



Rivista N°: 1/2024
DATA PUBBLICAZIONE: 08/01/2024

AUTORE: Stefania Leone*

COSTITUZIONE AMERICANA E RAZZA ANCORA ALLO SPECCHIO. LA PARABOLA DELLE AFFIRMATIVE ACTIONS NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA

THE AMERICAN CONSTITUTION AND RACE AGAIN IN THE MIRROR. THE PARABLE OF AFFIRMATIVE ACTIONS IN THE US SUPREME COURT CASE LAW

Sommario: 1. Cominciando dalla fine: perché la recente battuta d'arresto delle politiche preferenziali non è propriamente un fulmine a ciel sereno. – 2. L'eterno dibattito sulla natura color-blind o color-conscious della Costituzione. – 3. Il sindacato della Corte Suprema sulle affirmative actions e la difficoltà di scostarsi da un modello che nel principio di uguaglianza vede solo il limite (e non il fondamento); 4. Di nuovo al punto finale: il nervo scoperto della diversity e l'espedito del tempo ormai sostanzialmente scaduto nell'ultima pronuncia della Corte Suprema.

1. Cominciando dalla fine: perché la recente battuta d'arresto delle politiche preferenziali non è propriamente un fulmine a ciel sereno.

Con una recente e molto discussa sentenza, la Corte Suprema americana ha deciso di porre un freno alle *affirmative actions* (di seguito, per brevità, *a.a.*), invalidando i programmi di ammissione *racial oriented* che il College di Harvard e l'Università del Nord Carolina avevano adottato per favorire la composizione di un corpo studentesco diversificato (*Students For Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College* e *Students For Fair Admissions V. University Of North Carolina, et al.* 600 U.S. 181 (2023)). Entrambi gli istituti, nell'ambito di procedure complesse articolate in più fasi, tenevano conto, tra gli altri fattori, della razza del richiedente¹. Per *ratio* esibita (contribuire alla *diversity*) e per meccanismo prescelto (non un

* Associata di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano.

¹ Per Harvard, tanto avveniva, sia nella prima fase di valutazione, in cui si assegna un punteggio per la posizione universitaria, per quella extracurricolare, atletica e personale del candidato, oltre che un punteggio complessivo, sia nella successiva valutazione deferita a sub-commissioni chiamate ad analizzare le candidature per

criterio che “isolava” la razza riservando alcuni posti a candidati appartenenti a minoranze, ma la valorizzazione della razza “*as one factor*”) tali misure potevano per vero forse ambire, in base alla pregressa giurisprudenza in materia, a superare indenni il sindacato di costituzionalità. Pur non dichiarando apertamente di volersi discostare dai principi elaborati in quei precedenti, tuttavia, la Corte Suprema ne ha oggi di fatto sgretolato da dentro la sostanza. Anzitutto, assumendo come non verificabili nell’ambito di un *judicial review* i benefici che deriverebbero dalla presenza nelle aule di una *critical mass*, e addirittura mettendo in discussione che queste politiche riducano, anziché alimentare, gli stereotipi razziali. In secondo luogo, sostenendo che, sebbene non impostata su rigide corsie preferenziali, anche la mera considerazione della razza, nell’ambito di procedure di ammissione che non sono “a somma zero”, avvantaggiano alcuni, a scapito di altri. Infine, enfatizzando il riferimento alla temporaneità di queste politiche già contenuto nella sentenza *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), e, a partire da quel richiamo, dando peso decisivo alla circostanza che le misure di Harvard e della North Carolina fossero sprovviste di un termine finale di operatività.

La decisione, sulle cui argomentazioni occorrerà tornare con maggiore attenzione, ha come prevedibile innescato energiche reazioni², fomentate dall’idea che, come *Dobbs*³, anch’essa sia il frutto dei rapporti di forza attualmente registrabili nel Collegio.

La circostanza è innegabile, come attestano, eloquenti, numeri e posizionamenti interni alla Corte⁴. Occorre, tuttavia, andare oltre questo dato, sia per comprendere le ragioni al fondo di questa recente *débâcle*, sia per valutare la giurisprudenza statunitense in rapporto alla diversa vicenda e alle diverse prospettive delle azioni positive di matrice europea.

È proprio andando più in profondità nella lettura della pronuncia e, prima ancora, nella analisi della più ampia giurisprudenza costituzionale in materia, che ci si avvede di come quest’ultimo snodo non costituisca un *turning point* del tutto imprevedibile. Se è vero infatti che

aree geografiche; infine, l’elemento razziale era oggetto di considerazione anche nell’ultimo passaggio in commissione plenaria, ove le candidature sono discusse e valutate una ad una, per poi passare - resa nota la composizione razziale del gruppo temporaneamente selezionato - ad una fase di definitiva individuazione degli ammessi.

Senza scendere in dettagli, nella procedura di accesso all’Università del Nord Carolina, ciascun valutatore formula proposte di ammissione argomentate in base al rendimento, ai risultati del test, alle attività extracurricolari, ad altre esperienze personali, potendo attribuire un *plus* per l’appartenenza razziale. Successivamente, una commissione centrale è chiamata a operare una revisione del gruppo classe, potendo a sua volta considerare il fattore razziale.

² Nel commentare a caldo la decisione, il Presidente Biden è arrivato ad affermare che «non possiamo lasciare che questa decisione costituisca l’ultima parola. Voglio ribadirlo: non possiamo lasciare che questa decisione costituisca l’ultima parola». Va detto, però, che la dichiarazione prosegue con alcuni suggerimenti rivolti alle Università affinché perseguano i medesimi risultati con meccanismi «coerenti con l’odierna decisione» (il riferimento è alla possibilità di considerare, nell’esame delle domande, le “avversità” eventualmente incontrate dallo studente): <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2023/06/29/remarks-by-president-biden-on-the-supreme-courts-decision-on-affirmative-action/>.

³ Su entrambe le pronunce si rinvia al dibattito aperto con le lettere AIC a firma di C. PANZERA, *Azioni positive ed eguaglianza formale*, n. 8/2023, e di C. CARUSO, *Originalismo e politicità della Corte suprema degli Stati Uniti*, n. 7/2022.

⁴ L’opinione della Corte, redatta dal Giudice Roberts, è stata appoggiata dai Giudici Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett (Thomas, Gorsuch e Kavanaugh sono autori anche di *concurring opinions*). I dissenzienti sono i Giudici Sotomayor, Kagan, Jackson. Sulle ragioni e le possibili conseguenze della divaricazione culturale che dalla fine del 2021 vede tre soli giudici *liberal* confrontarsi con una “*supermajority*” di sei giudici conservatori, v. i contributi in risposta alla *Call for papers* «6-3: faglie ideologiche e nuove linee di tendenza della Corte suprema statunitense» di *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 3/2022.

la decisione segna un rovesciamento di prospettiva sul tema, allo stesso tempo essa pare sintomatica di un declino che “viene da lontano”, se non addirittura l’esito di un’esperienza mai totalmente decollata. Per comprenderlo, bisognerebbe avere a mente alcuni fondamentali elementi di contesto.

Basti ora richiamarli per sintesi.

Il primo. Negli Stati Uniti, sistema nel quale le *a.a.* hanno avuto origine, tanto da aver – e non di poco – condizionato anche il dibattito europeo (e italiano) sulle azioni positive⁵, tali meccanismi scontano paradossalmente un *gap* di partenza: l’assenza di un testuale riferimento in Costituzione al principio di uguaglianza sostanziale⁶. Non stupisce, allora, se nel momento in cui si è fatta evidente l’insufficienza dello strumento del divieto e incalzante l’esigenza di contrastare anche in *altro modo* gli effetti delle discriminazioni – dapprima, colpendo anche i casi di *disparate impact* (ovvero le discriminazioni indirette), poi spiccando il grande salto col ricorso ai *preferential treatments* – il dibattito sulla portata del XIV emendamento abbia iniziato ad accendersi. La clausola è infatti diventata sede elettiva di uno dei maggiori scontri interpretativi che abbiano occupato i giuristi americani⁷.

Il secondo. Nella riflessione filosofico-costituzionale, le giustificazioni portate a supporto di tali misure hanno da sempre – e forse conseguentemente – oscillato tra impostazioni molto differenti tra loro: *a)* l’idea che vi si possa ricorrere solo per ristorare dei danni patiti “vittime identificate” di “discriminazioni identificate”, in un’ottica squisitamente risarcitoria; *b)* l’idea che, pur potendo trarre giustificazione solo da “discriminazioni identificate”, esse possano, in un’ottica risarcitoria temperata, favorire la “categoria” dei discriminati e imporsi alla “categoria” dei discriminanti; *c)* l’idea che esse rispondano all’esigenza di superare gli effetti, *lato sensu*, delle “discriminazioni della società”⁸, assicurando in chiave distributiva ai gruppi discriminati opportunità altrimenti non equamente ripartite; *d)* l’idea che quello preso di mira sia, non già l’interesse soggettivo dei beneficiari di tali politiche, ma quello, generale, alla *diversity*.

Il terzo. Non esiste un solo modello di azione positiva, essendo ascrivibili alla categoria congegni che possono intercettare diversi destinatari, assumere molteplici configurazioni, operare in riferimento a beni della vita di vario rilievo; e che pertanto possono porsi in differente rapporto, di equilibrio o di disequilibrio, con il principio di uguaglianza (*id est*, con i diritti dei soggetti esclusi dal perimetro dei loro beneficiari).

⁵ Su tale condizionamento, volendo, S. LEONE, *Tempo di bilanci per l’affirmative action policy statunitense (e per ragionare nuovamente dei suoi riflessi sulla concezione italiana e comunitaria di azione positiva)*, www.fo-rumcostituzionale.it, 6 luglio 2009.

⁶ sia nel XIV emendamento, con riferimento agli Stati, sia nel V emendamento, disposizione dalla quale, a partire da *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954), la Corte Suprema ha ricavato analogo limite per l’azione del Governo federale; in seguito assumendo, peraltro, che si tratti di vincolo sostanzialmente equivalente: *Buckley v. Valeo* 424 U.S. 1 (1976).

⁷ «[n]essun argomento nel diritto costituzionale è più controverso dell’*affirmative action*». Così E. CHERINSKY, *Constitutional Law*, New York, 2015, 764.

⁸ ovverosia le discriminazioni strutturali del sistema sociale: per un approfondimento sulla nozione, e per riflessioni sulla differenza tra discriminazioni strutturali e discriminazioni istituzionali, v. C. NARDOCCI, *Razza ed etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Napoli, 2016, 34, 35.

La notazione, che richiama in definitiva il tema del bilanciamento, si presta per vero ad essere replicata in tutti i contesti costituzionali. Ma l'esperienza statunitense presenta un elemento di unicità "storica": il tipo e l'intensità della discriminazione – la schiavitù – che in passato è stata inflitta ad uno dei gruppi sociali cui tali misure sono tipicamente rivolte, e il tipo e l'intensità della discriminazione che quella storia si è portata dietro. Un aspetto, questo, che peraltro può acquistare duplice significato, da un lato irrobustendo le ragioni sottese alle *a.a.* pensate per la popolazione nera, dall'altro ponendo sotto ai riflettori la scelta stessa di ricorrervi: è proprio per lasciarsi definitivamente alle spalle quella drammatica pagina di storia, si è da taluni sostenuto, che la Costituzione avrebbe messo fuori gioco *qualsiasi* politica razzialmente connotata, correndosi altrimenti il rischio di esacerbare fratture sociali mai del tutto assorbite⁹. Ciò che spiega, sebbene non pienamente giustifichi, perché i *preferential treatments* siano di norma sottoposti ad un sindacato più stringente se il fattore elevato a discriminazione sia proprio la razza e non, per esempio, il sesso. Così come si spiega, se non pienamente si giustifichi, la particolare diffidenza che tali misure incontrano nel contesto dell'istruzione superiore. A fare da contraltare alle aspirazioni eguagliatrici delle *a.a.* (che ragionano per gruppi) è infatti il merito (per definizione individuale), fattore che assume una particolare caratura nel suo *habitat* naturale. Ma come si dirà, anche questo argomento può essere messo in discussione, sia laddove si ritenga che il merito di ciascuno vada "misurato" anche in relazione al punto di partenza, sia laddove si sostenga che, per come concretamente declinato nella esasperata competizione per l'accesso ai College e alle Università d'America, il "merito" non sempre risponda a criteri (realmente) meritocratici¹⁰.

