

Thirty years on the Supreme Court bench. Ritratto, giurisprudenza e controversie di Clarence Thomas

di Daniele Camoni

Abstract: Thirty years on the Supreme Court bench. Portrait, jurisprudence and controversies of Clarence Thomas – October 23rd 2021 will mark the 30th anniversary since Clarence Thomas officially became an Associate Justice of the United States Supreme Court. First, a quick glance will be given to his nomination and confirmation process in front of the Senate Judiciary Committee. Then, a large analysis will be drawn on some of the most important issues of his legal thought and jurisprudence, both when he delivered the opinion of the Court and especially when he dissented or concurred. Finally, it will be highlighted how his (controversial) judicial philosophy has influenced the Supreme Court doctrine on some hot-button issues.

Keywords: Supreme Court nomination; originalism; natural law; affirmative action; stare decisis.

1. Premessa introduttiva

Il prossimo 23 ottobre 2021, Clarence Thomas ragionevolmente celebrerà il trentesimo anniversario del suo insediamento ufficiale presso la Corte Suprema degli Stati Uniti. Si tratta di un traguardo storico: a duecentotrent'anni dalla pronuncia della prima sentenza¹, solo sedici *Justices* su un totale di centoquindici (dei quali nove durante il Ventesimo secolo) sono rimasti in carica per un periodo di tempo almeno equivalente².

L'aneddoto statistico rappresenta solo l'appiglio introduttivo per costruire un ponte ideale verso più stimolanti riflessioni di merito, tra teoria e giurisprudenza. Sul punto, si impone innanzitutto un breve inquadramento del contesto politico-istituzionale nel quale è maturata la sua nomina e del discusso procedimento di *confirmation* presso il Senato³.

¹ Cfr. U.S. Supreme Court, *West v. Barnes*, 2 U.S. (2 Dall.) 401 (1791).

² Si tratta di A. Kennedy (1988-2018); J.P. Stevens (1975-2010); W.H. Rehnquist (1972-2005); B. White (1962-1993); W. Brennan (1956-1990); W.O. Douglas (1939-1975); H. Black (1937-1971); O.W. Holmes (1902-1932) e J.M. Harlan (1877-1911). Douglas detiene altresì il primato come Giudice più longevo di sempre (36 anni e 7 mesi ca.).

³ Sul procedimento di nomina e conferma dei giudici della Corte Suprema, valga per tutti H.J. Abraham, *Justices, Presidents and Senators. A History of the U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Bush II*, Lanham, 2007.

In secondo luogo, ampio spazio sarà dedicato alla *judicial philosophy* di Thomas, la quale presenta aspetti peculiari – spesso controversi o non sempre condivisi da colleghi che pure vantano il medesimo *background* ideologico – che la rendono un *unicum* all'interno di quello stesso universo giuridico conservatore ed originalista al quale egli è senza dubbio ascrivibile.

Sarà quindi prestata attenzione ad alcune tra le sue più rilevanti *opinions*, sia come parte della maggioranza sia, soprattutto, quale giudice dissenziente e/o concorrente, con l'obiettivo di porre in evidenza i principali tratti che caratterizzano l'intreccio tra l'interpretazione di alcune grandi categorie della dottrina giuridica e la risoluzione giurisdizionale dei casi concreti.

Infine, si guarderà all'incidenza delle sue posizioni giuridiche sulla giurisprudenza “storica” della Corte Suprema, evidenziando come i recenti “spostamenti” di quest'ultima verso posizioni sempre più conservatrici abbiano attribuito a Thomas un (inatteso?) protagonismo e conferito centralità ad un'interpretazione giuridica a volte considerata fin troppo “eterodossa” anche dagli stessi conservatori⁴.

2. La nomina ed il procedimento di hearing presso il Senato: alcuni spunti

Il 27 giugno 1991, Thurgood Marshall – illustre icona della comunità afroamericana – fu costretto ad annunciare le sue dimissioni dalla carica di giudice della Corte Suprema per motivi di salute. Tale sofferta rinuncia diventò così l'occasione per ricordarne i grandi successi quale autentico “pioniere” della partecipazione degli afroamericani alla vita pubblica delle istituzioni e strenuo difensore dei loro diritti in sede giudiziaria⁵.

Come è noto, egli è stato la seconda persona ad essere nominata giudice federale presso una Corte d'Appello (nel 1961), nonché il primo *Solicitor General* (nel 1965) ed il primo giudice della Corte Suprema (nel 1967) di origine afroamericana. Sul secondo fronte, valga ricordare soprattutto la sua partecipazione come avvocato in *Brown v. Board of Education of Topeka*⁶, che dichiarò (all'unanimità) l'incostituzionalità della segregazione razziale negli istituti scolastici.

Allo stesso tempo, pochi potevano immaginare che la scelta del successore avrebbe rappresentato uno dei momenti più controversi della

⁴ Per un ultimo spunto in questa direzione, si veda U.S. Supreme Court, *Biden v. Knight First Amendment Institute*, 593 U.S. __ (2021), Thomas, J., concurring, in ordine all'esigenza di ridefinire i confini del Primo Emendamento rispetto alle piattaforme digitali (Google, Facebook, Twitter) nell'esercizio del loro potere di escludere o rimuovere utenti e contenuti dalle stesse. Nessun giudice (neppure conservatore) si è associato all'opinione di Thomas.

⁵ Cfr. W. Haygood, *Showdown. Thurgood Marshall and the Supreme Court nomination that changed America*, New York, 2015.

⁶ U.S. Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954).

recente storia americana. La nomina di Thomas, il 1° luglio 1991, da parte del Presidente repubblicano G.H. Bush, infatti, rivestiva uno strategico (seppure contrapposto) significato politico, in quanto diretta non solo ad elevare al vertice del sistema giurisdizionale un giudice di provata fede conservatrice, bensì anche a recidere il tradizionale legame tra ideologia politica “progressista” e comunità afroamericana, attraendo il consenso delle corrispondenti associazioni e *lobby*⁷.

In questo senso, l'elemento razziale è stato decisivo nella scelta del nuovo componente della Corte Suprema, nella conduzione delle audizioni presso il *Judiciary Committee* del Senato e, come si vedrà, nell'interpretazione e valutazione delle sue posizioni giuridiche una volta assunta la carica di *Associate Justice*⁸.

Prima del “confronto” parlamentare, la sua scelta non suscitò invero particolari resistenze e pregiudizi di specifico carattere ideologico, sulla scorta di quelle che, nel 1987, avevano fatto naufragare la nomina di Robert Bork da parte del Presidente Reagan tra infinite polemiche⁹. La mancata conferma di quest'ultimo, infatti, rappresentò il primo momento della moderna storia americana nella quale la nomina di un candidato alla Corte Suprema fu respinta per ragioni “politiche”, a causa della volontà esplicita di Bork di spostare il pendolo giurisprudenziale verso una direzione fieramente conservatrice ed originalista, allora (ancora) minoritaria¹⁰.

Piuttosto, sorsero fin da subito – soprattutto tra i Senatori democratici presso il *Judiciary Committee* – serie incertezze a causa della sua giovane età (43 anni)¹¹, della inesperienza professionale e dell'incapacità di esporre in termini chiari ed esauritivi i contenuti della propria filosofia giurisprudenziale, spesso ritenuta ai limiti della testimonianza reticente¹².

⁷ Si veda C. Thomas, *Why Black Americans Should Look to Conservative Policies*, 18th June 1987 (discorso pronunciato presso la *Heritage Foundation*, noto *think tank* conservatore), disponibile in <https://www.heritage.org/political-process/report/why-black-americans-should-look-conservative-policies>.

⁸ Lo ricordano T.J. Lipping, “*Judge Thomas is the first choice*”: the case for Clarence Thomas, in 12 *Regent University Law Review* 397 (2000) e Y.M. Murray, *Cultural Implications of Judicial Selection*, in 79 *Cornell Law Review* 374 (1994).

⁹ Per una (prima) critica della *judicial philosophy* di Thomas, cfr. A.L. Higginbotham Jr., *An open letter to Justice Clarence Thomas from a federal judicial colleague*, in 140 *University of Pennsylvania Law Review* 1005 (1992).

¹⁰ Sulla mancata conferma di Bork quale “svolta” nella storia delle nomine alla Corte Suprema, si vedano le posizioni contrapposte di A. Ogundele, L. Camp Keith, *Reexamining the Impact of the Bork Nomination to the Supreme Court*, in 52(2) *Political Research Quarterly* 403 (1999) e F. Guliuzza III, D.J. Reagan, D.M. Barrett, *Character, Competency, and Constitutionalism: Did the Bork Nomination Represent a Fundamental Shift in Confirmation Criteria?*, in 75 *Marquarie Law Review* 409 (1992).

¹¹ Nel corso del Ventesimo secolo solo W.O. Douglas, nel 1939, è stato nominato con un'età inferiore (40 anni).

¹² Cfr. J.A. Baugh, C.E. Smith, *Doubting Thomas: Confirmation Veracity Meets Performance Reality*, in 19 *Seattle University Law Review* 455 (1996). Insistono sull'importanza dei profili non giuridici E. Chemerinsky, *October tragedy*, in 65(3) *Southern California Law Review* 1497 (1992) e M.J. Gerhardt, *Divided Justice. A Commentary on the Nomination*

A tal proposito, Thomas non si era laureato con il massimo dei voti nella sua classe universitaria, non aveva una brillante carriera forense alle spalle, non vantava alcuna esperienza accademica come professore universitario di prestigio, non aveva mai svolto un tirocinio in qualità di *law clerk* in Corti federali o presso la stessa Corte Suprema ed aveva esercitato funzioni giurisdizionali presso la Corte d'Appello del Distretto di Columbia unicamente per diciotto mesi (tra marzo del 1990 ed ottobre del 1991)¹³.

Inoltre, egli era (e rimane tuttora) l'unico candidato alla Corte Suprema ad aver ricevuto dalla influente *American Bar Association* (ABA) la valutazione (peraltro non unanime) di *qualified* e non quella massima – abituale tra i nominati alla Corte Suprema – di *well qualified*. Il dato non è secondario, se è vero che tutti i candidati successivi (scelti da Presidenti democratici e repubblicani), sono stati valutati *well qualified* all'unanimità, con la sola eccezione della recente nomina di Amy Coney Barrett, rispetto alla quale una minoranza dell'ABA ha ritenuto di giudicarla solo *qualified*.

Infine, sul piano delle funzioni pubbliche l'unica carica istituzionale di un certo rilievo da lui ricoperta era stata, non senza controversie, la Presidenza della *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) tra il 1982 ed il 1990, su nomina diretta del Presidente Reagan¹⁴.

Le estenuanti sessioni di *hearing* presso il *Judiciary Committee* si snodarono con regolare normalità in otto lunghe giornate, tra il 10 ed il 20 settembre 1991. Conclusa la fase preliminare ed in attesa del voto finale di conferma da parte del *Plenum* del *Senato*, il 6 ottobre 1991 il quotidiano *Newsday* rilanciò a livello nazionale le dichiarazioni della cronista giudiziaria Nina Totenberg, secondo cui Thomas avrebbe molestato sessualmente la professoressa Anita Hill quando entrambi prestavano servizio presso la EEOC.

La Commissione parlamentare (presieduta dall'allora *junior Senator* per il Delaware, Joe Biden) venne così nuovamente riunita d'urgenza per procedere ad ulteriori approfondimenti sul caso, nonché per ascoltare la deposizione sotto giuramento della sig.ra Hill e la replica di Thomas.

La situazione era del tutto eccezionale: nella storia della Corte Suprema, solo in due occasioni il *Judiciary Committee* è stato "riconvocato" dopo che aveva già espresso il proprio parere affinché la proposta presidenziale fosse sottoposta al voto dell'Aula¹⁵. Il 15 dicembre 1873, a

and Confirmation of Justice Thomas, in 60(4) *George Washington Law Review* 969 (1992), 985 ss.

¹³ Vedi A. Onwuachi-Willig, *Using the Master's "Tool" to Dismantle his House: Why Justice Clarence Thomas Makes the Case for Affirmative Action*, in 47 *Arizona Law Review* 113 (2005), 118-120.

¹⁴ Cfr. C. Thomas, *The Equal Employment Opportunity Commission. Reflection on a new Philosophy*, in 15(1) *Stetson Law Review* 29 (1985) e Id., *Affirmative Action Goals and Timetables: too tough? Not tough enough!*, in 5 *Yale Law & Policy Review* 402 (1987).

¹⁵ È consuetudine che la designazione del Presidente sia sottoposta al voto dell'Aula «with favorable recommendation». Fatto salvo il caso di Bork (la cui proposta fu

fronte della nomina dell'*Attorney General* G.H. Williams da parte del Presidente Grant, il Senato autorizzò il Comitato ad approfondire possibili conflitti di interesse di Williams all'epoca in cui egli ricopriva tale carica: l'8 gennaio 1874 Grant ritirò la candidatura.

Uno schema (in parte) analogo si ripeté il 26 gennaio 1925, con la nomina da parte del Presidente Coolidge dell'*Attorney General* H.F. Stone, coinvolto in una controversia a proposito di un'indagine da lui promossa nei confronti di un Senatore. Due giorni dopo, Stone divenne il primo giudice a comparire di persona dinanzi al *Judiciary Committee* ed il 2 febbraio 1925 la sua nomina venne confermata¹⁶.

La “seconda” comparizione di Thomas è ricordata come uno dei momenti più intensi (e mediatici, invero all'eccesso) nella storia delle nomine alla Corte Suprema¹⁷, essendo questa riuscita a mettere in secondo piano qualsiasi riflessione sul suo *curriculum* e la sua filosofia giuridica: in particolare, egli accusò in mondovisione il *Judiciary Committee* di aver consentito la realizzazione nei suoi confronti di un vero e proprio «high-tech lynching»¹⁸, simbolicamente equiparato alle terribili impiccagioni perpetrate dai gruppi suprematisti bianchi a carico della popolazione afro-americana.

Da ultimo, merita di essere sottolineato che la deliberazione conclusiva del Senato (il 15 ottobre 1991) non può essere ricostruita secondo quella logica “manichea” e ideologicamente polarizzata tra Democratici “progressisti” e Repubblicani “conservatori” – estranea alla tradizionale politica “compromissoria” americana – in forza della quale i Senatori votano secondo le direttive del proprio partito ed alla luce della loro appartenenza o meno a quello del Presidente¹⁹.

A fronte di una Camera alta composta da 57 Senatori democratici e 43 repubblicani, infatti, Thomas venne confermato con 52 voti favorevoli e 48 contrari: in particolare, fu decisivo il voto di undici Senatori del Partito Democratico, di ideologia conservatrice e provenienti soprattutto dagli Stati (già segregazionisti) del Sud-Est²⁰. Peraltro, si è trattato dell'ultima volta in

trasmessa all'Aula «with an unfavorable recommendation»), quella di Thomas fu inviata al Senato «with no recommendation».

¹⁶ Tali episodi sono descritti da B.J. McMillion, *Supreme Court Appointment Process: Senate Debate and Confirmation Vote*, Congressional Research Service, 22nd February 2021, 23-24, in <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44234.pdf>.

¹⁷ Cfr. W.L. Benoit, D.M. Hill, *A critical Analysis of Judge Clarence Thomas' Statement before the Senate Judiciary Committee*, in 49(3) *Communication Studies* 179 (1998).

¹⁸ S.Hrg. 102-1084, part 4, 11th October 1991, 157.

¹⁹ A conferma dell'assenza di logiche partitiche così polarizzate nell'esercizio di tale funzione, la nomina di Scalia (da parte di Reagan) nel 1986 era stata confermata dal Senato con 98 voti favorevoli e nessuno contrario e quella di Souter (da parte di G.H. Bush) nel 1990 con 90 voti favorevoli e 9 contrari. Allo stesso modo, anche le nomine di Bader Ginsburg e Breyer da parte di Clinton nel 1993-1994 verranno confermate quasi all'unanimità (96 a 3, nel primo caso e 87 a 9, nel secondo).

²⁰ Vedi *U.S. Senate: U.S. Senate Roll Call Votes 102nd Congress - 1st Session*. Sulle origini del segregazionismo statunitense, cfr. C. Vann Woodward, *The Strange Career of Jim Crow*, New York, 2002 (1^a ed. 1955).

cui un Senato “controllato” da un partito diverso da quello del Presidente in carica ha confermato una nomina – mai così controversa – alla Corte Suprema²¹.

Il 23 ottobre 1991, Clarence Thomas prestava il rituale *judicial oath* nelle mani del *Chief Justice* Rehnquist, diventando ufficialmente il 106° giudice nella storia della Corte Suprema degli Stati Uniti²².

