansas, 2006; J.B. STAAB, *The Political Thought of Justice Antonin Scalia. A Hamiltonian on the Supreme Court*, Lanham, Boulder, New York, Toronto, Oxford, 2006; J. BISKUPIC, *American Original - The Life and the Constitution of Supreme Court Justice Antonin Scalia*, New York, 2009; B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, New York, Londra, Toronto, Sydney, New Delhi, 2014. Al giudice Scalia è stato dedicato il simposio della *University of Minnesota Law Review* (estate 2016, vol. 101, *Scalia Symposium*): ai fini del presente approfondimento particolare importanza ha la nota di Griffin (S.M. GRIFFIN, *Justice Scalia: Affirmative or Negative?*) dedicata al contributo di Scalia alla teoria costituzionale. Per uno studio della giurisprudenza di Scalia sotto il profilo della dialettica giudiziaria interna alla Corte Suprema si veda adesso A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli, 2016, pp. 141-156.

⁽⁴⁾ Secondo l'elenco del Legal Information Institute della Cornell University Law School - fino al 2008 - sono oltre trecento (338) le opinioni in cui Scalia ha aderito alla sentenza raggiunta dalla maggioranza della Corte Suprema, quasi quattrocento (385) quelle scritte in concorrenza con questa, 270 in dissenso, 49 in parte concorrendo in parte in dissenso (www.law.cornell.edu/supct/justices/scalia.dec.html). Per una campionatura dei dissensi di Scalia, fino al 2004, si veda di K.A. RING (a cura di), *Scalia dissents: writings of the Supreme Court's wittiest, most outspoken justice*, Washington D.C., 2004. Abbondano invece le raccolte degli estratti più divertenti di sue sentenze e aforismi: si veda *Justice Scalia Dissents* (N. ZYLBERBERG, *The New Yorker*, 22 giugno 2012); *The 11 most memorable Scalia quotes* (N. MCCASKILL, *Politico*, 14 febbraio 2016).

un percorso culturale profondamente influenzato dal contesto in cui si è stato educato il giurista⁽⁵⁾.

Senza quindi rischiare una cronaca giudiziaria delle posizioni di Scalia sulle tematiche costituzionali più attuali, o riproporre una biografica delle sue passioni umane tramite gli aneddoti e gli aforismi di cui fu grande produttore, si cercherà di fornire delle coordinate per le possibili letture di queste cronache.

Il primo paragrafo inquadra così la formazione del giurista Scalia nella cornice delle teorie postmoderne del diritto, dove matura una crisi dei principi fondazionali e fioriscono numerose estetiche argomentative sull'interpretazione della costituzione. Il secondo cerca di dar conto della genesi del pensiero originalista contemporaneo, del suo utilizzo come politica giudiziaria da parte dell'amministrazione Reagan, ma soprattutto delle sue radici nell'affezione popolare verso i miti della fondazione. Il terzo paragrafo dà conto del contributo peculiare che Scalia ha dato a questa dottrina giudiziaria, spostando l'asse dell'argomentazione dalle intenzioni dei *framers* al significato originario del testo. Nel quarto paragrafo si cerca di inquadrare la portata di questo contributo alla luce dell'uso che nella cultura giuspubblicistica americana è stato fatto di scienza del governo e scienza della storia, giungendo alla conclusione che 'originalista' può essere definita la dottrina di Scalia forse solo per la combinazione tra classica argomentazione testualistica e proiezione di questa a un documento (costituzionale) risalente a due secoli prima, ma che poco si differenzia dalla dogmaticità con cui è stato raccontato in passato il rapporto con la profondità storica. Nel quinto paragrafo queste mancate pacificazioni riemergono nella retorica

⁽⁵⁾ Si contano una cinquantina tra articoli scientifici, interventi a convegni e contributi su periodici, oltre ai quattro lavori monografici (A. SCALIA, *Testimony on the Constitutionality of Tuition Tax Credits*, Washington, 1978; ID., *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in A. GUTMANN (a cura di), *A matter of Interpretation: Federal Courts And The Law*, Princeton, 1997; A. SCALIA - B.A. GARNER, *Making Your Case: The Art of Persuading Judges*, St. Paul, 2008; A. SCALIA - B.A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, 2012).

sulla neutralità dei giudici, sulla correttezza e la riconoscibilità del metodo. Col sesto e conclusivo paragrafo la missione di Scalia viene immersa in quella normatività di cui è pervasa l'intera società americana di common law, solo all'interno della quale sono leggibili le apparenti contraddizioni della sua esperienza⁽⁶⁾.

2. *La crisi di modernità.* – Nel settembre del 1957 Scalia iniziava i suoi studi *post-graduate* presso la Law School di Harvard. Sotto l'influenza intellettuale di Felix Frankfurter – ex insegnante di quella scuola e all'epoca esponente principale dell'ala conservatrice della Corte Suprema presieduta dal Chief Justice Earl Warren – gli studenti venivano educati al «contenimento giudiziario» e alla coltivazione di «metodi neutrali»⁽⁷⁾. Due *casebooks* dominavano il curriculum della Law School⁽⁸⁾: *The Legal Process: Basic Problems in the*

⁽⁶⁾ Pur non volendo essere questo un approfondimento sulla dottrina giudiziaria del c.d. *originalism* in quanto tale, bensì sull'intendimento che Scalia ebbe di essa (e sul paradigma che da questo intendimento può essere estrapolato), non si potrà fare a meno di trattare alcuni aspetti di detta dottrina. E ciò pone il preliminare problema terminologico di scegliere, nella lingua italiana, tra i termini 'originario' e 'originale' e rendere con uno di essi il concetto di *originalism*. In particolare l'aggettivo 'originario' può essere impiegato per indicare qualcosa o qualcuno che ha origine da un dato luogo (o che ha dato origine a qualcuno o qualcosa), o per indicare come qualcosa era in origine, o ancora per indicare un modo di acquisto di un diritto (come nel caso dell'usucapione); l'aggettivo (e sostantivo) 'originale' può essere impiegato per indicare un non-derivato, un qualcosa che non dipende da altri esempi o modelli, oppure un fatto o una persona singolare, stravagante. Non sembra esserci quindi una differenza sostanziale tra i due termini, se non nel fatto che 'originale' sottolinea l'inesistenza di precedenti esempi, la 'novità' di una cosa che non somiglia ad altre analoghe, che ha un carattere proprio, mentre 'originario' suggerisce l'idea di 'autenticità' di una cosa. Ora, se la Costituzione degli Stati Uniti d'America, quando fu pensata, rappresentava un documento 'originale', nuovo per il tempo, un *unicum* storico, il movimento culturale che va sotto il nome di *originalism* sembra proporre soprattutto una riscoperta del suo significato autentico – anche se è difficile separare l'afflato di questa riscoperta dalla retorica dell'eccezionalismo americano che affonda nella meta-storia della fondazione di questo ordinamento costituzionale: si preferisce quindi tradurre *originalism* prendendo in prestito la parola *originalismo* solo per una questione di assonanza e non per indicare (se non in senso ironico) il senso letterale che sembra avere nella lingua italiana il termine (ovvero atteggiamento improntato all'esibizione di originalità e stravaganza).

⁽⁷⁾ B. EDELMAN, *Justice Scalia's Jurisprudence and the Good Society*, cit., p. 1799: «We [...] were taught judicial restraint and neutral principles. We were taught that if one used the right method, it would yield the right answer. If it happened that one side tended to win fairly routinely, this was incidental, merely the product of the methodology».

⁽⁸⁾ Così B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, cit., pp. 35-36.

Making and Application of Law (curato da H.M. Hart Jr. e A.M. Sacks, entrambi allievi di Frankfurter) e *The Federal Courts and the Federal System* (scritto da Hart e da H. Wechsler della Columbia Law School). Verso la fine del secondo anno di Law School, nel 1959, Scalia dovette assistere alle *Oliver Wendell Holmes Lectures* tenute anche da Wechsler, che, col suo discorso sui 'principi neutri' del diritto costituzionale⁽⁹⁾, avrebbe esposto la sua critica metodologica alla famosa sentenza di cinque anni prima, *Brown v. Board of Education* (1954), che aveva dichiarato l'incostituzionalità della segregazione razziale nelle scuole pubbliche.

Hart, Sacks e Wechsler sono comunemente annoverati tra i più autorevoli esponenti della c.d. scuola del *Legal Process*⁽¹⁰⁾, un movimento culturale della giurisprudenza concettuale moderna, nato tanto in reazione al movimento realista sviluppatosi dal pragmatismo e dallo scetticismo espressi da Holmes e dalla giurisprudenza sociologica teorizzata da Pound⁽¹¹⁾, quanto in continuità col

⁽⁹⁾ H. WECHSLER, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 73, 1959.

⁽¹⁰⁾ Sulla quale si veda G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto* (Bologna, 2001) (traduzione di C. Colli, ediz. ital. a cura di M. Barberis), pp. 64-77.

⁽¹¹⁾ Per un'introduzione alle moltitudini del giusrealismo, che ha caratterizzato la giurisprudenza statunitense a partire dal New Deal, si veda ancora G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., pp. 49-61. Tra gli esponenti di quella che Gilmore avrebbe definito «età dell'inquietudine» (G. GILMORE, *The Ages of American Law*, 1977 - adesso nella nuova edizione curata e introdotta da P. BOBBITT, New Haven, Londra, 2014) si può ricordare Benjamin Cardozo, il quale, raccogliendo l'eredità di Holmes nella Corte Suprema, avrebbe alimentato la tendenza verso un pragmatico equilibrio giurisdizionale e l'aggiornamento della Costituzione, identificando l'impostazione tradizionale di common law con il moderno pragmatismo americano: convinto che tutte le questioni giuridiche non siano altro che una «questione di grado», Cardozo avrebbe consigliato al «giudice utile» di «bilanciare tutti i suoi ingredienti, la sua filosofia, la sua logica, le sue analogie, la sua storia, le sue usanze, il suo senso del diritto, e tutto il resto» per decidere un caso secondo la sua comprensione dei «costumi contemporanei» e del «perseguimento del bene comune» (B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921, pp. 102, 104, 161 s.: «We like to picture to ourselves the field of law as accurately mapped and plotted. We draw our little lines, and they are hardly down before we blur them. As in time and space, so here. Divisions are working hypotheses, adopted for convenience. [...] So also the duty of a judge becomes itself a question of degree, and he is a useful judge or a poor one as he estimates the measure accurately or loosely. He must balance all his ingredients, his philosophy, his logic, his analogies, his history, his customs, his sense of right, and all the rest, and adding a little here and taking out a little there, must determine, as wisely as he can, which weight

formalismo di Langdell⁽¹²⁾. Questa scuola cercò di «ridimensionare le intuizioni dei giusrealisti sulla natura politica dell'attività giudiziaria, sforzandosi di dimostrare come la discrezionalità giudiziale potesse essere limitata attraverso un'estetica razionalistica, definita da una particolare comprensione dell'istituzione giudiziaria»⁽¹³⁾. I suoi esponenti, sinceramente convinti che «la coerenza logica fosse una caratteristica essenziale della decisione di casi concreti», furono in grado di criticare le pronunce della Corte guidata da Warren etichettandole come «atti di 'politica costituzionale' in cui l'agenda morale dei nove giudici fu imposta sotto il velo di un'interpretazione costituzionale»⁽¹⁴⁾. Di fronte a quella che veniva percepita come una Corte Suprema apertamente interventista, i teorici del *Legal*

shall tip the scales»). Senza apparentemente porre alcuna distinzione tra interpretazione costituzionale e comprensione del common law, avrebbe ancora affermato che «le grandi generalità [presenti nella] costituzione hanno un contenuto e un significato che cambia di epoca in epoca» e che «l'interpretazione, così ampliata, diventa qualcosa di più dell'accertamento del significato e dell'intento dei legislatori il cui volere collettivo fu così dichiarato. [L'interpretazione] completa questa dichiarazione e riempie gli spazi vacanti, secondo gli stessi processi e gli stessi metodi che hanno portato alla costruzione del diritto consuetudinario» (ivi, p. 17: «Codes and other statutes may threaten the judicial function with repression and disuse and atrophy. The function flourishes and persists by virtue of the human need to which it steadfastly responds»). Sul carattere fondativo per il pensiero giuridico statunitense delle opere di Holmes, Pound e Cardozo si veda G. BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nord americano del XX secolo. I fondatori: Holmes, Pound, Cardozo*, Milano, 1958. Secondo Morton Horwitz la Corte presieduta dal giudice Warren e in generale l'ala liberale della Corte formatasi nel secondo dopoguerra condivideva la visione del diritto che i giusrealisti degli anni Venti e Trenta avevano infuso nella coscienza giuridica formatasi durante il New Deal, secondo la quale il diritto è strumento malleabile di politica sociale (M.J. HORWITZ, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, New York, 1998, p. 144: «[T]he Warren Court liberals shared a vision of law that the Legal Realists of the 1920s and 1930s had incorporated into New Deal legal consciousness. Justice Brennan summarized that view: 'The genius of the Constitution', he wrote, 'rests not in any static meaning it might have had in a world that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with current problems and current needs'. Except for Justice Black, all the other liberal justices would have wholeheartedly agreed with Brennan's statement»).

⁽¹²⁾ Il quale a fine Ottocento diede «agli studi giuridici americani una nuova fiducia nella capacità del diritto di superare l'oscurità dell'antica common law, con la sua terminologia e le sue teorie confuse ed incoerenti» (G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., p. 31), affermando che «il diritto è una scienza» e che «tutto il materiale disponibile circa tale scienza è contenuto in libri pubblicati» (*Ibidem*, riferendosi alla prefazione di C.C. LANGDELL, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, Boston, 1871).

⁽¹³⁾ G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., p. 66.

⁽¹⁴⁾ Ivi, p. 69.

Process cercarono di riabilitare l'idea langdelliana della «autonomia di un diritto neutrale»⁽¹⁵⁾: essi, in altri termini, «credevano nella possibilità di risposte 'corrette'»⁽¹⁶⁾.

Negli anni successivi all'acquisizione del diploma di Juris Doctor (1960) – passati a viaggiare per l'Europa grazie alla *Frederick Sheldon Traveling Fellowships* e a svolgere attività forense nello studio legale Jones Day Cockley & Reavis di Cleveland, Ohio (dove sarebbe rimasto fino al 1967) – Scalia assistette dunque a una forte animazione accademica che, mossa dalle problematiche realistiche poste dal caso *Brown*⁽¹⁷⁾, sarebbe stata alimentata e il più delle volte sopraffatta da corpose pronunce della Corte Suprema destinate a incardinare precedenti autorevoli nel campo dell'intervento pubblico nel mercato, dei diritti politici, dell'educazione, delle *affirmative actions*, dell'aborto e dei diritti delle donne. *Brown*, nel quale la Corte si rifiutò di 'riportare indietro le lancette dell'orologio' costituzionale al 1868 (quando il XIV Emendamento, su cui si basava la

⁽¹⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁾ Ivi, p. 64. Secondo P. EDELMAN (*Justice Scalia's Jurisprudence and the Good Society*, cit., p. 1799) gli insegnamenti di questa scuola sarebbero stati molto influenti sulla futura attività di giudice di Scalia: «A leggere le sentenze di Justice Scalia trent'anni dopo si è colti da un senso di *déjà vu*»: Harvard avrebbe anche potuto andare oltre, con i Critical Legal Studies e altre curiosità postmoderne, ma molto del lavoro di Justice Scalia si legge come la «Hit Parade di Harvard degli anni Cinquanta». Come Felix Frankfurter, infatti, così «Justice Scalia sembra credere che la metodologia sia una parte significativa del messaggio». Scalia, conclude Edelman, «passa gran parte del tempo a difendere il suo metodo di lettura della Costituzione, fino al punto che a volte sembra dirci che i risultati nel merito siano incidentali».

⁽¹⁷⁾ Nel 1962 Alexander Bickel (anch'egli ex assistente del giudice Frankfurter) avrebbe pubblicato il celebre *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at The Bar of Politics*, Indianapolis, 1962, destinato a diventare un testo di riferimento attorno al cui oggetto – il carattere contro-maggioritario della Corte – si sarebbero affannati quesiti e tentativi di risposte. Nel suo precedente *The Original Understanding and the Segregation Decision*, in *Harvard Law Review*, 1955, p. 63, provando a 'giustificare' *Brown*, Bickel avrebbe scritto che gli autori del XIV Emendamento (sulla cui clausola egualitaria la sentenza si fondava) erano consapevoli del fatto che «era una costituzione che stavano scrivendo, ciò che li condusse a scegliere un linguaggio capace di sviluppo», e avrebbe concluso sostenendo che «i documenti storici, propriamente intesi, lasciavano la via aperta, anzi invitavano all'adozione di decisioni basate sulla morale e sullo stato concreto della nazione nel 1954, non nel 1866» («[The Court] was able to avoid the dilemma because the record of history, properly understood, left the way open to, in fact invited, a decision based on the moral and material state of the nation in 1954, not in 1866»).

decisione, fu adottato)⁽¹⁸⁾, rappresentò il caso che forse per la prima volta nel Novecento offrì una occasione di cosciente interrogazione sul valore dell'indagine storica nell'attuazione della Costituzione⁽¹⁹⁾.

Poco prima di *Brown*, nel caso *Adamson v. California*⁽²⁰⁾ il dissenso registrato dal giudice Black, insieme alla concorrenza del giudice Frankfurter, aveva reso palese l'apertura del dibattito sulla c.d. dottrina dell'incorporazione del *Bill of Rights*, ovvero sulla applicabilità della tutela dei diritti dichiarati nei primi dieci Emendamenti della Costituzione anche nei confronti delle autorità statali (e non solamente nei confronti di quella federale, come fino a quel momento era pacificamente ammesso) per mezzo della clausola sul giusto processo di cui al XIV Emendamento⁽²¹⁾. Avrebbero fatto

⁽¹⁸⁾ Cfr. *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. (1954), pp. 483, 489, 492, 494.

⁽¹⁹⁾ Con ciò non si vuol dire che l'argomentazione storica o l'uso della storia non abbia abbondantemente caratterizzato la *constitutional adjudication* nel passato. Anzi. Si consideri, a titolo di esempio, il caso *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934), in cui la maggioranza della Corte, pur cosciente della portata originaria della clausola sulla libertà di contrarre (Art. I, sez. 10, clausola 1), se ne discostò per evitarne l'applicazione a (altrimenti invalidante di) una legislazione statale che, permettendo l'estensione dei termini a disposizione per i mutuatari per riscattare i propri mutui, rispondeva alla congiuntura economica venutasi a creare con la crisi del '29. Oppure, andando ancora a ritroso, si pensi all'uso capzioso dell'argomento storico effettuato dalla Corte nel caso *Meyers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926), circa il potere del Presidente di rimuovere ufficiali dell'esecutivo. Su questi casi e su altri settori del diritto costituzionale (come quello della retorica storica sulla libertà di espressione) si veda diffusamente C.A. MILLER, *The Supreme Court and The Uses of History*, Cambridge, 1969. Quel che la sentenza del caso *Brown* probabilmente risvegliò fu una lacerante lotta giudiziaria che sembrava giustificare ampi spazi di manovra interpretativa nell'idea che la riserva libertaria per la competizione democratica di oggi risieda nella libera disponibilità (della lettura) del passato.

⁽²⁰⁾ 332 U.S. 46 (1947).

⁽²¹⁾ Il conseguente studio di C. FAIRMAN (*Does the Fourteenth Amendment Incorporate the Bill of Rights? The Original Understanding*, in *Stanford Law Review*, 1949) sulla insostenibilità storica della dottrina dell'incorporazione, a cui rispose W.W. CROSSKEY (*Politics and the Constitution in the History of the United States*, II vol., Chicago, 1953), avrebbe avviato un'accesa dialettica (su cui cfr. J. O'NEIL, *Originalism in American Law and Politics. A Constitutional History*, Baltimora, Londra, 2005, pp. 69-71). Sempre prima di *Brown*, un altro caso chiave fu *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948), che ridefinì il concetto del requisito dell'azione statale per ottenere tutela dei diritti: i diritti dichiarati nel Bill of Rights e nel XIV Emendamento possono essere violati solo da autorità pubbliche, e non da privati - ma, secondo la Corte in *Shelley*, la (richiesta di) esecuzione giudiziaria di un contratto basato su una articolazione discriminatoria verso una razza equivale a un'azione statale, nel caso di specie in violazione della clausola egualitaria del XIV Emendamento. Su

seguito i casi *Everson v. Board of Education*(²²) e *McCullum v. Board of Education*(²³), nei quali venne dichiarata l'incorporazione della clausola sul divieto di stabilire o favorire alcuna religione (I Emendamento)(²⁴). Nei primi anni Sessanta, con *Engel v. Vitale*(²⁵) e *Abington v. Schempp*(²⁶), il tema delle libertà religiose aveva trasceso la giurisprudenza e iniziava ad animare opinione pubblica e Congresso: l'analisi del giudice Brennan sulle 'intenzioni' dei padri costituenti nella formazione degli Emendamenti a tutela di queste libertà, consegnata alle 73 pagine della sua opinione concorrente nel caso *Schempp*, non evitò le perplessità della dottrina(²⁷) né, soprattutto, il tentativo (poi fallito) del Congresso di adottare un Emendamento costituzionale che negasse le conclusioni di questi ultimi due casi(²⁸).

Le 'penombre' e le 'emanazioni' del *Bill of Rights* da cui il giudi-

questo caso si sarebbero basate le decisioni che la Corte (non) avrebbe preso negli anni Sessanta sui sit-in dimostrativi nell'ambito delle accese lotte per i diritti civili (e il riferimento è soprattutto al caso *Bell v. Maryland*, 378 U.S. 226, 1964, al confronto su '*what this nations has become*' e sulla lettura della storia ivi ingaggiato tra i giudici Black e Goldberg).

(²²) 330 U.S. 1 (1947).

(²³) 333 U.S. 203 (1948).

(²⁴) In *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940), era invece già stato dichiarato 'incorporato' il libero esercizio della fede religiosa, a cui si riferisce la seconda parte della stessa clausola del I Emendamento (*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*).

(²⁵) 370 U.S. 421 (1962), dove venne sancito che la lettura di una preghiera all'inizio di ogni giorno di scuola viola la *Establishment Clause* del I Emendamento, ancorché la sua recitazione da parte degli studenti è volontaria e il suo contenuto è 'nominativamente neutrale'.

(²⁶) 374 U.S. 203 (1963), dove venne considerata contraria al I e al XIV Emendamento la legge statale che preveda la lettura di passi della Bibbia all'inizio di ogni giorno di lezioni nelle scuole pubbliche.

(²⁷) Quella più conservatrice non risparmiò aperte critiche: v. R.G. MCCLOSKEY, *Principles, Powers, and Values: The Establishment Clause and the Supreme Court*, in D.A. GIANELLA (a cura di), *Religion and the Public Order*, Chicago, 1965, e C.E. RICE, *The Supreme Court and Public Prayer: The Need for Restraint*, New York, 1964, che si spinse a proporre l'adozione di un emendamento costituzionale «non per cambiare la Costituzione, ma per ripristinarla, per riparare le crepe aperte dalle corti federali» (p.94).

(²⁸) Cfr. *School Prayers, Bible Reading, Etc.: Hearings Before the Committee on the Judiciary* (House of Representatives, Committee on the Judiciary, 88th Cong., 2nd sess., 1964: library.cqpress.com/cqalmanac/document.php?id=cqal64-1304697). La proposta iniziale fu avanzata da Charles Rice (v. *supra* nota 27).

ce Douglas avrebbe ricavato un diritto alla *privacy* coniugale, violato dalla legge statale che vietava la consulenza sull'uso di contraccettivi⁽²⁹⁾, e la concorrenza nello stesso caso del giudice Goldberg che sosteneva la tutela dello stesso diritto sulla base del IX Emendamento (secondo il quale l'enumerazione di alcuni diritti nella Costituzione non deve essere applicata in modo tale da negare o limitare 'altri diritti' ritenuti dal popolo) aprivano un altro fronte di critiche.

Soprattutto l'utilizzo del IX Emendamento, cui fino ad allora la Corte era ricorsa con parsimonia, destò particolare preoccupazione per le potenzialità interpretative che sembrava aprire in modo incontrollabile. Il giudice Black – dopo aver aspramente criticato la sentenza della maggioranza della Corte, aderendo al dissenso registrato Stewart e formulandone uno proprio nel quale lamentava l'arbitrarietà tanto del ragionamento basato su 'penombre' ed 'emanazioni'⁽³⁰⁾ quanto dell'uso sconsiderato del IX Emendamento – qualche anno dopo sarebbe tornato sul tema giungendo a marcare la differenza sempre più evidente tra la generazione dei *New Dealers* di cui egli sentiva di essere l'ultimo rappresentante e quella espressa dalla maggioranza della Corte presieduta da Warren, e ammoniva coloro che «guardano al sistema giudiziario per attuare le maggiori decisioni politiche della nostra società sotto guisa di determinazioni di costituzionalità» ricordando che «io ho vissuto una corte differente da quella di oggi»⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁽³⁰⁾ Che Black considera non differente dalla screditata argomentazione sull'*economic due process* usata durante *Lochner Era*, condannando la Corte per aver ignorato i limiti del testo e della storia e resuscitato un potere auto-attribuitosi di annullare una legge secondo le proprie visioni della giustizia. Per approfondimenti sulla c.d. *Lochner Era* si vedano A. RUDOLFI, *I giudici e le narrazioni dell'America. (Rileggendo la sentenza Lochner v. New York)*, in *Nomos*, 2008 (3), e adesso F. SAITTO, *Dalla Gilded Age al New Deal: diritti e federalismo nella Lochner era*, in *Dir. pubbl.*, 2016 (2).

⁽³¹⁾ H. BLACK, *A Constitutional Faith*, New York, 1969, p. 11: «[T]here is a tendency now among some to look to the judiciary to make all the major policy decisions of our society under the guise of determining constitutionality. The belief is that the Supreme Court will reach a faster and more desirable resolution of our problems than the legislative

I tentativi della scuola processuale di spiegare e contenere l'azione giudiziaria apparivano dunque destinati a uno scarso successo⁽³²⁾, e anche l'azione politica avrebbe dato pochi risultati: sotto l'amministrazione Repubblicana di Nixon, la promozione a Chief Justice del giudice Burger (1969) e le nomine dei giudici Blackmun (1970), Powell (1972) e Rehnquist (1972) non segnarono rotture di continuità con la giurisprudenza della Corte Warren⁽³³⁾.

or executive branches of the government. To the people who have such faith in our nine justices, I say that I have known a different court from the one today».

⁽³²⁾ Alla fine degli anni Sessanta, in occasione delle *Oliver Wendell Holmes Jr. Lectures* tenute alla Law School di Harvard, Bickel avrebbe sostanzialmente dichiarato il fallimento delle misure escogitate dalla scuola processuale per arginare l'arbitrarietà giudiziaria, sostenendo che «l'insegnamento circa il compito del giudicare, sebbene più modesto del lavoro di Frankfurter considerato nel suo complesso, era destinato a un uditorio più attento» e concludendo col «dubitare, in molti casi, che la Corte abbia la capacità di sviluppare 'principi stabili'» (A.M. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New York, 1970, pp. 34, 99: «I have come to doubt in many instances the Court's capacity to develop 'durable principles', and to doubt, therefore, that judicial supremacy can work and is tolerable in broad areas of social policy»). Secondo James S. Wright (il cui *Professor Bickel, the Scholarly Tradition and the Supreme Court*, in *Harvard Law Review*, 1971, viene richiamato da G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., pp. 81-83), gli studi di Wechsler e Bickel erano ritornati al punto di partenza, perché aveva portato «gli studiosi del Legal Process del dopoguerra ad accettare l'implicazione logica dei 'realisti progressisti', che lasciarono l'accademia e si unirono al New Deal per concentrare la loro attenzione sulla produzione legislativa di diritto, piuttosto che sulla creazione giudiziale». In particolare egli «vide nella critica di Bickel e Wechsler alla Corte Warren un 'profondo relativismo di valori che accettava la fosca opinione secondo la quale 'giustizia' e 'ingiustizia' non [erano] altro che casuali scelte sociali di valore di nessun significato intrinseco». Wright avrebbe così predetto «che 'la nuova generazione di giuristi' formatasi negli anni Sessanta avrebbe rifiutato la tradizione di studi de wechsleriani del New Deal [...] che questa nuova generazione non avrebbe visto 'alcun baratro teorico tra morale e diritto' [...] [in quanto] sa che un paese che custodisce tutto il suo capitale morale nella forma di una retorica superficiale è destinato a morire ricco, e a morire presto». Secondo Gary Minda la predizione di Wright (la nuova generazione – cui, come visto, apparteneva pienamente Antonin Scalia – avrebbe accettato il ruolo di una magistratura attiva in una democrazia costituzionale) si sarebbe rivelata corretta. Proprio alla luce dell'esperienza di Scalia, dubbi sulla definitività di questa interpretazione possono sussistere.

⁽³³⁾ Eccetto William Rehnquist, che sin dalle audizioni per la conferma della sua nomina davanti al Senato aveva espresso una visione sull'interpretazione costituzionale (da basarsi sull'intento 'originario' dei *framers*) cui si sarebbe attenuto scrupolosamente, gli altri giudici nominati da Nixon (e anche John Paul Stevens nominato da Ford nel 1975) non alterarono né la direzione della Corte intrapresa sotto la guida del giudice Warren né l'antipatia che avrebbe continuato ad attrarre. Secondo Jonathan O'Neill, «le decisioni della Corte Burger riflettevano tipicamente alleanze pragmatiche e strategiche tra i giudici [...] ed erano ben espresse nell'approccio specificatamente equilibrato e moderno prediletto da

La crisi di modernità in questi anni iniziava così a investire anche la narrativa costituzionale. La ‘rivoluzione’ messa in atto dal *New Deal*, se non era stata propriamente fraintesa dalla Corte guidata da Warren, come aveva rimproverato Hugo Black, sicuramente svelava le fragili basi culturali su cui si era cercato di erigere «un nuovo quadro normativo costituzionale dell’economia contenutisticamente determinato» spostando il ruolo dei giudici da «custodi di principi costituzionali fondamentali» a «guardiani di un documento che deve garantire la sua capacità di adattarsi al tempo in cui si trova a operare»⁽³⁴⁾. L’intrinseca instabilità di una costruzione amministrativa⁽³⁵⁾ e di una proliferazione della giurisprudenza costituzionale prive di un ragionato appiglio a ‘strutture e relazioni costituzionali’⁽³⁶⁾, sarebbe stata accresciuta dai poco significativi interventi di positivizzazione (ordinaria e meno ancora costituzionale). Si iniziava a scoprire un testo costituzionale antico, che non sembrava dare risposte ai dilemmi del XX secolo e non ‘diceva niente’ in tema di aborto, *privacy*, politiche livellatrici di condizioni razziali, sessuali o economiche: maturava «la consapevolezza di perdere, o di aver perso, le cruciali connessioni con l’autorità stabilizzante e legittimante delle istituzioni e delle tradizioni del passato», ovvero «la percezione che queste forme di autorità fossero su-

Justice Powell»; anzi le decisioni adottate da questa corte (la più controversa della quali sarebbe stata *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973), avrebbero prodotto «l’effetto involontario di favorire l’affermazione della nuova direzione politica affrettando la frammentazione della coalizione del New Deal e portando alcuni dei suoi elementi nell’ascendente movimento politico conservatore»; «la ‘controrivoluzione che non fu’ testimoniava di come il compromesso costituzionale del New Deal e della Corte Warren avesse reso il potere giudiziario moderno uno strumento istituzionalizzato degli obiettivi politici liberali» (J. O’NEILL, *Originalism in American Law and Politics*, cit., pp. 96, 97, 98).

⁽³⁴⁾ G.E. WHITE, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge, Londra, 2001, p. 205, citato da F. SAIITTO, *Dalla Gilded Age al New Deal*, cit., p. 717.