Il quarto. La legittimità delle *a.a.* ha trovato appoggio in una giurisprudenza piuttosto "instabile", che di tutti questi elementi di complessità pare costituire il portato. Basti qui ricordare che il primo avallo di tali misure si deve all'opinione – propria – del Giudice Powell, elaborata nel contesto di una causa che aveva a tal punto travagliato il Collegio da renderlo incapace di produrre una argomentazione di maggioranza (*Regents of the University of California*

⁹ Questo timore è stato espresso con particolare enfasi da Scalia: ciascuno ha diritto di essere valutato «per i propri meriti indipendentemente dalla razza», e «[q]uando ci allontaniamo da questo principio americano noi giochiamo col fuoco» (opinione dissenziente in *City of Richmond v. J. A. Croson Co* del 1989). In letteratura, per tutti, A. BICKEL, *The morality of Consent*, Yale University Press, 1975, 132, per il quale le azioni positive producono una frattura sociale tanto più rischiosa «in una società che lotta disperatamente per una eguaglianza che renda la razza irrilevante». Ma v. anche M. J. PERRY, *Modern Equal Protection: A Conceptualization and Appraisal*, in *Columbia Law Review*, n. 79/1979, 1023 ss.

Per restituire il clima di "attenzione" che suscita negli Stati Uniti il ricorso alle *a.a.* va peraltro aggiunto che talvolta esse incontrano la stessa opposizione dei gruppi sociali destinatari della misura. Su questo aspetto ha insistito particolarmente Thomas, secondo il quale questi programmi «segnano le minoranze con un marchio di inferiorità» (opinione concorrente in *Adarand Constructors Inc. v. Peña, Secretary of Transportation* del 1995). Quanto alla letteratura italiana, v. sul punto B. BECCALLI, *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milano, 1999.

¹⁰ Questione al centro delle tesi di M. J. SANDEL, *La tirannia del merito. Perché viviamo in una società di vincitori e perdenti*, Milano, 2021. Per una riflessione, tarata sull'ordinamento italiano, sul carattere relativo del "merito" nei percorsi scolastici, G. ARCONZO, *Istruzione e inclusione sociale e culturale*, in corso di pubblicazione nella raccolta degli Atti del Seminario AIC: *L'istruzione come fattore di partecipazione*, Università di Modena, 22 settembre 2023.

v. *Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Vero, quell'anomalo precedente (la cui stessa natura di precedente è stata al centro di infinite discussioni¹¹) ha ciò non di meno avuto grande "fortuna". In successive occasioni, infatti, la Corte Suprema ne ha elevato i contenuti a *ratio decidendi* di statuizioni adottate, questa volta, a maggioranza. Potrebbe in questa prospettiva sorprendere, allora, che essa annulli oggi due programmi di ammissione universitari che, proprio sulla scorta di questa giurisprudenza, parevano avere una qualche *chance* di salvarsi.

Come già detto, un peso lo ha certamente avuto il differente posizionamento culturale di questo Collegio. Ma l'obiettivo di arrestare la corsa delle *a.a.* – questa la tesi che si intende sviluppare – potrebbe essere stato più agilmente raggiunto per la circostanza che lo schema argomentativo utilizzato sin dalla sentenza *Bakke* per valutarne la tenuta costituzionale sconta qualche elemento di fragilità¹². Che la Corte Suprema non se ne sia mai distaccata – per scelta o per necessità, è tutto da vedere – per giudicare della legittimità delle politiche preferenziali potrebbe allora almeno in parte spiegare le ragioni di questo recente (e definitivo?) punto di caduta.

2. L'eterno dibattito sulla natura *color-blind* o *color-conscious* della Costituzione.

Senza voler sminuire la portata di problemi interpretativi in ogni caso straordinariamente complessi, in un ordinamento come quello italiano – che vede l'uguaglianza comporsi di due facce all'inequivocabile scopo di rendere il principio capace di "prestazioni bidirezionali" – il dibattito sulla categoria giuridica delle azioni positive si è concentrato prevalentemente sui limiti che esse incontrano¹³. Negli Stati Uniti, la necessità di confrontarsi con una Costituzione che non si preoccupa di autorizzare il ricorso a politiche preferenziali ha costretto invece i giuristi a fare i conti con un interrogativo preliminare di notevole impegno teorico: la Costituzione vieta categoricamente di elevare un fattore come la razza a criterio distintivo di una misura oppure, in taluni casi, lo permette?

¹¹ discussioni chiuse da *Grutter v. Bollinger* del 2003 con un argomento "sostanziale": «[n]on riteniamo necessario decidere se l'opinione del Giudice Powell sia vincolante». «Ciò che è più importante [...] è che oggi noi condividiamo il [suo] punto di vista».

¹² Gli argomenti sono sviluppati in particolare nel § 3. Di fragilità dell'argomento usato dalla Corte Suprema per giustificare le azioni positive parla anche A. SCHILLACI, *Eliminating racial discrimination means eliminating all of it? la Corte Suprema e le azioni affermative nell'ammissione all'università*, in *Diritti comparati*, 4 settembre 2023.

¹³ Esse peraltro si sono piuttosto indirizzate verso altre categorie di soggetti e non sono mai state utilizzate per assegnare vantaggi competitivi nell'accesso alle Università. Quanto alla possibilità stessa di adottare azioni positive, la questione si è posta invece in relazione ad alcuni specifici settori, come quello della rappresentanza politica. Su tali dilemmi, si rinvia alle riflessioni di M. D'AMICO, *Il difficile cammino della democrazia paritaria*, Torino, 2011. Quanto a natura e limiti delle azioni positive intervenute in questa specifica materia, v. L. CARLASSARE, *La parità di accesso alle cariche elettive nella sentenza n. 49: la fine di un equivoco*, in *Giur. cost.*, 2003. Se si vuole, anche S. LEONE, *L'equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, Milano, 2013. Più in generale, sulla portata massima delle misure positive, v. M. AINIS, *Azioni positive e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, n. 1/1992, 591 e *L'eccezione e la sua regola*, in *Giur. cost.*, n. 2/1993, 890; M. CARTABIA, *Le azioni positive come strumento del pluralismo*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale: atti del Seminario di Macerata*, a cura di R. Bin, C. Pinelli, Torino, 1994; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova 2002.

Già in tempi risalenti, per vero, la Corte Suprema ha avuto modo di chiarire che la *equal protection clause* non postula certo indifferenziazione assoluta, e che la legge, purché rispondente al canone della ragionevolezza, può validamente introdurre *previsioni distinte per situazioni distinte*¹⁴. In taluni casi, anzi, è tenuta a farlo, per evitare il prodursi di discriminazioni indirette.

Ma questa declinazione della regola dell'uguaglianza, che consente o addirittura reclama diseguaglianza, rimane valida anche nei casi in cui si tratti di assumere la razza a criterio discrezionale?

Ancorché antica, la disputa sulla natura *color-conscious* o *color-blind* del XIV emendamento riemerge periodicamente, come attesta anche quest'ultimo caso all'attenzione della Corte Suprema e, in particolare, la netta divaricazione di pensiero tra due Giudici come Thomas e Sotomayor (redattori, rispettivamente, di una *concurring* e di una *dissenting* molto ispirate).

I termini della *querelle* sono noti. Mentre i fautori della *race consciousness* ritengono che il ricorso a regolamentazioni differenziate in ragione dell'appartenenza a gruppi razziali possa in alcuni casi giustificarsi, la tesi della cecità dell'*equal protection clause* lo esclude, indipendentemente dalla direzione dell'intervento: sia che si tratti di porre un gruppo sociale in una condizione "degradata" al precipuo scopo di danneggiarlo (le c.d. "*invidious discriminations*"), sia che si tratti di "avvantaggiarlo" perché in partenza socialmente discriminato (le c.d. "*benign discriminations*"), la Costituzione non avallerebbe simili politiche. La regola dell'eguale protezione, insomma, non conoscerebbe deroghe, rimanendo indifferente a questa o quella *ratio legis*.

Alla ricerca di una risposta a questi dilemmi nella giurisprudenza costituzionale, taluni hanno come noto sostenuto che sarebbe invero proprio questa seconda rigorosa interpretazione del XIV emendamento ad aver consentito alla Corte Suprema di giungere al grande passo: la storica sentenza *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), pronuncia che ha smascherato l'infima essenza discriminatoria della segregazione razziale. Le c.d. leggi *Jim Crow*¹⁵, niente affatto neutre rispetto alla razza, eleggevano in effetti l'appartenenza alla comunità bianca o nera a fattore decisivo per porre in essere una distinzione a tutto danno della seconda. Ma l'aspetto che più rileva è che tale intuizione – sempre a detta di coloro che adottano questa chiave di lettura della pronuncia – troverebbe la propria matrice teorica nell'argomentazione che il Giudice Harlan, cinquant'anni prima, aveva opposto alla scelta della Corte di salvare, invece, il sistema segregazionista (*Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)). Poiché «cieca» rispetto al colore della pelle, disse Harlan, la Costituzione americana non conoscerebbe, e non tollererebbe, forma alcuna di classificazione dei propri cittadini; sicché illegittimo, aggiunte, dovrebbe ritenersi un meccanismo, quale la segregazione, che a dispetto della sua

¹⁴ Ad esempio già *Middleton v. Texas Power and Light Co.*, 249 U.S. 152 (1919). Sul *reasonable test* elaborato dalla Corte Suprema, e sulla ben diversa intensità dello scrutinio utilizzato per giudicare di misure basate sulla razza, v. *infra* § 3.

¹⁵ Il nero americano per antonomasia in base al testo di una canzone popolare che si diffuse nella seconda metà dell'800, e che prestò successivamente la denominazione alle leggi segregazioniste. Cfr. C. VANN WOOWARD, *La strana carriera di Jim Crow. Breve storia della segregazione razziale negli Stati Uniti*, Bari, 2022.

apparente neutralità, è stato pensato «non tanto per escludere i bianchi dai vagoni ferroviari occupati dai neri quanto per escludere i neri dai vagoni [...] assegnati ai bianchi».

Raccogliendo il lascito del “Grande dissenter”, alla domanda se la segregazione privasse gli appartenenti alla minoranza nera di eguali opportunità educative, mezzo secolo più tardi la Corte rispose attraverso *Brown* che essa generava in effetti un senso di inferiorità e negava i benefici di un sistema scolastico integrato.