3. *Originalism* e diritto naturale nel pensiero di Thomas

Nato nel sobborgo georgiano di Pin Point il 23 giugno 1948 e cresciuto dai nonni materni nella adiacente cittadina di Savannah con un’educazione fortemente religiosa ed improntata al sacrificio costante, Thomas si laureò in Legge presso l’Università di Yale, alla quale era stato ammesso (seppur afroamericano) in ragione dell’esistenza di un sistema di *affirmative actions* riservato alle minoranze etniche.

In seguito, prima di diventare Presidente della EEOC, collaborò con John Danforth – colui che poi ne avrebbe attivamente patrocinato la nomina alla Corte Suprema – sia durante l’esperienza di quest’ultimo come *Attorney General* del Missouri (1974-1976) sia come *legislative assistant* quando egli fu eletto Senatore (1979-1981). Nell’intervallo tra le due attività, egli ebbe una breve esperienza forense come esperto di diritto societario presso la multinazionale Monsanto²³.

In termini strutturali, la filosofia giuridica di Thomas presenta alcune caratteristiche generali ben definite, del tutto antitetiche a quelle del suo predecessore alla Corte Suprema.

All’idea di Thurgood Marshall di una Costituzione quale «living document»²⁴, egli contrapponeva la necessità di ricercare «the original understanding of the provision’s text»²⁵. A seguire, all’intenso attivismo giudiziario del primo – sintetizzabile nella massima secondo cui «you do what you think is right and let the law catch up»²⁶ – Thomas rispondeva con il tradizionale (oggi conservatore) *judicial restraint* ed, infine, ad una dimensione della legge «not as a set of abstract and socially unrelated

²¹ Nel corso del Ventesimo Secolo, ben dodici aspiranti *Justices* nominati da Presidenti repubblicani sono stati confermati da un Senato a maggioranza democratica. Viceversa, l’ultimo candidato “democratico” confermato da un Senato repubblicano è stato Rufus Peckham, nel 1895.

²² Ai sensi dell’art. VI Cost., i giudici della Corte Suprema sono tenuti altresì a prestare il *constitutional oath* (sebbene il mandato decorra ufficialmente dal *judicial oath*, di solito successivo).

²³ Tra le narrazioni (auto)biografiche, si vedano C. Thomas, *My Grandfather’s Son. A Memoir*, New York, 2007 e A.P. Thomas, *Clarence Thomas. A Biography*, San Francisco, 2001.

²⁴ T. Marshall, *The Constitution’s Bicentennial: Commemorating the Wrong Document?*, in 40 *Vanderbilt Law Review* 1337 (1987), 1342.

²⁵ C. Thomas, *Judging*, in 45(1) *University of Kansas Law Review* 1 (1996), 6.

²⁶ D.L. Rhode, *Letting the Law Catch up*, in 44 *Stanford Law Review* 1259 (1992), 1259.

commands of the sovereign, but as an effective instrument of social policy»²⁷ egli sostituiva il rigido distacco del giudice, il quale non doveva ricorrere alle ambiguità semantiche della norma «as a license to project our modern theories and preconceptions upon the Constitution»²⁸.

Nello specifico, il suo originalismo racchiude alcune sfaccettature degne di interesse, prima fra tutte quella relativa alla complessa centralità del diritto naturale²⁹, in combinazione con una rigida lettura testuale e secondo la *voluntas legislatoris* del diritto positivo³⁰.

La rilevanza di tale questione giuridica nella storia del costituzionalismo americano, in combinazione con la più ampia prospettiva dottrinale del testualista e/o originalista³¹, è stata ricondotta addirittura alla Dichiarazione di Indipendenza del 4 luglio 1776, laddove si afferma che tutti gli uomini (creati uguali) «are endowed by their Creator with certain unalienable Rights».

Pertanto, diritto naturale e Costituzione si tengono insieme senza alcuna soluzione di continuità, poiché the «Constitution is a logical extension of the principles of the Declaration of Independence»³².

La tematica manifesta fin da subito alcune complicazioni concettuali. In dettaglio, si è innanzitutto discusso sulle radici più profonde dell'esistenza di un vero e proprio *natural law*, distinto o meno dalla parallela esistenza di *natural rights*.

Nel primo caso, si può ricordare l'elaborazione di Joseph Story, giudice della Corte Suprema tra il 1812 ed il 1845 ed autore dei celebri *Commentaries on the Constitution of the United States* (pubblicati nel 1833). In particolare, il legame tra un diritto naturale, inteso come sistema di principî che regolano le condotte dell'agire umano secondo ragione, da un lato e diritti soggettivi

²⁷ W.J. Brennan Jr., *Tribute to Justice Thurgood Marshall*, in 40 *Maryland Law Review* 390 (1981), 396.

²⁸ C. Thomas, *Judging*, cit., 6.

²⁹ Cfr. J.S. Baker Jr., *Natural law and Justice Thomas*, in 12 *Regent University Law Review* 471 (2000). Per un'ampia ricostruzione dell'importanza del diritto naturale in Thomas, si veda S.D. Gerber, *First Principles: The Jurisprudence of Clarence Thomas*, New York, 1999, 36 ss.

³⁰ Una descrizione sistematica e per principî dell'originalismo di Thomas in R.A. Rossum, *Understanding Clarence Thomas: The Jurisprudence of Constitutional Restoration*, Lawrence, 2019.

³¹ Sul predetto legame, vedi D.F. O'Scannlain, *The natural law in the American tradition*, in 79 *Fordham Law Review* 1513 (2011), 1515.

³² C. Thomas, *The Higher Law Background of the Privileges or Immunities Clause of the Fourteenth Amendment*, in 12 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 63 (1989), 64. Un riferimento analogo da parte di E. Meese III, *Constitution Day Speech*, Dickinson College, 17th September 1985, 15, in <https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2011/08/23/09-17-1985.pdf>.

«Rights were neither a matter of legal privilege nor the benevolence of some ruling class. They were rights that existed in nature before governments and laws were ever formed».

naturali che da tale condizione discendono, dall'altro, è stato da questi plasmato nella voce *Natural Law* dell'*Encyclopædia Americana*³³.

Al contrario, altra dottrina ha sostenuto che «in contemporary philosophy, although they are frequently joined for rhetorical effect, there is scarcely any connection, substantive or formal, between natural law and rights»³⁴. Le due categorie si pongono così su piani diversi poiché, «whereas natural law assesses the propriety or ethics of individual conduct, natural rights assesses the propriety or justice of restrictions imposed on individual conduct»³⁵.

In secondo luogo, è opportuno considerare il legame tra la teoria filosofico-giuridica del diritto naturale e la corrispondente interpretazione della Costituzione. Tale tipo di riflessione, infatti, era già presente nel pensiero dei teorici e fondatori del “moderno” originalismo conservatore, quali Raoul Berger e Robert Bork³⁶.

Tuttavia, da un lato l'adozione di una prospettiva strettamente positivista e formalista ha portato il primo ad escludere l'esistenza di una «judicially enforceable 'higher law'»³⁷, riconducibile al diritto naturale e frutto di una Costituzione non scritta.

Dall'altro, Bork ammette l'esistenza di un preliminare diritto naturale (rispetto a quello positivo): tuttavia, il ricorso ai parametri interpretativi dell'*original intent* – accettato anche da Berger, seppur in forma più stringente – fa sì che egli non rinvenga nel diritto naturale stesso una successione di dettami morali autoritativi, in grado di essere imposti in modo vincolante da un giudice attraverso l'imperio delle disposizioni normative³⁸.

Quest'ultima considerazione permette di toccare l'ultimo – e più scottante – profilo del dibattito, quello relativo all'applicazione giurisdizionale della legge attraverso la “mediazione” del diritto naturale ed ai riflessi che la condivisione di tali principî può determinare rispetto alla concreta attività di *adjudication*.

³³ Cfr. J. Story, *Natural law*, in F. Lieber (cur.), *Encyclopædia Americana*, vol. IX, 1832, 150 ss.

³⁴ L.L. Weinreb, *Natural Law and Rights*, in R.P. George (cur.), *Natural Law Theory*, Oxford, 1992, 279.

³⁵ R.E. Barnett, *Getting Normative: The Role of Natural Rights in Constitutional Adjudication*, in 12 *Constitutional Commentary* 93 (1995), 108.

³⁶ Sul ruolo di Bork nella storia dell'originalismo americano, cfr. S.R. Vinceti, *L'originalista: l'interpretazione costituzionale nel pensiero e nella vita di Robert Bork*, in *DPCE Online*, 4, 2020, 4781-4816.

³⁷ R. Berger, *Natural Law and judicial Review. Reflections of an Earthbound Lawyer*, in 61(1) *University of Cincinnati Law Review* 5 (1992), 27. Sull'originalismo di Berger, vedi J.G. O'Neill, *Raoul Berger and the Restoration of Originalism*, in 96 *Northwestern University Law Review* 253 (2001).

³⁸ Cfr. R. Bork, *The tempting of America. The political Seduction of the Law*, New York, 1990, 66: «I am far from denying that there is a natural law, but I do deny [...] judges have any greater access to that law than do the rest of us». Ancor più chiaramente *ivi*, 209: «if the Founders intended judges to apply natural law, they certainly kept quiet about it».

Il binomio teoria/pratica non è capzioso, se è vero che l'autentica questione di fondo non è cogliere fino a che punto i Padri Costituenti sono stati influenzati dal diritto naturale, bensì comprendere se essi avessero predisposto una sorta di “serbatoio” applicativo dal quale i giudici avrebbero potuto attingere in assenza di disposizioni scritte³⁹.

In quest'ultimo senso, una prospettiva di diretta applicazione del diritto naturale era stata patrocinata soprattutto da Hadley Arkes⁴⁰, il quale aveva altresì criticato l'abbandono, da parte della maggioranza dei giudici conservatori, della dimensione “naturale” del diritto in favore di una più rassicurante prospettiva di originalismo positivista⁴¹.

Nel caso di Thomas, invece, la soluzione a questo interrogativo si snoda lungo due direttrici, rispettivamente anteriori e coeve rispetto al procedimento parlamentare di *hearing*. In relazione al primo livello, l'impostazione culturale di partenza conferma la sua specifica prospettiva conservatrice, secondo cui «natural rights and higher law arguments are the best defense of liberty and limited government»⁴².

Tuttavia, dinanzi al *Judiciary Committee* egli affermò di guardare alle concettualizzazioni sottese al diritto naturale solo in una prospettiva di teoria politica, quale “collante” per ricostruire una compiuta teoria dei diritti e non come strumento belligerante di implementazione giurisprudenziale: in proposito, «law is the background of our Constitution [...] it does not move to the front and that it is not positive law. They are two separate things»⁴³.

Sul versante pratico, la prospettiva “giurisdizionale” di Thomas sembra quindi sfumare (almeno in questo momento) verso una dimensione meno “militante” rispetto a quella più “radicale” di Arkes, seppur con alcune discordanze rilevate da diversi Senatori democratici in sede di Commissione⁴⁴.

In particolare, con riferimento ad un articolo giornalistico, a firma dell'imprenditore Lewis Lehrman, fortemente critico nei confronti della legalizzazione dell'aborto a seguito della celebre sentenza *Roe v. Wade*⁴⁵, egli aveva manifestato un chiaro favore a proposito della soluzione *pro-life* *ivi*

³⁹ Così. R. Berger, *Natural Law and Judicial Review*, cit., 17.

⁴⁰ Cfr. H. Arkes, *Constitutional Illusions and Anchoring Truths. The Touchstone of the Natural Law*, Cambridge, 2010 e Id., *Beyond the Constitution*, Princeton, 1990.

⁴¹ Si veda H. Arkes, *A natural law Manifesto or an Appeal from the Old Jurisprudence to the New*, in 87(3) *Notre Dame Law Review* 1245 (2012), 1249 ss.

⁴² C. Thomas, *The Higher Law Background*, cit., 63. Per un'ampia ricostruzione della sua lettura del diritto naturale, si veda K.A. Kennedy, *Reaffirming the Natural Law Jurisprudence of Justice Clarence Thomas*, in 9 *Regent University Law Review* 33 (1997), 50-66.

⁴³ S.Hrg. 102-1084, part 1, 12th September 1991, 238.

⁴⁴ Cfr. *ivi*, *passim*.

⁴⁵ U.S. Supreme Court, 410 U.S. 113 (1973). Il riferimento è a L. Lehrman, *The Declaration of Independence and the Right to Life. One Leads Unmistakably from the Other*, in *American Spectator*, Apr. 1987, 21-23.

enunciata (ritenuta «a splendid example of applying natural law»)⁴⁶ e di una sua eventuale traduzione giurisdizionale.

Incalzato a più riprese sull'argomento, Thomas esclude la possibilità di ricorrere al diritto naturale «as a basis for constitutional adjudication, except to the extent that it is the background in our Declaration»⁴⁷, smentendo altresì di aver mai sostenuto che la controversa lettura di Lehrman potesse trovare un'applicazione per via giudiziaria⁴⁸.

Un'analisi immediata della sua "giurisprudenza" – ancorata ad un *original intent* particolarmente stringente – consentirà di cogliere meglio le complicazioni di tali oscillazioni ed il ruolo assunto dalla teoria del diritto naturale, alla luce di un originalismo «that places the Declaration of Independence at the heart of the American conception of civil rights»⁴⁹.

4. Thomas, l'eguaglianza razziale e le affirmative actions

Tra le questioni interpretative che caratterizzano la *judicial philosophy* di Thomas, quelle relative alla "corretta" ricostruzione del principio di eguaglianza ed alla (il)legittimità costituzionale delle *affirmative actions* – in entrambi i casi, con particolare attenzione alla discriminazione per motivi razziali – hanno suscitato controversie mai del tutto sopite.

In tali fattispecie, oltre ad una solida applicazione dell'interpretazione originalista, la giurisprudenza di Thomas è stata influenzata in modo decisivo dalle sue origini ed esperienze di vita, con conseguenti ricadute sulle soluzioni che, a suo dire, dovevano (e, ancora oggi, devono) essere adottate per sconfiggere la lunga storia di sottomissione e razzismo nei confronti della comunità afroamericana⁵⁰.

Lo spunto biografico risulta tutt'altro che aneddótico. Sin da giovane, per sua stessa ammissione Thomas ha subito il fascino controverso del cosiddetto *Black nationalism* (affermatosi grazie a Marcus Garvey nel primo Novecento e, a partire dagli anni Sessanta, Elijah Muhammad e Malcolm X), secondo cui l'emancipazione della comunità nera dall'oppressione giuridica, istituzionale e sociale avrebbe potuto avere luogo solo attraverso una presa di coscienza della propria forza e dei propri valori, senza necessità di essere

⁴⁶ C. Thomas, *Why Black Americans Should Look to Conservative Policies*, cit., 8.

⁴⁷ S.Hrg. 102-1084, part 1, cit., 147.

⁴⁸ Per una critica aspra a tale "ritrattazione", cfr. K.A. Kennedy, *Reaffirming the natural law jurisprudence*, cit., 36. Sul punto, si veda anche C. Thomas, *No Room at the Inn. The Loneliness of the Black Conservative*, in *Policy Review*, 1991, 78, ove egli dichiarò che tale sua posizione rappresentava una *captatio benevolentiae* nei confronti dell'auditorio conservatore al quale si stava rivolgendo.

⁴⁹ S.D. Gerber, *Liberal Originalism: The Declaration of Independence and Constitutional Interpretation - Symposium: History and Meaning of the Constitution*, in 63 *Cleveland State Law Review* 1 (2014), 12.

⁵⁰ Cfr. J.K. Goldstein, *Calling Them as He Sees Them: The Disappearance of Originalism in Justice Thomas's Opinions on Race*, in 74 *Maryland Law Review* 79 (2014),

integrati e dover dipendere dai modelli di sussidio ed assistenza offerti dalla “società dei bianchi”⁵¹.

In questa dimensione, l’afroamericano già possedeva tutte le qualità per eccellere ed affermarsi da solo nel contesto sociale. Pertanto, non vi era alcun bisogno di cedere a politiche “integrazioniste”, dirette a perpetuarne l’inferiorità ed a “diluirne” l’identità razziale e culturale entro schemi giuridici che, dietro un egualitarismo di facciata, in realtà perseguivano un desiderio mai cessato di gerarchia e sottomissione⁵².

