

Tempo di bilanci per l'*affirmative action policy* statunitense (e per ragionare nuovamente dei suoi riflessi sulla concezione italiana e comunitaria di azione positiva)

di Stefania Leone *
(6 luglio 2009)

1. Premessa

In Italia, e ancor più in ambito comunitario, le problematiche connesse alla previsione normativa di azioni positive si sono poste in tempi relativamente recenti. Il dibattito concernente presupposti e limiti di tali misure - in particolare dei c.d. sistemi di 'quota' o di quelle consistenti nel prendere in considerazione, a parità di requisiti, il sesso del candidato - è stato dunque per lungo tempo, e per entrambi i sistemi, fortemente debitore dell'esperienza statunitense.

Le politiche preferenziali adottate nei confronti delle minoranze razziali stanno tuttavia da tempo attraversando negli Stati Uniti una fase di declino; esse incontrano, ormai dagli anni '90, la dura opposizione non solo di coloro che, esclusi dai benefici, ne hanno da sempre contestato la legittimità, ma degli stessi soggetti 'favoriti', convinti che tali strumenti di tutela oscurino i loro meriti¹.

Al fine di dare un seguito normativo a queste nuove tendenze culturali, in diversi Stati sono state approvate modifiche costituzionali che contemplano il divieto di ricorrere, per l'accesso all'impiego e ad alcuni servizi pubblici, a trattamenti di favore in ragione della razza, della nazionalità o del sesso². Tra le più recenti battute d'arresto dell'*affirmative action policy* particolarmente simbolica è quella che ha avuto luogo in *Michigan*, poiché, col voto del 7 novembre 2006, il 58% dei cittadini, esprimendosi a favore dell'inserimento in Costituzione di un simile divieto, ha inteso superare il giudicato costituzionale. Come meglio si vedrà oltre, infatti, nel 2003 la Corte Suprema aveva salvato uno dei programmi di azioni positive adottato dall'Università dello Stato per la selezione degli aspiranti studenti (*Grutter v. Bollinger*)³.

Ancor più di recente, nel novembre del 2008, anche la popolazione del *Nebraska* si è pronunciata a favore della previsione di una norma costituzionale che impegna lo Stato a non introdurre trattamenti preferenziali nell'accesso all'impiego e al sistema di istruzione pubblico.

L'esito di questa consultazione è giunto quasi contestualmente all'elezione di *Barack Obama*, che, tuttavia, non si è mai voluto pronunciare in modo esplicito

¹ Sull'esperienza statunitense cfr. B. BECCALLI, *Donne in quota. La politica delle quote nel lavoro e nella rappresentanza politica*, Milano, 1999, 10. Tra gli esiti più recenti della politica di sostegno alle minoranze razziali vi sarebbe la crescente emersione, nella società americana, di gruppi portatori di nuove istanze di tutela; ciò che, secondo l'A., ha forse determinato uno sviamento dall'obiettivo di realizzare una società ostile alle segregazioni.

Secondo M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, 2008, 41, a scongiurare il rischio che possano proliferare richieste di riconoscimento di altre 'categorie' di minoranze è la necessità che tali soggetti siano stati destinatari di passate discriminazioni. Non è sufficiente, infatti, che essi dimostrino di essere scarsamente presenti in alcuni settori della vita sociale ed economica.

² Il primo Stato a decidere in tale senso è stata la *California*, nel 1996. In seguito, tra gli altri, anche lo Stato di *Washington* e della *Florida*.

³ V. *Infra*.

sul tema, limitandosi ad affermare, da una parte, di credere ancora alla politica delle azioni positive quale mezzo per rimediare alle discriminazioni storicamente perpetrate e potenzialmente ancora in atto nei confronti delle minoranze razziali, dall'altra di non ritenere a tal fine idonea l'adozione di un rigido sistema di quote⁴.

Anche la recente nomina di *Sonya Sotomayor* a Giudice della Corte Suprema ha riportato l'attenzione dell'opinione pubblica sulla questione delle discriminazioni razziali e dei rimedi per farvi fronte. La terza donna e la prima persona di origine ispanica che siederà tra i membri della Suprema giurisdizione americana⁵ è stata infatti parte del collegio della Corte d'appello che ha confermato la pronuncia del giudice di grado inferiore con la quale è stato ritenuto legittimo il rifiuto di convalidare un concorso per la promozione di pompieri nella città di *New Haven*, decisione assunta sulla base della considerazione che il risultato del test non aveva premiato neanche una persona di colore⁶.

Col caso *Ricci v. DeStefano* la Corte Suprema è stata dunque chiamata a chiarire se il rifiuto di convalidare una prova d'esame che, pur formulata ed espletata in termini neutri rispetto al fattore razziale, abbia dato, sotto questo profilo, esiti di fatto sproporzionati, determini violazione del Titolo VII del *Civil Right Act*. Come meglio si vedrà in seguito, con la decisione resa il 29 giugno 2009, il Giudice costituzionale americano ha statuito nel senso dell'illegittimità di tale condotta, ritenendo non sufficiente a giustificare il provvedimento dell'autorità la volontà di evitare di essere ritenuta responsabile di discriminazione indiretta.