⁽³⁵⁾ La retorica della critica contemporanea all’ingombrante stato amministrativo inaugurato dal New Deal è accomunata dal sostanziale disconoscimento del contributo alla cultura costituzionale statunitense apportato dai pensatori e dai governi promotori dei tecnicismi imposti dalle impellenze di un esecutivo *liberal*. Per tutti si veda l’argomentazione storica di P. HAMBURGER, *Is Administrative Law Unlawful?*, Chicago, 2014.

⁽³⁶⁾ Il riferimento è al saggio di C.L. BLACK, jr., *Structure and Relationship in Constitutional Law*, Baton Rouge, 1969.

perate, cancellate, o non più in grado di svolgere la loro funzione abituale»⁽³⁷⁾. Se c'è un punto fermo nella comprensione costituzionale, esso si rinviene nel fatto che se oggi la Costituzione 'significa' qualcosa, questo qualcosa non è ciò che 'si aveva in mente' quando fu adottata: la Costituzione del 1787 era stata pensata per un mondo differente e per un paese differente.

Riemergeva così, con la drammaticità con cui periodicamente si è proposta nella narrazione storica, l'incompiutezza o l'apparenza di quella sintesi su cui fu fatto poggiare l'impianto dell'ordinamento: quella tra le virtuosità razionalistiche dell'Illuminismo che isolava e dava forma al potere e le continuità storiche delle immemoriali tradizioni del common law inglese che al potere avrebbero dato contenuto; ovvero la sintesi tra scienza e consenso, dove la ragione avrebbe assicurato la correttezza del potere e la volontà popolare ne avrebbe assicurato la legittimazione⁽³⁸⁾. In questa seconda metà del Novecento la forza centrifuga (della ricerca) del consenso sembrava aver assunto connotati *liberal*⁽³⁹⁾ e, promanando dalla Corte Suprema, avrebbe acceso lo specioso dibattito sulla sua

⁽³⁷⁾ J.M. BALKIN, *Constitutional Interpretation and Change in The United States: The Official and The Unofficial*, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 542, 14 aprile 2015: «By a crisis of modernity I mean the recognition that one is losing-or has already lost-crucial connections to the stabilizing and legitimating authority of the past and the institutions and traditions of the past. Modernity is the sense that these forms of authority are outdated, slipping away, or can no longer perform their customary function. The 1787 Constitution was designed for a different world and a different country than the American democracy of the twentieth century».

⁽³⁸⁾ Cfr. P.W. KAHN, *Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism*, in *The Yale Law Journal*, vol. 98, n. 3, gennaio 1989. Sulla retorica delle 'sintesi' americane v. *infra* note 126, 148.

⁽³⁹⁾ Kahn (*ivi*, pp. 506-516) sembra raggiungere una conclusione opposta nell'attribuire al pensiero originalista (che verrà sponsorizzato dall'amministrazione neoliberale di Reagan) il fraintendimento e la mitologizzazione della sovranità popolare, considerata come pura volontà, ma volontà *del* passato. Per quanto come si vedrà questa lettura sia condivisibile (soprattutto per quel che riguarda la base mitologica della nuova politica giudiziaria), si rimane dell'idea che la giurisprudenza della Corte guidata da Warren avesse ugualmente avviato un ambiguo processo di costituzionalizzazione di valori e attitudini correnti sfogando le potenzialità libertarie della costituzione prima che queste venissero identificate o promosse da altre istituzioni elettive (così G.E. WHITE, *The Path of American Jurisprudence*, in *University of Pennsylvania Law Rev.*, vol. 124, n. 5, maggio 1976, pp. 1248 s.).

legittimazione, continuamente dipendente dal grado di ‘persuasione’ che le sue decisioni ottengono tra i cittadini⁽⁴⁰⁾.

3. *Le intenzioni originarie.* – Dal 1967 Antonin Scalia era entrato a far parte del corpo docente della School of Law della Virginia University, come insegnante ‘generalista’⁽⁴¹⁾. Nonostante il fervore intellettuale a cui si è fatto cenno, il giovane studioso non si sarebbe immerso nei dibattiti di quegli anni, che iniziavano a provocare fratture sempre più laceranti⁽⁴²⁾. Ad approfondimenti dal

⁽⁴⁰⁾ Riguardo questo dibattito non si può andare oltre i brevi cenni di cui alle note precedenti. Per un maggiore approfondimento si veda C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Riv. dir. cost.*, 2008, n. 13. Alle osservazioni conclusive, secondo le quali la retorica americana sulla legittimità (dell’ingerenza) della Corte Suprema andrebbe aggiornata alla crisi della rappresentanza politica e alle trasformazioni della democrazia, proprio per quel che riguarda la fuga del legislatore dalle sue responsabilità politiche si potrebbe aggiungere, anche alla luce delle recenti ricostruzioni della storia legislativa di questi anni (ci si riferisce a B. ACKERMAN, *We The People*, vol. 3, *The Civil Rights Revolution*, Cambridge, Londra, 2014), che in ogni caso la chiave di lettura fornita da Bickel fondata sul carattere contro-maggioritario della Corte con cui si era ossessivamente confrontata la dottrina americana (e da cui prende le mosse la geremiade originalista) è intrinsecamente equivoca, perché se da un lato non scioglie anzi infittisce il nodo irrisolto delle mitiche ‘sintesi fondazionali’ (v. *infra* note 126, 148), dall’altro non concepisce una declinazione in senso extra-maggioritario del diritto costituzionale. Per un approfondimento comparatistico sul rapporto tra ‘opinioni separate’ e legittimazione delle corti costituzionali v. A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., pp. 478-512.

⁽⁴¹⁾ Così B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, cit., pp. 48 s.: Scalia si sarebbe occupato di contratti, di diritto commerciale e – come si vedrà – avrebbe scritto molto di diritto amministrativo, pur non dandone lezioni.

⁽⁴²⁾ Tra le più equilibrate reazioni alla sanguigna sentenza del caso *Roe* si può ricordare quella di John Hart Ely (*The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, in *The Yale Law Journal*, 82, 1973) il quale rimprovera proprio la dottrina e i commentatori della Corte per non essere stati in grado di disciplinare l’azione di questa, assumendo quindi la responsabilità per i ‘danni’ creati da sentenze come *Roe*: «Un punto che spesso viene perso nei commenti, e che chiaramente è stato perso nel caso *Roe*, è che *prima* che la Corte possa arrivare alla fase del ‘bilanciamento’, *prima* che possa preoccuparsi del prossimo caso e del caso ancora successivo (o anche della sua posizione istituzionale), essa è obbligata a muovere partendo dalla carta dalla quale deriva la sua autorità. Un principio neutrale e stabile può essere fonte di bellezza e gioia per sempre. Ma se difetta la connessione con un qualunque valore specialmente marcato dalla Costituzione, esso non è un principio costituzionale e non è compito della Corte imporlo. Spero che quanto detto suoni ovvio al limite della banalità. Eppure quelli di noi che ritengono ciò ovvio raramente si sono disturbati a dirlo. E poiché non l’abbiamo detto, dobbiamo condividere la responsabilità di questa decisione» («A neutral and durable principle may be a thing of beauty and a joy forever. But if it lacks connection with any value the Constitution marks as special, it is not a constitutional principle and the Court has no business imposing it. I hope that will seem obvious to the point of banality. Yet those of us to whom it does seem obvious have seldom troubled to say so. And

minimo impegno teoretico, per gran parte degli anni '70 aventi a oggetto esegesi di novità legislative nel campo della procedura amministrativa⁽⁴³⁾, avrebbe infatti unito un impegno più schietto nella costruzione di un curriculum professionale nell'ambito dell'amministrazione federale: negli anni delle prime regolazioni nel campo delle telecomunicazioni sarebbe stato consulente generale dell'Office of Telecommunications Policy⁽⁴⁴⁾, in seguito fu nominato da Nixon presidente della Administrative Conference of the United States⁽⁴⁵⁾, e subito dopo dallo stesso presidente fu messo a capo

because we have not, we must share in the blame for this decision»). E avrebbe aggiunto in nota, richiamando un passo di Henry M. Hart, jr. (*Foreword: The Time Chart of the Justices*, in *Harvard Law Review*, 84, 1959: «[T]he Court is predestined [...] to be a voice of reason, charged with the creative function of discerning afresh and of articulating and developing impersonal and durable principles [...]») che «un conto è discernere nuovi principi costituzionali, altro conto è svilupparli, non importa quanto neutri e stabili»: «un'istituzione incaricata di prendersi cura di un sistema di valori che noi le abbiamo affidato è decisamente differente da una con l'autorità di modificare questo sistema».

⁽⁴³⁾ La sua prima pubblicazione risale al 1970 e ha a oggetto quella tipologia di *judicial review* dell'azione amministrativa disposta non dalle specifiche leggi che disciplinano le agenzie amministrative, ma tramite i rimedi di common law (*mandamus* e *injunction*) applicabili contro gli amministratori che hanno esercitato erroneamente o ecceduto il loro potere: *Sovereign Immunity and Nonstatutory Review of Federal Administrative Action: Some Conclusions from the Public-Lands Cases* (in *Michigan Law Review*, 68, 5, 1970). Seguiranno: *Appellate Justice: A Crisis in Virginia?* (con G.C. LILLY, in *Virginia Law Review*, 58, 1, 1971) ancora sulla procedura giurisdizionale; *The Hearing Examiner Loan Program* (in *Duke Law Journal*, 2, 1971); *Don't Go Near the Water. A Proposal Concerning the FCC's Fairness Doctrine* (in *Federal Commercial Bar Journal*, 25, 1972); *Procedural Aspects Of The Consumer Product Safety Act* (con F. GOODMAN, in *UCLA Law Review*, 20, 1972-3), un'analisi sulla prima legislazione dai tempi del New Deal a dar vita a una commissione di regolazione federale per una specifica area commerciale.

⁽⁴⁴⁾ Ente incaricato, direttamente dal Presidente degli Stati Uniti (Richard Nixon, all'epoca), di regolare l'emergente industria della televisione via cavo e la cui autorità veniva così giustapposta a quella della Federal Communications Commission. Sulle delicate questioni legali su cui Scalia fornì le sue consulenze (a questa esperienza risale il suo *Don't Go Near the Water*, cit.) v. B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, cit., pp. 49-55: secondo Murphy, «in ognuna di queste Scalia imparò a impossessarsi del materiale storico e di politica governativa, a modellare il suo prospetto, ad analizzare e consigliare politiche in *memorandum* brevi e concisi, e ad adattare le sue raccomandazione agli sviluppi dalle controversie» («These were skills that would later serve him well in his next stop in the White House bureaucracy and later on the federal judiciary»).

⁽⁴⁵⁾ Agenzia indipendente di ricerca, incaricata di identificare le cause dell'inefficienza e del ritardo nell'espletamento delle procedure amministrative, di inviare raccomandazioni al Presidente, alle agenzie, al Congresso e alle Corti. Nixon nominò (e il Senato confermò) Scalia nel 1972 (v. B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, cit., pp. 55-57). Tra i contributi di Scalia a questa agenzia si può leggere il suo intervento conclusivo alla *Ninth Ple-*

dell'Office of Legal Counsel, rimanendovi in carica anche dopo lo scandalo *Watergate* e l'assunzione dell'amministrazione federale da parte di Gerald Ford⁽⁴⁶⁾.

Sarebbe rientrato con più convinzione nell'ambiente universitario nel 1977: prima come membro dell'American Enterprise Institute, una *think tank* di ispirazione conservatrice il cui periodico bimestrale, '*Regulation*', trattava i temi delle regolazioni del mercato e della concorrenza seguendo un'impostazione secondo cui, pur ammettendo che «in una società industriale complessa» una certa misura di regolazione «può essere necessaria», essa tuttavia dovrebbe «essere sensibile, efficiente e non onerosa»⁽⁴⁷⁾; poi come inse-

nary Session off *The Administrative Conference off The United States*, in *Administrative Law Review*, 25, 4, Fall 1974.

⁽⁴⁶⁾ Scalia ricoprì la carica dal 1974 all'inizio del 1977: sarà questo il periodo più formativo per la sua conoscenza delle dinamiche amministrative del Governo e per la dimostrazione delle sue abilità di consigliere giuridico del Presidente, in un periodo in cui, sopravvissuto al *Watergate*, l'esecutivo era continuamente sotto attacco e doveva 'difendersi' da numerose interventi legislativi come il rafforzamento del Freedom of Information Act del 1974 (Scalia consigliò Ford di apporvi il veto, superato poi dal Congresso) (v. B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, cit., pp. 58-78). Gli approfondimenti e le lezioni di questa esperienza saranno ben riconoscibili in uno dei suoi più lucidi interventi da giudice federale. Nel caso *Morrison v. Olson* 487 U.S. 654 (1988) la Corte Suprema sostenne la costituzionalità di una legge che autorizzava la nomina di Independent Counsels per la persecuzione dei reati perpetrati da membri dell'esecutivo, con limitata capacità del presidente di nominare detti *counsels* o porre termine al loro mandato: Scalia, in un solitario dissenso, ammoniva circa l'incompatibilità costituzionale di un tale ufficio, poiché un *public prosecutor* che non fosse parte dell'esecutivo (come richiesto dalla Costituzione) avrebbe portato a imprevedibili protagonismi investigativi. Il Partito Repubblicano avrebbe apprezzato il valore di questa lezione quando l'allora Independent Counsel Lawrence Walsh annunciò l'imputazione del segretario alla difesa del presidente George H.W. Bush, Caspar W. Weinberger; mentre il Partito Democratico ne colse il significato quando le indagini dell'Independent Counsel Kenneth Starr portarono all'impeachment del presidente Clinton nel 1998. La legge in questione sarebbe stata abrogata bipartisan nel 1999. La sua profonda conoscenza dei gangli dell'amministrazione pubblica statunitense, maturata tanto 'sul campo' quanto negli studi è rilevata da R.K. PIERCE, JR., *Justice Scalia's Unparalleled Contributions to Administrative Law*, in *University of Minnesota Law Review* (estate 2016, vol. 101, *Scalia Symposium*).

⁽⁴⁷⁾ *About This Journal* (a firma di Anne Burnsdale), in *Regulation*, 1, luglio-agosto, 1977, p. 2: «The editors of this journal recognize that, in a complex industrial society, a substantial measure of regulation may be necessary. We are committed, nonetheless, to the ideal that this regulation should be sensible, cost-efficient, and as unburdensome as the nature of its objectives will allow. In the coming years, we hope to advance that ideal by stimulating informed public discussion». Per questo periodo Scalia avrebbe firmato i primi approfondimenti critici. Proprio sul numero inaugurale citato compare un suo nuovo contri-

gnante⁽⁴⁸⁾ presso la Law School della University of Chicago, dove avrebbe trovato un ambiente particolarmente adatto alla coltivazione delle sue credenziali di giovane studioso di estrazione conservatrice. Oltre a Edward Levi (che Scalia aveva già conosciuto e avuto come suo superiore nel Justice Department, in quanto Attorney General sotto l'amministrazione Ford⁽⁴⁹⁾: insegnava adesso Jurisprudenza a Chicago), Scalia avrebbe condiviso questa nuova esperienza universitaria con Richard Posner (tra i primi teorici della dottrina di *Law & Economics*⁽⁵⁰⁾, che Reagan di lì a poco avrebbe nominato giudice federale), Davide Currie (autore di fondamentali

buto, ancora sulla procedura amministrativa: A. SCALIA, *Two Wrongs Make a Right. The Judicialization of Standardless Rulemaking*. Tra gli altri contributi di questo periodo vanno annoverati: ID., *Vermont Yankee. The APA, the D.C. Circuit, and the Supreme Court*, in *The Supreme Court Review*, 1978, in cui per la prima volta scriveva di «epoca di attivismo giudiziario», per poi riprendere l'analisi amministrativistica secondo visioni anti-regolatorie; ID., *The ALJ Fiasco. A Reprise*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 47, n. 1, 1979, sulla nomina e la promozione dei giudici amministrativi; ID., *The Legislative Veto. A False Remedy for System Overload*, in *Regulation*, novembre/dicembre 1979; ID., *A Note on the Benzene Case*, in *Regulation*, luglio-agosto 1980, in cui il tema dell'attivismo giudiziario viene affrontato in relazione a un caso specifico (Industrial Union Department, AFL-CIO v. American Petroleum Institute, 448 U.S. 607, 1980, conosciuto anche come il caso *Benzene*): Scalia, dalle pagine del periodico conservatore, rimproverava la Corte Suprema di essersi allontanata dal principio di deferenza giudiziaria verso le determinazioni di un'agenzia (nel caso di specie, la Occupational Safety and Health Administration), riesumando (soprattutto con l'opinione concorrente del giudice Rehnquist) la dottrina del divieto di delegazione di poteri normativi a favore delle agenzie, una dottrina intesa e applicata sempre molto liberamente ma che, secondo Scalia, oggi avrebbe senso riconsiderare proprio contro le ingerenze 'normative' delle corti («In other words, to a large extent judicial invocation of the unconstitutional delegation doctrine is a self-denying ordinance – forbidding the transfer of legislative power not to the agencies, but to the courts themselves. [...] [T]he unconstitutional delegation doctrine is worth hewing from the ice. The alternative appears to be continuation of the widely felt trend toward government by bureaucracy or (what is no better) government by courts. [...] The sorts of judgments alluded to above – how great is the need for prompt action, how extensive is the social consensus on the vague legislated objective, and so forth – are much more appropriate for a representative assembly than for a hermetically sealed committee of nine lawyers. In earlier times heated constitutional debate did take place at the congressional level»).

⁽⁴⁸⁾ Ancora una volta tenendo corsi e seminari di diversa natura: diritto amministrativo, costituzionale, libertà di espressione, legislazione federale su telecomunicazioni (v. B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, cit., p. 81).

⁽⁴⁹⁾ Scalia avrebbe affidato un sincero ricordo della collaborazione con Levi durante l'amministrazione Ford in A. SCALIA, *In Memoriam: Edward H. Levi (1912-2000)*, in *University of Chicago Law Review*, 67, 4, 2000.

⁽⁵⁰⁾ Sulla quale si veda G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., pp. 144-176.

trattati sulla storia giurisprudenziale della Corte Suprema)⁽⁵¹⁾ e Richard Epstein, i cui studi⁽⁵²⁾ possono essere considerati tra i più espressivi dell'impostazione conservatrice della 'scuola di Chicago'. Particolarmente influenti nella direzione di questa scuola, ma più in particolare per l'epifania giudiziaria di Scalia⁽⁵³⁾, furono i lavori del filosofo politico, ex allievo di Carl Schmitt, Leo Strauss, scomparso pochi anni prima del suo arrivo a Chicago: l'attenzione alla stretta aderenza alla lettura testuale dei lavori filosofici, insieme a una loro rigorosa analisi storica, nella tensione verso la decostruzione del testo per scoprirne il significato genuinamente contenuto, erano alla base della sua idea di 'discorso perfetto'⁽⁵⁴⁾ in virtù della quale appunto un'appropriata analisi del testo condotta secondo certi materiali analitici ne rivelerebbe perfettamente l'ultima verità all'attento lettore.

Nell'agio di un simile contesto culturale, Scalia avrebbe concentrato la sua riflessione di questi anni sui problemi delle quote razziali⁽⁵⁵⁾, delle de-regolazione⁽⁵⁶⁾, delle prerogative del potere ese-

⁽⁵¹⁾ In particolare per l'opera di due volumi, uno per secolo di storia costituzionale: D.P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court*, Chicago, 1985, 1990.

⁽⁵²⁾ Tra cui R.A. EPSTEIN, *Takings. Private Property and the Power of Eminent Domain*, Cambridge, Londra, 1985.

⁽⁵³⁾ Così B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, cit., p. 81.

⁽⁵⁴⁾ L. STRAUSS, *Thoughts on Machiavelli*, Chicago, 1958, p. 121: «The perfect book or speech obeys in every respect the pure and merciless laws of what has been called logographic necessity. The perfect speech contains nothing slipshod; it in there are no loose threads; it contains no word that has been picked at random; it is not marred by errors due to faulty memory or to any other kind of carelessness; strong passions and a powerful and fertile imagination are guided with ease by a reason which knows how to use the unexpected gift, which knows how to persuade and which knows how to forbid; it allows of no adornment which is not imposed by the gravity and aloofness of the subject matter; the perfect writer rejects with disdain and with some impatience the demand of vulgar rhetoric that expressions must be varied since change is pleasant». V. anche ID., *The City and the Man*, Chicago, 1978; *Persecution and the Art of Writing*, Chicago, 1988.

⁽⁵⁵⁾ A. SCALIA, *The Disease as Cure*, in *Washington University Law Quarterly*, 1979, in cui commentava la recente sentenza nel caso *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978), in cui la Corte discusse della legittimità di un programma di ammissione all'Università che prevedeva un certo numero di posti riservati alle minoranze razziali (un tipico esempio di *affirmative action*). Sarebbe emersa qui una posizione che Scalia non avrebbe mutato una volta divenuto giudice: prendere in considerazione la razza di un individuo, anche se per considerarla come fattore 'benigno' e livellare il terreno delle

cutivo⁽⁵⁷⁾, del federalismo⁽⁵⁸⁾, e su altri temi la cui trattazione polemica sarebbe stata presto valorizzata e apprezzata da colleghi e allievi.

Oltre a un corpo docenti così rappresentato, infatti, Scalia avrebbe trovato nella facoltà di Chicago anche un gruppo di studenti particolarmente sensibili alle tematiche del Partito Repubblicano, e che ottennero la sua disponibilità a figurare come garante per la loro organizzazione, nel contempo formatasi anche nelle facoltà di Yale e Harvard: la Federalist Society for Law and Public Policy Studies (più comunemente nota come *Federalist Society*)⁽⁵⁹⁾.

opportunità, rimarrebbe per Scalia pur sempre una politica razzista, come tale da assoggettare a severo scrutinio giudiziario.

⁽⁵⁶⁾ A. SCALIA, *Regulatory Reform. The Game Has Changed*, in *Regulation*, gennaio/febbraio 1981. ID., *Back to Basics. Making Law without Making Rules*, in *Regulation*, luglio/agosto 1981, in cui criticava ancora la tendenza, registrata negli anni '70, verso una regolazione prescrittiva di carattere generale.

⁽⁵⁷⁾ A. SCALIA, *Regulatory Review and Management*, in *Regulation*, gennaio/febbraio 1982, in cui commentava l'Executive Order 12292 del Presidente Reagan con cui veniva disposta l'analisi di impatto della regolazione sia prima della pubblicazione della regolazione proposta che prima dell'adozione della regola finale e la sottoposizione di entrambe all'Office Of Management and Budget (OMB, alle dirette dipendenze del Presidente) per una revisione. ID., *The Freedom of Information Has No Clothes*, in *Regulation*, marzo/aprile 1982, in cui torna all'attacco del FOIA e delle modificazioni introdotte nel 1974 (v. *supra* nota 46) definendolo come «il Taj Mahal della dottrina delle conseguenze impreviste, la Cappella Sistina dell'analisi ignorata costi-benefici»: «i difetti del Freedom of Information Act non possono essere curati fintanto che rimaniamo condizionati dell'ossessione che ha dato loro origine – ovvero quella secondo la quale la difesa contro un esecutivo arbitrario è un controllo fai-da-te da parte del pubblico e del suo surrogato, la stampa» («The defects of the Freedom of Information Act cannot be cured as long as we are dominated by the obsession that gave them birth – that the first line of defense against an arbitrary executive is do-it-yourself oversight by the public and its surrogate, the press»).

⁽⁵⁸⁾ A. SCALIA, *Two Faces of Federalism*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 6, 1982, in cui si sofferma molto brevemente (e molto ambiguamente) sul fraintendimento delle dinamiche federali da parte dell'ala conservatrice: l'inazione dell'amministrazione Repubblicana circa molti temi sensibili ha a che fare con quella «infelice tendenza dei conservatori a considerare l'esercizio del potere federale, almeno nelle sue attività puramente domestiche, come qualcosa che va limitato, o meglio ancora (quando i conservatori sono al governo) come qualcosa da non-fare, piuttosto che come uno strumento della politica legittimo e utile («[This inactive] attitude is ultimately self-defeating, since it converts the instrument into a tool that cuts only one way»).

⁽⁵⁹⁾ «[La *Federalist Society*] è fondata sui principi secondo i quali lo stato esiste per preservare la libertà, ed è competenza e dovere del potere giudiziario dichiarare ciò che la legge è e non ciò che dovrebbe essere. La Società si propone sia di promuovere una consapevolezza di questi principi che di favorire la loro applicazione attraverso le sue attività» («It is

Questa realtà studentesca avrebbe incoraggiato un dibattito – probabilmente il primo istituzionalizzato a livello universitario – attorno all’attivismo degli organi giudiziari nell’espansione dell’azione federale e per un ritorno alla stretta aderenza ai termini della Costituzione. Insieme a Robert Bork, Scalia sarebbe stato il primo sponsor della neonata organizzazione conservatrice: il primo simposio nazionale, tenutosi a New Haven nel 1982, fu su *‘Federalism: Legal and Political Ramifications’*.

L’amministrazione guidata da Ronald Reagan si era insediata due anni prima e Edwin Meese, a capo del Department of Justice, non avrebbe tardato a incaricare i giovani studenti di formare una rete della Società all’interno del Dipartimento per la selezione dei giuristi ‘conservatori’ da considerare per incarichi federali, e a profondersi coscientemente nella critica aperta dei casi più controversi decisi dalla Corte Suprema, soprattutto nell’alimentazione di un ‘nuovo’ approccio all’interpretazione costituzionale che, in contrasto con le arbitrarietà metodologiche di una ‘Costituzione vivente’, si promettesse di riaffermare il ‘significato originario’ di quel documento⁽⁶⁰⁾.

Prima che l’esigenza di una nuova politica giurisprudenziale venisse accolta e implementata da parte dell’amministrazione Reagan,

founded on the principles that the state exists to preserve freedom, that the separation of governmental powers is central to our Constitution, and that it is emphatically the province and duty of the judiciary to say what the law is, not what it should be. The Society seeks both to promote an awareness of these principles and to further their application through its activities» – www.fed-soc.org/aboutus/). Tra i principali promotori di questa organizzazione, allora studenti delle rispettive Law Schools, si ricordano Steven G. Calabresi (Yale), Lee Liberman Otis (Chicago) e David McIntosh (Chicago).

⁽⁶⁰⁾ Per una percezione della crescita esponenziale in numero e in prestigio di questa organizzazione si veda B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, cit., pp. 84-88. Più diffusamente si veda S.M. TELES, *The Rise of the Conservative Moment. The Battle for the Control of the Law*, Princeton, 2008. Nell’intervista fatta da Johnathan O’Neil, Charles Cooper, allora assistente presso l’Office of Legal Counsel, ha ricordato che la Federalist Society fu per l’amministrazione Reagan un supporto filosofico e una risorsa intellettuale (J. O’NEIL, *Originalism in American Law and Politics*, cit., p. 148: «Charles Cooper, assistant attorney general for the Office of Legal Counsel, later recalled that the Federalist Society “was to the Reagan Administration a philosophical supporter and intellectual resource. [...] [It] supplied not only [intellectual] product and venues but personnel to an eager consumer»).

le basi teoriche di questo nuovo corso erano state già poste, e si fanno convenzionalmente risalire al lavoro di Raoul Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*⁽⁶¹⁾, un'articolata argomentazione storica secondo la quale l'emendamento in questione – così come 'originariamente inteso' da chi lo redasse e lo approvò – aveva una portata di gran lunga inferiore a quella che la Corte gli avrebbe attribuito a partire dal caso *Brown*, e che è profondamente erronea la visione secondo cui esso sarebbe stato volutamente scritto in un linguaggio vago o 'aperto', suscettibile di letture elastiche⁽⁶²⁾.

Il concetto di 'intenzione' è quello su cui l'autore si sofferma maggiormente: partendo dal presupposto secondo cui la Costituzione e i suoi emendamenti sono (stati) considerati come una 'super' legge o un contratto di carattere 'speciale', una volta che su quei testi fosse ricaduta la ratificazione popolare, autori e ratificatori avrebbero ritenuto che questi documenti sarebbero stati interpretati seguendo le loro intenzioni. I testi (Costituzione ed Emendamenti), in altre parole, furono «scritti sulla base di presupposizioni interpretative che assicuravano ai padri costituenti che il loro disegno sarebbe stato eseguito»⁽⁶³⁾: l'attuazione delle intenzioni sa-

⁽⁶¹⁾ R. BERGER, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, 1977. Lo stesso Berger però ammette che Robert Bork e il suo *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in *Indiana Law Journal*, 47, 1971, aveva avuto grande influenza nello svolgimento della sua ricerca, che rimane comunque il primo studio di sistema.

⁽⁶²⁾ Secondo la ricostruzione di Berger, dopo la Guerra Civile, nonostante l'abolizione della schiavitù sanzionata col XIII Emendamento adottato nel 1865, gli Stati del sud continuarono ad adottare misure discriminatorie (i c.d. *black codes*) che finivano col relegare gli schiavi emancipati in uno status di cittadini inferiori. Il Congresso passò così il Civil Rights Act (1866), con il quale furono assicurati a tutte le persone libere i diritti civili a possedere, ereditare, locare o vendere una proprietà, a sottoscrivere ed eseguire contratti, a essere parte in una causa, etc. E nella convinzione che il XIII Emendamento non fornisse una adeguata copertura costituzionale a quello che era pur sempre un atto di legislazione ordinaria, lo stesso Congresso promosse l'adozione del XIV Emendamento: Berger sostiene dunque che l'emendamento in questione era 'inteso' dai suoi autori e ratificatori come volto alla costituzionalizzazione esclusivamente dei diritti contenuti del Civil Rights Act.

⁽⁶³⁾ R. BERGER, *Government by Judiciary*, cit., p. 401: «The Constitution, in short, was written against a background of interpretive presuppositions that assured the Framers their design would be effectuated».

rebbe dunque, secondo questo studio, il vero obiettivo dell'interpretazione⁽⁶⁴⁾. E interpretare non è 'dare' significato, perché il verbo «'dare' denota l'attribuzione di un qualcosa a qualcuno/qualcosa che prima ne era privo, mentre [il verbo] 'interpretare' significa accertare, e non aggiungere»⁽⁶⁵⁾. Il lavoro di Berger sembrava brillare per aver finalmente sottolineato la questione della risalenza del testo costituzionale, per aver portato quello che sarebbe stato chiamato 'originalismo' all'attenzione popolare, rendendone impossibile l'ignoranza⁽⁶⁶⁾. Sarebbe stata percepita come novità una riallocazione del dibattito sul ruolo della corte che – andando oltre le preoccupazioni verso una lettura 'stretta' o una lettura 'elastica', o verso una revisione giudiziaria 'attiva' o una 'contenuta' – sollevava la più basilica questione della portata limitatrice del testo e della storia della Costituzione⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁴⁾ Come si vedrà, il problema, che ancora oggi i giuristi che aderiscono a questa tecnica faticano ad affrontare, è quello della affidabilità di una ricerca storica delle 'intenzioni' basata su documenti (verbali e *records*) e su varie forme di testimonianza dei dibattiti e delle decisioni dell'epoca considerata. Particolarmente oscura è poi l'affermazione di Berger secondo cui l'interpretazione di un testo giuridico costituzionale consista nel discernimento e nell'applicazione dell'intento dei suoi autori tramite le convenzioni e i metodi ben collaudati del common law (cfr. BERGER, *Government by Judiciary*, cit., pp. 18 s., 37-51, 166-220). Il punto, su cui si avrà modo di soffermarsi più avanti (*infra* note 184-187), è che cosa si intenda per (o che in cosa sia storicamente consistita la) interpretazione o aggiudicazione di common law.