Detta *Weltanschauung* sul ruolo sociale degli afroamericani e, soprattutto, sulle modalità attraverso cui superare decenni di sottomissione e vessazioni troveranno traduzione coerente in una lettura ben definita della categoria dell’eguaglianza e delle soluzioni giuridico-giurisprudenziali attraverso le quali essa può o meno essere considerata tale.

Sul piano dell’impostazione generale, Thomas assume una posizione “dissidente” rispetto alle più significative elaborazioni della Corte Suprema sul punto, partendo dalla solitaria *dissenting opinion* pronunciata da Harlan in *Plessy v. Ferguson*⁵³ per arrivare a *Brown v. Board of Education*⁵⁴.

In relazione alla ritenuta costituzionalità della legge della Louisiana del 1890 che imponeva la segregazione tra neri e bianchi nel trasporto ferroviario – in quanto essa «do[es] not necessarily imply the inferiority of either race to the other»⁵⁵ – il celeberrimo dissenso di Harlan è chiaro nell’affermare il carattere *color-blind* della Costituzione (senza possibilità di riconoscere o tollerare classi differenziate di cittadini) e fustigare l’idea che alcuni di essi possano subire un trattamento peggiore in ragione della loro origine razziale⁵⁶.

Ad onor del vero, tale dissenso (possibilmente il più noto mai pronunciato da un giudice della Corte Suprema) è stato “dimenticato” per oltre mezzo secolo⁵⁷. Solo nel 1961, infatti, esso è stato (ri)evocato per la prima volta da Justice Douglas in *Garner v. Louisiana*, in una dimensione “proattiva” e progressista diretta ad evidenziare «the overriding constitutional requirement that all state power be exercised so as not to deny equal protection to any group»⁵⁸.

⁵¹ Si veda G. Peller, *Race Consciousness*, in 1990 *Duke Law Journal* 758 (1990).

⁵² Per P. Eisenstadt, *Introduction*, in Id., *Black conservatism. Essays in intellectual and political history*, New York-London, 1999, xi, «If [Blacks] play by [Whites] rules, and prove [their] worthiness according to [those] standards, [Whites] will have no choice but to accommodate [Blacks]».

⁵³ U.S. Supreme Court, 163 U.S. 537 (1896).

⁵⁴ U.S. Supreme Court, 347 U.S. 483 (1954).

⁵⁵ U.S. Supreme Court, *Plessy v. Ferguson*, cit., 544.

⁵⁶ *Ivi*, 559: «in view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens».

⁵⁷ Si veda R. Primus, *Canon, Anti-Canon, and Judicial Dissent*, in 48(2) *Duke Law Journal* 243 (1998).

⁵⁸ Cfr. U.S. Supreme Court, 368 U.S. 157 (1961), 185 (Douglas, J., concurring).

Ciononostante, attraverso una significativa eterogenesi dei fini, l'interpretazione di Harlan è stata successivamente "rivisitata" dalla dottrina e giurisprudenza conservatrici⁵⁹, con l'obiettivo di "assolutizzare" il principio così affermato e costituzionalizzarlo in una determinata lettura della *Equal Protection Clause* di cui al Quattordicesimo Emendamento.

Ne è derivato che, in quest'ultima prospettiva, la distinzione per classi razziali è sempre illegittima e ingiustamente stigmatizzante, non solo laddove la legge stabilisca che alcune di esse hanno minori diritti e opportunità ma anche nel caso in cui lo strumento normativo sia adoperato – in una prospettiva di eguaglianza sostanziale – per rimuovere tali ostacoli e garantire alle categorie discriminate parità di trattamento e di accesso a determinati servizi⁶⁰.

Tale "nuova" impostazione si è così riverberata, a sua volta, anche sulla soluzione vergata in *Brown* che, dichiarando l'illegittimità del terribile principio *separate but equal*, ha sancito la fine della segregazione razziale negli istituti scolastici⁶¹.

La critica di Thomas è presto sintetizzata. *Brown* non avrebbe introiettato l'autentico significato del dissenso di Harlan e la necessaria prospettiva originalista (e "naturale", poiché aderente allo spirito ad esso infuso dai Padri Costituenti) della *colorblindness* attribuitagli dalla reinterpretazione conservatrice⁶².

Al contrario, tale sentenza rappresentava un'opportunità mancata, in quanto aveva fondato l'incostituzionalità della segregazione a partire dal parametro sociale della (inesistente) inferiorità della comunità di colore, in tal modo perpetuando quella preliminare distinzione tra classi che la Costituzione non ammette⁶³, nonché quel sentimento di subalternità dei neri rispetto ai bianchi che può essere (erroneamente) rimediato solo "integrando" i primi rispetto all'interno della comunità sociale dei secondi⁶⁴.

⁵⁹ Sul tema, vedi W. McConnell, *Originalism and the Desegregation Decisions*, in 81 *Virginia Law Review* 947 (1995).

⁶⁰ Diffusamente sul tema S. Grinsell, "The Prejudice of Caste". *The Misreading of Justice Harlan and the Ascendancy of Anticlassification*, in 15 *Michigan Journal of Race and Law* 317 (2010).

⁶¹ Cfr. R.B. Siegel, *Equality Talk. Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional struggles over Brown*, in 117 *Harvard Law Review* 1470 (2004).

⁶² Per altre opinioni contrarie in seno alla Corte, vedi U.S. Supreme Court, *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980), 522 ss. (Stewart, J., joined by Rehnquist, J., dissenting) e *Metro Broadcasting v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990), 631 ss. (Kennedy, J., with whom Scalia, J., joins, dissenting).

⁶³ C. Thomas, *Toward a Plain Reading of the Constitution. The Declaration of Independence in Constitutional Interpretation*, 30 in *Howard Law Journal* 983 (1987)

⁶⁴ Cfr. U.S. Supreme Court, *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995), Thomas, J., concurring, 122: «if separation itself is a harm, and if integration therefore is the only way that blacks can receive a proper education, then there must be something inferior about blacks. Under this theory, segregation injures blacks because blacks, when left on their own, cannot achieve. To my way of thinking, that conclusion is the result of a jurisprudence based upon a theory of black inferiority».

Siffatta impostazione filosofico-giuridica ha trovato una prima traduzione giurisprudenziale in *Fordice v. United States*⁶⁵, discusso poche settimane dopo l'arrivo di Thomas presso la Corte Suprema. Nel caso di specie, a partire dagli anni Settanta il Mississippi era stato costretto ad introdurre *race-neutral policies* (sulla spinta di *Brown*), con l'obiettivo di superare il sistema giuridico di separazione totale tra bianchi e neri vigente nell'ambito dell'educazione universitaria.

Tuttavia, secondo la Corte Suprema la mera previsione astratta di tale disciplina non era sufficiente a dimostrare il superamento effettivo di prassi discriminatorie e di un regime differenziato tra università – ancora *de facto* distinte a seconda dell'appartenenza razziale – violando di conseguenza il principio di uguaglianza.

In materia, l'opinione concorrente di Thomas rivela plasticamente l'adesione alle linee maestre del *Black nationalism* sopra descritto. Da un lato, egli rivendica l'importanza dei centri educativi riservati alla sola comunità afroamericana, i quali (sebbene nati con un intento chiaramente razzista) hanno consentito a quest'ultima di avere una formazione di un certo livello durante il segregazionismo.

In questo senso, l'inesistenza di un obbligo giuridico per il loro mantenimento non può tradursi, al contrario, in un analogo divieto, pena l'ironico perseguimento di un obiettivo opposto a quello effettivamente voluto mediante politiche di (presunta) de-segregazione.

Emerge, in tale prospettiva, una orgogliosa difesa delle istituzioni "interne" della comunità nera, del modo di essere di quest'ultima e dei suoi valori, diversi e separati da quelli della predominante comunità bianca⁶⁶.

A suo avviso, l'obiettivo dell'integrazione non deve essere confuso con quello dell'assimilazione, dovendo invece essere raggiunto «by respecting this unique culture through the maintenance and operation of separate institutions that allow African-Americans to join together in collective associations which have [...] educational and social dimensions»⁶⁷.

Dall'altro, la *concurring opinion* mostra anche una forte empatia con le azioni giudiziarie rivolte a denunciare dette tipologie di discriminazioni. In particolare, l'esistenza di un ventaglio di politiche adottate durante la vigenza di un regime giuridico di segregazione riflette di per sé un chiaro intento discriminatorio, senza che sia necessario addossare al ricorrente alcuna prova di una specifica volontà in tal senso.

⁶⁵ U.S. Supreme Court, 505 U.S. 717 (1992).

⁶⁶ Vedi E. Brown, *Black like me? "Gangsta" culture, Clarence Thomas and afrocentric academies*, in 745 *New York University Law Review* 308 (2000).

⁶⁷ A.M. Johnson, Jr., *Bid Whist, Tonk and United States v. Fordice. Why Integrationism Fails African-Americans Again*, in 81(6) *California Law Review* 1401 (1993), 1403.

Con riferimento alla sempre controversa politica delle *affirmative actions*⁶⁸, l'opposizione senza compromessi di Thomas si fonda su un doppio ordine di motivazioni, di metodo e di merito.

Innanzitutto, egli ritiene che sia necessario imporre limiti precisi all'esercizio del potere politico, in una prospettiva (tipicamente conservatrice) di *limited government* che non debordi in un improprio attivismo normativo, anche laddove l'esistenza effettiva di un contesto di discriminazioni sostanziali potrebbe suggerire il contrario⁶⁹.

Sul piano sostanziale, già nella breve opinione concorrente redatta in *Adarand Constructors v. Peña*⁷⁰ emerge un preliminare richiamo ai profili del diritto naturale ed a quel «principle of inherent equality that underlies and infuses our Constitution»⁷¹, contenuto nella Dichiarazione di Indipendenza.

A partire da detto principio (“naturale”, in quanto pre-esistente alla sua traduzione in norma positiva) Thomas muove una feroce critica al sistema delle *affirmative actions*, attraverso una lettura della ricordata disposizione costituzionale in forza della quale non sono ammesse distinzioni per ragioni di razza.

Poiché lo stringente tenore letterale della *Equal Protection Clause* non ammette alcuna possibilità di trattare in modo differenziato le persone a seconda della loro appartenenza razziale (quale che sia la ragione), deve intendersi che tale piattaforma politica sia sempre contraria alla Costituzione, per quanto animata dalle migliori intenzioni.

Addirittura, egli afferma che il regime delle *affirmative actions* contribuisce a mantenere in vigore quelle discriminazioni che esso dichiara di contrastare, in quanto condanna, attraverso un intollerabile paternalismo moralista, le minoranze interessate «with a badge of inferiority and may cause them to develop dependencies or to adopt an attitude that they are 'entitled' to preferences»⁷².

Per Thomas, esiste quindi una piena equivalenza morale e costituzionale tra le cosiddette *Jim Crow laws* (implementate durante i tempi più oscuri del segregazionismo) e quelle leggi dirette a garantire eguali opportunità e benefici unicamente in ragione della razza, con l'obiettivo di raggiungere una (presunta) eguaglianza.

A livello generale, detta ricostruzione giuridica è frutto di una più ampia applicazione della *anticlassification theory* che, in antitesi alla

⁶⁸ Implementate a partire dall'*Executive Order* 10925 del 6 marzo 1961 (adottato da J.F. Kennedy). Una ricostruzione storica in P.F. Rubio, *A History of Affirmative Action. 1619-2000*, Jackson, 2001.

⁶⁹ Così, per C. Thomas, *Toward a Plain Reading of the Constitution*, cit., 989, «it is vital that Black Americans especially demand that the Constitution and the nation it forms be interpreted in its highest, not simply as an efficiently functioning instrument that parcels out goods to different competing interest groups».

⁷⁰ U.S. Supreme Court, 515 U.S. 200 (1995).

⁷¹ U.S. Supreme Court, *Adarand Constructors v. Peña*, cit. (Thomas, J., concurring), 240.

⁷² *Ivi*, 241.

*antisubordination theory*⁷³, rifiuta qualsiasi genere di classificazione di matrice razziale, anche laddove finalisticamente diretta al miglioramento delle condizioni di una determinata minoranza.

Tale inquadramento è stato poi costantemente ribadito da Thomas, con l'abituale intensità dialettica, nei dissensi espressi in tutte le più celebri controversie *racially-oriented* che la Corte Suprema ha giudicato nel merito a partire dal suo arrivo⁷⁴, da *Grutter v. Bollinger*⁷⁵ sino a *Fisher v. University of Texas (Fisher II)*⁷⁶.

A livello storico, l'irrilevanza del fattore razziale nella prospettiva conservatrice della *color blindness* era stata smentita dalla Corte Suprema fin dal primo grande caso da essa discusso sull'argomento (*Regents of University of California v. Bakke*): in particolare, secondo la *concurrency* di Brennan, tale lettura di stretta uguaglianza formale «has never been adopted by this Court as the proper meaning of the Equal Protection Clause»⁷⁷.

Tuttavia, l'interpretazione “conservatrice” del rapporto tra elemento razziale e strumenti volti a combattere le corrispondenti discriminazioni, in origine minoritaria, ha progressivamente trovato terreno fertile anche tra la maggioranza, riuscendo ad affermarsi con sempre maggior forza.

Riprendendo così le parole conclusive del *Chief Justice* Roberts nella *plurality opinion* in *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, «the way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race»⁷⁸. La “rilettura” conservatrice del *dissent* di Harlan in *Plessy* era così ufficialmente diventata la posizione maggioritaria in seno alla Corte Suprema.

⁷³ Ben esemplificata in U.S. Supreme Court, *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), Blackmun, J., concurring, 407: «In order to get beyond racism, we must first take account of race [...] And in order to treat some persons equally, we must treat them differently. We cannot – we dare not – let the Equal Protection Clause perpetuate racial supremacy». In dottrina, cfr. R.B. Siegel, *Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, in 117(5) *Harvard Law Review* 1470 (2004).

⁷⁴ Cfr. J.K. Goldstein, *Calling Them as He Sees Them*, cit., 95 ss.

⁷⁵ U.S. Supreme Court, 539 U.S. 306 (2003), Thomas, J., concurring in part and dissenting in part. A commento, si veda T. Brown-Nagin, *The transformative racial politics of Justice Thomas? The Grutter v. Bollinger opinion*, in 7(3) *Journal of Constitutional Law* 787 (2005).

⁷⁶ U.S. Supreme Court, 579 U.S. ___ (2016), Thomas, J., dissenting. Cfr. anche S.D. Gerber, *Clarence Thomas, Fisher v. University of Texas and the future of affirmative action in higher education*, in 50 *University of Richmond Law Review* 1169 (2016).

⁷⁷ U.S. Supreme Court, *Regents of University of California v. Bakke*, cit., 355.

⁷⁸ U.S. Supreme Court, 551 U.S. 701 (2007), 40-41. *Contra*, U.S. Supreme Court, *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. 291 (2014), Sotomayor, J., dissenting, 46: «The way to stop discrimination on the basis of race is to speak openly and candidly on the subject of race, and to apply the Constitution with eyes open to the unfortunate effects of centuries of racial discrimination». Il contrasto di opinioni tra Roberts e Sotomayor è stato analizzato da R. Turner, *The Way to Stop Discrimination on the Basis of Race*, in 11 *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties* 45 (2015).

Sul piano dei diritti civili, si consideri anche la recente giurisprudenza a proposito della *Section 5* del *Voting Rights Act* del 1965 (VRA). Tale disposizione stabiliva – in applicazione del Quindicesimo Emendamento – che, al fine di evitare discriminazioni razziali, la modifica delle regole elettorali in determinate suddivisioni amministrativo-territoriali (*covered jurisdictions*) fosse possibile solo su autorizzazione dell'*Attorney General* ovvero di un Tribunale in composizione collegiale del Distretto di Columbia⁷⁹.

Con la sentenza *Northwest Austin Municipal Utility District No. 1 v. Holder*⁸⁰, la Corte Suprema dichiarò che anche i distretti territoriali potevano sollecitare in sede giurisdizionale la loro sottrazione dal meccanismo di *preclearance* (cosiddetto *bailout*), eludendo tuttavia di pronunciarsi sulla costituzionalità della *Section 5*.

La questione è stata invece affrontata da Thomas in un'opinione separata, nella quale egli ha affermato che anche quest'ultima clausola eccedeva le competenze del Congresso per una corretta implementazione del principio costituzionale relativo all'esercizio del diritto di voto senza subire discriminazioni razziali.

Facendo leva sulla giurisprudenza "madre" contenuta in *South Carolina v. Katzenbach*, inoltre, a suo avviso non si davano più quelle condizioni straordinarie che, al momento dell'adozione del VRA, avevano eccezionalmente legittimato, in parole della stessa Corte Suprema, «an uncommon exercise of congressional power»⁸¹.