Ora, ferme queste incontrovertibili conclusioni, potrebbe però costituire una forzatura assumere che il dispositivo di *Brown* abbia poggiato (e avesse bisogno di poggiare) su una concezione *color-blind* della Costituzione¹⁶. In realtà si limitava a rimuovere il velo di ipocrisia dietro al quale riparavano le leggi segregazioniste, giacché – come peraltro riaffermato dalla stessa Corte Suprema proprio nella recentissima sentenza di giugno 2023 – ciò che quella decisione aveva fatto era portare alla luce l’ineludibile verità posta dal XIV emendamento: «*[s]eparate cannot be equal*». D’altra parte, come già visto, quell’odioso sistema era stato escogitato per lasciare i neri ai margini della vita dei bianchi, non certo il viceversa. A tacere poi del fatto – giuridicamente non decisivo, ma emblematico dell’intento discriminatorio sotteso a quel regime – che servizi e strutture pensati per la popolazione nera risultavano spesso vistosamente arretrati rispetto a quelli riservati alla popolazione bianca. Separati e nemmeno “uguali”, insomma. Tanto che il passaggio immediatamente precedente alla desegregazione fu in alcuni Stati proprio l’impegno economico a favore di un ammodernamento di tali servizi e strutture, nel vano tentativo di preservare il modello segregazionista¹⁷.

Ciò che ad ogni modo preme qui sottolineare è che non pare corretto, né proficuo, l’esercizio teso a scorgere in *Brown* argomenti a favore dell’una o dell’altra interpretazione della Costituzione¹⁸, soprattutto laddove li si intenda “reimpiegare” per giudicare della legittimità costituzionale delle *a.a.*. In quella occasione, è certamente vero, la Corte Suprema fece propria una lettura *magis ut valeat* della *equal protection clause*, grazie alla quale poté mettere fuori gioco un sistema che, ancorché “camuffato”, perché al riparo dietro un’apparente neutralità, si rivelava in realtà discriminatorio tanto negli effetti quanto negli intenti. Ma altro è farne

¹⁶ Per R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, edizione del Mulino, Bologna, 2010, le decisioni sulla segregazione non postulavano inequivocabilmente come incompatibile rispetto alla *equal protection clause* ogni classificazione razziale.

¹⁷ L’idea che ciò potesse bastare fu inizialmente avallata dalla stessa Corte Suprema: in *Sweatt v. Painter* 339 U.S. 629 (1950) aveva affermato che un sistema segregazionista legittimo si sarebbe potuto basare sulla previsione di Università separate per i neri purché di analogo standard qualitativo.

¹⁸ Secondo un’opposta lettura, la strategia interpretativa alla base di *Brown* potrebbe anzi essere descritta come «un caso di *race consciousness*», data la scelta della Corte di «proiettarsi, con l’immaginazione, entro la corporea coscienza razziale dei bambini». Così K. THOMAS, *Legge, razza e diritti: Critical Race Theory e politica del diritto negli Stati Uniti*, in *Filosofia politica*, n. 3/2003, spec. 461.

Per un’impostazione ulteriormente diversa, ancorché rimasta minoritaria, sul rapporto tra XIV emendamento e segregazione, in base alla quale la Corte Suprema avrebbe invero potuto vietarla in base al significato attribuibile alla disposizione al tempo della sua ratifica, M. W. MCCONNELL, *The Originalist Case for Brown v. Board of Education*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1995.

discendere un criterio di valutazione valido per giudicare tutt'altro tipo di misure, evidentemente ispirate, proprio perché di matrice promozionale, ad una logica completamente diversa¹⁹.

Brown non ha insomma pregiudicato in un senso o nell'altro il destino delle azioni positive. E la questione teorica è rimasta infatti sul tavolo. Sicché, la possibilità di ricorrere alle *a.a.* è stata osteggiata e continua ad essere osteggiata soprattutto da coloro che assumono che la Costituzione statunitense ripudierebbe ogni forma di valorizzazione del fattore razziale, e che tale divieto di "frammentazione" del popolo americano opererebbe anche laddove si tratti di giudicare della legittimità di discriminazioni in tesi "virtuose". Criticando la scelta della Corte di non decidere nel merito una delle prime questioni sulle *a.a.* (concernenti la politica di ammissione adottata dalla Law School di Whashington), il Giudice Douglas aveva proprio in questa prospettiva affermato che certo «[un candidato] bianco non ha diritto ad alcun vantaggio a causa di questa condizione», «né [però] può essere svantaggiato» per questa stessa sua condizione (*DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974)).

Come noto, sulla base di analoga impostazione, due tra i più autorevoli originalisti – il Giudice Scalia e il Giudice Thomas – hanno ripetutamente espresso sfavore nei confronti di queste politiche. In effetti, salvo rare eccezioni, la tesi della Costituzione cieca rispetto alla razza e l'interpretazione originalista (nelle sue principali varianti dell'*original intent* e dell'*original meaning*²⁰) si legano a doppio filo²¹.

A detta di Scalia – per il quale provvedimenti basati sulla razza avrebbero potuto giustificarsi unicamente in forma di ristoro per i danni patiti in conseguenza di discriminazioni puntualmente accertate²² – la pretesa di compensare, invece, gli svantaggi derivanti dalle c.d. "discriminazioni della società" non avrebbe potuto risolversi nel ricorso all'illegittimo strumento di ciò che sarebbe da considerarsi, a sua volta, nulla più che una discriminazione. Una discriminazione peraltro foriera di grandi insidie, la difficoltà di superare gli effetti di quelle passate essendo «nulla di fronte alla difficoltà di sradicare dalla nostra società la fonte di tali effetti, che è la tendenza – fatale per una Nazione come la nostra – a classificare e giudicare uomini e

¹⁹ Si è peraltro notato (sebbene ovviamente pensando ad altro tipo di effetti) che per contenerne l'impatto, in *Brown* la Corte Suprema ha scientemente evitato prese di posizione generalizzanti sul XIV emendamento: M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2023, 108, 109. Strategia confermata dalla scelta di confinare il principio all'ambito scolastico: C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Riv. dir. cost.*, 2008, 12 e ss..

²⁰ Sulle diverse manifestazioni dell'originalismo v. G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2016, 139 ss.; A. SARDO, *L'originalismo e la sfida del bilanciamento*, Madrid, 2018; a partire dal caso *Dobbs*, ricche sono, sul tema dell'originalismo e dei suoi "antagonisti", anche le riflessioni di C. BOLOGNA, Q. CAMERLENGO, O. CHESSA, M. D'AMICO, F. PEDRINI, G. RAZZANO, C. VALENTINI, L. VANONI, N. ZANON, aperte dalla lettera AIC (a firma di C. CARUSO), *Originalismo e Costituzione*, cit.

²¹ Per una lettura diversa v. invece E. SCHNAPPER, *Affirmative Action And The Legislative History Of The Fourteenth Amendment*, in *Virginia Law Review*, 1985, spec. 754, che sostiene le ragioni delle *a.a.* valorizzando l'*original intent* dei Costituenti. In epoca coeva all'approvazione del XIV emendamento, infatti, il Congresso aveva deciso di introdurre misure di *welfare* destinate esclusivamente agli afro-americani (comprehensive dell'istituzione, proprio nel 1866, quando l'emendamento fu approvato, per essere poi ratificato nel 1868, del *Freedom's Bureau Act*). Tali misure suscitavano critiche che presenterebbero, secondo l'A., «una peculiare assonanza con le obiezioni ai programmi di *affirmative action*»; è per questo che «gli autori dell'emendamento non avrebbero potuto intendere che esso vietasse, in generale, un'azione positiva in favore dei neri o di altri gruppi svantaggiati».

²² Nel qual caso i soggetti danneggiati dalla misura sarebbero infatti chiamati a sopportare la *giusta* conseguenza di un precedente *ingiusto* vantaggio acquisito per effetto di una discriminazione a danno di altri.

donne in base al paese di origine o al colore della pelle»; con la chiosa, esiziale, che «[u]na soluzione al primo problema che aggrava il secondo non è affatto una soluzione» (opinione concorrente in *City of Richmond v. J. A. Croson Co*, 488 U.S. 469 (1989)). Altrettanto chiaro nell'argomentare l'«equivalenza morale e costituzionale tra leggi volte a soggiogare una razza e leggi che distribuiscano benefici sulla base della razza» è sempre stato il Giudice Thomas: «[i]n ogni caso, si tratta di discriminazione razziale, pura e semplice» (opinione separata in *Aadarand Constructors Inc. v. Pena, Secretary of Transportation*, 515 U.S. 200 (1995)). Concetto che ribadisce oggi, a più chiare lettere, in *Students for fair admissions*. Pur sostenendo l'opinione di maggioranza della Corte, ne costruisce una *a latere* al dichiarato intento di «offrire una difesa originalista della *color-blind Constitution*» e di prendere in questo modo più nettamente le distanze dai precedenti arresti in materia. A suo dire, infatti, sarebbero l'«evidenza» e il «significato originario» del XIV emendamento a suggerire che questa norma è stata approvata per vietare distinzioni di *qualsiasi* tipo, aggiungendo che la sentenza *Brown* avrebbe fatto propria una coerente logica *color-blind*, e che i sostenitori dei *preferential treatments* commetterebbero un errore nel non avvedersi che in tema di discriminazione due torti non fanno una ragione.

Sul fronte opposto, si colloca chi, come il Giudice Blackmun, ha invece sempre teorizzato che «per superare il razzismo dobbiamo prima tenere conto della razza. Non c'è altro modo. E per trattare equamente alcune persone, dobbiamo trattarle in modo diverso» (opinione separata resa in *Bakke*). A raccogliere questa eredità è oggi la Giudice Sotomayor. A suo dire, nell'approvare il XIV emendamento i *Framers* sarebbero stati in realtà coscienti dell'esistenza, già al tempo, di misure di sostegno alla comunità nera²³, l'«ampia» formulazione della norma consentirebbe l'adozione di *preferential treatments*, e, coerentemente, *Brown* sarebbe una «*decisione race-conscious*».

La disputa impegna da sempre anche la riflessione dottrina. La principale obiezione alle *a.a.*, mossa da Bickel, suona più o meno così: se la Costituzione vieta di escludere i neri sulla base del fattore razziale, non può consentire, sulla base del fattore razziale, l'esclusione dei bianchi: «perché è l'esclusione sulla base della razza a offendere la Costituzione, non il particolare colore della pelle della persona esclusa»²⁴. Se così stanno le cose, non vi sarebbe allora affatto differenza tra una Università che respinga una persona afro-americana perché afro-americana²⁵ e una Università che, adottando un programma di *a.a.*, finisca per escludere uno studente bianco²⁶.

²³ La questione, cui si è già fatto cenno, rimane controversa: ribattendo a Sotomayor, Thomas rileva come alcune di quelle previsioni adottate in prossimità dell'introduzione della *equal protection clause* non fossero rivolte agli afro-americani, ma ai «liberti» e ai «rifugiati», categorie neutre rispetto alla razza; o come in altri casi, quando i destinatari erano effettivamente i cittadini neri, l'obiettivo fosse in realtà di supportare persone che vivevano nel degrado.

²⁴ A. BICKEL, *The morality of Consent*, cit., 132.

Anche per chi, come Posner, non ragiona di vere e proprie discriminazioni, il criterio razziale non dovrebbe comunque essere utilizzato nemmeno per elargire benefici in chiave rimediale. R. A. POSNER, *The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities*, in *Supreme Court Review*, 1974, 1.

²⁵ come la Law School dell'Università del Texas del caso *Sweatt*.

²⁶ come la Law School dell'Università di Washington del caso *DeFunis*.

Un accostamento rigettato invece da chi osserva che mentre il candidato nero è trattato diversamente in violazione del suo diritto di non essere stigmatizzato quale soggetto appartenente ad una razza ritenuta inferiore, il candidato bianco è trattato diversamente senza che ciò derivi (da) o porti (a) simile stigmatizzazione, potendosene arguire che «il diritto di una persona a non essere classificata in base alla razza [ben] può primeggiare rispetto all'interesse di uno Stato a promuovere la segregazione e tuttavia non primeggiare rispetto all'interesse di uno Stato a promuovere l'integrazione»²⁷.