2. La giurisprudenza della Corte Suprema: dalla giustificazione della segregazione razziale alla elaborazione del concetto di *disparate impact*

Come si è anticipato, forte è l'influenza che l'elaborazione teorica e giurisprudenziale nordamericana è stata in grado di esercitare sulla definizione del concetto di azione positiva che si è venuta delineando negli Stati europei e in ambito comunitario.

Pare pertanto utile ripercorrere, seppur in modo sintetico, le tappe fondamentali della giurisprudenza della Corte Suprema, chiarendo fin da subito, tuttavia, come qualsiasi tentativo di comparazione non possa non tenere conto

⁴ "I still believe in affirmative action as a means of overcoming both historic and potentially current discrimination, but I think that it can't be a quota system and it can't be something that is simply applied without looking at the whole person, whether that person is black, or white, or Hispanic, male or female. What we want to do is make sure that people who've been locked out of opportunity are going to be able to walk through those doors of opportunity in the future" (intervista rilasciata all'emittente ABC nell'aprile del 2008 nel corso della campagna elettorale). I sistemi che riservano una quota di posti alle minoranze rientrano, come noto, nella più ampia categoria delle azioni positive, ma, come meglio si vedrà in seguito, presentano caratteristiche del tutto peculiari che ne rendono più complessa l'ammissibilità.

⁵ Prima di lei solo *Sandra Day O'Connor* e *Ruth Bader Ginsburg*.

⁶ Tuttavia, si è notato che la forma del *summary order* usata dalla Corte d'appello, che non consente di richiamare la pronuncia quale precedente giudiziario, pare essere sintomo della difficoltà dei giudici di raggiungere un accordo sul caso. A. Liptak, *New Scrutiny of Judge's Most Controversial Case*, *The New York Times*, 5 giugno 2009.

delle enormi differenze, sia giuridiche che di contesto sociale, esistenti tra il sistema nordamericano e i sistemi europei. Anzitutto, le *affirmative actions* hanno costituito, negli Stati Uniti, uno strumento di risposta al gravissimo problema della discriminazione razziale, che merita certamente valutazioni autonome rispetto alla questione della discriminazione di genere, di cui più si discute in Europa. Inoltre, mentre le misure di favore trovano fondamento in Italia e nell'ordinamento comunitario nel principio di uguaglianza sostanziale sancito, rispettivamente, nel secondo comma dell'art. 3 Cost., e nell'art. 141, par. 4, Tce, la nascita della *affirmative action policy* si deve ad una faticosa (ed oscillante) evoluzione interpretativa del XIV Emendamento, originariamente - e letteralmente - finalizzato ad assicurare la sola uguaglianza formale⁷.

Non si trascuri che proprio sulla base di tale disposizione, fino agli anni '50, è stato ritenuto legittimo il ricorso al sistema del *separate but equal*⁸ e che fu solo grazie ad un coraggioso ripensamento della Corte Suprema che nel 1954, a Costituzione invariata, cominciò a sgretolarsi l'intero impianto della legislazione sulla segregazione razziale. Con la decisione *Brown v. Board of Education of Topeka*⁹ la Corte affermò, infatti, di non poter "portare le lancette dell'orologio indietro, nel 1868, anno di approvazione del XIV Emendamento" e di dover valutare in quel momento gli effetti, ritenuti discriminatori, della segregazione nelle scuole¹⁰.

Altro passaggio importante di questo percorso giurisprudenziale si è avuto a seguito dell'approvazione, nel 1964, del *Civil Right Act*, la legge federale che vietava, nei rapporti di lavoro, nell'accesso ai servizi pubblici, nell'istruzione e nell'esercizio del diritto di voto, discriminazioni basate su razza, colore della pelle, sesso, religione e nazionalità d'origine. Chiarendo la nozione di "discriminazione" la Corte giunse a sostenere che altrettanto lesivo del principio di uguaglianza fosse l'utilizzo di criteri di selezione che, seppur formalmente neutri rispetto alla razza, finivano per incidere negativamente sulle opportunità

⁷ La disposizione venne infatti approvata con l'intento di combattere quelle iniziative legislative volte a discriminare i neri a seguito dell'abolizione della schiavitù.

⁸ Il sistema fu da ultimo avallato dalla sentenza *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁹ 347 U.S. 483 (1954).

¹⁰ La Corte prese in realtà le mosse dal presupposto che non fosse possibile ricostruire con certezza le intenzioni con le quali venne adottato il XIV emendamento. Inoltre, nella pronuncia si insistette molto sulla circostanza che la segregazione in quel caso incideva su un diritto, quello all'istruzione, che costituisce il "fondamento stesso della convivenza civile". Si potrebbe, pertanto, ritenere che la Corte Suprema abbia voluto ridimensionare la portata della propria decisione, facendo leva sulla considerazione che gli effetti della segregazione fossero particolarmente gravi proprio in tale ambito: "strutture scolastiche separate sono sostanzialmente discriminatorie", perché ingenerano nello studente un sentimento di inferiorità che può riflettersi in modo irreversibile sulla sua personalità.

