

Thomas Jefferson, *Marbury v. Madison* e
il *countermajoritarian dilemma**

Benedetta Barbisan

La cultura giuridica statunitense ha dato ampia prova nella sua storia di essere molto poco pacificata con il ruolo che le corti svolgono nell'amministrazione della giustizia costituzionale. Se si allunga lo sguardo sulla storia costituzionale americana, la messa in discussione della Corte Suprema federale come giudice delle leggi è stata una costante, la cui riconciliazione con la democrazia elettiva a causa della sua estraneità a quel circuito di legittimazione che si regge sul principio di rappresentanza ha animato poderosi dibattiti sin dai primi anni della Repubblica¹ - quando, soprattutto durante la Presidenza di Thomas Jefferson, lo scontro fra Federalisti e Repubblicani si riverberò nella contrapposizione fra Corti federali e poteri democratici² - fino a suscitare preoccupazione per una tale natura antidemocratica anche nel costituzionalismo contemporaneo³. Nove uomini (e donne) saggi, destinati a una carica vitalizia irrevocabile e irresponsabili di fronte a ogni altra istituzione (e a questa irresponsabilità è rivolto l'icastico e rammaricato commento del Presidente Dwight Eisenhower che ebbe a dichiarare come, nel corso del suo mandato, avesse commesso due errori, entrambi accomodati sugli scranni della Corte Suprema), decretano l'illegittimità delle leggi in contrasto con la Costituzione federale, generando il paradosso di un

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ Jesse H. Choper, *The Supreme Court and the Political Branches: Democratic Theory and Practice*, 122 U.Pa. L. Rev. 810 (1974).

² Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 N.Y.U. L. Rev. 333 (1998).

³ Neal Kumar Katyal, *Judges as Advicegivers*, 50 Stan. L. Rev. 1709 (1998).

organo non rappresentativo che si erge a censore dell'organo rappresentativo *par excellence* e delle leggi con cui si esprime la volontà della maggioranza.

Il *countermajoritarian dilemma*, come noto, si deve alla teorizzazione di Alexander Bickel che raccolse crescente attenzione nel decennio successivo alla pubblicazione del suo *The Least Dangerous Branch*⁴ e finì per ingaggiare la *scholarship* di un'intera generazione di costituzionalisti⁵, innervando la dottrina sulla legittimità del *judicial review* per tutto l'ultimo Novecento⁶. «When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people»⁷, scriveva Bickel; l'effetto imprevisto fu che anche coloro che si provavano a difendere la Corte Suprema non facevano altro che fortificare la percezione diffusa della sua antidemocraticità⁸. John Hart Ely, per esempio, acconsentì alla proposizione del *judicial review* contromaggioritario, raccomandando alle Corti federali di lasciare il passo alle istituzioni democratiche e contemplando un più invasivo margine di intervento - puntualmente esercitato - nel processo politico quando il potere deliberativo avesse abbandonato la doverosa razionalità e, piuttosto, avesse agito sulla scorta di pulsioni razziste o di pregiudizi a carico delle classi più vulnerabili⁹, il che ha aperto la riflessione sul tema alla accezione della Corte Suprema quale protettrice dei diritti delle minoranze contro i possibili abusi della maggioranza¹⁰ in antagonismo con il sospetto che agisca per la sola tutela degli interessi dominanti, ma ha anche intensificato il dubbio sulla appropriatezza del *judicial review* in una società democratica.

⁴ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962.

⁵ Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 *Yale L.J.* 153 (2002).

⁶ Suzanna Sherry, *Judges as Characters*, 38 *Wake Forest L.Rev.* 793 (2003).

⁷ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 16-17.

⁸ Darren L. Hutchinson, *The Majoritarian Difficulty: Affirmative Action, Sodomy, and Supreme Court Politics*, 23 *Law & Ineq.* 1 (2005).

⁹ John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1980.

¹⁰ Michael J. Klarman, *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, 82 *Va. L. Rev.* 1 (1996).

Una tale difficoltà di pacificarsi con la pratica del *judicial review* non si riconosce in nessuna delle esperienze europee nel campo della disciplina della giustizia costituzionale. Non certo, per esempio, in Germania o in Italia, che - uscite dal secondo conflitto mondiale con la consapevolezza dei pericoli che possano derivare dagli abusi perpetrati dagli organi costituzionali legittimamente eletti e rappresentativi del popolo, primo fra tutti il legislatore - si risolsero da subito all'introduzione di un meccanismo di controllo sulle leggi¹¹. Se, poi, vogliamo considerare la vistosissima eccezione della Francia che, nei confronti della giustizia costituzionale, ha sempre dato prova di robuste riserve, essa si spiega con le peculiarità proprie di una cultura giuridica e politica nazionale¹². È negli Stati Uniti, dunque, che il conflitto intorno al sistema di controllo delle leggi connota larga parte della storia costituzionale nazionale bicentenaria, innervando il dibattito dottrinario sulla accettabilità di un potere che, privo di rappresentatività, è chiamato a valutare la legislazione di quegli organi (Congresso federale e legislativi degli Stati) atti a rappresentare a livello nazionale e locale la volontà del popolo.

Ma, diversamente dal contesto europeo che adottò un modello kelseniano di giustizia costituzionale a partire dalla seconda metà degli anni Quaranta del Novecento, negli Stati Uniti il testo della

¹¹ Si veda P. Pasquino, *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy*, *Ratio Juris*, Vol. 11, No. 1, Marzo 1998.

¹² La legge come espressione della volontà generale aveva lungamente reso incongrua la distinzione fra momento costituente e momento costituito, vanificando qualsiasi gerarchia tra la Costituzione e le leggi: «la separazione del potere costituente e del potere legislativo non può rivelarsi, né funzionare in modo trasparente e regolare negli ambiti statali in cui si è impiantata l'idea che la legge è l'espressione della volontà generale, che ha la sua rappresentanza nel Parlamento. A dire il vero, una distinzione tra leggi costituzionali e leggi ordinarie non si concepisce in tali ambiti. La volontà generale è sempre uguale a se stessa, vale a dire sempre sovrana, quale che sia l'oggetto al quale si applica. Il Parlamento, solo perché la rappresenta, si trova dunque logicamente qualificato per emanare, in ogni momento, tanto le regole con le quali si organizza il potere della comunità, quanto quelle che si rapportano ad altri oggetti [...] In breve, il fondamento stesso di ogni distinzione autentica tra leggi costituzionali e leggi ordinarie svanisce» (così R. Carrè de Malberg, *La legge espressione della volontà generale*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 146).