Tale posizione è stata da egli ribadita anche nella *concurring opinion* in *Shelby County v. Holder*, la quale ha dichiarato l'incostituzionalità della *Section 4.b*) in ordine agli specifici requisiti previsti dal *Civil Rights Act* per soddisfare l'applicazione effettiva del parametro della *preclearance*, senza tuttavia affermare l'illegittimità astratta di quest'ultimo meccanismo procedurale⁸².

Ciononostante, fino a quando il Congresso non introdurrà nuovi ed efficaci criteri applicativi, tale disciplina antidiscriminatoria continuerà a rimanere lettera morta, rendendo di fatto inattuabile la previsione della

⁷⁹ In particolare, tale regola (*preclearance*) doveva essere applicata, ai sensi della *Section 4.b*), «in any State or in any political subdivision of a state which (1) the Attorney General determines maintained on November 1, 1964, any test or device, and with respect to which (2) the Director of the Census determines that less than 50 percentum of the persons of voting age residing therein were registered on November 1, 1964, or that less than 50 percentum of such persons voted in the presidential election of November 1964».

⁸⁰ U.S. Supreme Court, 557 U.S. 193 (2009).

⁸¹ U.S. Supreme Court, 383 U.S. 301 (1966), 334. Al contrario, il mancato superamento delle discriminazioni razziali legittimerà il mantenimento del sistema di *affirmative actions* in U.S. Supreme Court, *Grutter v. Bollinger*, cit., 343: «We expect that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interest approved today».

⁸² U.S. Supreme Court, 570 U.S. 529 (2013).

Section 5 ed ostacolando il concreto esercizio del diritto di voto da parte di alcuni strati della popolazione⁸³.

Non è quindi irragionevole sostenere che, sottotraccia, la Corte Suprema abbia inflitto un colpo quasi mortale a tale importante strumento di tutela delle minoranze, senza però (ancora) spingersi a mettere in discussione, una volta per tutte, una regola ad oggi profondamente “anestetizzata”⁸⁴.

Come è noto, il “disegno” dei distretti elettorali – sempre politicamente connotato – rappresenta una delle armi più potenti a disposizione dei Parlamenti statali per incidere sul risultato finale delle elezioni, alterando in modo più o meno diretto il rapporto tra voto popolare e rappresentanza nelle istituzioni pubbliche e favorendo la predeterminazione di un ben definito “bacino elettorale”, in grado di condurre alla selezione “pilotata” di determinati candidati⁸⁵.

Infine, la questione razziale presenta importanti risvolti, nel pensiero di Thomas, anche in relazione ai confini “espressivi” del Primo Emendamento. È sufficiente ricordare la posizione assunta – sempre in solitario dissenso – in *Dawson v. Delaware* e *Virginia v. Black*.

Nel primo caso, la Corte Suprema annullò per violazione del Primo e del Quattordicesimo Emendamento una sentenza della Corte Suprema del Delaware che aveva confermato una condanna alla pena capitale basandosi, tra gli altri indizi, sulla appartenenza del ricorrente ad un’associazione di stampo neo-nazista (*Aryan Brotherhood*).

Thomas dissentì vigorosamente, contestando in modo sarcastico che la militanza in tale organizzazione fosse mera espressione di un pensiero astratto, irrilevante rispetto alle condotte concrete oggetto di giudizio⁸⁶. In secondo luogo, egli criticò il metro di giudizio asimmetrico applicato nella valutazione del carattere dell’imputato, rispetto al quale erano stati tenuti in considerazione tutti gli elementi a suo favore (tra i quali, la partecipazione

⁸³ Sulla parallela (e più complessa) applicabilità del contrapposto meccanismo di *bail-in* della *Section 3(c)* del VRA, cfr. EK. Olds, *More than Rarely Used: A Post-Shelby Judicial Standard for Section 3 Preclearance*, in 117 *Columbia Law Review* 2185 (2017).

⁸⁴ Vedi M. Hauer, *Shelby County v. Holder. Why Section 5 of the Voting Rights Act is constitutional and remains necessary to protect minority voting rights under the Fifteenth Amendment*, in 38 *Vermont Law Review* 1027 (2014). Recentemente, U.S. Supreme Court, *Abbott v. Perez*, 585 U.S. ___ (2018), *Opinion of the Court*, 21, ha altresì affermato che «whenever a challenger claims that a state law was enacted with discriminatory intent, the burden of proof lies with the challenger, not the State», operando una presunzione di buona fede rispetto alle decisioni statali di *redistricting*.

⁸⁵ Cfr. G. Naglieri, *Una impervia strada da Bandemer a Rucho: tutela della democrazia rappresentativa e valore della legittimazione giudiziale alla prova del partisan gerrymandering*, in *DPCE online*, 4, 2020, 4603-4630.

⁸⁶ U.S. Supreme Court, 503 U.S. 159 (1992), 173 (Thomas, J., dissenting): «Aryan Brotherhood does not exist merely to facilitate formulation of abstract racist thoughts, but to ‘respon[d]’ to gangs of racial minorities. The evidence thus tends to establish that Dawson has not been ‘a well-behaved and well-adjusted prisoner’».

all'associazione Alcolisti Anonimi) ma non quello aggravante della appartenenza alla citata organizzazione⁸⁷.

Nel secondo, si discorreva della costituzionalità di una legge della Virginia che puniva con la sanzione penale l'incendio di croci religiose (storicamente riconducibile alla simbologia minatoria del Ku Klux Klan)⁸⁸. La Corte Suprema dichiarò illegittima la legge, in quanto diretta a colpire tale comportamento sulla base di una *prima facie evidence provision* che identificava in esso una condotta sempre e comunque intimidatoria⁸⁹.

Intervenendo nella discussione orale (in via del tutto eccezionale)⁹⁰, Thomas evidenziò la forte carica emotiva di tale gesto, espressivo di un vero e proprio “regno del terrore” in determinate aree degli Stati Uniti durante più di cent'anni. Inoltre, egli lasciò trasparire l'idea che vi fosse una (ingiusta) sottovalutazione di tali condotte – ricondotte in modo semplicistico al Primo Emendamento – e del loro intrinseco significato minaccioso ed aggressivo per qualsiasi afroamericano⁹¹.

Nell'unica opinione dissenziente allegata alla sentenza (e fortemente connotata dal suo vissuto personale)⁹², egli esclude che, nel caso di specie, l'atto in esame potesse essere in qualche modo sussunto entro i confini della rassicurante fermezza della libertà di espressione: la legge della Louisiana, infatti, sanzionava solo condotte che sfociavano in vere e proprie azioni di terrorismo domestico⁹³ e non, come ritenuto dalla Corte, libere manifestazioni di pensiero protette dalla Costituzione⁹⁴.

La complessa filosofia giurisprudenziale di Thomas in ordine ai profili razziali presenta numerosi addentellati e spunti di riflessione che, pur controversi e spesso minoritari, hanno comunque trovato spazio nella

⁸⁷ *Ivi*, 175: «Membership in Alcoholics Anonymous might suggest a good character, but membership in the Aryan Brotherhood just as surely suggests a bad one».

⁸⁸ Cfr. U.S. Supreme Court, 538 U.S. 343 (2003). Si veda J.L. Swanson, *Unholy Fire: Cross Burning, Symbolic Speech, and the First Amendment Virginia v. Black*, in *Cato Supreme Court Review*, 2002-2003, 81-104.

⁸⁹ Per un caso analogo, cfr. U.S. Supreme Court, *R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

⁹⁰ È nota l'assoluta ritrosia di Thomas a formulare domande alle parti in tale contesto: sul tema, vedi D.A. Karp, *Why Justice Thomas should speak at oral argument*, in 61 *Florida Law Review* 611 (2009).

⁹¹ *Transcript of Oral Argument*, 21-24.

⁹² Il parallelismo storico corre a U.S. Supreme Court, *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), 646 (Frankfurter, J., dissenting): «One who belongs to the most vilified and persecuted minority in history is not likely to be insensible to the freedoms guaranteed by our Constitution».

⁹³ Con suggerito da Scalia, *Transcript of Oral Argument*, cit., 30, «if you were a black man at night, you'd rather see a man with a rifle than see a burning cross on your front lawn». Sulla giurisprudenza di Thomas in materia di Primo Emendamento, cfr. S.T. Lichtman, *Black Like Me. The Free Speech Jurisprudence of Clarence Thomas*, in 114(2) *Penn State Law Review* 415 (2009).

⁹⁴ U.S. Supreme Court, *Virginia v. Black*, cit. (Thomas, J., dissenting), 394: «[...] just as one cannot burn down someone's house to make a political point and then seek refuge in the First Amendment, those who hate cannot terrorize and intimidate to make their point».

giurisprudenza della Corte Suprema, sia come orgoglioso dissenso nelle opinioni dissenzienti e concorrenti (anche rispetto ai colleghi conservatori), sia soprattutto in ragionamenti alla fine divenuti maggioritari in diverse *opinions of the Court*.

5. L'influenza di Justice Thomas sulla giurisprudenza della Corte Suprema. In particolare, Secondo Emendamento e finanziamento delle campagne elettorali

La singolarità del pensiero di Thomas ha però trovato soprattutto modo di incidere in termini significativi all'interno di due tra le tematiche più divisive e, allo stesso tempo, importanti nello scenario politico-istituzionale e sociale degli Stati Uniti: il diritto (e gli eventuali limiti) di detenere e portare armi – sancito dal Secondo Emendamento – e la regolazione legislativa dei confini economico-finanziari delle campagne elettorali.

Nel primo caso, occorre evidenziare che, prima della significativa svolta segnata da *District of Columbia v. Heller*⁹⁵, la Corte Suprema si era occupata in rarissime occasioni di interpretare contenuto e possibili confini di tale previsione costituzionale (l'ultima volta nel 1939)⁹⁶, senza peraltro mai affrontare in modo diretto e generale le problematiche definitorie relative all'esistenza di un diritto soggettivo di possedere armi.

In una sentenza (affidata per la redazione a Justice Scalia)⁹⁷ nella quale le dimensioni testualista e originalista la fanno assolutamente da padrone, il riconoscimento di tale diritto in capo a qualsiasi cittadino statunitense risulta tributario delle sopra ricordate suggestioni di Thomas e, soprattutto, della sua interpretazione ed applicazione del diritto naturale.

Secondo la maggioranza dei membri della Corte, il *right to keep and bear arms* si configura come un vero e proprio diritto naturale, pre-esistente alla sua traduzione scritta nel Secondo Emendamento e solo successivamente codificato da parte della citata disposizione⁹⁸.

Pertanto, non si tratta di una posizione soggettiva assente prima che la Costituzione provvedesse a riconoscerla o che può essere

⁹⁵ U.S. Supreme Court, 554 U.S. 570 (2008). Un commento sistematico in S. Cornell, N. Kozuskanic (cur.), *The Second Amendment on Trial: Critical Essays on District of Columbia v. Heller*, Amherst, 2013.

⁹⁶ Cfr. U.S. Supreme Court, *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542 (1876); *Presser v. Illinois*, 116 U.S. 252 (1886) e *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939).

⁹⁷ Per una critica "originalista", si veda E. Schaerer, *What the Heller? An Originalist Critique of Justice Scalia's Second Amendment Jurisprudence*, in 82 *University of Cincinnati Law Review* 795 (2018).

⁹⁸ Per una precedente ricostruzione dottrinale, cfr. S.J. Heyman, *Natural Rights and the Second Amendment*, in 76 *Chicago-Kent Law Review* 237 (2000). Una lettura antitetica – la quale riconosce tale diritto in termini di *collective right* unicamente in capo ad una *well-regulated militia* connotata in senso militare – è stata invece fornita da C.T. Bogus, *The History and Politics of Second Amendment Scholarship: A Primer*, in 76 *Chicago-Kent Law Review* 3 (2000), nonché dalle opinioni dissenzienti di Stevens e Breyer in *Heller*.

indiscriminatamente limitata nel suo nucleo essenziale dall'azione del Legislatore⁹⁹. Al contrario, il Costituente si è limitato a prendere atto dell'esistenza di una anteriore e consolidata interpretazione socio-culturale – riconducibile addirittura alla tradizione di *common law* inglese¹⁰⁰ – a proposito di un innato diritto umano¹⁰¹, poi trasfuso nel documento fondativo del costituzionalismo statunitense¹⁰².

Ai fini che qui interessano, si impone una ricognizione dei costanti riferimenti al diritto naturale, sia su un generale piano dottrinale, sia rispetto al diritto costituzionale implementato in alcuni Stati membri ed interpretato dai corrispondenti organi giurisdizionali.

Nel primo caso, la ricostruzione storico-teorica muove dal pensiero di Blackstone, plasmato nei celeberrimi *Commentaries on the Laws of England* del 1765. In particolare, il riferimento al diritto di possedere armi era stato declinato da quest'ultimo come «natural right of resistance and self-preservation»¹⁰³ e, in seguito, recepito nella dottrina americana attraverso il pensiero di St. George Tucker (autore di una fortunata edizione d'Oltreoceano dei Commentari blackstoniani), William Rawle ed i già menzionati Commentari alla Costituzione statunitense di Story¹⁰⁴.

Con riferimento alla legislazione di rango costituzionale, invece, *Heller* ripercorre le disposizioni analoghe al Secondo Emendamento – ed anteriori alla Costituzione del 1787 – presenti nello Statuto della Georgia del 1770, nelle Dichiarazioni dei Diritti della Pennsylvania e della North Carolina del 1776, del Vermont del 1777 e nella Costituzione del Massachusetts del 1780, ognuno dei quali «secured an individual right to bear arms for defensive purposes»¹⁰⁵.

In questa direzione, un altro significativo richiamo al diritto naturale è dato dal commento di Justice Wilson (1789-1798) a proposito dell'art. IX, §21 della Costituzione della Pennsylvania del 1790, interpretata quale «great natural law of self preservation»¹⁰⁶.

Infine, a livello giurisprudenziale Scalia richiama la celebre sentenza *Nunn v. State* della Corte Suprema della Georgia, la quale, nel dichiarare l'esistenza di un «natural right of self-defence»¹⁰⁷, dichiarò per la prima volta

⁹⁹ U.S. Supreme Court, *District of Columbia v. Heller*, cit., 19 ss.

¹⁰⁰ Il primo riferimento corre alla previsione del *Bill of Rights* del 1689, secondo cui «the subjects which are Protestants may have arms for their defense suitable to their conditions and as allowed by law».

¹⁰¹ *Funditus* sull'argomento D.B. Kopel, P. Gallant, J.D. Eisen, *The Human Right of Self-Defense*, in 22 *Brigham Young University Journal of Public Law* 43 (2007).

¹⁰² Cfr. anche U.S. Supreme Court, *United States v. Cruikshank*, cit., 553.

¹⁰³ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, 1765, 139. *Contra*, U.S. Supreme Court, *District of Columbia v. Heller*, cit., Stevens, J., dissenting, 30 ss.

¹⁰⁴ Cfr. U.S. Supreme Court, *District of Columbia v. Heller*, cit., 32-37.

¹⁰⁵ *Ivi*, 29.

¹⁰⁶ M.D. Hall, K.L. Hall (cur.), *Collected Works of James Wilson*, vol. II, 2007, 1142.

¹⁰⁷ 1 Ga. (1 Kel.) 243 (1846), 251.

l'illegittimità costituzionale di una restrizione sulla detenzione d'armi per contrasto con il Secondo Emendamento.

La prospettiva originalista impiegata dalla maggioranza risulta quindi debitrice in termini significativi della ricostruzione filosofico-giuridica particolarmente apprezzata da Thomas. Peraltro, si consideri che, già un decennio prima, egli aveva avuto modo di “anticipare”, in solitario, la propria interpretazione del Secondo Emendamento nell'opinione concorrente pronunciata in *Printz v. United States*, affermando l'esistenza di un diritto naturale (ed individuale) di detenere armi¹⁰⁸.

Allo stesso modo, in *McDonald v. City of Chicago* Thomas ha formulato una solitaria *concurring opinion*, dichiarando che tale diritto avrebbe dovuto essere inquadrato nella *Privileges or Immunities Clause* del Quattordicesimo Emendamento e non, invece, trovare fondamento nel più fragile «tenuous footing»¹⁰⁹ rappresentato dalla *Due Process Clause*.

