



## Exit Nino. L'originalismo sopravvivrà a Scalia?

di Andrea Pin

SOMMARIO: 1. – Introduzione. 2. – Scalia alla Corte: l'“unica” costituzione. 3. – Scalia nella pensiero giuridico americano: l'originalismo da “male minore” a pensiero dominante.

### 1. – Introduzione

Un aneddoto risalente agli anni ottanta decifra il tratto non solo umano, ma dottrinale, di Antonin Scalia. In *My Pizza with Nino*<sup>1</sup>, il giudice Alex Kozinski racconta che il suo originalismo ne permeava persino i gusti culinari. Egli ricorda di avere consumato diverse pizze in compagnia di “Nino” (il diminutivo con cui lo chiamavano i colleghi). Dopo avere sperimentato che la pizzeria scelta da Scalia una prima volta non era il meglio che si potesse trovare in circolazione, l'autore dell'articolo aveva scelto un pizzaiolo di doti molto superiori; e tuttavia racconta il disgusto del suo commensale nello scoprire che la pizza proveniva da una pizzeria diversa da quella presso la quale egli si serviva. Egli, conclude l'autore, non amava la pizza – amava *quella* pizza in particolare, al punto da non volerne provare altre. Non era interessato al gusto migliore, ma gli premeva piuttosto essere certo

---

<sup>1</sup> *Cardozo Law Review* 12, 1583 (1990).

di quale pizza avrebbe gustato. L'autore chiosa dunque che Scalia anche nella vita privata non amava le cose migliori, ma quelle che avvertiva come sue; ugualmente, non amava ricercare la migliore costituzione possibile, bensì quella che il popolo americano si era scelto.

Dell'ossessione originalista cui ha dato vita Scalia con il suo pensiero e il lavoro alla Corte Suprema degli Stati Uniti, l'ordinamento americano non sembra potersi privare facilmente. E questo non perché l'originalismo di Scalia abbia fatto breccia, divenendo la dottrina della Costituzione americana prevalente nella Corte: con l'eccezione di Thomas, il quale è piuttosto famoso per intraprendere dei percorsi argomentativi che lo isolano quasi sistematicamente, anche gli attuali giudici d'impronta conservatrice – Alito e il *Chief Justice* Roberts – non adottano un'impostazione fortemente originalista, declinando invece il proprio atteggiamento lungo le linee del precedente giurisprudenziale e di una forte preoccupazione per lo *stare decisis*<sup>2</sup>. Tuttavia, se l'originalismo è destinato a durare negli Stati Uniti, è perché Scalia è stato di quella dottrina il portavoce più autorevole e il più audace stratega. Le sue mosse non sono sempre state monocordi: ha alternato momenti di eroica e cristallina affezione al testo nel suo significato originale, a episodi in cui si è impegnato in una pragmatica tutela di alcune posizioni marcate dalla sua appartenenza religiosa (è stato l'ottavo giudice cattolico eletto alla Corte suprema)<sup>3</sup> e dalla sua impostazione culturale conservatrice<sup>4</sup> (che ha quasi ostentato). Tuttavia, il suo contributo ha inciso forse indelebilmente nella cultura costituzionale americana, sia nella dimensione pratico-applicativa propria della giurisdizione, sia nell'accademia: è stato capace di influenzare la concezione stessa dell'interpretazione, conducendola nella direzione che gli premeva<sup>5</sup>. Lo vedremo a breve.

## 2. – Scalia alla Corte: l'“unica” costituzione

---

<sup>2</sup> Si veda G. Romeo, *To be or not to be: Le prospettive dell'interpretazione costituzionale della Corte Suprema degli Stati Uniti dopo la morte di Justice Antonin Scalia*, *Rivista AIC* 2016, 2.

<sup>3</sup> Va notato comunque che a Scalia si deve l'opinione della Corte in *Employment Div. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), decisione fondamentale in tema di *Free Exercise*, che negò il fondamento costituzionale delle obiezioni di coscienza. La sentenza provocò una reazione politica culminata nel *Religious Freedom Restoration Act* (1993).

<sup>4</sup> C.R. Sunstein, *Constitutional Personae*, New York, 2015, 27-28.

<sup>5</sup> Kozinski, *cit.*, 1588.

