

# LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA USA IN MATERIA DI *REVERSE DISCRIMINATION*

PIETRO FARAGUNA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le principali tappe della giurisprudenza della Corte Suprema. – 3. (*Segue*) Le misure preferenziali nell'accesso ai corsi di studio. – 4. (*Segue*) Le misure preferenziali che attribuiscono vantaggi di natura economica. – 5. (*Segue*) Le misure preferenziali e le discriminazioni alla rovescia sul posto di lavoro. – 6. I metri di giudizio della Corte Suprema di fronte alle *affirmative action*. – 7. Le *affirmative action* alla prova dell'*equal protection guarantee*: gli argomenti sul campo. – 8. *Preferential treatment, affirmative action, reverse discrimination*. Un *sonderweg* tutto statunitense?

## 1. *Introduzione*

L'esperienza costituzionale statunitense in tema di discriminazione razziale<sup>1</sup> è stata caratterizzata da una progressiva rimozione di discriminazioni ben consolidate. Il riconoscimento e poi il divieto della schiavitù, l'affermazione e poi il superamento della dottrina dei "*separate but equal*", il divieto di matrimonio interrazziale e poi la piena equiparazione delle coppie indipendentemente dal colore della pelle rappresentano tappe, ben note, di un lungo processo nel quale la Corte Suprema ha giocato un ruolo a dir poco centrale<sup>2</sup>. I

---

<sup>1</sup> È opportuna una precisazione lessicale: in queste pagine si tratterà di discriminazione "razziale", utilizzando una categoria propria dell'esperienza costituzionale statunitense, ma non certo estranea al contesto costituzionale europeo e italiano. Porterebbe lontano approfondire la correttezza dello stesso riferimento alla razza: si procederà perciò "per approssimazione", riferendosi a categorie già consolidate e non per questo senza accennare tangenzialmente al fatto che la suddivisione per "razze" non si adatta al genere umano. La letteratura in materia è sterminata, e il tema varca i confini di questo contributo: ci si limiterà a rinviare al classico, pubblicato per la prima volta agli inizi del secolo scorso, di F. BOAS, *The Mind of Primitive Man*, London, 1911 (ultima versione italiana *L'uomo primitivo*, Bari, 1995).

<sup>2</sup> I casi *Dred Scott*, *Plessy v. Ferguson*, *Brown vs. Board of Education* e *Loving* – soltanto per citare alcuni fra i precedenti più famosi di quella giurisprudenza – sono pietre miliari dell'esperienza costituzionale statunitense, e alcune delle loro implicazioni sono probabilmente più conosciute dello stesso testo degli articoli e degli emendamenti della Costituzione: *Dred Scott v.*

risultati raggiunti potrebbero indurre a pensare che il percorso trainato dalla Corte Suprema sia stato lineare e non abbia subito interruzioni.

In realtà, a uno sguardo più attento le cose sembrano stare diversamente. A ben vedere, infatti, il cammino degli afro-americani di emancipazione giuridica e sociale dalla schiavitù ha visto alternarsi decisioni prudenti, significative innovazioni e ripensamenti momentanei che hanno condotto a un progressivo mutamento della lettura del quadro costituzionale di riferimento.

In particolare, la giurisprudenza si è rivelata più incerta quando – superata la segregazione *de jure* di tale minoranza<sup>3</sup> – si è aperta la questione della desegregazione di fatto. In questo nuovo contesto, il concetto stesso di discriminazione ha assunto una dimensione più completa e, per questo, più complessa: il perno di tale nozione si è infatti spostato dalla considerazione di trattamenti differenziati sulla base di caratteristiche soggettive (il sesso, la lingua, la religione e appunto la razza), verso la valutazione degli effetti sugli individui di criteri uniformi «tali da escludere in modo proporzionalmente maggiore soggetti svantaggiati in partenza dalla loro appartenenza a gruppi affetti da disuguaglianze sociali preesistenti e/o attuali»<sup>4</sup>. Nel passaggio dalla discriminazione *de jure* a quella *de facto*, l'esperienza costituzionale statunitense ha mosso passi meno certi<sup>5</sup> e ha raggiunto risultati talvolta altalenanti<sup>6</sup> e ancor oggi non pienamente consolidati<sup>7</sup>.

---

*Sandford* – 60 U.S. 393 (1856) è la pronuncia con la quale la Corte Suprema fornì un accreditamento costituzionale della schiavitù, dichiarando l'illegittimità costituzionale del compromesso del Missouri, nonché di ogni altra legge che vietasse o limitasse la schiavitù. *Plessy v. Ferguson* – 163 U.S. 537 (1896) è la sentenza con cui la Corte Suprema aderì alla dottrina dei “*separate but equal*”, avvalorando la discriminazione razziale nella fruizione dei servizi pubblici. Nel caso *Brown v. Board of Ed. of Topeka, Shawnee County, Kansas* – 347 U.S. 483, (1954) la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale la politica dei “*separate but equal*”, riferendosi nel caso specifico al sistema di educazione pubblica negli Stati.

<sup>3</sup> V. casi *Brown v. Board of Education* e *Loving*.

<sup>4</sup> M. BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate dal caso nordamericano*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1984, p. 273.

<sup>5</sup> Il grado di incertezza della giurisprudenza della Corte Suprema in materia di azioni positive è stato forse l'unico elemento costante di un segmento giurisprudenziale così imprevedibile, da indurre alcuni commentatori a ritenere che l'incertezza avesse finito per essere una politica consapevole della Corte: «The Supreme Court has vacillated with such regularity on these issues that vacillation, itself, has come to seem the Court's settled policy»: così J. RABKIN, *Racial Divisions and Judicial Obstructions*, in N. DEVIS-D.M. DOUGLAS (a cura di), *Redefining Equality*, New York-Oxford, 1998, p. 84.

<sup>6</sup> Questo andamento apparentemente altalenante del cammino egualitario nell'esperienza costituzionale statunitense non è però una mera questione di “*mode*”, né può essere interamente ascrivibile ai mutamenti politici: al contrario rispecchia l'ambiguità dell'idea di eguaglianza, che ha condotto alcuni autori a parlare di «idea vuota» (v. P. WESTERN, *The Empty Idea of Equality*, in *Harvard Law Rev.*, 1982, p. 537 ss.; una concezione simile del principio di eguaglianza è desumibile, nella dottrina italiana, dalla più risalente impostazione di L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965). Infatti è ben improbabile che vengano sostenute tesi radicalmente

La conciliazione delle due diverse concezioni di eguaglianza si è rivelata particolarmente difficoltosa proprio con riguardo al tema delle azioni positive, denominate anche – con diciture di diverso segno che rivelano condivisione o diffidenza per lo strumento – *preferential treatment*, *affirmative action*, *benign racial classification* o *reverse discrimination*<sup>8</sup>.

In queste pagine ci si propone l'obiettivo di illustrare l'evoluzione della giurisprudenza relativa alle azioni positive, in particolare quelle volte a introdurre trattamenti preferenziali a favore di minoranze razziali<sup>9</sup>. Dapprima si svolgerà una disamina delle pronunce più significative della Corte Suprema, avendo cura di selezionare alcuni filoni giurisprudenziali di particolare rilievo (l'accesso ai corsi di studio, le misure che attribuiscono vantaggi di natura economica e i

---

contrarie alla stessa "idea" dell'eguaglianza, ma è facile che determinate misure vengano considerate incompatibili con un certo progetto di "riempimento" di quell'idea "vuota".

<sup>7</sup> D'altronde la considerazione per cui il cammino della desegregazione non si sia ancora totalmente compiuto viene suggerita anche dall'osservazione "empirica" dei luoghi dell'abitare, del lavoro, dell'istruzione e della formazione nelle città del vasto territorio statunitense, ove continuano ad esistere realtà che appaiono di fatto segregate in base alla razza, all'origine e all'etnia. Sulla permanenza, se non – ad avviso di alcuni – sul peggioramento di alcuni indicatori del divario sociale tra bianchi e neri, dopo vent'anni di applicazione di misure preferenziali, cfr. S. STEELE, *Affirmative Action: The Price of Preference*, in F.J. BECKWITH-T.E. JONES, *Affirmative Action. Social Justice or Reverse Discrimination?*, New York, 1997, p. 132 ss. Il tema del "funzionamento" effettivo delle azioni positive è stato, ed è ancora, molto controverso, e una sua disamina porterebbe troppo lontano: si veda, *ex multis*, già J. LEONARD, *The Impact of Affirmative Action on Employment*, in *Journal Labor Ec.*, 1984, pp. 439-63 e J. SMITH-F. WELCH, *Affirmative Action and Labor Markets*, in *Journal Labor Ec.*, 1984, p. 269 ss.