Si tratta, come si vede, di letture radicalmente opposte.

Ma la Costituzione americana fornisce davvero coordinate chiare sul punto? Secondo Dworkin no. I Costituenti, diceva, avrebbero statuito l'illegittimità di politiche contrarie al principio di uguaglianza, ma «lascia[ndo] ad altri il compito di decidere di volta in volta cosa ciò avrebbe significato». Il XIV emendamento, infatti, «non sancisce una particolare concezione» di quel principio. L'A., come noto, giungeva per questa via a formulare il proprio sostegno alle ragioni delle *a.a.* Ma prescindendo dagli esiti del suo ragionamento, è di per sé significativo che postulasse l'inidoneità della Costituzione a restituire sull'uguaglianza una parola inequivoca (o meglio, nella sua prospettiva, una parola definitiva²⁸). Clausole come la *equal protection* o la *due process* sono, nella sua riflessione, «standard vaghi», ed «anche persone ragionevoli e di buona volontà [avranno] diverse opinioni» quando cercheranno di ricostruire i diritti che vi ricadono o di confrontarsi con questioni complesse.

Ma oltre che sul concetto di uguaglianza, occorrerebbe intendersi sulla stessa nozione di “razza”. Per studiosi come Bickel l'appartenenza all'una o all'altra razza è indifferente al cospetto della Costituzione. Per i fautori della *Critical race theory*, invece, la razza è un costrutto sociale, il portato di una storia²⁹. E se la razza è criterio “situato” e se, di più, è la prevaricazione razziale ad aver plasmato la stessa idea di razza, è in tale prospettiva che dovrebbe valutarsi un'azione giuridica che si proponga di rimediare a quella storia di prevaricazione³⁰.

Difficile prendere parte in questa disputa, perché in qualche modo, quando si guardano allo specchio, Costituzione americana e razza si vedono riflesse l'una nell'altra: lo scarto tra “gruppi razziali” ancora presente nella società trova in una Costituzione di matrice liberale un

²⁷ P. WESTERN, *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Rev.*, 1982, 3, 537 ss., che pure ne ragiona nell'ambito di uno scritto provocatorio sul carattere “superfluo” del principio di uguaglianza nel ragionamento giuridico. Sul differente peso delle doglianze delle persone di colore, pesantemente discriminate nel corso dei secoli, rispetto a quelle dei bianchi, maggioranza dominante, v. R. LAMPERT, *The force of irony: on the morality of affirmative action and United steeworkers v. weber*, in *Ethics*, 1984.

²⁸ R. DWORKIN, *I diritti*, cit., spec. 327, 328. A suo dire, le politiche preferenziali, legittime in quanto dunque non impedito dal testo costituzionale, comportano un beneficio di lungo periodo per la collettività nel suo complesso. L'A. si allontana, come si vede, sia da una concezione risarcitoria, sia da una concezione redistributiva della *a.a. policy*, entrambe comunque rivolte al passato; per proiettarsi, come è stato notato (P. FARAGUNA, *La giurisprudenza della Corte Suprema*, cit., 38), verso una visione futura della società.

²⁹ K. CRENSHAW, N. GOTANDA, G. PELLER, *Critical race theory: the key writings that formed the movement*. Riflette sui termini del dibattito, e sull'influenza esercitata dai diversi contesti socio-culturali nella costruzione della nozione di razza, C. NARDOCCI, *Razza ed etnia*, cit., spec. 58 ss. Della stessa A., *Dall'invenzione della razza alle leggi della vergogna: lo sguardo del diritto costituzionale*, in *Italian. Review of Legal History*, 2019, 482 e ss., in cui il tema è ulteriormente approfondito anche a partire dalle prese di posizione dell'Unesco.

³⁰ N. GOTANDA «*La nostra costituzione è cieca rispetto al colore*»: una critica, in *Legge, razza e diritti*, a cura di K. Thomas, G. Zanetti, 2005, 27.

ideale di uguaglianza assoluta, una tensione verso l'indifferenza razziale; a sua volta, nel cercare la propria immagine, la Costituzione americana vede i riflessi di una Nazione nella quale "la razza esiste", nel senso che conta, e che a tale realtà ci si aspetta non rimanga indifferente. Ne derivano nodi teorici di straordinaria complessità, una tensione eterna innanzi alla quale tutti sembrano avere ragione e tutti sembrano avere torto.

3. Il sindacato della Corte Suprema sulle *affirmative actions* e la difficoltà di scostarsi da un modello che nel principio di uguaglianza vede solo il limite (e non il fondamento)

La vaghezza della *equal protection clause*, formula normativa "che dice poco", ha condizionato la storia delle *affirmative actions*. Basterebbe tornare all'origine per capirlo. Siamo negli anni sessanta, quando fanno per la prima volta ingresso nell'ordinamento strumenti che superano la logica del mero divieto di discriminare. Delle azioni positive costituiscono però solo la versione *ante litteram*, trattandosi di misure che l'autorità giudiziaria poteva imporre agli autori di discriminazioni accertate. Anche i piani correttivi di integrazione richiesti ai distretti scolastici per portare a termine il processo di desegregazione – operazione che sarebbe risultata solo di facciata laddove, aperte finalmente a tutti le porte delle scuole, si fosse fatto unicamente affidamento sulla libera determinazione (e sulle possibilità) delle famiglie – sono ispirati ad una *ratio* che sposta più in là i confini dell'uguaglianza formale³¹. Eppure, la primigenia giustificazione di questi strumenti – porre rimedio a discriminazioni "accertate" – rende dubbio che il grande passo si fosse compiuto, che il XIV emendamento si fosse aperto all'uguaglianza sostanziale³².

Qualche anno più tardi, sia pur ancora in modo incerto, faranno invece comparsa le prime *affirmative actions*. Nel 1965 il Presidente Johnson sigla l'Executive Order n. 11246, che impone agli appaltatori federali di attivarsi per reclutare forza lavoro appartenente a minoranze razziali³³. Ma piani di azioni positive vengono anche introdotti spontaneamente nel settore privato, nell'ottica di prevenire il rischio di accertamenti di comportamenti antidiscriminatori in sede giudiziaria. Infine, criteri *racial oriented* iniziano ad essere previsti anche nei procedimenti di ammissione di alcuni College e Università.

³¹ Tra le prime pronunce in tema *Swann v. Charlotte Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971); Per G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, Torino, 2000, 78, nel giustificare tali misure correttive, la Corte Suprema stava in realtà già perseguendo «un fine di "uguaglianza sostanziale"».

³² La logica strettamente risarcitoria è palpabile, ad esempio, in *Milliken v. Bradley*, 418 U.S. 717 (1974), secondo cui un rimedio di portata interdistrettuale sarebbe stato appropriato solo per eliminare segregazioni che avessero effettivamente avuto un impatto interdistrettuale. Ma improntata alla stessa logica è la giurisprudenza costituzionale che ha posto fine, una volta giunti allo scopo, all'operatività degli ordini di desegregazione; ciò indipendentemente dal rilievo che, una volta cessati, fenomeni di "risegregazione" avrebbero probabilmente avuto luogo (*Pasadena City Board Of Education v. Spangler*, 427 U.S. 424 (1976)).

³³ L'utilizzo del termine *affirmative action* compare per vero già nell'Executive Order n. 10925 adottato dal Presidente Kennedy nel 1961, sebbene esso si limitasse di fatto a riprodurre il principio di non discriminazione («*The contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and that employees are treated during employment, without regard to their race, creed, color or national origin*»).

Anche in riferimento all'ordine di Johnson, per vero, si è detto che esso avrebbe consentito il ricorso ad azioni correttive solo dopo che si fosse riscontrato un problema specifico, come il sottoutilizzo in un determinato settore di forza lavoro appartenente a una minoranza razziale.

Ora, come si è posizionata la Corte Suprema rispetto a queste politiche? E, dunque, come si è collocata nel dibattito sulla natura *color-blind* o *color-conscious* della Costituzione? In qualche modo, *nel mezzo*³⁴: ammettendo distinzioni basate sulla razza, ma tentando di contenere il più possibile l'impatto di questa "fuoriuscita" dai binari di una Costituzione che, se non *color-blind*, è quantomeno stata percepita come protesa al daltonismo razziale³⁵. Ciò mediante l'elaborazione di strategie di giudizio non sempre giuridicamente impeccabili.

Prima di soffermarsi su questo specifico aspetto, è però opportuno sintetizzare il percorso tracciato nel tempo dalla Corte Suprema nella interpretazione della *equal protection clause*. In particolare, è sempre utile ricordare che una prima breccia nel dogma dell'uguaglianza formalisticamente intesa si è avuta con il riconoscimento, e il divieto, delle discriminazioni indirette. *Grigg v. Duke Power Co*, 401 U.S. 424 (1971) sanziona infatti per la prima volta pratiche «corrette nella forma, ma discriminatorie sul piano operativo»³⁶, perché l'obiettivo della legge (il riferimento è al *Civil Right Act*) è di «raggiungere *pari opportunità* di impiego e rimuovere le *barriere* che sono state poste in *passato* per favorire un determinato gruppo di lavoratori bianchi rispetto ad altri». A pensarci, sono le parole d'ordine dell'uguaglianza sostanziale. E in effetti, la *disparate impact theory* si posiziona sul crinale tra l'accezione formale e l'accezione sostanziale del principio³⁷.

I tempi potrebbero apparire a questo punto maturi per spingersi oltre, per giustificare, alla luce della *equal protection clause* riletta in chiave riequilibratrice, vere e proprie azioni positive.

È a questo punto che la Corte Suprema pronuncia *Regents of the University of California v. Bakke*, la decisione che nell'ormai lontano 1978 ha impresso una svolta al destino delle a.a.. Ma lo ha fatto, questo è il punto, in una prospettiva ambivalente.

Di sicuro, si è trattato di uno snodo positivo per le a.a., che per la prima volta trovano "all'interno" della Corte Suprema (ovverosia nell'opinione di uno dei suoi giudici) un avallo

³⁴ Secondo P. FARAGUNA, *La giurisprudenza della Corte Suprema Usa in materia di reverse discrimination*, in *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, a cura di S. Amedeo, L. Daniele, R. Nunin, F. Spitaleri, Torino, 2013, la Corte non si sarebbe in effetti mai posizionata su nessuna delle due più estreme versioni di questa divisione teorica.

³⁵ Va notato che, sul versante del divieto di discriminare, la Corte Suprema ha mostrato meno "prudenza" nell'avallare letture capaci di ampliare l'orizzonte delle tutele. Con *Bostock v. Clayton County*, 590 __ (2020), in particolare (sia pur confrontandosi solo col *Civil Right Act*), ha ritenuto inclusa nel divieto ivi posto anche la discriminazione in base all'orientamento sessuale. Significativamente, la «soluzione è però raggiunta mimeticamente» (così N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex?* in *Quad. cost.*, n. 4/2020, 839 ss., il quale sottolinea i paradossi di una argomentazione basata su una ardita interpretazione – in tesi – "testuale" della disciplina legislativa).

³⁶ A meno che si provi l'esistenza di una stretta connessione tra criteri di selezione e prestazione richiesta (la c.d. *business necessity*, che importa un'inversione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro). Ma v. *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1974), per una diversa distribuzione dell'onere probatorio.