Costituzione non fa alcun riferimento, diretto o indiretto, al meccanismo di controllo sulle leggi¹³. Malgrado l'Art. III attribuisca alla Corte Suprema specifiche funzioni, e così alle corti federali inferiori, la cui istituzione è rimandata all'iniziativa del legislatore, non è fatta alcuna menzione del potere che il giudiziario possa esercitare a carico di leggi in contrasto con la Costituzione.

Nondimeno, che la Costituzione del 1787 fosse la prima delle leggi, la fonte posta sul livello più alto della gerarchia, era cognizione presente alla sensibilità dei fondatori, come dimostra lo stesso Articolo VI, Sez. I, Par. 2 con la cosiddetta *Supremacy Clause*. La Costituzione, dunque, era avvertita come la legge superiore rispetto a ogni altra fonte, il che implicava che i giudici ne avrebbero sancito il rispetto a fronte di ogni tentativo di abuso («and the Judges in every State shall be bound thereby»). Come ebbe a osservare il delegato George Mason nel corso della seduta del 23 agosto 1787,

«from this point on, it was evident that the task of maintaining both the superiority of national law and the boundaries of federalism would fall to state and federal judiciaries [...]. Undisputably, judicial review, conceived as a mechanism of federalism, was palpably and unequivocally a fundamental element of the original intention of the Constitution with the Supremacy Clause as its trumpet»¹⁴.

I fondatori, pertanto, decisero di adottare il *judicial review* quale congegno per controllare la conformità delle leggi statali rispetto alla Costituzione federale:

«adding the Supremacy Clause made explicit the authority to do something that might or might not have been implicit without it. [...] an express command for judges to prefer federal to state law answered the leading objection to judicial review, which was that judges had not

¹³ A questo proposito, si veda L.W. Levy, *Original Intent and the Framers' Constitution*, New York, MacMillan Publishing Co., 1988, p. 123: «judicial review [...] exists by the tacit consent of the governed. Original intent had almost nothing to do with it».

¹⁴ Riportato in J.N. Rakove, *The Origins of Judicial Review: A Plea for New Contexts*, 49 *Stanford L. Rev.* 1031 (1997), p. 1046.

been authorized by the people to make such decisions. From this point on, the delegates assumed the existence of judicial review over state laws in their deliberations»¹⁵.

La *Supremacy Clause* incarnata dall'Articolo VI era dunque rivolta a consacrare la superiorità della Costituzione in relazione alle leggi che gli Stati avrebbero posto in essere: la Federazione si sarebbe infatti rapidamente avviata verso la dissoluzione se, nel loro ambito di competenza, i Legislativi statali non avessero sentito l'obbligo di conformarsi alle previsioni della Costituzione federale. Come è stato osservato,

«many lawyers embrace a tradition that views state governments as the quintessential threat to individual and minority rights, and federal officials - especially federal courts - as the special guardians of those rights. This nationalist tradition has deep roots. Over the course of two centuries, the Supreme Court has struck down state and local action with far more regularity than it has invalidated acts of coordinate national branches»¹⁶.

Ma perché, in tutta la Costituzione, non venne inserito alcun riferimento testuale al *judicial review*, se non attraverso riferimenti indiretti? Per un verso, devono averne sentito un bisogno molto relativo, se è vero che, già in epoca coloniale, i rapporti tra le fonti locali e quelli della madrepatria erano regolati dalle Corti americane secondo una meccanica che ripristinava la prevalenza della legge superiore su quella inferiore in termini non del tutto dissimili da quanto implicato nel *judicial review*. La dimestichezza del sistema giuridico britannico con il concetto di *judicial control* ha lunga storia, da prima ancora della migrazione nelle colonie del Nuovo Mondo, tanto che si danno per provate tradizioni in merito sin dagli inizi del

¹⁵ L.D. Kramer, *The Supreme Court 2000 Term. Foreword: We the Court*, in 115 *Harv. L. Rev.* 4 (2001), pp. 63-64.

¹⁶ A.R. Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 2000, p. 4

XIII secolo¹⁷. Ciò che, però, avrebbe largamente condizionato la cultura giuridica americana fu nello specifico la varietà di processi mediante i quali si sottoponeva a controllo la legislazione delle colonie d'oltreoceano. In primo luogo, vi era l'esame amministrativo di tali leggi: l'assemblea della colonia preparava la legge, la sottoponeva alla firma del governatore, coadiuvato nel suo potere di veto dai consiglieri legali della Corona – i cosiddetti «watch-dogs of legality» –, per verificarne la legalità *in point of law*¹⁸. Passato il controllo del governatore, la legge entrava in vigore. A quel punto, essa veniva inoltrata in madrepatria al Board of Trade, il quale raccoglieva elementi di valutazione, li trasmetteva al Lords Committee che, a sua volta, provvedeva a recapitarli al Privy Council. In tale sede, era deciso se la legge dovesse essere accolta (*approbation*) o respinta, ossia colpita da *disallowance*. Solo nel momento in cui la *disallowance* veniva notificata alla colonia, la legge cessava di produrre i suoi effetti.

Accanto alla *disallowance* del Privy Council e al veto governatoriale, un'altra via per un annullamento indiretto della legge coloniale era esperibile sempre presso il Privy Council, questa volta, però, in qualità di giurisdizione d'appello: in altri termini, nel corso di una controversia tra parti convenute, una legge non veniva applicata perché illegittima. Il parametro per la revisione da parte del Privy Council era costituito in particolare dalla Nona Sezione dall'Act for Preventing Frauds, and Regulating Abuses in the Plantation Trade del 1696 e la prima circostanza in cui il Privy Council dichiarò una legge delle colonie *null and void* nel corso di un procedimento giurisdizionale ebbe luogo nel 1727 con il caso *Winthrop v. Lechmere*.

L'idea che, in tempi moderni, ci si è fatta di queste vicende coloniali fluttua tra negarle recisamente ogni influenza sul pensiero

¹⁷ J. Goebel, jr., *History of the Supreme Court of the United States. Antecedents and Beginnings to 1801*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, vol. I, p. 50.