Sulla pronuncia si veda C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Riv. dir. cost.*, 2008, 12 e ss., secondo cui l'aver delimitato il principio enunciato al solo ambito scolastico faceva parte di una strategia della Corte, che in tal modo sperava di ottenere il maggior favore possibile nell'opinione pubblica attorno ad una decisione che certamente avrebbe diviso il Paese.

Con pronunce successive, la Corte Suprema ha esteso il divieto del *separate but equal* a tutti i settori pubblici; per una ricostruzione di tale giurisprudenza e per un'analisi del clima sociale e politico che determinò, nel dopoguerra, la coraggiosa iniziativa interpretativa della Corte si veda G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano, II, La Costituzione democratica*, Torino 2000, 76.

dei neri. L'enunciazione, nella sentenza *Grigg v. Duke Power Co* del 1971¹¹, del divieto di introdurre forme di discriminazione indiretta¹² pare costituire il presupposto teorico per la successiva affermazione della legittimità di misure di sostegno adottate nei confronti dei gruppi sociali svantaggiati. Già in questa pronuncia la Corte muove, infatti, dalla premessa che il legislatore intendeva garantire eguali opportunità ed agire sulle barriere che avevano in passato impedito il realizzarsi di tale obiettivo, avvantaggiando i bianchi a discapito dei neri. La *disparate impact theory* si posiziona concettualmente, dunque, sul crinale tra l'accezione formale e l'accezione sostanziale del principio di uguaglianza, pur rimanendo riferibile, da un punto di vista logico, alla prima di esse¹³.

Sotto questo punto di vista, anche in Italia, sebbene il divieto di discriminazione indiretta trovi fondamento nel primo comma dell'art. 3 Cost.¹⁴, esso sembra costituire il 'punto più avanzato' dell'interpretazione del principio di uguaglianza formale¹⁵. La Corte costituzionale, dichiarando illegittima la norma che prevedeva, in modo indifferenziato per uomini e donne, una statura minima per l'accesso alla carriera direttiva nel servizio antincendi, ha affermato infatti che il comma secondo dell'art. 3 Cost. "oltre a stabilire un autonomo principio di uguaglianza "sostanziale" (...) esprime un criterio interpretativo che si riflette anche sulla latitudine e sull'attuazione da dare al principio di uguaglianza "formale", nel senso che ne qualifica la garanzia in relazione ai risultati effettivi

¹¹ 401 U.S. 424 (1971). Nella sentenza la Corte afferma che il CRA vieta non solo esplicite discriminazioni, ma anche "practices that are fair in form, but discriminatory in operation"; ciò a meno che il datore di lavoro non provi l'esistenza di una stretta connessione tra l'utilizzo di tali criteri di selezione e la prestazione lavorativa richiesta (la c.d. *business necessity*, che importa un'inversione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro).

Ma, su quest'ultimo profilo, si veda anche *Washington v. Davis* del 1974, in cui viene enunciato il diverso principio secondo cui il soggetto che ritiene di essere stato discriminato deve dimostrare che tale fosse l'intento perseguito dal datore di lavoro (o dal legislatore).

¹² Divieto espressamente sancito dal legislatore solo col *Civil Right Act* del 1991.

¹³ Secondo 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 uguaglianza di opportunità". Pur segnalando la non univocità della giurisprudenza costituzionale statunitense, D. STRAZZARI, op. cit., 175 parla di un possibile "collegamento funzionale della *disparate impact theory* con gli strumenti di uguaglianza sostanziale".

¹⁴ A ritenere, invece, il divieto di discriminazioni indirette espressione del principio di uguaglianza in senso sostanziale, M. V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenze nel diritto del lavoro. Note introduttive*, in *Lavoro e diritto*, 2004, 501

¹⁵ Osserva O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sopranazionale*, www.forumcostituzionale.it, che una volta elaborato il concetto di discriminazione indiretta, il passo da una tutela negativa al ricorso a trattamenti preferenziali è breve. Difatti, con riferimento alla giurisprudenza comunitaria, ritenuta fortemente influenzata da quella statunitense sul *disparate impact*, l'A. sostiene che "Il concetto di discriminazione indiretta, [...] sfidando il dogma del fondamento individualistico e neutrale della tutela antidiscriminatoria, non solo si basa su una comparazione tra gruppi (e non tra individui) assunta a fondamento per stabilire una situazione, *prima facie*, di discriminazione, ma altresì, nell'accertamento di una tale forma di discriminazione, acquista una rilevanza fondamentale l'attenzione attribuita, sul piano degli effetti, all'impatto sostanzialmente ineguale, a prescindere da una precisa volontà in questo senso, che una legislazione formalmente (nella sua formulazione linguistica) rispettosa del principio di uguaglianza è in grado di produrre nella realtà di fatto".

prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita”¹⁶. Come autorevolmente sostenuto in dottrina, la differenza tra discriminazione indiretta e azione positiva consiste, dunque, nella circostanza che la prima si risolve in un divieto, la seconda comporta un *facere*¹⁷, rientrando nell’ambito delle tematiche afferenti all’uguaglianza sostanzialmente intesa.

3. Segue: ammissibilità delle *affirmative actions* e volontà di non rinunciare ad un’accezione individualistica del principio di uguaglianza. Ovvero, gli equilibrismi della Corte Suprema ...