In termini ancor più estensivi, si veda anche il suo vigoroso dissenso al diniego di *certiorari* in *Rogers v. Grewal*¹¹⁰: sul punto, può essere interessante notare come tale *dissenting opinion* sia stata condivisa solo da Kavanaugh, il quale ha tuttavia rifiutato di aderire al paragrafo II, ove Thomas afferma (con ampi richiami al diritto naturale, alla tradizione di *common law* ed alla stagione costituente americana) che il Secondo Emendamento garantisce un ampio diritto soggettivo al trasporto delle armi da fuoco anche al di fuori del privato domicilio.

In relazione a quest'ultimo profilo, si segnala che, il 26 aprile 2021, la Corte Suprema ha concesso il *certiorari* a *New York State Rifle & Pistol Association v. Corlett* (il quale caso verrà presumibilmente discusso e deciso durante la nuova sessione della Corte, a partire da ottobre 2021), in ordine alla (in)costituzionalità delle limitazioni imposte dallo Stato di New York per il porto occulto di armi fuori dall'ambito domiciliare¹¹¹.

Se si esclude *Caetano v. Massachusetts* (2016) – a proposito della tipologia di armi da fuoco “coperte” dal Secondo Emendamento¹¹² – si tratta del primo *firearm case* dai tempi di *Heller* (2008) e *McDonald v. City of Chicago* (2010) sul quale la Corte Suprema si pronuncerà nel merito, probabilmente

¹⁰⁸ U.S. Supreme Court, 521 U.S. 898 (1997), Thomas, J., concurring, 937 ss. Tale opinione concorrente non era stata condivisa da nessun altro componente della maggioranza (neppure dai conservatori Rehnquist, O'Connor, Scalia e Kennedy).

¹⁰⁹ U.S. Supreme Court, 561 U.S. 742 (2010), Thomas, J., concurring, 8.

¹¹⁰ U.S. Supreme Court, 590 U.S. __ (2020).

¹¹¹ Quest'ultimo già ammesso da *Wrenn v. District of Columbia*, 864 F.3d 650 (D.C. Cir. 2017). Non essendo però la sentenza stata impugnata dinanzi alla Corte Suprema, tale estensione del Secondo Emendamento è rimasta circoscritta (per ora) al solo livello “statale” del District of Columbia.

¹¹² Cfr. U.S. Supreme Court, 577 U.S. __ (2016).

scrivendo un altro importante capitolo di questa delicata quanto controversa “giurisprudenza di settore”¹¹³.

Guardando, invece, alla complessa disciplina normativa delle risorse finanziarie impiegate nel corso delle elezioni/campagne elettorali, la questione appare ancor più complessa. In termini generali, la prima regolamentazione degli ingenti flussi economico-finanziari sottesi alle tornate elettorali risale al *Tillman Act* del 1907, il quale introdusse (invero con scarso successo), su impulso del Presidente Theodore Roosevelt, un divieto di donazioni in denaro da parte delle *corporations* e di istituti bancari nazionali a qualsiasi candidato ad una carica federale.

Bisognerà però attendere fino agli anni Settanta – prima, con l’approvazione del *Federal Election Campaign Act* (FECA) del 1971 e, poi, con la creazione della *Federal Election Commission* (FEC), nel 1974 – affinché siano introdotti una legislazione capillare in materia ed un organo dotato di indipendenza e poteri autoritativi.

Il dibattito giuridico e giurisprudenziale sulla materia prende le mosse dal celebre caso *Buckley v. Valeo*¹¹⁴ e dalla possibilità (poi confermata, con riferimento alle società, in *First National Bank of Boston v. Bellotti*)¹¹⁵ di ricondurre le variegate attività di finanziamento e spesa elettorale entro i confini “espressivi” del Primo Emendamento.

Da un lato, la Corte Suprema dichiarò che i limiti al finanziamento “monetario” ai candidati da parte dei privati (*contributions*) ed il conseguente obbligo di *disclosure* erano conformi alla Costituzione, in quanto diretti a salvaguardare «the integrity of the electoral process without directly impinging upon the rights of individual citizens and candidates to engage in political debate and discussion»¹¹⁶.

Dall’altro, però, venne dichiarata l’illegittimità costituzionale di altri limiti di spesa quali, ad esempio, quelli destinati a sostenere o contrastare determinati candidati sotto forma di *independent expenditures*, quelli imposti ai singoli candidati con l’utilizzo di fondi propri e quelli relativi all’esistenza di tetti massimi di spesa (*over-all campaign expenditures*).

Thomas ebbe modo di contrastare in modo intenso la soluzione enunciata in *Buckley* non appena approdato alla Corte Suprema, attraverso una lettura “assolutista” del diritto in questione (sulla scia dell’impostazione,

¹¹³ Al possibile voto favorevole dei giudici conservatori già presenti nella maggioranza di *Heller* (Roberts, Thomas e Alito) potrebbe ragionevolmente sommarsi quello di Gorsuch, Kavanaugh e Barrett: sulla filosofia in tema di questi ultimi, cfr. *United States v. Games-Perez*, 695 F.3d 1104 (10th Cir. 2012), 1116 ss. (Gorsuch, J., dissenting); *Heller, et al. v. District of Columbia, et al.*, No. 10-7036 (D.C. Cir. 2011), Kavanaugh, J., dissenting e *Kanter v. Barr*, No. 18-1478 (7th Cir. 2019), Barrett, J., dissenting.

¹¹⁴ U.S. Supreme Court, 424 U.S. 1 (1976).

¹¹⁵ U.S. Supreme Court, 435 U.S. 765 (1978).

¹¹⁶ U.S. Supreme Court, *Buckley v. Valeo*, cit., 58.

pur ideologicamente antitetica, di *Justice* Hugo Black)¹¹⁷, con la conseguente illegittimità di ogni regolazione restrittiva: qualsiasi limitazione alla libertà di espressione era da intendersi incostituzionale, poiché il denaro è sempre “traduzione” economica di tale diritto e, come tale, non ammette compressioni¹¹⁸.

Così, in *Colorado Republican Federal Campaign Committee v. FEC* (*Colorado I*), egli pronunciò un’opinione concorrente nella quale attaccava la giurisprudenza plasmata in quest’ultima sentenza, affermando senza mezzi termini che «broad prophylactic bans on campaign expenditures and contributions are not designed with the precision required by the First Amendment because they sweep protected speech within their prohibitions»¹¹⁹.

L’attacco frontale a *Buckley* per “eccesso di regolazione” certamente rappresentava, in quello specifico momento storico, una significativa eccezione: del resto, nemmeno il collega (altrettanto) conservatore Scalia si era ancora spinto fino a tale punto, avendo anzi affermato in passato che «*Buckley v. Valeo* should not be overruled, because it is entirely correct»¹²⁰.

In quest’ultimo senso, occorre evidenziare che, con la precedente sentenza *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, la Corte Suprema aveva confermato la costituzionalità di una legge del Michigan che proibiva alle grandi imprese commerciali di finanziare con i propri fondi societari le campagne elettorali di candidati a cariche statali.

Nel dettaglio, pur confermando il pieno esercizio del diritto alla libertà di espressione attraverso il finanziamento di tali attività, la Corte ritenne non violati i parametri costituzionali necessari a soddisfare lo *strict scrutiny* imposto dall’invocazione di un diritto fondamentale.

In concreto, la legge in esame rispettava tanto l’esigenza di un *compelling state interest* (la prevenzione della corruzione e l’indebito condizionamento delle campagne elettorali attraverso incontrollati flussi di danaro) quanto la configurazione di un quadro normativo *narrowly tailored*,

¹¹⁷ «It is my belief that there are ‘absolutes’ in our Bill of Rights, and that they were put there on purpose by men who knew what words meant, and meant their prohibitions to be ‘absolutes’» (H. Black, *The Bill of Rights*, in 35 *New York University Law Review* 865 (1960), 867).

¹¹⁸ Cfr. U.S. Supreme Court, *Buckley v. Valeo*, cit., 11: «virtually all meaningful political communications in the modern setting involve the expenditure of money». Per una posizione contraria, si veda *ivi*, 263 (White, J., concurring in part and dissenting in part: «money is not always equivalent to or used for speech, even in the context of political campaigns») e U.S. Supreme Court, *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 U.S. 377 (2000), 390 (Stevens, J., concurring): «Money is property; it is not speech».

¹¹⁹ U.S. Supreme Court, 518 U.S. 604 (1996), Thomas, J., concurring, 642.

¹²⁰ U.S. Supreme Court, *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652, (1990), 683 (Scalia, J., dissenting). Nel tempo, Scalia cambierà radicalmente idea, fino a sposare l’opinione di Thomas per un *overruling* di *Buckley* in U.S. Supreme Court, *Nixon v. Shrink Missouri Government PAC*, 528 U.S. 377 (2000), 410 ss. e *Randall v. Sorrell*, 548 U.S. 230 (2006).

che non impediva alle imprese di partecipare alla competizione elettorale con somme separate da quelle societarie.

L'opera di costante critica intellettuale di Thomas continuò anche nelle pronunce successive. In *Nixon v. Shrink Missouri*, egli censurò la regolazione di una legge del Missouri che imponeva limiti all'erogazione di fondi a favore di candidati a cariche pubbliche, tacciandola di «sweeping repression of political speech» e «*sui generis* test to balance away First Amendment freedoms»¹²¹, nonché censurando nuovamente la patente erroneità di *Buckley* e la necessità di rovesciare tale orientamento.

La sua belligeranza rimase costante anche in *McConnell v. FEC*¹²², ove le restrizioni introdotte dal *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA) del 2002 erano qualificate come «the most significant abridgment of the freedoms of speech and association since the Civil War»¹²³.

Da ultimo, con la storica pronuncia *Citizens United v. FEC*, egli otteneva la tanto desiderata “vittoria”. Attraverso un'interpretazione oltremodo ampia dei confini della libertà di espressione, la Corte Suprema dichiarava l'incostituzionalità del §203 del BCRA, che imponeva un divieto di uso dei fondi sociali, a titolo di *electioneering communication*, da parte dei grandi gruppi societari (c.d. “*big money*” *campaign contributions*)¹²⁴.

In una breve opinione separata (in parte concorrente e dissenziente), Thomas introduceva un'ulteriore estensione del diritto alla libertà di espressione, il quale avrebbe dovuto includere anche un «right to anonymous speech»¹²⁵, con l'obiettivo di evitare che l'obbligo di rivelare la propria identità – imposto dai §§201 e 311 del BCRA – potesse tradursi in una compromissione del Primo Emendamento attraverso attività vessatorie nei confronti di coloro che manifestino una determinata opinione.

L'impostazione di *Citizens United* è stata poi ulteriormente “ampliata” dalla Corte Suprema in *McCutcheon v. FEC*, la quale ha sancito anche l'illegittimità dei limiti biennali (*two-year election cycle aggregate limits*) alle donazioni elettorali da parte dei privati¹²⁶.

In conclusione, rispetto alle (nuove) interpretazioni affermatesi del Secondo Emendamento e della “specificata” declinazione del Primo Emendamento riguardo alle campagne elettorali, ben può sostenersi che la Corte Suprema abbia introiettato alcuni spunti della filosofia giurisprudenziale di Thomas.

¹²¹ *Ivi*, 410.

¹²² U.S. Supreme Court, 540 U.S. 93 (2003).

¹²³ U.S. Supreme Court, *McConnell v. FEC*, cit., 264 (Thomas, J., concurring).

¹²⁴ U.S. Supreme Court, 558 U.S. 310 (2010). In dottrina, cfr. D.M. Spencer, A.K. Wood, *Citizens United, States Divided. An Empirical Analysis of Independent Political Spending*, in 89 *Indiana Law Journal* 315 (2014)

¹²⁵ U.S. Supreme Court, *Citizens United v. FEC*, cit., Thomas, J., concurring in part and dissenting in part, 1.

¹²⁶ U.S. Supreme Court, 572 U.S. 185 (2014).

Nel primo caso, essa ha recepito largamente i suoi tradizionali riferimenti al diritto naturale, configurando il diritto di detenere e portare armi con una solidità ed ampiezza concettuale che va oltre il mero riconoscimento di un diritto “creato” dalla Costituzione; nel secondo, invece, la stessa ha fatto propria un’interpretazione del diritto alla libertà di espressione che, patrocinata da Thomas durante più di vent’anni dall’esilio delle opinioni dissenzianti e concorrenti, alla fine è riuscita ad imporsi in modo vincolante¹²⁷.

Così, anche dietro il docile silenzio serbato nel corso delle pubbliche udienze, la Corte Suprema ha subito il discreto fascino dell’impostazione interpretativa di Thomas in relazione a due tra i diritti costituzionali più sensibili nel sistema politico-istituzionale e culturale americano, accogliendone in modo diffuso le linee maestre.

Egli si è quindi affermato come un autentico «conservative intellectual pathbreaker»¹²⁸, nonché «apripista e ‘sperimentatore’ nell’elaborazione di dottrine conservatrici, un vero *cultural warrior*»¹²⁹, sempre indomito nel perseguimento di quella che egli ritiene la “giusta” dimensione del diritto.

6. «*Stare decisis* is not an inexorable command». Il (discusso) valore del precedente giurisprudenziale

Last but not least, la filosofia giurisprudenziale di Thomas ha suscitato controversie anche a proposito della (non) vincolatività da attribuire alle sentenze della Corte Suprema e dei suoi confini, rispetto alla risoluzione futura di casi analoghi da parte di quest’ultima.

In via preliminare, occorre evidenziare che, lungi dall’essere una mera questione processuale, l’interpretazione sostanziale della natura e degli effetti del principio del precedente giurisprudenziale rappresenta uno degli strumenti più potenti a disposizione dei Senatori chiamati ad interrogare i candidati alla Corte Suprema in fase di *hearing*. A fronte del recente consolidamento della cosiddetta *Ginsburg Rule* – in forza della quale i nominati rifiutano di dare la propria opinione su precedenti pronunce della Corte o su come deciderebbero casi analoghi¹³⁰ – infatti, le domande sull’interpretazione teorica dello *stare decisis* ed i suoi corollari diventano

¹²⁷ Sull’ampiezza dei confini di tale diritto – ritenuto meritevole di tutela anche laddove la condotta lesiva sia oramai cessata e sia stato richiesto un risarcimento simbolico di un dollaro (*nominal damages*) – cfr. l’*opinion* redatta dallo stesso Thomas in U.S. Supreme Court, *Uzuegbunam v. Preczewski*, 592 U.S. __ (2021).

¹²⁸ J. Toobin, *The Oath. The Obama White House and the Supreme Court*, New York, 2012, 142.

¹²⁹ P. Insolera, *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un’invettiva del giudice Thomas*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2, 2018, 297.

¹³⁰ Cfr. L.A. Ringhand, P.M. Collins Jr., *Neil Gorsuch and the Ginsburg Rules*, in 93(2) *Chicago-Kent Law Review* 475 (2018).

cruciali, «as they could potentially provide insight into his future decisions in important areas of constitutional law»¹³¹.

In questo modo, dietro interrogativi apparentemente astratti sulla natura vincolante del precedente, la “forza di resistenza” dei *landmark cases* o i criteri tecnico-interpretativi da applicare per “superare” una giurisprudenza anteriore si cela uno sforzo maieutico volto a carpire la posizione dell’interrogato sul nocciolo duro dei grandi temi del diritto costituzionale americano (libertà di espressione e religiosa, Secondo Emendamento, aborto, pena di morte, etc.).

Ovviamente, molto dipende dalla capacità di chi pone le domande e dalla contrapposta abilità del nominato di evitare tali “ostacoli” dialettici, invocando prontamente come *jolly* la sua imparzialità e la necessità di non anticipare la soluzione di questioni che potrebbe essere chiamato a giudicare di lì a poco (ove confermato).

Con riferimento alle questioni di merito, è necessario evidenziare che l’efficacia orizzontale del principio dello *stare decisis* in capo alla Corte Suprema ha da sempre rappresentato un autentico grattacapo per dottrina e giurisprudenza, mostrando una fluidità che si presta alle più svariate declinazioni.

In particolare, si tratta di comprendere quale sia il punto di equilibrio tra la forza obbligante di un dato precedente – con il rischio di “ingessare” la giurisprudenza sulla base del dato temporale – o, al contrario, la possibilità di dare la stura ad un meccanismo di revisioni (potenzialmente) continue, cosicché «[t]he labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case»¹³².

Sebbene tale regola costituisca una delle pietre angolari della giurisprudenza di *common law*, occorre precisare che, nel sistema giurisdizionale degli Stati Uniti, essa acquista una dimensione propria che non può essere sottovalutata¹³³.