<sup>8</sup> Anche il solo piano lessicale è un indizio di come il tema si trovi in bilico sul crinale dell'ideologia o dell'incomprensione. Basti pensare che la stessa "cosa" – le politiche che attribuiscono preferenze esplicitamente sulla base dell'appartenenza a un determinato gruppo – nella lingua inglese viene spesso descritta con un lessico diverso, evocativo di significati emotivi del tutto differenti: dai *preferential treatment*, alle *affirmative action*, dalla *benign racial classification* fino alla *reverse discrimination*. A proposito del giudizio di disvalore implicito nell'utilizzo dell'espressione *reverse discrimination* v. R. KENNEDY, *Persuasion and Distrust: A Comment on the Affirmative Action Debate*, in 99 *Harvard Law Rev.*, 1986, p. 1327 ss. e O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario. Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, Torino, 2005, p. 21. È opportuno prestare attenzione allo slittamento semantico in particolar modo nel contesto giuridico europeo: l'influenza dei concetti derivanti dal diritto dell'UE potrebbe infatti far pensare alla *reverse discrimination* di cui all'applicazione delle disposizioni sulla libertà di circolazione (art. 43 ss. TCE), laddove il trattamento riservato al cittadino comunitario risulti più favorevole rispetto a quello riservato al cittadino dello Stato membro ospitante. Sul punto cfr. F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione Europea*, Roma, 2010, spec. p. 99 ss.

<sup>9</sup> Il tema delle misure preferenziali, e gli spunti teorici che esso suscita, non può certo considerarsi limitato al settore della discriminazione razziale: anche nell'esperienza storica, misure promozionali sono state estese anche ad altri settori (si pensi al riequilibrio di genere), suscitando problematiche in parte simili. In questo contributo ci si limiterà al settore delle discriminazioni razziali, sia poiché esso ha rappresentato, nell'esperienza statunitense, il culmine dell'applicazione di un "diritto diseguale", sia perché la discriminazione razziale ha un significato del tutto particolare nella storia della cultura giuridica statunitense.

trattamenti preferenziali sul luogo di lavoro)<sup>10</sup>. Sulla base di questi dati, si cercherà poi di offrire una panoramica degli argomenti messi in campo a favore e contro le *affirmative action*. Si approfondiranno quindi alcuni aspetti dell'approccio della Corte Suprema alle azioni positive, sottolineando il progressivo mutamento del metro di giudizio adottato e la sua calibrazione in rapporto alle misure, rispettivamente federali, statali o degli enti locali. Infine si tenterà di valutare fino a che punto il percorso costituzionale esaminato offra spunti di riflessione esportabili al di fuori dei confini degli Stati Uniti e possa essere preso come banco di prova dello sviluppo del discorso costituzionale in materia di eguaglianza e (non) discriminazione.

## 2. Le principali tappe della giurisprudenza della Corte Suprema

I primi passi del cammino costituzionale delle *affirmative action* vanno collocati negli anni sessanta, quando una forte pressione sociale induceva i *player* costituzionali ad adottare atti legislativi e amministrativi in materia di discriminazione razziale. Tra questi assumono un'importanza particolare il *Civil Rights Act* del 1964 e il *Voting Rights Act* dell'anno successivo. Non furono però né il legislatore federale<sup>11</sup>, né tantomeno il legislatore costituzionale i motori primi delle

---

<sup>10</sup> Nelle pagine che seguono si è scelto di non affrontare il tema delle misure volte a incentivare la partecipazione dei gruppi svantaggiati alla vita politica. In materia l'esperienza giuridica statunitense ha uno svolgimento molto interessante, in particolare per ciò che concerne il cd. *gerrymandering* (il disegno dei collegi elettorali volto ad agevolare alcune tipologie di candidati), ed è contraddistinta anche da alcuni recenti pronunciamenti della Corte Suprema (*Shelby County v. Holder* – 570 U.S., decisione del 25 giugno 2013). Nonostante questi indubbi profili di interesse, la rappresentanza politica è una materia che presenta delle particolarità proprie, che necessiterebbero di procedere con un'indagine distinta, e che porterebbe troppo lontano rispetto al fuoco di questo contributo.

<sup>11</sup> Sarebbe infatti errato leggere nel *Civil Rights Act* un manifesto esplicito che inaugura la stagione delle *affirmative action*. Tutt'al contrario, il suo tenore letterale era ben lontano dal fondare politiche promozionali forti: la *section 703j* del titolo VII sembrava infatti espressamente lasciare fuori dal suo ambito di applicazione lo strumento delle azioni positive. Questa, infatti, la formulazione della disposizione: «nothing contained in this subchapter shall be interpreted to require any employer, employment agency, labor organization, or joint labor-management committee subject to this subchapter to grant preferential treatment to any individual or to any group because of the race, color, religion, sex, or national origin of such individual or group on account of an imbalance which may exist with respect to the total number or percentage of persons of any race, color, religion, sex, or national origin employed by any employer, referred or classified for employment by any employment agency or labor organization, admitted to membership or classified by any labor organization, or admitted to, or employed in, any apprenticeship or other training program, in comparison with the total number or percentage of persons of such race, color, religion, sex, or national origin in any community, State, section, or other area, or in the available work force in any community, State, section, or other area»: *Section 703j, Title VII, Civil Rights Act, 1964 (Pub. L. 88-352)*.

azioni positive<sup>12</sup>. Di fronte a iniziative del legislatore e a provvedimenti amministrativi frammentati, è stata infatti la Corte Suprema a giocare il ruolo di “registra”.

A dire il vero, in una prima fase, collocabile negli anni settanta del secolo scorso, il contributo della Corte Suprema fu di natura omissiva, nel senso che – per mezzo degli strumenti processuali a sua disposizione<sup>13</sup> – essa si astenne dal pronunciarsi nel merito delle questioni portate al suo giudizio: decise, in questa fase, di non decidere<sup>14</sup>.

A tal riguardo, può essere ad esempio ricordato il celebre caso *DeFunis* del 1974<sup>15</sup>, che riguardava la mancata ammissione di uno studente dall’università: DeFunis, nonostante avesse riportato un punteggio migliore rispetto ad altri studenti, non era stato ammesso, essendogli stati preferiti altri candidati in applicazione dei programmi di azioni positive seguiti dall’ateneo. Il ricorso dell’interessato, fondato sull’*equal protection clause*, è stato giudicato dalla Corte Suprema tre anni dopo gli avvenimenti dai quali originava la controversia, con una decisione di cessazione della materia del contendere basata sulla circostanza che lo studente aveva altrove intrapreso i suoi studi universitari, e si apprestava oramai a concluderli. Soltanto una *dissenting opinion* (quella del giudice Douglas) contestava la scelta della Corte di disfarsi della questione, sostenendo che le procedure di ammissione che premiavano le minoranze sotto-rappresentate fossero contrarie alla clausola invocata dal ricorrente. Tale opinione, minoritaria nel caso di specie, non ha avuto seguito neppure nella giurisprudenza immediatamente successiva, che in casi non molto dissimili ha utilizzato ancora questo tipo di tecnica “evasiva”<sup>16</sup>.

Già dall’inizio degli anni settanta, si sono però registrati i primi passi verso

---

<sup>12</sup> Cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate dal caso nordamericano*, cit., p. 295.

<sup>13</sup> Sull’utilizzo del *denial of certiorari*, che assieme alla cessazione della materia del contendere è stato la via d’uscita prediletta dalla Corte in questa fase, cfr. P. LINZER, *The meaning of certiorari denials*, in 79 *Col. Law Rev.*, 1979, p. 1229.

<sup>14</sup> Anche questa rientra tra le tecniche decisorie della Corte Suprema, come insegna A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Heaven, 1986, p. 133.

<sup>15</sup> *DeFunis vs. Odegaard* – 416 U.S. 312 (1974). La prudenza della Corte Suprema può facilmente comprendersi se si contestualizzano le pronunce nell’epoca in cui vennero rese. Il precedente di *Plessy vs. Ferguson*, che aveva enunciato la teoria dei “*separate but equal*”, era stato superato soltanto nel 1954 con la sentenza *Brown vs. Board of Education*. Si pensi, inoltre, che soltanto nel 1967 (appena sette anni prima della sentenza *DeFunis*) la Corte Suprema aveva dichiarato incostituzionale il divieto di matrimonio interraziale.

<sup>16</sup> Cfr. *Boston Firefighters Union v. Boston Chapter NAACP* – 468 U.S. 1206 (1984) e *Firefighters Local Union No. 1784 v. Stotts* – 467 U.S. 561 (1984), che trattavano di procedure di licenziamento costruite in modo tale da preferire alcuni gruppi sotto-rappresentati, perciò anteponendo i lavoratori dei gruppi maggioritari nell’ordine di licenziamento.

un'esplicita difesa costituzionale dei *preferential treatment*: così nel caso *Griggs*<sup>17</sup> del 1971 la Corte ha elaborato la teoria dell'"impatto diseguale", secondo la quale le misure preferenziali, per essere considerate legittime, non devono rimediare a situazioni in cui siano ravvisabili discriminazioni intenzionali, essendo sufficiente che la situazione sulla quale esse intervengono sia oggettivamente discriminatoria<sup>18</sup>. In quest'ottica, anche in assenza di discriminazioni intenzionali, laddove i gruppi minoritari risultino oggettivamente esclusi, lì è legittimo intervenire con rimedi, quali le azioni positive<sup>19</sup>. Tale innovazione ha determinato un incremento progressivo dei *preferential treatment* previsti da leggi o da atti amministrativi<sup>20</sup>.

