

Omar Chessa

# I giudici del diritto

Problemi teorici  
della giustizia costituzionale

FRANCOANGELI

**sdp**

Studi di

**Diritto Pubblico**

## Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



# STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**  
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

## REDAZIONE

Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

## COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale. La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (STUDI E RICERCHE), presenta una sezione (MINIMA GIURIDICA) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

*Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.*

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it) e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità

**Omar Chessa**

# **I giudici del diritto**

Problemi teorici  
della giustizia costituzionale

**FRANCOANGELI**

**SDP**

Studi di

**Diritto Pubblico**

Il volume è pubblicato grazie ai fondi del Cofinanziamento MIUR-PRIN 2010/2011 e ai fondi della Regione Autonoma della Sardegna (RAS) per “Progetto formazione a distanza”.

Copyright © 2014 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy 1ª edizione.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).*

# INDICE

**Introduzione** pag. 11

## **Parte Prima**

### **La *naturalità* della giustizia costituzionale e i suoi modelli**

<b>1. Il sillogismo di Marshall e la superiorità della costituzione</b>	» 17
1. Marbury v. Madison	» 17
2. Potere costituente popolare e <i>judicial review</i>	» 22
3. Perché la costituzione è norma superiore	» 26
4. La <i>specialità</i> della costituzione e la <i>tipicità</i> della legge	» 31
5. Le condizioni della giustizia costituzionale	» 41
6. L'applicazione diretta della costituzione	» 47
<b>2. L'alternativa tra accentramento e diffusione</b>	» 51
1. La regola e l'eccezione	» 51
2. La preferibilità del modello accentrato	» 58
3. La convivenza tra tribunale costituzionale e corte suprema nel modello accentrato-incidentale	» 65
<b>3. Modelli in crisi</b>	» 71
1. Evoluzioni del modello diffuso. La distinzione tra incostituzionalità <i>as-applied</i> e <i>facial</i>	» 71
2. Disposizione o norma? Una <i>querelle</i> classica sull'oggetto del giudizio costituzionale	» 77

3. Crisi del modello accentrato I: l'interpretazione conforme a Costituzione	pag. 83
4. Crisi del modello accentrato II: il rapporto tra diritto interno e diritto sovranazionale europeo	» 90
5. Convergenze e sovrapposizioni	» 97

## Parte Seconda

### La difficoltà contromaggioritaria

<b>1. Disaccordo e proceduralismo</b>	» 103
1. Da Marshall (e Hamilton) a Schmitt	» 103
2. La replica (apparente) di Kelsen	» 112
3. Disaccordo e «counter-majoritarian difficulty»	» 120
4. La risposta proceduralista	» 126
5. L'irresistibile pervasività del <i>moral reading</i>	» 136
<b>2. L'originalismo e la costituzione vivente</b>	» 141
1. L'originalismo e la difficoltà contromaggioritaria	» 141
2. Il vecchio originalismo	» 147
3. Il nuovo originalismo	» 160
4. <i>Interpretation e construction</i>	» 174
5. La costituzione vivente	» 188
<b>3. Il costituzionalismo popolare e politico</b>	» 201
1. Dal controllo <i>giudiziario</i> al controllo <i>popolare</i> di costituzionalità?	» 201
2. <i>Popular Constitutionalism</i> versus <i>Legal Constitutionalism</i>	» 213
3. Il costituzionalismo politico	» 226
4. I diritti contesi: chi li tutela meglio tra la giurisdizione e la legislazione?	» 234
<b>4. Sdrammatizzare la difficoltà contromaggioritaria</b>	» 241
1. Le questioni di moralità politica tra giurisdizione e legislazione	» 241
2. A che serve veramente la giustizia costituzionale?	» 248
3. L'equivoco della difficoltà contromaggioritaria	» 254
4. Il <i>New Commonwealth Model</i>	» 261
5. Le verità nascoste del proceduralismo, dell'originalismo e del costituzionalismo popolare	» 272