Nell’ambito di una Costituzione di ispirazione liberale quale è quella degli Stati Uniti d’America, la comparsa delle prime *affirmative actions* venne giustificata - e diversamente non avrebbe potuto essere - per la necessità di rimediare a passate discriminazioni, concretamente realizzatesi¹⁸, non dunque per attuare un’equa distribuzione delle risorse disponibili. Il Titolo VII del *Civil Right Act* prevedeva, infatti, che un giudice, accertata la violazione delle norme antidiscriminatorie, potesse imporre, all’autore dell’infrazione, di adottare le misure di favore ritenute necessarie a correggere e risarcire gli effetti delle discriminazioni perpetrate. Si trattò inizialmente, dunque, di azioni positive imposte dalle autorità giurisdizionali.

Negli anni '70 fecero invece per la prima volta ingresso nell’ordinamento statunitense *affirmative actions* previste legislativamente e programmi di favore adottati volontariamente da soggetti privati¹⁹, che in tal modo avrebbero evitato il rischio di azioni giudiziarie.

Immediatamente, nella società e negli ambiti dottrinali, cominciarono a delinearsi le diverse e contrapposte teorie sul rapporto tra tali misure e il principio di uguaglianza. Da una parte vi erano coloro che, muovendo dalla convinzione che l’approccio della Costituzione fosse neutro rispetto alla razza (*color blind*), ritenevano l’*equal protection clause* espressione di uguaglianza esclusivamente formale ed individuale. La considerazione del colore della pelle nei programmi di favore produceva, dunque, l’effetto di una *reverse discrimination*, avvantaggiando alcuni individui solo in quanto appartenenti ad un gruppo. Dall’altra parte, vi era l’idea che la Costituzione degli Stati Uniti non escludesse in assoluto distinzioni basate sulla razza e che questa consapevolezza (*color conscious*) giustificasse il ricorso a misure intese a porre rimedio agli effetti delle passate discriminazioni sui neri.

¹⁶ Sent. Corte cost. n. 163 del 1993, in *Giur.cost.* 1993, 1189.

¹⁷ M. AINIS, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.* 1992, 594 e ss.

¹⁸ In realtà la politica delle azioni positive si sviluppò prima di tutto a livello amministrativo, con l’approvazione, nel 1961, dell’executive order n. 10925 del Presidente *Kennedy*. Tuttavia, pur parlando espressamente di *affirmative actions*, questi decreti si limitavano ad una mera ripetizione del 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*”).

¹⁹ Il *Civil Right Act* stabiliva che al datore di lavoro privato, per ragioni di tutela della libertà di impresa, non potesse essere imposto per legge di adottare trattamenti preferenziali a favore di un gruppo al fine di garantire un equilibrio razziale

In realtà, la teoria della *color blindness* ha la propria origine giudiziaria in un'opinione dissenziente resa nel giudizio *Plessy v. Ferguson*. Il Giudice Harlan, contrario alla maggioranza che aveva ritenuto conforme al principio di uguaglianza la legge della Louisiana che sulla linea ferroviaria aveva riservato a bianchi e neri carrozze distinte, affermò che la Costituzione americana è “cieca rispetto alla razza” e che essa non tollera nessuna forma di classificazione dei propri cittadini. La regola della ‘separazione’ non trattava equamente bianchi e neri, perché il chiaro intento del legislatore era di escludere le persone di colore dalle carrozze in cui sedevano i bianchi (e non certamente l'inverso).

La teoria, dunque, che nasce con l'obiettivo di smantellare il sistema discriminatorio della segregazione, fu successivamente fatta propria dai sostenitori dell'idea che neanche al fine di compensare passate discriminazioni subite dai neri il XIV emendamento potesse ‘prestarsi’ a legittimare l'uso della razza come fattore distintivo nel godimento dei diritti²⁰.

La prima pronuncia della Corte Suprema in materia è, come noto, *Regents of the University of California v. Bakke* del 1978²¹, emblematica della spaccatura provocata nella società dalle *affirmative actions*. Il programma adottato dall'Università della California - che riservava ai membri delle minoranze razziali una quota dei posti a disposizione (16 su 100) - fu dichiarato illegittimo solo grazie all'appoggio del Giudice *Powell*²², il quale, pur muovendo da un'interpretazione strettamente formale dell'*equal protection clause*²³, lasciava intendere che non ogni misura di favore sarebbe stata ritenuta inammissibile, a condizione che essa fosse in grado di superare positivamente uno *strict*

²⁰ Per un'analisi delle due opposte teorie cfr. K. THOMAS, *Legge, razza e diritti: Critical Race Theory e politica del diritto negli Stati Uniti*, in *Legge, razza e diritti*, cit., 183 e ss. L'A. mette in rilievo come nella pronuncia *Brown*, pur nel tentativo di circoscriverne gli effetti e di non smentire esplicitamente il proprio precedente *Plessy*, la Corte abbia di fatto avallato l'interpretazione del Giudice Harlan, dando veste autorevole all'impostazione di cui successivamente sarebbero stati i più forti sostenitori i Giudici Scalia e Thomas. Secondo il primo, in particolare, la Costituzione americana non conosce il concetto di ‘razza creditrice’ e ‘razza debitrice’ e, quindi, per quanto innegabile che chi sia stato ingiustamente discriminato debba essere compensato, la persona deve essere considerata come individuo e non come membro di un gruppo. Cfr. *Adarand Constructors Inc. v. Peña, Secretary of Transportation* - [515 U.S. 200 \(1995\)](#), *infra*.