Scalia giunse alla Corte nel 1986 grazie alla nomina di Reagan, in un momento di *revival* del federalismo americano, dopo essersi diviso tra impegni nell'amministrazione federale, nella magistratura distrettuale e d'insegnamento nei prestigiosi atenei dell'Università della Virginia e di Chicago. Dopo decenni di attivismo della Corte suprema, soprattutto sotto la guida del giudice Warren, che aveva condotto all'espansione dei diritti tutelati dalla Costituzione federale, alla loro penetrazione all'interno degli ordinamenti statali tramite l'*incorporation* e alla valorizzazione della dimensione federale su quella statale, Regan voleva far dimagrire la Federazione, contenere l'espansione dei diritti costituzionali e rilanciare le libertà soprattutto economiche. La teoria originalista di Scalia, che sosteneva l'interpretazione costituzionale nel suo dettato originale, faceva al caso. Le preoccupazioni di natura innanzitutto efficientistica che dominavano le politiche reaganiane vennero dunque tradotte in termini di stretta adesione al dettato originale della Costituzione attraverso l'opera del nuovo giudice, tra l'altro il primo italoamericano a entrare a far parte dei Nove.

Di lì a poco avrebbe dovuto raggiungerlo Robert Bork, un altro campione dell'originalismo. Tuttavia, la candidatura di Bork si arenò di fronte al Senato a causa della sua *liaison* con Nixon e il Watergate e proprio per suo atteggiamento interpretativo, che spaventava per le conseguenze che avrebbe avuto sui diritti proclamati sino ad allora: dal movimento per i diritti civili all'aborto, le libertà di quella generazione sembravano a rischio, con uno come Bork alla Corte Suprema. Lo sostituì infine Anthony Kennedy, un giurista di segno molto pragmatico, che con Scalia sarebbe stato in rapporto fortemente dialettico e spesso di aperta contrapposizione.

Dal 1986 Scalia si impegnò esponendosi progressivamente nel compito di ricostruire e applicare quello che egli credeva dovesse essere il significato originale del testo costituzionale e dei testi legislativi che la Corte era chiamata a interpretare. Intraprese sostanzialmente una battaglia per la riduzione del significato e della portata della Costituzione al contesto originario, nella convinzione che questo, di volta in volta, avrebbe restituito un significativo spazio di manovra politica al legislatore sia statale che federale, mentre dall'altro avrebbe reso giustizia alla volontà politica degli americani, che si erano voluti vincolare a un patto caratterizzato da un preciso contenuto e dall'ambito limitato, e non a un documento il cui significato poteva mutare con chi sedeva alla Corte suprema. Come ebbe modo di dire in un caso in cui il collegio negò il diritto al suicidio assistito, «il

diritto americano ha sempre accordato allo stato il potere di prevenire, se necessario con la forza, il suicidio – incluso il suicidio causato dal rifiuto di prendere i provvedimenti necessari a conservare la vita; (...) il punto in cui la vita diviene “senza dignità”, e quando i mezzi necessari a preservarla divengono “straordinari” o “inappropriati”, non sono stabiliti nella Costituzione né conosciuti ai nove giudici di questa Corte più di quanto lo siano a nove persone scelte a caso dall’elenco telefonico di Kansas City». <sup>6</sup>

La preoccupazione di Scalia di conservare alla società politica – o meglio alle società politiche che compongono gli Stati dell’Unione e la Federazione nel suo complesso – il potere di prendere delle decisioni ha diversi profili di particolare spessore, rispetto alle vicende del costituzionalismo contemporaneo, che conviene mettere in evidenza.

La deferenza di Scalia nei confronti della volontà legislativa aveva delle implicazioni importanti per i diritti individuali. Celeberrimo, in questo senso, fu il suo *dissent* in *Lawrence v. Texas*<sup>7</sup>, ove la Corte – con la penna di Kennedy – dichiarò incostituzionale il reato di sodomia<sup>8</sup>. Scalia mise in chiaro che una tale depenalizzazione era assolutamente legittima, ma doveva provenire dal popolo, e in particolare dal popolo dello stato coinvolto: «persuadere i propri concittadini è un conto, imporre il proprio punto di vista in assenza di una maggioranza democratica è un altro conto». E se era vero che una legge può derivare da un pregiudizio che discrimina una parte della società, «quand’è così, le generazioni successive possono abrogare quelle leggi. Tuttavia è la premessa fondamentale del nostro sistema che quei giudizi vengano pronunciati dal popolo, e non imposti da una casta al governo che sa cosa sia meglio».