⁽⁶⁵⁾ R. BERGER, *New Theories of Interpretation: The Activist Flight from the Constitution*, in *Ohio State Law Journal*, vol. 47, n. 1, 1986: «'To interpret something' [...] 'is to give meaning to it'. That seems to me to depart from the connotation of 'interpret'. 'Give' denotes the grant of something to one who obtains something he did not have before, whereas 'to interpret' is to ascertain, not to add».

⁽⁶⁶⁾ Così J. O'NEIL, *Originalism in American Law and Politics*, cit., p. 131: «More than any other single scholar Berger highlighted the issues that separated originalism from legal liberalism and brought them to a wide audience. [...] While few later originalists understood themselves as systematically elaborating Berger's understanding of the doctrine, he made originalism impossible to ignore». Lo stesso commentatore spiega poi che il termine 'originalismo' si sarebbe imposto in un secondo momento: la terminologia inizialmente derivava dalla dicotomia tra 'interpretativismo' e 'non-interpretativismo' (v. T. GREY, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, in *Stanford Law Review*, 27, 1975), mentre il vocabolo *originalism*, come sostitutivo di *interpretativism*, sarebbe stato coniato dal contributo critico di Paul Brest (P. BREST, *The Misconceived Quest for Original Understanding*, in *Boston University Law Review*, 60, 1980).

⁽⁶⁷⁾ In realtà, e qui risiede il maggior problema della polemica originalista, la genesi di una teoria dell'interpretazione del 'significato originario' della Costituzione non può farsi

L'amministrazione Reagan, e in particolare il Dipartimento di Giustizia guidato da Edwin Meese III, avrebbero così rinvenuto nell'originalismo un'espressione accademica dell'insoddisfazione popolare verso le decisioni *liberal* della Corte Suprema, inaugurando una campagna che presentasse pubblicamente l'originalismo come un modello alternativo al potere riformatore dei giudici liberali⁽⁶⁸⁾.

così nettamente risalire al saggio di Berger. E ciò per vari motivi, che si possono solo rapidamente enunciare. Perché argomentazioni fondate su testo e intenzioni di chi lo scrisse sono sempre state presenti nelle argomentazioni della Corte sin dal suo insediamento. Perché ciò comunque non basterebbe ad accettare l'idea secondo la quale quello che oggi viene chiamato originalismo è sempre esistito nella giurisprudenza americana, anche se non teorizzato prima di Berger, e va anzi fatto risalire alla fondazione costituzionale dell'ordinamento, quasi a rappresentare la originaria dottrina dell'interpretazione, come sembra sostenere O'Neil: questi da un lato non sembra argomentare l'affermazione secondo cui il valore dei dibattiti intercorsi nei primi decenni dell'esperienza giurisprudenziale della Corte suprema, soprattutto attorno alle incerte recezioni degli insegnamenti di Blackstone (che vengono forzati fino farvi leggere una considerazione della Costituzione come una 'superlegge' - locuzione che può a fatica può essere utile per descrivere il suo processo di adozione, ma che ne ignora contenuto e funzione) consista proprio nell'espressione della «natura assiomatica, tacita e non teorizzata dell'originalismo di questo periodo» («The very features of these debates that modern scholars often regard as trimming or self-deception are better understood as evidence of the axiomatic, tacit, and untheorized nature of originalism in this period» J. O'NEIL, *Originalism in American Law and Politics*, cit., p. 17); dall'altro si fatica a seguire quando sostiene che la non teorizzata (ma sempre presente) dottrina dell'originalismo a partire dal New Deal sarebbe stata marginalizzata perché (irrimediabilmente?) collegata all'aggiudicazione formalistica basata sul *substantive due process* («Modern judicial power was rooted in the 'revolt against formalism'. [...] The ultimate result [...] was the marginalization of the untheorized form of textual originalism that had become intertwined with economic substantive due process and formalist adjudication. It was replaced by [...] a 'pragmatic instrumentalist' approach to law»: *ivi*, p. 28). Infine perché, nonostante gli sforzi di giudici e studiosi, l'originalismo non incardina una teoria dell'interpretazione, ma al pari delle altre reazioni alla crisi di modernità della Costituzione, sembra essersi assestato su un'estetica argomentativa.

⁽⁶⁸⁾ Si leggano, a titolo di esempio, i discorsi da Meese tenuti, in un vero e proprio tour politico, davanti la American Bar Association il 9 e 17 luglio 1985, davanti alla D.C. Chapter of the Federalist Society Lawyers Division il 15 novembre 1985 (per questi e altri riferimenti bibliografici v. J. O'NEIL, *Originalism in American Law and Politics*, cit., p. 154-156), nei quali sostenne che il moderno *judicial review* è divenuto imprevedibile, che la dottrina dell'incorporazione (v. *supra* note 21-24) è instabile, che la Corte ha prodotto una giurisprudenza idiosincratica che ha reso più scelte politiche che articolazioni di principi costituzionali, che obiettivo della nuova amministrazione sarebbe stato quello di ristabilire il significato originale delle previsioni costituzionali, che l'intento originario sarebbe stato rinvenuto nel testo della Costituzione così come illuminato da coloro che lo redassero, proposero e ratificarono, che l'approccio maggioritario e processuale dell'originalismo è fondamentale per depoliticizzare il contenzioso costituzionale.

4. *Il significato originario.* – Il processo ‘sulle’ intenzioni dei padri fondatori trovava un suo inquadramento culturale ben definito.

Invocare la figura mitologica delle menti illuminate che diedero vita all’ordine costituzionale risponde, infatti, a una emozione politica profondamente radicata tanto nel sentimento rivoluzionario quanto nella fondazione del nuovo ordine⁽⁶⁹⁾, ed è significativa-

⁽⁶⁹⁾ È la c.d. retorica dell’apocalittica americana, su cui si rimanda diffusamente a J.G.A. POCKOCK, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone. II. La ‘repubblica’ nel pensiero politico anglosassone*, Bologna, 1980 (trad. ital. di A. Prandi); si prova a sintetizzarne la lucida analisi qui di seguito. L’ideologia repubblicana classica alla base della Guerra di Indipendenza, tramandata dai movimenti britannici dell’opposizione, era simmetricamente contrastante con la c.d. «ideologia della corte» dominante in Inghilterra, la quale «si fondava non già su una semplice antitesi tra virtù e commercio, ma sulla consapevolezza che le due cose si intersecavano e si intrecciavano», poiché la virtù «doveva pur esister in un mondo dedito agli scambi commerciali e il valore doveva pur farsi largo in un mondo che non era immobile»; l’indipendenza politica di un popolo stava quindi «nella sua capacità ad incidere sulla realtà suddetta» e la costituzione mista inglese, «con la sua asserzione che potere esecutivo e potere legislativo potevano coesistere e con la sua congiunta ammissione che per far funzionare le cose occorreva ricorrere ad una certa dose di clientelismo», rappresentarono «un modo di dare voce a questo tipo di concezione della politica», che altro non svelava se non una visione «moderna» del governo (ivi, p. 855). L’opposizione radicale che prese piede nei territori vergini e «senza corte» delle colonie avrebbe rifiutato questa modernità (in America «un’alterata condizione di vita rese ciò che in Inghilterra era considerato estremo, e la circolazione delle idee suonava come una semplice affermazione di fatti»; «la diffusione di possedimenti terrieri aveva creato inconsapevolmente un nuovo elettorato», «la necessità di ideare sistemi di rappresentanza immediata e la presenza di un persistente conflitto tra legislativo ed esecutivo aveva portato alla creazione di una rappresentanza regolare e responsabile e aveva limitato l’influenza manipolativa di qualsiasi gruppo di potere»; lì «le basi morali di salvaguardia e politica di preservazione della libertà sembravano già esistere nelle vite non sofisticate di agricoltori e piccoli proprietari terrieri, indipendenti e incorrotti» – B. BAILY, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Londra, 1967, 1992, pp. 51 s.) e si sarebbe appellata ai postulati machiavelliani: «la corruzione, da cui veniva la minaccia ai fondamenti civili della personalità, era [...] irrimediabile a meno che non intervenisse la virtù del singolo per contrastarla» (J.G.A. POCKOCK, *Il momento machiavelliano*, cit., p. 853). Così la combinazione tra una ἀναρχία storica e la convinzione di vivere una *translatio imperii* avrebbe costituito il terreno su cui germogliò il sentimento apocalittico americano, secondo il quale la repubblica americana avrebbe avuto una funzione millenaristico-utopistica in cui «le virtualità umane sarebbero giunte provvidenzialmente e progressivamente alla perfezione» (ivi, p. 860). I rivoluzionari americani, in altri termini, erano convinti di vivere un momento extra-storico, in cui venivano riaffermati i principi della legge naturale, e si stava abbandonando nell’oceano un passato ormai parte di un *saeculum* sconvolto dal disordine: e quanto maggiore era la loro apparente indipendenza, tanto più acuta era la convinzione che la vera virtù fosse soltanto quella da loro incarnata. Anche la conseguente invenzione federale, caratterizzata da un insito dinamismo e da una chiara proiezione verso l’espansione, venne narrata secondo la retorica apocalittica cui si è appena accennato. Da un lato, infatti, i Repubblicani di Thomas Jefferson, accettando la faziosità e le passioni, ma anche la dinamicità del commercio, compensavano l’obliterazione della virtù civile con

mente ricorrente nel modo in cui le generazioni successive hanno raccontato questa storia.

Da un lato, l'impostazione apocalittica della fondazione del Nuovo Mondo⁽⁷⁰⁾ non poteva intrinsecamente convivere anche con una visione all'insegna dello storicismo – che avrebbe imposto almeno «il tentativo di includere la personalità umana e la sua integrità nel movimento della storia» così come «il tentativo di configurare la storia come fonte di nuove norme e di nuovi valori» e sarebbe stata capace di cogliere la creatività secolarizzata della storia, e cioè «di vedere la storia come un processo lineare e continuo di trasformazioni qualitative nel vivere umano»⁽⁷¹⁾. Il movimento intellettuale della fondazione degli Stati Uniti, invece, fu un movimento che si collocò «fuori dalla storia per poi ritornarvi con energia rigeneratrice»⁽⁷²⁾: la storia, infatti, fu concepita «come un movimento di allontanamento e distacco da quelle norme» in cui si concreta e si precisa una data stabilità e coerenza morale, e quindi, fu

quella virtù che si manifestava e si proiettava sulla frontiera (l'espansione era verso le nuove terre, a occidente) dando così vita al mito, incarnato poi da Andrew Jackson, del «primitivismo lockiano», espressione di una fuga dalla storia, dalle tradizioni, dalle convenzioni e dagli intellettualismi del Vecchio Mondo (ma si trattava di una fuga fallace perché quella dei Jeffersoniani non era una natura arcadica e contemplativa, ma pur sempre la natura attiva dell'animale sociale aristotelico, e il ricorso alla natura non era altro che un mezzo per sfuggire al conflitto tra virtù e corruzione che aveva dominato la nascita dell'America e in ogni caso si trattava di un'utopia «statica», a consapevole sfondo pessimistico: «presto o tardi, la riserva di terreno sarebbe finita» e con essa la riserva di virtù e «quando si giunga a questo punto, non può che riprendere il processo della corruzione» in cui «gli uomini diverranno dipendenti di altri uomini in forza di un'economia di mercato e diverranno dipendenti della macchina del governo andando a vivere in grandi città») – *ivi*, pp. 904, 908 s., 917. D'altro canto i Federalisti di Alexander Hamilton, non accettando la finitezza della repubblica, ritenevano che il dinamismo del commercio era «destinato a superare i confini del continente», per creare «una vera e propria Quinta Monarchia millenaristica» in forza della quale «tutta l'umanità» doveva essere implicata «in perpetuo nel quadro americano» (tuttavia, anche in questo caso, nell'ipotesi in cui fosse venuta meno questa espansione oltre il continente allora «sarebbe venuto meno il connubio tra virtù e commercio e il ciclo della storia si sarebbe chiuso di nuovo» e il «popolo eletto» a quel punto «si sarebbe trovato imprigionato nel tempo perché gli sarebbe mancato il teatro di una sua nuova espansione, perché così le forze intese all'espansione commerciale si sarebbero ancora una volta fatte agenti di corruzione») – *ivi*, pp. 911 s.

⁽⁷⁰⁾ *V. supra* nota 69.

⁽⁷¹⁾ *Ivi*, p. 925.

⁽⁷²⁾ *Ivi*, p. 912.

pensata «come un movimento essenzialmente privo di creatività ed entropico, a meno che non [culminasse] nell'avvento di un 'millennio' o nella realizzazione di un'utopia»⁽⁷³⁾. E da questo punto di vista la visione apocalittica non sembra presentare caratteri di maggiore diversità o minore assurdità rispetto ad altre narrazioni apocalittiche del passato: anzi il dato dell'introversione con connotati apocalittici sembra comprensibile proprio in una fase di violenta e immediata maturazione della coscienza di un nuovo ordine e solo in prospettiva la extra-storicità della fondazione e delle sue declinazioni ideologiche si sarebbe rivelata la grande illusione della generazione rivoluzionaria e di quella costituente⁽⁷⁴⁾.

D'altronde l'impostazione di continua polemica morale verso tutte le trasformazioni storiche sembrerebbe essersi radicata come caratteristica della cultura politica statunitense e nella crisi di modernità vissuta nel Novecento avrebbe trovato terreno fertile per infittire la tessitura di una trama a 'esito escatologico': il mito – come quello della fondazione – non è che un racconto in cui si vogliono intendere le 'cose' della vita umana e dell'universo che si sentono costitutive dell'uomo e dell'universo, ma che sono difficilmente comprensibili, e quindi le si capisce e le si illustra rivestendole di racconti e immagini. I 'fatti' raccontati dal mito vogliono spiegare perché l'uomo e il cosmo sono ciò che sono negli eventi concreti della loro storia: non vogliono quindi parlare di storia ma spiegare perché la storia va così.

⁽⁷³⁾ Ivi, p. 925.

⁽⁷⁴⁾ L'isolamento storico è, infatti, utile solo a spiegare come i padri fondatori vivessero in un contesto di sterminata e incosciente fiducia nei propri mezzi, ma ciò non può essere utilizzato per affermare che fossero affatto immuni dagli studi e dalle influenze del Vecchio Mondo: anzi, se già in occasione delle redazioni delle Costituzioni statali era stata data prova di significativo pragmatismo, sarebbe stata soprattutto la sistemazione costituzionale della Federazione a sollecitare un'accordatura tra la razionalità illuministica e l'esperienza storica al fine di rispondere a quesiti non nuovi: come conciliare con quanto predicato durante la rivoluzione nozioni come quella secondo la quale i corpi minori di governo – gli Stati – potevano effettivamente condividere la sovranità con un potere centrale? Quale e quanta sarebbe stata l'ingerenza di questo potere negli affari locali degli Stati? Quanto meno virtuale sarebbe stata la rappresentanza dell'intero popolo in un Congresso?

La meta-storia americana è stata e in parte è rimasta «uno strumento concettuale e retorico per esprimere un movimento di fuga in avanti alla conquista di sempre nuovi spazi e poi di ritorno dell'America in se stessa»⁽⁷⁵⁾: e a riproporre continuamente il dibattito tra virtù civile e tempo secolarizzato si è finito per «perpetuare una concezione pre-moderna della storia». Si potrebbe provare a spiegare così perché «la società che più di ogni altra ha ormai caratteristiche post-moderne e post-industriali [continui] a venerare valori, simboli e istituti costituzionali pre-moderni e pre-industriali e a soffrire della propria consapevole sensibilità alle tensioni tra pratica e politica»⁽⁷⁶⁾. Non parrebbe sorprendere dunque il fatto che la retorica della geremiade abbia colpito, a secoli di distanza, anche la lettura del testo costituzionale – lascito di menti brillanti e unico contatto fisico con quel passato mitologico – e più comprensivamente la costituzione americana e il consenso attorno a essa maturato nel tempo. Mai totalmente sopita neanche nei momenti di maggior concordanza tra le istituzioni governative, la geremiade avrebbe cercato nuova evidenza con la faticosa elaborazione di un approccio all'interpretazione costituzionale che si vorrebbe sistematicamente ed esclusivamente fondato sulla reverenza verso le intenzioni degli eroi della fondazione⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁵⁾ Ivi, p. 923.

⁽⁷⁶⁾ Ivi, p. 922. «Gli scienziati politici americani abitualmente pensano di stare attraversando una 'rivoluzione post-comportamentista', eppure tanta parte del linguaggio impiegato dalla corrente così denominata «non è altro che il linguaggio della geremiade». Tuttavia – ammonisce profeticamente Pocock (che scrive nel 1975) – continuare oggi a predicare e portare ad attuazione una 'rivoluzione' alimentata con la retorica della geremiade provocherebbe conseguenze ancora più drastiche di quelle prodotte due secoli fa: «indicherebbe che in America è giunto a termine il momento machiavelliano» (il contrasto dinamico tra virtù e corruzione), «vale dire che si terminerebbe di discutere e contestare la storia nella sua forma specificamente americana» e «che cosa poi verrebbe dopo resta arduo immaginare (gli indizi attuali sembrano far presagire [...] che ci si avvia a forma diverse di anarchismo conservatoristico), ma, d'altra parte, il termine del momento machiavelliano, a quanto pare, non è ancora giunto» (ivi, p. 915).

⁽⁷⁷⁾ Una volta colta questa promessa 'etnografica' di Pocock, un approfondimento sul sistema delle credenze (*appearances*) su cui si basa la *Rule of Law* americana non può che muovere dalla ricerca introspettiva proposta da P.W. KAHN, *The Reign of Law, Marbury v. Madison and the Construction of American Law*, New Haven, London, 1977.

Non appena si fosse presentata l'occasione, Scalia avrebbe avuto la prontezza di non seguire le passioni polemiche che permeavano questa nuova dottrina giudiziaria, ma non potendo neanche disconoscerne il valore simbolico per il nuovo corso politico, avrebbe maturato un suo approccio del tutto particolare a quello che avrebbe continuato a chiamare 'originalismo'. Nella primavera del 1982 si aprì una posizione presso una corte federale, la Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Presidenza (Reagan) e Senato (a maggioranza Repubblicana) non indugiarono a nominare e confermare Antonin Scalia e, sin dalle prime pronunce, questi si sarebbe fatto notare per i vigorosi dissensi (la corte era allora composta da sette giudici nominati da amministrazioni Democratiche e quattro di estrazione Repubblicana, tra i quali Robert Bork e adesso Scalia) registrati in casi riguardanti il Freedom of Information Act⁽⁷⁸⁾, la libertà di espressione *ex* I Emendamento⁽⁷⁹⁾, e la pena di morte⁽⁸⁰⁾.

In particolare il secondo caso rileva per la differente declinazione alla narrativa originalista che Scalia avrebbe inaugurato. Affrontando la questione relativa alla configurabilità della libera espressione in un caso che vedeva l'installazione di un accampamento in un parco nazionale in segno di protesta contro politiche ritenute pregiudizievoli delle persone senz'altro, la Corte aveva invalidato il diniego di un tale accampamento disposto dall'amministrazione del parco. Scalia dissentiva, negando la qualità di libera espressione a un tale atto simbolico, ai fini della protezione di cui al I Emendamento: la posizione della Corte rappresentava per lui un esempio di «quanto la discussione giudiziale e accademica su questa basilica garanzia costituzionale si sia allontanata da una comprensione comune e ragionevole»⁽⁸¹⁾. Procedeva così a illustrare una più genui-

⁽⁷⁸⁾ *Washington Post v. U.S. Department of State*, 685 F.2d 698 (1982).

⁽⁷⁹⁾ *Community for Creative Non-Violence v. Watt*, 703 F.2d 586 (1983).

⁽⁸⁰⁾ *Chaney v. Heckler*, 718 F.2d 1174 (1983).

⁽⁸¹⁾ *Community for Creative Non-Violence v. Watt*, 703 F.2d 586 (1983) (Scalia, j.

na tecnica interpretativa: «Inizio dalla premessa che quando la Costituzione parla di ‘discorso’ essa indica il discorso e non tutte le altre forme di espressione. Se così non fosse non sarebbe stato necessario affrontare separatamente la libertà di stampa – o [...] la ‘libertà di riunione’, che era ovviamente rivolta a facilitare l’espressione. [...] Ma estendere una protezione simile contro leggi che riguardano azioni che casualmente finiscono per essere poste in essere col proposito di ‘esprimere un punto di vista’ significa portare la Costituzione non solo oltre il suo significato ma anche oltre la ragione e oltre la capacità conciliativa di qualsiasi sistema giuridico»⁽⁸²⁾.

Anche il terzo caso assume rilevanza, sia per la trattazione di un argomento che da studioso Scalia aveva approfondito (le competenze della pubblica amministrazione) sia per la dimostrazione della sensibilità di Scalia verso il tema della pena di morte. La Corte era stata chiamata a esprimersi sulla costituzionalità della pena di morte inflitta tramite l’iniezione di un cocktail di droghe per una supposta violazione delle linee guida della Food and Drug Administration che di quelle stesse droghe non aveva approvato il libero commercio: la maggioranza dei giudici aveva rinviato il caso alla corte inferiore per forzare l’ottenimento di maggiori indicazioni

dissenting, p. 622): «I write separately to express my willingness to grasp the nettle which the principal dissent leaves untouched, and which the opinions supporting the court’s disposition consider untouchable — that is, flatly to deny that sleeping is or can ever be speech for First Amendment purposes. That this should seem a bold assertion is a commentary upon how far judicial and scholarly discussion of this basic constitutional guarantee has strayed from common and common-sense understanding».

⁽⁸²⁾ *Ibidem*: «I start from the premise that when the Constitution said ‘speech’ it meant speech and not all forms of expression. Otherwise, it would have been unnecessary to address ‘freedom of the press’ separately – or, for that matter, ‘freedom of assembly’, which was obviously directed at facilitating expression. The effect of the speech and press guarantees is to provide special protection against all laws that impinge upon spoken or written communication (which I will, for the sake of simplicity, refer to generically as ‘speech’) even if they do so for purposes that have nothing to do with communication, such as the suppression of noise or the elimination of litter. But to extend equivalent protection against laws that affect actions which happen to be conducted for the purpose of ‘making a point’ is to stretch the Constitution not only beyond its meaning but beyond reason, and beyond the capacity of any legal system to accommodate».

dalla FDA – che nel caso discusso aveva deciso di astenersi da valutazioni – sui rischi derivanti da questo tipo di iniezione (quelli di una morte lenta e dolorosa) alla luce dei quali si sarebbe potuta configurare una violazione dell’VIII Emendamento, che proibisce punizioni crudeli e inusuali. Nel suo dissenso Scalia sosteneva che la discrezionalità di un’agenzia è generalmente non sindacabile dai giudici (la FDA aveva dunque agito correttamente nel rifiutarsi di esprimersi) e avrebbe dato un saggio delle sue posizioni sulla giustizia retributiva e la pena di morte⁽⁸³⁾ affermando che «[s]enza sminuire le preoccupazioni umane associate al caso presente, bisogna ammettere che l’interesse alla salute pubblica in questione non ha a oggetto la morte su ampia scala o una disabilità permanente, ma (al più) il rischio di un dolore temporaneo inflitto a un numero relativamente ristretto di individui (200, che la maggioranza della Corte gonfia fino a 1100 includendo anche le persone condannate a morte in stati che non prevedono l’iniezione letale)»⁽⁸⁴⁾ e, nel risponde-

⁽⁸³⁾ Su cui sarebbe stato molto chiaro, unendo perfettamente la sua idea di ufficio giudiziario a una visione ‘cattolica’ della giustizia, in A. SCALIA, *God’s Justice and Ours*, in *First Things: A Monthly Journal of Religion and Public Life*, maggio 2002: «For me [...] the constitutionality of the death penalty is not a difficult, soul-wrenching question. It was clearly permitted when the Eighth Amendment was adopted (not merely for murder, by the way, but for all felonies – including, for example, horse-thieving, as anyone can verify by watching a western movie). And so it is clearly permitted today. [...] [W]hile my views on the morality of the death penalty have nothing to do with how I vote as a judge, they have a lot to do with whether I can or should be a judge at all. [...] [I]n my view the choice for the judge who believes the death penalty to be immoral is resignation, rather than simply ignoring duly enacted, constitutional laws and sabotaging death penalty cases. He has, after all, taken an oath to apply the laws and has been given no power to supplant them with rules of his own [...]. The death penalty is undoubtedly wrong unless one accords to the state a scope of moral action that goes beyond what is permitted to the individual. In my view, the major impetus behind modern aversion to the death penalty is the equation of private morality with governmental morality [...] [F]or the believing Christian, death is no big deal. Intentionally killing an innocent person is a big deal: it is a grave sin, which causes one to lose his soul. But losing this life, in exchange for the next? [Besides that] the Christian is also more likely to regard punishment in general as deserved. The doctrine of free will [...] is central to the Christian doctrine of salvation and damnation, heaven and hell».

⁽⁸⁴⁾ *Chaney v. Heckler*, 718 F.2d 1174 (1983) (Scalia, j. dissenting, pp. 1197 s.): «Without belittling the humane concerns associated with the present complaint, it must be acknowledged that the public health interest at issue is not widespread death or permanent disability, but (at most) a risk of temporary pain to a relatively small number of individuals

re alla maggioranza della Corte secondo la quale il suo ragionamento sulla discrezionalità dell'agenzia 'suonava anacronistico', Scalia avrebbe risposto che «il suono che la maggioranza ha sentito non è affatto quello di una campana anacronistica, ma il lamento soffocato del bistrattato [principio dello] *stare decisis* o forse il lontano frantumarsi delle barriere che separano le competenze proprie delle branche esecutive e giudiziarie», e concludeva: «È la nostra ingerenza, più che l'astensione della FDA, che va stigmatizzata»⁽⁸⁵⁾.

L'afflato originalista iniziava poi a caratterizzare anche la produzione non giudiziaria, con un contributo sul requisito della legittimazione processuale (*doctrine of standing*), la cui applicazione sempre più blanda da parte della Corte Suprema le aveva permesso di conoscere una quantità sempre maggiore di casi, ingerendosi così dove non avrebbe dovuto (come è accaduto con l'infatuazione dei giudici per il contenzioso ambientale), e alterando gli equilibri della separazione dei poteri⁽⁸⁶⁾.

(200, which the majority swells to 1,100 by including prisoners under sentence of death in states that have not adopted lethal injection statutes). Moreover, it is not a matter of pain versus no pain, but rather pain of one sort substituted for pain of another – and in all likelihood substitution of a lesser pain, since that is the principal purpose of the lethal injection statutes. In these circumstances, it is hardly clear error to determine that lethal injection statutes do not pose a 'serious danger to the public health', justifying the diversion of FDA enforcement resources from other projects. Indeed, it seems to me the conclusion that they do pose a serious danger is fanciful».

⁽⁸⁵⁾ *Ibidem*: «As for the 'anachronistic ring' which the majority hears in all this [...]: If the clear statements of this court [...] become downright anachronisms in nine years, we should perhaps stop publishing our opinions. I fancy, however, that the sound which the majority heard was not an anachronistic ring at all, but the stifled cry of smothered *stare decisis*, or perhaps the far-off shattering of well established barriers separating the proper business of the executive and judicial branches. [...] As discussed above, there were plenty of well supported reasons for the Commission to refuse to act. If speculations as to motivation are to be indulged in, I would suggest that the agency was properly refusing to permit its powers and the laws it is charged with enforcing from being wrongfully enlisted in a cause that has less to do with assuring safe and effective drugs than with preventing the states' constitutionally permissible imposition of capital punishment. This court should have done the same. It is our embroilment, rather than the FDA's abstention, that is remarkable».

⁽⁸⁶⁾ A. SCALIA, *The Doctrine of Standing as An Essential Element of The Separation of Powers*, in *Suffolk University Law Review*, XVII, 1983, pp. 892 s.: «The great change that has occurred in the role of the courts in recent years results in part from their ability to address issues that were previously considered beyond their ken. But in at least equal

A modellare ulteriormente la sua personale dottrina giudiziaria sarebbe intervenuta l'occasione di un significativo contrasto col suo collega Bork, col quale pure condivideva l'affinità politica e il 'mandato' a inaugurare un nuovo corso giurisprudenziale. Tra il 1984 e il 1985 alla Corte di cui entrambi facevano parte fu sottoposto un caso riguardante l'estensione della tutela della libertà di espressione di cui al I Emendamento al caso di due giornalisti che, davanti alla nomina a capo del Dipartimento di scienze politiche dell'Università del Maryland del professor Bertell Ollman, scienziato politico di fama marxista, avevano speculato circa la pericolosità dell'attribuzione di tale carica a uno studioso incline alla rivoluzione, ritenuto poco stimato in ambiente accademico e semplicemente un attivista.

La maggioranza della Corte ritenne che questa libertà si applicava e andava tutelata anche al caso in questione, alla luce del carattere qualificato del contributo all'informazione pubblica fornito da giornalisti e altri commentatori – e Bork concordò, firmando un'opinione concorrente particolarmente decisa: la Corte avrebbe potuto e dovuto spingersi oltre l'elemento qualificante di questo tipo di espressione, poiché andava a creare una dicotomia nel negare implicitamente la stessa tutela ad affermazioni da parte di non professionisti della comunicazione. Nel campo delle dispute pubbliche, secondo Bork, i personaggi che decidono di accedervi dovrebbero poter sopportare critiche e valutazioni a loro dannose: in que-

measure, in my opinion, it results from the courts' ability to address both new and old issues promptly at the behest of almost anyone who has an interest in the outcome. It is of no use to draw the courts into a public policy dispute after the battle is over, or after the enthusiasm that produced it has waned. The *sine qua non* for emergence of the courts as an equal partner with the executive and legislative branches in the formulation of public policy was the assurance of prompt access to the courts by those interested in conducting the debate. The full-time public interest law firm, as permanently in place as the full-time congressional lobby, became a widespread phenomenon only in the last few decades not because prior to that time the courts could not reach issues profoundly affecting public policy; but rather because prior to that time the ability to present those issues at will (to make 'wanton assaults', to use De Toqueville's pejorative characterization) was drastically circumscribed».

sti casi, la protezione I Emendamento andrebbe quindi estesa a «tutte le affermazioni che si suppongono diffamatorie»⁽⁸⁷⁾.

In dissenso dalla maggioranza e in particolare da Bork, Scalia affermava che davanti ai problemi sollevati da Bork (la crescita delle azioni diffamatorie, il timore di limitare il dibattito pubblico, la crescente importanza dei commentatori politici, etc.) egli non aveva una soluzione, ma che trovava «spaventoso pensare che l'esistenza o la non esistenza di una regola costituzionale (la tutela davanti alla denigrazione volontariamente falsa della reputazione professionale nel contesto del dibattito politico) debba dipendere dalle nostre mutevoli e personali valutazioni di tali fattori sociologici». «Non solo è sospetta la nostra capacità di identificare 'problemi moderni', ma è insussistente la nostra abilità di fornire adeguate soluzioni attraverso il rozzo strumento della tutela costituzionale»⁽⁸⁸⁾. Scalia stava sostanzialmente accusando Bork di attivismo giudiziario, alla stregua dei giusrealisti sociologicamente orientati della metà del secolo.

E qui maturava il contrasto. Bork replicò: «Il dissenso del giudice Scalia implica che l'idea di una dottrina costituzionale evoluti-

⁽⁸⁷⁾ *Ollman v. Evans*, 759 F.2d 970 (1984), p. 993: «I write separately because I do not think [the majority] has adequately demonstrated that all of the allegedly libelous statements at issue here can be immunized as expressions of opinion. [...] [This case] arouses concern that a freshening stream of libel actions, which often seem as much designed to punish writers and publications as to recover damages for real injuries, may threaten the public and constitutional interest in free, and frequently rough, discussion. Those who step into areas of public dispute, who choose the pleasures and distractions of controversy, must be willing to bear criticism, disparagement, and even wounding assessments. Perhaps it would be better if disputation were conducted in measured phrases and calibrated assessments, and with strict avoidance of the ad hominem; better, that is, if the opinion and editorial pages of the public press were modeled on *The Federalist Papers*. But that is not the world in which we live, ever have lived, or are ever likely to know, and the law of the first amendment must not try to make public dispute safe and comfortable for all the participants. That would only stifle the debate».