Il superamento definitivo dell'approccio attendista e neutrale si è però avuto nel caso *Bakke* del 1978<sup>21</sup>. Esso originava dall'applicazione di misure preferenziali nell'ambito dell'ammissione agli studi universitari di una scuola medica: le misure in questione prevedevano la garanzia di un determinato numero di posti ai membri delle minoranze razziali. La decisione, capostipite di un filone giurisprudenziale importante, raccoglie in sé molti degli elementi di aspro conflitto che saranno presenti anche nella giurisprudenza successiva. La Corte ha accolto il ricorso contro detto programma, pronunciandosi con la maggio-

---

<sup>17</sup> *Griggs v. Duke Power Co.* – 401 U.S. 424 (1971): tale pronuncia viene considerata la più importante tra quelle in cui la Corte sembra disposta a censurare qualunque criterio di reclutamento adottato da un datore di lavoro, laddove l'applicazione di quello abbia un impatto significativamente sproporzionato nei suoi esiti su una specifica minoranza razziale. Cfr. J.E. NOWAK-R.D. ROTUNDA, *American Constitutional law*, 8<sup>th</sup> ed., St. Paul, 2010, §14.4, p. 799 ss.

<sup>18</sup> Questo mutamento di prospettiva ha un impatto enorme sul piano processuale, poiché determina una sorta di inversione dell'onere della prova, o comunque un'agevolazione probatoria a favore di chi si giova delle misure preferenziali. Lo spostamento della *ratio* delle misure preferenziali su un piano di accertamento e contrasto delle situazioni oggettivamente discriminatorie porterà infatti – per un certo periodo – a una concezione radicalmente nuova dei fondamenti della coppia eguaglianza/diseguaglianza, reinterpretati in chiave quasi statistica: laddove i gruppi minoritari risultino oggettivamente esclusi, lì è legittimo intervenire con azioni positive rimediali (sul punto cfr. D. COPUS, *The Numbers Game is the Only Game in Town*, in 20 *Howard Law Journal*, 1977, pp. 374-419).

<sup>19</sup> Tra questi, ad es., il *Public Works Employment Act*, che prevedeva come condizione per l'accesso a finanziamenti e contributi federali nel settore dei lavori pubblici il coinvolgimento, determinato in una percentuale minima, di imprese facenti capo a membri dei gruppi sottorappresentati: così disponeva il *Surface Transportation Act* del 1982 e il *National Defense Authorization Act* del 1987.

<sup>20</sup> Sulla scorta di questa "copertura" fornita dalla Corte Suprema, il numero e le tipologie dei *preferential treatment* aumentano progressivamente: già nel 1972 attraverso l'*Equal Opportunity Act* l'ambito applicativo del titolo VII del *Civil Rights Act* veniva esteso dai soli impieghi federali a tutti gli impieghi statali. E per quanto, come si è visto, il titolo VII fosse ben lontano da fare espliciti riferimenti alle azioni positive, verso la fine degli anni settanta e la metà degli anni ottanta, sempre più atti del legislatore federale prevedevano diverse forme di misure preferenziali.

<sup>21</sup> *Regents of the University of California v. Bakke* – 438 U.S. 265 (1978).

ranza minima di cinque voti a quattro. Peraltro, il voto decisivo fu quello del giudice Powell, il quale non giudicava le misure preferenziali radicalmente in contrasto con la Costituzione. Egli riteneva piuttosto che, nel caso di specie, il programma delle Regent University – pur perseguendo un obiettivo di sicura consistenza costituzionale (favorire la diversità culturale del corpo studentesco) – impiegava strumenti sproporzionati (la predisposizione di quote rigide). Secondo la prospettiva di questo giudice – che avrà un seguito importante nella giurisprudenza successiva – non era l'obiettivo perseguito a essere costituzionalmente illegittimo, bensì lo strumento posto in essere per raggiungerlo.

### 3. (Segue) *Le misure preferenziali nell'accesso ai corsi di studio*

Oltre a essere il primo caso in cui la Corte ha espressamente preso posizione sul tema delle azioni positive, il caso *Bakke* è significativo anche perché è rimasto a lungo il precedente di riferimento in materia di politiche per la promozione della diversità nel settore dell'educazione<sup>22</sup>.

A tal riguardo, può essere ricordato anche il caso *Wygant* del 1986<sup>23</sup>. Esso non riguardava propriamente l'accesso ai corsi di studio. Si trattava infatti di un programma di azioni positive intrapreso da una scuola che prevedeva di licenziare i docenti appartenenti a minoranze razziali – a parità di anzianità – soltanto dopo quelli non appartenenti ad alcuna minoranza, nel caso in cui ciò avesse favorito il mantenimento di una diversità razziale nel corpo insegnante. La Corte Suprema ha invalidato il programma in questione, con una decisione di cinque voti a quattro. Essa ha stabilito che la messa a riposo di docenti non appartenenti a una minoranza razziale, sulla base di criteri direttamente fondati sulla razza, violasse il XIV emendamento.

Il caso *Wygant* ha sollevato il problema dell'intensità, più o meno stretta, del sindacato delle azioni positive. Una maggioranza di quattro giudici riteneva infatti che questo tipo di misure andasse valutato con un metro di giudizio *standard*. Ad essi si aggiungeva l'opinione concorrente del giudice Powell, il quale riteneva invece più corretta l'applicazione dello *strict scrutiny test*<sup>24</sup>. Secondo l'approccio seguito in questa opinione, le classificazioni giuridiche operate sulla base della razza, anche se volte a perseguire fini meritevoli di considerazione, resterebbero pur sempre discriminazioni sospette (*suspect discrimination*). La loro legittimità costituzionale sarebbe perciò subordinata al perse-

<sup>22</sup> Cfr. M.J. CHANG-D. WITT-J. JONES-K. HAKUTA (a cura di), *Compelling Interest. Examining The Evidence on Racial Dynamics in Colleges and Universities*, Stanford, 2003.

<sup>23</sup> *Wygant v. Jackson Board of Education* – 476 U.S. 267 (1986).

<sup>24</sup> Sullo *strict scrutiny test* in relazione alle *affirmative action*, v. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola-New York, 2<sup>nd</sup> ed., 1998, pp. 1530-41.

guimento di un interesse primario (*compelling interest*); inoltre, gli strumenti normativi utilizzati per raggiungere l'interesse così qualificato dovrebbero rispondere ad un criterio di stretta adeguatezza (*narrowly tailored*). In altri termini, non dovrebbero essere disponibili altri strumenti mediante i quali perseguire il medesimo interesse con mezzi meno restrittivi. Ciò premesso, il giudice Powell non escludeva che l'obiettivo di avere un corpo docente diversificato sul piano razziale potesse essere un *compelling interest*, ma riteneva che esistessero mezzi più proporzionati – come ad esempio adeguate politiche in sede di assunzione – per raggiungere il medesimo obiettivo.

La posizione espressa dal giudice Powell nella sua *opinion* del caso *Bakke* è divenuta maggioritaria<sup>25</sup> nel caso *Grutter v. Bollinger* del 2003<sup>26</sup>. In tal caso, la Corte ha stabilito che la diversità del corpo studentesco è un interesse primario dell'ordinamento, astrattamente idoneo a fondare politiche di ammissione che prendano in considerazione la razza del candidato. Applicando lo *strict scrutiny test*, essa ha sottolineato la necessità di valutare se lo strumento attraverso il quale era stato perseguito tale interesse rispondesse a criteri di stretta adeguatezza. Nel caso di specie, il sistema adottato dalla Michigan Law School non prevedeva alcuna quota, bensì considerava individualmente ogni domanda di ammissione. Tale programma doveva pertanto essere ritenuto legittimo, purché – e questa condizione è una novità importante – il programma fosse limitato nel tempo. L'opinione di maggioranza, redatta dalla giudice O'Connor, ha dato una rappresentazione necessariamente transitoria della preferenza razziale come metodo di implementazione dell'eguaglianza, destinata a svanire nel tempo con il suo stesso successo<sup>27</sup>.

L'opinione del giudice Powell è stata ripresa anche nella decisione *Gratz v. Bollinger*<sup>28</sup>, resa dalla Corte nello stesso giorno della sentenza *Grutter*. Nel caso *Gratz v. Bollinger* veniva in rilievo un programma di azioni positive della University of Michigan, che prevedeva una procedura di ammissione sulla base di una graduatoria, il cui punteggio massimo era pari a centocinquanta punti. Ai candidati appartenenti alle minoranze razziali venivano automaticamente attribuiti venti punti. La Corte Suprema ha ritenuto che – sebbene la diversificazione della popolazione studentesca fosse un interesse primario dell'ordinamento – l'attribuzione automatica di un punteggio bonus di venti punti non

<sup>25</sup> Nel caso *Wygant*, infatti, non vi era stata alcuna *majority opinion*, bensì una *plurality opinion* a cui il giudice Powell aveva aderito con una *concurring opinion*: si parla di *plurality opinion* quando non si raggiunge la maggioranza dei giudici sul *reasoning* della pronuncia, ma soltanto sulla decisione: cfr. P.C. CORLEY, *Concurring Opinion Writing on the U.S. Supreme Court*, Albany, 2010, pp. 10-12.