Quest’impostazione, dal punto di vista concettuale, sostiene che il progresso del diritto si snodi legittimamente solo attraverso il mutamento legislativo, non interpretativo; e che esso deve avvenire attraverso le procedure che l’ordinamento prevede. Il pensiero di Scalia sul punto è forse interpretato meglio da ogni altro dal suo collega e amico Thomas, la cui brevissima opinione dissenziente in *Lawrence*, totalmente adesiva a quella di Scalia, aggiungeva soltanto quanto segue: «Se fossi un membro del parlamento del Texas [lo stato che contemplava questo reato nel suo ordinamento penale] voterei per abrogarlo. Tuttavia, riconosco che come membro di questa Corte non ho il potere di [intervenire]. Il mio compito, piuttosto, è di decidere casi in accordo con la Costituzione e le leggi degli Stati

<sup>6</sup> *Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990), 294.

<sup>7</sup> 539 U.S. 558 (2003).

<sup>8</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

Uniti. [E non trovo] né nel Bill of Rights né in altra parte della Costituzione un diritto» che vieti una legge come quella texana.

Un secondo aspetto di particolare significato, soprattutto per i comparatisti, è il rigetto di Scalia per il diritto straniero nell'interpretazione costituzionale. Nel distillare il contenuto delle norme costituzionali, Scalia, che pure aveva insegnato la materia, si oppose costantemente al diritto comparato. La sua critica all'uso – invero piuttosto modesto – della comparazione all'interno della giurisprudenza della Corte Suprema ne mise in luce il pericolo della selettività: lo sguardo al diritto degli altri Paesi si sarebbe concretato in un'alternante attenzione e in un'indifferenza per l'estero, secondo criteri puramente funzionali al risultato di persuadere il lettore della ragionevolezza di una sentenza<sup>9</sup>. Tuttavia, Scalia mosse una critica persino più importante all'uso del diritto straniero, che ripeté negli ambiti più vari, dal federalismo alla pena capitale: la comparazione, a suo dire, era infatti buona per *scrivere* una costituzione, mentre era inadeguata a *interpretarla*<sup>10</sup>. Nel primo caso essa poteva ispirare il costituente, mentre la seconda operazione sottoponeva il diritto statunitense alle fluttuanti tendenze straniere, togliendolo dalle mani degli americani<sup>11</sup>.

Quest'accento sul popolo americano consente un'importante precisazione, che illumina la differenza tra la nomina di Scalia e cosa sarebbe avvenuto se Bork fosse giunto alla Corte. Bork credeva nell'*original intent*<sup>12</sup>: un'operazione esegetica che impegna a ricostruire l'intenzione dei costituenti e dei *drafters* di un testo legislativo all'attenzione della Corte. Per Scalia, il punto d'osservazione non corrispondeva a quello di chi aveva proposto un certo testo normativo – del resto, egli notava, nelle assemblee legislative e costituenti è possibile una convergenza su un certo fraseggio per opposte ragioni. Il punto di osservazione piuttosto doveva essere quello del lettore – ovvero del pubblico dell'epoca. Scalia nel ricostruire il significato del testo tentava di mettersi nelle condizioni di chi doveva

<sup>9</sup> *Roper v. Simmons* 543 U.S. 551 (2005): «The Court has been oblivious to the views of other countries when deciding how to interpret our Constitution's requirement that Congress shall make no law respecting an establishment of religion. (...) Most other countries – including those committed to religious neutrality – do not insist on the degree of separation between church and state that this Court requires».

<sup>10</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997), 921, nota 11.

<sup>11</sup> *Roper, cit.*: «The Court thus proclaims itself sole arbiter of our Nation's moral standards and in the course of discharging that awesome responsibility purports to take guidance from the views of foreign courts and legislatures. Because I do not believe that the meaning of our Eighth Amendment, any more than the meaning of other provisions of our Constitution, should be determined by the subjective views of five Members of this Court and like-minded foreigners, I dissent».

<sup>12</sup> R.J. Bork, *Original Intent: The Only Legitimate Basis for Constitutional Decision Making*, 26 *Judges' Journal*, 13 (1987).

comprenderlo e adeguarvisi: il pubblico, e non il legislatore. Di qui la sua insistenza, ad esempio, sull'uso dei vocabolari antichi, per ricostruire i significati dei lemmi utilizzati dal costituente.