Seguendo una lettura originalista, già nel *Paper No. 78* del *Federalist* era possibile cogliere una prima suggestione (hamiltoniana) in tale direzione¹³⁴, poi “temperata” dalle parole di Madison, il quale ammetteva «exceptions which will speak for themselves and must justify themselves»¹³⁵, avvertendo anche della necessità di non confondere «a

¹³¹ B.J. Murrill, *The Supreme Court’s Overruling of Constitutional Precedent*, Congressional Research Service, 24th September 2018, 3, in <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45319.pdf>.

¹³² B.N. Cardozo, *The nature of the judicial process*, New Haven, 1921, 149.

¹³³ Per una ricostruzione storica, vedi T.R. Lee, *Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court*, in 52 *Vanderbilt Law Review* 645 (1999).

¹³⁴ «To avoid an arbitrary discretion in the courts, it is indispensable that [judges] should be bound down by strict rules and precedents, which serve to define and point out their duty in every particular case that comes before them».

¹³⁵ *Letter from James Madison to C.E. Haynes (Feb. 25, 1831)*, in G. Hunt (cur.), *The Writings of James Madison*, vol. IX, 1910, 443.

question whether precedents could expound a Constitution, with a question whether they could alter a Const.»¹³⁶.

Nel caso della giurisprudenza della Corte Suprema, lo *stare decisis* comporta che quest'ultima sia chiamata di continuo a confrontarsi con sé stessa, dovendo decidere se confermare, “aggiornare” o addirittura superare un proprio precedente. In concreto, è oggi regola consolidata l'esistenza di una diversa “forza passiva” delle pronunce aventi ad oggetto diritti di rango costituzionale¹³⁷ rispetto a quelle che attengono, invece, all'interpretazione ed applicazione della legislazione ordinaria¹³⁸.

Poiché la possibilità di “rovesciare”, da parte del potere legislativo, una sentenza nel primo caso è più difficile rispetto a quanto non accadrebbe nel secondo – essendo rispettivamente necessaria una riforma costituzionale ed una semplice norma di legge – la vincolatività dei *constitutional cases* è minore rispetto a quella degli *statutory cases*¹³⁹. Ad una più facile modificabilità corrisponde una maggiore forza del principio enunciato e viceversa.

A titolo di regola generale, già a partire da *Arizona v. Rumsey* la Corte Suprema ha stabilito che l'*overruling* di un proprio precedente esige una «exceptional action» che, a sua volta, riposa su una «special justification»¹⁴⁰, non essendo sufficiente la mera possibilità di un'interpretazione diversa rispetto a quella anteriore¹⁴¹.

Con specifico riferimento all'individuazione di alcuni parametri specifici, è possibile identificare un importante punto fermo nella recente (e controversa) pronuncia *Janus v. American Federation of State, County and Municipal Employees (AFSCME)*¹⁴².

¹³⁶ *Letter from Madison to N.P. Trist (Dec. 1831)*, *ivi*, 477.

¹³⁷ Sul punto, si veda però la posizione critica di Justice W.O. Douglas, *Stare decisis*, in 49(6) *Columbia Law Review* 735 (1949), 736: «A judge looking at a constitutional decision may have compulsions to revere past history and accept what was once written. But he remembers above all else that it is the Constitution which he swore to support and defend, not the gloss which his predecessors may have put on it».

¹³⁸ *Contra*, per una scrupolosa aderenza allo *stare decisis*, cfr. *Boys Markets v. Retail Clerks Union*, 398 U.S. 236 (1970), 256-258 (Black, J., dissenting).

¹³⁹ Cfr. U.S. Supreme Court, *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932), 406 (Brandeis, J., dissenting): «*Stare decisis* is usually the wise policy, because, in most matters, it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right [...] This is commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation». Tra i casi più recenti, si vedano U.S. Supreme Court, *John R. Sand & Gravel Co. v. United States*, 552 U.S. 130, (2008), 139 e *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, (1989), 175. *Contra*, U.S. Supreme Court, *Gamble v. United States*, 587 U.S. ___ (2019), Thomas, J., concurring, 14: «I am not aware of any legal (as opposed to practical) basis for applying a heightened version of *stare decisis* to statutory-interpretation decisions».

¹⁴⁰ U.S. Supreme Court, 467 U.S. 203 (1984), 212.

¹⁴¹ Tale interpretazione “forte” dello *stare decisis* è stata poi ribadita in U.S. Supreme Court, *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), 854-855.

¹⁴² Cfr. U.S. Supreme Court, 585 U.S. ___ (2018), la quale, a sua volta, ha rovesciato la giurisprudenza contenuta in U.S. Supreme Court, *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977), in ordine alla validità del regime obbligatorio di *union shops* nel pubblico impiego.

Il decalogo ivi identificato impone di tenere in considerazione cinque elementi, vale a dire «the quality of [...] reasoning, the workability of the rule it establishes, its consistency with other related decisions, developments since the decision was handed down and reliance on the decision»¹⁴³.

Attraverso differenti affondi nella propria storia giurisprudenziale, la Corte sembra aver costruito una regola interpretativa (apparentemente) allo stesso tempo duttile e stringente: da un lato, la flessibilità risiederebbe nei numerosi parametri impiegati e nella loro ampiezza contenutistica, i quali garantirebbero un ampio raggio interpretativo per ricomprendere o meno una data esegesi giurisprudenziale entro i confini del precedente.

Dall'altro lato, tuttavia, i limiti del reticolato così costruito risulterebbero definiti a sufficienza quanto all'ampio onere motivazionale e strutturale che devono soddisfare coloro i quali vogliano sovvertire una giurisprudenza sino a quel momento consolidata¹⁴⁴.

In concreto, molto dipenderà dall'interpretazione pratica che la Corte volta a volta vorrà dare a tali parametri, il che ha subito indotto la dottrina (e non solo) a mettere in guardia circa l'indebolimento delle tradizionali regole sullo *stare decisis* implementate da questo «new leading precedent on precedents»¹⁴⁵.

Infine, si consideri anche l'importanza del profilo utilitarista, sintetizzabile nella cosiddetta «golden rule of precedent»¹⁴⁶. Sul punto, è stato affermato che i giudici sono comunque portati a mostrare una certa deferenza anche nei confronti dei precedenti giurisdizionali rispetto ai quali sono rimasti in minoranza, poiché il rischio (opposto) al quale si espongono è rappresentato dalla coeva messa in discussione di quei precedenti che essi stessi hanno contribuito a disegnare e che, invece, vorrebbero continuassero in vigore¹⁴⁷.

In una più specifica prospettiva originalista, non esiste una regola definita una volta per tutte che conduca da questa al necessario accoglimento

¹⁴³ U.S. Supreme Court, 585 U.S. __ (2018), 34-35. U.S. Supreme Court, *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. __ (2020), Kavanaugh, J., concurring, 7, ha identificato due ulteriori parametri: «changed law since the prior decision» e «age of the precedent».

¹⁴⁴ Sulla recente tendenza dell'originalismo volta superare i precedenti statuari, cfr. A. Krishnakumar, *Textualism and statutory precedents*, in 104(2) *Virginia Law Review* 157 (2018).

¹⁴⁵ M. Gentithes, *Janus-faced judging: how the Supreme Court is radically weakening stare decisis*, in 62 *William & Mary Law Review* 83 (2020), 8; cfr. anche J. Tilghman, *Restoring Stare Decisis in the Wake of Janus v. AFSCME*, in 64 *New York Law School Law Review* 135 (2019-2020). Una recentissima critica giurisprudenziale in U.S. Supreme Court, *Jones v. Mississippi*, 593 U.S. __ (2021), Sotomayor, J., dissenting, 16: «How low this Court's respect for *stare decisis* has sunk».

¹⁴⁶ M.J. Gerhardt, *The Irrepressibility of Precedent*, in 86 *North Carolina Law Review* 1279 (2008), 1286.

¹⁴⁷ Ne deriva che «it is far more dangerous to overrule a decision only because five Members of a later Court come to agree with earlier dissenters on a difficult legal question» [U.S. Supreme Court, *Franchise Tax Board of California v. Hyatt*, 587 U.S. __ (2019), Breyer, J., dissenting, 13].

o meno della teoria dello *stare decisis*¹⁴⁸. Da un lato, si è sostenuto che l'aderenza all'interpretazione primigenia del testo costituzionale ed all'intenzione del legislatore non impone alcun vincolo al precedente giurisprudenziale nel caso in cui sia proprio quest'ultimo a discostarsi dall'*original intent and meaning*¹⁴⁹.

Dall'altro, nella maggior parte dei casi prevale una lettura pragmatica che, rievocando la regola interpretativa di *Rumsey*, impone una base argomentativa sufficientemente solida per poter operare un rovesciamento giurisprudenziale¹⁵⁰. In questo senso (ed in assenza di argomenti contrari parimenti forti), deve ammettersi una presunzione di stabilità quando la regola configurata dal precedente sia «long established and narrowly limited»¹⁵¹, anche laddove il merito della pronuncia sia avversato¹⁵².

In relazione alla *statutory interpretation*, dottrina e giurisprudenza originaliste sembrano in ogni caso contrarie alla teoria della *congressional acquiescence*¹⁵³. Nel merito, essa postula che, laddove il Congresso si mantenga silente in seguito ad una data pronuncia della Corte Suprema, ciò significa che il potere legislativo ne ha recepito la soluzione, con il conseguente obbligo di prestare rispetto a tale eloquente silenzio e l'impossibilità della Corte stessa di intervenire in riforma¹⁵⁴.

Quale ulteriore specificazione, si consideri che, nella recente dottrina si è anche affermata l'altrettanto spinosa categoria del *super-precedent*¹⁵⁵,

¹⁴⁸ Per una ricostruzione dottrinale (con specifica attenzione all'interpretazione di Scalia), cfr. A. Coney Barrett, *Originalism and Stare decisis*, in 92 *Notre Dame Law Review* 1921 (2017).

¹⁴⁹ Cfr. H.P. Monaghan, *Stare Decisis and Constitutional Adjudication*, in 88 *Columbia Law Review* 723 (1988), 769-70.

¹⁵⁰ Vedi A. Scalia, *A matter of interpretation: Federal courts and the law*, Princeton, 1997, 140: «Stare decisis is not part of my originalist philosophy; it is a pragmatic exception to it».

¹⁵¹ U.S. Supreme Court, *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010), 791 (Scalia, J., concurring).

¹⁵² Cfr. U.S. Supreme Court, *June Medical Services v. Russo*, 591 U. S. ___ (2020), Roberts, C.J., concurring, 2 e 16: «The question today however is not whether [the previous case] was right or wrong, but whether to adhere to it in deciding the present case [...] Stare decisis instructs us to treat like cases alike». Nel merito, vedi L. Busatta, *Quanto vincola un precedente? La Corte Suprema degli Stati Uniti torna sull'aborto*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 4453-4466.

¹⁵³ A. Coney Barrett, *Statutory Stare Decisis in the Courts of Appeals*, in 73 *George Washington Law Review* 317 (2004-2005), 322.

¹⁵⁴ Per una critica, si vedano J.F. Manning, *The Eleventh Amendment and the Reading of Precise Constitutional Texts*, in 113 *Yale Law Journal* 1663 (2004), 1689-1992 e U.S. Supreme Court, *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616, (1987), Scalia, J., dissenting, 671-72.

¹⁵⁵ Invero «creata» da Judge Luttig, a titolo di *super-stare decisis*, in *Richmond Medical Center v. Gilmore*, 219 F.3d 376, 376-77 (4th Cir. 2000). Per una (diversa) accezione in senso dottrinale, vedi W.M. Landes, R.A. Posner, *Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis*, in 19(2) *Journal of Law & Economics* 249 (1976), 251. In dottrina, cfr. M. Sinclair, *Precedent, Super-precedent*, in 14(2) *George Mason Law Review* 363 (2007) e M.J. Gerhardt, *Super Precedent*, in 90 *Minnesota Law Review* 1204 (2006).

secondo cui esisterebbero precedenti giurisprudenziali talmente consolidati e condivisi da non poter *de facto* essere rimessi in discussione.

In questo caso, la difficoltà principale risiede nell'identificare quali casi possano o meno rientrare entro tale fortino "inespugnabile" e quali, al contrario, siano invece soggetti al complicato dibattito sulla loro più tenue vincolatività a titolo di discutibile precedente "semplice"¹⁵⁶.

La posizione di Thomas rispetto alla dottrina dello *stare decisis* presenta spunti oggetto di discussione. In particolare, dal dibattito parlamentare in sede di *hearing* emergeva un parziale ossequio (invero alquanto stereotipato) alla questione del precedente: sebbene lo *stare decisis* garantisca continuità ed affidamento al sistema giuridico, a suo dire non esisteva un impedimento alla revisione di casi anteriori, sempre quando il giudice fosse in grado di soddisfare un «additional burden» che provasse, rispetto alla linea giurisprudenziale in discussione, «more than its mere incorrectness»¹⁵⁷.

Siffatta prospettiva dottrinale – riproposta anche nei primi tempi di permanenza presso la Corte¹⁵⁸ – sembra invece essere stata decisamente superata in favore di una contrapposta alternativa di contrasto totale a qualsiasi profilo di doveroso "ossequio" giurisprudenziale. Ancora una volta, il suo posizionamento rispetto al valore del precedente è così dirompente che si è anche messo in discussione che egli creda sul serio nell'esistenza di una sua vincolatività, anche solo minima¹⁵⁹.

Alcuni casi possono contribuire ad illustrare la sua posizione in materia. In *Beard v. Banks*¹⁶⁰ si controverteva sulla costituzionalità (in relazione al Primo Emendamento) di alcune misure del regolamento penitenziario della Pennsylvania che impedivano ai detenuti in regime di massima sicurezza di ricevere giornali, riviste o fotografie.

Per la Corte Suprema, sebbene a partire da *Turner v. Safley*¹⁶¹ anche i detenuti possano godere delle protezioni costituzionali di cui alla libertà di espressione, è altrettanto vero che tale giurisprudenza imponeva il rispetto di alcuni parametri strutturali, in forza dei quali bilanciare il rispetto del

¹⁵⁶ Tra quelli indiscussi, secondo A. Coney Barrett, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, in 91 *Texas Law Review* 1711 (2013), 1734-1735, si possono individuare *Marbury v. Madison* (controllo di costituzionalità delle leggi), *Knox v. Lee* e *Parker v. Davis* (costituzionalità della carta-moneta); *Mapp v. Ohio* (applicazione del Quarto Emendamento agli Stati) o *Brown v. Board of Education*.

¹⁵⁷ S.Hrg. 102-1084, part 1, cit., rispettivamente 420 e 246.

¹⁵⁸ Cfr. U.S. Supreme Court, *Fogerty v. Fantasy*, 510 U.S. 517 (1994), Thomas, J., concurring, 538-539: «Because considerations of *stare decisis* have 'special force' in the area of statutory interpretation [...] I might be hesitant to overrule [...] other cases in which we have construed similar [...] But while *stare decisis* may call for hesitation in overruling a dubious precedent, 'it does not demand that such a precedent be expanded to its outer limits'».

¹⁵⁹ Cfr. T. Goldstein, *Justice Thomas and Constitutional "Stare Indecisis"*, in *www.scotusblog.org*, 8th October 2007.

¹⁶⁰ U.S. Supreme Court, 548 U.S. 521 (2006).

¹⁶¹ U.S. Supreme Court, 482 U.S. 78 (1987).

Primo Emendamento, da un lato e le esigenze di politica penitenziaria e di rieducazione carceraria, dall'altro.

Nel condividere la costituzionalità delle restrizioni applicate, l'opinione concorrente di Thomas è però *tranchant*: poiché l'unico limite imposto agli Stati nella definizione della propria politica sanzionatoria è costituito dall'Ottavo Emendamento (divieto di trattamenti inumani o degradanti), ne deriva che i detenuti non godono di alcun diritto alla libertà di espressione¹⁶².

A suo avviso, la giurisprudenza della Corte Suprema sul punto era quindi errata, in quanto costruita a partire da un parametro che, nel caso di specie, non poteva trovare alcuna applicazione¹⁶³, con la conseguente necessità (implicita) di procedere ad un *overruling* di *Turner*.

In *Morse v. Frederick*¹⁶⁴, invece, la Corte Suprema ha confermato la giurisprudenza consolidata dalla pronuncia di *Tinker v. Des Moines*, in forza della quale è stato riconosciuto agli studenti un diritto alla libertà di espressione all'interno degli edifici scolastici, sempre quando i responsabili degli stessi non ritengano che le concrete modalità del suo esercizio «materially and substantially disrupt the work and discipline of the school»¹⁶⁵.