⁽⁸⁸⁾ *Ivi*, pp. 1038 s.: «I do not know the answers to these questions, but I do know that it is frightening to think that the existence or nonexistence of a constitutional rule (the willfully false disparagement of professional reputation in the context of political commentary cannot be actionable) is to depend upon our ongoing personal assessments of such sociological factors. And not only is our cloistered capacity to identify 'modern problems' suspect, but our ability to provide condign solutions through the rude means of constitutional prohibition is nonexistent».

va debba essere un anatema per i giudici che aderiscono a una filosofia di contenimento giudiziale. Ma la maggior parte della dottrina è mera sovrastruttura fatta dal giudice per implementare principi costituzionali basilari. [...] Ci sarebbe scarso bisogno di giudici – e certamente nessun posto per una filosofia del giudizio – se i confini di ogni previsione costituzionale fossero autoevidenti. Ma non lo sono. In casi come questo è compito del giudice, in questa generazione, capire come i valori dei padri costituenti, definiti nel contesto del mondo che essi conoscevano, si applicano al mondo che noi conosciamo»⁽⁸⁹⁾. Scalia non gli avrebbe lasciato l'ultima parola: «[N]on ho bisogno che chi ha scritto l'opinione concorrente mi ricordi che il IV Emendamento deve essere applicato anche alla sorveglianza elettronica, che la Commerce Clause deve essere applicata anche agli autocarri e che il I Emendamento deve essere applicato anche alle emittenti radio-televisive [...]. Ciò di cui si discute qui non è l'applicazione di principi pre-esistenti a fenomeni nuovi, quanto piuttosto l'alterazione di principi pre-esistenti nella loro applicazione a fenomeni pre-esistenti sulla base della percezione giudiziale di un cambiamento delle circostanze sociali»⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, pp. 995 s.: «Judge Scalia's dissent implies that the idea of evolving constitutional doctrine should be anathema to judges who adhere to a philosophy of judicial restraint. But most doctrine is merely the judge-made superstructure that implements basic constitutional principles. There is not at issue here the question of creating new constitutional rights or principles, a question which would divide members of this court along other lines than that of the division in this case. *When there is a known principle to be explicated the evolution of doctrine is inevitable.* Judges given stewardship of a constitutional provision – such as the first amendment – whose core is known but whose outer reach and contours are ill-defined, face the never-ending task of discerning the meaning of the provision from one case to the next. There would be little need for judges – and certainly no office for a philosophy of judging – if the boundaries of every constitutional provision were self-evident. They are not. In a case like this, it is the task of the judge in this generation to discern how the framers' values, defined in the context of the world they knew, apply to the world we know. *The world changes in which unchanging values find their application*» (enfasi aggiunta).

⁽⁹⁰⁾ Ivi, p. 1039, nota 2: «In opposing such unguided 'evolution' I am not in need of the concurrence's reminder that the fourth amendment must be applied to modern electronic surveillance, the commerce clause to trucks and the first amendment to broadcasting. [...] What is under discussion here is not application of preexisting principles to new phenomena, but rather alteration of preexisting principles in their application to preexisting phenomena on the basis of judicial perception of changed social circumstances».

Per la cronaca politica quel che avrebbe rilevato fu da un lato l'apparente incoerenza di Bork, fatto passare per un altro giudice-legiferatore, e dall'altro la purezza del conservatorismo di Scalia. Ma a una riflessione più cauta, iniziava a emergere il carattere intransigente dell'impostazione interpretativa del secondo, per ciò stesso incapace di affrontare i problemi interpretativi derivanti dal complicato intreccio di letture sincroniche e ormai diacroniche della Costituzione⁽⁹¹⁾.

Significativa di questo imbarazzo appare la cautela con cui nello stesso periodo Scalia affrontava il tema del rapporto tra libertà economiche e corti giudiziarie⁽⁹²⁾. Partendo dall'osservazione secondo cui la maggior parte del lavoro dei giudici riguarderebbe la rivendicazione di diritti economici dei privati contro il potere esecutivo, Scalia affermava che compito delle corti sarebbe soltanto quello di accertare che le limitazioni all'attività economica da parte del governo siano autorizzate dal potere legislativo, che vengano eseguite secondo le procedure da quest'ultimo prescritte, e che entrambi i poteri seguano le procedure costituzionalmente garantite: «[noi giudici] mai (o quasi mai) affermeremo che la sostanza di una

⁽⁹¹⁾ Bisogna tuttavia notare che la (storia della) dottrina giudiziaria di Bork appare molto più articolata della lettura capziosa fattane da Scalia – tra l'altro, la stessa strategia oratoria sembra utilizzata da Scalia, sempre a fini di differenziazione, anche nell'accattivante intervento tenuto qualche anno dopo davanti all'Attorney General Meese (v. *infra* nota 110). Prima di inaugurare e assumere le posizioni originaliste, Bork aveva tentato di spiegare un «attivismo legittimo» dei giudici. Partendo dall'analisi del caso *Griswold v. Connecticut* (v. *supra* nota 29), Bork avrebbe ammesso la possibilità per i giudici di «costruire nuovi principi che spieghino i diritti costituzionali esistenti e estrapolare da essi nuovi diritti naturali» utilizzando il ragionamento analogico familiare al common law. Secondo O'Neil (che a p.165 del suo *Originalism in American Law and Politics*, cit., cita i passi di questa riflessione di Bork pubblicato sul magazine *Fortune*, nell'edizione del dicembre 1968) Bork cercava di dare alle corti un punto di partenza essenzialmente positivistic nel testo della Costituzione, dal quale avrebbero potuto risolvere le controversie con più argomentazioni rispetto a quelle impiegate dalla Corte Warren. Dal fallimento di questo sforzo avrebbe preso le mosse pochi anni dopo la sua concettualizzazione dell'originalismo (con la pubblicazione dei suoi *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, in *Indiana Law Journal*, 47, 1971 – cfr. *supra* nota 61). Residui di questo iniziale approccio conciliativo sembrano tuttavia evidenti nel ragionamento che segue Bork nell'opinione concorrente del caso *Ollman v. Evans*.

⁽⁹²⁾ A. SCALIA, *Economic Affairs as Human Affairs*, in *Cato Journal*, vol. 4, n. 3, 1985.

limitazione legislativamente autorizzata è illegittima [...] ovvero non disponiamo una protezione *costituzionalizzata* se non nei casi in cui sono coinvolte questioni procedurali, e non diritti economici sostanziali»⁽⁹³⁾. Il problema per Scalia è che ci sono pressioni per modificare questa pratica: si tratta della nota ‘dottrina’ del *substantive due process*, inaugurata a fine Ottocento. Applicata inizialmente proprio in relazione alle libertà economiche⁽⁹⁴⁾, nel tempo, e in particolare negli ultimi decenni, la lettura sostantivata del ‘giusto processo’ era stata ammessa per la dichiarazione e la tutela dei diritti civili⁽⁹⁵⁾ fino a escluderne totalmente l’applicazione per le libertà economiche. Risultato che Scalia sembrerebbe accettare: «Le decisioni della Corte Suprema che rigettano il *substantive due process* nel campo economico sono chiare, inequivocabili e attuali, e come giudice d’appello cerco di attenermi a quanto mi viene detto. Ma voglio andare oltre ciò e aggiungere che dal mio punto di vista la posizione a cui è giunta la Corte è buona»⁽⁹⁶⁾. E anche davanti ai timori suscitati dall’espansione di questa dottrina (e quindi degli interventi della Corte) in aree differenti da quella delle libertà economiche⁽⁹⁷⁾, Scalia si sforzava di ammettere che non esiste una con-

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 705: «We will ensure that the executive does not impose any constraints upon economic activity which Congress has not authorized; and that where constraints are authorized the executive follows statutorily prescribed procedures and that the executive (and, much more rarely, Congress in its prescriptions) follows constitutionally required procedures. But we will never (well, hardly ever) decree that the substance of the congressionally authorized constraint is unlawful. That is to say, we do not provide a *constitutionalized* protection except insofar as matters of process, as opposed to substantive economic rights, are concerned».

⁽⁹⁴⁾ Si veda diffusamente a F. SAIITO, *Dalla Gilded Age al New Deal*, cit.

⁽⁹⁵⁾ E non senza controversie, come quelle suscitate dal caso *Roe v. Wade* (v. *supra* nota 33).

⁽⁹⁶⁾ A. SCALIA, *Economic Affairs as Human Affairs*, cit., pp. 705 s.: «The Supreme Court decisions rejecting substantive due process in the economic field are clear, unequivocal and current, and as an appellate judge I try to do what I’m told. But I will go beyond that disclaimer and say that in my view the position the Supreme Court has arrived at is good – or at least that the suggestion that it change its position is even worse [*sic*]».

⁽⁹⁷⁾ Il riferimento è chiaramente ai giudizi ‘realistici’ sui diritti civili, che nei decenni precedenti hanno portato alla ‘costituzionalizzazione’ di nuove libertà a opera del giudice. Tuttavia, il commento di Scalia è meno severo di quanto ci si potrebbe aspettare: «Many believe – and among those many are some of the same people who urge an expansion of eco-

nessione tra la capacità e la indisposizione dei giudici a modellare le garanzie del *substantive due process* nel campo economico e le stesse capacità e predisposizione ad agire nel settore dei diritti civili⁽⁹⁸⁾. Anzi non solo è pericoloso sollecitare un intervento in tal senso a una Corte già troppo attiva, ma anche a volerlo sollecitare mancherebbe il «consenso sociale» sul nucleo delle libertà economiche da costituzionalizzare tramite la lettura sostantivata del giusto processo⁽⁹⁹⁾.

E qui, dovendo riconoscere invece la maturazione e l'individuazione di un consenso attorno alle progressioni sociali 'scoperte' dalla Corte, risulta evidente la difficoltà: «[L]a sollecitazione a creare (o, se volete, a 'ristabilire') garanzie economiche costituzionali fraintende la natura e l'effetto del processo di costituzionalizzazio-

omic due process rights – that our system already suffers from relatively recent constitutionalizing, and thus judicializing, of social judgments that ought better be left to the democratic process. The courts, they feel, have come to be regarded as an alternate legislature, whose charge differs from that of the ordinary legislature in the respect that while the latter may enact into law good ideas, the former may enact into law only *unquestionably* good ideas, which, since they are so unquestionably good, *must* be part of the Constitution. *I would not adopt such an extravagant description of the problem*» (ivi, p. 706, enfasi dell'ultima frase aggiunta).

⁽⁹⁸⁾ Ivi, pp. 706 s.: «The response to my concern, I suppose, is that the connection I assert between judicial intervention in the economic realm and in other realms can simply not be shown to exist. We have substantive due process aplenty in the field of civil liberties, even while it has been obliterated in the economic field. [...] I must believe that as bad as some feel judicial 'activism' has gotten without substantive due process in the economic field, *absent* that memento of judicial humility it might have gotten even worse». E qui si apre un accorato appello/monito all'area conservatrice, a cui è sostanzialmente rivolta l'intera riflessione: «I do not think it unfair to say that this issue presents the moment of truth for many conservatives who have been criticizing the courts in recent years. They must decide whether they really believe, as they have been saying, that the courts are doing too much, or whether they are actually nursing only the less principled grievance that the courts have not been doing what *they* want». Se fosse vero il secondo caso, i conservatori cadrebbero nella stessa contraddizione di richiedere un intervento ulteriore delle corti, accentuandone l'ingerenza nel mercato: «It strikes me as peculiar that these same rational free-market proponents will unthinkingly call in the courts as a *deus ex machina* to solve what they perceive as the problems of democratic inadequacy in the field of economic rights».

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. 708: «As a theoretical matter, [constitutionalizing the core economic rights] could be done – though it is infinitely more difficult today than it was fifty years ago. Because of the courts' long retirement from the field of constitutional economics, and because of judicial and legislative developments in other fields, the social consensus as to what are the limited, 'core' economic rights does not exist».

ne. [...] Le parti della Costituzione più importanti, durevoli e stabili integrano una consenso sociale talmente profondo che si potrebbe pensare che se venissero interamente eliminate non cambierebbe granché. E il contrario è anche vero. [...] [L]a gran parte del processo di costituzionalizzazione dei diritti civili cui le corti hanno dato corso negli ultimi anni ha avuto luogo ai margini di convinzioni sociali ben stabilite e profondamente salde. Anche *Brown v. Board of Education* [...] non fu altro che una elaborazione delle conseguenze derivanti dalla profonda convinzione della nazione nell'eguaglianza di tutte le persone davanti alla legge. [...] E a meno che non sia stato seduto in tribunale per talmente tanto tempo da aver perso ogni sensibilità del sentire comune, non mi sembra di individuare quella sorta di compromesso nazionale verso la maggior parte delle libertà economiche generalmente discusse che consentirebbe anche a una corte attivista di costituzionalizzarle»⁽¹⁰⁰⁾.

Senza spingersi a trarre troppe considerazioni sulla portata di questa riflessione dettata più da una sensibilità di natura politica che da adesione convinta a un'impostazione teorica⁽¹⁰¹⁾, tanto da

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, pp. 708 s.: «Finally, let me suggest that the call for creating (or, if you prefer, 'reestablishing') economic constitutional guarantees mistakes the nature and effect of the constitutionalizing process. To some degree, a constitutional guarantee is like a commercial loan: you can only get it if, at the time, you don't really need it. The most important, enduring, and stable portions of the Constitution represent such a deep social consensus that one suspects that if they were entirely eliminated, very little would change. And the converse is also true. A guarantee may appear in the words of the Constitution, but when the society ceases to possess an abiding belief in it, it has no living effect. [...] That is the whole purpose of a constitution. But the allegiance comes first and the preservation afterwards. *Most of the constitutionalizing of civil rights that the courts have effected in recent years has been at the margins of well-established and deeply held social beliefs.* Even *Brown v. Boards of Education*, as significant a step as it might have seemed, was only an elaboration of the consequences of the nation's deep belief in the equality of all persons before the law. [...] *Unless I have been on the bench so long that I no longer have any feel for popular sentiment*, I do not detect the sort of national commitment to most of the economic liberties generally discussed that would enable even an activist court to constitutionalize them. That lack of sentiment may be regrettable, but to seek to develop it by enshrining the unaccepted principles in the Constitution is to place the cart before the horse» (enfasi aggiunta) (cfr. *infra* nota 120).

⁽¹⁰¹⁾ Non la prima dai toni apparentemente moderati, ma anche monitori verso l'area conservatrice di cui Scalia sembra temere gli eccessi (il riferimento è al suo intervento sulle tematiche del federalismo di qualche anno prima - v. *supra* nota 58), e forse anticipazione

non sentire l'opportunità di fornire particolari spiegazioni quando

di quell'atteggiamento pavido con cui avrebbe aderito all'originalismo (v. *infra* note 123, 125). Durante le audizioni davanti al Senato, cui si sarebbe sottoposto nell'estate del 1986 dopo essere stato nominato da Reagan alla Corte Suprema, Scalia, incalzato dal senatore Democratico Joseph R. Biden, sarebbe stato costretto ad adottare una cautela simile verso il problema dell'evoluzione della Costituzione: «Io penso che la Costituzione non sia ovviamente considerata tale da poter evolvere tanto facilmente da permettere a una corte di nove giudici di trattarla come norma portatile da riempire di qualunque contenuto i tempi correnti suggeriscano. Da un punto di vista più ampio, essa è intesa come un isolamento da questi, contro le passioni del momento che possono portare a trascurare le libertà individuali, e ha svolto validamente questa funzione molto spesso. Quindi non userei mai il termine 'Costituzione vivente'. Ciò detto, dentro questo termine è compresa la nozione secondo cui un certo grado di sviluppo della dottrina costituzionale esiste, e ritengo che ciò sia possibile. Credo francamente che il rigido originalista intenzionalista sosterrebbe che anche una clausola come quella sul divieto di punizioni crudeli e inusuali dovrebbero avere oggi esattamente lo stesso significato che avevano nel 1789. [...] Se la fustigazione andava bene allora, la fustigazione andrebbe bene anche ora. Non sono sicuro di concordare su questo. *Credo che ci siano delle previsioni della Costituzione che possono avere una certa quantità di contenuto evolutivo*. Come detto, io non ho ancora sviluppato pienamente una matrice costituzionale. *Ma lei ha ragione a sospettarmi più incline al [le posizioni fondate sul] significato originario* che a concetti come quello di 'Costituzione vivente'» (enfasi aggiunta) (Hearings Before The Committee on The Judiciary United States Senate on The Nomination of Judge Antonin Bork To Be Associate Justice of The Supreme Court of The United States, N. J-99-119, pp. 48 s.: «*Senator Biden*: Let me back up. Why do you not tell us how you view the interpretation of the Constitution? Do you view it as a living Constitution, to use that, quote, term of art? Do you view it as having to look to the original meaning, the original intent? Who are you, Judge Scalia? – *Judge Scalia*: That is a good question, Senator. I am embarrassed to say this. I am 50 years old, grown up, and everything. I cannot say that I have a fully framed omnibus view of the Constitution. Now, there are those who do who have written pieces on constitutional interpretation, and here is the matrix, and here is how you do it. I think it is fair to say you would not regard me as someone who would be likely to use the phrase, living Constitution. On the other hand, I am not sure you can say, he is pure and simply an original meaning. *I will be happy to explain the difference between original meaning and original intent. It is not worth it. It is not a big difference.* – *Senator Biden*: What do you think? – *Judge Scalia*: What I think is that the Constitution is obviously not meant to be evolvable so easily that in effect a court of nine judges can treat it as though it is a bring-along-with-me statute and fill it up with whatever content the current times seem to require. To a large degree, it is intended to be an insulation against the current times, against the passions of the moment that may cause individual liberties to be disregarded, and it has served that function valuably very often. So I would never use the phrase, living Constitution. Now, there is within that phrase, however, the notion that a certain amount of development of constitutional doctrine occurs, and I think there is room for that. I frankly – the strict original intentist, I think, would say that even such a clause as the cruel and unusual punishment clause would have to mean precisely the same thing today that it meant in 1789. – *Senator Biden*: That it would have to mean that? – *Judge Scalia*: Yes, so that if lashing was fine then, lashing would be fine now. I am not sure I agree with that. *I think that there are some provisions of the Constitution that may have a certain amount of evolutionary content within them*. I have never been – what should I say – as I said earlier, I have not developed a full constitutional matrix. *You are right, though, in suspecting me to be more inclined to the original meaning than I am to a phrase like 'living Constitution'*» – enfasi aggiunta).

in futuro verrà disconosciuta⁽¹⁰²⁾, e procedendo con la narrazione del processo di affinamento di una sua tecnica interpretativa, ne sarebbe presto emersa un'altra componente fondamentale, ancora una volta in occasione di un nuovo caso giurisprudenziale sulla libertà di espressione e di stampa. Davanti alla richiesta di tutelare *ex I* Emendamento la richiesta di un'associazione di giornalisti di accedere ai verbali e ai documenti prodotti da una compagnia petrolifera in un processo ancora in corso, Scalia affermava la necessità di effettuare una preliminare indagine storica sul testo dell'Emendamento in questione e sulla relativa prassi giurisprudenziale: senza questa «niente separerebbe il compito giudiziale dell'interpretazione costituzionale dal compito politico di emanare le leggi ritenute essenziali»⁽¹⁰³⁾.

Al di là dell'esito di questa indagine – che portava Scalia ad affermare che se esiste una tradizione di accesso pubblico agli atti di un processo non esiste invece un diritto ad accedere a quelli di un processo ancora in corso, e quindi a respingere il ricorso dei giornalisti – quel che rileva è l'incerto esordio dell'argomentazione testualista in combinazione con quella di carattere storico⁽¹⁰⁴⁾ come tecnica per raggiungere decisioni 'neutre'.

In occasione di alcune lezioni universitarie avrebbe precisato che questa impostazione nasceva dal bisogno di allontanarsi dalla speciosa lettura, erroneamente ritenuta neutrale, della storia legislativa orientata al discernimento dell'intenzione del legislatore, così abusata dalla recente giurisprudenza: i documenti integranti questa

⁽¹⁰²⁾ Se infatti con questo intervento Scalia sembrava finire per accettare che la Corte possa interpretare i mutamenti sociali e dichiarare i 'nuovi' diritti da questi consolidati, qualche anno dopo, da giudice della Corte Suprema, negherà decisamente la capacità dei giudici di individuare e imporre nuovi significati costituzionali (v. *infra* nota 120).

⁽¹⁰³⁾ In *Re the Reporters Committee for Freedom of the Press, et al.*, 773 F.2d 1325 (1985): «With neither the constraint of text nor the constraint of historical practice, nothing would separate the judicial task of constitutional interpretation from the political task of enacting laws currently deemed essential».

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibidem*: «If the holding falls directly within the text of the constitutional provision [...] historical practice may be relegated to a lesser role, serving not as a *sine qua non* but as an important tool for interpretation».

storia, secondo Scalia, sono intrinsecamente volti «a influenzare il giudice e non a informare il Congresso», e il compito del primo non è ricostruire la storia legislativa ma quello di «modellare quegli elementi dello schema normativo che il legislatore non ha infatti mai considerato». Invece del ricorso alla storia legislativa, per raggiungere una decisione scevra da letture partigiane e ben argomentata, egli avrebbe proposto il suo approccio misto di testualismo e tradizioni storiche in virtù del quale il giudice può «accertare il significato che ragionevolmente 'sarebbe stato trasmesso a un cittadino' al 'tempo in cui la legge fu adottata', così come modificato dalle interazioni tra questa e le successive emanazioni similmente interpretate»⁽¹⁰⁵⁾: si denotava così la portata dirimente del 'significato

⁽¹⁰⁵⁾ A. SCALIA, *The Use of Legislative History*, discorso tenuto davanti alla Law School dell'Università di Chicago: «[The task of a judge is] to 'fill in' those elements of the legal scheme which the legislature in fact never considered»; «To ask what a reasonable legislature would have meant by existing language is not the same as asking what a reasonable legislature *would have done* - but a degree of discretion and judgment is still involved»; «[Through a textualism and historical tradition approach a judge can] assess the meaning that would reasonably have been 'conveyed to a citizen' at 'the time that the law was enacted', as modified by the relationship of the statute to later enactments similarly interpreted». Di questo discorso dà conto B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, cit., pp. 110 s., che alla nota (44) riferisce di aver consultato e quindi citato direttamente la copia minuta del discorso di Scalia. Al di là della mancata datazione tanto del discorso tenuto da Scalia (orientativamente collocato tra l'autunno 1984 e la primavera del 1986) quanto del documento che Murphy ha letto, la critica all'uso della storia legislativa e la 'soluzione' di combinare testualismo e indagine storica verranno abbondantemente riprese da Scalia in altri suoi scritti, tra cui *Common-Law Courts in a Civil-Law System*, cit., part. pp. 16-18 e 29 s. («The evidence suggests that [...] we do not really look for subjective legislative intent. We look for a sort of 'objectified' intent - the intent that a reasonable person would gather from the text of the law, placed alongside the remainder of the corpus juris. [...] And the reason we adopt this objectified version is, I think, that it is simply incompatible with democratic government, or indeed, even with fair government, to have the meaning of a law determined by what the lawgiver meant, rather than by what the lawgiver promulgated. [...] That seems to me the essence of the famous American ideal set forth in the Massachusetts constitution: A government of laws, not of men. Men may intend what they will; but it is only the laws that they enact which bind us. [...] When you are told to decide, not on the basis of what the legislature said, but on the basis of what it meant, and are assured that there is no necessary connection between the two, your best shot at figuring out what the legislature meant is to ask yourself what a wise and intelligent person *should* have meant; and that will surely bring you to the conclusion that the law means what you think it *ought* to mean - which is precisely how judges decide things under the common law». «My view that the objective indication of the words, rather than the intent of the legislature, is what constitutes the law leads me, of course, to the conclusion that legislative history should not be used as an authoritative indication of a statute's meaning»). E ancora

oggettivo' di un testo normativo o almeno del 'significato pubblico', fondato sull'intendimento che il cittadino medio, al tempo dell'adozione della legge, poteva avere dei termini in essa impiegati.

La divinazione dell'intento dei padri fondatori, «di ciò che essi stavano cercando di dire», è operazione pretestuosa quantomeno per il problema delle fonti cognitive da cui attingono gli 'intenzionalisti': il *Journal of the Convention*, che riproduce note e verbali della Convenzione di Filadelfia, rimase secretato fino al 1818⁽¹⁰⁶⁾, i quattro volumi dei *Jonathan Elliot's Debates* riproduttivi delle varie convenzioni statali sull'adozione della Costituzione federale furono completati nel 1830⁽¹⁰⁷⁾, le *Notes on the Debates in the Federal Convention of 1787* di James Madison iniziavano a circolare in quegli stessi anni⁽¹⁰⁸⁾, e l'opera in tre volumi di Max Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787*⁽¹⁰⁹⁾, vide la luce solo nel 1911. Davanti a una tale mole di testimonianze tangibili del periodo fondativo è palese l'imbarazzo procurato dal fatto che evidentemente per oltre trent'anni i giudici della Corte Suprema non avevano potuto basare le loro decisioni su queste dirette testimonianze (ancorché fossero in parte coevi della generazione fondazionale e quindi espressioni anch'essi delle stesse 'intenzioni') e che in ogni caso un giudice oggi «saprebbe di ciò che la Costituzione originariamente voleva disporre molto di più di quanto avrebbe potuto

si vedano ID., *A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation*, in *George Washington Law Review*, 80, 2011-2012, e *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts* (con B.A. GARNER), St. Paul, 2012, part. pp. 349 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Ne dà conto M. FARRAND, *The Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven, Londra, Oxford, 1911, vol. 1, pp. XI s.

⁽¹⁰⁷⁾ J. ELLIOT, *The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution*, New York, 1830. L'autore avrebbe poi curato anche una nuova edizione nel 1836.

⁽¹⁰⁸⁾ Con la sanzione del Congresso ne curò la più importante edizione ancora J. ELLIOT, *Debates on the Adoption of the Federal Constitution of the Convention Held at Philadelphia in 1787 with a Diary of The Debates of The Congress of The Confederation as reported by James Madison revised and Newly Arranged by Jonathan Elliot*, New York, 1836, che così aggiungeva un V volume supplementare alla sua raccolta di *Debates*.

⁽¹⁰⁹⁾ V. nota 106.

sapere Chief Justice Marshall». Le intenzioni dei fondatori, dunque, non possono avere valore normativo, o almeno non un valore esclusivo: «le uniche intenzioni autoritative erano semmai quelle dei cittadini dei singoli Stati, così come espresse attraverso le Convenzioni statali che ratificarono la Costituzione». Bisogna quindi ricercare il significato del documento, non le intenzioni delle persone. Anche a voler condividere il concetto di intenzione originaria in senso letterale, «bisogna finire col credere nel significato originario, perché è perfettamente chiaro che l'intenzione originaria era che la Costituzione venisse interpretata secondo il suo significato originario»: il termine «intenzione originaria», dunque, dovrebbe essere riletto per indicare «non 'l'intenzione originaria dei padri costituenti' ma 'l'intenzione originaria della Costituzione'»⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹¹⁰⁾ Intervento di Scalia davanti all'Attorney General's Conference on Economic Liberties, tenuto a Washington, D.C., il 14 giugno 1986, riportato nell'Appendice C de *Original meaning jurisprudence: a sourcebook*, curato dall'Office of Legal Policy del Dipartimento di Giustizia (Washington, D.C., 1987), pp. 102-105: «The fighting issue is not whether 'intent' should govern, but rather whether original intent should govern, as opposed to some manner of interpretation that permits application of the provision to evolve over time. So much of the attention has been focused on the first word, however, that I am not sure whether even the main participants in the debate (whoever they are) are clear about what they mean by the second. The burden of my brief remarks today is that it seems to me they should mean not 'original intent of the Framers' but 'original intent of the Constitution'. What was the most plausible meaning of the words of the Constitution to the society that adopted it regardless of what the Framers might secretly have intended? This does not mean, of course, that the expressions of the Framers are irrelevant. To the contrary, they are strong indications of what the most knowledgeable people of the time understood the words to mean. When the proponents of original intent invoke the Founding Fathers, I in fact understand them to invoke them *for that reason*. It is not that 'the Constitution must mean this because Alexander Hamilton thought it meant this, and he wrote it'; but rather that 'the Constitution must mean this because Alexander Hamilton, who for Pete's sake must have understood the thing, thought it meant this'. «But really the trump card to establish that 'original intent' would more accurately be expressed 'original meaning' is this: Even if you believe in original intent in the literal sense you must end up believing in original meaning, because it is perfectly clear that the original intent was that the Constitution would be interpreted according to its original meaning. If you had asked the participants at the Constitutional Convention whether their debates could be an authoritative source for construing the Constitution, there no doubt that the answer would have been no. This apparent not only from the fact that the use of legislative history was in those days anathema – as remains today in England – but also from many extrinsic indications». «In the interests of precision, however, I suppose I ought to campaign to change the label from the Doctrine of Original Intent to the Doctrine of Original Meaning. As I often tell my law clerks, *terminology is destiny*» (enfasi aggiunta). Con riferimento all'interpretazione degli atti di legislazione ordinaria, il rifiuto dell'analisi delle intenzio-

In apparenza dunque la posizione assunta Scalia dava alla narrazione originalista una sfumatura differente, valevole a differenziare l'autore dall'altro campione dell'originalismo, Robert Bork⁽¹¹⁾.

Nel contesto del nuovo corso giudiziario, incardinato sull'estetica del *judicial restraint*, dopo la nomina alla Corte Suprema di Sandra Day O'Connor (1981), con il ritiro dalla guida di quella corte di Warren Burger si apriva la possibilità di designare un nuovo Chief Justice e un nuovo componente della Corte. Al primo ufficio fu promosso William Rehnquist. Per il secondo si era distaccata con tempismo perfetto l'immagine di un giurista che come studioso aveva dato il suo contributo allo sviluppo della politica giudiziaria di bandiera dell'amministrazione Reagan (l'originalismo appunto), come giudice si era dimostrato più rigoroso e abile di Bork, e come amministratore e commentatore politico aveva dato prova di efficienza, moderazione e cautela. Nell'estate del 1986 Reagan propose il nome di Antonin Scalia a un Senato che in soli due giorni lo confermò all'unanimità e il 26 settembre all'età di appena

ni del legislatori sarebbe stato ancora più netto: questa non andrebbe razionalizzata, come qualcuno tenterebbe di fare, ma radicalmente abbandonata (cfr. A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System*, cit., pp. 18-22). E lo stesso ragionamento sarebbe stato ribadito (ivi, p. 38) con riferimento all'interpretazione costituzionale: «Ciò che cerco nella Costituzione è esattamente ciò che cerco in una legge [ordinaria]: il significato originario del testo, non ciò che i suoi originari autori intesero con esso».

⁽¹¹⁾ In realtà anche Robert Bork, nel drammatico processo che avrebbe dovuto portare alla conferma della sua nomina (Reagan avrebbe provato a nominarlo per la Corte Suprema un anno dopo avervi collocato Scalia), si trovò costretto ad affermare: «Quando parlo di intento originario voglio indicare in realtà la comprensione originaria, e questo perché la legge è un atto pubblico ed è esattamente ciò che fu generalmente inteso al tempo in cui la Costituzione venne adottata, non le intenzioni soggettive di James Madison» (Hearings Before The Committee on The Judiciary United States Senate on The Nomination of Judge Robert H. Bork To Be Associate Justice of The Supreme Court of The United States, parte 1/5, N. J-100-64, p. 817: «*Senator Specter*: There is pretty much that consensus by the tradition of our Court, isn't there? - *Judge Bork*: I do not think so, Senator. I think the American people want judges to interpret the law and not to make it. I think that is pretty clear. - *Senator Specter*: Well, I agree with you about that. But the interpretation of the law does not depend upon an understanding of original intent. - *Judge Bork*: Well, when I say original intent - I understand, you are making a good point, Senator - but when I say original intent, what I mean is really original understanding, because law is a public act, and it is really what was understood generally at the time the Constitution was framed, not the subjective intentions of James Madison»).