**Parte Terza**  
**Interpretazione costituzionale**

<b>1. La discrezionalità e i suoi principi</b>	pag. 279
1. La tesi della discrezionalità	» 279
2. Disposizioni e norme	» 289
3. Cosa significa veramente la distinzione tra regole e principi	» 297
4. Dai <i>principles</i> al <i>moral reading</i>	» 307
<b>2. Moralità politica e interpretazione costituzionale</b>	» 321
1. Il bilanciamento come fuga dall'argomentazione	» 321
2. Un'idea regolativa: la tesi della «risposta corretta»	» 326
3. L'interpretazione costituzionale per valori	» 329
4. Cognitivismo etico o tirannia dei valori?	» 340
<b>3. Le fatiche di Ercole</b>	» 353
1. La falsificabilità del diritto costituzionale vivente	» 353
2. Guerra di metafore	» 359
3. Tentazioni minimaliste	» 364
4. Dissensi e deliberazione	» 371

**Parte Quarta**

***Sovereignty of Parliament. Un modello alternativo***

<b>1. Due interpretazioni della sovranità parlamentare</b>	» 383
1. La <i>Sovereignty of Parliament</i> nel pensiero di Dicey e Wade	» 383
2. Sovranità permanente o necessaria?	» 389
3. Criterio cronologico e giudizi di validità	» 396
<b>2. La sovranità parlamentare in trasformazione</b>	» 401
1. Una novità antica: la «manner and form theory»	» 401
2. I Parliament Acts e il caso Jackson v. Attorney-General	» 406
3. L'European Community Act del 1972 e i Factortame Cases	» 414
<b>3. Una democrazia senza giustizia costituzionale</b>	» 419
1. La sovranità parlamentare come norma di <i>common law</i>	» 419
2. La sovranità parlamentare come «fatto politico»	» 426

## Indice

3. La sovranità parlamentare come principio di moralità politica	pag. 430
4. Una <i>Marbury</i> per il Regno Unito?	» 436
5. La sovranità bipolare	» 445
<b>4. Il mito della <i>unwritten Constitution</i></b>	» 451
1. Costituzioni rigide e flessibili; materia costituzionale e costituzione materiale	» 451
2. Il Bill of Rights Act del 1689 come origine (costituzionale) della sovranità parlamentare	» 456
3. La forza della democratizzazione	» 464

## Parte Quinta Giuspositivismo e costituzionalismo

<b>1. Il giuspositivismo (teorico) come <i>sources thesis</i></b>	» 471
1. La «tesi delle fonti»	» 471
2. Positivismo teorico, metodologico e ideologico	» 475
3. La tesi della separatezza	» 478
<b>2. Diritto e morale</b>	» 481
1. La contesa tra giuspositivismo inclusivo ed esclusivo	» 481
2. Origine convenzionale dei principi morali?	» 484
3. La connessione <i>interpretativa</i> tra diritto e morale	» 491
4. L'equivoco del neocostituzionalismo	» 497
<b>3. L'assillo semantico e il giuspositivismo teorico</b>	» 505
1. C'è <i>qualcosa</i> chiamato "diritto"?	» 505
2. <i>Legal paradigms</i>	» 512
3. «Abbiamo un testo costituzionale»	» 519
<b>4. La costituzione e le fonti</b>	» 527
1. La necessità della «costituzione in senso materiale»	» 527
2. La costituzione scritta come «realtà vivente»	» 530
3. L'autonomia epistemologica (e dogmatica) del concetto di costituzione	» 536
4. Può la consuetudine derogare alla costituzione? La norma di riconoscimento è regola sulla produzione?	» 542
5. Una digressione: esiste il diritto consuetudinario?	» 549

## *Indice*

<b>5. La vita del testo</b>	pag. 557
1. L'autorità della costituzione	» 557
2. I doveri della reciprocità	» 561
3. Il «fatto politico»	» 569
4. <i>Élites</i> e poliarchia	» 575
5. Classe governante, classe dirigente e classe politica	» 580
6. Struttura e sovrastruttura?	» 588
7. Transizioni in corso	» 596



## INTRODUZIONE

La dogmatica giuridica lavora sulle disposizioni vigenti, la teoria generale sui concetti presupposti.