Nel caso specifico, la Corte non ha ritenuto violato il diritto alla libertà di espressione di uno studente che era stato sanzionato per aver esposto uno striscione goliardico a favore dell'uso di sostanze stupefacenti, in quanto tale restrizione era stata considerata giustificata dall'esigenza di non favorire condotte apologetiche rispetto all'uso di narcotici.

Nel condividere argomentazione e decisione, Thomas ha pronunciato una *concurring opinion* con la quale dichiarava, senza compromessi, la sua totale opposizione alla giurisprudenza affermata in *Tinker*. Trattandosi, a suo avviso, di un'impostazione concettuale semplicemente sbagliata e priva di base costituzionale, essa andava rovesciata senza indugi: il Primo Emendamento, infatti, non è mai applicabile agli studenti nel contesto delle attività scolastiche¹⁶⁶.

¹⁶² Cfr. C.E. Smith, *Rights behind Bars. The Distinctive Viewpoint of Justice Clarence Thomas*, in 88 *University of Detroit Mercy Law Review* 829 (2011).

¹⁶³ In questo senso, l'opinione concorrente riprende *Overton v. Bazzetta*, 539 U.S. 126 (2003), 138 ss. (Thomas, J., concurring).

¹⁶⁴ U.S. Supreme Court, 551 U.S. 393 (2007).

¹⁶⁵ U.S. Supreme Court, 393 U.S. 503 (1969), 513.

¹⁶⁶ U.S. Supreme Court, *Tinker v. Des Moines*, cit. (Thomas, J., concurring, 1 e 13): «the standard set forth in *Tinker* is without basis in the Constitution [...] I think the better approach is to dispense with *Tinker* altogether, and given the opportunity, I would do so». La questione è ritornata di stretta attualità in U.S. Supreme Court, *Mahanoy Area School District v. B.L.*, discussa il 28 aprile 2021 e nella quale si controverte «whether *Tinker v. Des Moines* [...], which holds that public school officials may regulate speech that would materially and substantially disrupt the work and discipline of the school, applies to student speech that occurs off campus».

L'atteggiamento "anticonformista" di Thomas nei confronti della dottrina dello *stare decisis* è stato riproposto a chiare lettere anche di recente. In *Gamble v. United States*, ad esempio, egli ha rigettato l'approccio multifattoriale disegnato dal *Chief Justice* Roberts in *Janus*, in quanto esso «invites conflict with its constitutional duty»¹⁶⁷.

A suo dire, gli obiettivi di stabilità normativa, del principio di affidamento a fronte di interessi degni di tutela e del rispetto di una dottrina «of stability and humility»¹⁶⁸ sono mere illusioni che, in ogni caso, sfociano in un'attività di bilanciamento politicamente orientata e destinata a traboccare nella discrezionalità più arbitraria, in contrasto con il ruolo di *self-restraint* assegnato dai *Founding Fathers* al potere giudiziario.

L'alternativa di Thomas è chiara. Superando tale impostazione, «we would eliminate a significant amount of uncertainty and provide the very stability sought if we replaced our malleable balancing test with a clear, principled rule grounded in the meaning of the text»¹⁶⁹. In questo modo, l'approdo finale non può che essere il superamento di qualsiasi vincolatività del precedente per il mero fatto di essere tale, ritornando al testo ed allo spirito della Costituzione e delle leggi¹⁷⁰.

Laddove la Corte ritenga che un proprio precedente è «demonstrably erroneous», è quindi semplicemente necessario procedere ad una sua revisione «regardless of whether other factors support overruling the precedent»¹⁷¹.

Al riguardo, Thomas non ha avuto nessuna titubanza nell'evocare, in modo espresso e sistematico, la revisione totale di alcune pronunce "storiche", da *Feres v. United States* (immunità degli Stati Uniti di fronte al *Federal Tort Claims Act* per danni subiti da membri delle forze armate in servizio)¹⁷² e *New York v. Sullivan* (libertà di stampa e interesse pubblico della notizia)¹⁷³ a *Roe v. Wade* (aborto)¹⁷⁴, da *Batson v. Kentucky* (limiti

¹⁶⁷ U.S. Supreme Court, 587 U.S. __ (2019), Thomas, J., concurring, 15.

¹⁶⁸ *Transcript of oral argument*, 41 (Kavanaugh, J.).

¹⁶⁹ U.S. Supreme Court, 587 U.S. __ (2019), Thomas, J., concurring, 16.

¹⁷⁰ Cfr. U.S. Supreme Court, *Ramos v. Louisiana*, cit., Thomas, J., concurring, 2: «the Court's typical formulation of the *stare decisis* [...] elevates demonstrably erroneous decisions – meaning decisions outside the realm of permissible interpretation – over the text of the Constitution and other duly enacted federal law».

¹⁷¹ U.S. Supreme Court, *Gamble v. United States*, cit., Thomas, J., concurring, 8-9 e *Allen v. Cooper*, 589 U. S. __ (2020), Thomas, J., concurring, 1. Critico rispetto a tale interpretazione T. Goldstein, *Justice Thomas and Constitutional "Stare Indecisis"*, cit.: «There is a tremendous difference between one's laudable willingness to forthrightly rethink the most important and difficult questions of constitutional law, and the aggressive, unrestrained, and unhesitant desire to cement one's views into the edifice of the law regardless of contrary precedent».

¹⁷² U.S. Supreme Court, 340 U.S. 135 (1950) e *Doe v. United States*, 593 U. S. __ (2021), Thomas, J., dissenting.

¹⁷³ U.S. Supreme Court, 376 U. S. 254 (1964) e *McKee v. Cosby*, 586 U. S. __ (2019), Thomas, J., concurring.

¹⁷⁴ U.S. Supreme Court, 410 U.S. 113 (1973) e *June Medical Services v. Russo*, 591 U.S. __ (2020), Thomas, J., dissenting.

all'esclusione dei giurati per questioni razziali)¹⁷⁵ alla discussa regolamentazione della *negative* (o *dormant*) *Commerce Clause*, plasmata per la prima volta in *Tyler Pipe Industries v. Department of Revenue*¹⁷⁶.

Da ultimo, redigendo l'opinione di maggioranza in *Franchise Tax Board of California v. Hyatt*¹⁷⁷, egli si è tolto la soddisfazione di vergare un importante *overruling*, rovesciando in poche pagine la quarantennale giurisprudenza stabilita nel 1979 in *Nevada v. Hall*¹⁷⁸, con riferimento alla legittimità – oggi non più ammessa – dell'esperimento di azioni civili, da parte dei privati, nei confronti degli Stati federati in Stati diversi da quello citato in giudizio¹⁷⁹. *So spoke Clarence Thomas, period.*

7. Alcune osservazioni conclusive

Riconducendo ad unità le tematiche affrontate, emerge come la filosofia giurisprudenziale di Clarence Thomas presenti diverse sfaccettature (originalismo *sui generis*, eterodossia critica e, a volte, anche tagliente spirito di provocazione) che hanno contribuito a renderlo un protagonista unico nel panorama della Corte Suprema.

Nel merito, la questione razziale rappresenta una prima significativa linea divisoria che, sotto numerosi punti di vista, porta a separare (sul piano analitico) l'esegesi *racially-oriented* da quella relativa a qualsiasi altra questione giuridica.

Come ha sintetizzato la dottrina, il primo interrogativo di fondo che aleggia sulla sua figura intreccia diritto, politica e comune percezione socio-culturale: «can a constitutionalist, such as Justice Thomas, be a black nationalist?»¹⁸⁰. In parallelo, esso riassume la costante tensione tra la sua origine razziale e la strenua difesa di un'ideologia tradizionalmente non associata ad una persona afroamericana.

In questa prospettiva, l'idea diffusa era che egli non poteva essere (così) conservatore, repubblicano e contrario alle *affirmative actions*, soprattutto in un'epoca storica nella quale tale impostazione politica aveva posizioni ben

¹⁷⁵ U.S. Supreme Court, 476 U.S. 79 (1986) e *Flowers v. Mississippi*, 588 U.S. ___ (2019), Thomas J., dissenting.

¹⁷⁶ U.S. Supreme Court, 483 U.S. 232 (1987); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 601 (1995), Thomas, J., concurring e *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005), Thomas, J., dissenting.

¹⁷⁷ U.S. Supreme Court, 587 U.S. ___ (2019), cit.

¹⁷⁸ U.S. Supreme Court, 440 U.S. 410 (1979).

¹⁷⁹ Tra gli altri *overruling* redatti da Thomas, si vedano U.S. Supreme Court, *Allelyne v. United States*, 570 U.S. 99 (2013); *Bowles v. Russell*, 551 U.S. 205 (2007) e *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000).

¹⁸⁰ S.F. Smith, *Clarence X? The Black Nationalist Behind Justice Thomas's Constitutionalism*, in 4 *New York University Journal of Law & Liberty* 583 (2009), 617.

definite – spesso apertamente razziste – in ordine alla questione dell’eguaglianza razziale e dei suoi addentellati¹⁸¹.

Thomas ha sofferto molto, sul piano personale, le virulente accuse di essere un ipocrita, uno sfacciato traditore delle proprie origini, un afroamericano atipico che «looks black and thinks white»¹⁸². Allo stesso tempo, però, egli ha sempre rivendicato la propria autonomia di pensiero, l’orgogliosa libertà di essere sé stesso e, soprattutto, uno strenuo difensore (secondo la sua personale prospettiva giuridica e socio-culturale) dei diritti di una comunità alla quale sente di appartenere pienamente¹⁸³.

Ciononostante, sul piano giuridico la sua profonda ricostruzione critica in ordine all’(in)ammissibilità delle *affirmative actions* si inserisce, ancora una volta, in una prospettiva che – condivisibile o meno – ben rivela una coerente adesione alla versione più combattiva dell’originalismo e della sua “naturale” declinazione nell’interpretazione della *Equal Protection Clause*¹⁸⁴ : «government-sponsored racial discrimination based on benign prejudice is just as noxious as discrimination inspired by malicious prejudice. In each instance, it is racial discrimination, plain and simple»¹⁸⁵.

Lungi dal rappresentare una piattaforma ideologica radicale ed estremista, le numerose sfaccettature descritte rendono conto di una riflessione di ampio respiro ed una complessità interpretativa che, lontana sia dal *liberal mainstream*, sia da un conservatorismo spesso dogmatico e privo di una sensibilità specifica sulla questione razziale, restituisce interessanti spunti di dibattito sul ruolo della comunità afroamericana nel sistema politico-istituzionale e culturale degli Stati Uniti d’America, nonché sulle azioni (a suo avviso) da intraprendere per conseguire una autentica eguaglianza sociale.

Con riferimento specifico alla più ampia dottrina giuridica di Thomas, il suo originalismo presenta alcune peculiarità che valgono a differenziarlo (in parte) da Scalia¹⁸⁶, “pilastro” dominante del recente pensiero conservatore

¹⁸¹ Come ricorda K.J. Norwood, *The virulence of Blackthink™ and how its Threat of Ostracism shackles those deemed not Black enough*, in 93(1) *Kentucky Law Journal* 143 (2005), 147, «blackthink is a form of prejudice. It assumes and demands that all Black people think a certain way».

¹⁸² A. Onwuachi-Willig, *Undercover Other*, in 94 *California Law Review* 873 (2006), 888.

¹⁸³ Cfr. H.L. Weiner, *The Next "Great Dissenter"? How Clarence Thomas Is Using the Words and Principles of John Marshall Harlan to Craft a New Era of Civil Rights*, in 58(1) *Duke Law Journal* 139 (2008) e C. Thomas, *Speech to the National Bar Association*, 28th July 1998, disponibile in <https://teachingamericanhistory.org/library/document/speech-to-the-national-bar-association/>.

¹⁸⁴ In questo senso, cfr. M.B. Rappaport, *Originalism and the Colorblind Constitution*, in 89 *Notre Dame Law Review* 71 (2013). *Contra*, J.K. Goldstein, *Calling Them as He Sees Them*, cit. e A.D. Pond Cummings, *Grutter v. Bollinger, Clarence Thomas, Affirmative Action and the Treachery of Originalism: The Sun Don't Shine Here in This Part of Town*, in 21 *Harvard Blackletter Law Journal* 1 (2005).

¹⁸⁵ U.S. Supreme Court, *Adarand Constructors v. Peña*, cit., 241 (Thomas, J., concurring).

¹⁸⁶ Si veda G.F. Ferrari, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, 1191-1216.

in seno alla Corte Suprema e con il quale ha condiviso ben venticinque anni di attività (fino al decesso di quest'ultimo, avvenuto nel febbraio 2016)¹⁸⁷.

Nonostante la continua attività di “sovrapposizione” tra le rispettive filosofie giuridiche – a volte fin troppo riduttiva¹⁸⁸ – e l'idea che il primo fosse un mero epigono del secondo¹⁸⁹, è stato ricordato che vi sono diverse sfumature concettuali che valgono a distinguerli, pur all'interno di una comune e solida *forma mentis* conservatrice.

Nel merito, si è posto in evidenza che, mentre Scalia richiamava gli scritti della Convenzione di Philadelphia, dei *Federalist Papers* o di altri protagonisti della storia costituzionale americana con lo scopo di estrarne il senso interpretativo più profondo e non con l'intenzione di servirsene quali fonti autoritative e vincolanti (in una prospettiva duttile di *original meaning*)¹⁹⁰, Thomas si è mosso decisamente in quest'ultima direzione, ricavando da tali documenti un significato di fatto “oggettivo”, secondo un *original intent* stringente¹⁹¹.

Allo stesso modo, sono state sopra evidenziate alcune singolarità del suo pensiero in ordine al ruolo “applicativo” del diritto naturale, nonché ad una determinata interpretazione del parametro dello *stare decisis* e, quindi, del valore giuridico dei precedenti rispetto a casi posteriori analoghi¹⁹².

Nel primo caso, l'importanza attribuita da Thomas al diritto naturale trova il suo fondamento, come sopra ricordato, nelle origini più profonde e remote della storia del costituzionalismo statunitense, ritenute addirittura precedenti alla Costituzione del 1787 e riconducibili alla Dichiarazione di Indipendenza del 1776.

Riprendendo la celebre metafora (dal sapore biblico)¹⁹³ impiegata da Abraham Lincoln nel gennaio del 1861, quest'ultima può essere interpretata come una sorta di “mela d'oro” preziosamente incastonata nel “piatto

¹⁸⁷ Illustrando ironicamente le differenze tra il proprio pensiero giuridico e quello di Thomas, Scalia avrebbe esclamato: «I'm an originalist; I'm a textualist; I'm not a nut». L'aneddoto è ripreso da J. Toobin, *The Nine: inside the secret world of the Supreme Court*, New York, 2008, 120.

¹⁸⁸ Cfr. S.F. Smith, *The Truth About Clarence Thomas and the Need for Black Leadership*, in 12 *Regent University Law Review* 513 (1999–2000), 516 ss., il quale contesta l'idea che Thomas sia semplicemente «Justice Scalia's puppet».

¹⁸⁹ *Contra* R.E. Barnett, *Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted" Originalism*, in 75 *University of Cincinnati Law Review* 7 (2006), 15, secondo cui l'autentico «committed originalist» sarebbe proprio Thomas (e non invece il più “celebrato” Scalia).

¹⁹⁰ Cfr. A. Scalia, *A matter of interpretation*, cit., 38.

¹⁹¹ Si veda G.E. Maggs, *Which Original Meaning of the Constitution Matters to Justice Thomas?*, in 4 *New York University Journal of Law & Liberty* 494 (2009), 508-509. Per una diversa impostazione del rapporto tra originalismo e “storia”, cfr. J.P. Stevens, *Originalism and History*, University of Georgia Law Review Symposium, in *Originalism and History*, Athens, GA, November 6, 2013 (*supremecourt.gov*).

¹⁹² Si veda J.S. Baker Jr., *Natural law and Justice Thomas*, cit., 508.

¹⁹³ Cfr. Proverbi, 25:11.

d'argento" rappresentato dalla Costituzione stessa e dalla neonata Unione degli Stati (per l'appunto Uniti) d'America¹⁹⁴.

Ne deriva che il diritto naturale diventa, quale immediata conseguenza, pieno diritto costituzionale, capace di trovare applicazione giurisprudenziale e di non "cedere" di fronte ad interpretazioni legislative che vanno oltre (quando non intollerabilmente contro) i suoi limiti originari ed inalterabili.

In questo senso, ad esempio, secondo Thomas la dignità dell'essere umano è un valore innato – proclamato dai Padri Costituenti sulla base di una concezione secondo cui tutti gli uomini sono creati a perfetta immagine e somiglianza di Dio – che preesiste alla legge formale e che non può mai essere conferito, sottratto o limitato dall'azione governativa¹⁹⁵.