50 anni il primo italo-americano⁽¹¹²⁾ si insediò come Associate Justice della Corte Suprema.

5. *Il testo tra scienza e storia.* – A un'osservazione più attenta, tuttavia, il contributo di Scalia sembrava scoprire il nervo del carattere non sistemico del c.d. originalismo. Costretto da valutazioni politiche a non negare l'importanza della nuova dottrina per arginare l'attivismo giudiziario dei *liberal*⁽¹¹³⁾, Scalia avrebbe finito per adattare anche alla *constitutional adjudication* uno strumentario argomentativo già noto, espresso nella formula sintetica del 'testualismo': in particolare, se i principi della risoluzione di controversie costituzionali nel sistema di common law americano si ritengono integrati da argomentazioni basate su testo costituzionale, dottrine giudiziali, precedenti, argomentazioni sociologiche, e storia⁽¹¹⁴⁾, la dottrina di Scalia sembra convogliare in un'unica argomentazione il primo e l'ultimo di questi. Il c.d. testualismo, applicato a un sistema di valori graficamente sanciti in un documento redatto oltre duecento anni prima, sembrava così divenire testualismo storicistico (o, se si vuole, originalismo testualista).

⁽¹¹²⁾ Sul ruolo della lobby italo-americana nella nomina di Scalia v. *infra* nota 201. L'abilità e il rigore nell'esercizio della sua funzione giudiziaria sarebbe stato ulteriormente dimostrato nella gestione dell'ultimo caso prima di lasciare il Distretto di Columbia: il caso *Synar v. U.S.*, 626 F. Supp. 1374 (D.C. 1986) in cui l'intricata questione sui rapporti tra esecutivo e legislativo presentata da una legge che permetteva al Congresso di rimuovere ufficiali svolgenti funzioni esecutive fu risolta da Scalia con un'articolata argomentazione (che la Corte Suprema avrebbe poi ripreso) a sostegno dell'illegittimità di una siffatta norma per incompetenza del Congresso a controllare il modo in cui le leggi vengono eseguite, il che quindi rende irragionevole l'attribuzione di un potere di rimozione degli agenti esecutivi se non tramite *impeachment*.

⁽¹¹³⁾ Si noti la cautela ironica con cui, in occasione dell'intervento di Scalia citato nella nota 110, si tutelava da possibili fraintendimenti: «On the most occasions on which I delivered The Speech, I would receive a Pharisaic question from the [...] which would go something like this: 'From what you say, Judge Scalia, I presume you disagree with Attorney General Meese concerning original intent as the correct criterion for interpreting the Constitution'. Of course there is a lot less to that question than meets the ear».

⁽¹¹⁴⁾ Tra i vari sforzi di classificare le argomentazioni utilizzabili ai fini della *constitutional adjudication* in cui non manca di approfondirsi quasi nessun approfondimento della dottrina americana, si considerino le sei tipologie di tecniche argomentative («historical, textual, doctrinal, prudential, structural, ethical») identificate da P. BOBBITT nel suo *Constitutional Interpretation*, Oxford, Blackwell, 1991, pp. 11-22).

Due anni dopo l'insediamento nella Corte Suprema, durante i quali si era già impegnato in più di una decina casi⁽¹¹⁵⁾, Scalia si rivolgeva agli studenti dell'Università di Cincinnati con una relazione-manifesto dal titolo: «Originalismo: il male minore»⁽¹¹⁶⁾.

Partendo da un ricordo di William H. Taft, ex Presidente degli Stati Uniti (1909-1913) ed ex Chief Justice della Corte Suprema (1921-1930), nel celebrare la tipologia di argomento storico da questi impiegata nel decidere il famoso caso *Myers*⁽¹¹⁷⁾, Scalia prendeva lo spunto per la sua polemica: «[L]'originalismo non è, e forse non è mai stato, l'unico metodo per l'esegesi costituzionale. Sarebbe infatti difficile contare sulle dita di entrambe le mani e di entrambi i piedi, o anche sui capelli della testa di un giovane, le opinioni rese non sulla base di ciò che la Costituzione in origine significava ma sulla base di ciò che di volta in volta i giudici hanno ritenuto opportuno che essa significasse. [...] Ma almeno in passato le opinioni non-originaliste avevano quasi sempre avuto la decenza di mentire, o almeno di dissimulare ciò che effettivamente stavano dicendo»⁽¹¹⁸⁾. Il principale problema teoretico del non-originalismo, con-

⁽¹¹⁵⁾ Si ricordano i seguenti: *Julia H. Tashjian, Secretary of State Of Connecticut, Appellant v. Republican Party Of Connecticut et al.*, 479 U.S. 208 (decisa il 10 dicembre 1986), in tema di diritti elettorali, in cui Scalia registra il suo primo dissenso; *Johnson v. Transportation Agency* (No. 85-1129) 480 U.S. 616 (decisa il 25 marzo 1987), in tema di *affirmative action* e preferenza tra due candidati sulla base del sesso (Scalia dissente: sulla posizione in tema di *affirmative action* cfr. *supra* nota 55); *Edwards v. Aguillard* (No. 85-1513) 482 U.S. 578 (decisa il 19 giugno 1987) in cui Scalia – dissentendo dalla maggioranza che dichiarava incostituzionale una legge del Louisiana in virtù della quale nelle scuole pubbliche la teoria dell'evoluzione poteva essere insegnata solo se accompagnata da insegnamenti antievoluzionistici (*creation science*) – avrebbe indugiato per quasi 50.000 parole nello studio della storia dell'adozione dell'atto (tecnica che pure aveva rinnegato, v. *supra* nota 105).

⁽¹¹⁶⁾ Poi pubblicata sulla rivista di quell'Università: A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 57, 849, 1988-1989.

⁽¹¹⁷⁾ A leggere l'argomentazione usata da Taft in realtà sembra emergere proprio quell'uso della storia legislativa (in particolare nella parte in cui si sofferma sulla comprensione che il primo Congresso degli Stati Uniti ebbe del potere di rimozione dei membri dell'esecutivo) che Scalia aveva screditato. Per un'analisi critica del caso su questo punto si rimanda a C.A. MILLER, *The Supreme Court and The Uses of History*, cit., pp. 52 ss.

⁽¹¹⁸⁾ A. SCALIA, *Originalism*, cit., p. 852: «It may surprise the layman, but it will surely not surprise the lawyers here, to learn that originalism is not, and had perhaps never been, the sole method of constitutional exegesis. It would be hard to count on the fingers

tinuava Scalia, «è la sua incompatibilità proprio con il principio che legittima il giudizio di costituzionalità» perché, se è vero che «niente, nel testo della Costituzione, attribuisce alle corti il potere di indagare, invece di presumere passivamente, la costituzionalità delle leggi federali», è anche vero che questo potere «è comunque ragionevolmente implicito», così come spiegato nell'analisi fatta dal giudice Marshall in *Marbury v. Madison*: al centro di questa analisi è «la percezione che la Costituzione, sebbene superiore alle altre leggi, sia nella sua natura esattamente quella sorta di 'legge' di cui si occupano le corti – ovvero una promulgazione con un significato fisso, discernibile attraverso il solito strumentario familiare a chi è edotto in diritto»: se la Costituzione non fosse questo tipo di 'legge', ma «un rinnovato invito ad attuare i valori sociali correnti, quale motivo porterebbe a ritenere che tale invito sia stato rivolto alle corti invece che agli organi legislativi?»⁽¹¹⁹⁾. Soprattutto, e qui si tocca il nervo del non-originalismo, possono i giudici individuare e

of both hands and the toes of both feet, yea, even on the hairs of one's youthful head, the opinions that have in fact been rendered not on the basis of what the Constitution originally meant, but on the basis of what the judges currently thought it desirable for it to mean. [...] But in the past, nonoriginalist opinions have almost always had the decency to lie, or at least to dissemble, about what they were doing – either ignoring strong evidence of original intent that contradicted the minimal recited evidence of an original intent congenial to the court's desires, or else not discussing original intent at all, speaking in terms of broad constitutional generalities with no pretense of historical support».

⁽¹¹⁹⁾ Ivi, p. 854: «The principal theoretical defect of nonoriginalism, in my view, is its incompatibility with the very principle that legitimizes judicial review of constitutionality. Nothing in the text of the Constitution confers upon the courts the power to inquire into, rather than passively assume, the constitutionality of federal statutes. That power is, however, reasonably implicit because, as Marshall said in *Marbury v. Madison*, (1) '[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is', (2) '[i]f two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each', and (3) 'the constitution is to be considered, in court, as a paramount law'. Central to that analysis, it seems to me, is the perception that the Constitution, though it has an effect superior to other laws, is in its nature the sort of 'law' that is the business of the courts – an enactment that has a fixed meaning ascertainable through the usual devices familiar to those learned in the law. If the Constitution were not that sort of a 'law', but a novel invitation to apply current societal values, what reason would there be to believe that the invitation was addressed to the courts rather than to the legislature?». Qui, come poco più avanti (v. *infra* nota 124) Scalia sembra usare i concetti di valori e garanzie costituzionali in modo molto incerto, semplificando le considerazioni sul carattere mutevole dei primi, su quello contro-maggioritario delle seconde (nelle quali rientra l'ufficio della Corte Suprema) e su quello extra-maggioritario che un patto costituente dovrebbe avere.

crystallizzare un consenso qualsiasi su ciò che dovrebbe precisamente sostituire il significato originario?⁽¹²⁰⁾

D'altra parte, il principale difetto dell'originalismo, secondo Scalia, è «la difficoltà di applicarlo correttamente»: è spesso «estremamente difficile pesare con precisione la comprensione originaria di un testo antico» in quanto ciò richiederebbe di *i)* raccogliere «un'enorme massa di materiale», *ii)* «valutare l'affidabilità di questo materiale e *iii)* immergersi nell'atmosfera politica e intellettuale del tempo»⁽¹²¹⁾ – un lavoro insomma che «è più adatto allo storico che al giurista»⁽¹²²⁾.

⁽¹²⁰⁾ Secondo Scalia la risposta è negativa: «[T]he central practical defect of nonoriginalist is fundamental and irreparable: the impossibility of achieving any consensus on what, precisely, is to replace original meaning, once that is abandoned» (ivi, pp. 862 s.). Ma la domanda (a cui invece solo tre anni prima aveva risposto positivamente – v. *supra* nota 102) sembra mal posta perché se si parte dal presupposto che il 'significato originario' dei valori espressi in Costituzione comunque non vincola gli interpreti delle generazioni future, non ci sarebbe niente da rimpiazzare (o non sarebbe questo supposto significato a venir abbandonato).

⁽¹²¹⁾ Quest'ultimo 'compito' cui deve assolvere l'originalista sembra integrare emblematicamente quell'equivoca illusione prospettica che secondo Pound connota i vari filoni della scuola storica (v. *infra* nota 155).

⁽¹²²⁾ A. SCALIA, *Originalism*, cit., pp. 858 s.: «[The] greatest defect [of originalism], in my view, is the difficulty of applying it correctly. Not that I agree with, or even take very seriously, the intricately elaborated scholarly criticisms to the effect that (believe it or not) words have no meaning. They have meaning enough, as the scholarly critics themselves must surely believe when they choose to express their views in text rather than music. But what is true is that it is often exceedingly difficult to plumb the original understanding of an ancient text. Properly done, the task requires the consideration of an enormous mass of material – in the case of the Constitution and its Amendments, for example, to mention only one element, the records of the ratifying debates in all the states. Even beyond that, it requires an evaluation of the reliability of that material – many of the reports of the ratifying debates, for example, are thought to be quite unreliable. And further still, it requires immersing oneself in the political and intellectual atmosphere of the time – somehow placing out of mind knowledge that we have which an earlier age did not, and putting on beliefs, attitudes, philosophies, prejudices and loyalties that are not those of our day. It is, in short, a task sometimes better suited to the historian than the lawyer». Scalia aggiunge – sostanzialmente mortificando l'affanno dell'originalista appena descritto – che comunque oggi la Corte Suprema è molto più oberata di lavoro di quanto lo fosse ai tempi di Taft e non ha il tempo di dedicare tempo e decine e decine di pagine a indagini storiche adeguate: «Nowadays, of course, the Supreme Court does not give itself as much time to decide cases as was customary in Taft's time. Except in those very rare instances in which a case is set for reargument, the case will be decided in the same Term in which it is first argued – allowing at best the period between the beginning of October and the end of June, and at worst the period between the end of April and the end of June. The independent counsel case last Term – involving precisely the historical materials *Myers* had to consider, and

L'altro grande difetto dell'originalismo è che, «almeno nella sua forma pura, è una medicina troppo forte da mandar giù», e che per forza di cose dovrà essere edulcorata con il principio dello *stare decisis* – cosicché il precedente del caso *Marbury v. Madison* «si manterrebbe anche qualora il Professor Raoul Berger dimostrasse che era basato su un'erronea comprensione del significato della Costituzione». Ma non solo: che accadrebbe, ad esempio, se una legge introducesse oggi una pena corporale come la fustigazione? Il divieto di punizioni crudeli e inusuali prescritto dall'VIII Emendamento, quando questo fu adottato, difficilmente sarebbe stato applicato fino a proibire una pratica che nel 1791 non era certo (considerata) 'inusuale': l'unico modo per uscire dall'impasse sarebbe quello di «dire» e ma soprattutto di «dimostrare con prove storiche e testuali» che la clausola dell'Emendamento in questione «era originariamente intesa» come norma dal «contenuto evolutivo». Ma a questo punto la pavidità avrebbe il sopravvento e niente impedirebbe che la stessa dimostrazione possa essere sollecitata e prodotta per altre clausole della Costituzione, a cominciare da quelle sul *due process* e sulla *equal protection*: e giunti a questo punto «non residuerebbe più alcuna differenza tra un originalista dal cuore debole e un non-originalista moderato, se non nel fatto che il primo si conforterebbe nella costruzione di un intento originariamente evolutivo, mentre il secondo riterrebbe anche questo sforzo superfluo»⁽¹²³⁾.

then some – was argued on April 26, and the thirty-eight-page opinion and thirty-eight-page dissent (I believe in equal time) issued on June 29. Do you have any doubt that this system does not present the ideal environment for entirely accurate historical inquiry?» (ivi, pp. 860 s.).

⁽¹²³⁾ Ivi, pp. 861 s.: «In its undiluted form, at least, [originalism] is medicine that seems too strong to swallow. Thus, almost every originalist would adulterate it with the doctrine of *stare decisis* – so that *Marbury v. Madison* would stand even if Professor Raoul Berger should demonstrate unassailably that it got the meaning of the Constitution wrong. [...]. But *stare decisis* alone is not enough to prevent originalism from being what many would consider too bitter a pill. What if some state should enact a new law providing public lashing, or branding of the right hand, as punishment for certain criminal offenses? [...] One way of doing so, of course, would be to say that it was originally intended that the cruel and unusual punishment clause would have an evolving content – that 'cruel and unusual' originally meant 'cruel and unusual for the age in question' and not 'cruel and un-

Tra i due mali Scalia preferirebbe comunque quello rappresentato dall'originalismo perché, dovendo «prendere sul serio il bisogno di una legittimazione teoretica», anche ad ammettere che «la Costituzione fu originariamente intesa come espressione di valori mutevoli anziché permanenti», non si vede «alcuna ragione per ritenere che la supervisione su [questa] evoluzione sia stata attribuita alle corti»: una società democratica «non ha bisogno di garanzie costituzionali per assicurare che le sue leggi riflettano 'valori correnti'», poiché «per questo ci sono le elezioni»⁽¹²⁴⁾. Ciò detto, non sen-

usual in 1791'. But to be faithful to originalist philosophy, one must not only say this but demonstrate it to be so on the basis of some textual or historical evidence. Perhaps the mere words 'cruel and unusual' suggest an evolutionary intent more than other provisions of the Constitution, but that is far from clear [...]. And if the faint-hearted originalist is willing simply to posit such an intent for the 'cruel and unusual punishment' clause, why not for the due process clause, the equal protection clause, the privileges and immunity clause, etc.? When one goes down that road, there is really no difference between the faint-hearted originalist and the moderate nonoriginalist, except that the former finds it comforting to make up (out of whole cloth) an original evolutionary intent, and the latter thinks that superfluous. It is, I think, the fact that most originalists are faint-hearted and most nonoriginalists are moderate [...] which accounts for the fact that the sharp divergence between the two philosophies does not produce an equivalently sharp divergence in judicial opinions» (cfr. *supra* nota 101). Sul problema del contrasto tra questa dottrina di common law e la 'nuova' metodologia originalista, rimarrebbe comunque insuperata l'osservazione di P. BOBBITT, secondo il quale (*Constitutional Interpretation*, Oxford, 1991, p. 102) anche a utilizzare gli argomenti prudenziali con cui Bork aveva affrontato il tema (e.g., determinare la vitalità di un precedente in base alla sua risalenza, alle istituzioni che vi sono cresciute attorno, o alle esigenze di stabilità del diritto), ci si troverebbe ad adottare delle cautele non fondate sull'adesione di quei precedenti al significato originario della Costituzione: se una valutazione realistica degli affari pubblici pratici – compresa quella della percezione pubblica della politicizzazione della corte – porta ad affermare che, qualunque cosa l'indagine storica riveli, lo stato dei precedenti rimarrà immutato, allora, in punto di argomentazione, è come se l'indagine storica non fosse stata mai fatta. A questa osservazione Scalia non sembra rispondere neanche in maturità, quando, anche dopo aver smentito il carattere pusillanime del suo originalismo (cfr. *infra* nota 125), continuerà ad affermare, riferendosi ad argomenti prudenziali simili a quelli attaccati da Bobbitt, che il suo testualismo originalista non porterebbe a purghe di precedenti giudiziari (v. A. SCALIA - B.A. GARNER, *Reading Law: The interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 411-414).

⁽¹²⁴⁾ Ivi, p. 862: «I take the need for theoretical legitimacy seriously, and even if one assumes (as many nonoriginalists do not even bother to do) that the Constitution was originally meant to expound evolving rather than permanent values, [...] I see no basis for believing that supervision of the evolution would have been committed to the courts. At an even more general theoretical level, originalism seems to me more compatible with the nature and purpose of a Constitution in a democratic system. A democratic society does not, by and large, need constitutional guarantees to insure that its laws will reflect 'current values'. Elections take care of that quite well. The purpose of constitutional guarantees [...] is precisely to prevent the law from reflecting certain changes in original values that the

za un senso di insoddisfazione, Scalia prevedeva una sua possibile adesione alla categoria degli originalisti dal cuore debole⁽¹²⁵⁾.

Esponendo così la sua adesione all'idea di originalismo, scevra della capziosa distinzione tra originarietà delle 'intenzioni' o del 'significato pubblico', e presentandola sotto forma di dottrina giudiziaria 'neutrale' (o più neutrale di altre), Scalia accedeva al contemporaneo dibattito sull'attivismo giudiziario, ma percorrendo le orme di un'esperienza giurisprudenziale non nuova.

Si possono provare a cogliere le problematicità di questo ragionamento ricorrendo a due considerazioni aventi a oggetto i suggestivi binari lungo i quali viene convenzionalmente articolata la retorica giuspubblicistica americana: quelli del rapporto tra ragione e volontà e del rapporto tra stabilità e cambiamento.

5.1. *Ragione e volontà.* – Secondo la ricostruzione cui si è fatto brevemente cenno, la fondazione costituzionale di questo ordinamento si baserebbe sulla mitica sintesi tra ragione e volontà (o tra scienza e consenso)⁽¹²⁶⁾. In particolare i rappresentanti della prima generazione avrebbero avuto fiducia incondizionata nella possibilità di organizzare la comunità sulla base di una scienza della politica e, ciò che più rileva, valorizzavano la portata storicamente unica di

society adopting the Constitution thinks fundamentally undesirable» (cfr. *supra*, nota 119).

⁽¹²⁵⁾ Ivi, p. 864: «Having made that endorsement, I hasten to confess that in a crunch I may prove a faint-hearted originalist. I cannot imagine myself, any more than any other federal judge, upholding a statute that imposes the punishment of flogging. But then I cannot imagine such a case's arising either». Anni dopo Scalia avrebbe pubblicamente ripudiato questa previsione. In un'intervista concessa a Jennifer Senior sul *New York Magazine* (*In Conversation: Antonin Scalia*, 8 ottobre 2013) avrebbe affermato: «Cerco di essere un onesto originalista!». E, riprendendo proprio l'esempio della fustigazione, avrebbe aggiunto: «Quello che direi adesso è che, sì, se uno stato dovesse adottare una legge che ammetta la fustigazione, ciò sarebbe immensamente stupido, ma non incostituzionale. Molte cose sono stupide ma non incostituzionali. Una volta dissi che dovrebbero fornire a tutti i giudici federali un timbro con la dicitura 'STUPIDO MA COSTITUZIONALE'. Qualcuno me ne portò davvero uno così». Se l'aver ammesso il cambio di rotta da un lato può essere considerato degna di nota, dall'altro non andrebbe sopravvalutato, quantomeno per non giustificare l'esercizio di ricercare le numerose volte in cui la filosofia intransigente di Scalia lo costringe a intrinseche contraddizioni.

⁽¹²⁶⁾ Cfr. P.W. KAHN, *Reason and Will*, cit.

una fondazione costituzionale derivante dal consenso popolare espresso su un disegno istituzionale scientificamente corretto: la ragione avrebbe assicurato la correttezza del potere, la volontà popolare ne avrebbe assicurato la legittimazione.

Secondo l'analisi di Paul Kahn, la convivenza tra i due elementi sarebbe stata invero molto breve (circonscritta forse soltanto al processo di ratificazione della Costituzione federale) e assai travagliata: la storia giurisprudenziale della prima metà dell'Ottocento, infatti, fino alla famigerata sentenza *Dred Scott* (1857) avrebbe fatto registrare una progressiva diluizione dell'elemento scientifico, a favore di un modulo consensualistico – il quale però, consegnato e riconosciuto solo nel documento costituzionale, nel giro di poco più di una generazione sarebbe divenuto storia.

L'autore divide questo stretto arco temporale in quattro momenti. Stando alla propaganda contenuta nei *Federalist Papers* (1787-1788) per l'approvazione del progetto costituzionale uscito dalla Convenzione di Filadelfia, non solo era possibile elaborare una scienza della politica oggettiva ma anche la volontà popolare si poteva basare su tale scienza: il connubio tra libero pensiero (ragione) e libera scelta (volontà) avrebbe prodotto in questo modo un governo tanto corretto quanto legittimo. Il dubbio circa la possibilità di basare un buon governo su 'ponderazione e scelta' non riguardava dunque l'esistenza o meno di una scienza del governo (che infatti esisteva da oltre due millenni), ma la possibilità di legittimare politicamente il risultato di questa scienza per mezzo di un atto di deliberazione democratica: l'impostazione post-illuministica dei padri fondatori infondeva al riguardo grande ottimismo⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁷⁾ Ivi, pp. 454-473. Il problema della campagna per la ratificazione della Costituzione non era scegliere tra un modello consensuale e un modello razionale, ma esporre una sintesi tra essi. E tanto bastava: discostarsi da Rousseau, che ammetteva la possibilità di obbligarli a essere liberi, e affermare invece che un popolo libero non può essere costretto a essere politicamente giusto, insinuando così la possibilità dell'errore politico all'interno del processo deliberativo della democrazia, non costituiva un problema teorico da affrontare. Nei *Federalist Papers*, commenta Kahn, «la completezza teorica venne in qualche modo sacrificata per l'efficacia retorica» (ivi, p. 466).

A distanza di un decennio, il giudice Chase, firmando una delle prime sentenze della Corte Suprema – *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386, 1798 – avrebbe lasciato intendere che la dialettica da articolare non era più quella tra consenso e scienza, ma quella tra scienza e testo costituzionale, nel frattempo approvato e divenuto incarnazione del consenso, quindi fonte di legittimità dell'autorità pubblica. Affrontando il caso di una legge del Connecticut che, agendo retroattivamente, finiva col regolare una disposizione testamentaria oggetto di una disputa civile in quello stesso Stato, Chase avrebbe argomentato in questo modo: la Costituzione prevede che i poteri delegati al governo federale siano solo quelli enunciati e definiti nel testo costituzionale, i restanti, 'indefiniti' poteri essendo ritenuti dai singoli Stati; il carattere indefinito di questi ultimi non implica tuttavia assenza di limiti; esistono infatti 'certi principi vitali' comuni ai (e alle fondamenta dei) governi repubblicani degli Stati e della federazione, che determineranno e invalideranno abusi palesi e flagranti del potere legislativo; è alla luce di queste premesse, e del concetto di 'principi vitali' in particolare, che va interpretato l'espresso divieto (sancito per gli Stati all'Articolo I sez. 10 della Costituzione) di emanare *ex post facto law*; questi principi naturali infatti sembrerebbero già contenuti nell'impianto costituzionale comune a federazione e Stati ed è da questo che andrebbero ricavati; Chase fornisce quindi alcuni esempi di violazione di questi principi, rientranti tutti in espressi divieti costituzionali (sono le clausole su legislazione retroattiva, libertà di contratto, giusto processo e proprietà), e al termine della disamina afferma: «A mio giudizio il caso [in questione] [...] non rientra nella *lettera* del divieto [di legislazione retroattiva]; e [...] sono certo che non rientri [neanche] nell'*intento* del divieto; e se anche rientrasse nell'*intento*, essendo rimasto fuori dalla *lettera*, non mi riterrei autorizzato a *trasporre* [l'intento] nel divieto [...]»⁽¹²⁸⁾. Chase starebbe in questo modo so-

⁽¹²⁸⁾ *Calder v. Bull*, 3 U.S. (1798), p. 392: «In my judgment the case [...] is not within

stenendo che il testo della Costituzione dovrebbe essere interpretato sullo sfondo dei principi del governo repubblicano che informarono l'impresa dei padri fondatori: è cioè «necessaria una scienza del governo repubblicano per comprendere le espressioni contenute nel testo costituzionale, che altrimenti sarebbero 'nude e inspiegabili [...] inintelligibili e insignificanti'»⁽¹²⁹⁾.

Cinque anni dopo il giudice Marshall (che, come Chase, viveva in continuità con quel pensiero fiducioso nel connubio tra ragione e consenso) intratteneva il lettore della sentenza del caso *Marbury v. Madison* (1803) con la sistemazione di una teoria generale del *judicial review*⁽¹³⁰⁾, avulsa da considerazione positivistiche, ma che in un secondo momento dimostrava in perfetta armonia con l'analisi del dato testuale della Costituzione⁽¹³¹⁾: «La particolare fraseologia

the *letter* of the prohibition; and [...] I am clearly of opinion, that it is not within the *intention* of the prohibition; and if within the *intention*, but out of the letter, I should not, therefore, consider myself justified to *continue* it within the prohibition [...].

⁽¹²⁹⁾ P.W. KAHN, *Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism*, cit., p. 479 (citando Chase, in *Calder v. Bull*, 3 U.S., p. 390). Il caso *Calder* è di solito commentato con riferimento alle confliggenti visioni sul diritto naturale che dividevano il giudice Chase dal giudice Iredell. In realtà, come osserva Kahn, la trattazione che Chase fa del diritto naturale sfocerebbe sostanzialmente in una teoria dell'interpretazione del testo costituzionale, come dimostra l'applicazione sul divieto di legislazione retroattiva, basata appunto su un'ampia considerazione dei principi del governo 'repubblicano' (p. 477). Il giudice Iredell, secondo Kahn (ivi, p. 479), più che passare alla storia come il campione del diritto naturale, avrebbe espresso semplicemente il rifiuto della (ricerca di) obiettività scientifica e l'esistenza di sole opinioni politiche, non regolate da alcuno standard, come dimostrerebbe il seguente passaggio del suo dissenso nel caso *Calder*: «The ideas of natural justice are regulated by no fixed standard: the ablest and the purest men have differed upon the subject; and all that the Court could properly say [...] would be, that the Legislature (possessed of an equal right of opinion) had passed an act which, in the opinion of the judges, was inconsistent with the abstract principles of natural justice» (*Calder v. Bull*, 3 U.S., p. 399, Iredell).

⁽¹³⁰⁾ Riassumibile in un ragionamento di logica politica. Se la Costituzione è legge, le corti dovranno porla a confronto con altre legge e risolvere il conflitto eventualmente posto con queste (che sono ordinarie) a favore della prima (che è straordinaria): la risoluzione di questo conflitto è la 'vera essenza dell'ufficio giudiziario', e non potrebbe essere altrimenti, poiché una società che si doti di una costituzione scritta ma che privasse le corti del potere di revisione attribuirebbe agli organi legislativi un'onnipotenza pratica e reale, dando vita a una contraddizione vivente. Per un approfondimento cfr. B. BARBISAN, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, 2008.

⁽¹³¹⁾ Disposizioni come quelle sul dovere di giuramento e la clausola di supremazia dell'Art. IV, o quella sulla competenza a giudicare controversie 'derivanti dalla Costituzio-

della costituzione degli Stati Uniti *conferma e rafforza* il principio, che *si suppone* essenziale a tutte le costituzioni scritte, secondo cui una legge contraria alla costituzione è nulla»⁽¹³²⁾. Il testo positivo, risultato ed espressione del consenso democraticamente espresso, coincideva con la scienza astratta dalla quale era stato informato.

Dal ragionamento si denota una nuova sfumatura. Se anche per Marshall l'intelligibilità della costituzione dipendeva dalla comprensione della scienza della politica che l'aveva animata (se quindi le disposizioni del testo non possono essere capite senza i principi del governo repubblicano su cui si erano formati i padri fondatori), questa scienza veniva ora collocata su un piano differente: non più entità esterna, elaborata nell'oscuro di una bottega per risolvere, tramite forme ideali, contingenze sociali, ma «fonte di auto-regolazione di una comunità ormai dotata di una stabile identità politica». Integrando e fondendo teoria e diritto positivo (in cui si è espresso il consenso sulla teoria)⁽¹³³⁾, Marshall sanciva il successo del disegno politico fondazionale: «creare una nazione di artigiani politici»⁽¹³⁴⁾.

ne' (la c.d. *'arising under' clause* dell'Art. III) stava a dimostrare proprio l'«intenzione» che le corti praticassero il *judicial review*.

⁽¹³²⁾ *Marbury v. Madison* (5 U.S., 1803), p. 180: «Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States *confirms and strengthens* the principle, *supposed* to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument» (enfasi aggiunta). Commenta P.W. KAHN, *Reason and Will*, cit., p. 483): «Positive text, the result of an affirmative act of self-government, coincides with abstract science. This is the American solution to the traditional problems of republican governments: [a] popularly legitimated text lends its legitimacy to a science of politics».

⁽¹³³⁾ Anche se, come fa notare Kahn (ivi, p. 486), da buon padre fondatore, in caso di conflitto tra i due elementi Marshall avrebbe continuato a obbedire alla volontà politica legittimante il testo scritto: «If [...] such be the mandate of the constitution [limiting Congress to an inadequate choice of means], we have only to obey» (*McCulloch v. Maryland* 17 U.S., 4 Wheat., 1819, p. 408).