¹⁸ I *point of law* riguardavano se l'assemblea della colonia avesse ecceduto le sue competenze e se le norme contenute nella legge fossero in contrasto con la charter concessa dal sovrano alla colonia o con un atto del Parlamento.

costituzionalistico americano¹⁹ e aggiudicarle un apporto determinante per l'elaborazione del *judicial review*²⁰. Ma si tratta in entrambi i casi di letture esasperate²¹. Quel che è lecito speculare è che l'esperienza delle colonie proiettò sulla maturazione del *judicial review* tanto l'esistenza di meccanismi di controllo disposti dalla Corona sulle leggi e i provvedimenti delle colonie quanto paradossalmente la conoscenza approssimativa nelle colonie dei principi e delle procedure invalse in madrepatria.

Per altro verso, è verosimile presumere che, in quella estate del 1787, l'impresa già irta di insidie di redigere la nuova Costituzione, sempre a rischio di fallimento e per questo tesa sul crinale di una costante opera di compromesso tra le diverse istanze, avrebbe incorso in ulteriori dissidi se, nell'agenda dei costituenti, fosse stato introdotto anche il punto esplicito che riguardava la giustizia costituzionale. Sul punto, il delegato Gouverneur Morris ebbe ad affermare che il *judicial review* era un terreno particolarmente sdruciolevole, avventurandosi nel quale si sarebbe potuto compromettere l'intero sforzo costituente: «on that subject conflicting opinions had been maintained with so much professional astuteness that it became necessary to select phrases, which expressing my own notion would not alarm others»²². In definitiva, dunque, il riferimento implicito inserito nella stessa previsione della *Supremacy Clause*, che evitò ai redattori della Costituzione ulteriori occasioni di eventuali scontri durante i lavori di

¹⁹ Cfr. E.S. Corwin, *The Establishment of Judicial Review*, 9 *Mich. L. Rev.* 102 (1911), pp. 103-104.

²⁰ Così C.G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, Berkeley, University of California Press, 1914, p. 58.

²¹ «(T)hat the case was not judicially determined is an absurdity; that it stands in solitary grandeur is claiming too much for it. [...] For Americans, the significance of *Winthrop v. Lechmere* was that the Privy Council adopted and projected to their legislation the principles and practice of the common law courts in dealing with the enactments of inferior jurisdictions in England. This having once been done, there was no escaping the immanence of the power and the imminence of its possible exertion, whenever a colonial act was sub judice» (J. Goeble, jr., *History of the Supreme Court of the United States. Antecedents and Beginnings to 1801*, cit., vol. I, p. 79).

²² Lettera di Gouverneur Morris a Timothy Pickering, 22 dicembre 1814, riportata in R.E. Ellis, *The Jeffersonian Crisis. Courts and Politics in the Young Republic*, Oxford, Oxford University Press, 1971, p. 11.

Philadelphia, finì per incaricare gli interpreti e i legislatori futuri dell'incombenza di rendere davvero operativo l'obbligo in capo alle corti dell'applicazione della *supreme Law of the land*²³.

Comunque, a dispetto di questa unica e indiretta implicazione del *judicial review* nel testo della Costituzione, la pratica di per sé del controllo delle leggi non venne mai davvero messa in discussione, neppure agli albori della esperienza istituzionale statunitense: prova ne sia che, già quando la Corte Suprema del giudice John Marshall, che ne è stato il Presidente dal 1801 al 1835, decise il caso *Marbury v. Madison*²⁴, convenzionalmente (ed erroneamente²⁵) considerato il momento di invenzione del sindacato di costituzionalità, nessuna delle reazioni politiche e istituzionali riportate sui giornali del tempo espresse fastidio per quella che più tardi verrà celebrata come l'auto-attribuzione da parte della Corte del potere ultimo di controllo sulle leggi. Piuttosto, le cronache del tempo documentano l'irritazione dei contemporanei per il precipitato politico che sarebbe seguito a quella decisione, ma non suonò strano pressoché a nessuno che la Corte disapplicasse una legge (il *Judiciary Act* del 1789) per dimostrato contrasto con la Costituzione (segnatamente l'Articolo III e i casi in esso elencati di giurisdizione originaria della Corte Suprema), così come il *Chief Justice* Marshall spiegò con logica sillogistica nell'ultima parte della sentenza.

Erano, quelli di *Marbury v. Madison*, tempi politicamente molto turbolenti. Le elezioni del 1800 che videro trionfare alla Presidenza Thomas Jefferson avevano chiuso un decennio di lacerazioni e confronti asprissimi: dal 1790, si era aperta la controversia sull'insediamento della capitale e il piano finanziario di Alexander Hamilton per la fondazione di una banca federale. Nel 1793, Edmond Genet aveva minacciato di diffondere la tabe della Rivoluzione francese anche in terra americana. Nel 1794, gli agricoltori della Pennsylvania avevano montato la protesta contro la tassa federale sul

²³ In questo senso, si veda M.P. Harrington, *Judicial Review Before John Marshall*, 72 *Geo. Wash. L. Rev.* 54 (2004), p. 54.

²⁴ 5 U.S. 137 (1803).

²⁵ Sia consentito rinviare a B. Barbisan, *Nascita di un mito. Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 2008.

whisky per scongiurare la quale il Presidente Washington aveva dovuto convocare quindicimila soldati pronti all'attacco. Nel 1796, si era celebrata la prima vera elezione presidenziale dopo il ritiro di George Washington, cui era seguita la quasi-guerra tra Stati Uniti e Francia al tempo dell'*XYZ Affair*²⁶. Nel 1798, era stato emesso l'*Alien and Sedition Act*²⁷ contro la stampa antigovernativa durante la Presidenza Adams, contro la cui censura avevano resistito i governi del Kentucky e della Virginia. Infine, nel 1800, John Fries aveva capeggiato una ribellione contro i tributi imposti in tempo di guerra. Si può dire, dunque, che la politica nazionale in quegli ultimi anni era stata una *guerra senza uniformi*, in cui rimaneva difficile distinguere l'amico dal nemico e impossibile prevedere quale combinazione di circostanze avrebbe indotto alcuni a cambiare il proprio schieramento²⁸.