<sup>26</sup> *Grutter v. Bollinger* – 539 U.S. 306 (2003).

<sup>27</sup> «We expect that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interest approved today», così in *Grutter v. Bollinger* – 539 U.S. 343 (2003).

<sup>28</sup> *Gratz v. Bollinger* – 539 U.S. 244 (2003).

rispondesse al criterio di stretta adeguatezza. L'automatismo della procedura non poteva quindi superare lo *strict scrutiny* adottato dalla Corte<sup>29</sup>.

Questo impianto dello schema di giudizio, valido per i casi di cui si è trattato in questa sezione, è stato recentemente confermato da una sentenza molto attesa<sup>30</sup>. La sentenza originava dal caso di una studentessa caucasica alla quale, nel 2008, veniva rifiutato l'accesso ad un'università che adottava un programma di ammissione che prendeva esplicitamente in considerazione l'appartenenza razziale nella compilazione del "*Personal Achievement Index*", uno degli elementi utili a stabilire la graduatoria del candidato.

La Corte stabilisce in sostanza che esiste un certo grado di deferenza nel valutare la decisione di un'università di includere la diversità del corpo studentesco come elemento essenziale per perseguire la propria missione educativa. I giudici della Corte Suprema stabiliscono altresì che lo *strict scrutiny* impone all'università di provare che i mezzi che adotta per perseguire tale missione siano legati da un rapporto di stretta adeguatezza al fine da raggiungere. Proprio per questi motivi – richiamando espressamente i precedenti di *Bakke*, *Gratz* e *Grutter*<sup>31</sup> – la Corte accoglierà le ragioni della ricorrente, che aveva lamentato un utilizzo non corretto del metro di giudizio delle Corti inferiori<sup>32</sup>, alle quali la questione viene rimandata dalla Corte Suprema.

<sup>29</sup> La Corte giunse a tale conclusione pur essendo ben conscia che università di grandi dimensioni come la University of Michigan avrebbero difficilmente potuto adottare sistemi di *affirmative action* che si prendessero carico di valutare individualmente ogni domanda, così come indicato dalla "dottrina Powell". Eppure, a detta della Corte, le difficoltà di implementazione non potevano prevalere sul rispetto della Costituzione. Si legge infatti nella sentenza: «the fact that the implementation of a program capable of providing individualized consideration might present administrative challenges does not render constitutional an otherwise problematic system»: *Gratz v. Bollinger* – 539 U.S. 280-282.

<sup>30</sup> Il caso, deciso il 24 giugno 2013, è *Fisher v. University of Texas at Austin* – 438 U.S. 287 (2013). La pronuncia era molto attesa perché ha chiamato la Corte a tornare a esprimersi sul suo precedente *Grutter v. Bollinger*, reso quando fu determinante il voto di un giudice, Sandra Day O'Connor, che non siede più nel collegio al momento della decisione del caso *Fisher*. Sulla ricaduta della pronuncia nel dibattito pubblico statunitense v. il contributo di E. VEZZOSI, *Alle origini delle politiche di affirmative action: gli Stati Uniti*, in questo volume, p. 3, spec. p. 17.

<sup>31</sup> L'*overruling* del precedente *Grutter* viene invocato dalla *concurring opinion* del giudice Thomas. Questi, pur concordando sull'esito del giudizio, ritiene che la considerazione della razza come elemento rilevante per l'ammissione a corsi di studio di formazione superiore sia sempre in contrasto con l'*equal protection clause*. Nell'impostazione della *concurring opinion* il metro di giudizio da applicare è una versione "genuina" dello *strict scrutiny*, e non quello adottato in *Grutter*. In quel caso, secondo il giudice Thomas, la Corte operò un'estensione eccessiva dello *strict scrutiny test* che, nella sua versione genuina, contemplerebbe un diverso trattamento sulla base di elementi razziali soltanto per garantire la sicurezza nazionale, o per rimediare a una discriminazione passata.

<sup>32</sup> La *Court of Appeals* aveva infatti ritenuto che la ricorrente poteva contestare soltanto la buona fede della decisione dell'università di (re)introdurre la razza come uno dei fattori rilevanti per l'ammissione, ritenendo inoltre che la buona fede andasse presunta e che perciò l'onere della prova gravasse sullo studente escluso.

La giurisprudenza della Corte Suprema in materia di trattamenti preferenziali nell'ammissione a corsi di studio permette, a questo punto del suo svolgimento, di individuare alcuni punti fermi: le università non possono riservare un accesso sicuro a persone appartenenti a minoranze razziali né attraverso vere e proprie riserve di quote né in altri modi, comunque idonei a garantire l'automatico accesso ai candidati. Le università che intendano adottare misure di questo tipo devono provarne la non automaticità e devono aver cura di valutare individualmente ogni domanda di iscrizione.

#### 4. (Segue) *Le misure preferenziali che attribuiscono vantaggi di natura economica*

Se dal tema dell'accesso all'istruzione si passa a quello dei vantaggi di natura economica, ci si accorge che la ricostruzione della giurisprudenza diventa ancora più complicata.

A tal riguardo può essere ricordato il caso *Fullilove* del 1980<sup>33</sup>, nel quale la Corte ha respinto il ricorso contro le *affirmative action* previste dal *Public Works Employment Act* del 1977. Detto atto legislativo federale obbligava gli Stati che godevano di contributi federali a stipulare contratti solo con imprese che a loro volta riservavano almeno il 10% del valore dell'appalto ad imprese socie che fossero riconducibili a membri delle minoranze razziali (cd. *MBEs*, *Minority Business Enterprises*). Il ricorso contro queste misure preferenziali viene respinto grazie a una convergenza di opinioni fondate su argomenti che si differenziano, anche di molto, tra loro. I giudici Burger, White e Powell hanno fondato la loro opinione concorrente sulla base del *judicial self restraint* dovuto nei confronti dei poteri riparatori che la Costituzione riconosce al Congresso federale. Misure disposte dal legislatore federale (e – sembra di capire – non anche i programmi seguiti da altre autorità o da soggetti privati) andrebbero pertanto valutate con un metro di giudizio non restrittivo.

La validità di azioni positive, disposte in particolare mediante accordi sindacali o provvedimenti giudiziari, viene confermata dalla Corte Suprema nel corso degli anni ottanta (anche se non mancano singole pronunce che annullano programmi di azioni positive ritenuti ingiustificati o sproporzionati)<sup>34</sup>.

Una pronuncia di segno inverso è invece costituita dalla sentenza *Croson* del 1989<sup>35</sup>, che ha annullato la misura prevista dall'amministrazione locale della città di Richmond che – sulla scorta del *Public Works Act* – stabiliva che

<sup>33</sup> *Fullilove c. Klutznick* – 448 U.S. 448 (1980).

<sup>34</sup> Pronunce significative di questo segmento giurisprudenziale sono *United Steelworkers of America v. Weber* – 433 U.S. 193 (1979) e *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, California* – 480 U.S. 616 (1987).

<sup>35</sup> *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* – 488 U.S. 469 (1989).

almeno il 30% dei contratti pubblici di appalto dovessero essere assegnati a imprese riconducibili a gruppi minoritari. La decisione è stata ancora una volta presa a maggioranza (seppur più solida rispetto a precedenti occasioni, ossia con sei voti a tre) e ancora una volta con una diversità di motivazioni accolte nelle *concurring opinion*. Il punto non condiviso dai giudici, pur favorevoli a invalidare la misura in esame, era il diverso metro di giudizio da riservare, rispettivamente, ai programmi federali e statali (o locali) di azioni positive. Secondo il giudice O'Connor soltanto questi ultimi dovevano essere sindacati con uno *strict scrutiny*, mentre i primi – in ossequio alla precedente giurisprudenza – andavano valutati con un test meno rigoroso.

Appena un anno dopo, nel celebre caso *Metro Broadcasting* del 1990 la Corte ha però respinto il ricorso contro due programmi di *affirmative action* adottati dalla *Federal Communications Commission* e approvati dal Congresso USA<sup>36</sup>. In tal caso, le misure erano volte a favorire l'aggiudicazione di licenze di trasmissione da parte di operatori radiotelevisivi riconducibili ai membri di gruppi minoritari. Va tuttavia sottolineato che – a differenza dei casi sopra considerati – le misure adottate non fissavano una soglia minima, bensì si basavano su criteri di valutazione delle offerte che avevano l'effetto di favorire le MBEs. La decisione è stata adottata con una maggioranza minima (di cinque voti a quattro), applicando un metro di giudizio *standard*<sup>37</sup> in considerazione del fatto che i programmi in questione presentavano una relazione sostanziale con un importante interesse la cui promozione spettava al Congresso. L'applicazione di tale metro di giudizio è stata tuttavia contestata dai quattro giudici di minoranza, i quali ritenevano che anche agli atti federali andasse applicato il metro di giudizio più rigoroso (*strict scrutiny*).