Proprio nel nome dell'originalismo, egli era uso lanciare delle vere e proprie “granate verbali”<sup>13</sup> nei confronti dei colleghi, di cui si alienò spesso l'appoggio<sup>14</sup>. Scrivesse in dissenso o semplicemente una *concurring*, Scalia non rinunciava al sarcasmo nei confronti di chi la pensava diversamente. In un caso relativo all'iniezione letale nel quale la sua posizione aveva prevalso, rese un'opinione al vetriolo nei confronti del dissenziente Breyer e del suo reiterato tentativo di contenere la pena capitale, che a dire di Scalia continuava a rendere imprevedibile la giurisprudenza della Corte, aprendo il proprio scritto con un ironico “Benvenuto al giorno della marmotta”<sup>15</sup> (una risalente tradizione della costa orientale, nella quale si vaticina sulla meteorologia osservando quale ombra proietti una marmotta uscendo dalla propria tana). Fu però probabilmente una delle sue più recenti opinioni, ad arroventare maggiormente la polemica con Kennedy e con la componente *liberal* della Corte. Nella celeberrima sentenza sul *same-sex marriage*, terminata 5 voti a 4, Scalia scrisse una nota a piè di pagina per la sua *dissenting* a dir poco irriverente: «Se, anche come prezzo da pagare per un quinto voto, avessi mai aderito ad un'opinione della Corte che iniziava con ‘La costituzione promette la libertà a tutti all'interno del suo ambito, una libertà che include certi specifici diritti che consentono alle persone, nei limiti del lecito, di definire ed esprimere la loro identità’ [che era l'incipit dell'opinione della maggioranza, resa da Kennedy] nasconderei la mia testa in una busta. La Corte suprema degli Stati Uniti è decaduta dal ragionamento giuridico rigoroso di John Marshall e Joseph Story ai mistici aforismi di un biscotto della fortuna»<sup>16</sup>.

Un tale atteggiamento non ripagò certo Scalia con l'adesione dei colleghi, nemmeno di orientamento comune. La sua opinione sul matrimonio omosessuale voleva – *apertis verbis* – mettere in guardia nientemeno da quella che egli riteneva fosse una “*minaccia per la democrazia americana*”; tuttavia, forse proprio per la sua eccessiva veemenza, essa ottenne l'adesione soltanto di Thomas, sebbene le opinioni di Alito e Roberts esprimessero timori sostanzialmente sovrapponibili. Rinfocolò anzi le ostilità: quella nota a piè di pagina screditava Kennedy quanto gli altri giudici che avevano votato a favore del matrimonio

<sup>13</sup> Kozinski, *cit.*, 1586.

<sup>14</sup>G. Romeo, *cit.*, 2-3.

<sup>15</sup> *Glossip v. Gloss*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015).

<sup>16</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015), nota 22.

omosessuale, ai quali Scalia rimproverava – non troppo velatamente – di avere rinunciato a scrivere una propria opinione (che poteva essere migliore) allo scopo di persuadere Kennedy – il noto *swinging vote* dei casi difficili – a votare per la loro posizione.

Quel che Scalia probabilmente perse in termini di consenso immediato, anche a causa della sua scrittura corrosiva, lo recuperò nel medio e lungo periodo, sia nella giurisprudenza sia nella dottrina. E il suo stile aveva esattamente questo scopo<sup>17</sup>. Tre anni orsono, in una conversazione, lo ammise: «Il mio tono talvolta può essere tagliente. Ma penso che la durezza sia talvolta necessaria per dimostrare quanto penso che l'idea sia sbagliata. Specialmente nei miei dissensi. Per chi crede che io scriva?» “Gli studenti di diritto”, replicò l'intervistatore. “Esatto. Che leggeranno opinioni dissenzienti piacevoli e che li catturino. Ecco per chi scrivo»<sup>18</sup>. Quel modo caustico ottenne alle sue opinioni e al suo pensiero un'attenzione la cui eco difficilmente si spegnerà con la sua morte. E probabilmente i suoi scritti dottrinali rendono più giustizia alla sua statura di quanto facciano le sue opinioni, nelle quali la celia e l'irriverenza lo conducevano non così di rado al paradosso.

### 3. – Scalia nella pensiero giuridico americano: l'originalismo da “male minore” a pensiero dominante

Nel pensiero di Scalia, il tema dell'originalismo in un certo senso fu l'architrave di un sistema più complesso, sebbene essenzialmente elementare nelle sue componenti. Il giurista italoamericano fu, nelle parole di Cass Sunstein, «il più limpido e consapevole esponente del formalismo democratico nella lunga storia del diritto americano»<sup>19</sup>.