Pertanto, durante la campagna elettorale bellicosa ed estrema del 1800, le due fazioni dei Federalisti e dei Repubblicani con i rispettivi candidati alla Casa Bianca John Adams e Thomas Jefferson presentarono due agende politiche decisamente opposte: se i primi ripudiavano i valori della guerra del 1776, non nascondevano simpatie monarchiche, erano pronti alla guerra con la Francia, nutrivano sentimenti ostili verso il popolo e i nuovi immigrati dall'Europa,

²⁶ Allo scoppio della guerra tra Parigi e Londra, il Presidente Washington dichiarò la neutralità degli Stati Uniti, il che significava, tra le altre cose, poter proseguire gli scambi commerciali con entrambi i paesi. La Francia vi lesse un intendimento proditorio, per cui prese a sequestrare tutte le imbarcazioni battenti bandiera statunitense che solcassero le sue acque. Nel giugno 1797 erano circa trecento i bastimenti requisiti. Quando il successore di Washington Adams decise di inviare a Parigi una delegazione diplomatica al fine di negoziare una conciliazione, i legati Charles Cotesworth Pinckney, Elbridge Gerry e un piuttosto giovane John Marshall si imbarcarono nel Segretario agli Esteri del Direttorio Talleyrand, disposto a concedere loro udienza solo dietro la corresponsione sottobanco di un emolumento a titolo personale. Non era la prima volta che certe richieste venivano inoltrate, eppure in questa circostanza gli emissari non cedettero e tornarono in patria senza neppure essere stati ricevuti.

²⁷ Temendo di dover incrociare in breve le armi con la Francia, i Federalisti adottarono l'*Alien and Sedition Act* per mettere a tacere la stampa avversa che li accusava di fomentare l'ostilità contro Parigi.

²⁸ J.B. Freeman, *The Election of 1800: A Study in the Logic of Political Change*, 108 *Yale L. J.* 1958 (1999), p. 1968.

favorivano largamente gli interessi dei più ricchi con il conseguente aumento del debito pubblico e delle tasse, vedevano di buon occhio la costituzione di una chiesa di Stato e sostenevano la necessità dell' *Alien and Sedition Act* per distruggere la libertà di stampa, i secondi aspiravano a restaurare i principi dei patrioti rivoluzionari dell'Indipendenza, detestavano la monarchia, auspicavano la pace con il resto del mondo, si appellavano alla ragionevolezza del popolo, prediligevano leggi uguali per tutti i cittadini, fossero essi nati sul suolo statunitense o giunti da altri lidi, predicavano la separazione fra le chiese e lo Stato, miravano a ridurre il debito pubblico e le tasse, preferivano evitare di farsi coinvolgere nelle vicende politiche europee e promettevano massima tutela alla libertà di stampa e religiosa. In questa contrapposizione radicale, il federalista Hamilton paventava la vittoria repubblicana di Jefferson come «a Revolution after the manner of Bonaparte»²⁹. Un altro esponente federalista della Georgia definiva Jefferson «the head of the French party in America» e «the greatest villain in existence»³⁰. Sul versante opposto, i Repubblicani in caso di sconfitta temevano «chains, dungeons, transportation and perhaps the gibbet»³¹ per i nemici di Adams e dei suoi, «the wild principles of uproar & misrule»³².

Quando, infine, Thomas Jefferson prevalse, aveva espresso la volontà di prestare giuramento proprio nelle mani di John Marshall, Segretario di Stato uscente della amministrazione Adams. Non si può dire che i due si stimassero: Marshall esecrava il sontuoso andamento familiare di Jefferson a Monticello in cui era stato solito indulgere anche quando egli aveva invece prestato servizio tra i disagiati ranghi

²⁹ Lettera di Alexander Hamilton a John Jay, 7 maggio 1800, riportata in M.A. Bellesiles, *The Soil Will Be Soaked with Blood». Taking the Revolution of 1800 Seriously*, in J. Horn, J.E. Lewis e P.S. Onuf (a cura di), *The Revolution of 1800. Democracy, Race, and the New Republic*, University of Virginia Press, 2002, p. 59.

³⁰ J. Ferling, *Adams vs. Jefferson. The Tumultuous Election of 1800*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 153.

³¹ Lettera di John Preston a John Breckinridge, 28 dicembre 1800, riportata in M.A. Bellesiles, *The Soil Will Be Soaked with Blood*, cit., p. 59.

³² Lettera di Joseph Hale a Rufus King del 19 dicembre 1801 riportata in A.J. Beveridge, *The Life of John Marshall*, Boston, Houghton, Mifflin & co., 1916, vol. III, p. 12.

dell'esercito e disdegnava la sua ideologia a favore di una marcata decentralizzazione e di una piena autonomia degli Stati. Per parte sua, Jefferson guardava a Marshall come a un apostata, un virginiano venduto alla causa dei Federalisti³³. Eppure, nonostante l'inimicizia che correva tra i due (per quanto fossero lontani cugini), era stato proprio Jefferson a chiedere a Marshall di officiare il suo insediamento³⁴. Egli aveva accettato, offrendogli, però, deliberatamente le terga per tutta la durata della cerimonia³⁵.

Uno dei versanti su cui le distanze fra le due fazioni non avrebbero potuto essere più profonde era l'esercizio, la struttura e il peso istituzionale del potere giudiziario federale, su cui Federalisti e Repubblicani incrociarono le spade nell'ultimo scorso di Presidenza Adams, durante la campagna elettorale del 1800 e nel corso dei primi anni del mandato di Jefferson. Nel 1801, il Congresso a maggioranza federalista aveva approvato di gran carriera un nuovo *Judiciary Act*, con il quale si aumentava il numero delle *circuit court*, si riduceva da sei a cinque il numero dei giudici alla Corte Suprema e si assegnava al Presidente il potere di nomina di giudici di pace (come William Marbury) e dei giudici federali. A quel punto, John Adams ebbe diciannove giorni per perfezionare la designazione dei prescelti a occupare i seggi vacanti. Bisogna evitare l'errore di pensare che il *Judiciary Act 1801* rispondesse solamente a logiche di fazione e giochi di potere, giacché sin dai tempi del primo *Judiciary Act 1789* si erano levate voci che chiedevano importanti riforme del sistema giudiziario federale. Tuttavia, Thomas Jefferson esecrò recisamente l'approvazione del *Judiciary Act 1801* definendolo «a parasitical plant

³³ J. Ferling, *Adams vs. Jefferson*, cit., p. 204.