⁽¹³⁴⁾ P.W. KAHN, *Reason and Will*, cit., p. 486: «For Publius, the role of science was to inform an art of politics that could then be pursued in the actual political life of the nation. Science needed to be internalized by the entire community. The aim of Publius was, accordingly, to create a nation of political craftsmen. The opinions of Chase and then Marshall tell us that Publius succeeded». E ancora (p. 487): «[T]he role of science in the nation's political life was being reconceptualized. The Constitution was no longer understood as an experiment, testing the possibility of a community making its government according

Qualche decennio dopo Joseph Story, da studioso e giudice della Corte Suprema, si impegnava nella prima vera tensione sistematica della giuspubblicistica americana, ormai senza la necessità di sciogliere la tensione tra scienza e consenso. Prendendo le mosse dall'impostazione tracciata da Marshall (secondo cui testo e scienza finivano per combaciare e quindi la risoluzione dei conflitti tra costituzione e legge ordinaria era impresa scientifica), ne forniva una precisazione: l'attenzione e il ricorso al testo costituzionale non era più per Story un momento successivo e confermativo dell'indagine scientifica, ma esso stesso esercizio scientifico di carattere storico. Story intendeva in questo modo avviare un movimento di «allontanamento dal modello di ordine politico inteso come prodotto di un'arte tecnica basata su una scienza della politica astratta» per fondarlo invece su una scienza della storia la quale, espressa dall'interpretazione del testo, diventava «metodo tramite il quale sviluppare il significato costituzionale»⁽¹³⁵⁾.

Gli sforzi di Chase, Marshall e Story, riassumibili nell'afferma-

to abstract principles of republican government; rather, it was seen as the internal source of order of an historical community. [T]he founders' science [...] was no longer an external source upon which a political artisan could draw to impose ideal form upon a recalcitrant social matter. Rather, science became the source of self-regulation of a community that had begun to maintain a political identity through time. Because constitutional order was identified with the product of science, the distinction between an external perspective, informed by abstract science, and an internal perspective on the political order of the community remained wholly theoretical».

⁽¹³⁵⁾ Ivi, p. 488. A sostegno dello sforzo di Story di fondare una scienza dell'interpretazione costituzionale, Kahn ricorda le diciannove regole indicate da Story per l'interpretazione del testo nei suoi *Commentaries on The Constitution of The United States*, Boston, Cambridge, 1833, pp. 382-442. Indicazione a sua volta intesa come approfondimento della più famosa argomentazione sostenuta da Story nella decisione del caso *Martin v. Hunter's Lessee* (14 U.S., 1 Wheat., 1816, pp. 324-327), nella quale muoveva da «considerazioni preliminari» sulle caratteristiche della Costituzione americana (non quindi deduzioni basate su «ragionamenti generali») per giungere a spiegare una serie di principi («rispetto ai quali non può essere ammessa alcuna differente opinione») da impiegare poi nell'interpretazione del testo costituzionale («Before proceeding to the principal questions, it may not be unfit to dispose of some preliminary considerations which have grown out of the arguments at the bar. [...] These deductions do not rest upon general reasoning, plain and obvious as they seem to be. They have been positively recognised by one of the articles in amendment of the Constitution, which declares that. [...] With these principles in view, principles in respect to which no difference of opinion ought to be indulged, let us now proceed to the interpretation of the Constitution so far as regards the great points in controversy»).

zione secondo cui la scienza è fonte di ordine costituzionale, si sarebbero tuttavia rivelati vani⁽¹³⁶⁾, perché se erano già stati sotto attacco del populismo Jacksoniano⁽¹³⁷⁾, sarebbe stati definitivamente mortificati dalla progressiva perdita di fiducia verso la scienza nella seconda metà dell'Ottocento⁽¹³⁸⁾ quando l'intricata questione della schiavitù sarebbe implosa rappresentando l'esempio più clamoroso della distanza tra la scienza politica repubblicana e il documento costituzionale approvato democraticamente: il secondo – non vietando e quindi permettendo l'ineguaglianza tra gli uomini – era nato 'irragionevole'⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁶⁾ Oltre alla concatenazione di progressioni culturali forse troppo serrate e lineari per l'arco temporale relativamente breve considerato da Kahn, rimane qualche perplessità sull'importanza che nella storia del pensiero giuridico americano hanno avuto i lavori di Joseph Story, a cui Kahn dedica poche pagine e poco significative citazioni. Per avviare un approfondimento su questo delicato ma decisivo periodo nella storia pensiero giuridico, si veda R. POUND, *The Formative Era of American Law*, Boston, 1938, pp. 138-166, di cui si riporta il seguente passo: «Il diritto del Seicento e la teoria del Settecento si stavano avvicinando negli Stati Uniti. Kent aveva dato al diritto naturale un contenuto storico e stava spostando le basi teoretiche del diritto positivo dal diritto di natura alla storia, dalla ragione all'esperienza. Con Story, e col suo libro sulla Costituzione, pubblicato nel 1833, si completava la transizione da una settecentesca base contrattuale dei diritti e del governo a una base storica, confermata da una costituzione che dichiarava diritti naturali dal contenuto storico. L'età della ragione stava giungendo al termine. L'età della storia era iniziata» (ivi, p. 144).

⁽¹³⁷⁾ Che aveva già smascherato l'artificiosità di una formale separazione dei poteri, con l'inaugurazione di un percorso di burocratizzazione della democrazia: sul punto si vedano J.L. MASHAW, *Creating the Administrative Constitution. The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*, New Haven, Londra, 2012, pp. 147-155) e A. BURATTI, *Andrew Jackson e le trasformazioni della Costituzione americana*, in *Dir. pubbl.*, 2013 (3).

⁽¹³⁸⁾ P.W. KAHN, *Reason and Will*, cit., p. 473: «This synthesis of reason and will [...] was not only fragile politically; it was fragile theoretically. Much of the subsequent history of constitutional law represents a breaking apart of this synthesis and a privileging of one aspect – either reason or will – of this dual foundation».

⁽¹³⁹⁾ Ivi, p. 491: «This political reality tested the limits of the constitutional world view of the founders' generation, challenging the claim that the constitutional founding had successfully integrated reason and will. This challenge was all the more difficult because the slavery issue simultaneously tested the commitment to the fundamental republican postulate that in political life will has priority over reason. Here, in an area that was to become critical to the life of the nation, the Constitution was 'unreasonable', resting on will alone. The slavery issue, then, opened up a breach between political science – at least republican, political science – and constitutional law». L'irragionevolezza del compromesso costituzionale è testimoniata anche dal fatto che nelle stesse settimane in cui a Filadelfia si discuteva della costituzione di un nuovo assetto federativo, a New York il Congresso

Il giudice Taney, consapevole di questo divario tra ragione e volontà, firmando la sentenza *Dred Scott* (1857) sarebbe divenuto espressione dell'abbandono della prima per la seconda, del ripensamento del ruolo di giudice supremo e dell'inaugurazione di una forma di non-interpretazione: «Compito della corte non è decidere della giustizia o dell'ingiustizia [...] di queste leggi. Questa decisione spettava al potere politico o legislativo, a coloro che diedero forma alla sovranità e scrissero la Costituzione. Compito della corte è interpretare lo strumento che essi hanno composto [...] e di amministrarlo così come lo troviamo, secondo il vero intento e significato che aveva quando fu adottato»⁽¹⁴⁰⁾. E da un'indagine storica sul

confederale approvava la grande Ordinanza del Nord-Ovest volta a regolare la formazione di nuovi Stati nei territori collocati a Nord-Ovest del fiume Ohio: l'Ordinanza, redatta nella prospettiva della rapida elevazione all'autogoverno delle comunità di frontiera, tra le altre cose imponeva a queste comunità il divieto di istituirvi la schiavitù. A Filadelfia il problema della frontiera non giocò un ruolo determinante e nel nuovo testo costituzionale «i valori egualitari ed emancipativi espressi dall'Ordinanza» vennero marginalizzati (e anzi sostituiti da un'accezione proprietaria di quei territori, su cui il Congresso avrebbe avuto 'il potere di disporre e produrre le regole e discipline necessarie' – cfr. Art. IV sez. 3 della Costituzione): «La dissociazione spaziale tra le due assemblee che, in parallelo approvarono l'Ordinanza del Nord-Ovest e la Costituzione federale rispecchia dunque la relativa indipendenza tra i due processi normativi [...]. Al momento – significativamente coincidente – della loro genesi, l'identità costituzionale di Filadelfia non coincise con il progetto costituzionale della frontiera» (A. BURATTI, *La frontiera americana. Una interpretazione costituzionale*, Verona, 2016, pp. 34-36. Sull'articolazione dell'Ordinanza del Nord-Ovest, v. *ivi* pp. 29-33). D'altronde quella che Kahn chiama 'irragionevolezza' non è circoscrivibile alla sola nascita della Costituzione federale, perché nonostante il valore sostanzialmente costituzionale dell'Ordinanza (cfr. *ivi*, p. 90), i processi di costituzione e ammissione di nuovi Stati oltre il confine naturale del Mississippi, a partire dal c.d. 'compromesso del Missouri' (1820) fino allo scoppio della Guerra Civile (1861), avrebbero visto numerose ammissioni dell'istituto della schiavitù (cfr. *ivi*, pp. 131-136). Solo sotto la guida di Lincoln e avviata la ricostruzione del paese all'indomani della guerra, tramite il recupero della «progettualità costituente» espressa d/alla frontiera, sarebbero stati riannodati «i fili che avevano legato la tradizione costituzionale americana al progetto costituzionale della frontiera» (*ivi*, pp. 139-144).

⁽¹⁴⁰⁾ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) (1857), p. 405: «It is not the province of the court to decide upon the justice or injustice, the policy or impolicy, of these laws. The decision of that question belonged to the political or law-making power; to those who formed the sovereignty and framed the Constitution. The duty of the court is, to interpret the instrument they have framed, with the best lights we can obtain on the subject, and to administer it as we find it, according to its true intent and meaning when it was adopted». Il caso è comunemente annoverato tra le scintille che accesero la Guerra Civile. Per un approfondimento storico sul peso che la sentenza in questione ma soprattutto il pretesto della questione della schiavitù ebbero nell'armare la guerra bisogna leggere R. LURAGHI, *Storia della Guerra Civile americana. Da John Brown ad Abraham Lincoln*, Milano, 1985, ulti-

periodo in cui lo strumento-Costituzione fu adottato risultava chiaramente che gli afroamericani non erano considerati cittadini degli Stati Uniti: e se anche «l'opinione o il sentimento pubblico verso questa razza sfortunata» fosse nel frattempo mutato «tra le nazioni civilizzate d'Europa o in questo paese» ciò non autorizzerebbe la corte a dare ai termini impiegati nella Costituzione una lettura più liberale di quella originaria⁽¹⁴¹⁾.

Per Taney l'indagine storica esauriva l'interpretazione, che andava quindi condotta secondo il «linguaggio ordinario» informato dallo «stato dell'opinione pubblica» di allora⁽¹⁴²⁾: la Costituzione

ma ediz. 2013) (p. 100: «[L]a schiavitù *fu e non fu* alla base del conflitto. Non lo fu in quanto il contrasto era di ben altra natura, era ben più vasto e più profondo: esso era sostanzialmente il conflitto tra due nazioni diverse ed estranee e con numerosi interessi divergenti. Né vale l'identità di linguaggio a mascherare questo fatto: diversi per ambiente geografico e climatico, per cultura, per gusti, per struttura sociale, per indirizzi e interessi economici, per orientamenti generali, Nord e Sud erano di fatto due nazioni così come lo sono Francia e Belgio, Austria e Germania, Ucraina e Grande Russia, Siria ed Egitto. La contesa era dunque ben più vasta e profonda; e verso la metà del secolo essa, per una serie di motivi, appariva ai contendenti ognor più vicina a svolte decisive, a scadenze improrogabili. Ma in un certo senso la schiavitù fu alla base del conflitto; poiché essa, dopo molti traccheggiamenti, dopo una 'guerra fredda' durata anni, finì per essere il punto di attrito, il *casus belli* che pose i due mondi in lotta aperta; la scintilla che fece esplodere le polveri»). D'altronde, anche a Abraham Lincoln era sostanzialmente indifferente alla questione della schiavitù, la cui soluzione riteneva che spettasse ai singoli Stati (v. *ivi*, pp. 724-727, 958-960).

⁽¹⁴¹⁾ *Dred Scott v. Sandford*, cit., p. 426: «No one [...] supposes that any change in public opinion or feeling, in relation to this unfortunate race, in the civilized nations of Europe or in this country, should induce the court to give to the words of the Constitution a more liberal construction in their favor than they were intended to bear when the instrument was framed and adopted. Such an argument would be altogether inadmissible in any tribunal called on to interpret it».

⁽¹⁴²⁾ *Ivi*, p. 410: «[The framers] spoke and acted according to the then established doctrines and principles, and in the ordinary language of the day, and no one misunderstood them». La vicinanza di questa impostazione a quella che avrebbe seguito Scalia è riscontrabile anche dal fatto che lo stesso Scalia (in *Common-Law Courts in a Civil-Law System*, cit., p. 30) cita il pensiero del giudice Taney, espresso però in un caso storicamente meno controverso, ma soprattutto con riferimento all'interpretazione di una legge ordinaria e non della Costituzione (è in questa totale mancanza di distinzione che risiede la maggiore difficoltà a seguire la retorica originalista - v. *infra* nota 189): «In expounding this law, the judgment of the court cannot, in any degree, be influenced by the construction placed upon it by individual members of Congress in the debate which took place on its passage, nor by the motives or reasons assigned by them for supporting or opposing amendments that were offered. The law as it passed is the will of the majority of both houses, and the only mode in which that will is spoken is in the act itself; and we must gather their intention from the language there used, comparing it, when any ambiguity exists, with the laws upon the same subject, and looking, if necessary, to the public history of the

non è un documento tecnico, rivolto a un uditorio specializzato, ma va letta avendo a mente un linguaggio quanto più comune possibile. La Costituzione smetteva dunque di essere un prodotto delle idee, per diventare un prodotto degli uomini⁽¹⁴³⁾.

Se Story, sviluppando gli insegnamenti di Chase e Marshall, nel cercare di accomodare il ruolo che la ragione doveva avere nel mantenere l'ordine politico, ne voleva spostare l'enfasi da scienza politica astratta a scienza della storia, Taney aveva preservato il posto della storia, ma ne faceva sparire il carattere scientifico sviluppando una perversione di quegli insegnamenti apparentemente lineare: gli incastri illuministico-razionalisti secondo cui è la Costituzione, in quanto disegno politico corretto, a 'ordinare' (e in ultima istanza ordina alla Corte Suprema di decidere in un modo o in un altro) e la Costituzione 'significa' ciò che chi suggellò quel disegno col proprio consenso 'voleva' che significasse, costringevano nell'arco di una generazione a ricercare l'intenzione e il 'vero significato', rilevabili solo tramite il ricorso a materiali storici⁽¹⁴⁴⁾ – e se la storia è intenzione, e l'intenzione è comando, allora la storia è comando.

L'avvitamento portava così a spegnere la ragione, che era solo quella (degli uomini) del passato. L'unica valvola di aggiornamento della costituzione era la procedura emendativa del documento costituzionale (Art. V)⁽¹⁴⁵⁾: ma anch'essa sarebbe presto divenuta pri-

times in which it was passed» (*Aldridge v. Williams*, 44 U.S., 3 How., pp. 9, 24, 1845).

⁽¹⁴³⁾ P.W. KAHN, *Reason and Will*, cit., p. 501: «Because the Constitution was not the product of political science, the Court's role in *Dred Scott* was not to engage in a scientific inquiry. The Taney Court understood the Constitution to be the product of men, not ideas. Science's place in the Court's self-understanding was replaced by originalism, the belief that the Constitution's meaning could be discovered through an inquiry into its 'true intent and meaning when it was adopted'».

⁽¹⁴⁴⁾ Sulla cui affidabilità v. *supra* note 106-110. Justice Jackson, deridendo lo sforzo volto a determinare l'intento dei padri costituenti, avrebbe detto: «Quella che fu davvero la visione dei nostri padri, o la visione che avrebbero avuto se avessero previsto le condizioni moderne, andrebbe indovinata tramite materiali quasi tanto enigmatici quanto i sogni che Giuseppe era chiamato a interpretare per il Faraone» (opinione concorrente in *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 1952, pp. 634 s.).

⁽¹⁴⁵⁾ Articolo V: «Il Congresso, quando i due terzi di ciascuna Camera lo ritengano

gioniera del passato, perché originariamente prevista per una federazione di una decina di Stati, a fine Ottocento si sarebbe dovuta applicare a una nazione che dal punto di vista geografico e demografico era divenuta completamente altra⁽¹⁴⁶⁾.

necessario, potrà proporre emendamenti a questa Costituzione o, su richiesta dei Legislativi dei due terzi dei vari Stati, potrà convocare una Convenzione per proporre emendamenti, che, in entrambi i casi, saranno validi ad ogni intento e proposito come parte di questa Costituzione quando ratificati dai Legislativi dei tre quarti dei diversi Stati, o da apposite Convenzioni nei tre quarti di essi, a seconda che l'uno o l'altro modo di ratifica sia proposta dal Congresso; con l'eccezione che nessun emendamento che sia fatto prima dell'anno 1808 potrà in qualsiasi modo incidere sulla prima o sulla quarta clausola della Sezione nona dell'articolo primo; e che nessuno Stato potrà, senza il suo consenso, esser privato della sua parità di suffragio nel Senato» (da *Codice delle Costituzioni*, vol. I, Torino, 2009, trad. di C. Casonato).

⁽¹⁴⁶⁾ Sarebbe molto problematica una valutazione storica sulla tenuta della procedura emendativa davanti alla prova dei filtri democratici a cui dovrebbe essere sottoposta. Se i primi dieci Emendamenti (Bill of Rights, 1791), l'XI (1795) e il XII (1804) furono sostanzialmente adottati dalla stessa comunità politica che diede vita ai primi sette articoli della Costituzione, la ratificazione di quelli adottati dopo la Guerra Civile (XIII, XIV, XVI) fu imposta agli sconfitti Stati del sud come condizione per rientrare nella federazione: e sono proprio i primi quindici articoli a fornire la maggior parte del materiale al dibattito costituzionale. Altri Emendamenti di grande importanza storica sono quelli sulla tassa sul reddito (XVI, ratificato nel 1913), sull'elezione dei senatori federali (XVII, ratificato lo stesso anno), sul suffragio universale delle donne (XIX, ratificato nel 1920), quelli che hanno regolato la durata del mandato di presidenza e camere e il numero massimo di mandati che una persona può ottenere come Presidente degli Stati Uniti (XX e XXII, ratificati nel 1933 e nel 1951). Nella seconda metà del Novecento, se si esclude quello sugli elettori del Distretto di Columbia (XXIII, ratificato nel 1961), gli interventi hanno ancora avuto a oggetto dinamiche istituzionali, mentre la portata del XXIV Emendamento (che vieta il condizionamento del diritto voto al pagamento di qualsiasi tassa) è difficilmente paragonabile agli interventi (molto più penetranti) della giurisprudenza e della legislazione ordinaria sempre in tema di diritti civili (si veda in proposito la ricostruzione della storia delle manovre politiche dietro l'adozione di questo Emendamento fornita da B. ACKERMAN, *We The People*, vol. III, *The Civil Rights Revolution*, Cambridge, Londra, 2014, pp. 81 ss.). Da più parti si lamenta l'eccessiva rigidità della procedura emendativa, e può essere considerato significativo dell'ancoraggio radicalizzato alla cultura illuministica della Costituzione da parte degli 'originalisti', e di Scalia nello specifico, il fatto che se ne chieda una revisione per permettere una più rappresentativa espressione democratica sui nuovi temi fondamentali. Nell'intervista citata *supra* nella nota 125, interrogato sulla presenza o meno di difetti in Costituzione, Scalia avrebbe risposto: «La norma che modificherei è la norma sulla modifica della Costituzione. E questa non era originariamente un difetto. Ma il paese è cambiato davvero molto. Con la differenza [in popolazione] che c'è tra California e Rhode Island... Ho calcolato, se prendi il numero minimo necessario a comporre una maggioranza negli Stati meno popolosi, qualcosa come meno del 2% dell'intera popolazione [nazionale] può impedire un emendamento costituzionale. Al di là di questo, qualcosa poi non è andata nel senso che i padri costituenti avevano previsto, ma questa è stata colpa delle corti, non loro». Secondo M.S. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003, se c'è un eccezionalismo americano, esso «consiste nell'adesione iniziale ad una Costituzione scritta e ad un costituzionalismo rule of law a livello nazionale ed il successivo mutamento

Il tema del cambiamento del patto costituente rimaneva un tabù, e quello sancito nel 1789 sprofondava nel mito⁽¹⁴⁷⁾.

5.2. *Stabilità e cambiamento.* – Con taglio differente la storia del pensiero di questo primo secolo di esperienza costituzionale era stata indagata da Roscoe Pound con esiti che sembrano confermare queste conclusioni: nell'interrogarsi sulla perenne oscillazione tra esigenze di stabilità e cambiamento⁽¹⁴⁸⁾, Pound aveva individuato le direttrici principali lungo le quali l'ordine giuridico americano avrebbe cercato una conciliazione tra le due nei dogmi dell'autorità⁽¹⁴⁹⁾, della filosofia⁽¹⁵⁰⁾ e della storia.

verso l'affidamento esclusivo a mezzi alternativi all'art.V per affrontare cambiamenti costituzionali» (passo citato da A. VESPAZIANI, *USA: il dissolversi dalla distinzione tra Costituzione scritta e Costituzione non scritta*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, p. 1833).

⁽¹⁴⁷⁾ Per la dimensione (meta-)storica della fondazione si rimanda a quanto detto *supra* note 69-77.

⁽¹⁴⁸⁾ R. POUND, *Interpretations of Legal History*, New York, 1923.

⁽¹⁴⁹⁾ Il dogma dell'autorità – secondo cui la legge è un insieme di comandi del potere sovrano in una società politicamente organizzata, fondata in ultima istanza su qualunque base concepita come espressione della volontà di quel sovrano – se nella Francia dei secoli XVI e XVII era rinvenuto nel Re, e nell'Inghilterra di fine XVII secolo nell'onnipotenza del Parlamento, con la Rivoluzione americana fu inventato nel concetto di 'people' prima e di 'Constitution' poi (cfr. T. PAINE, *Common Sense. Thoughts on the Present State of American Affairs*, Philadelphia, 1776: «But where, says some, is the King of America? I'll tell you. Friend, he reigns above, and doth not make havoc of mankind like the Royal Brute of Britain. Yet that we may not appear to be defective even in earthly honors, let a day be solemnly set apart for proclaiming the charter; let it be brought forth placed on the divine law, the word of God; let a crown be placed thereon, by which the world may know, that so far we approve of monarchy, that in America THE LAW IS KING. For as in absolute governments the King is law, so in free countries the law OUGHT to be King; and there ought to be no other. But lest any ill use should afterwards arise, let the crown at the conclusion of the ceremony, be demolished, and scattered among the people whose right it is»). Questo dogma avrebbe sostituito a un dio naturale o di tipo religioso un dio politico nella forma dello Stato o del Popolo, soddisfacendo in questo modo un bisogno di ordine e stabilità (R. POUND, *Interpretations of Legal History*, cit., p. 3).

⁽¹⁵⁰⁾ Ivi, pp. 4-6. L'ampia e rapida espansione commerciale e culturale succeduta alla 'fase dell'autorità', aveva poi portato con sé il bisogno di cambiamenti agili ma anche di sicurezza generale. I virtuosismi razionalistici della teoria del diritto naturale (cui Pound si riferisce col termine generico di 'filosofia') avrebbero così permesso ai giuristi di 'misurare' tutte le situazioni e di (credere) di risolvere tutte le loro contraddizioni riferendole a un'immagine dell'ordine sociale idealizzata nel tempo e nello spazio: ancora una volta l'ordine giuridico si presentava come la rivelazione di un dio, chiamato questa volta 'Ragione', e veniva rappresentato come ostile all'autorità (ma la sua ostilità era estesa solo all'autorità di divinità diverse da sé). Negli Stati Uniti in particolare lo spirito creativo del diritto naturale

Quest'ultima avrebbe rappresentato una 'reazione' all'insegna della stabilità, dopo gli esperimenti sull'applicabilità delle nuove forme normative ai vecchi contenuti di common law, e sarebbe stata animata alla fine dell'Ottocento dalle influenze della scuola storica⁽¹⁵¹⁾ – i cui insegnamenti erano stati tradotti da Luther S. Cushing con le lezioni che questi tenne a Harvard tra il 1848 e il 1851⁽¹⁵²⁾.

Se infatti la storiografia giuridica (*legal history-writing*) precedente al secolo XIX aveva avuto lo scopo pratico non di rinvenire una base per l'autorità, ma di identificare l'autorità stessa alla base dell'ordine giuridico⁽¹⁵³⁾, quella del secolo XIX avrebbe avuto uno scopo radicalmente differente, poiché il diritto non era più 'sempre uguale e immemoriale', ma era passato attraverso i mutamenti dei virtuosismi illuministici. La scuola «cercava così la stabilità attraverso la determinazione di principi di crescita, individuando le linee lungo le quali la crescita aveva proceduto e avrebbe continuato a procedere», sperando di «unificare stabilità e cambiamento attraverso una combinazione di autorità storica e storia filosofica». Utilizzando l'idea di autorità, essa «cercava di porre una fondazione storica alla teoria del diritto del XVII e XVIII secolo come soltanto declaratoria di qualcosa dotato di maggiore autorità rispetto al sem-

dominò per tutto il 'periodo di formazione' di quell'ordinamento (su cui si veda diffusamente R. POUND, *The Formative Era*, cit.): ciò sia perché la teoria del diritto di natura era un tema classico del diritto costituzionale americano – essendo, come visto, alla base delle costituzioni statali e federale – sia perché la recezione del common law d'Inghilterra come diritto di una società pioniera quale quella americana richiese la ponderazione di ogni aspetto in relazione alla sua applicabilità alle 'istituzioni e alle condizioni peculiari americane'.

⁽¹⁵¹⁾ R. POUND, *Interpretations*, cit., pp. 6 e 12-15.

⁽¹⁵²⁾ R. POUND, *The Formative Era*, cit., p. 50.

⁽¹⁵³⁾ R. POUND, *Interpretations*, cit., pp. 8 s.: Fortescue aveva scritto abbozzi storici per dimostrare che l'Inghilterra è sempre stata governata dagli stessi costumi della Britannia pre-romana, il *Second Institute* di Coke non era che una storia del diritto pubblico in cui cercava di sostenere la causa delle corti di common law contro i regnanti Stuart, sviluppando i diritti immemoriali del common law, posseduti dai loro antenati 'sin dagli inizi' e dichiarati nella Magna Carta. E ancora Blackstone, all'apice del regno di quella che Pound chiama 'filosofia', riconciliò stabilità e cambiamento adottando la teoria storica della continuità di una consuetudine immemoriale, così come tramandata da Fortescue, Coke e Hale, e aggregando una dottrina del cambiamento tramite l'autorità del Parlamento.

plice pronunciamento di un legislatore o di un giudice». Il diritto non era declaratorio di morali o della natura dell'uomo in quanto essere morale o creatura ragionante: il diritto era piuttosto «declaratorio di principi di progresso svelati dall'esperienza umana dell'amministrazione della giustizia e in generale dall'esperienza umana intercorsa nella società civilizzata; e questi principi non erano principi di diritto naturale rivelati dalla ragione, ma erano realizzazioni di un'idea, dispiegata nell'esperienza umana e nello sviluppo delle istituzioni – un'idea da dimostrare metafisicamente e verificata dalla storia»⁽¹⁵⁴⁾.

Secondo Pound quella americana «non fu affatto una scuola storica». Essa, infatti, finì col considerare «la storia giuridica come un dato assoluto». «Guardò al progresso come qualcosa per cui una base potesse essere trovata solo all'interno dello stesso dato assoluto, come progresso della ragione o dello spirito» o dell'idea rivelata nel testo sacro. La scuola, cioè, avrebbe lavorato «secondo quella che è stata chiamata la 'illusione della prospettiva'», «una riflessione idealizzata sui problemi giuridici del presente nei termini dei testi del passato»: «[o]gniqualvolta guardiamo al diritto, quando guardiamo a qualcosa che è al di là del corso della giustizia sotto i nostri occhi e che, per qualche scopo e in relazione a qualcosa, siamo costretti interpretate»⁽¹⁵⁵⁾. Tutti i filoni interpretativi che aveva-

⁽¹⁵⁴⁾ Ivi, p. 9: «Law was not declaratory of morals or of the nature of man as a moral entity or reasoning creature. It was declaratory of principles of progress discovered by human experience of administering justice and of human experience of intercourse in civilized society; and these principles were not principles of natural law revealed by reason, they were realizations of an idea, unfolding in human experience and in the development of institutions – an idea to be demonstrated metaphysically and verified by history».

⁽¹⁵⁵⁾ Ivi, pp. 19 s.: «After a century of historical jurisprudence along these lines we have come to think that it was a historical school at all. It assumed legal history as an absolutely given datum. It assumed progress as something for which a basis could be found within itself, as progress of reason or of the spirit or in the unfolding of the idea. [...] It by no mean follows that what we see thus through the spectacles of the present is anything that was applied actually to the decision of causes anywhere or at any time. [...] Whenever we look back at law, when we look at anything beyond the actual course of judicature beneath our eyes, and for some purposes and in some relations even then, we must interpret».

no preso le mosse da questa scuola diedero così dato luogo alla propria divinità giuridica come autorità indiscutibile dietro ogni precetto legale e ultima causa agente nello sviluppo del diritto: come la ragione giusnaturalistica, in America nata come una teoria di 'crescita e creazione', finì col «presumere che una sola chiave per la ragione era stata trovata per tutti i tempi e che erano state redatte carte politiche dalle quali cittadini e legislatori e tutti i popoli sarebbero per sempre stati guidati» – così la scuola storica americana, pur mossa dall'esigenza di conciliare «un'idea di crescita e progresso», era arrivata a «negare la crescita e il progresso in qualsiasi senso» perché convinta «di aver scoperto finalmente le linee immutabili della crescita»⁽¹⁵⁶⁾. Con la scuola storica americana «l'interpretazione, o per dirla con Croce, la storiografia, passò per storia»⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵⁶⁾ Paragonando la fine assolutizzante dell'uso della storia al simile destino riservato ai dogmi dell'autorità (*supra* nota 149) e della filosofia in particolare (*supra* nota 150), Pound giungeva alla conclusione (*ibidem*) che la storia come divinità giuridica aveva fatto per la giurisprudenza americana non molto di più di quanto erano riuscite a fare l'autorità e la filosofia a cui era succeduta. Ivi, p. 12: «As the theory of the law of nature came in as one of growth and of creations, to take better account of the element of change in reconciliation of stability and change, and ended in assuming that one key to reason had been found for all time and that social and legal and political charts had been drawn up by which men and law-makers and peoples might be guided forever, so, it may be, the historical theory, which sought a new reconciliation in an idea of growth and progress, had come to deny growth and progress in any effective sense through its belief that it had discovered finally the immutable lines of growth or had calculated once for all the fixed orbit of progress outside which no movement could possibly take place». Pensando al filone della giurisprudenza dei concetti, si possono ricordare le travagliate dialettiche tra *freedom of contract* (assolutizzata con la tutela in termini di 'giusto processo') e *police power* (potere legislativo volto a restringere la prima per il bene pubblico o la sicurezza o la morale) o altre forzature ideali come la generalizzazione di Maine ('dallo status al contratto') che portò le corti americane per un certo periodo (tra il 1886 e il 1919) a modulare la teoria di istituzioni e dottrine in termini di contratto o volontà, facendo per un momento perdere il carattere peculiare dello spirito del common law, fondato sull'idea di relazione e non su quella di volontà. Sul punto si veda ancora Pound, *ivi*, pp. 52-64 (e in particolare il seguente passaggio, a p. 57: «Magna Carta, the foundation of our public law, is not an expression of the idea of individual freedom but a formulation of the rights and duties incident to the relation of the king and his tenants in chief. Anglo-American public law, as a juristic and judicial development by treating new problems on analogies derived from Magna Carta, may be explained in terms of the reciprocal claims and duties of ruler and ruled, of government and governed, in a political relation, much more truly than in terms of contract or of giving effect to individual freedom by political institutions»).