Tuttavia è una divisione di compiti che non sempre si può tracciare facilmente. Non c'è dubbio che quando ci chiediamo se il legislatore distingue tra omicidio colposo e doloso, ci poniamo un classico problema dogmatico di diritto penale. Viceversa, la domanda “cos'è il diritto e cosa lo distingue da altri sistemi normativi?” impegna più il teorico che il giurista positivo. Però ci sono ampie zone grigie in cui i due approcci e ambiti disciplinari s'intrecciano e confondono. Come è il caso della giustizia costituzionale quando ci si interroga sui suoi presupposti, obiettivi e giustificazioni, cioè quando si vuole elaborare una *teoria* della giustizia costituzionale.

Il proposito di una teoria della giustizia costituzionale non è quello di indicare quali norme debbono correttamente trarsi dalle disposizioni in vigore. I suoi asserti aspirano a una validità generale non sconfessabile dagli istituti positivamente accolti da questo o quell'ordinamento particolare. Senonché sarebbe sbagliato e controproducente ignorare questi ultimi, come se l'approccio dogmatico fosse del tutto estraneo al compito di precisare il senso della giustizia costituzionale.

In questo saggio offro una teoria della giustizia costituzionale combinando assieme l'approccio dogmatico, il metodo della comparazione giuridica (che altro non è se non una particolare forma del primo) e la riflessione su alcuni concetti generali che sono normalmente presupposti dal diritto costituzionale contemporaneo: il concetto di costituzione, la questione della legittimazione democratica, la natura dell'attività giudiziale nell'interpretazione e applicazione del diritto (costituzionale).

Il lavoro si compone di cinque parti, articolate a loro volta in capitoli. A ciascuna parte corrisponde una tesi di fondo (o un grumo omogeneo di tesi di fondo).

Nella Parte Prima, *La naturalità della giustizia costituzionale e i suoi modelli*, si pongono le basi teoriche generali e si confrontano i diversi modelli di giustizia costituzionale e le loro evoluzioni. In particolare, prendendo le mosse dalla dottrina Marshall di *Marbury v. Madison* (1803), si investigheranno le ragioni della superiorità delle costituzioni scritte e si proporrà la tesi della *naturalità* della giustizia costituzionale, illustrandone condizioni e modalità di realizzazione. Inoltre, dopo avere distinto tra *judicial review of legislation* e applicazione diretta della costituzione, si prenderà in esame l'alternativa tra diffusione e accentrato del controllo di costituzionalità delle leggi e, nel caso dei modelli accentrati, il problema del rapporto tra tribunale costituzionale e corti supreme. Infine ci si interrogherà sulla crisi dei modelli (diffuso e accentrato), vagliando la reale portata degli eventi trasformativi che ne starebbero mutando la fisionomia.

Nella Parte Seconda, *La difficoltà contromaggioritaria*, si affronterà il problema della legittimazione della giustizia costituzionale, offrendo una nuova chiave di lettura del noto dibattito tra Hans Kelsen e Carl Schmitt e mostrando come siano entrambi sensibili a quello che, in seguito, la dottrina americana chiamerà «dilemma contromaggioritario». Si analizzerà, inoltre, il dibattito statunitense contemporaneo, prestando speciale attenzione sia alle tesi che tentano di conciliare il giudizio di costituzionalità con la difficoltà contromaggioritaria (specialmente il proceduralismo e l'originalismo), sia a quelle tesi che addirittura contestano la dottrina Marshall e la *judicial supremacy*. Infine, si proverà a “s drammatizzare” la difficoltà contromaggioritaria, offrendo una teoria generale sul senso e la funzione del controllo di costituzionalità delle leggi negli ordinamenti democratici contemporanei.