Il suo formalismo era largamente una reazione alla giurisprudenza evolutiva e progressista che egli riteneva avesse tradito le premesse dell'edificio costituzionale

---

<sup>17</sup> T. Ginsburg, *After Scalia: A More Collegial Court?*, *Huffington Post*, 15 febbraio 2016, [http://www.huffingtonpost.com/tom-ginsburg/after-scalia-a-more-colle\\_b\\_9233760.html](http://www.huffingtonpost.com/tom-ginsburg/after-scalia-a-more-colle_b_9233760.html): “Scalia’s audience was bigger than that of most justices: as the most prominent exponent of originalism and textualism, he was speaking as much to the public, and to present and future law students, as to his colleagues on the Court. He was a great dissenter, who embellished his opinions with language sure to get the attention of casebook writers. His hope was that his views would one day carry the day”.

<sup>18</sup> A. Scalia, intervistato da J. Senior, *In Conversation: Antonin Scalia*, *New York*, 6 ottobre 2013, <http://nymag.com/news/features/antonin-scalia-2013-10/index6.html>.

<sup>19</sup> *Justice Scalia’s Democratic Formalism*, 107 *Yale L. J.*, 529, 530 (1997).

americano<sup>20</sup>, inizialmente basato su una serie di regole stabilite chiaramente all'interno della sua Carta fondamentale. L'evoluzione del diritto americano, per Scalia, doveva camminare sulle gambe delle assemblee legislative, in base alle competenze assegnate dalla Costituzione agli Stati o alla Federazione. La sua opposizione alla generazione dei nuovi diritti emersi tra gli anni sessanta e settanta non era dunque innanzitutto di natura contenutistica, ma metodologica: essi scaturivano dalle aule giudiziarie<sup>21</sup> anziché dal processo legislativo stabilito dalla Costituzione, e pertanto toglievano al popolo la capacità di dare forma al proprio futuro insieme<sup>22</sup>. Se il suo sforzo intellettuale poteva essere conservatore negli esiti, nel metodo era sostanzialmente una forma di contestazione alla giurisprudenza dei decenni precedenti.

La sua teoria dell'interpretazione mirava dunque innanzitutto a ripristinare un equilibrio tra i poteri, in particolare riconducendo l'alveo del potere giudiziario all'interno dei limiti previsti dalle norme positive. In questo senso, egli si contrappose quasi frontalmente alla logica dworkiniana del ragionamento per principi, intesa a lasciare margini di manovra al giudiziario. Egli ne contestava infatti l'imprevedibilità e l'arbitrarietà: con un gioco di parole, l'istanza stessa della *rule of law* era per Scalia che essa fosse una *law of rules*<sup>23</sup>, un ordinamento basato su regole chiare, che i giudici non dovevano bilanciare<sup>24</sup>, ma piuttosto applicare con metodi quasi meccanici<sup>25</sup>.

Aveva questi obiettivi polemici l'Antonin Scalia appena giunto alla Corte suprema, e per questi aderì all'originalismo rilanciandolo. Era più interessato a ciò che l'originalismo sembrava proteggere, piuttosto che alla dottrina in sé. Se era molto scettico nei confronti della giurisprudenza e del pensiero costituzionalistico prevalenti negli anni ottanta, a suo dire sostanzialmente appiattiti nell'attribuire alla Costituzione quanto i giudici desideravano dicesse<sup>26</sup>, non era inconsapevole che l'originalismo e, più in generale, il testualismo interpretativo incontravano non pochi ostacoli: l'originario significato dei testi normativi, oltre ad essere spesso difficilmente decifrabile<sup>27</sup>, poteva essere dirompente in un sistema

<sup>20</sup> A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton, 1997, 6 e 24-25.

<sup>21</sup> A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 *U. Chi. L. Rev.*, 1175, 1177 (1990).

<sup>22</sup> A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, cit., 42.

<sup>23</sup> A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, cit., 1175.

<sup>24</sup> A. Scalia, *La mia concezione dei diritti*, intervista a cura di D. Tega, *Quad. cost.*, 2013, 670.

<sup>25</sup> C.R. Sunstein, *Justice Scalia's Democratic Formalism*, cit., 530-531.

<sup>26</sup> A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 *U. Cinn. L. Rev.*, 849, 852 (1989).