A seguito della sostituzione di un giudice<sup>38</sup>, la maggioranza in seno alla Corte Suprema si rovescia. Nel caso *Adarand* del 1995<sup>39</sup>, essa stabilisce che nessuna distinzione può essere operata, quanto al metro di giudizio, tra programmi adottati a livello federale e a livello statale. Secondo la Corte, l'*equal protection* garantita dal V emendamento impone a livello federale gli stessi identici parametri di legittimità delle classificazioni basate sulla razza di quelli imposti dal XIV emendamento a livello statale.

---

<sup>36</sup> Il caso è il celebre *Metro Broadcasting v. Federal Communication Commission* – 497 U.S. 547 (1990).

<sup>37</sup> Sul c.d. *intermediate scrutiny* v. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., pp. 1553-1618.

<sup>38</sup> Nel 1995 il giudice Brennan (che in *Metro Broadcasting* aveva difeso i programmi) ha lasciato la Corte. Al suo posto è subentrato il giudice Thomas.

<sup>39</sup> *Adarand Constructors, Inc v. Peña* – 515 U.S. 20 (1995): il caso riguardava un meccanismo preferenziale, disposto da norme legislative e regolamentari di rango federale, in forza del quale le imprese vincitrici di appalti aggiudicati dal Ministero dei Trasporti avevano diritto a condizioni più favorevoli, laddove si impegnassero ad assegnare parte dei loro contratti a MBEs.

5. (Segue) *Le misure preferenziali e le discriminazioni alla rovescia sul posto di lavoro*

Un ulteriore importante filone giurisprudenziale è quello che riguarda le misure preferenziali sul posto di lavoro. A tal riguardo ci si limiterà all'analisi di tre pronunce particolarmente significative<sup>40</sup>.

Il primo è il caso *Firefighters Local Union Number 1784 v. Stotts* del 1984<sup>41</sup>. Esso riguardava alcune politiche volte a incentivare l'assunzione e la promozione di vigili del fuoco afro-americani in un dipartimento municipale. In un primo momento, l'applicazione di tali politiche non aveva destato alcun problema. Quando però – a causa della necessità di applicare una politica di austerità – il dipartimento fu costretto a procedere a numerosi licenziamenti, ci si accorse che il criterio “ultimo assunto, primo licenziato” avrebbe avuto un impatto penalizzante per gli afroamericani, assunti in forza delle misure preferenziali. Venne pertanto deciso di adottare criteri correttivi, che determinarono il licenziamento di diversi pompieri bianchi, benché questi avessero maturato un'anzianità di servizio maggiore. La Corte Suprema ha invalidato tali misure correttive, avendo essa constatato che erano state applicate in una realtà nella quale non si erano riscontrate discriminazioni passate. Secondo la Corte, mancava pertanto il presupposto per l'adozione di trattamenti preferenziali.

Una caso simile è rappresentato dalla sentenza *Wygant* del 1986. Come sopra accennato<sup>42</sup>, il caso riguardava un accordo sindacale che, nell'ambito delle procedure di licenziamento, consentiva di derogare al criterio dell'anzianità dei lavoratori al fine di mantenere un certo equilibrio razziale all'interno del corpo docente della scuola. Sebbene la misura preferenziale servisse a realizzare un obiettivo importante (qual è quello del mantenimento di un corpo docente equilibrato all'interno dei luoghi della formazione), la Corte Suprema ha ritenuto sproporzionato il sacrificio imposto agli altri lavoratori, dato che veniva in gioco non una semplice aspettativa (qual è una possibile assunzione), bensì una situazione soggettiva fondamentale e consolidata, consistente nella conservazione del posto di lavoro. Nella pronuncia *Wygant* un ruolo importante sembra quindi giocato dal bene oggetto della politica preferenziale, che nel caso di specie era appunto costituito dalla perdita del posto di lavoro<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Le pronunce citate, com'è evidente, non esauriscono nemmeno lontanamente il materiale sul punto, la cui trattazione integrale non può rientrare nei ristretti limiti di questo lavoro: per approfondire si veda J.E. NOWAK-R.D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, cit., § 14.10.

<sup>41</sup> *Firefighters Local Union Number 1784 v. Stotts* – 467 U.S. 561 (1984).

<sup>42</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>43</sup> In questo senso cfr. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., p. 1535. Il diverso trattamento delle misure preferenziali a seconda del bene della vita in gioco risulta evidente accostando *Firefighters Local Union Number 1784 v. Stotts* e *Wygant* alla sentenza *Local 93, International Association of Firefighters, AFL-CIO v. City of Cleveland* – 478 U.S. 501 (1986): in tal ca-

## 6. I metri di giudizio della Corte Suprema di fronte alle affirmative action

La giurisprudenza sopra descritta ruota attorno all'interpretazione di due parametri costituzionali, i quali sono rimasti invariati nel tempo<sup>44</sup>. Si tratta anzitutto del XIV emendamento, il quale contiene l'*equal protection clause*, che vincola gli Stati e gli enti locali. Tale disposizione non si applica però agli atti federali<sup>45</sup>, i quali – qualora operino una discriminazione – possono tuttavia essere sindacati alla luce della *due process clause* di cui al V emendamento. Nella sostanza la garanzia di eguaglianza non cambia<sup>46</sup>. Infatti, in entrambi i casi l'applicazione di questi due parametri impone – secondo la tradizionale definizione di eguaglianza – che situazioni simili siano trattate allo stesso modo e situazioni diverse in maniera diversa<sup>47</sup>. Il sindacato della Corte Suprema utilizza quindi due parametri diversi, ma che convergono su un parametro di legittimità (l'*equal protection guarantee*) sostanzialmente unitario<sup>48</sup>, che consente di sindacare le misure (federali, statali o locali) che operano una distinzione tra individui.

L'intensità di applicazione di questa garanzia può tuttavia variare, anche in modo significativo, alla luce di tre diverse tendenze che possono essere individuate nella giurisprudenza della Corte Suprema: in primo luogo, l'individuazione di classificazioni (come quelle fondate sulla razza) "sospette" che, salvo specifiche e stringenti eccezioni, devono essere vietate; in secondo luogo, la valutazione secondo un canone di ragionevolezza di altri tipi di discriminazio-

---

so si trattava di una misura preferenziale, fatta salva dalla Corte Suprema, che prevedeva la riserva di vere e proprie quote per le minoranze nell'ambito delle procedure di promozione.

<sup>44</sup> L'esperienza costituzionale statunitense è d'altronde nota per essere caratterizzata da una certa rarità degli emendamenti costituzionali intervenuti sul testo originario. Nello scenario del costituzionalismo moderno la Costituzione statunitense può infatti considerarsi il testo più solido da questo punto di vista, rimasto ininterrottamente in vigore per un periodo significativamente più lungo rispetto alle esperienze comparabili, nonché prevalentemente immutato nel suo impianto essenziale (sul tema la letteratura statunitense è vastissima: si vedano i due fondamentali volumi di B. ACKERMAN, *We the People. Foundation and Transformations*, Cambridge MA, rispettivamente 1991 e 1998, nonché ID., *The Living Constitution*, in 120 *Harvard Law Rev.*, 2007, p. 1737 ss., e il più recente M. TUSHNET, *The Constitution of United States of America*, Oxford, 2008). Non vi è perciò motivo di stupirsi se la questione delle misure preferenziali non abbia mai ricevuto una specifica copertura costituzionale, e si sia invece sviluppata a Costituzione invariata.

<sup>45</sup> Il XIV emendamento prevede che nessuno Stato, nei limiti della sua giurisdizione, rifiuterà ad alcuno l'eguale protezione delle leggi; l'applicazione della clausola agli atti federali è stata desunta dalla clausola del *due process of law* di cui V emendamento: cfr. W.E. NELSON, *The Fourteenth Amendment. From Political Principle to Judicial Doctrine*, Cambridge London, 1988.

<sup>46</sup> K.L. KARST, *The Fifth Amendment's Guarantee of Equal Protection*, in 55 *North Carolina Law Rev.*, 1977, p. 540.

<sup>47</sup> J. TUSSMAN-J. TENBROEK, *The Equal Protection of the Laws*, in 37 *Calif. Law Rev.*, 1949, p. 341.