⁽¹⁵⁷⁾ Ivi, p. 20: «With the historical school the interpretation, or, as Croce puts, the history-writing, passed for history».

In sintesi, secondo Pound, la giurisprudenza della Corte Suprema avrebbe riposto maggiore fiducia nell'autorità e nella filosofia durante primi anni del suo ufficio, corrispondenti agli afflatti di sistemazione dei giudici Chase, Marshall e Story, per riporla poi nella storia durante la seconda metà dell'Ottocento: e quest'ultima – finendo col ritenere futile la coscienziosa azione normativa, e pessimista verso ogni capacità creativa dell'uomo – sarebbe caduta in disgrazia con il Novecento, con la fede nell'efficacia dello sforzo umano e con la conseguente necessità di filosofie di azione e di creazione. Il pragmatismo e lo scetticismo di Holmes⁽¹⁵⁸⁾ avrebbero rappresentato l'epifania di questo nuovo corso.

La ricostruzione del suggestivo dualismo tra stabilità e cambiamento⁽¹⁵⁹⁾, che alla fine viene declinata anche nella tensione tra ap-

⁽¹⁵⁸⁾ V. *supra* nota (11): cfr. anche V. BLASI, *Holmes and the Marketplace of Ideas*, in *The Supreme Court Review*, 2004.

⁽¹⁵⁹⁾ Anch'essa non priva di tali problematicità da rendere difficile seguire nettamente la storia giurisprudenziale secondo le direttrici tracciate da Pound. È in particolare dubbio il valore del dogma dell'autorità nella tradizione giuridica anglo-americana, almeno per come la descrive Pound (v. *supra* nota 149): si pensi soltanto all'influenza del puritanesimo (di cui pure Pound aveva dato conto, nel precedente *The Spirit of The Common Law*, Francetown, 1921, pp. 32-59) che se da un lato non concepiva istituzioni giudiziarie superiori ai cittadini e predicava un governo di leggi e non di uomini, dall'altro fomentava un continuo vigore intellettuale dell'individuo, spinto così a sviluppare una forma di allergia endemica a qualunque autorità («It appeared to [the puritans] that governments and institutions are made to pass away, like things of earth, whilst souls are immortal[,] that there is no more proportion between liberty and power than between eternity and time» (J.E.E. DALBERG ACTON, *Lectures on Modern History*, Londra, 1906, p. 10), influenza che sicuramente va annoverata tra le cause della normatività diffusa di cui è permeata la società di common law. Così come è dubbio l'attecchimento dei razionalismi illuministici che avrebbero inizialmente animato il patto costituente: ciò sia perché possono rappresentare fonti di più approfondite valutazioni dati empirici come il fatto che Thomas Jefferson avesse una raccolta delle leggi degli altri Stati americani sotto la voce 'Foreign Laws', che le corti statali sarebbero entrate in attività molto lentamente, che le prime funzioni di giurisdizione a livello federale furono assunte dal Congresso, che i professionisti del diritto erano generalmente malvisti (Pound stesso racconta – in *The Formative Era*, cit., p. 92 – che nel Massachusetts, dei dieci giudici e ventitré *associates* tra il 1692 e il 1775, solo un *chief justice* e due *associates* avevano ricevuto un'educazione in diritto; due dei tre giudici nella più alta corte del New Jersey durante la Rivoluzione non erano giuristi; dei tre giudici nel New Hampshire, dopo l'indipendenza, uno era un ecclesiastico e uno un medico; un fabbro sedette nella più alta corte del Rhode Island dal 1814 al 1818 e un coltivatore fu *chief justice* di quello Stato dal 1819 al 1826); sia perché più in generale pare molto dubbio il radicamento del concetto di 'volontà generale' in Nord America – e forse basterebbe un confronto quasi filologico tra le elencazioni dei poteri e (soprattutto) dei diritti nella Costituzione americana e quelle

proccio storico e approccio pragmatico-realista, non dovrebbe però trarre nella tentazione di leggersi immediatamente le posizioni post-moderne dell'originalismo da un lato e del costituzionalismo vivente dall'altro: ma è vero che, fornendo il sostrato culturale all'altro atavico dualismo tra ragione e consenso, può fornire una chiave di comprensione della dialettica giuridico-pubblicistica americana.

Se, infatti, da un lato Edmund Burke, con lo sguardo rivolto all'ordinamento britannico, intravedeva «un velo sacro [...] dietro il principio di ogni potere», considerava la continuità storica come un valore cardine della società e valutava le istituzioni civili sulla base dell'esperienza e non della ragione⁽¹⁶⁰⁾, dall'altro Thomas Jefferson, con la contemplazione arcadica dei primi(tivi) repubblicani americani, sosteneva una concezione «auto-evidente» secondo la quale «la terra appartiene in usufrutto a chi vive» e «i morti non hanno né potere né diritto su di essa»⁽¹⁶¹⁾. Se da un lato per il giudi-

della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (quantomeno molto più dettagliata nei distinguo e nelle eccezioni all'assolutezza di diritti e libertà), e in generale tra il rapporto struttura-relazione nella prima e le complessità e precisazioni delle costituzioni europee.

⁽¹⁶⁰⁾ «There is a sacred veil to be drawn over the beginning of all governments», così esordiva nel suo *Speech On The Impeachment of Warren Hastings* (1788). E ancora, nel successivo *Appeal from the New To The Old Whigs in Consequence of Some Late Discussions In Parliament Relative to The Reflexions on the French Revolution* (1791), sempre riferendosi alla costituzione inglese: «We ought to understand it according to our measure; and to venerate where we are not able presently to comprehend [...] Let us follow our ancestors, men not without a rational, though without an exclusive confidence in themselves».

⁽¹⁶¹⁾ In una chiarissima lettera, indirizzata a Samuel Kercheval (12 giugno 1816), Jefferson avrebbe scritto: «Some men look at constitutions with sanctimonious reverence, and deem them like the ark of the covenant, too sacred to be touched. They ascribe to the men of the preceding age a wisdom more than human, and suppose what they did to be beyond amendment. I knew that age well; I belonged to it, and labored with it. It deserved well of its country. It was very like the present, but without the experience of the present; and forty years of experience in government is worth a century of book-reading; and this they would say themselves, were they to rise from the dead. I am certainly not an advocate for frequent and untried changes in laws and constitutions. [...] But I know also, that laws and institutions must go hand in hand with the progress of the human mind. As that becomes more developed, more enlightened, as new discoveries are made, new truths disclosed, and manners and opinions change with the change of circumstances, institutions must advance also, and keep pace with the times» (*The Works of Thomas Jefferson*, a cura di P.L. FORD, New York, London, Federal Edition, 1904-5, vol. XII, pp. 11 s.).

ce Holmes «bisogna sempre tenere a mente che la continuità storica con il passato non è un dovere, ma solo una necessità»⁽¹⁶²⁾, ponendosi così a metà strada tra il Burke (che la riteneva un dovere) e il Jefferson (che non la riteneva una necessità), dall'altro per il giudice Frankfurter le corti «hanno il compito speciale di non enfatizzare oltremodo gli aspetti episodici della vita e di non sottovalutare i suoi processi organici – le sue continuità e le sue relazioni[,] [perché] almeno per i giudici è importante ricordare che la continuità col passato non è solo una necessità, ma anche un dovere»⁽¹⁶³⁾. E così la crisi di modernità della costituzione avrebbe sollecitato da un lato l'aspirazione al mutamento e alla sperimentazione ricercando una Costituzione che guardasse al futuro, «volta a durare per i tempi avvenire»⁽¹⁶⁴⁾, dall'altro la rinnovata radicalizzazione di un illuminato pensiero premoderno che intende la Costituzione come espressione di una comunità politica storicamente determinata, legge fondamentale la cui autorità dipende dall'esperienza comune consegnata al passato.

6. *Prosa e poesia: testualismo e 'common law'*. – Davanti agli interrogativi sull'interpretazione costituzionale posti dalla combinazione di sovranità popolare, natura scritta della Costituzione e de-

⁽¹⁶²⁾ O.W. HOLMES, *Collected Legal Papers*, Harcourt, 1921, p. 139: «The law, so far as it depends on learning, is indeed, as it has been called, the government of the living by the dead. To a very considerable extent no doubt it is inevitable that the living should be so governed. The past gives us our vocabulary and fixes the limits of our imagination; we cannot get away from it. There is, too, a peculiar logical pleasure in making manifest the continuity between what we are doing and what has been done before. But the present has a right to govern itself so far as it can; and it ought always to be remembered that historic continuity with the past is not a duty, it is only a necessity».

⁽¹⁶³⁾ F. FRANKFURTER, *Some Reflections on the Reading of Statutes*, in *Columbia Law Review*, vol. 47, n. 4, maggio 1947, pp. 534 s.: «There are varying shades of compulsion for judges behind different words, differences that are due to the words themselves, their setting in a text, their setting in history. In short, judges are not unfettered glossators. They are under a special duty not to overemphasize the episodic aspects of life and not to undervalue its organic processes-its continuities and relationships. For judges at least it is important to remember that continuity with the past is not only a necessity but even a duty».

⁽¹⁶⁴⁾ Così il giudice Marshal in *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton, 316), 1819, p. 415.

corso del tempo, la dottrina giudiziale cui Scalia avrebbe dunque aderito trovava una rassicurante risposta nell'ineluttabilità del testo, dove si fondono, per dirla con Pound, divinità storica e divinità razionale.

L'argomento testualista, da sempre presente nella giurisprudenza della Corte Suprema⁽¹⁶⁵⁾ ma mai sistemato nella teoria e nelle coscienze⁽¹⁶⁶⁾, fonda un argomento storico dalla portata interpretativa e quindi normativa esclusiva: «In principio era la Costituzione, e la Costituzione era con i Padri Fondatori; e la Costituzione era i Padri Fondatori»⁽¹⁶⁷⁾.

E il livello di veemenza di questa 'reazione' sarebbe stata simile se non maggiore davanti alla giurisprudenza di una Corte Suprema che, quando possibile, avrebbe fuggito letture dogmatiche dei concetti giuridici trattati, alimentando un approccio pragmatico divenuto nel tempo così consueto da non ritenersi ancora superato⁽¹⁶⁸⁾.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr. la sistemazione di D.P. CURRIE, *The Constitution in the Supreme Court, The First Hundred Years 1789-1888*, Chicago, Londra, 1985.

⁽¹⁶⁶⁾ Lo ammette lo stesso J. O'NEIL a più riprese (*Originalism in American Law and Politics*, cit., pp. 17 e 28), anche se questo dato non gli impedisce di affermare che «l'originalismo» è sempre esistito nella giurisprudenza, data la «natura assiomatica» (sebbene tacita e non teorizzata) che ha avuto dalla fondazione (per un'osservazione critica sul punto si rimanda a *supra* nota 67).

⁽¹⁶⁷⁾ C.A. MILLER, *The Supreme Court and The Uses of History*, cit., p. 181.

⁽¹⁶⁸⁾ Con sguardo rivolto alla Corte guidata giudice Roberts (elevato a Chief Justice da G.W. Bush nel 2005), G. ROMEO, *Le tentazioni scettiche della constitutional adjudication: la Corte suprema e i diritti politici dopo Alabama Legislative Black Caucus v. Alabama*, in *Diritti comparati*, 20 luglio 2015, nota nel ritaglio delle argomentazioni attorno alle circostanze di specie, una fuga dalla ricostruzione dogmatica, tipica espressione di quel 'minimalismo giuridico' di cui scriveva C. SUNSTEIN, *Incompletely Theorized Agreements*, in *Harvard Law Review*, 108, 1995, pp. 1735 s., (1995): «La tentazione scettica, ovvero l'opzione per un metodo decisorio che non assume a proprio fondamento una ricostruzione dogmatica – ma che anzi evita di imporre modelli comportamentali ad adesione obbligatoria valorizzando il dato della libertà individuale – sembra prendere il sopravvento anche quando l'inclinazione del Collegio sfiora, come direbbe Scalia, il paternalismo». Così anche la dottrina dell'astensione giudiziaria dal trattare i casi 'scottanti' (*constitutional avoidance doctrine*), «cifra costante della Corte presieduta da Roberts», rappresenterebbe un'altra sfaccettatura del disimpegno pragmatico, questa volta speciosamente giustificato sotto la veste di arbitro che il buon giudice supremo, secondo Roberts, dovrebbe indossare: «Umpire don't make the rules, they apply them. The role of an umpire and a judge is critical. They make sure everybody plays by the rules, but it is a limited role. Nobody ever went to a ball-

Se i presupposti culturali di quello che adesso veniva chiamato ‘originalismo’ vanno certamente rintracciati nelle articolazioni dialettiche a cui si è fatto cenno⁽¹⁶⁹⁾, il contesto in cui si iscrive la missione neo-storicista che da giudice della Corte Suprema Scalia avrebbe cercato di portare avanti restava influenzato anche dalla frustrata educazione della scuola processualista⁽¹⁷⁰⁾ e dell’aspirazione a raggiungere ‘risposte corrette’, logiche e politicamente neutrali: in questa nuova veste la dottrina originalista si sarebbe attribuita l’esclusiva teorica della separazione tra politica e diritto e quindi la salvezza del principio di separazione dei poteri⁽¹⁷¹⁾.

Tra le prime risultanze derivanti dai nuovi approfondimenti originalisti fu la fine dell’equivoco contro-maggioritario⁽¹⁷²⁾: dapprima presentato come via per assicurare il c.d. *judicial restraint* (riassumibile nel suggestivo motto secondo il quale i giudici devono ‘in-

game to see the umpire» (Hearings on the Nomination of John G. Roberts to be Chief Justice of the Supreme Court of the United States Before the Committee on the Judiciary, 109th Cong., 1st Sess. 56, 2005). Mettendo da parte pur imprescindibili considerazioni riguardo le dinamiche di un collegio che è costretto a raggiungere una maggioranza di voti, da questo basico rilievo (anche una Corte a maggioranza conservatrice non riesce/non vuole impegnarsi nella costruzione dogmatica) potrebbe muovere una riflessione sull’effettivo grado di incidenza della dottrina di Scalia sull’operato della Corte Suprema, e in generale sull’influenza della filosofia originalista.

⁽¹⁶⁹⁾ Secondo J. O’NEIL (*Originalism in American Law and Politics*, cit., p. 190) – che chiama e considera ‘originalismo’ sia quello attuale che quello che è sempre esistito (v. *supra* note 67 e 166) – «la forza dell’originalismo negli anni ’90 in parte derivava dalle stesse ragioni fondamentali che gli avevano dato nuova vita nei decenni precedenti. La comprensione originaria della Costituzione come legge radicata nella sovranità popolare rappresentava ancora un concetto organizzatore forte e potente».

⁽¹⁷⁰⁾ Sulla quale v. *supra* note 10-16.

⁽¹⁷¹⁾ Secondo J. O’NEIL, *Originalism in American Law and Politics*, cit., p. 191, gli originalisti «fecero risorgere» la «fondamentale» distinzione tra diritto e politica: «Originalists made this point against commentators who rejected the distinction as impossible yet advocated a Supreme Court that adjusted the Constitution to contemporary needs in a pragmatic, case-by-case fashion or urged it to realize a particular moral philosophy or to create new rights as it saw fit. Such normative arguments contributed to the persistence of originalism precisely because they provoked consideration of whether, in the American constitutional system, they could be reconciled to limited, consent-based government and the rule of law. The general originalist response was that only the originalist method could both justify judicial review and permit some distinction between written law and political aspiration».

⁽¹⁷²⁾ Cfr. *supra* nota 17.

terpretare' la legge e non 'farla') l'originalismo coscienzioso non poteva che richiedere un attivismo giudiziario per il ripristino del significato originario della Costituzione – anche a costo di rompere con i precedenti giudiziari o di creare nuovi diritti⁽¹⁷³⁾: la maggioranza della Corte, guidata dal pugno di Scalia, ne avrebbe dato prova dichiarando fondamentale il diritto dei privati a possedere armi da fuoco⁽¹⁷⁴⁾. E ancora, nel resistere alle ultime osservazioni di chi dubitava che la vera questione teorica non fosse «se l'intenzione di chi scrisse la Costituzione debba contare ma cosa debba contare come intenzione»⁽¹⁷⁵⁾, fu avanzata l'articolazione di una filosofia del linguaggio che – muovendo dalla posizione secondo la quale, essendo la parola ontologicamente comunicativa, ed essendo un testo l'atto dell'intento comunicativo, se si toglie il concetto di intento non esiste più comunicazione (non si darebbe un significato al linguaggio senza una qualche intenzione umana) – portava a dire

⁽¹⁷³⁾ K.E. WHITTINGTON, *The New Originalism* (paper presentato alla American Association of Law Schools Conference on Constitutional Law, Washington, D.C., giugno 2002, princeton.edu/~kewhitt/new_originalism.pdf) e prima ancora in ID., *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence, 1999, pp. 45 s. Nello stesso senso si veda diffusamente E.M. MALTZ, *Rethinking Constitutional Law: Originalism, Interventionism, and the Politics of Judicial Review*, Lawrence, 1994.

⁽¹⁷⁴⁾ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 2008. Bisogna comunque notare che Scalia aveva già dimostrato consapevolezza della natura contro-maggioritaria delle garanzie costituzionali, comprese quelle integrate dalla presenza di una Corte Suprema: cfr. *supra* note 119, 124.

⁽¹⁷⁵⁾ R. DWORKIN, *Comment*, in A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System*, cit., pp. 116 s.: «This is the crucial distinction between what some officials intended to say in enacting the language they used, and what they intended – or expected or hoped – would be the consequence of their saying it. [...] The supposed lapses from Scalia's textualism it cites are not lapses at all, because textualism insists on deference to one kind of intention – semantic intention – and in all his remarks so far cited Scalia is deferring to that. Any reader of anything must attend to semantic intention, because the same sounds or even words can be used with the intention of saying different things. [...] We do not know what Congress actually said, in using a similar phrase, until we have answered the question of what it is reasonable to suppose, in all the circumstances including the rest of the statute, it intended to say in speaking as it did». Anche Jack Rakove avrebbe sollevato il tema dell'indeterminatezza del linguaggio, sostenendo che la fondazione fu un periodo di grande sperimentazione giuridica e politica le cui componenti non avevano un significato tanto certo da poter vincolare i giudici di due secoli dopo (cfr. J.C. RAKOVE, *Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York, 1996; ID., *Fidelity Through History (Or to It)*, in *Fordham Law Review*, 65, 1997).

che l'interpretazione non è attività creativa o teorica, ma attività empirica di scoperta⁽¹⁷⁶⁾: e così si risolveva il problema dell'indeterminatezza interpretativa.

Nel considerare «falsità assortite» dell'analisi giuridica contemporanea⁽¹⁷⁷⁾, Scalia poteva in questo modo soffermarsi sull'imperdonabile aforisma di Ralph Waldo Emerson – «una stupida coerenza è l'ossessione di piccole menti»⁽¹⁷⁸⁾ – e muovere da esso per la sua polemica contro il pragmatismo realista dei giuristi che nel letterato Emerson trovavano conforto: questo aforisma infatti «è stato regolarmente e ripetutamente applicato al diritto, dove il messaggio è distruttivo oltre ogni misura». Ma si lascino i poeti al loro mestiere («nei limiti in cui loro ci lasciano fare il nostro»), poiché invero la coerenza dovrebbe essere «la vera fondazione della *rule of law*», soprattutto se si considera «il suo ruolo speciale nel diritto giurisprudenziale»: qui «gli unici limiti all'arbitrarietà dei giudici fe-

⁽¹⁷⁶⁾ La supposta radicazione di questa impostazione negli insegnamenti di Ludwig Wittgenstein è esposta con convinzione ancora da J. O'NEIL, *Originalism in American Law and Politics*, cit., pp. 193-198, secondo il quale (p. 195) «[b]y the 1990s originalists developed these arguments and applied them to the constitutional context more frequently and effectively than they had in the more lawyerly debates of the 1980s», rimandando a R.S. KAY, *Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses*, in *Northwestern University Law Review*, 82, 1988, per uno studio dell'uso di questa impostazione da parte degli originalisti. Si consideri inoltre il seguente passo di K.E. WHITTINGTON, *Dworkin's 'Originalism': The Role of Intentions in Constitutional Interpretation*, in *Review of Politics*, 62, 2000, p. 222) «In order to discover the intended reference, we must investigate the historical intentions of the relevant actors, not apply an abstract semantic theory». Sempre secondo K.E. WHITTINGTON, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge, 1999, pp. 1-15, quando l'intento originario non può essere conosciuto, bisogna sopperire con quella che chiama «*construction*», ovvero la tecnica tramite cui «elaborare il significato costituzionale nel contesto politico» attraverso una considerazione congiunta di «documento e interessi e principi» («[Construction is] the method of elaborating constitutional meaning in [the] political realm [by] melding of the document with external interests and principles»).

⁽¹⁷⁷⁾ A. SCALIA, *Assorted Canards of Contemporary Legal Analysis*, in *Case Western Reserve Law Review*, vol. 40, n. 3, 1989-1990. L'elenco delle falsità verrà aggiornato e incluso in quello che può essere considerato il lascito testamentario contenente tutte le principali polemiche di Scalia: A. SCALIA - B.A. GARNER, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, cit., pp. 341-411.

⁽¹⁷⁸⁾ R.W. EMERSON, *Self-Reliance*, in *Essays and English Traits*, p. 67 (C.W. Eliot ed. 1909): «A foolish consistency is the hobgoblin of little minds, adored by little statesmen and philosophers and divines. With consistency a great soul has simply nothing to do. [...] To be great is to be misunderstood» (cit. da Scalia, *Assorted Canards*, cit., p. 587).

derali sono proprio l'insistenza sulla coerenza e l'applicazione degli insegnamenti della madre della coerenza, la logica»⁽¹⁷⁹⁾.

E con la stessa disinvoltura Scalia poteva leggere nella *Politica* di Aristotele l'atavica dicotomia tra discrezionalità personale del giudice e regola generale di diritto⁽¹⁸⁰⁾: nel sistema di *law-making* giudiziario come quello americano, infatti, di una corte (soprattutto federale) verrà recepito da parte di quelle inferiori «non solo il risultato della sua decisione, ma anche la *modalità di analisi* che essa ha seguito, e a seconda che questa analisi venga presentata come fondata su principi o sui fatti del caso specifico quella corte sarà in grado di stabilire regole generali o lasciare ampia libertà per il futuro». Ma in un sistema basato sull'autorità dei precedenti, nessuna sentenza può permettersi di «lasciare *totale* libertà» ai giudizi futuri. Questa libertà riguarderà senza dubbio i fatti specifici: e l'impostazione casistica (*case-by-case*) è ritenuta proprio una delle peculiarità del giudizio di common law. Tale tipo di giudizio però rischia di favorire la discrezionalità personale del giudice, perché quando un giudice di grado superiore per spiegare la sua decisione non riesce a fare niente di meglio che valutare la totalità delle circostanze, «non sta propriamente pronunciando il diritto, ma si sta impegnando in una meno esaltante ricerca empirica» delle questioni di fatto. E sul-

⁽¹⁷⁹⁾ Ivi, p. 588: «I think it generally sound policy to leave poets alone if they leave you alone. But the fact is that Emerson's aphorism [...] has been regularly and repeatedly applied to the law, where its message is destructive beyond measure. Consistency is the very foundation of the rule of law. [...] Besides its centrality to the rule of law in general, consistency has a special role to play in judge-made law [...]. Legislatures are subject to democratic checks upon their lawmaking. Judges less so, and federal judges not at all. The only checks on the arbitrariness of federal judges are the insistence upon consistency and the application of the teachings of the mother of consistency, logic». Esemplifica poi l'applicazione della logica in questione considerando la dinamica del giudizio basato sui precedenti, tipica del sistema di common law (pp. 588 s.): «Le corti [in questo sistema] non risolvono i singoli casi isolandoli da quelli precedenti [...], [ma] applicano a ogni caso un sistema di categorie completamente fittizie sviluppate nei casi precedenti, tramite le quali, se applicate logicamente, raggiungere risultati 'giusti' o testualmente fedeli». In seguito Scalia negherà al ragionamento del common law la capacità di favorire ragionamenti coerenti e logici: v. *infra* note 181, 187.

⁽¹⁸⁰⁾ A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 56, n. 4, 1989, p. 1176.

le questioni di fatto «non esiste una risposta ‘giusta’»⁽¹⁸¹⁾. E anche quando la risoluzione di un caso particolare riesce a sollecitare l’individuazione regole chiare e definire, «noi giudici non possiamo comunque inventarle dal nulla, ma dobbiamo trovare qualche base nel testo che il Congresso o la Costituzione ci hanno fornito» – e ciò perché «la formulazione di regole generali come è facilitata dall’esegesi testuale, così è facilitata, nel campo costituzionale, dall’aderenza a un’interpretazione più o meno originalista»: «se non ritenessi il mio giudizio governato dal significato originario del testo costituzionale, o almeno dalle pratiche sociali correnti riflesse nella legislazione esistente, mi sentirei relativamente a mio agio a decidere in modo casistico se, tenendo conto di tutte le circostanze, la pena di morte per quel caso particolare è ‘crudele e inusuale’»⁽¹⁸²⁾. «Il difficile è sviluppare il principio generale tanto a lungo da poter perseguire la specifica prescrizione legislativa o costituzionale»: se è pacifico infatti che «l’essenza della funzione giudiziaria è quella di tracciare conclusioni», non è altrettanto pacifico se queste conclusioni debbano essere tracciate «subito o in un secondo momento»⁽¹⁸³⁾.

⁽¹⁸¹⁾ Ivi, pp. 1177 s.: «But sticking close to those facts, not relying upon overarching generalizations, and thereby leaving considerable room for future judges is thought to be the genius of the common-law system. The law grows and develops, the theory goes, not through the pronouncement of general principles, but case-by-case, deliberately, incrementally, one-step-at-a-time. [...] The common-law, discretion-conferring approach is ill suited, moreover, to a legal system in which the supreme court can review only an insignificant proportion of the decided cases». Si noti, rispetto al lavoro sulle ‘falsità assortite’ (*supra* nota 179) una nuova sfumatura polemica verso il sistema di common law, che approfondirà ancora (v. *infra* nota 187). E ancora, ivi, pp. 1180 s.: «[W]hen an appellate judge comes up with nothing better than a totality of the circumstances test to explain his decision, he is not so much pronouncing the law in the normal sense as engaging in the less exalted function of fact-finding. [...] [W]hen all those legal rules have been exhausted and have yielded no answer, we call what remains to be decided a question of fact – which means not only that it is meant for the jury rather than the judge, but also that there is no single “right” answer».

⁽¹⁸²⁾ Ivi, pp. 1182-1185.

⁽¹⁸³⁾ A. SCALIA, *Assorted Canards*, cit., pp. 593 s.: «[T]he dispute is not over whether lines should be drawn, but whether they should be drawn now or later. The right answer is ordinarily now [...]. [T]he riposte that should usually be made to the argument that ‘it is the essence of the judicial function to draw lines’ is: ‘Quite so; and you have not-done it’».

Si rientrava quindi nel campo delle radici giuridiche dell'ordinamento, dissotterrando il cuore dal quale pulsavano le maggiori contraddizioni: l'attitudine alla discrezionalità personale, che la tradizione casistica del common law sembra favorire, contrasterebbe con la ricerca di regole di diritto (per come questa ricerca veniva intesa da Scalia): può un sistema di *court-made law* fissare regole di diritto generali e certe? Può questo sistema assicurare coerenza e certezza? Può una corte di common law 'dire' il diritto? E, dall'altra parte, l'ancoraggio al dato testuale (della norma o della Costituzione) riesce davvero a ridurre la discrezionalità del giudice?

Per Scalia la dottrina originalista «non ha tutte le risposte, ma ne ha molte»⁽¹⁸⁴⁾. A cominciare dallo smantellamento delle tecniche di common law: questo finalmente non è davvero diritto comune, o almeno non lo è più da quando ha smesso di essere consuetudinario, riflessivo delle pratiche dei consociati, ed è divenuto un diritto giudiziario, per cui consuetudinari possono essere soltanto i giudizi precedenti consacrati in virtù dello *stare decisis*. Purtroppo questo è anche l'insegnamento impartito agli studenti nelle scuole di diritto americane: il primo anno, anzi, è «esaltante» per loro, perché gli permette di «giocare al giudice di common-law», che presto si trasforma in un re che ricava le leggi per governare il genere umano direttamente dal suo ingegno. «E non c'è da sorprendersi se molti di essi, dopo aver ingerito questa bevanda tossica, aspirino a diventare giudici!». Si pensi «all'arte o gioco» della 'differenziazione dai precedenti' (*distinguishing*) che, permettendo al giudice di valorizzare le peculiarità del caso specifico, scalfisce la solidità dei precedenti a cui si possono essere aggiunte nuove qualificazioni, e vanifica la dottrina dello *stare decisis* (altrimenti troppo rigida). «Nell'immaginario del giurista americano, il grande giudice – l'Holmes, il Cardozo – è l'uomo (o la donna) che ha l'intelligenza di discernere la migliore regola di diritto per il caso particolare e poi

⁽¹⁸⁴⁾ A. SCALIA, *Vigilante Justices*, in *National Review*, 10 febbraio 1997, p. 33.

l'abilità di precipitarsi in corsa libera verso casi precedenti che lo lasciano libero di imporla: distinguendo un caso a sinistra, rinvigorendone un altro a destra, scappando da un altro ancora che lo minaccia alle spalle, finché (complimenti!) non raggiunge l'obiettivo – buon diritto». Questa immagine resta all'ex studente anche quando diventa giudice «e così la tradizione di common law viene trasmessa» alle generazioni future. È quindi breve il passo che porta a riconoscere «l'imbarazzante relazione tra normazione di common law e democrazia» e quindi tra common law e principio della separazione dei poteri attorno al quale la democrazia americana era stata originariamente organizzata⁽¹⁸⁵⁾. Ed è ancora più breve quello che porta a identificare la moderna concezione di common law nella dottrina giudiziaria avversaria, quella della 'costituzione vivente'⁽¹⁸⁶⁾.

Ora, sebbene possa venire in rilievo il fatto che fino a questo punto la semplificazione di concetto e tecniche del common appena vista⁽¹⁸⁷⁾ paia riferita principalmente all'interpretazione della leg-

⁽¹⁸⁵⁾ A. SCALIA, *Common-Law Courts in a Civil-Law System*, cit., pp. 4-10: «[American lawyer's] image of the great judge – the Holmes, the Cardozo – is the man (or woman) who has the intelligence to discern the best rule of law for the case at hand and then the skill to perform the broken-field running through earlier cases that leaves him free to impose that rule: distinguishing one prior case on the left, straight-arming another one on the right, high-stepping away from another precedent about to tackle him from the rear, until (bravo!) he reaches the goal – good law. That image of the great judge remains with the former law student when he himself becomes a judge, and thus the common-law tradition is passed on».

⁽¹⁸⁶⁾ Ivi, p. 38: «The ascendant school of constitutional interpretation affirms the existence of what is called The Living Constitution, a body of law that (unlike normal statutes) grows and changes from age to age, in order to meet the needs of a changing society. And it is the judges who determine those needs and 'find' that changing law. Seems familiar, doesn't it? Yes, it is the common law returned, but infinitely more powerful than what the old common law ever pretended to be, for now it trumps even the statutes of democratic legislatures».