³⁴ A.J. Beveridge, *The Life of John Marshall*, cit., vol. II, p. 562.

³⁵ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge MA., Harvard University Press, 2005, p. 93. Non dovrebbe sorprendere, tale contegno, palesato anche da una lettera che Marshall inviò a Charles Cotesworth Pinckney, candidato federalista alla Vice-Presidenza, in cui delicatamente gli suggeriva di usare tutta la sua influenza sui membri della Camera dei Rappresentanti provenienti dalla sua Carolina del Sud al fine di dissuaderli dal votare Jefferson (W.E. Nelson, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence, University Press of Kansas, 2000, p. 49).

engrafted»³⁶ nel cuore del potere giudiziario. In verità, era proprio dall'esito della battaglia politica sulle delicatissime questioni intorno al potere giudiziario, che Jefferson non avrebbe molto facilmente potuto eludere, che dipendeva il successo del suo mandato presidenziale. Non appena, dunque, i Repubblicani presero il controllo del Settimo Congresso, provvidero ad approvare il nuovo *Judiciary Act 1802* e ad abrogare quello precedente, riducendo così le sessioni di lavoro della Corte Suprema da due a una soltanto e procrastinando la prima successiva al febbraio 1803; riportando il numero dei giudici da cinque a sei e offrendo così al Presidente una immediata occasione di nomina; restringendo le *circuit court* a sei e assegnando un giudice della Corte Suprema a ciascuna di esse.

Quanto al sindacato ultimo della Corte Suprema sulla costituzionalità delle leggi, Jefferson negò che la Costituzione ne facesse anche implicito cenno: dei tre poteri, quello legislativo era di certo vestito dell'autorità suprema a motivo del suo potere di messa in stato di accusa e condanna di ogni membro degli altri due poteri reo di attentato alla Costituzione. In aggiunta, era sul legislativo che gravava il controllo del popolo che, in definitiva, ne determinava la permanenza in carica. Secondo il disegno originale, i tre rami dovevano intrecciarsi in un meccanismo di *checks and balances* e certo non essere il legislativo e l'esecutivo alla mercé delle Corti federali. «At the time the constitution was drawn up, less emphasis seemed to be given to the judiciary branch; but through the years it had become, according to Jefferson, the most feared of any of the branches»³⁷. Insomma, Jefferson era persuaso che il sistema di giustizia prefigurato nella Costituzione e poi manipolato dai Federalisti assomigliava troppo al modello inglese della massima indipendenza delle Corti dalla Corona; d'altra parte, se c'era qualcosa di buono da mutuare dalla vecchia madrepatria era proprio il potere in capo ai due rami del Parlamento di rimuovere i giudici dai loro seggi.

Comunque, le reazioni all'entrata in vigore del *Judiciary Act 1802* non si fecero attendere: nel 1803, Samuel Chase, fra gli estensori

³⁶ Lettera di Thomas Jefferson a Benjamin Rush, 20 dicembre 1801.

³⁷ Laurence W. Dixon, *The Attitudes of Thomas Jefferson Toward the Judiciary*, 28 *Southwestern Soc. Sc. Quart.* 13 (1947), p. 16.

della Costituzione e allora presidente di una *circuit court* a Baltimora, «the late alteration of the federal judiciary [...] and the further alteration that is contemplated in our State judiciary (if adopted) will in my judgment take away all security for property and personal liberty. [...] The independence of the national judiciary is already shaken to its foundation, the virtue of the people alone can restore it. [...] Our republican Constitution will sink into a mobocracy - the worst of all possible governments»³⁸. Chase era tutt'altro che una figura imparziale, se non addirittura anonima, confinata dietro il banco di una corte federale. Piuttosto, si trattava di un personaggio vivace dalla carriera politica già turbolenta e molto provocatoria. La reazione di Jefferson non si fece attendere: «you must have heard of the extraordinary charge of Chace [sic] to the grand jury at Baltimore. ought this seditious & official attack on the principles of our constitution, and on the proceedings of a state, to go unpunished?»³⁹.

Nel marzo 1804, dunque, il virginiano John Randolph capitanò la messa in stato di accusa di Samuel Chase per «arbitrary, oppressive and unjust conduct». Il processo al Senato cominciò nel novembre successivo, con Aaron Burr a presiedere, egli stesso in attesa di una imputazione di omicidio per aver ucciso in duello Alexander Hamilton. Malgrado la furia dei Repubblicani e la campagna di stampa che accompagnò la vicenda, nel 1805 Chase venne assolto. Fu una grave, amarissima sconfitta: «supposedly the judiciary was the weakest of the three branches of government, but under the Jeffersonian attack it proved to be the toughest»⁴⁰. Per i Repubblicani di Jefferson quello che doveva stagliarsi come un processo esemplare a carico di Chase fu in verità un fallimento da cui non si ripresero più completamente⁴¹.

³⁸ Riportato in Henry Adams, *History of the United States of America during the First Administration of Thomas Jefferson*, New York, Charles Scribner's Sons, 1889, vol. 2, p. 149.

³⁹ Lettera di Thomas Jefferson a Joseph H. Nicholson, 13 maggio 1803.

⁴⁰ Jerry W. Knudson, *The Jeffersonian Assault on the Federalist Judiciary, 1802-1805; Political Forces and Press Reaction*, 14 *American Journal of Legal History* 55 (1970), p. 55.

⁴¹ Henry Adams, *History of the United States of America during the First Administration of Thomas Jefferson*, cit., vol. 2, p. 243.

La locuzione *judicial review* è stata inventata all'inizio del Ventesimo secolo⁴². Non nasce, dunque, con *Marbury* ma, piuttosto, con l'insorgenza del suo mito, avvenuta quasi un secolo più tardi dalla sua emissione. Fu, infatti, nel 1887 in occasione del caso *Muller v. Kansas*⁴³ che *Marbury* venne citata per la prima in un'altra sentenza della Corte Suprema in ordine alla sua previsione del giudizio sulle leggi da parte del potere giudiziario.