Nella Parte Terza, *Interpretazione costituzionale*, si focalizzerà l'attenzione sulla questione che più di ogni altra incide sulla legittimazione della giurisdizione costituzionale: la discrezionalità giudiziale nell'interpretazione e applicazione delle disposizioni costituzionali. In particolare, ci si chiederà se il problema del disaccordo nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali sui «diritti fondamentali e simili» sia reale ovvero uno pseudo-problema. A tale proposito si prenderà posizione sulla

ormai classica distinzione tra «regole» e «principi», che richiama il tema del rapporto tra diritto e morale, provando a offrire una diversa ricostruzione delle premesse e delle implicazioni di questo dibattito.

Nella Parte Quarta, *Sovereignty of Parliament: un modello alternativo*, l'attenzione si sposterà su quelle esperienze costituzionali che, pur essendo indubbiamente democratiche, non prevedono il *judicial review of legislation*, ma il principio della sovranità parlamentare. Ovviamente, si assumerà come paradigmatico il caso del Regno Unito, discutendo nel dettaglio le differenti versioni della dottrina della *parliamentary sovereignty* e le questioni teoriche ancora aperte. Inoltre, questo sguardo sul mondo britannico getterà luce sulla reale distinzione tra costituzioni scritte e non scritte, mostrando come – forse – la discrepanza tra i due modelli del *judicial review* e della *sovereignty of parliament* sia meno pronunciata di quanto sembri.

Nella Parte Quinta, *Giuspositivismo e costituzionalismo*, provo a sciogliere alcuni nodi teorici generali che hanno aleggiato o fatto capolino nei capitoli precedenti: dalla distinzione tra le diverse forme di positivismo giuridico alla collocazione del neo-costituzionalismo nel dibattito teorico contemporaneo, dal rapporto tra diritto e morale a quello tra *rule of recognition* e costituzione intesa come «regola del procedimento legislativo», con una coda finale sulla collocazione del concetto di costituzione nella giurisprudenza analitica e nella teoria politica. E mentre nella Parte Prima la questione teorica fondamentale è la *superiorità* della costituzione rispetto alle altre fonti, invece in quest'ultima Parte la domanda teorica essenziale riguarda la *normatività* e l'*effettività* della costituzione, cioè la ricerca del perché abbiamo il dovere giuridico di osservarne i precetti e del perché un documento costituzionale riesce a ottenere stabile obbedienza.

\* \* \*

Infine, un precisazione. La giustizia costituzionale può intendersi in senso ampio, ossia come «*risoluzione giudiziaria secondo norme giuridiche costituzionali positive delle più alte controversie politiche*», per riprendere una definizione nota<sup>1</sup>. Ma in questo libro mi occuperò solo del «nucleo della giustizia costituzionale», cioè della «*garanzia nei confronti delle leggi incostituzionali*»<sup>2</sup>. D'altronde, quello che forse è il problema

1. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012, 24.

2. I virgolettati sono tratti da G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., 24.

teorico centrale della giustizia costituzionale – la sua legittimazione a fronte della «difficoltà contromaggioritaria» – interessa principalmente, se non esclusivamente, il giudizio sulle leggi e assume rilievo marginale, se non inesistente, con riguardo alle altre funzioni dei tribunali costituzionali<sup>3</sup>.

3. Questa delimitazione di campo è peraltro confortata dall'uso linguistico prevalente, secondo cui «oggi, allorché si ragiona di giustizia costituzionale, si allude, per lo più, al riscontro, da parte di un organo giurisdizionale (che opera dunque in posizione di terzietà) tra costituzione (formalizzata e rigida) e norme a essa subordinate»: cioè si allude a quello che negli Stati Uniti è chiamato *judicial review of legislation* (il virgolettato è di L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, 5.).



PARTE PRIMA

LA *NATURALITÀ* DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE  
E I SUOI MODELLI



# I.

## IL SILLOGISMO DI MARSHALL E LA SUPERIORITÀ DELLA COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. *Marbury v. Madison* - 2. Potere costituente popolare e *judicial review* - 3. Perché la costituzione è norma superiore - 4. La *specialità* della costituzione e la *tipicità* della legge - 5. Le condizioni della giustizia costituzionale - 6. L'applicazione diretta della costituzione.

### 1. *Marbury v. Madison*

1.1. L'evento fondativo del *judicial review of legislation* è solitamente fatto risalire a *Marbury v. Madison* (1803)<sup>1</sup>.