<sup>48</sup> Cfr. J.E. NOWAK-R.D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, cit., p. 742.

ne (come quelle fondate sul genere); e, infine, la deferenza nei confronti della discrezionalità del legislatore in presenza di classificazioni fondate su elementi di carattere sociale o economico. A queste tendenze corrispondono tre diversi metri di giudizio: lo *strict scrutiny test*; l'*intermediate scrutiny*; e il *rational relationship test*<sup>49</sup>. Per quanto qui interessa, è sufficiente ricordare che le normative che operano qualificazioni fondate sulla razza sono per l'appunto riconducibili alla categoria delle classificazioni "sospette" alle quali deve essere in linea di massima applicato lo *strict scrutiny test*. Ciò comporta, come già accennato, che le classificazioni non solo devono perseguire un fine meritevole di tutela, ma devono essere dirette a realizzare un interesse primario dell'ordinamento con modalità che rispondano al criterio di stretta adeguatezza: non dev'essere cioè possibile perseguire il medesimo interesse mediante strumenti più proporzionati. La discrezionalità del legislatore si riduce perciò al minimo, e ciò vale tanto per il legislatore statale, quanto per quello federale, almeno a partire dalla giurisprudenza *Adarand* del 1995.

#### 7. Le affirmative action alla prova dell'equal protection guarantee: gli argomenti sul campo

Il sindacato delle azioni positive può essere valutato anche in una diversa prospettiva. Un'altra chiave di lettura può infatti consistere nell'esaminare i principali metodi di interpretazione propri dell'esperienza costituzionale statunitense, con l'intento di verificare se la loro applicazione riesca a fornire un metro di giudizio più lineare di questo tipo di misure.

In quest'ottica, la legittimità costituzionale delle *affirmative action* potrebbe essere, ad esempio, valutata in base al criterio dell'*original intent*<sup>50</sup>, volto a ricostruire quello che sarebbe stato l'intento originario dei padri costituenti nella valutazione di dette misure. Considerato il tenore generalmente conservatore delle varie scuole originaliste, l'applicazione di tale criterio dovrebbe condurre a un'unanime censura delle azioni positive. In effetti, pare ben difficile affermare che nell'intento originario dei padri costituenti vi potesse essere spazio per misure preferenziali a favore di quegli stessi gruppi di cui era considerata legittima, dapprima, la riduzione in schiavitù e, poi, la segregazione. Eppure, nella giurisprudenza della Corte Suprema non sono mancati casi di opinioni di giudici che hanno ricondotto le azioni positive fondate sulla razza proprio all'intento originario del legislatore costituzionale, riferendosi in par-

<sup>49</sup> Sui *test* adottati dalla Corte Suprema, cfr. L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., § 16.6, p. 1451 ss.; J.E. NOWAK-R.D. ROTUNDA, *American Constitutional Law*, cit., p. 747 ss.

<sup>50</sup> La letteratura originalista è sterminata, su tutti A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997.

ticolare al XIV emendamento, approvato nel 1868 dagli stessi *framers* che adottarono nel 1866 la legge istitutiva del *Freedmen's Bureau*<sup>51</sup>, agenzia preposta a coordinare misure di inserimento sociale degli afro-americani<sup>52</sup>, attraverso programmi di assistenza (sociale, laboristica, giudiziale ...) riservati esclusivamente ai neri. Secondo la prospettiva interpretativa qui considerata, la preesistenza del *Freedmen's Bureau Act* dimostrava che il legislatore costituzionale del 1868 non poteva che essere ben conscio dell'esistenza di misure preferenziali, la cui legittimità costituzionale non era certamente messa a repentaglio, ma semmai rafforzata, dall'introduzione del XIV emendamento<sup>53</sup>.

D'altra parte, una prospettiva "progressista" dovrebbe condurre a un unanime sostegno dei trattamenti preferenziali fondati sulla razza. E invece, alcuni autori<sup>54</sup> che seguono questa diversa impostazione ritengono che le misure in questione possono addirittura aggravare il risentimento razziale, dato che renderebbero più acuta la divisione tra comunità e pregiudicherebbero pertanto il clima sociale necessario per l'attuazione di vere riforme<sup>55</sup>.

L'incertezza dei risultati prodotti da questi criteri d'interpretazione sembra far emergere un elemento di riflessione di importanza fondamentale. A ben vedere infatti, il problema della discriminazione razziale, e quello strettamente collegato delle *affirmative action*, non può essere confinato a una dimensione esclusivamente giuridica<sup>56</sup> o ridotto completamente alla scelta di un determinato canone interpretativo. Il problema centrale, ricorrente anche nella giuri-

<sup>51</sup> Act of July 16<sup>th</sup>, 1866, ch. 200, 14 Stat. 173.

<sup>52</sup> C.E. BRODY, *A historical review of affirmative action and the interpretation of its legislative intent by the Supreme Court*, in 29 *Akron Law Rev.*, 1996, pp. 291-294.

<sup>53</sup> Per una ricostruzione di alcuni degli elementi alla base degli argomenti originalisti di difesa delle *affirmative action*, cfr. E. SCHNAPPER, *Affirmative Action And The Legislative History Of The Fourteenth Amendment*, in 71 *Virginia Law Rev.*, 1985, p. 753.

<sup>54</sup> E infatti l'opposizione alle *affirmative action* trova adesioni trasversali, che si spingono ben oltre agli schieramenti più conservatori e alle letture della Costituzione dell'originalismo più ortodosso: *ex multis*, per una critica neo-conservatrice, si veda N. GLAZER, *Affirmative Discrimination: Ethnic Inequality and Public Policy*, 1975, p. 168 ss.; e per una critica di stampo socialista si veda T. KAHN, *Problems of Negro Movement*, in I. HOWE (a cura di), *The Radical Papers*, 1966, p. 164 ss. A riprova di ciò vi è la constatazione che il dibattito sul tema ha contribuito in modo significativo a segnare la rottura dell'unità della coalizione di forze politiche e sociali che avevano condotto alla cd. rivoluzione dei diritti civili. Forze che comprendevano liberaldemocratici, repubblicani moderati, organizzazioni facenti capo alla comunità di neri ed ebrei, sindacati ed altri ancora, che – dopo aver comunemente supportato la strada verso il *Civil Rights Act* e il *Voting Rights Act* – non trovarono posizioni comuni intorno alle *affirmative action*.

<sup>55</sup> Cfr. S. STEELE, *Affirmative Action: The Price of Preference*, in F.J. BECKWITH-T.E. JONES, *Affirmative Action. Social Justice or Reverse Discrimination?*, New York, 1997, p. 8 ss.

<sup>56</sup> A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, spec. p. 131 ss. e G. CALVÈS, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Supreme des États-Unis. Le problème de la discrimination positive*, Paris, 1998, pp. 335-336.

sprudenza della Corte Suprema, è un altro e attiene al grado di “sensibilità ai colori” che va attribuito alla Costituzione degli Stati Uniti America: la Costituzione, con i suoi emendamenti, doveva (e deve) ritenersi neutra rispetto al colore della pelle (*color-blind*<sup>57</sup>) oppure deve o può prendere in considerazione tale elemento (*color-conscious*)?

Le tesi che sostengono la neutralità assoluta tendono a concepire la cecità della Costituzione ai colori tanto come un mezzo quanto come un fine per il perseguimento di un ambiente sociale estraneo a ogni forma di razzismo<sup>58</sup>.

Chi invece sostiene che la Costituzione permetta un certo grado di sensibilità al colore della pelle, sostiene l’illegittimità costituzionale delle sole discriminazioni “negative”. Il fine sarebbe il medesimo: superare ogni forma di razzismo. Tra i mezzi ammissibili – o meglio, auspicabili – vi sarebbero anche le misure preferenziali<sup>59</sup>.

Va detto che la Corte Suprema degli Stati Uniti, nella sua oscillante giurisprudenza in materia di azioni positive, non si è mai posizionata su nessuna delle due creste più estreme di questa divisione teorica. Essa ha cioè rifiutato sia la posizione secondo la quale tutte le misure preferenziali basate sulla razza sarebbero di per sé illegittime<sup>60</sup>; sia la posizione opposta secondo la quale dovrebbe se non altro presumersi la legittimità delle *affirmative action*, poiché non sarebbe compito dei giudici difendere la maggioranza bianca da se stessa<sup>61</sup>.

Approfondendo l’analisi, va notato che il primo versante teorico (la Costituzione è *color-blind*) comporta delle implicazioni più lineari per il discorso che qui si sta conducendo: le misure preferenziali basate sulla razza sarebbero infatti semplicemente di per sé illegittime. La stessa linearità non discende però dal secondo versante teorico (la Costituzione è, o può essere, *color-conscious*): laddove si ammetta che il diritto possa prendere in considerazione la razza quale utile criterio di distinzione (c.d. *benign racial classification*), non può automaticamente desumersi che tutte le discriminazioni razziali “positive” siano costituzionalmente legittime. In questo caso è necessario quindi re-

<sup>57</sup> L’espressione, divenuta un *topos* della letteratura costituzionalistica statunitense, deriva da *Plessy v. Ferguson* – 163 U.S. 537, 552-559 (1896) (Harlan, J. *Dissenting*).