³⁷ Il tema è dibattuto anche nell'ordinamento italiano. Ed è anzitutto significativo che nella sentenza cui si deve il riconoscimento della categoria delle discriminazioni indirette (sentenza n. 163 del 1993) la Corte costituzionale abbia affermato che «[i]l secondo comma dello stesso art. 3 della Costituzione – oltre a stabilire un autonomo principio di eguaglianza "sostanziale" [...] – esprime un *criterio interpretativo* che si riflette anche sulla latitudine e sull'attuazione da dare al principio di eguaglianza "formale", nel senso che ne qualifica la garanzia in relazione ai *risultati effettivi prodotti o producibili* nei concreti rapporti della vita».

Per M. BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate dal caso nordamericano*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1984, 274: «il concetto di discriminazione indiretta è (...) quello che maggiormente si approssima all'idea di eguaglianza di opportunità».

quantomeno teorico; ma il passaggio è cruciale, e questa volta in termini non altrettanto positivi, per gli argomenti chiamati in causa al fine di motivare questo *endorsement*, e per l'intensità dello scrutinio che si è ritenuto necessario applicare per vagliare di volta in volta l'ammissibilità dello strumento.

Di per sé significativo, anzitutto, che *Bakke* sia una «non decisione»³⁸. Nessuna opinione fu capace di addensare i consensi della maggioranza: un fronte di quattro Giudici (Brennan, White, Marshall e Blackmun) avrebbe salvato il regime di ammissione previsto alla *Davis Medical School* dell'Università della California (che, come noto, riservava una quota di posti alle minoranze razziali); uno schieramento di altri quattro (Stevens, Burger, Stewart e Rehnquist) lo avrebbe invece dichiarato illegittimo. Il nono giudice, per l'appunto Powell, scrisse un'ulteriore distinta opinione, anch'essa contraria alle ragioni dell'Università (ciò che consentì di raggiungere una maggioranza almeno sul dispositivo), ma aperta alla astratta possibilità che un istituto universitario considerasse il fattore razziale nelle proprie politiche di ammissione.

Vediamo in base a quale metro di valutazione e con quali argomenti.

Nella sua opinione, Powell teorizza che le distinzioni razziali «di ogni sorta» sono «intrinsecamente sospette», occorrendo pertanto sottoporle al «più esigente sindacato giurisdizionale». Si tratta dello *strict scrutiny test*, scandito – come meglio preciseranno successive decisioni della Corte – in due passaggi: 1. la verifica che la misura persegua un interesse pubblico stringente («*compelling governmental interest*»); 2. la verifica che il ricorso alla razza sia strettamente aderente («*narrowly tailored*»), ovvero sia necessario, rispetto a tale esigenza³⁹. Non è dunque sufficiente che la legge esibisca una base di razionalità e non è nemmeno sufficiente che l'interesse preso di mira sia importante; così come non è sufficiente che vi sia una qualche relazione tra mezzo e fine, e nemmeno che il primo costituisca una strada razionale per perseguirlo.

Ci si potrebbe però anzitutto chiedere come si spieghi la scelta di sottoporre le *a.a. racial oriented* a questo scrutinio così severo⁴⁰.

Partiamo dal ricordare che la Corte Suprema, quando parametrata una regola potenzialmente discriminatoria al XIV emendamento (o al Titolo VI del *Civil Right Act*), ricorre a differenti livelli di sindacato: se la regola si basa su fattori quali razza od origine etnica si rende per l'appunto necessaria l'applicazione di uno *stricts scrutiny test*; le distinzioni basate sul genere,

³⁸ M. BARBERA, *Discriminazioni*, cit., 300.

³⁹ Questo secondo *step* di verifica previsto dallo *strict scrutiny test* sarà in questi esatti termini definito solo dalla successiva *Fullilove v. Klutznick*, 448 U.S. 448 (1980). Ma già dalla opinione di Justice Powell in *Bakke* emerge in modo chiaro che una *a.a.* non possa superare il vaglio di costituzionalità se lo strumento utilizzato non è necessario a perseguire l'interesse pur meritevole di tutela.

⁴⁰ Secondo la celebre espressione di G. GUNTHER, *The Supreme Court, 1971 Term-Forward: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8, 1972, si tratta di uno scrutinio «*strict in theory, but fatal in fact*». Peraltro, questo tipo di sindacato è stato applicato – non senza suscitare discussione – anche in un caso relativo a misure di desegregazione nelle scuole: «quando il governo distribuisce oneri o benefici sulla base di classificazioni razziali, l'atto è sottoposto ad uno scrutinio stringente» (*Parents involved in Community Schools v. Seattle School District n. 1*, 551 U.S. 701 (2007)).

invece, suscitano minor diffidenza e passano per uno *intermediate scrutiny*; altro tipo di classificazioni, infine, vanno incontro ad una prova di resistenza più blanda, dovendo rispondere solo ad un *rational relationship test*⁴¹.

In estrema sintesi, è prevalsa l'idea che occorra un vaglio più attento se la classificazione potenzialmente discriminatoria riguardi un tratto della persona "immutabile", che prescinde da volontà e meriti (come la razza o l'origine nazionale, o anche il sesso)⁴²; e ancora di più, se tale criterio non risponda a differenze fisiche che possano assumere un qualche rilievo, e dunque portare giustificazioni alla regola che vi faccia ricorso (come invece, residualmente, il sesso). Ma la "presunzione di incostituzionalità" che grava sulle distinzioni per razza dipende forse in prima battuta dalla stessa genesi del XIV emendamento, ispirato alla volontà di ricostruire un'identità nazionale lacerata dall'esperienza della schiavitù, e così bandire definitivamente, in ogni Stato, soprusi e discriminazioni ai danni della popolazione nera⁴³.

Ciò premesso, perché la Corte Suprema ha ritenuto di dover applicare il più severo dei test di giudizio anche quando si è trattato di decidere della legittimità di misure non già finalizzate a *perpetrare* soprusi e discriminazioni ai danni della popolazione nera, ma a *rimediare* a soprusi e discriminazioni ai danni della popolazione nera? E ancora, come si spiega, pure in base a questa scelta, l'attenuato rigore di giudizio previsto per le *a.a.* indirizzate alle donne? Anche riguardata in questa prospettiva la soluzione potrebbe porre qualche problema logico-giuridico, producendo il «risultato anomalo» di facilitare il governo nell'attuare politiche preferenziali per superare la discriminazione di genere più di quanto non sia consentito fare per superare quelle che colpiscono gli afro-americani, «[a]nche se lo scopo principale della *equal protection clause* era quello di porre fine alla discriminazione contro gli ex schiavi»⁴⁴. Insomma, si potrebbe anche comprendere, proprio per la storia americana, che una *invidious discrimination* sia trattata con il massimo della severità quando basata sulla razza e con attenuato rigore quando basata sul genere, ma è altrettanto logico, e non invece controintuitivo, che proprio alla luce di quella storia siano considerate maggiormente sospette anche le *benign discriminations* basate sul fattore razziale rispetto a quelle che favoriscono le donne?

La scelta della Corte Suprema di prendere la "scala di scrutini" pensata per giudicare discriminazioni odiose e utilizzarla, tal quale, per giudicare discriminazioni virtuose un qualche interrogativo in effetti lo pone, e può forse unicamente spiegarsi per il margine interpretativo ridotto consentito da una Costituzione che non legittima apertamente l'adozione di politiche preferenziali e che evidentemente è stata percepita di "ostacolo" alla elaborazione di un metro

⁴¹ Su tali distinzioni E. CHEREMINSKY, *Constitutional Law*, cit. 766 ss., A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, 4.

⁴² Sull'immutabilità della razza *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

⁴³ A quanto consta è con *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), che la Corte Suprema ha per la prima volta affermato che «tutte le restrizioni legali che limitano i diritti civili di un singolo gruppo razziale sono d'immediatezza sospette» e che devono pertanto sottostare ad un «più rigido scrutinio». La decisione, come noto, rimane però tra le più criticate della Corte Suprema, per aver ciò non di meno essa giustificato, negli Stati della costa occidentale, il trasferimento forzoso e l'internamento di migliaia di Giapponesi all'indomani dei fatti di *Pearl Harbor*.

⁴⁴ L'obiezione è di Stevens e Ginsburg (opinione dissidente in *Adarand Constructors*). Ma convinti che occorresse applicare alle *a.a.* un *intermediate scrutiny* erano già i Giudici dissidenti nel caso *Bakke*. In dottrina, ancora, R. DWORKING, *I diritti presi sul serio*, cit., secondo cui «[l]o standard di controllo simmetrico non può essere giustificato dalla storia razziale, perché la storia razziale è una storia asimmetrica».

di giudizio *ad hoc* per questo tipo di misure. L'opinione redatta da Powell in *Bakke* è in questo senso emblematica, oscillando tra solenni affermazioni di principio (la diffidenza nei confronti di tutte le classificazioni razziali «è radicata nella storia costituzionale e demografica della nostra Nazione») e giustificazioni che suonano più come un “vorrei ma non posso” («è troppo tardi per argomentare che il XIV emendamento consenta di riconoscere una maggiore protezione per una categoria di soggetti [quelli socialmente svantaggiati] rispetto ad altri [quelli socialmente avvantaggiati]»).

Sia come sia, da *Bakke* in poi la Corte applicherà (quasi) sempre il più intenso livello di sindacato alle *a.a.* basate sulla razza, e quello intermedio per le *a.a.* basate sul genere⁴⁵.

Ma c'è una ragione ulteriore per indugiare oltre su questa pronuncia che, come si provava a dire, ha segnato in senso ambivalente il destino delle *a.a.* La misura prevista dalla Davis School, come si ricorderà, non fallisce alla prima prova prevista dallo *strict scrutiny test*, cioè la sussistenza di un *compelling interest*, ma alla seconda, la previsione di una riserva di posti (in quel caso 16 su 100) comportando l'esclusione automatica, e per ciò stesso illegittima, di un individuo in ragione della sua origine razziale, mentre ciascun candidato deve essere valutato come individuo e non in un modo che faccia della sua razza o etnia il suo tratto distintivo⁴⁶. Su questo profilo si avrà modo di tornare. Quel che pare più importante sottolineare ora dell'opinione di Powell attiene, invece, a quanto affermato nell'ambito della prima fase di giudizio. È qui – nella individuazione dell'esigenza che un istituto universitario può legittimamente porre ad obiettivo di un meccanismo di ammissione che valorizzi la razza – che si compie la scelta decisiva. Secondo Powell, può trattarsi o di rimediare a discriminazioni specificamente accertate o, per quanto qui maggiormente interessa, di costruire un corpo studentesco diversificato.

Si badi, non era l'unica giustificazione allegata a propria difesa dalla Davis, che si richiamava anche allo scopo di supportare alcuni gruppi considerati vittime di “discriminazioni della società”. Powell rigetta però inesorabilmente l'idea che questa finalità possa assurgere al rango di *compelling interest*. Lo Stato può solo proporsi, dice, di eliminare gli effetti di «discriminazioni individuate», mentre le «discriminazioni della società» rispondono ad «un concetto amorfo di lesione che potrebbe essere “senza età” nel suo retrocedere nel passato». Ciò con la conseguenza, inaccettabile, di imporre sacrifici ad innocenti.

Vi è però che questa giustificazione delle *a.a.* è (sarebbe stata...) la sola realmente ancorata al principio di uguaglianza. Rigettandola, l'opinione di *Bakke* rigetta allora l'idea che i *preferential treatments* possano trovare fondamento, e non solo un parametro, nel XIV emendamento⁴⁷.