<sup>27</sup> *Ibidem*, 856.



che adottava la regola dello *stare decisis*<sup>28</sup>, e persino retrogrado, se conduceva al ripristino di pratiche punitive come la flagellazione<sup>29</sup>.

Per queste ragioni, Scalia si professava un “originalista pavido”<sup>30</sup>, non disposto a riesumare sanzioni penali rivoltanti o a distruggere il tessuto giuridico nazionale, demolendo tutti i precedenti incompatibili con il testo costituzionale nella sua interpretazione originale. Dopotutto, egli riconosceva espressamente nell’originalismo soltanto “il male minore”<sup>31</sup>, non il migliore strumento interpretativo.

Scalia avrebbe poi probabilmente abbandonato questa misura e moderazione nell’interpretare l’originalismo, come egli stesso ammise a distanza di molti anni<sup>32</sup>. Il suo *fil rouge*, tuttavia, nei decenni divenne un polo d’indiscutibile attrazione per giuristi accademici e giudici.

Alla sua scomparsa, molti risultano non seguirne le teorie; di quelli che aderiscono a un’impostazione originalista, non tutti sono disponibili ad adottarla fino alle conseguenze più estreme<sup>33</sup>, e molti raggiungono conclusioni diametralmente opposte alle sue<sup>34</sup>. Tuttavia, l’originalismo influenza le discussioni e occupa le argomentazioni sia della dottrina che della giurisprudenza<sup>35</sup>. Spesso il tentativo di ricostruire il significato della Costituzione si risolve in un’indagine di tipo storiografico<sup>36</sup>, al punto da trasformare il lavoro dell’interprete costituzionale in una «funzione talvolta più consona allo storico che al giurista»<sup>37</sup>. Nel segno di Scalia, esso non viene impiegato solo per interpretare il dettato costituzionale, ma anche per determinare i confini del potere giudiziario e per isolare il ruolo della Federazione rispetto agli Stati<sup>38</sup>. Quel che è probabilmente più interessante, è che il lavoro di Scalia ha nel tempo generato un interesse alla ricostruzione storica che ormai è trasversale. Coloro i quali non si professano originalisti fanno comunque i conti con il contesto nel quale una

<sup>28</sup> *Ibidem*, 861.

<sup>29</sup> *Ibidem*, 862.

<sup>30</sup> *Idem*.

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> A. Scalia, *In Conversation, cit.*: alla domanda «You’ve described yourself as a fainthearted originalist. But really, how fainthearted?» egli rispose «I described myself as that a long time ago. I repudiate that».

<sup>33</sup> K. Lash, *Originalism All the Way Down?*, 30 *Constitutional Commentary* 149 (2015).

<sup>34</sup> *Ex multis*, J. Balkin, *The New Originalism and the Uses of History*, 82 *Fordham L. Rev.* 641 (2013), o S.G. Calabresi, A. Matthews, *Originalism and Loving v. Virginia*, *Brigham Young Univ. L. Rev.* 1393 (2012).

<sup>35</sup> A.L. Tyler, *Assessing the Role of History in the Federal Courts Canon: A World of Caution*, 90 *Notre Dame L. Rev.* 1739 (2015).

<sup>36</sup> R.H. Fallon, Jr., *The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication*, 90 *Notre Dame L. Rev.* 1753 (2015).

<sup>37</sup> A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil, cit.*, 857.

<sup>38</sup> R.H. Fallon, Jr., *Jurisdiction-stripping Reconsidered*, 96 *Va. L. Rev.*, 1043, 1047 (2010).

disposizione è stata concepita<sup>39</sup>. E lo scetticismo nei confronti del diritto comparato ha condotto alla quasi totale sparizione delle citazioni di diritto straniero nelle sentenze della Corte<sup>40</sup>.

L'eredità principale di Scalia, più che nel pacchetto di sentenze e opinioni dissenzienti che ha consegnato ai colleghi e successori, pare consistere in una dimensione degli studi costituzionalistici e in una preoccupazione per lo snodo tra il potere giudiziario e il legislativo che ormai permeano buona parte dell'accademia americana. Con il suo lavoro, più che vincere le battaglie, sembra avere occupato il campo.

---

<sup>39</sup> R.H. Fallon, Jr., *The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication*, cit., 1754.

<sup>40</sup> D.S. Law, *Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy*, 153 *U. Penn. L. Rev.* 927, 930-931 (2015).