Dal 1803 al 1887, dunque, *Marbury* rimase silente⁴⁴. Eppure, nel corso di quegli anni, la Corte aveva avuto ampio modo di esercitare il giudizio di costituzionalità sulle leggi: se tra il 1803 ed il 1864 le accadde per la verità solo una volta di dichiarare l'illegittimità di una legge nella notoria sentenza *Dred Scott v. Sanford*⁴⁵, in ogni caso la Corte mancò in quella circostanza di riferirsi a *Marbury*; nel periodo tra il 1865 ed il 1894, altre diciannove leggi del Congresso furono dichiarate incostituzionali, ma in nessuna di queste si richiamò *Marbury*. Ancora, tra il 1865 ed il 1898, si decise per l'incostituzionalità di leggi statali in ben centosettantuno casi, ma non ve ne è uno in cui *Marbury* compaia come fondamento del *judicial review*. È vero sì che, tra il 1803 ed il 1894, *Marbury* venne citata cinquanta volte dalla Corte Suprema, ma nella totalità di queste sentenze è in ragione delle sue argomentazioni sul *writ of mandamus* e sulla giurisdizione originaria della Corte Suprema, non certo come paradigma per l'esercizio del sindacato di costituzionalità⁴⁶.

⁴² E.S. Corwin, *The Establishment of Judicial Review*, in 9 *Mich. L. Rev.* 102 (1911) e Id., *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*, in 12 *Mich. L. Rev.* 538 (1914).

⁴³ 123 U.S. 623 (1887).

⁴⁴ «*Marbury* was not cited by the Court as a precedent for judicial review until the late nineteenth century, and only infrequently before the 1950s. Furthermore, *Marbury* was not mentioned in support of the idea that the Court's determinations of constitutional questions is final until 1958, more than a century and a half after the case was decided» (R.L. Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, University Press of Kansas, 1989, p. X).

⁴⁵ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

⁴⁶ D.M. Douglas, *The Rhetorical Uses of Marbury v. Madison: The Emergence of a "Great Case"*, in 38 *Wake Forest L. Rev.* 375 (2003), pp. 381-382.

*Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*⁴⁷ (noto anche come *Income Tax Case*) fu il primo caso in cui *Marbury* venne citata per giustificare l'esercizio del *judicial review*: era il 1895. A seguito della campagna del partito populista *People's Party* che, a partire dai primi anni Novanta, reclamava un'imposta graduale sul reddito al fine di risanare il deficit federale, il Congresso varò nell'agosto 1894 *An act to reduce taxation, to provide revenue for the government, and for other purposes*, a fronte del quale, tra l'altro, i profitti netti derivanti da titoli azionari superiori ai quattromila dollari andavano gravati di una tassa pari al due per cento di essi. La tensione negli Stati Uniti era al tempo oltre la soglia di guardia: il processo di industrializzazione aveva prodotto disuguaglianze profonde, contro le quali la classe dei lavoratori reagiva scioperando in tutto il paese, gli spiriti erano esacerbati come alla vigilia della guerra civile e l'abisso del conflitto sociale da cui gli americani pensavano di essere naturalmente distanti e cui solo l'Europa pareva destinata si stava invece spalancando sotto i loro piedi. Gli esponenti dell'industria sollevarono una protesta incandescente contro la legge, accusando il Congresso di patrocinare le ragioni delle classi più povere e di dichiarare guerra all'iniziativa economica onesta.

Nel redigere l'opinione della Corte (peraltro decretata con un solo voto di scarto fra i suoi membri), il *Chief Justice* Melville Fuller inquadrò la tassa sul reddito come un attacco alla proprietà in quanto, in qualche misura, redistributiva delle ricchezze; pertanto, si negava al governo federale la prerogativa di imporla, assegnando pieno potere di esazione agli Stati in ragione di una vaga e pressoché onnicomprensiva *direct taxation*. A suffragio della sentenza non citò alcun precedente, né seppe rifarsi a una qualche decisione assunta dalla Corte in materia⁴⁸. Citò, però, *Marbury*, proprio in apertura e con un immediato ed esplicito appello, nella speranza di ricavarne una credibilità che *Pollock* – col censurare una legislazione fiscale non solo pienamente costituzionale, ma pure auspicata dalla maggioranza degli elettori del tempo – non era evidentemente in grado di

⁴⁷ La Corte decise il caso in due fasi: 157 U.S. 429 (1895) (Pollock I) e 158 U.S. 601 (1895) (Pollock II).

⁴⁸ F.R. Jones, *Pollock v. Farmers' Loan and Trust Company*, 9 *Harv. L. Rev.* 198 (1895), p. 203.

guadagnarsi da sé. *Pollock* fu, più che una dichiarazione di illegittimità costituzionale, l'affermazione di un potere in capo alla Corte Suprema. E, poiché ogni potere necessita di un fondamento e giacché la Costituzione degli Stati Uniti non dice nulla di esplicito in tema di *judicial review*, ecco a cosa tornava utile *Marbury* che, da quel momento, prese a essere celebrata come la fonte di legittimazione del *judicial review*.

Marbury guadagnò il peso storico e giuridico che ancora oggi la connota in un'epoca a cavallo fra i due secoli nella quale i nuovi partiti progressisti del tempo tentavano riforme redistributive della ricchezza e a tutela dei diritti dei lavoratori che, come nel caso di *Pollock* e di *Lochner v. New York*⁴⁹, la Corte Suprema dichiarò incostituzionali. Con una tale faziosità e conseguente usurpazione di potere a detrimento delle altre istituzioni, la Corte Suprema contorceva la lettera della Costituzione fino a spremere una accezione di libertà economica e contrattuale opinabile - una sorta di *laissez-faire* costituzionalizzato con cui di fatto sanzionò i tentativi avanzati dal Congresso e da alcuni legislatori statali di introdurre correttivi sociali al libero mercato. A cavallo tra Ottocento e Novecento, allora, tanto tra gli accademici quanto tra l'opinione pubblica crebbe l'idea che il fattore determinante nelle decisioni della Corte Suprema era la prospettiva politica dei giudici. Emerse allora il problema controverso della *judicial supremacy*. Dunque, la legittimazione che la Corte Suprema cercò fra gli argomenti di *Marbury* serviva non tanto a giustificare il *judicial review* quanto il possibile abuso del potere di controllo delle leggi da parte della Corte Suprema nel perseguimento di presunte priorità politiche in forza di una propria supremazia sugli altri poteri dello Stato. Insomma, per tutti i poteri dello Stato la Costituzione è ciò che i giudici della Corte Suprema dicono che sia, il che di norma diventa tanto più controverso quanto più le decisioni della Corte Suprema aprono fronti di scontro con altre istituzioni⁵⁰. Negli anni fra Ottocento e Novecento, allora, tanto tra gli accademici quanto tra l'opinione pubblica crebbe l'idea che il fattore

⁴⁹ 198 U.S. 45 (1905).