Qualcuno ha messo in discussione questa datazione<sup>2</sup>. Ma è indubbio che la dottrina Marshall – dal nome del *Chief Justice* che presiedeva il

1. «Visto come il caso che ha istituito il *judicial review*, *Marbury* ha un ruolo fondativo e costitutivo nella teoria costituzionale generale. Rimuovi *Marbury*, e sparirebbe la dottrina costituzionale per come l'abbiamo finora conosciuta»: così R.H. Fallon, Jr., *Marbury and the Constitutional Mind: A Bicentennial Essay on the Wages of Doctrinal Tension*, in *California Law Review*, vol. 91, n. 1, 4 (trad. mia).

2. Infatti M.S. Paulsen, *The Irrepressible Myth of Marbury*, in *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 8, 2003, 2707 (trad. mia), scrive che «*Marbury v. Madison* non creò il concetto di *judicial review*, ma applicò principi solidamente radicati (*well-established*). L'idea che le corti avessero il potere indipendente e il dovere di rifiutare l'applicazione degli atti legislativi in contrasto con la Costituzione, era ampiamente accettata al tempo in cui capitò *Marbury*, cioè più di una dozzina di anni dopo la ratifica della Costituzione». Peraltro, «un simile potere e dovere era contemplato dai *Framers of the Constitution*, difeso pubblicamente da Alexander Hamilton nel *Federalist No. 78*, nonché ben riconosciuto dalle corti di molti stati già diversi anni prima rispetto a *Marbury*». La tesi non è certo nuova, e qualche decennio addietro S. Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, New Haven, 1990, 37, 60, sosteneva che nel periodo tra l'entrata in vigore della Costituzione federale e la sentenza *Marbury* cinque decisioni di corti statali e federali avessero accertato l'invalidità costituzionale di *statutes*. Ma lo studio più aggiornato di W.M. Treanor, *Judicial Before Marbury*, in *Stanford Law Review*, vol. 58, n. 2, 2005, 455-562, spec. 457, sostiene che i casi accertati sono almeno trentuno.

collegio e che redasse la pronuncia – è quella che per prima enuncia le ragioni a sostegno di quest'importante attribuzione del potere giudiziario.

In particolare, la dottrina Marshall si articola secondo questo sillogismo:

- a) tutti i giudici applicano il diritto, preferendo le norme superiori a quelle inferiori<sup>3</sup>;
- b) la Costituzione federale americana è *higher law*, diritto superiore rispetto a qualsiasi altro atto normativo<sup>4</sup>;
- c) tutti i giudici applicano la Costituzione; e poiché questa è una fonte di diritto sovraordinato, i giudici disapplicano gli atti che vi contrastano, cioè *possono e debbono esercitare un controllo giudiziale sulla validità costituzionale della legislazione*<sup>5</sup>.

3. In *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch), 177 (1803), si legge che «*it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret the law*» (cioè, «è per eccellenza il compito e il dovere del ramo giudiziale dire cosa è diritto. Coloro che applicano una norma a casi particolari devono necessariamente illustrare e interpretare il diritto», trad. mia).

4. «O la Costituzione è una fonte suprema, indisponibile ad emendamenti posti dalla legge ordinaria, o essa si colloca sullo stesso livello della legge ordinaria e, come ogni altra legge, viene modificata al volere e piacere del legislatore. Se è vera la prima parte di questa formulazione, allora la legge contraria alla Costituzione non è legge; *se è vera la seconda, allora le costituzioni scritte sono tentativi assurdi da parte del popolo di limitare un potere per sua natura illimitabile*» (*Marbury*, 5 U.S. (1 Cranch), 177 (1803) trad. e corsivo miei); e quindi, la costituzione scritta o è norma suprema oppure è solo un «tentativo assurdo».