Diversamente, secondo R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 299, 301, l'affermazione per cui la Costituzione non guarderebbe al colore della pelle “significa naturalmente proprio l'opposto di ciò che dice, e cioè che la Costituzione è così sensibile al colore che rende ogni classificazione razziale nulla dal punto di vista giuridico”.

²¹ 438 U.S. 265 (1978). Nel precedente e simile caso *De Funis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974), la Corte non si era pronunciata nel merito della questione.

²² Per l'assenza di un'omogenea opinione di maggioranza, la pronuncia è stata definita in dottrina una “non decisione”. Cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate del caso nordamericano*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 1984, 300. Per un'analisi dell'istituto dell'opinione concorrente e dissenziente si veda M. D'AMICO, *Riflessioni sul ruolo della motivazione nella Corte Suprema statunitense*, in *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale* (atti del Seminario di Messina, 7-8 maggio 1993), a cura di A. Ruggeri, Torino, 1994, 68, che sottolinea come il ricorso a questi strumenti dia luogo a motivazioni che diventano “specchio delle diverse visioni della società e del diritto costituzionale”.

²³ Citando dei precedenti, *Powell* ricorda che “La garanzia dell'uguaglianza non può significare una cosa quando applicata a un individuo e altro quando applicata a una persona di un altro colore”; e ancora: “il diritto introdotto dal XIV emendamento è, per definizione, garantito all'individuo”.

*scrutiny test*²⁴. Al legislatore era richiesto di soddisfare due diverse esigenze: che la disciplina introdotta fosse preordinata a realizzare un *compelling government interest* (individuato, nel caso specifico, nella garanzia della diversità del corpo studentesco) e che i mezzi predisposti fossero idonei e proporzionati al conseguimento del risultato²⁵.

In dottrina si è sostenuto che con l'adozione di questo canone di giudizio la Corte Suprema si sarebbe aperta ad una visione distributiva delle *affirmative actions*²⁶.

A ben guardare, la richiesta di un *compelling interest* potrebbe trovare spiegazione nella difficoltà per la Corte di asserire che i destinatari dei programmi di favore e gli esclusi corrispondano effettivamente ai soggetti discriminati e a quelli responsabili delle condotte discriminatorie. Anche qualora si aderisca all'impostazione del Giudice Brennan, secondo cui i candidati di colore della *Davis Medical School* sarebbero i soggetti effettivamente danneggiati, poiché, svantaggiati nei livelli scolastici inferiori, sarebbe stata loro negata la possibilità di acquisire gli strumenti necessari per competere alla pari alle selezioni universitarie, difficilmente superabile è l'obiezione, rilevata nell'opinione di *Powell*, riguardante le c.d. 'vittime innocenti', i soggetti che, non colpevoli delle discriminazioni, vengono ingiustamente danneggiati dalle *affirmative actions*²⁷.

Ulteriore requisito richiesto per superare lo stretto vaglio di costituzionalità - requisito ritenuto mancante nel programma adottato dall'Università della California - è, come anticipato, la natura non rigida della misura di favore

²⁴ Secondo il Giudice *Powell*, quindi, sulle *affirmative actions* graverebbe una presunzione di incostituzionalità.

²⁵ Cfr. S. NESPOR *Il caso Bakke: eguaglianza e accesso all'istruzione superiore in una recente decisione della Corte Suprema federale degli Stati Uniti*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1979, 224.

²⁶ Così M. V. BALLESTRERO, *Eguaglianza e differenza nel diritto del lavoro*, cit., 505.

²⁷ Secondo R. J. FISCUS, *The constitutional logic of affirmative action*, Durham and London, 1992, 13 e ss., le persone escluse dai benefici, pur non essendo direttamente responsabili delle discriminazioni perpetrate nei confronti dei neri, si sono avvantaggiate degli effetti del razzismo; i loro sono falsi meriti, perché costruiti sulla base di una competizione iniqua.

Diversa, come noto, l'impostazione di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 299, 300, secondo cui a giustificare gli effetti prodotti dalle politiche preferenziali nei confronti delle persone escluse da tali vantaggi è il beneficio che, nel lungo periodo, ne trae la società nel suo complesso. Con riferimento alla negata ammissione di *De Funis* alla *Law School* di *Washington*, l'A. sosteneva, infatti, che "se vi sono più giuristi di colore, aiuteranno a fornire migliori servizi legali alla comunità nera; e così ridurranno le tensioni sociali. Migliorerebbe ugualmente la qualità dell'istruzione legale di tutti gli studenti, soprattutto, avere un gran numero di studenti di colore in aula per poter discutere di determinati problemi sociali....lo svantaggio per i candidati come *De Funis* è un costo che deve essere pagato per un maggior vantaggio collettivo; è come lo svantaggio che studenti meno intelligenti pagano in sistemi di ammissione comuni".