⁴⁵ Quasi sempre perché in *Metro Broadcasting Inc. v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990), riguardante un programma federale che accordava preferenza per le aziende detenute da minoranze, la Corte ha fatto ricorso ad un *intermediate scrutiny* (forse spiegabile perché si trattava in quel caso di un programma per l'appunto federale e non statale); salvo poi tornare su questa scelta con la successiva *Adarand* del 1995, ove in senso opposto si è affermato che «classificazioni razziali federali, come quelle di uno Stato, devono servire un *compelling governmental interest*, e devono essere strettamente funzionali al conseguimento di quell'interesse».

⁴⁶ Diversa sorte toccherebbe a un meccanismo flessibile, che comporti la valutazione di «tutti gli elementi pertinenti di diversità alla luce delle particolari qualifiche di ciascun candidato» (secondo l'esempio, ritenuto da Powell virtuoso, a quel tempo offerto proprio dal College di Harvard).

⁴⁷ e nel Titolo VI del *Civil Right Act*, applicabile agli enti privati finanziati dallo Stato.

Tanto è vero che l'obiettivo della *diversity* viene definito come costituzionalmente ammissibile in quanto riconducibile alla «libertà di un'Università di esprimere le proprie valutazioni sull'istruzione» (e dunque anche sulla selezione dei propri studenti). È allora la libertà accademica – non contemplata espressamente in Costituzione ma ricondotta ormai da tempo al I emendamento – a poter fondare la legittimità di queste misure, non per l'appunto l'uguaglianza (nell'accezione di eguali opportunità, evidentemente).

Anche la giurisprudenza riguardante il settore lavorativo sembra confermare questa impressione. Senza addentrarvisi, basti notare che la Corte Suprema ha in questi casi per lo più ripiegato su uno scrutinio volto a verificare se nell'organizzazione dell'ente promotore di politiche preferenziali vi fossero state discriminazioni razziali a ristoro dei cui specifici effetti tali congegni venivano adottati (e che vi fosse, ovviamente, proporzionalità tra mezzi e fine)⁴⁸. Vero che qualche deviazione da questo schema di giudizio improntato alla logica risarcitoria c'è stata. In qualche motivazione, infatti, si può intravedere una labile traccia dell'idea che le *a.a.* possano svolgere una funzione distributiva⁴⁹. Ma, appunto, la traccia è labile, talvolta trattandosi di affermazioni vaghe, che peraltro non costituiscono la giustificazione autentica del salvataggio operato⁵⁰, in altre occasioni tornando a imporsi l'obiezione delle *reverse discriminations*⁵¹. In un ulteriore rilevante giudizio – relativo questa volta ad un programma federale che, nel settore radiotelevisivo, favoriva le aziende detenute da minoranze nell'aggiudicazione delle licenze di trasmissione (la già citata *Metro Broadcasting Inc. v. FCC* del 1990) – la Corte Suprema è giunta in realtà persino ad applicare un *intermediate scrutiny*. Ma al di là della circostanza che si sia trattato di una decisione sofferta assunta con un marginale scarto, e che nella giurisprudenza successiva gli interventi federali sono andati incontro, come quelli statali,

⁴⁸ *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986) ha invalidato la previsione di un contratto collettivo che stabiliva che nei licenziamenti di insegnanti si sarebbe dovuto procedere, anzitutto, a quello dei bianchi, laddove necessario a rimediare allo squilibrio tra insegnanti neri licenziati e componenti dell'organico. La Corte (l'opinione è siglata ancora una volta da Powell) ha applicato, per giudicare la misura, il criterio basato sulla verifica che la misura rispondesse effettivamente all'esigenza di rimediare a discriminazioni accertate nell'istituto scolastico.

⁴⁹ La precedente *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979) salva il meccanismo volto a mantenere bianchi e neri in rapporto paritario nell'accesso a un corso di specializzazione professionale fintanto che nell'azienda questi ultimi fossero risultati sottorappresentati. La Corte ritiene legittimo lo scopo di «abbattere vecchi modelli di segregazione razziale e gerarchica» e di «aprire opportunità di lavoro per i neri in occupazioni che sono stati loro tradizionalmente preclusi».

Con *Fullilove* del 1980 è fatta salva una legge del Congresso che imponeva agli Stati, in materia di lavori pubblici, di stipulare contratti con imprese che avessero a loro volta assegnato almeno il 10% dei fondi a imprese controllate da soggetti appartenenti a minoranze razziali. Di particolare rilievo che in essa si affermi che «quando sia previsto un rimedio delimitato e specificatamente finalizzato a sanare gli effetti di una passata discriminazione, la condivisione dell'onere da parte di soggetti innocenti non è da ritenersi inammissibile».

⁵⁰ Nella appena citata *United Steelworkers of America* ha sicuramente pesato la circostanza che si trattasse di regolare l'accesso solo ad un corso di formazione e la temporaneità della misura, che già in questa pronuncia veniva valorizzata.

Ragionando della ambiguità di *Fullilove*, invece, M. ROSENFELD, *Affirmative actions and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, London, 1991, 892, conclude che nella decisione «non emerge un quadro preciso o definitivo sulla finalità costituzionalmente ammissibile e sulle limitazioni delle *affirmative actions*». Su alcuni passaggi ambigui della decisione v. anche A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 172.

Infine, va notato che *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616 (1987), che invece fa più schiettamente propria una logica distributiva dell'*a.a.*, riguardava però, forse non casualmente, misure basate sul genere.

⁵¹ Cfr. *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* del 1989, che invalida una misura non dissimile da quella invece salvata con *Fullilove*. Ma v. anche *Adarand Constructors*, decisione, quest'ultima, che si suppone abbia condizionato la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Kalanke*.

ad un sindacato stringente, quel che qui preme sottolineare è un altro aspetto: a motivare la Corte Suprema nel salvare l'azione positiva è qui la specificità dell'interesse perseguito, ovverosia la varietà nella programmazione delle trasmissioni. Un interesse pubblico, quello a ricevere una informazione plurale, proveniente da fonti diverse, servente rispetto a «importanti valori del I emendamento». Ancora una volta, non si tratta di dare attuazione al principio di uguaglianza.

Le decisioni successive a *Bakke* (*Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003), *Fisher v. Università del Texas*, 570 U.S. 297 (2013) e 579 U.S. ___ (2016), con le quali la Corte Suprema ha “recuperato” l'opinione di Powell per giudicare dell'ammissibilità di *a.a.* nell'ambito delle procedure di ammissione agli istituti di istruzione superiore, si portano dietro quella impostazione⁵²; un “peccato originale”, per quanti avevano sperato di arruolare il XIV emendamento.

In *Grutter* – che con una maggioranza di 5 a 4 salverà la politica dell'Università del Michigan che si limitava a prendere in considerazione “*as one factor*” l'origine razziale del candidato – viene confermato che in questo specifico contesto è la costruzione di una «*critical mass* di studenti appartenenti a minoranze razziali» a poter costituire un *compelling interest* meritevole di apprezzamento⁵³. Ed è anzi ancora più chiaramente affermato che è questione di libera autodeterminazione dell'Università, nei cui confronti la Corte si pone in posizione di «deferenza». Un riguardo che peraltro si azzera, così chiarirà in una successiva occasione la Corte Suprema, quando l'Università deve provare di aver scelto strumenti “su misura” per conseguire questo legittimo scopo: «su questo punto, l'Università non riceve deferenza». Rigoroso dovrà pertanto essere il controllo giudiziario nel verificare che non vi siano «alternative neutre efficaci» per «produrre i benefici educativi della diversità» (*Fisher I*).

Ora, tutto quanto detto non sminuisce il potenziale pregio dell'argomento speso dalla Corte Suprema: la compresenza di elementi di diversità in un contesto collegiale può portare benefici educativi, rendendo la discussione in classe «più vivace», «più illuminante e interessante», agevolando la «comprensione interraziale», contribuendo all'«abbattimento di stereotipi» (*Grutter*).

Si tratta di una prospettiva interessante, che peraltro ha avuto eco anche nel dibattito europeo ed italiano sulle azioni positive⁵⁴. Ma un conto è presentare questa come “l'altra faccia

⁵² *Fisher II*, per vero, a fronte del disaccordo emerso nel contraddittorio circa la coerenza dell'interesse alla *diversity* rispetto alla *equal protection clause*, evita di pronunciarsi espressamente sul punto, rilevando come le parti non avessero chiesto alla Corte di ritornare su quell'aspetto di *Grutter*.

⁵³ Principio confermato nella coeva *Gratz v. Bollinger*, che però ha invalidato il protocollo universitario previsto dalla stessa Università del Michigan per l'ammissione alla Facoltà di Lettere, giacché impostato sulla attribuzione di un *surplus* di 20 punti ai candidati appartenenti alle minoranze razziali (su un punteggio massimo di 150 e con la previsione che l'accesso al College sarebbe stato garantito a coloro che avessero raggiunto un punteggio pari a 100).

⁵⁴ Si pensi alla disciplina legislativa che ha imposto una determinata proporzione di genere nei *boards* delle società quotate o partecipate. Si tratta di misure che, come si è notato in dottrina, parrebbero mirare sia, e in primo luogo, a scardinare dinamiche discriminatorie nella selezione degli amministratori, sia a favorire il confronto tra modi di pensare potenzialmente diversi all'interno dei collegi decisionali. Cfr. sul tema M. D'AMICO, A. PUCCIO (a cura di), *Le quote di genere nei consigli di amministrazione delle imprese*, Milano, 2012. Anche la giurisprudenza

della medaglia”, un “ulteriore” interesse (generale) sotteso a misure che si propongano, in prima battuta, di rimuovere gli ostacoli all’uguaglianza; altro farne la sola ragione a sostegno di politiche preferenziali. Il risultato è di indebolirle. E di esporle più facilmente all’obiezione di essere protese ad un obiettivo “impalpabile”, perché non misurabile (questione cruciale in *Students for fair admissions*: v. *infra* § 4). Di più. Allontanarsi dalla (se vogliamo “primordiale”) concezione che mediante il ricorso a queste politiche si supportano le vittime di discriminazioni, coloro che, senza correttivi, rischierebbero di rimanere fuori da taluni contesti, per sposare invece un ideale di *diversity*, rischia ancora una volta di annacquare la giustificazione invece più solida, e di aprire la strada a potenziali contraddizioni: *quali e quante* “diversità” promuovere? (tema ancora una volta cruciale in *Students for fair admissions*: v. *infra* § 4).

Vero. Non solo norme e sentenze, ma anche gli argomenti, con la loro “storia”, non vanno decontestualizzati. A ben rifletterci, infatti, la c.d. *diversity* è un modello di *integrazione*, e come tale un modello “uguale e contrario” alla *segregazione*, esperienza che ha profondamente lacerato la società americana, e dalla quale essa ha faticosamente tentato di affrancarsi. È solo in questo modo che si spiega l’enfasi che ancora oggi taluni pongono, ragionando di *a.a.*, su una sentenza del lontano 1954, quella che ha per l’appunto posto fine alla segregazione (sulle diverse letture, v. § 2). Per costoro, è in quel momento che la Corte avrebbe aperto la via alla giurisprudenza successiva sulle azioni positive. *Bakke, Grutter e Fisher* (I e II), insomma, sarebbero una «estensione dell’eredità di *Brown*»⁵⁵.