⁵⁰ Si veda B. Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, cit..

determinante nelle decisioni della Corte Suprema era la prospettiva politica dei giudici: la *judicial supremacy*.

Fu proprio negli anni della *Progressive Era*, quando per l'appunto la comunità più *liberal* patì i tentativi con cui la Corte Suprema cercava di costituzionalizzare i principi economici del *laissez-faire*, che emerse l'inconciliabilità della *judicial supremacy* con la natura democratica del sistema - quel paradosso che, nella dottrina americana, è noto come *countermajoritarian difficulty*, il cui conio - lo si ricordava già *supra* - si deve ad Alexandre Bickel e alla sua definizione della Corte Suprema come «deviant institution in the American democracy»⁵¹: quella parte di società che rimaneva incompresa, esclusa, estromessa dalle sentenze che la Corte Suprema - rigettandone gli interessi e i diritti - licenziò in quel torno di tempo si appellava alla natura antimaggioritaria della giustizia costituzionale, al nonsenso per cui chi non era eletto e sedeva sugli scranni della Corte aveva in potere di sindacare la condotta di chi era invece direttamente investito per volontà del popolo.

La cultura progressista americana conservò e ribadì questo tratto per tutta quella stagione in cui la Corte improntò la sua giurisprudenza al liberismo economico. In questo stato di cose, la *countermajoritarian difficulty* fu patrimonio esclusivo di quella dottrina, poiché per molto tempo, nella storia degli Stati Uniti, coloro che attaccavano la Corte erano di estrazione *liberal*, mentre chi la sosteneva era conservatore. Tale approccio, però, si dimostrò «more serviceable as a dissenting position than as a reigning ideology»⁵²: quando, infatti, durante gli anni della presidenza di Franklin Delano Roosevelt, la Corte Suprema sterzò finalmente il volante verso una giurisprudenza più sociale, coloro che avevano tentato di delegittimare il corso del *laissez-faire* di *Pollock*, *Lochner et similia* si

⁵¹ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, cit., p. 18. Solo qualche anno prima, il politologo Robert Dahl aveva invece dimostrato quanto raramente la Corte Suprema si trovasse in autentico dissidio con la *nation's lawmaking majority* (Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 *J. Pub. L.* 279 (1957)).

⁵² R.M. Cover, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, in 91 *Yale L.J.* 1287 (1982), p. 1289.

trovarono nelle condizioni di giustificare il nuovo indirizzo ricorrendo allo stesso metodo con cui la loro ascendenza scientifica aveva attaccato la versione conservatrice. I giudici Brandeis, Holmes e, più tardi, Stone per anni avevano dato corpo a una tradizione dissenziente rispetto alla giurisprudenza della Corte Suprema a difesa delle libertà economiche, enfatizzando il semplice assunto per cui la Corte Suprema, ogni volta che abbatteva una legislazione più perequativa delle risorse, minava le scelte indotte dalla maggioranza della società. La loro strategia di delegittimazione di quell'orientamento liberista faceva leva sulla superiorità del meccanismo democratico (legislativo) su quello giurisdizionale, antimaggioritario per definizione.

Tuttavia, chi aveva espresso energiche riserve sull'azione della Corte quando annullava le leggi sociali con cui la maggioranza del popolo era in sintonia non poteva - ora che l'orientamento giurisprudenziale era favorevole alle sue preferenze politiche - evitare di sottoporre le decisioni della Corte allo stesso vaglio. Le conseguenze sono state talvolta assurde, dal momento che, anche se la maggioranza stessa non lamentava la *countermajoritarian difficulty*, era nondimeno la dottrina a non poterne fare a meno: si pensi ai *reapportionment case*, ossia quelle decisioni come *Baker v. Carr*⁵³, *Wesberry v. Sanders*⁵⁴ e *Reynolds v. Simms*⁵⁵ con cui la Corte Suprema dichiarò *justiciable* le questioni relative al disegno dei distretti elettorali negli Stati, nonché formulò e applicò il parametro del *one-man, one-vote*. In questi frangenti, le Corti sembravano l'unica risorsa in grado di correggere il *malapportionment* che affliggeva l'esercizio del diritto di voto in alcune zone del Paese. Eppure, «legal academics were discontent with the decision, and leveled their criticism in countermajoritarian terms, odd though it was»⁵⁶.

Decisiva comparve, allora, nel 1938 la soluzione teorica elaborata nella famosa Nota quattro della sentenza *United States v. Carolene Products Co.*⁵⁷. Il caso, che la Corte Suprema decise per mano

⁵³ 369 U.S. 186 (1962).

⁵⁴ 376 U.S. 1 (1964).

⁵⁵ 377 U.S. 533 (1964).

⁵⁶ B. Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, cit., pp. 216-17.

⁵⁷ 304 U.S. 144 (1938).

del giudice Stone, riguardava il *Filled Milk Act* del 4 marzo 1923, con cui il Congresso aveva proibito il commercio interstatale del latte scremato addizionato con grassi vegetali e sintetici al posto di quello naturale. Nel dichiararne la piena legittimità rispetto al Quinto Emendamento, il *Chief Justice* Stone, redattore della sentenza, allegò al testo dell'opinione della Corte la suddetta Nota quattro:

«There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth [...].

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation [...].

Nor need we inquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious... or nations... or racial minorities [...]: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry».

Nel primo paragrafo di questo *caveat*, Stone faceva riferimento a quegli espliciti parametri, specificamente disposti dalla Costituzione nei primi dieci emendamenti del Bill of Rights, con cui giudicare della costituzionalità delle leggi.

Nel paragrafo successivo, lasciava invece intendere l'esistenza di divieti generalmente intesi dal Quattordicesimo Emendamento volti a colpire quelle leggi che limitassero l'accesso ai processi politici al momento del voto, nella fase di diffusione delle informazioni, nella organizzazione di movimenti e gruppi, nell'indizione di assemblee pacifiche pubbliche.