⁽¹⁸⁷⁾ Quasi una ridicolizzazione, a ben vedere, in linea con lo spirito provocatore di questo pamphlet. Scalia, infatti, non vuole indagare a fondo nessuna delle possibili declinazioni di una riflessione attorno al common law americano: né i suoi contenuti espressi dalle tradizioni libertà, né il rapporto tra giurisdizione di common law e scienza della legislazione, né i suoi principi di risoluzione delle controversie (*supremacy of law, case law, trial by jury*), né la trasmissione di tutti questi insegnamenti tra le due sponde dell'oceano – e a maggior ragione non si soffermerà sulle storicizzazioni della narrativa di common law in

ge ordinaria – dove la volontà di una maggioranza politica legittimata da un circuito elettorale facilmente verificabile ha favorito ormai da più di un secolo una cosciente attività normativa –, anche questa considerazione sfumerebbe davanti alla facilità con cui Scalia e la restante letteratura originalista passano all'interpretazione della Costituzione, reimpostano la definizione settecentesca di 'super-legge', dove 'legge' indica un atto normativo democraticamente adottato cui dare esecuzione, e 'super' indica il carattere puramente oppositivo di questa legge: «l'intero scopo di una costituzione è quello di impedire il cambiamento, di fissare certi diritti in modo tale che le future generazioni non possano eliminarli facilmente»⁽¹⁸⁸⁾.

voga negli Stati Uniti (per uno studio sul punto si veda G.E. WHITE, *Tort Law in America. An Intellectual History*, New York, Oxford, 1985, e dello stesso autore si veda il saggio sul rapporto tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza di common law, ID., *The Path of American Jurisprudence*, cit.). Indice della semplificazione è l'incertezza con cui Scalia prima ammette che l'approccio discrezionale all'interpretazione della legge favorito dalle tecniche di common law che ha spinto il giudice a 'fare' la legge (e non solo a 'interpretarla') non risale alla fondazione dell'ordinamento americano, ma è invalso solo a partire dal Novecento, con la giurisprudenza del realismo giuridico: «[Madison] wrote in an era when the prevailing image of the common law was that of a preexisting body of rules, uniform throughout the nation (rather than different from state to state), that judges merely 'discovered' rather than created. It is only in this century, with the rise of legal realism, that we came to acknowledge that judges in fact 'make' the common law, and that each state has its own» (*Common-Law Courts in a Civil-Law System*, cit., p. 10); e poi afferma che il carattere finalmente non-democratico delle tecniche di common law era comunque «evidente ben prima della comparsa del giusrealismo», carattere che forse non ancora esplose nella legiferazione giudiziale ma che si faceva riconoscere in chi si opponeva al movimento per la codificazione del secolo XIX: «I do suggest [...] that once we have taken this realistic view of what common-law courts do, the uncomfortable relationship of common-law law-making to democracy (if not to the technical doctrine of the separation of powers) becomes apparent» (*ibidem*).

⁽¹⁸⁸⁾ Ivi, p. 40: «It certainly cannot be said that a constitution naturally suggests changeability; to the contrary, its whole purpose is to prevent change – to embed certain rights in such a manner that future generations cannot readily take them away». Si conferma in questo modo l'intransigenza a-storica della dottrina originalista, l'imbarazzo di confrontarsi con gli spazi di libertà che la comunità delle democrazie pluraliste si è conquistata nel tempo ma che non sono stati tramutati in puntuali emendamenti costituzionali. Soprattutto, in un calderone di argomentazioni sul principio maggioritario in cui si liberano le parole 'valori' e 'garanzie costituzionali' (cfr. *supra* note 119 e 124), nelle labili differenziazioni tra il carattere mutevole/maggioritario dei primi e quello contro-maggioritario delle seconde (nelle quali rientra l'ufficio della Corte Suprema) sembra perdersi sempre la considerazione della natura extra-maggioritaria di un patto costituente come quello americano, non liquidabile con l'appello alle semplici logiche conflittuali di un razionalismo hobbesiano che non sembra aver mai interessato la cultura costituzionale di questo ordinamento.

Non sembra possibile, dunque, assicurare logicità alla retorica della neutralità originalista rispetto alla supposta discrezionalità del common law. Anzi, l'effetto contrario, quello di una totale esposizione politica dell'originalista, sembra proprio suscitato dalla a-storicità con cui si snocciolano le 'libertà' che nel tempo i giudici del common law americano hanno eliminato. Tra queste perdite, si ricordano le seguenti: oggi «non si può più» «ammettere in giudizio una prova di colpevolezza ottenuta con una perquisizione illecita», «invocare Dio durante le cerimonie di fine anno nelle scuole pubbliche», «bloccare le erogazioni previdenziali non appena vi è prova di frode», «prevedere l'esistenza titoli proprietari come condizione per votare», etc.⁽¹⁸⁹⁾. Ed evidentemente il discorso potrebbe proseguire con le libertà 'imposte' dai giudici ai cittadini, privati così del potere di esprimerle democraticamente (ciò che a sua volta rappresenterebbe la più grande delle libertà che le corti stanno togliendo ai cittadini). L'intransigenza ultima non può dunque che essere quella di voler dichiarare la morte della Costituzione, in opposizione a chi la vorrebbe viva (o vivente), e comunque continuare ad applicare ciò che essa *prevedeva*⁽¹⁹⁰⁾.

⁽¹⁸⁹⁾ Ivi, pp. 41 s.: «Historically, and particularly in the past thirty-five years, the 'evolving' Constitution has imposed a vast array of new constraints – new inflexibilities – upon administrative, judicial, and legislative action. To mention only a few things that formerly could be done or not done, as the society desired, but now cannot be done: admitting in a state criminal trial evidence of guilt that was obtained by an unlawful search [*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961)]; permitting invocation of God at public-school graduations [*Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992)]; electing one of the two houses of a state legislature the way the United States Senate is elected, i.e., on a basis that does not give all voters numerically equal representation [*Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964)]; terminating welfare payments as soon as evidence of fraud is received, subject to restoration after hearing if the evidence is satisfactorily refuted [*Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970)]; imposing property requirements as a condition of voting [*Kramer v. Union Free Sch. Dist.*, 395 U.S. 621 (1969)]; prohibiting anonymous campaign literature [*McIntyre v. Ohio Elections Comm'n*, 115 S. Ct. 1511 (1995)]. [...] [T]he reality of the matter is that, generally speaking, devotees of The Living Constitution do not seek to facilitate social change but to prevent it». Con particolare riferimento alla lettura delle garanzie del diritto ricavabile dall'esperienza giurisprudenziale di Scalia si veda L. KOVARSKY, *Justice Scalia's Innocence Tetralogy*, in *Un. Minnesota Law Rev.* (estate 2016, vol. 101, *Scalia Symposium*).

⁽¹⁹⁰⁾ A. SCALIA, *God's Justice*, cit., p. 17: «As it is [...] the Constitution that I interpret and apply is not living but dead – or, as I prefer to put it, enduring. It means today not what current society (much less the Court) thinks it ought to mean, but what it meant

7. *La maieutica del giudice.* – Al di fuori delle provocazioni, dunque, e al di là di un instancabile richiamo a una dottrina tanto assoluta nella sua ideazione quanto rara in una radicale applicazione⁽¹⁹¹⁾, rimane un'estetica argomentativa che da sola difficilmente riesce ad assicurare una qualche conclusione⁽¹⁹²⁾, rimangono le frustrazioni per la mancanza di un ordine lineare che spieghi e met-

when it was adopted». Con la stessa provocazione con cui si denuncia il decesso della Costituzione si potrebbe proseguire dicendo che qui andrebbero arrestate anche tutte le polemiche e ulteriori ricerche, perché non pare esserci ragione che giustifichi la forzosa attuazione di ciò che il diritto 'prevedeva': se l'ordine costituzionale fu veramente fondato sull'esclusiva virtù della divisione dei poteri e delle teorie contrattualistiche, i suoi animatori avrebbero impiegato più spesso la procedura emendativa o da molto tempo ne avrebbero modificato la procedura paralizzante; oppure, mantenendo questa prospettiva ma con una colorazione più ottimistica, si sarebbe potuto provare a spiegare che a duecento anni di vita (il sistema di valori sancito in) un documento costituzionale non è ancora da considerare così antico, e che questo arco temporale non conclude ancora una 'generazione costituzionale'.

⁽¹⁹¹⁾ A titolo esemplificativo possono considerarsi fondate su argomentazioni originaliste le seguenti opinioni redatte da Scalia per la maggioranza o in dissenso dalla Corte Suprema: *Morrison v. Olson* (1988) (dissenso – sul quale v. *supra* nota 46); *Harmelin v. Michigan* (1991); *Lucas v. South Carolina Coastal Council* (1992); *Dolan v. Tigard* (1994); *Plaut v. Spendthrift Farm* (1995); *McIntyre v. Ohio Elections Commission* (1995) (Scalia in dissenso, non concorda con la lettura fornita dall'altro originalista della Corte, il giudice Thomas); *Printz v. United States* (1997).

⁽¹⁹²⁾ Sempre a titolo esemplificativo, prima ancora che l'originalismo venisse concettualizzato, si pensi alla manipolazione della storia (operata sulla stessa fonte tanto dalla maggioranza che dalla minoranza della Corte) nel caso *United States v. Barnett* (376 U.S. 681, 1964) avente a oggetto il diritto a un processo penale con giuria. Oppure ai casi *Fay v. Noia* (372 U.S. 319, 1963) e *United States v. Johnson* (383 U.S. 169, 1966): per un commento a questi casi e ulteriori riferimenti bibliografici v. C.A. MILLER, *The Supreme Court and the Uses of History*, cit., pp. 22-24. Ancora secondo l'autore, la giurisprudenza in cui è possibile saggiare con più completezza l'uso della storia fatto dalla Corte Suprema americana è quella avente oggetto i confini degli stati federati (e.g., *Rhode Island v. Massachusetts*, 13 Pet. 23, 1839; *Rhode Island v. Massachusetts*, 14 Pet. 210, 1840; *Vermont v. New Hampshire*, 289 U.S. 493, 1933; *United States v. Louisiana*, 363 U.S. 1, 1960; *United States v. Florida*, 363 U.S. 121, 1960) e quella avente a oggetto le controversie con le tribù indiane (e.g. *Cherokee Nation v. Georgia*, 5 Pet. 1, 1831; *Worcester v. Georgia*, 6 Pet. 515, 1832; *Tulee v. Washington*, 315 U.S. 681, 1942; *Choctaw Nation v. United States*, 318 U.S. 423, 1943 – si consideri il seguente passo tratto dall'ultimo caso citato, p. 432: «Of course treaties are construed more liberally than private agreements, and to ascertain their meaning we may look beyond the written words to the history of the treaty, the negotiations, and the practical construction adopted by the parties. Especially is this true in interpreting treaties and agreements with the Indians; they are to be construed, so far as possible, in the sense in which the Indians understood them, and 'in a spirit which generously recognizes the full obligation of this nation to protect the interests of a dependent people'»). Per uno studio 'europeo' sull'uso giurisprudenziale della storia si veda A. BURATTI, *L'uso della storia nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 2012 (2).

ta in nero (del voto elettorale) su bianco (della Carta) una nuova costituzione e che abbia il coraggio di sostituirsi a quella vecchia, rimane la geremiade dell'ordine, della coerenza, della logica, della certezza del diritto, del processo democratico continuamente pervertito dalle licenze poetiche della Corte.

Ma il protagonismo del giudice Scalia nel panorama culturale americano è difficilmente comprensibile ricorrendo soltanto a considerazioni sul carattere del personaggio, e non può essere avulso dal sistema che tanto cercava di combattere.

Se il giurista del common law americano è educato all'oratoria, alla dialettica socratica, alla persuasione, all'argomentazione di quelle che in fin dei conti non sono che 'opinioni' e non 'sentenze'⁽¹⁹³⁾, all'applicazione della 'ragione' all' 'esperienza'⁽¹⁹⁴⁾, allora Scalia può esserne considerato genuina espressione e la sua instancabile smania di ordine – smania tanto basica e radicale quanto basico e radicale è (era) quell'ordine (o separazione dei poteri e certezza del diritto o niente) – se da un lato si diluisce nell'abdicazione al ruolo di interprete costituzionale dietro una suggestione di logicità del ragionamento e in una generale scomunica dei giudici non-originalisti, dall'altro viene continuamente rivolta a questi nella formula moderna di paralizzanti quesiti esistenziali: 'chi siamo?' 'dove andiamo?'.

⁽¹⁹³⁾ Cfr. A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., pp. 58 s.: «Diversamente dal processo moderno degli ordinamenti continentali, quello di common law non è orientato alla ricerca della verità, ma piuttosto alla migliore definizione della controversia alla luce delle prove presentate dalle parti. [...] L'estraneità [...] del problema della verità, giustifica che la risposta giudiziaria sia formulata nei termini di una 'opinione'. Ciò è coerente con la presenza di più opinioni, da parte di giudici diversi, sulla medesima questione. Per contro, la sentenza di una corte continentale, specie dove l'influenza del giusrazionalismo e del volontarismo è stata più incisiva, ha la pretesa di incarnare una verità ed è pertanto meno incline ad essere relativizzata dall'accostamento di opinioni concorrenti o dissenzienti». Sul valore della *opinion* nell'immaginario costituzionale americano si veda diffusamente P.W. KAHN, *The Reign of Law*, cit., pp. 206 s.

⁽¹⁹⁴⁾ La suggestiva formula secondo cui lo 'spirito' del common law andrebbe rinvenuto nel principio di ragione applicato all'esperienza è di R. POUND, *The Spirit of The Common Law*, cit., p. 183: «The common-law doctrine is one of reason applied to experience. It assumes that experience will afford the most satisfactory foundation for standards of action and principles of decision».

Compiaciuto della propria vocazione minoritaria, Scalia avrebbe vissuto di queste domande forti, e l'intransigente semplicità (e la ripetitività) delle sue risposte non gli avrebbe tolto la fede nella ragione e il gusto di interrogarla. E con questa lucidità si può spiegare il perenne senso di insoddisfazione e lo scetticismo verso chi è troppo d'accordo⁽¹⁹⁵⁾ – quindi l'importanza di saper argomentare originalmente⁽¹⁹⁶⁾ e, se possibile, dissentire. Per Scalia, infatti, non andrebbe esagerata l'affermazione secondo cui l'autorità di una corte dipende dall'unanimità con cui raggiunge le sue decisioni, perché se i termini per attribuire validità a una sentenza sono quelli secondo cui basta la maggioranza dei voti, allora tale maggioranza deve integrare tutta l'autorità necessaria⁽¹⁹⁷⁾. Il dissenso non dimi-

⁽¹⁹⁵⁾ Nell'intervista al New York Magazine (*supra* nota 125) avrebbe detto che i maggiori stimoli ricevuti tra i banchi della Corte Suprema venivano dai confronti col giudice (*liberal*) John Paul Stevens: «There are some justices who adopt a magisterial approach to a dissent. Rehnquist used to do it. [He turns his nose up theatrically, flutters his hand in dismissal.] Just, *Don't even respond to the dissent. This is the opinion of the Court, and the hell with you.* I am not like that. I think you should give the dissenter the respect to respond to the points that he makes. And so did John Stevens. So he and I used to go back and forth almost endlessly». La vocazione minoritaria si cristallizzò quando Scalia diede prova di non esser disposto a scendere a compromessi con i suoi colleghi di estrazione conservatrice: attaccando vigorosamente tanto la giudice O'Connor quanto il giudice Kennedy nei primi anni di convivenza nella Corte Suprema, Scalia si sarebbe isolato sempre di più in una situazione «equivalente a quella di uno stornello giudiziale cantato sotto la doccia» (B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, cit., p. 221: «Having alienated Kennedy and O'Connor, Scalia was left for the next terms doing the equivalent of judicial singing in the shower. He would write opinions that would repeat and refine his originalism and textualism, but he made no efforts to attract new voices to his choir. In case after case, Scalia still behaved as a 'Court of One', failing to lead the conservatives on the Court or forge a voting majority including them»). Da qui probabilmente anche la mancata promozione di Scalia a Chief Justice dopo la morte di Rehnquist: cfr. *ivi*, pp. 331 ss., 431 ss., 454 ss., 469 s.).

⁽¹⁹⁶⁾ Il suo decalogo delle tecniche di persuasione (A. SCALIA - B.A. GARNER, *Making Your Case. The Art of Persuading Judges*, St. Paul, 2008) è proprio dedicato a chi aspira a diventare un buon retore.

⁽¹⁹⁷⁾ A. SCALIA, *Dissents*, in *OAH Magazine of History*, vol. 13, n. 1, Judicial History (autunno 1998), p. 19: «It seems to me that in a democratic society the authority of a bench of judges, like the authority of a legislature or the authority of an executive officer, depends quite simply upon a grant of power from the people. And if the terms of the grant are that the majority vote shall prevail, then that is all the authority that is required [...]. Now it may well be that the people will be more inclined to accept with out complaint a unanimous opinion of a court, just as they will be more inclined to accept willingly a painful course decided upon unanimously by their legislature. But to say that the authority of a court depends upon such unanimity in my view over states the point». Sembra tuttavia am-

nuisce il prestigio della Corte, è anzi segno di indipendenza e autonomia ragionante dei singoli giudici⁽¹⁹⁸⁾, ma soprattutto è necessario in un sistema come il «nostro» dove «la possibilità, invero la costrizione dei giudici della nostra Corte, attraverso opinioni personalmente firmate», a «esporre posizioni chiare e coerenti» su ogni sfumatura delle questioni affrontate, «mantiene la Corte in prima linea nello sviluppo intellettuale del diritto»: in questo sistema, cioè, «non spetta agli accademici stimolare e condurre la discussione riguardo la validità dell'ultima decisione della Corte» né «la Corte stessa è semplicemente l'organo centrale di un *giudizio* di diritto», ma «è il palco centrale di un importante *dibattito* di diritto», tanto che nelle scuole per insegnare agli studenti gli aspetti più controversi degli istituti giuridici non si ricorre a saggi scientifici ma direttamente alle sentenze della Corte Suprema, dove queste controversie vengono esaustivamente riflesse⁽¹⁹⁹⁾. Il sistema delle opinioni

mettersi una differenza tra autorità di una corte in generale e autorità (delle sentenze) della Corte Suprema: nell'intervista citata *supra* a nota 125, domandatogli quale delle sue opinioni considerava con più fierezza, Scalia indicò (e giustamente - v. *supra* nota 46) il dissenso in *Morrison v. Olson*, ma ammise anche che, nonostante la «devastante» argomentazione di quel dissenso, esso non avrebbe avuto «impatto sul futuro» quanto una qualunque delle sentenze che loudevano tra la maggioranza, e ciò perché a differenza dei dissensi queste sono «autoritative».

⁽¹⁹⁸⁾ A. SCALIA, *Dissents*, cit., p. 19: «Unlike a unanimous institutional opinion, a signed majority opinion, opposed by one or more signed dissents makes it clear that these decisions are the product of independent and thoughtful minds, who try to persuade one another but do not simply 'go along' for some supposed 'good of the institution'».

⁽¹⁹⁹⁾ Ivi, p. 21: «By enabling, indeed compelling, the justices of our Court, through their personally signed majority, dissenting, and concurring opinions, to set forth clear and consistent positions on both sides of the major legal issues of the day, this system has kept the Court in the forefront of the intellectual development of the law. In our system, it is not left to the academicians to stimulate and conduct discussion concerning the validity of the Court's latest ruling. The Court itself is not just the central organ of legal *judgment*; it is center stage for significant legal *debate*. In our law schools, it is not necessary to assign students the writings of prominent academics so that they may recognize and reflect upon the principal controversies of legal method or of constitutional law. Those controversies appear in the opposing opinions of the Supreme Court itself, and can be studied from that text». Emerge ancora una volta l'inquieto rapporto di Scalia con il sistema di common law: stando infatti alla succinta ricostruzione dell'istituto dell'opinione dissenziente contenuta in questo articolo (p. 18: esso risalirebbe alla tradizione giuridica delle corti inglesi di common law, avrebbe attraversato l'Atlantico, dove però il nazionalismo del giudice Marshall lo avrebbe accolto con ostilità, imponendo ove possibile l'unanimità, per poi riacquisire spazio dopo Marshall) risalta da un lato il favore con cui considera il dissenso,

separate così «ha fatto della Corte Suprema il foro principale di discussione giuridica e ha trasformato i report giurisprudenziali da mere raccolte di giudizi ragionati a qualcosa di simile a una Storia della Filosofia Giuridica Americana Commentata»⁽²⁰⁰⁾.

Se dunque l'interprete della costituzione si deve ben guardare dall'estraneità al circuito democratico, questo è vero a maggior ragione per il giudice americano, il cui «mondo non è né quello del patrocinatore né quello dello scienziato», ma è quello della «politica, nel più alto senso del termine»: il giudice non è educato come uno storico né crede che il processo accusatorio [...] possa condurre necessariamente a una verità storica» o comunque non è a questo che mira. Il suo compito è quello di «decidere i casi e di spiegarne le decisioni». Il «fine principale» dei giudici della Corte Supre-

pur osteggiando dall'altro il sistema (di common law) da cui trarrebbe origine (v. *supra* note 185-187). Per un approfondimento comparativo sulle opzioni dissenzienti si veda diffusamente A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., (con particolare riferimento all'esperienza costituzionale statunitense v. pp. 65-168).

⁽²⁰⁰⁾ Ivi, p. 22: «In sum, the system of separate opinions *has made* the Supreme Court the central forum of current legal debate, and has transformed its reports from a mere record of reasoned judgments into something of a History of American Legal Philosophy with Commentary». Circa le raccolte giurisprudenziali e la tradizione americana dei *case-books* può essere un punto di partenza per un maggiore approfondimento la testimonianza di R. POUND, *The Formative Era of American Law*, cit., pp. 157 s.): «[D]opo la Guerra Civile la scrittura di testi cessò di essere dottrinale e si trasformò in ciò che il Chief Baron Pollock aveva detto circa testi inglesi, ovvero in una mera chiave [di lettura] per la casistica. Questo fu il punto più basso della scrittura dei testi di diritto. Gli autori credevano di trovare ovunque una regola, in una decisione di common law qualsiasi. Nei limiti di una plausibile formulazione e di una consequenziale asserzione, essi resero quelle decisioni tra loro indipendenti come parti logicamente interdipendenti di un insieme integrato. Quando ciò non era possibile, essi annunciavano una visione giudiziale differente, sulla quale raramente azzardavano una valutazione, in quanto si limitavano solo a statuire 'il diritto così come è' e indicavano il peso numerico dell'autorità in un elenco di casi favorevoli e contrari. In parte ciò risultò dal saldo fondamento nel sistema di decisioni giudiziali, che si era andato stabilizzando nell'era formativa. Le corti nella maggior parte dei casi poterono trovare ciò di cui avevano bisogno nelle rassegne giurisprudenziali. Ma in parte derivò anche dalla progressiva crescita dell'industria editoriale giuridica. Le esigenze di pubblicazioni su larga scala, con agenti che viaggiavano di città in città, di ufficio in ufficio – un sistema ancora in vita quando arrivai alla professione nel 1890 – richiesero trattazioni nazionalmente commerciabili e un libro di testo che indicizzasse al meglio le rassegne vi rispondeva esattamente. [Solo] un'esposizione ordinata, in forma narrativa, armonizzata almeno in apparenza, di tutti i casi giudiziari del mondo anglofono avrebbe trovato un editore. Il criticismo verso il sistema delle decisioni giudiziali avanzava dubbi circa l'affermazione secondo cui il diritto americano, o anche il diritto comune, fosse un corpo di norme precise [...]. Il business editoriale si basava proprio su questo postulato».

ma è finalmente «convincere il pubblico»: essi «non devono rendere conto a un'aula giudiziaria o a un'aula universitaria», ma «al mondo pubblico della Costituzione, nel quale i cittadini (che non sono giuristi) sono preoccupati meno del caso individuale e del relativo ragionamento, e più delle tendenze costituzionali e del loro impatto sulla vita nazionale, e nel quale i cittadini (che non sono storici) sono attenti meno all'intenzione letterale dei padri costituenti o all'accuratezza della storia successiva e più al significato costituzionale del passato per il presente». «Per la maggior parte degli americani la Corte agisce come simbolo costituzionale, come coscienza, come educatrice, agente legittimante, e guardiana dei valori politici della nazione»: e in questo contesto «la storia diventa un valore o un mezzo per trasmettere valori», e «non un mero strumento di decisione, come vorrebbe l'avvocato, né un oggetto di ricerca, come vorrebbe lo storico»⁽²⁰¹⁾.

⁽²⁰¹⁾ C.A. MILLER, *The Supreme Court and The Uses of History*, cit., pp. 192 s.: «For most Americans the Court acts as constitutional symbol, as conscience, educator, legitimizer, and guardian of the nation's political values. In these roles history becomes a value or a mean of transmitting values. It is not a mere instrument of decision, as the lawyers would have it, nor it is a research project, as the historians sometimes view it». Non si può forse muovere solo da questa considerazione per spiegare l'attenzione pubblica verso le personalità che animano la Corte Suprema, senza con questo disconoscere la crescita progressiva di tale attenzione negli ultimi decenni (cfr. G.R. STONE, *The Supreme Court in the 21st Century*, in *Daedalus*, 142, n. 2, 2013). E così per azzardare l'individuazione di un qualche livello di rappresentatività dell'ufficio giudiziario probabilmente non ci si potrebbe basare su dati empirici rinvenibili nel carattere non-professionale di questo ufficio (che può essere ed è stato ricoperto da ex membri del Congresso, ex Governatori statali ed ex Presidenti degli Stati Uniti), o nel fatto che nel processo di composizione del collegio della Corte Suprema si sia sempre cercato un equilibrio in funzione del quale, ad esempio, se nell'Ottocento si è ritenuto opportuno tener conto della provenienza dei giudici, affinché fossero quanto più equamente distribuiti tra Stati del nord e Stati del sud, dal Novecento si è deciso di dar conto delle minoranze culturali in cui si era venuto articolando il paese (e tra queste era quella italo-americana, che con la nomina di Scalia trovava finalmente riconoscimento nell'istituzione giudiziaria suprema, anche grazie alle pressioni della National Italian American Bar Association guidata da Richard K. Cacioppo – v. B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, cit., p. 118): qualche dubbio invero potrebbe sorgere se venisse portata a estreme conseguenze l'ostilità politica in corso sulla nomina del giudice che dovrebbe sostituire Scalia nella Corte Suprema, nomina sulla quale si dice che debbano avere 'voce' i cittadini per mezzo delle elezioni presidenziali (per una rapida lettura di questo dibattito si rimanda a N. CEZZI, *Corte Suprema: il giudice ostaggio della politica*, in *La Voce di New York*, 23 marzo 2016, mentre per maggiori approfondimenti si vedano le osservazioni di J. BALKIN, *Note on the constitutional controversy over Justice Scalia's replacement*, reperibile su *balkin.blog*).

L'esperienza di Scalia non sembra dunque discostarsi da una tradizione giuridica che vive con più ossessione la dottrina della separazione dei poteri che un principio di separazione delle carriere, per cui il giurista del common law americano incarna allo stesso tempo legislazione, amministrazione, dottrina e giurisprudenza. Il ruolo di educatore morale è stato così svolto con continui richiami rivolti ai colleghi al confronto con i principi tradizionali⁽²⁰²⁾, con sollecitazioni a studenti e docenti di diritto all'approfondimento professionale⁽²⁰³⁾, con la perpetuazione tra la società americana della frattura rivoluzionaria e di un continuo stato di inquietudine.

Questa sua missione laica, tuttavia, pur muovendo da una forte coscienza di questo ruolo, se da un lato lo immergeva nelle conflittualità politiche contemporanee, dall'altro non gli impediva di celare dietro un empireo di principi razionali una apparente neutralità verso le stesse: «Chiunque mi darà la caccia, [...] sia Dio o il Demonio, mi troverà nascosto nei boschi della legge»⁽²⁰⁴⁾.

spot.com, e di G. WILLS, *The Next Justice? It's Not Up to Us*, su *nybooks.com*).

⁽²⁰²⁾ Si ricordino, solo a titolo esemplificativo, i seguenti aforismi: «Today's Opinion has no foundation in American constitutional law, and barely pretends to» (*Romers v. Evans*, 653, 1996, Scalia); «The Court must be living in another world. Day by day, case by case, it is busy designing a Constitution for a country I do not recognize» (*Board of Commissioners, Wabaunsee County v. Umbehr*, 711, 1996, Scalia). Su retorica e argomentazione sono numerosi i contributi: un'introduzione al tema del patos giudiziale americano è rinvenibile in J. GREENE, *Pathetic Argument in Constitutional Law*, in *Columbia Law Review*, vol. 113, n. 6, 2013). Per un approfondimento comparatistico sui rapporti tra opinioni dissenzienti, interpretazione e argomentazione e sulla portata di queste nella discussione sul tema della legittimazione delle corti costituzionali si veda A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali*, cit., pp. 434-452, 478-512.

⁽²⁰³⁾ Cfr. A. SCALIA, *Reflections on The Future of The Legal Academy*, in *William & Mary Law Review*, vol. 56, n. 6, 2015. Il futuro (dell'originalismo), per Scalia, è comunque positivo: «I used to be able to say, with only mild hyperbole, that one could fire a cannon loaded with grapeshot in the faculty lounge of any major law school in the country and not strike an originalist. That is no longer possible. [...] The upcoming generation of judges and lawyers will have been exposed to originalist thinking far more than was my own – if not through their law professors then through lectures and symposia sponsored by the Federalist Society; and if through neither of those then at least through the reading of originalist Supreme Court opinions and dissents. It is the very premise of our free system that, in a fair and equal competition of ideas, the truth will prevail» (A. SCALIA, *Foreword*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, estate 2008, p. 871).

⁽²⁰⁴⁾ Con questa citazione tratta da *Un uomo per tutte le stagioni* usava chiudere i suoi corsi universitari (B.A. MURPHY, *Scalia. A Court of One*, cit., p. 84). L'utopistica in-

transigenza del personaggio di Tommaso Moro integrava infatti uno dei suoi riferimenti culturali principali. La battuta completa che Robert Bolt, autore di questa pièce teatrale, fa recitare al suo Moro è tratta dal seguente scambio: «*Margaret*: Father, that man's bad. – *More*: There is no law against that. – *Roper*: There is! God's law! – *More*: Then God can arrest him. – *Roper*: Sophistication upon sophistication! – *More*: No, sheer simplicity. The law, Roper, the law. I know what's legal not what's right. And I'll stick to what's legal. – *Roper*: Then you set man's law above God's! – *More*: No, far below; but let me draw your attention to a fact – I'm not God. The currents and eddies of right and wrong, which you find such plain sailing, I can't navigate. I'm no voyager. But in the thickets of the law, oh, there I'm a forester. I doubt if there's a man alive who could follow me there, thank God – *Alice*: While you talk, he's gone! – *More*: And go he should, if he was the Devil himself, until he broke the law! – *Roper*: So now you'd give the Devil benefit of law! – *More*: Yes. What would you do? Cut a great road through the law to get after the Devil? – *Roper*: I'd cut down every law in England to do that! – *More*: Oh? And when the last law was down, and the Devil turned round on you – where would you hide, Roper, the laws all being flat? This country's planted thick with laws from coast to coast – man's laws, not God's – and if you cut them down – and you're just the man to do it – d'you really think you could stand upright in the winds that would blow then? Yes, I'd give the Devil benefit of law, for my own safety's sake. – *Roper*: I have long suspected this; this is the golden calf; the law's your god. – *More*: Oh, Roper, you're a fool, God's my god. But I find him rather too subtle. I don't know where he is nor what he wants. – *Roper*: My god wants service, to the end and unremitting; nothing else! – *More*: Are you sure that's God? He sounds like Moloch. But indeed it may be God – And whoever hunts for me, Roper, God or Devil, will find me hiding in the thickets of the law! And I'll hide my daughter with me! Not hoist her up the mainmast of your seagoing principles! They put about too nimbly!».