5. E ciò è indubbiamente vero a prescindere dal fatto che sia solo una costituzione contenente discipline procedurali, relative ai modi di formazione di legge, ovvero una costituzione contenente anche discipline sostanziali: dal punto di vista della dottrina Marshall, affinché ci sia il controllo giudiziale sulla validità della legislazione è sufficiente che la costituzione definisca le regole del procedimento legislativo (in base alle quali i giudici possano riconoscere e dis-conoscere come “legge” gli atti normativi). Per questa ragione non si comprende perché R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e continuato da Piero Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2011, 354, ritenga che «evidentemente una costituzione “breve”, contenente solo norme di organizzazione, non (sia) suscettibile di applicazione giurisdizionale». A giudizio di Guastini tali norme costituzionali di organizzazione «si dirigono esclusivamente agli organi costituzionali supremi (il parlamento, il governo, il capo dello stato, etc.)», nel presupposto che questi siano «i soli competenti ad applicare – e dunque ad interpretare “autenticamente” – la costituzione»: sicché – sempre a giudizio di Guastini – «solo una costituzione “lunga”, che contenga anche norme “sostanziali”, può, in certe circostanze, essere applicata dagli organi giurisdizionali». In realtà, anche una costituzione organizzativa è, deve essere, suscettibile di applicazione giurisdizionale: se definisce le regole del procedimento legislativo, i giudici attingeranno da essa i criteri per valutare se gli atti legislativi sono viziati sotto il profilo formale; e se definisce le regole che ripartiscono le competenze tra gli organi costituzionali, egualmente – in assenza

In questo capitolo mi occuperò in particolare della premessa minore – la supremazia della costituzione – e lascerò da parte quella maggiore. Diversamente dalla prima, la seconda *sembra* enunciare una verità concettuale incontestabile: chi può, infatti, dubitare che interpretare e applicare il diritto sia compito e dovere del giudice? Tuttavia, come vedremo nella Parte II, è tutt'altro che pacifico che da questa premessa possa inferirsi la necessità del *judicial review of legislation*, specialmente del *substantive constitutional review*, cioè del controllo sostanziale (oltre che formale) di costituzionalità delle leggi<sup>6</sup>.

Ritornando alla premessa minore (cioè alla questione della supremazia della costituzione), va detto che secondo l'opinione contenuta in *Marbury* l'intento perseguito dagli artefici di una costituzione non può essere che quello di creare una norma più alta: «di certo coloro che hanno forgiato una costituzione scritta erano convinti di dare forma alla fondamentale e suprema legge della nazione»<sup>7</sup>. Considerando perciò la volontà dei padri costituenti, la costituzione federale americana non potrebbe che essere *higher law*. Tuttavia c'è chi ha criticato quest'argomento, osservando come «al tempo di Marshall (e in larga misura pure oggi) un certo numero di nazioni, pur avendo una costituzione scritta, riconoscesse nondimeno gli atti legislativi ordinari come diritto positivo pienamente in vigore, senza prevedere alcun controllo diretto a garantire la compatibilità di questi atti con la loro costituzione»<sup>8</sup>: e come prova si porta l'esempio della Francia, della Svizzera, del Belgio, ecc. Questo dimostrerebbe che non è affatto scontato che gli artefici della costituzione intendano sempre produrre una norma suprema, sovraordinata e garantita rispetto alla legge.

Va detto, però, che è la Costituzione federale, all'Article VI, a definire se stessa come «the supreme law of the land», cioè come la legge suprema del Paese: e ciò varrebbe come prova che i *Framers* percepissero il testo costituzionale come una fonte di *higher law*, di un diritto più alto rispetto a quello legislativo<sup>9</sup>. Ora, se questa premessa minore fosse

di diversa indicazione costituzionale – non potranno che essere i giudici a dirimere eventuali conflitti di competenza, applicando le norme costituzionali.

6. Il primo ad avere formulato in modo compiuto questo dubbio è W. Van Alstyne, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, in *Duke Law Journal*, 1, 1969, 23 ss., su cui ritornerò nella Parte Seconda.

7. *Marbury*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

8. L'argomento, e il virgolettato, sono di W. Van Alstyne, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, cit., 17 (trad. mia).

9. È la stessa *Marbury* a rilevarlo, laddove afferma che «nella dichiarazione di ciò che