Ancora differente la prospettiva assunta da altra parte della dottrina, che pur sostiene la legittimità dell'*affirmative action policy*. Secondo C. L. HARRIS - U. NARAYAN, *L'azione affermativa e il mito del trattamento preferenziale*, in *Legge, razza e diritti*, a cura di K. Thomas e G. Zanetti, Reggio Emilia, 2005, 174, le *affirmative actions* si giustificano perché 'controbilanciano' pratiche istituzionali che ordinariamente privilegiano gli interessi dei bianchi. Anche in questa impostazione viene, dunque, criticata l'idea che tali *policies* abbiano (e debbano avere) effetti compensativi. Non si tratta di 'stampelle' per individui resi zoppi dal razzismo, ma di strumenti attraverso cui si rimuovono gli ostacoli che rendono, oggi, più difficile per le persone di colore, le donne e i meno abbienti attraversare la strada. Ma proprio per questa ragione, la *diversity* istituzionale creata dall'*affirmative action policy* a vantaggio della collettività è un beneficio da considerarsi solo secondario.

introdotta. Secondo il Giudice costituzionale essa non può comportare l'automatica esclusione dei bianchi dalla competizione²⁸. Di qui la nota distinzione tra sistemi per quote e sistemi per *goals*²⁹, cui fa riferimento l'altrettanto nota distinzione tra uguaglianza nei punti di arrivo e uguaglianza nei punti di partenza. Un meccanismo per *goals* consente di considerare la razza non l'elemento decisivo per la scelta, ma un *plus*, uno dei criteri valutati ai fini della selezione, permettendo così di "considerare tutti gli elementi di diversità alla luce della particolare qualificazione di ciascun candidato"³⁰.

Nonostante quanto affermato nella sentenza *Bakke* sulla necessità che l'azione positiva abbia natura flessibile, la Corte Suprema giudicò successivamente legittimo il programma adottato da un datore di lavoro privato, in base al quale, nell'accesso ad un corso di specializzazione professionale, si sarebbero dovuti ammettere bianchi e neri in rapporto paritario; ciò fintanto che nell'azienda questi ultimi fossero risultati sottorappresentati (*United Steelworkers of America v. Weber*³¹). Trattandosi di soggetto privato, il parametro fu individuato nel divieto di discriminazione posto dal *Civil Right Act*; ciò che, presumibilmente, consentì anche alla Corte di non dover individuare uno stringente interesse statale diverso dalla necessità di riparare a passate discriminazioni. Sicuramente determinante per la decisione fu, inoltre, la temporaneità della misura introdotta. Essa avrebbe, infatti, cessato di operare non appena diminuita l'evidente situazione di squilibrio tra i lavoratori bianchi e quelli di colore. Va, inoltre, considerata, la minore gravità del pregiudizio arrecato ai lavoratori bianchi: intervenendo la misura nella fase di ammissione ad un corso di formazione, l'esclusione di un bianco non avrebbe comportato il venir meno della sua posizione lavorativa di partenza³².

Una evidente apertura della Corte Suprema alle *affirmative actions* si ebbe, senza dubbio, con la sentenza *Fullilove v. Klutznick* del 1980³³. Di notevole importanza è il passaggio della decisione, redatta dal Giudice *Burger*, secondo cui "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"³⁴. L'affermazione è

²⁸ Questi avrebbero potuto ambire, infatti, solo a 84 posti su 100.

²⁹ Per taluni non convincente. Si veda, a tal proposito, M. BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate del caso nordamericano*, cit., 302.

³⁰ Per l'individuazione di *affirmative actions* fondate sul modello dei *goals*, il Giudice fece espresso riferimento al sistema adottato dal College di Harvard, che sceglieva tra i candidati ritenuti meritevoli basandosi *anche* sulla razza.

³¹ [443 U.S. 193 \(1979\)](#).

³² Presumibilmente per l'identica - ma simmetrica - ragione fu ritenuto illegittimo, qualche anno dopo, un contratto collettivo che stabiliva che nei licenziamenti di insegnanti si sarebbe dovuto procedere, anzitutto, a quello dei bianchi. Cfr. *Wygant v. Jackson Board of Education*: 476 U.S. 267 (1986). Secondo il Giudice *Powell*, il fatto che la misura fosse stata adottata a seguito di una trattativa con i sindacati dei lavoratori non diminuiva l'effetto discriminatorio nei confronti dei soggetti licenziati, che avevano potuto esprimersi solo attraverso dei rappresentanti.

³³ 448 U.S. 448 (1980). In quella occasione i Giudici salvarono una legge del Congresso che imponeva agli Stati, in materia di lavori pubblici, di stipulare contratti con imprese che avessero a loro volta affidato almeno il 10% dei fondi a imprese controllate da soggetti appartenenti a minoranze razziali.