<sup>58</sup> «One gets beyond racism by getting beyond it now: by a complete, resolute, and credible commitment *never* to tolerate in one’s own life – or in the life of practices of one’s government – the differential treatment of other human beings by race»: così scrive W. VAN ALSTYNE, *Rites of Passage: Race, the Supreme Court, and the Constitution*, in 46 *Univ. Chicago Law Rev.*, 1979, p. 809 [enfasi nell’originale].

<sup>59</sup> Per superare il razzismo, secondo tali tesi, sarebbe ipocrita ignorare proprio la razza: così scrive, ad esempio, il giudice Blackmun nella *plurality opinion* nel caso *Bakke* (v. *supra*): «in order to go beyond racism, we must first take race into account».

<sup>60</sup> Si veda, *ex multis*, R. POSNER, *The DeFunis Case and the Constitutionality of Preferential Treatment of Racial Minorities*, in *Supreme Court Law Rev.*, 1974, p. 25 ss.

<sup>61</sup> Su questa posizione, v. J.H. ELY, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, in 41 *Univ. Chicago Law Rev.*, 1974, p. 723 ss.

golare ulteriormente il calibro della legittimità costituzionale, per fissare un limite oltre al quale i vantaggi attribuiti sono illegittimi, nonché per individuare i presupposti sulla base dei quali una classificazione razziale può considerarsi legittima (*benign classification*).

Nella prospettiva di fornire un utile parametro di legittimità, un ruolo importante è stato giocato dal modello cd. “risarcitorio”: i vantaggi da attribuire ai membri di minoranze razziali troverebbero la loro ragion d’essere nella “discriminazione passata” che tali gruppi hanno subito. Questo modello è stato declinato in molte varianti<sup>62</sup>. La compensazione può infatti essere frutto di una concezione più o meno elastica del “risarcimento”: può intendersi in un senso largo e ampio, come compensazione di una generica discriminazione passata, che può anche attraversare le generazioni; oppure può intendersi in maniera più rigorosa, pretendendo che le misure compensative siano giustificate soltanto in contesti nei quali sia stata provata l’esistenza di politiche discriminatorie storicamente affermatesi nelle specifiche realtà prese in considerazione. Nell’un caso le azioni positive sarebbero legittime “in sé”, mentre nel caso in cui la funzione risarcitoria fosse intesa in senso stretto, sarebbe necessario provare l’effettiva discriminazione che le misure preferenziali intendono contrastare<sup>63</sup>.

La stessa accezione rigorosa del modello risarcitorio può essere intesa secondo diverse sfumature, ammettendo misure preferenziali nei soli casi in cui vi sia stata in passato una discriminazione *de jure* (si pensi al caso di un’università che abbia in precedenza vietato l’accesso agli studenti afro-americani); oppure estendendo tale possibilità in tutti i casi in cui possa essere constatata una situazione di disparità (si pensi a una scuola che non ha mai vietato l’accesso a studenti afro-americani, ma che ciononostante non conta alcuno studente ascrivibile a quella minoranza).

Il modello risarcitorio può variare anche sulla base di elementi legati al fattore “tempo”: come alcuni casi della più recente giurisprudenza della Corte Suprema suggeriscono<sup>64</sup>, la tenuta della giustificazione risarcitoria si affievolisce man mano che ci si allontana dall’epoca in cui vennero perpetrate le discriminazioni da risarcire. L’azione riparatrice dovrebbe quindi di necessità essere transitoria e cessare, una volta sia decorso un certo periodo di tempo. Alla scadenza di questo, se la misura ha funzionato, l’obiettivo risarcitorio deve considerarsi raggiunto. Se non ha funzionato, vuol dire che non era utile, e andrebbe comunque abbandonata.

---

<sup>62</sup> Cfr. K.M. SULLIVAN, *Sins of Discrimination: Last Term’s Affirmative Action Cases*, in 100 *Harvard Law Rev.*, 1998, p. 78.

<sup>63</sup> La differenza è di non poco conto se si considera la profonda difformità territoriale con cui si affermarono in passato le discriminazioni *de jure*, molto comuni negli Stati del Sud, ben più rare in quelli del Nord e dell’Ovest. A tal riguardo, v. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo Americano. II La Costituzione democratica*, Torino, 2000, p. 79.

<sup>64</sup> V. *Grutter v. Bollinger* – 539 U.S. 343 (2003), *supra* § 3.

Quello fondato sul risarcimento, comunque lo si declini, resta comunque un modello da intendersi in modo astratto: com'è stato notato, infatti, è ben difficile che il "prezzo" delle azioni positive sia pagato direttamente da quei soggetti che hanno incassato il "valore" delle discriminazioni passate. In quest'accezione, si è parlato di un "senso di colpa"<sup>65</sup> discriminatorio che starebbe alla base delle giustificazioni di natura risarcitoria della misure preferenziali<sup>66</sup>.

Un contributo importante nello sviluppo dell'approccio teorico al tema è quello portato da uno dei testi più conosciuti della moderna dottrina costituzionalistica mondiale: il capitolo IX di *Taking rights seriously* di Ronald Dworkin è infatti dedicato al tema della «reverse discrimination»<sup>67</sup>.

Il testo risale al 1977, in un periodo di grande diffusione delle *affirmative action* e di generale riconoscimento della loro validità nel sistema costituzionale statunitense. Ronald Dworkin riassume le tesi e obiezioni più diffuse in materia, prendendo spunto dal caso *DeFunis*, che vedeva uno studente ricorrere contro la decisione della facoltà di giurisprudenza dell'università di Washington di non ammetterlo, nonostante il suo punteggio fosse superiore a quello di altri candidati, che però si giovavano dei programmi di azioni positive volti a favorire l'ammissione di studenti appartenenti a minoranze razziali. Contro tale sistema si opponeva l'idea che qualunque classificazione fondata sulla razza fosse vietata dalla Costituzione: secondo tale prospettiva, il caso *DeFunis* doveva essere equiparato al caso *Sweatt*<sup>68</sup> del 1950, in occasione del quale la Corte Suprema aveva dichiarato che riservare l'iscrizione alla facoltà di giurisprudenza dell'Università del Texas agli studenti bianchi violava la Costituzione. Sempre in tale ottica, si negava che vi potessero essere classificazioni razziali positive e negative: qualunque trattamento preferenziale avrebbe avuto l'esito di rinforzare il senso di inferiorità della minoranza protetta.

Proprio su questa equiparazione dei casi *DeFunis* e *Sweatt* prende posizione il contributo di Dworkin: egli infatti sostiene che l'*equal protection clause* prevista dal XIV emendamento non stabilisce affatto che tutte le classificazioni razziali sono incostituzionali. A suo dire, tale clausola «trasforma il concetto di eguaglianza in un test di validità della legislazione, ma non sancisce una particolare concezione di quel concetto»<sup>69</sup>. In queste parole fa capolino una visione dell'eguaglianza come clausola aperta, da applicare secondo parametri che non sono fissati una volta per sempre: «i costituenti», ha sottolineato Dworkin, «resero illegale qualsiasi politica violasse l'eguaglianza, ma lasciarono ad altri il

<sup>65</sup> Di "Sins of discrimination" scrive K.M. SULLIVAN, *Sins of Discrimination*, cit.

<sup>66</sup> Cfr. K.M. SULLIVAN, *Sins of Discrimination*, cit.

<sup>67</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, trad. it. (a cura di N. Muffato), *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.

<sup>68</sup> *Sweatt v. Painter* – 339 U.S. 629 (1950).

<sup>69</sup> R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 327.

compito di decidere di volta in volta cosa ciò avrebbe significato»<sup>70</sup>.

L'Autore distingue quindi il diritto a un *eguale trattamento*, che presidia un'eguale distribuzione delle *chance*, e il diritto al *trattamento eguale*, cioè la pretesa di essere trattato con lo stesso rispetto e la stessa considerazione rispetto alle altre persone. Lo studente che registra la sua *application* a una facoltà non ha diritto a un eguale trattamento nell'assegnazione del posto, bensì può pretendere – nella ricostruzione di Dworkin – che la sua *application* venga presa in considerazione con pari rispetto e considerazione rispetto alle altre (diritto a un trattamento eguale). Ma l'articolazione concreta di tale diritto può manifestarsi nell'adozione di criteri molto diversi: Dworkin infatti sostiene che sia un errore ritenere che ammettere gli studenti in base alla loro "intelligenza" (o meglio all'intelligenza per come valutata secondo gli *standard* comunemente adottati) sia per definizione il sistema migliore in termini di legittimità costituzionale. Un tale sistema avrebbe come effetto, presumibilmente, quello di formare giuristi più intelligenti. Ma anche la politica dell'università di Washington di formare più giuristi di colore poteva essere – a detta di Dworkin – un criterio apprezzabile: «un maggior numero di giuristi di colore aiuterà a fornire migliori servizi legati alla comunità nera, riducendo così le tensioni sociali. Un maggior numero di studenti di colore in classe durante le discussioni sui problemi sociali potrebbe migliorare la qualità dell'istruzione giuridica di tutti gli studenti»<sup>71</sup>, e così via ... Ma è la stessa autorevole penna a mettere in guardia di fronte a tali argomenti, che egli definisce utilitaristici. Si potrebbe infatti ben sostenere che nel Texas del 1945 vi fossero argomenti utilitaristicamente fondati per sostenere tesi opposte: la domanda di prestazioni giuridiche rivolte a giuristi bianchi era certamente maggiore; le donazioni degli ex-allievi sarebbero state più povere se si fossero ammessi anche gli afro-americani; la domanda di giuristi bianchi era con ogni probabilità comunque superiore a quanti ne potesse offrire l'università del Texas ... Ciò che però diventa essenziale per distinguere la discriminazione razziale di una facoltà che ammetta solo studenti bianchi dalle misure preferenziali di una facoltà che incentivi l'ammissione di studenti neri, è che non ci sono soltanto argomenti utilitaristici a sostegno del secondo scenario, bensì anche argomenti che Dworkin definisce "idealistici" per i quali «una società più egualitaria è una società migliore anche se i suoi cittadini preferiscono le diseguaglianze»<sup>72</sup>.