Lo stesso dicasi (anche alla luce della predetta ricostruzione in termini di diritto naturale) del principio di eguaglianza, in parallelo a quanto già affermato a proposito del rapporto "originalista" tra Quattordicesimo Emendamento e *affirmative actions*: «government cannot make us equal; it can only recognize, respect, and protect us as equal before the law»¹⁹⁶.

L'indissolubilità del legame tra *natural law* e principio egualitario trova quindi fondamento in una vera e propria costituzionalizzazione del preesistente diritto naturale, a sua volta tradotto nella disposizione positiva che accoglie il corrispondente Emendamento: come è stato ricordato, «Justice Thomas [...] ha[s] argued [...] that the Equal Protection Clause codified a natural law version of equality»¹⁹⁷.

Con riferimento a Scalia, invece, l'importanza da lui attribuita al diritto naturale non è comunque incompatibile con la (preliminare) necessità di applicare in modo scrupoloso quello positivo, attraverso l'aderenza al dettato letterale ed al suo significato originario. A maggior ragione, un astratto diritto naturale – configurato in quanto tale da almeno cinque giudici su nove – non può e non deve mai prevalere rispetto alla preminente volontà del legislatore¹⁹⁸.

Nella descritta dimensione, il diritto naturale è sempre incanalato attraverso i sentieri del diritto "legislativo" positivo e solo da quest'ultimo

¹⁹⁴ Vedi F.J. Williams, W.D. Bader, A. Blais, *Apple of Gold and Picture of Silver: How Abraham Lincoln Would Analyze the Fourteenth Amendment's Equal Protection Clause*, in 22 *Roger Williams University Law Review* 211 (2017).

¹⁹⁵ Cfr. U.S. Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), Thomas, J., dissenting, 16-17. *Contra*, U.S. Supreme Court, *Southern Pacific Company v. Jensen*, 244 U.S. 205 (1917), 222 (Holmes, J., dissenting): «The common law is not a brooding omnipresence in the sky, but the articulate voice of some sovereign [...] that can be identified».

¹⁹⁶ U.S. Supreme Court, *Adarand Constructors v. Peña*, cit., 240 (Thomas, J., concurring).

¹⁹⁷ D.F. O'Scannlain, *The natural law in the American tradition*, cit., 1519.

¹⁹⁸ Cfr. A. Scalia, *Scalia Speaks. Reflections on Law, Faith and Life Well Lived*, New York, 2017, 248: «Do you really want human judges setting aside positive law because they believe it contradicts natural law? [...] Do you really want judges -fallible judges- going about enforcing their vision of natural law, contrary to the dictates of democratically enacted positive law? Lord, no».

può essere ricavato, in quanto il giudice è obbligato «as a matter of natural law to respect the limits of his own authority as it has been given to him by way of an authoritative *determinatio*»¹⁹⁹, vale a dire quella del Congresso, l'unica autorità autorizzata alla creazione della legge.

In parallelo, il pragmatismo del giudice italo-americano in materia di *stare decisis* ha rivelato un certo grado di deferenza rispetto a soluzioni pregresse, alla luce dei parametri tradizionalmente accolti per “superare” o meno un dato precedente²⁰⁰: ne deriva che «the whole function of [stare decisis] is to make us say that what is false under proper analysis must nonetheless be held to be true, all in the interest of stability»²⁰¹.

Tale impostazione sembra invece assente in Thomas (soprattutto sul versante giurisprudenziale), per il quale il precedente giudiziario è solo una pronuncia cronologicamente anteriore che può sempre essere superata laddove ritenuta nel merito “errata”.

In termini sistematici, è stato altresì sottolineato che l'eterodossia a tratti “radicale” del pensiero di quest'ultimo si evincerebbe dal fatto che, nel corso della sua permanenza presso la Corte durante la Presidenza Rehnquist (1991-2005), non gli è mai stata assegnata la redazione di un'opinione di maggioranza in un vero e proprio *landmark case* che abbia poi segnato la storia sociale e politica degli Stati Uniti²⁰².

Ciò non toglie tuttavia che, nonostante la difficoltà di coagulare attorno a sé, quale abile *consensus builder*, i voti dei giudici non conservatori (o di unirsi a questi ultimi per conformare una maggioranza)²⁰³, egli sia comunque lentamente riuscito a seminare nel più favorevole terreno dell'originalismo prospettive conservatrici fino ad allora guardate con sospetto – o comunque considerate non decisive – come dimostra l'ampia ricezione del diritto naturale in *Heller* o l'assolutizzazione del Primo Emendamento rispetto al finanziamento delle campagne elettorali in *Citizens United*.

Sul piano istituzionale, non va trascurato che le sostituzioni dello *swing voter* Kennedy (ritiratosi nel 2018) con Kavanaugh e, soprattutto, dell'icona

¹⁹⁹ H. Pearce, *Can You Be a Thomist and a Textualist? A Natural Law Defense of Justice Scalia's Jurisprudence*, in 9 *Faulkner Law Review* 251 (2018), 260.

²⁰⁰ Forse tributaria di quel *faint-hearted originalism* (invero poi ripudiato): cfr. A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, in 57 *University of Cincinnati Law Review* 849 (1989).

²⁰¹ A. Scalia, *A matter of interpretation*, cit., 139.

²⁰² Così A. Tushnet, *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York-London, 2006, 85-86. L'opinione è stata estesa anche alla Presidenza Roberts da J. Toobin, *Clarence Thomas's Twenty-Five Years Without Footprints*, in *www.newyorker.com*, 25th October 2016.

²⁰³ Per C.E. Smith, K.A. Beuger, *Clouds in the crystal ball: presidential expectations and the unpredictable behavior of Supreme Court appointees*, in 27(2) *Akron Law Review* 115 (1993), 126, «because Scalia and Thomas refuse to participate in persuasion and compromise, they have failed to advance Reagan's and Bush's policy expectations on some issues and even contributed to the defeat of their own objectives». L'incapacità di costoro di scendere a compromessi potrebbe aver spesso contribuito anche ad alienare loro i voti dei conservatori “moderati” O'Connor e Kennedy (*ivi*, 128).

liberale Bader Ginsburg (deceduta il 18 settembre 2020) con Coney Barrett sembrano aver determinato un ulteriore rafforzamento della Corte Suprema in senso strenuamente originalista, spostandone il “pendolo ideologico” più verso Thomas che non a favore della dimensione pragmatica e moderata rappresentata dal *Chief Justice Roberts*²⁰⁴.

Il voto di quest’ultimo potrebbe quindi non essere più (numericamente) decisivo, rendendo influente la sua costante attività di compromesso e la ricerca di un giusto equilibrio volto ad allontanare il più possibile l’immagine di una Corte politicizzata e “fin troppo” conservatrice²⁰⁵.

Peraltro, laddove Roberts non coincida con Thomas nella *opinion of the Court*, spetterà a quest’ultimo – in qualità di giudice in carica da più tempo – assegnare la redazione della corrispondente sentenza, con tutta l’importanza che tale rilevante potere comporta in ordine al giudice prescelto, alla capacità di conformare maggioranze e minoranze ed alla modulazione degli argomenti impiegati nella motivazione²⁰⁶.

A tal proposito, deve essere ricordato che, nel corso dell’ultima sessione della Corte Suprema (2020), Thomas è il giudice conservatore con il quale Roberts ha coinciso nel più basso numero di casi, nonché il secondo giudice in generale (superato solo da Sotomayor) con cui il *Chief Justice* ha avuto la minore “sintonia di voto”²⁰⁷.

Inoltre, l’emergenza sanitaria dettata dal Covid-19 ha favorito un’inattesa partecipazione di Thomas alle discussioni orali. Con l’abbandono delle udienze in presenza e la celebrazione di *oral arguments* in via telefonica, infatti, egli ha partecipato alle discussioni con le parti esattamente nelle stesse forme dei colleghi, quasi sempre formulando varie domande quando autorizzato dal Presidente ed esaurendo il tempo a sua disposizione²⁰⁸.

Infine, non è secondario evidenziare che, nel corso del mandato presidenziale di Donald Trump (2017-2021), numerosi *law clerks* durante il trentennio di Thomas presso la Corte Suprema sono stati nominati dal

²⁰⁴ Cfr. A. Feldman, *RBG’s Departure Might Look A Lot Like Thurgood Marshall’s*, in *www.empiricalsctus.com*, 10th August 2020.

²⁰⁵ Si veda l’ampia ricostruzione di B. Pomerance, *Center of order. Chief Justice John Roberts and the coming struggle for a respected Supreme Court*, in 82(2) *Albany Law Review* 449 (2018/2019).

²⁰⁶ Sull’utilizzo storico-strategico di tale prerogativa, cfr. K.L. Sill, J.D. Ura, S.L. Haynie, *Strategic passing and opinion assignment on the Burger Court*, in 31(2) *The Justice System Journal* 164 (2010).

²⁰⁷ Si vedano i dati raccolti in *The Supreme Court – The Statistics*, in 134 *Harvard Law Review* 610 (2020), 612 ss. Per un ultimo caso, vedi U.S. Supreme Court, *Uzuegbunam v. Preczewski*, cit., nel quale alla *opinion of the Court* di Thomas (condivisa da otto giudici su nove) si contrappone il solitario ma vigoroso dissenso del *Chief Justice*.

²⁰⁸ Cfr. T. Jacobi, T.R. Johnson, E. Ringsmuth, M. Sag, *Oral Argument in the Time of COVID: The Chief Plays Calvinball*, in corso di pubblicazione in 30 *Southern California Interdisciplinary Law Journal* __ (2021) e T.R. Johnson, M.W. Sorenson, M. Cleary, K. Szarkowicz, *COVID-19 and Supreme Court Oral Argument: The Curious Case of Justice Clarence Thomas*, in corso di pubblicazione in 21(1) *Journal of Appellate Practice and Process* 113 (2021).

Presidente giudici federali ovvero hanno ottenuto cariche di rilievo presso distinte Amministrazioni²⁰⁹, rappresentando una sorta di completamento ideale di quella rivoluzione culturale reaganiana della quale lo stesso Thomas è stato un esempio paradigmatico.

In proposito, si tenga presente che Trump ha nominato ben 245 giudici in quattro anni di Presidenza (con l'appoggio di un Senato a lui favorevole per tutto il quadriennio): si tratta del maggior numero di nomine “giudiziarie” da parte di un Presidente in un solo mandato dai tempi di Jimmy Carter (262 nel 1977-1981)²¹⁰.

L'improvvisa scomparsa di Scalia ha così attribuito a Thomas un protagonismo (anche in termini mediatici) probabilmente inaspettato²¹¹, diradando l'oscurità in cui lo aveva in parte relegato la stella luminosa del primo e facendone una sorta di *leader* ed “icona pop” tra i conservatori, sul modello di quanto già aveva rappresentato in precedenza il giudice italo-americano. In questo modo, egli è stato elevato a nuovo “faro” e massimo difensore del conservatorismo giurisprudenziale, riscattando con la sua esperienza trentennale – oramai divenuta saggezza – quella giovinezza che tanto gli era stata rinfacciata al momento della nomina²¹².

In conclusione, sul piano giuridico non è esagerato evidenziare come la sua filosofia giuridica abbia sempre presentato – soprattutto da quando è approdato alla Corte Suprema – spunti di riflessione oltremodo interessanti, in ragione di una strutturazione organicamente ragionata, una profonda conoscenza della storia giuridica (anche di quella anglo-britannica di *common law*)²¹³, un'orgogliosa difesa ad oltranza e, in alcuni casi, una persuasività forse addirittura rivoluzionaria²¹⁴, alla continua ricerca di una Costituzione a suo avviso troppo spesso andata “perduta”²¹⁵.

Come è stato ricordato in relazione a Scalia, anche nel caso di Thomas non è quindi irragionevole sostenere che, «con il suo lavoro, più che vincere

²⁰⁹ Vedi E. Green, *The Clarence Thomas Effect*, in www.theatlantic.com, 10th July 2019. Sul più ampio rapporto tra giudici e *law clerks*, si veda L. Baum, *Hiring Supreme Court Law Clerks: Probing the Ideological Linkage Between Judges and Justices*, in 98 *Marquette Law Review* 333 (2014).

²¹⁰ Cfr. [appointments.pdf\(uscourts.gov\)](https://www.uscourts.gov/appointments). A favore di Trump depone, tuttavia, la scelta di ben tre giudici della Corte Suprema (Gorsuch, Kavanaugh e Coney Barrett), in contrapposizione all'assenza di nomine da parte di Carter.

²¹¹ Si veda, ad esempio, il documentario *Created Equal: Clarence Thomas in his Own Words*, proiettato per la prima volta il 31 gennaio 2020.

²¹² Vedi N. Casey, *Passed away by decades, Clarence Thomas is a new symbol of the Trump Era*, in www.thenewyorktimes.com, 18th May 2020.

²¹³ In questo senso, si vedano da ultimo gli ampi richiami alla *dissenting opinion* “inglese” di Lord Holt (*Lord Chief Justice of the King's Bench* nel periodo 1689-1710) in *Ashby v White* (1703) 92 ER 126 e contenuti nella *opinion of the Court* di U.S. Supreme Court, *Uzuegbunam v. Preczewski*, cit., 6 ss.

²¹⁴ Così R. Albert, *The Next Constitutional Revolution*, in 88 *University of Detroit Mercy Law Review* 707 (2011).

²¹⁵ Cfr. M. Magnet, *Clarence Thomas and the Lost Constitution*, New York, 2019.

le battaglie, [egli] sembra avere occupato il campo»²¹⁶. Del resto, l'importanza della riflessione del primo ha superato le frontiere del mondo originalista per imporsi su un piano generale, se è vero che anche *Justice Kagan* – ideologicamente ai suoi antipodi – ha dovuto riconoscere che, in un modo o nell'altro, «we are all textualists now»²¹⁷.

Nel descritto trentennio, pertanto, deve ritenersi che la sua *judicial philosophy* si sia sempre mantenuta lineare e costante, fondandosi in modo strenuo su alcune “innegoziabili” premesse (diritto naturale, significato letterale delle parole, volontà primigenia del legislatore, *judicial restraint*) che, unite dal filo rosso dell'originalismo, restituiscono all'osservatore un'interpretazione delle diverse categorie/questioni giuridiche ampiamente ragionata ed articolata, anche con riferimento critico e mordace alle contrapposte posizioni dei suoi “avversari”.

Immutata è quindi rimasta l'assoluta fiducia di Thomas nelle sue radicate – e primigenie – convinzioni e la solida continuità nel proprio pensiero giuridico, come anche testimoniato da un costante ricorso (spesso solitario, anche tra i propri “correligionari” originalisti e conservatori) allo strumento delle *dissenting* e *concurring opinions*: ricordando le parole che egli avrebbe rivolto ai suoi *law clerks* dopo che la sua nomina alla Corte Suprema era stata confermata, «[I] ain't evolving»²¹⁸.

Ciononostante, la granitica robustezza della sua filosofia interpretativa non gli ha impedito di proporre, in modo sistematico, soluzioni di netta discontinuità rispetto alla “tradizionale” giurisprudenza della Corte Suprema (anche laddove consolidata e condivisa oltre i tradizionali steccati ideologici ed interpretativi), a volte determinando importanti *overruling* e, in ogni caso, “marcando il territorio”.

Sarà questa la sfida avvincente che attenderà nel prossimo futuro la Corte Suprema e la dottrina: tenere in considerazione la centralità sempre più pervasiva del suo pensiero (anche quando minoritario) e metterlo in luce o in discussione sotto i più svariati punti di vista, accogliendolo o criticandolo ma mai sottovalutandolo o escludendolo con certo snobismo dal dibattito. In ogni caso, bisognerà seriamente “fare i conti” anche con la solida prospettiva giuridica e giurisprudenziale di *Justice Clarence Thomas*, *whether you like it or not*.

Daniele Camoni
Dipartimento di
Giurisprudenza
Università degli Studi di Milano-
Bicocca
d.camoni@campus.unimib.it

²¹⁶ A. Pin, *Exit Nino. L'originalismo sopravviverà a Scalia?*, in *DPCE Online*, 1, 2016, 264.

²¹⁷ D.F. O'Scannlain, “*We Are All Textualists Now*”: *The Legacy of Justice Antonin Scalia*, in 91 *St. John's Law Review* 303 (2017).

²¹⁸ L. Baum, *Judges and Their Audiences. A Perspective on Judicial Behavior*, Princeton, 2006, 135.