Ma anche a voler assumere come corretta questa consequenzialità – a ragionare ovvero in questi termini: la segregazione viola l’uguaglianza, la desegregazione ripristina la legalità costituzionale, ma è solo con l’effettivo e completo “rimiscolamento” di componenti della società prima separate che si raggiunge l’obiettivo finale dell’uguaglianza – non è in questi termini che ha ragionato la Corte Suprema quando ha avallato le *a.a.* La diversità del corpo studentesco non è stata fatta derivare, in altre parole, da una certa concezione dell’uguaglianza, da una certa sua proiezione: è la comunità universitaria, o la società tutta, avrebbe potuto dire la Corte, a dover essere più “eguale” in quanto inclusiva. Un passaggio di *Grutter* potrebbe per vero essere letto in questa prospettiva: istituzioni pubbliche aperte e accessibili a tutti i segmenti della società americana rappresentano la condizione per realizzare il «sogno di una Nazione indivisibile». Ma questo pare più presentato come il possibile, certo auspicabile, riflesso della *libera scelta* degli istituti universitari di darsi come *mission* educativa la *diversity*⁵⁶, che non come un orizzonte di senso del XIV emendamento.

La valorizzazione, in *Grutter*, dell’elemento temporale corrobora questa impressione. Più per la individuazione del requisito in sé, per le argomentazioni con le quali la questione è presentata. Le azioni positive, si legge nella sentenza⁵⁷, devono darsi un termine, non potendo

amministrativa relativa alla composizione delle Giunte regionali e locali si è spesa su questa *ratio*. Sul punto, v. S. LEONE, *Il ruolo dei giudici e della Corte costituzionale nella più recente fase di attuazione del principio costituzionale di parità di genere*, in *La donna dalla fragilità alla pienezza dei diritti?* (a cura di M. D’Amico, S. Leone), Milano, 2017, 241 ss.

⁵⁵ Così la Giudice Sotomayor in *Students for fair admissions*.

⁵⁶ Non pare in questa prospettiva condivisibile l’affermazione della Giudice Sotomayor, per la quale l’interesse alla diversità del corpo studentesco «è fondata non solo sulla giurisprudenza sulla *equal protection clause* ma anche sul principio della libertà accademica». Delle due affermazioni, parrebbe vera solo la seconda.

⁵⁷ Ma già *United Steelworkers of America v. Weber* del 1979.

oltrepassare il tempo necessario a perseguire gli interessi presi di mira. In disparte ora ogni considerazione sulla *quantificazione* di questo limite temporale (profilo sul quale *infra* par. 4), preme piuttosto soffermarsi sul perché esso sia stato considerato necessario. Per la Corte si tratta di requisito indispensabile per garantire «che la *deviazione* dalla regola dell'eguale trattamento» sia, per l'appunto, una fuga temporanea dal tracciato del XIV emendamento, e dunque «una misura presa al servizio dell'obiettivo dell'uguaglianza stessa». Non tragga in inganno quest'ultimo inciso. La Corte Suprema non pare intenzionata a porre l'accento sull'idea che la misura positiva sia pensata per assecondare il principio di uguaglianza, quanto piuttosto sul fatto che essa costituisca una tollerabile «deviazione» dall'uguaglianza purché ad essa, un giorno, cessando di operare, si ricongiunga. Una prospettiva ben diversa, che segna anche un distanza notevole dal “nostro” modo di concepire i limiti delle azioni positive previste dall'art. 3 Cost..

4. Di nuovo al punto finale: il nervo scoperto della *diversity* e l'espedito del tempo ormai sostanzialmente scaduto nell'ultima pronuncia della Corte Suprema

Le tecniche argomentative sviluppate nel corso degli anni dalla Corte Suprema hanno costruito una relazione piuttosto flebile tra *affirmative actions* e Costituzione, loro malgrado riducendo le stesse *chances* di tenuta di questa giurisprudenza. Se “dietro di sé” avesse avuto una schietta e solida presa di posizione sulla *equal protection clause* quale principio fondante *benign discriminations*, oggi questo Collegio avrebbe potuto con altrettanta “disinvoltura” invalidare le misure messe in campo da Harvard e North Carolina per favorire l'iscrizione ai propri corsi di candidati appartenenti a gruppi razziali minoritari?

In *Students for fair admissions* la Corte ha anzitutto buon gioco di qualificare (non certo senza malizia) *Bakke* una «*fractured decision*», e *Grutter* un'altra «*sharply divided decision*». Ma il dato più rilevante è che, invece di dichiarare scopertamente *overruling*, preferisca, dapprima, ribadire le coordinate fornite da quel *background* giurisprudenziale, e in seconda battuta, mettere però a nudo la debole persuasività di quella impostazione. Dopo aver infatti ricordato che, a partire da *Grutter*, la *diversity* è stata ritenuta *compelling interest*, ne prende in rassegna i supposti benefici, con l'obiettivo di demolirli uno ad uno sotto il profilo della verificabilità e della misurabilità nella sede di una *judicial review*. La Corte dà in questo modo una lettura per vero piuttosto fuorviante dei propri precedenti⁵⁸, che se certo avevano preteso un rigoroso controllo giudiziario sui processi di selezione *racial oriented*, e dunque sugli strumenti messi in campo per costruire una *critical mass*, avevano però mostrato deferenza, quantomeno, rispetto alla scelta delle Università di darsi quale *mission* educativa proprio la costruzione di un ambiente universitario plurale, accettando che si trattasse di un interesse capace

⁵⁸ Di impiego dei precedenti per piegarli alla propria tesi parlano G. F. FERRARI e G. ROMEO, *Corte Suprema e società in SFFA v. Harvard College*, in risposta alla lettera AIC n. 9/2023.

di soddisfare lo standard richiesto dallo *strict scrutiny test*⁵⁹. Forse si tratta di una scaltra “reinterpretazione” della propria giurisprudenza utile allo scopo, o forse, si potrebbe dire, della precisa scelta della Corte di inserirsi con maggior incisività negli spazi dell’autonomia universitaria: le Università «possono definire le loro *mission* come meglio credono», essa afferma, ma «[l]a Costituzione definisce la nostra»⁶⁰.

Sia quel che sia, pare innegabile che nel momento in cui la Corte Suprema decide di mettere in discussione che vi sia un legame “accertabile” tra l’incontro di studenti di diversa origine razziale e obiettivi quali: formare futuri *leader*, prepararli a una società sempre più plurale, educarli alla diversità, produrre nuova conoscenza mediante il mescolamento di punti di vista, abbattere gli stereotipi, ecc., indugia su un nervo scoperto della giurisprudenza sulle *a.a.*

Lo si ribadisce, sono argomenti seri, che non vanno sminuiti. In dissenso rispetto alla Corte Suprema, si potrebbe in primo luogo ritenere auto-evidente la valenza formativa di un ambiente universitario inclusivo; e soprattutto, sono argomenti che vanno apprezzati nello specifico contesto in cui hanno preso forma: per la storia americana, la *diversity* è il “rovescio” della segregazione (*supra* § 3). Eppure, questi argomenti, senza poter contare sulla spinta del XIV emendamento, ed appesi alla *academic freedom*, si fanno resistibili. La Corte ne ha, come si suol dire, approfittato, arrivando persino a “ribaltare” uno dei corollari della *diversity*: la misura alimenterebbe gli stereotipi, anziché contrastarli. Vero, fu già *Grutter* a rigettare l’idea che gli studenti appartenenti a minoranze «esprimano sempre [...] un punto di vista caratteristico su ogni argomento»; ma allora la Corte aveva ritenuto sufficiente ad escludere che la misura adottata dalla Law School del Michigan potesse perpetrare questo stereotipo la circostanza che l’Università avesse fatto dell’abbattimento dei pregiudizi razziali proprio una delle sue finalità. E coerente con tale finalità fu dunque valutata la scelta di valorizzare il fattore razziale nelle politiche di ammissione: «come essere cresciuti in una particolare zona o avere avuto particolari esperienze professionali è probabile che influenzi le opinioni di un individuo, così è per la propria, unica, esperienza di essere minoranza razziale in una società come la nostra, nella quale sfortunatamente la razza ancora conta». Per *Students for fair admissions*, il fatto che Harvard o North Carolina dichiarino di ispirarsi a questa stessa logica non è invece più sufficiente, e l’ammissione sulla base della razza diventa stigmatizzante, perché fondata, si sostiene, «sul presupposto offensivo e umiliante che gli studenti di una particolare razza, a motivo della loro razza, la pensino allo stesso modo». La facilità con la quale la Corte ribalta il ragionamento sul rapporto tra *a.a.* e stereotipi denota ancora una volta come ogni “deferenza” nei confronti delle Università sia ormai di fatto abbandonata. E se tutto reggeva sulla libertà accademica, il gioco è fatto.

⁵⁹ Nota che anche rispetto ai benefici correlati alla *diversity* la Corte Suprema aveva rinunciato a svolgere indagini – per la stessa *deference* che la guida nell’approcciarsi a questo *compelling interest* – M. MONTI, *Affirmative actions nella higher education, Fisher v. University of Texas, 579 U.S. (2016): una sentenza con qualche ambiguità di fondo*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2016.

⁶⁰ Quello delle oscillazioni della Corte Suprema in ordine alla libertà accademica è tema assai interessante, che meriterebbe, però, uno spazio di ragionamento autonomo. Su tali questioni, S. FISH, *Versions of Academic Freedom*, The Rice University Campbell Lectures, 2014, specc. 92 ss.

La fragilità del fondamento costituzionale delle *a.a.* emerge anche quando, spostandosi dalla prima alla seconda fase di verifica prevista dallo *strict scrutiny test*, la Corte osserva che se le ammissioni ai College sono «a somma zero», un beneficio riconosciuto ad alcuni, e non ad altri, avvantaggia i primi a scapito dei secondi. Anche in questo caso siamo in presenza di una non dichiarata ma lampante sconfessione della “dottrina Powell”, che come detto giudicava illegittimi solo i meccanismi preferenziali rigidi, salvando invece quelli flessibili. Ma è innegabile che la coerenza di quell’argomento si poneva e si pone: c’è davvero differenza tra ammettere un candidato appartenente a una minoranza razziale nell’ambito di una procedura per posti riservati, o che gli attribuisce un *surplus* di punti nella competizione, e ammettere un candidato nell’ambito di una procedura comune che valorizza, tra gli altri fattori, la sua origine razziale?

Forse una differenza in effetti c’è, ma probabilmente meno marcata di quanto l’astratta delimitazione delle categorie faccia pensare. Il che significa che tutte le misure in esame, ma in gradazione differente, producono uno svantaggio nei confronti dei soggetti privi della caratteristica presa in considerazione. Nulla di eccentrico per le azioni positive. Quantomeno laddove le si intenda come strumenti genuinamente deputati a garantire l’uguaglianza passando per la disuguaglianza. Ma non occorre ancora una volta ribadire che la Corte Suprema ha per lo più cercato di “scansare” questo argomento, rimanendo incagliata nel paradigma delle vittime innocenti.

C’è poi un’altra critica mossa ai programmi di Harvard e North Carolina che tocca un nervo scoperto di una giurisprudenza tutta incentrata sulla libertà delle Università di perseguire la *diversity*. In questo caso, oggetto di attenzione è la scelta stessa delle categorie prese in considerazione: asiatici, nativi hawaiani, isolani del Pacifico, ispanici, bianchi, afro-americani, nativi americani. Categorie che la Corte giudica discutibili, imprecise, troppo ampie o troppo poco, e dunque in definitiva “sfuggenti” a un effettivo controllo giudiziario. È preferibile, ad esempio, una classe con il 10% di studenti provenienti da diversi Paesi dell’America Latina o una classe con il 15% di studenti tutti messicani? Potrebbe risponderci: la seconda opzione, perché più consistente la massa critica formata dalla categoria degli “ispanici”. Ma se la finalità, e dunque il “parametro”, è la *diversity*, la risposta potrebbe farsi opinabile⁶¹.