La ricostruzione di Dworkin, rispetto alle giustificazioni rimediali sopra citate, ha una differenza di impianto fondamentale: non si fonda su una fonte di legittimazione redistributiva di un senso di colpa passato, bensì cerca la *ratio* delle

<sup>70</sup> *Ibidem*. La ricostruzione dell'eguaglianza come una clausola aperta non è affatto dissimile da quella di eguaglianza come "idea vuota", di cui aveva scritto P. WESTERN, *The Empty Idea Of Equality*, cit.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 329.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 344.

azioni positive nella visione futura della società. Questo mutamento di prospettiva, che permette di liberarsi delle molte obiezioni che vengono sollevate nei confronti dell'approccio rimediale alle misure preferenziali, sposta la valutazione di legittimità della Corte Suprema dal piano dell'individuazione dell'effettiva esistenza della discriminazione passata, a quello dell'individuazione di un bene meritevole di tutela. Bene che, a seconda dei casi, viene identificato nella futura diversità del corpo studentesco (ad es. in *Bakke*), o nella partecipazione delle imprese riconducibili a membri delle minoranze alla vita economica (ad es. in *Fullilove*) oppure ancora nell'interesse ad avere una facoltà universitaria ove si sviluppi efficacemente l'integrazione razziale (ad es. *Wygant*)<sup>73</sup>.

Può dunque ben dirsi che l'esperienza costituzionale statunitense abbia visto una genesi delle azioni positive sotto la luce del modello risarcitorio. Le misure preferenziali, in quello schema, rispondevano ad una *ratio* correttiva di giustizia redistributiva. Può però anche riconoscersi che le *affirmative action* hanno conosciuto una progressiva emancipazione dal modello risarcitorio, anche in virtù delle critiche che venivano mosse a tale giustificazione: la *ratio* si è quindi spostata sul fronte dell'ingegneria sociale, radicandosi non più nell'esigenza di lavare colpe del passato, bensì in quella di fondare una nuova visione della società per il futuro. Questo slittamento del fondamento delle azioni positive riesce a fornire un'ipotesi verosimile anche del loro progressivo affievolirsi, e del sempre più prudente sostegno fornito dalla Corte Suprema. Il senso di colpa, a fronte dell'ingegneria sociale, rappresentava un fondamento che – al netto di tutte le perplessità e i problemi che esso suscita – può ricollegare più efficacemente le misure preferenziali all'esperienza schiavista e razzista, permettendo di individuare un *compelling interest* anche in virtù di elementi emotivi. L'ingegneria sociale, invece, offre fondamenti più astratti e, soprattutto, consente una sua continua valutazione sulla base dei risultati ottenuti nell'attuazione di misure preferenziali.

#### 8. Preferential treatment, affirmative action, reverse discrimination. *Un sonderweg tutto statunitense?*

Lo sguardo all'esperienza statunitense da un balcone europeo, qual è quello da cui ci affacciamo, suggerisce di dedicare alcune righe conclusive alla possibilità di esportare alcuni insegnamenti di quel percorso costituzionale al contesto del vecchio continente.

Il rischio che si paventa è quello, segnalato in dottrina<sup>74</sup>, di porsi davanti a un'alternativa manichea, per cui di quell'esperienza non sarebbe possibile trarre

<sup>73</sup> Su tali aspetti cfr. L.H. TRIBE, *American constitutional law*, cit., p. 1539 ss.

<sup>74</sup> Cfr. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., pp. 215-6.

nulla, o sarebbe al contrario possibile trarre tutto. Come spesso accade, la verità va cercata nel mezzo. Alcuni elementi della giurisprudenza poc'anzi analizzata conducono a identificare dei caratteri propri di quella specifica esperienza: così è per la genesi di natura rimediale delle *affirmative action*, che pone le sue radici in quel "senso di colpa" di cui ha efficacemente scritto la dottrina statunitense<sup>75</sup>. È questo un presupposto che è difficile individuare nel contesto europeo, e che segna dunque un elemento di disomogeneità dell'esperienza costituzionale statunitense rispetto a quella a noi più vicina.

D'altra parte il peculiare "senso di colpa" statunitense si caratterizza rispetto all'esperienza europea, più per la sua intensità, che non per la sua stessa esistenza. Esperienze di razzismo e xenofobia non sono infatti certo estranee alla storia, anche giuridica, del continente europeo. In fondo, l'ordine generale dei problemi evocati, in termini di diritto costituzionale, è perfettamente omogeneo: tanto nel contesto statunitense quanto in quello europeo, le azioni positive suscitano un'alternativa tra dimensione collettiva e dimensione individuale dell'eguaglianza.

Alla dimensione individuale corrisponde la necessaria neutralità dei pubblici poteri rispetto a tutto ciò che potrebbe aggregare gli individui in ragione di un'appartenenza a gruppi sociali, etnici, religiosi, razziali. Negli Stati Uniti ciò si direbbe affermando che la Costituzione, e il diritto, devono essere ciechi al colore; in Europa, e in Italia in particolare, tale impostazione si traduce con l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alle legge.

Alla seconda dimensione (quella collettiva) corrisponde invece la coscienza delle differenze dei gruppi: negli Stati Uniti ciò significa ammettere la sensibilità della Costituzione, e del diritto, al colore della pelle; mentre in Europa, e in Italia in particolare, questa diversa dimensione è insita nei concetti di pari dignità sociale e nella concezione sostanziale dell'eguaglianza. La legge non solo è uguale per tutti, ma la Repubblica deve adoperarsi per «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» (ostacoli che, generalmente, attraversano la società collettivamente), «che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (si ridiscende dunque alla dimensione individuale).

L'esplicito riferimento, nel testo della Costituzione italiana, a questa dimensione collettiva, da cui deriva una comprensione sostanziale dell'eguaglianza, induce solo teoricamente a ipotizzare una maggiore propensione a porre in essere azioni positive. L'esperienza concreta, si può ben dire, ha portato all'esito opposto: la sperimentazione di misure preferenziali nel contesto statunitense non è nemmeno paragonabile a quanto è avvenuto in Europa, e in Italia in particolare.

A fronte, poi, della progressiva crisi delle *affirmative action* anche oltreo-

---

<sup>75</sup> V. K.M. SULLIVAN, *Sins of Discrimination*, cit.

ceano è ben difficile immaginare che l'Europa inverta improvvisamente la rotta, in particolare nel contesto storico ed economico che stiamo vivendo.

La crisi delle *affirmative action* è infatti un'immagine che può essere anche rovesciata con un gioco di specchi: è la crisi stessa, intesa in senso economico, a mettere in discussione la politica dei *preferential treatment*. Non può infatti ignorarsi che il maggiore entusiasmo attorno alla concezione forte della discriminazione, alla base delle misure preferenziali, risale a un periodo caratterizzato da una costante e forte crescita economica, nonché dalla convinzione che tale situazione sarebbe stata destinata a perdurare a lungo. L'aumento costante della ricchezza, o quantomeno la convinzione che tale fosse la realtà, contribuiva efficacemente a minimizzare gli effetti collaterali delle misure preferenziali. L'altra faccia della medaglia – la discriminazione alla rovescia – veniva infatti lenita dal *boom* che permetteva di nascondere il dato per cui il miglioramento delle condizioni di chi era svantaggiato andava conquistato a scapito di chi fino a quel momento era avvantaggiato. Questa illusione comincia a spegnersi nel corso degli anni settanta, segnati da una forte recessione che rompe il sogno del costante aumento della ricchezza, e della sovrabbondanza di risorse da distribuire<sup>76</sup>. Ed oggi, può ben dirsi, questo quadro di contesto pare essere molto diverso, quasi l'esatto contrario, rispetto a quello che ha favorito l'affermarsi delle *affirmative action*.

---

<sup>76</sup> Cfr. V.F. HIRSCH, *Social Limits to Growth*, London, 1977 (ed. it. *I limiti sociali allo sviluppo*, Milano, 1991) e M. BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive*, cit., p. 302.