³⁴ Come fa notare A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova 2002, 172, la doppia negazione (letteralmente "non non permissibile"), preferita ad una chiara affermazione dell'ammissibilità di un onere a carico dei

importante per due ordini di ragione. Anzitutto, perché viene ulteriormente specificato uno dei requisiti di ammissibilità dei trattamenti di favore, ovvero la stretta adeguatezza (*narrow tailored*) di questi rispetto allo scopo perseguito; in secondo luogo, perché pare cominci ad essere presa in considerazione e superata - come vedremo solo temporaneamente - l'obiezione concernente le 'vittime innocenti', e, di conseguenza, la visione esclusivamente risarcitoria dell'*affirmative action policy*.

A confermare una nuova tendenza della Corte Suprema a non ritenere illegittime azioni positive che paiono 'ispirate' da una logica distributiva, è la sentenza *Johnson v. Transportation Agency Santa Clara County* del 1987³⁵. Il programma salvato dalla Corte, infatti, che consentiva di tenere in considerazione, "as one factor", il sesso del candidato per l'assunzione e la promozione nell'Agenzia dei trasporti, aveva lo scopo dichiarato di incrementare il numero di donne, in quanto fortemente sottorappresentate nell'organico e non corrispondenti alle percentuali riscontrabili nel mercato di lavoro locale³⁶.

A spiegare l'esito della pronuncia potrebbe, tuttavia, essere il diverso scrutinio utilizzato dalla Corte nei confronti delle misure *gender oriented*. In dottrina si è, infatti, osservato come la Corte Suprema sia stata "più generosa" nel giudicare trattamenti di favore nei confronti delle donne, applicando ad essi uno scrutinio cosiddetto intermedio, che richiede solo la sussistenza un *important public interest*³⁷. Secondo la dottrina, la ragione per cui le misure che favoriscono le donne sono considerate dalla Corte meno 'sospette' starebbe nel fatto che le *reverse discriminations* che ne conseguono non produrrebbero quella frattura sociale tipica delle *affirmative actions* orientate alla razza³⁸.

Tuttavia, nella decisione in commento non è chiarito espressamente quale tipo di sindacato sia stato applicato dalla Corte³⁹. Dall'analisi di altre pronunce sembra potersi dedurre che il Giudice costituzionale distingue tra misure *gender oriented* che si fondano su verificate condizioni di discriminazione e

soggetti non preferiti, è testimonianza dei dubbi interni alla Corte Suprema.

³⁵ [480 U. S. 616 \(1987\)](#).

³⁶ Secondo M. CAIELLI, *Le azioni positive*, cit., 210, è evidente l'influenza che ha avuto questa pronuncia sull'elaborazione giurisprudenziale comunitaria dei requisiti che rendono legittime le misure volte a favorire l'accesso delle donne ai luoghi di lavoro.

³⁷ Sulla distinzione tra *strict scrutiny* e *intermediate scrutiny* si veda A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, 4.

³⁸ G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit. 84. cfr., inoltre, E. PALICI DI SUINI, *Tra parità e differenza: dal voto alle donne alle quote elettorali*, Torino, 2004, 175.

³⁹ Non è stato mai precisato, dunque, se le classificazioni basate sulla razza e quelle basate sul genere possano essere assimilate in termini di 'sospetta incostituzionalità', così come non risulta chiaro fino in fondo se esistano discriminazioni "benigne" e discriminazioni illegittime. In questo senso M. BARBERA, *L'eccezione e la regola, ovvero l'eguaglianza come apologia dello status quo*, in *Donne in quota*, Milano 1999, 105. Su questo aspetto si veda anche M. ROSENFELD, *Affirmative actions and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, London, 1991, 198.

Quanto alla pronuncia richiamata di sicuro rilievo il fatto che, nella sua opinione dissenziale, il Giudice *Scalia* abbia contestato alla maggioranza di non aver considerato che, spesso, lo scarso accesso delle donne a certi lavori è frutto di una scelta e non di una discriminazione, così implicitamente suggerendo, se non l'utilizzo di un sindacato più severo, quantomeno di un sindacato identico a quello riservato alle azioni volte a favorire le minoranze razziali. per una ricostruzione della *dissenting opinion* del Giudice *Scalia* si veda M. V. BALLESTRERO, *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Una importante sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Lav. e Dir.*, 1988, 53. A commento della sentenza, definita "esemplare", si veda, inoltre, T. TREU, in *Lav. e Dir.*, 1988, 65.

trattamenti, ritenuti illegittimi, basati, invece, su mere “presunzioni” di svantaggio. Così, con la sentenza *Kahn v. Shevin* del 1974⁴⁰ è stata ritenuta legittima una legge del Florida che concedeva alle vedove, per le quali la perdita del coniuge si riteneva costituisse un onere enormemente più grave⁴¹, un’esonero sulla tassa di proprietà. Diversamente, la norma che escludeva l’obbligo, a carico delle donne, degli alimenti è stata dichiarata illegittima poiché espressione di una ‘presunzione’, frutto di “arcaiche generalizzazioni”, della dipendenza economica delle donne dai mariti (*Orr v. Orr*.⁴²).