Ora, è molto difficile addentrarsi in questioni tanto complesse e scivolose, per valutare se queste classificazioni siano in effetti funzionali o meno allo scopo perseguito. Ma ancora una volta è impostare il ragionamento attorno al concetto di “diversità” che può porre degli interrogativi: si tratta di supportare gruppi razziali che hanno effettivamente patito, e ancora patiscono, l’esclusione sociale a causa di radicate discriminazioni in loro danno, di aiutare giovani che per le fragili condizioni economiche, sovente associate proprio all’origine razziale, si trovano a frequentare scuole ancora di fatto segregate, poco competitive, e che partono allora una spanna indietro quando affrontano i test di ammissione ai College e alle Università,

⁶¹ Proprio in questo senso la Corte afferma che, in sede giudiziaria, potrebbe allora essere difficile svolgere un sindacato sulla rispondenza dei mezzi ai fini.

o di andare alla rincorsa di una *diversity* più “esaustiva” possibile, di un ideal-tipo in cui ciò che conta è un *melting pot* fine a se stesso?⁶².

E veniamo all’ultimo tema toccato dalla sentenza. *Students for fair admissions* ci dice, nella sostanza, che il tempo delle *a.a.* è scaduto, o comunque prossimo a scadere. L’argomento è micidiale, al punto che potrebbe assorbire tutti gli altri.

La limitazione temporale dell’*a.a.* non è argomento inedito. E infatti viene evocato richiamando ancora una volta *Grutter* (2003), decisione che – sostiene oggi la Corte – avrebbe individuato in venticinque anni il periodo massimo di operatività di queste misure. Ma «venti anni dopo, non si intravede la fine», dice ora la Corte. Perché i due istituti, interrogati sul punto, non hanno saputo individuare una *dead line*, limitandosi ad affermare che le azioni cesseranno quando ci sarà una significativa rappresentanza delle diverse componenti.

Ci si può però domandare se non si sia di fronte ad un espediente retorico, ad un intenzionale *misunderstanding* di ciò che la Corte Suprema aveva detto in precedenza: «ci aspettiamo che a venticinque anni da adesso, l’uso delle preferenze razziali non sarà più necessario per conseguire l’interesse convalidato oggi» (*Grutter*). «Ci aspettiamo», non “così sarà” o, soprattutto, “così dovrà essere”⁶³. Peraltro, venticinque anni era un arco temporale chiaramente simbolico, dato che tanti ne erano trascorsi in quel momento (2003) da quando Powell aveva esposto per la prima volta le sue ragioni a supporto delle *a.a.* (1978). E simbolico anche nel senso che si riferiva, in generale, alle politiche preferenziali, mentre sarebbe probabilmente più corretto impostare un ragionamento *ad hoc* per ogni singola istituzione universitaria: a seconda della sua storia di segregazione, dei progressi fatti per superarla, del momento a partire dal quale ha adottato misure *racial oriented*, dei dati che diano conto della loro efficacia nel tempo.

Ma il punto, ancora una volta, è un altro. Più che chiedersi se la Corte di Roberts abbia travisato o meno il senso di quel precedente, o comunque eccessivamente enfatizzato la valenza del “fattore tempo”, quel che è utile constatare è che ancora oggi – anzi, *a fortiori*, data la connotazione culturale di questo Collegio – il tema della temporaneità quale irrinunciabile requisito delle *a.a.* viene posto attraverso parole che segnano la distanza tra *preferential treatments* e XIV emendamento. *Students for fair admissions* dice infatti il vero quando sottolinea, riferendosi ancora a *Grutter*, che la previsione di un termine di scadenza è la ragione per la quale la Corte Suprema è stata «disposta a rinunciare temporaneamente» alla garanzia della *equal protection clause*.

⁶² Avverte del rischio che ci si proponga non «di riparare all’ingiustizia sociale di chi, povero e nero, era rimasto per troppo tempo fuori dal percorso di eccellenza delle università più prestigiose degli Stati Uniti, bensì di ammettere in via sussidiariamente privilegiata chi non fosse di pelle bianca, ma provenisse comunque dal mondo delle *élites*, che in termini di esperienza economico-sociale non ha certamente nulla di diverso rispetto agli altri studenti» E. GRANDE, *Affirmative action: game over per la SCOTUS*, in *Questione Giustizia*, 2023.

⁶³ Costituisce in questo senso una voluta “re-interpretazione” la lettura data da Thomas nella sua opinione in parte concorrente in parte dissenziente di *Grutter*: «concordo con la decisione della Corte secondo cui la discriminazione razziale nelle ammissioni nell’istruzione superiore sarà illegale entro 25 anni».

Nel nostro sistema i limiti alle azioni positive – tra i quali, almeno secondo alcuni, anche il tempo⁶⁴ – si impongono perché le ragioni dell’uguaglianza sostanziale non possono prevaricare, schiacciandole, quelle dell’uguaglianza formale. Ma si tratta di una “lotta” tutta interna all’articolo 3 della Costituzione e dunque, sarebbe più corretto dire, di una *armonizzazione* tra le due declinazioni dello stesso principio⁶⁵. La prospettiva da cui muove il Giudice costituzionale statunitense è molto diversa, perché ha sempre visto e continua a vedere le azioni positive come “altro” rispetto al principio di uguaglianza: una deviazione, una rinuncia all’uguaglianza, tollerabile solo in quanto transitoria.

Non che il problema non si ponga, sia pur in termini meno drammatici, anche in un ordinamento nel quale le azioni positive “lavorano dall’interno” dell’uguaglianza.

E allora, fino a che punto le azioni positive possono essere tollerate dal sistema?

Finché necessarie, si potrebbe dire. Ma proprio perché il principio di uguaglianza è tra tutti quello che più si nutre della forza dei fatti, la risposta dovrebbe più correttamente essere: finché necessarie e purché funzionino. Guardando all’esperienza statunitense, l’impressione è che non abbiano del tutto funzionato. I dati vedono certamente in crescita gli studenti appartenenti a minoranze razziali, ma in molti prestigiosi College e Università anch’essi provengono dai ceti più alti. Gli studenti a basso reddito faticano invece ancora molto.

In Italia, dove per tutto quanto detto le azioni positive potrebbero “osare di più”, nelle regole di accesso alle Università a numero chiuso non se ne vede traccia. Non, si intende, nella forma di misure preferenziali che condizionino l’esito dei processi di selezione⁶⁶. E per quanto le disuguaglianze economiche abbiano un peso sui percorsi scolastici e sulle concrete possibilità di accedere a tutte le Università, probabilmente ripudieremmo l’idea di applicare criteri diversi dal merito nelle procedure di ingresso, anche perché la competizione per l’accesso all’istruzione universitaria costituisce l’eccezione. La ragione per la quale il tema si è posto e continua a porsi negli Stati Uniti è che il sistema americano di accesso ai College e alle Università, la cui scelta peraltro condiziona pesantemente le *chances* di mobilità sociale, è invece fortemente competitivo. Una competizione che, peraltro, non si basa sempre genuinamente sul merito come si vorrebbe credere: già nella prima adolescenza i ragazzi frequentano (se possono permetterselo) costosissimi corsi o lezioni private di preparazione allo *Scholastic Aptitude Test* (SAT), si cimentano (se possono permetterselo) nelle più disparate attività

⁶⁴ Il tema della temporaneità delle azioni positive si è affacciato, proprio sotto l’influenza dell’esperienza statunitense, ma ad oggi non è stato ancora elevato dalla Corte costituzionale a criterio indispensabile per valutare della legittimità di un’azione positiva.

⁶⁵ Di armonizzazione ragiona C. PANZERA, *Azioni positive*, cit..

⁶⁶ Altro ovviamente sono le c.d. misure compensative che operano a supporto degli studenti con disabilità o dsa anche nei test di accesso ai corsi universitari, ma che hanno unicamente lo scopo di mettere gli studenti nella condizione di “gareggiare alla pari” degli altri candidati, ad esempio con supporti o tempo aggiuntivo. Su questi strumenti e sulla logica che li giustifica, per tutti, G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020.

sportive e di volontariato, fanno tirocini (se possono permetterselo) in studi o aziende importanti; esperienze tutte “spendibili” innanzi alle commissioni chiamate a considerare, accanto ai punteggi della scuola e del SAT, anche queste attività extra-curricolari⁶⁷.

Per invertire questa rotta, nei venticinque anni indicati da *Grutter* quale “auspicabile” durata delle *affirmative action policies*, si sarebbe dovuto fare molto di più che continuare a utilizzare lo strumento, peraltro annacquato dall’argomento della *diversity*, delle azioni positive nelle procedure di ammissione ai College. D’altra parte, se il problema è che all’appuntamento con College e Università gli studenti economicamente svantaggiati e appartenenti a gruppi razziali minoritari (ma sovente le due condizioni si sovrappongono) non arrivano allineati allo stesso *starting point*, i problemi su cui lavorare sono, anzitutto, quelli delle retrovie. Occorre cioè intervenire, con misure di sostegno e correttivi, sul sistema scolastico⁶⁸. È lì, anzitutto, che i conti vanno pareggiati. E al più presto, perché senza *a.a.* nell’accesso alle Università dopo *Students for fair admissions*, è facile immaginare che i dati ne risentiranno. Né si ha ragione di pensare che la Corte Suprema possa ormai cambiare opinione sul tema, quantomeno nel breve periodo. Come si è tentato di dimostrare con queste riflessioni, infatti, le *a.a.* si trovavano già su piano inclinato, e per risollevarne le sorti occorrerebbe, forse più che “un’altra Corte”, un “altro *reasoning*”.

In effetti, se si volesse provare a estrarre da *Students for fair admissions* l’argomento che spiega, più di mille altre parole, la ragione di fondo di questa battuta d’arresto delle *a.a.* è là dove, rispondendo ai *dissenters*, la Corte ricorda che anche in passato si era tentato di far passare “un altro *reasoning*” sul XIV emendamento, ovverosia di sostenere che il principio permetterebbe di adottare misure basate sulla razza con l’obiettivo di rimediare agli effetti delle discriminazioni sociali. Era questa l’interpretazione avanzata da quattro dei giudici componenti il Collegio che, nel 1978, adottò *Bakke*. Ma «quella visione minoritaria» – spiattella oggi la Corte in faccia ai suoi oppositori – «era quello che era: una visione [rimasta] minoritaria». Il nodo allora è tutto qui, nel non aver saputo (o potuto) costruire, in quel preciso istante, un’altra traiettoria interpretativa del XIV emendamento; e così, un’altra possibile storia delle *affirmative actions*.

⁶⁷ M. J. SANDEL, *La tirannia del merito*, cit., che spiega come il SAT, in origine (1940), sia stato concepito per rovesciare la logica elitaria di ingresso, prima ad Harvard, e poi a tutte le Università americane, consentendo a tutti i talenti, indipendentemente dal reddito e dall’estrazione sociale, di accedere ai gradi alti dell’istruzione. Ciò, però, più che con l’idea di ampliare quanto più possibile la platea degli istruiti, per consentire alla Nazione di avvalersi dei migliori.

⁶⁸ Così ancora E. GRANDE, *Affirmative action*, cit.

Come spiega *Sotomayor* nella sua *dissenting*, tanto per cominciare il sistema scolastico si fonda ancora sui contributi degli enti locali, che a loro volta traggono le proprie finanze dalla tassazione sulle proprietà, con la conseguenza di dipendere dalla ricchezza della popolazione di chi vi risiede.