Nell'ultimo paragrafo, infine, indicava la necessità di un sindacato altrettanto stretto per tutte quelle leggi ispirate dal

pregiudizio (religioso, etnico, razziale) contro minoranze concentrate in aree o in gruppi (*insular*) e ben riconoscibili (*discrete*).

Negli anni in cui in Europa i totalitarismi manipolavano la volontà delle masse per sancire la priorità dello Stato o del partito sull'uomo e orchestravano, con metodi industriali, l'eliminazione fisica di alcune minoranze, l'inciso del giudice Stone prometteva di ribaltare la concezione maggioritaria della democrazia invalsa fino a quel momento. In questa prospettiva, la nuova Corte Suprema rooseveltiana - smessa quella sua vocazione a protezione della proprietà i cui titolari avevano sempre goduto del più largo accesso ai processi politici per patrocinare i propri interessi - prese ad accogliere le istanze di coloro che erano stati sistematicamente privati di un seppur minimo canale di influenza politica.

Per molti giuristi progressisti, la logica illustrata dal giudice Stone funzionò a giustificazione della sterzata riformista che la Corte favorì in quei decenni fino alla presidenza del *Chief Justice* Earl Warren. Alla eccezione antimaggioritaria, allora, si prese a replicare con una costruzione della stessa Costituzione federale - seguita e messa in opera dalla Corte Suprema - a garanzia delle minoranze dagli eventuali abusi della maggioranza:

«The general strategy has therefore not been to root in the document a set of substantive rights entitled to permanent protection. The Constitution has instead proceeded from the quite sensible assumption that an effective majority will not inordinately threaten its own rights, and has sought to assure that such a majority not systematically treat others less well than it treats itself - by structuring decision processes at all levels to try to ensure, first that everyone's interests will be actually or virtually represented (usually both) at the point of substantive decision, and second, that the process of individual application will not be manipulated so as to reintroduce in practice the sort of discrimination that is impermissible in theory»⁵⁸.

⁵⁸ J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, cit., pp. 100-101.

Carolene ha conferito alle Corti un ruolo destinato a non esaurirsi neppure quando ogni americano avrà sicuro il diritto di prender parte ai processi politici, né si estingue il bisogno di questa investitura, malgrado alcuni fenomeni di discriminazione siano stati debellati con la fine dell'*apartheid* americano:

«It will be a tragedy [...] if the progress we have made serves to justify a refusal to develop and extend *Carolene's* concern with the integrity of pluralist process to contemporary conditions. Long after discrete and insular minorities have gained strong representation at the pluralist bargaining table, there will remain many other groups who fail to achieve influence remotely proportionate to their numbers: groups that are discrete and diffuse (like women), or anonymous and somewhat insular (like homosexuals), or both diffuse and anonymous (like the victims of poverty). If we are to treat *Carolene* as something more than a tired formula, constitutional lawyers must develop paradigms that detail the systematic disadvantages that undermine our system's legitimacy in dealing with the grievances of these diffuse or anonymous groups»⁵⁹.

In conclusione, una lettura della Costituzione americana ne fa una sorta di contratto che disciplina e regola i diritti di cui gli individui sono titolari. Nella vigenza di questo contratto la Corte Suprema si accerta che le regole in esso contenute vengano applicate correttamente. Nel farlo, la Corte Suprema finisce per scontentare una parte della società. Là dove esistano differenze politiche, culturali, etiche è possibile che la giurisprudenza della Corte venga osteggiata, criticata, persino detestata da coloro le cui opzioni culturali e morali sono state disattese. Proprio come chi chiedeva leggi a sostegno delle classi sociali più fragili si sentiva tradito da una Corte che abbracciava la difesa dello *status quo* economico e sociale, chi è contrario all'aborto o all'eutanasia passiva, persino al matrimonio tra bianchi e neri, potrebbe sentirsi di abitare una comunità che rinnega i suoi principi di civiltà e di convivenza. Quella stessa parte si sentirebbe

⁵⁹ B. Ackerman, *Beyond "Carolene Products"*, in 98 *Harv. L. Rev.* 713 (1985), p. 742.

invece finalmente reintegrata nella comunità se la Corte ribaltasse la sua giurisprudenza e negasse protezione costituzionale a tali fattispecie. Ma, allora, a quel punto chi potrebbe attestare quale orientamento della Corte sia autenticamente rispettosa della lettera e dello spirito della Costituzione? Nella percezione comune, quello che conta di una sentenza non è quanto solido sia il fondamento giuridico, ma quali siano gli effetti che produce nella società. La *social illegitimacy* di una decisione della Corte si tramuta, cioè, nella *legal illegitimacy*. E l'argomento della *countermajoritarian difficulty* è stato ampiamente utilizzato per esecrare anche sotto il profilo giuridico decisioni che avevano avuto un traumatico e deplorable impatto sociale.

Il problema antimaggioritario, quindi, non si profila nella storia degli Stati Uniti come una difficoltà teorica immanente al sistema, ma piuttosto come una contingenza rispetto alle opzioni politiche, culturali e morali che la Corte Suprema disattende in un dato momento della storia. In altri termini, il *countermajoritarian dilemma* si presta a essere storicizzato, poiché insorse solo con l'affermarsi dell'orientamento delle Corti a difesa della proprietà e del libero mercato contro il nuovo modello di società redistributiva e assistenziale che veniva chiesta a gran voce dai gruppi che cercavano riscatto e integrazione sociale per continuare poi a ossessionare la dottrina *liberal* anche quando la Corte finalmente accolse le istanze progressiste.

ABSTRACT: This essay deals with the countermajoritarian dilemma, examining how the judicial review of legislation developed in the US constitutional experience. Since the beginning, the power of the courts to declare statute laws unconstitutional has been highly debated by legal scholars and in the political arena. Taking into specific account Jefferson's view on that issue, this essay analyses the roots and the development paths of the decentralised model of

Benedetta Barbisan

Thomas Jefferson, *Marbury v. Madison* e il *countermajoritarian dilemma*

constitutional adjudication, dealing with the US Supreme Court's case law in the nineteenth and twentieth century.

KEYWORDS: Thomas Jefferson, *Marbury v. Madison*, *countermajoritarian dilemma*, judicial review of legislation.

Benedetta Barbisan – Professoressa associata di Diritto pubblico comparato nell'Università di Macerata.