Tornando allo scrutinio effettuato sulle *affirmative actions* volte a favorire le minoranze razziali, la dottrina ha individuato nella sentenza *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* del 1989⁴³, un “*constitutional turning point*”⁴⁴. Con questa pronuncia torna a riaffermarsi in modo rigoroso la logica risarcitoria sottesa alle azioni positive. Fu dichiarata, infatti, illegittima una misura predisposta dal Consiglio comunale di *Richmond* molto simile a quella ‘salvata’ nel caso *Fullilove*⁴⁵, sulla base della considerazione che non sarebbe stata dimostrabile la sussistenza di precedenti discriminazioni perpetrate nella città. È evidente che se le *affirmative actions* fossero state intese in chiave distributiva, le ricadute, purché proporzionali, su soggetti non personalmente colpevoli di discriminazioni, non avrebbe avuto peso nella valutazione della legittimità delle stesse.

Questi primi cenni di declino della *affirmative action policy* trovano conferma in *Adarand Constructors Inc. v. Peña, Secretary of Transportation* del 1995⁴⁶, la sentenza che si suppone abbia influenzato anche la decisione della Corte di Giustizia nel caso *Kalanke*⁴⁷.

La dichiarazione di incostituzionalità, in questo caso, assume poi un significato di ulteriore rilievo, posto che l’*affirmative action* era stata introdotta da una legge federale⁴⁸. Viene meno, dunque, nonostante il diverso avviso del Giudice Stevens, l’idea che nei confronti di leggi adottate dai rappresentanti della Nazione si debba applicare uno scrutinio meno severo⁴⁹.

⁴⁰ 416 U.S. 351 (1974).

⁴¹ Nell’opinione dissenziente, il Giudice Marshall ha, invece, ribadito la necessità di applicare un rigido scrutinio anche alle previsioni legislative che differenziano in base al sesso, dato che le classificazioni basate sul genere, così come quelle basate sulla razza, si incentrano su “immutabili caratteristiche sulle quali gli individui hanno poco o nessun controllo”.

⁴² 440 U.S. 268 (1979). Similmente, *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977). Sulla necessità della considerazione di una reale e oggettiva discriminazione subita dalle donne per la conformità a Costituzione delle misure *gender oriented*, si veda C. BARBATI, *Le “azioni positive” tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1993, 176.

⁴³ 488 U.S. 469 (1989).

⁴⁴ M. ROSENFELD, *Affirmative actions*, cit., 204.

⁴⁵ La norma imponeva alle imprese responsabili di opere pubbliche di subappaltare almeno il 30% dell’importo del contratto a *Minority Business Enterprises*, ovvero a imprese partecipate o controllate da almeno una certa percentuale di persone di colore, ispaniche, orientali, indiane, ecc.

⁴⁶ [515 U.S. 200 \(1995\)](#).

⁴⁷ Nelle sue conclusioni, l’Avvocato Generale Tesauro richiama espressamente la decisione della Corte Suprema.

⁴⁸ La norma prevedeva incentivi economici a favore di imprese contraenti con il Ministero dei trasporti nel caso in cui si avvalessero di aziende controllate prevalentemente da membri appartenenti a minoranze razziali.

Come accennato inizialmente, a completare il quadro giurisprudenziale in materia di azioni positive, vi sono due sentenze del 2003 relative ai programmi di ammissione adottati dall'Università del Michigan. Il primo di questi, ritenuto ammissibile (*Grutter v. Bollinger*), si limitava a prevedere che fosse presa in considerazione anche l'origine razziale del candidato. Secondo la Corte, la misura di favore era supportata da un *compelling public interest*, individuabile nella necessità di assicurare la diversità del corpo studentesco e di garantire, dunque, la presenza di una "critical mass". Sembra utile richiamare il passaggio della sentenza relativo a questo aspetto. La Corte afferma che, sebbene nella precedente decisione (*Crosby*) essa avesse lasciato intendere che interesse pubblico stringente fosse l'obiettivo di rimediare a precedenti discriminazioni subite dai neri, ciò non significa che a giustificare l'adozione di misure di favore non possa essere un altro obiettivo. Tale può ritenersi, come nel caso esaminato, la realizzazione di una presenza differenziata di studenti, idonea ad "abbattere gli stereotipi razziali", aumentando il livello della discussione di classe⁵⁰.

A parere della Corte, lo strumento utilizzato risultava, inoltre, del tutto adeguato al raggiungimento dell'obiettivo (*narrowly tailored*), in quanto "abbastanza flessibile per considerare gli elementi della diversità alla luce delle specifiche qualifiche di ciascun candidato"⁵¹.

Viceversa, il programma adottato dall'istituto universitario a partire dal 1999 per l'ammissione alla facoltà di Letteratura è stato ritenuto incostituzionale (*Gratz v. Bollinger*). L'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) costituiva, a parere della Corte, una misura rigida e non strettamente aderente all'obiettivo perseguito, poiché, rendendo decisivo per la selezione il fattore della razza, impediva di prendere in considerazione le caratteristiche individuali di ciascun candidato.

Nell'opinione resa dal Giudice *O'Connor* si rileva, inoltre, come la presenza di una Commissione per l'eventuale revisione delle candidature scartate non fosse sufficiente ad integrare il requisito del *narrow tailoring*. Da una parte, infatti, non tutte le candidature avrebbero potuto essere rivalutate dalla commissione; in secondo luogo, non vi era la certezza che il giudizio della stessa si basasse su valutazioni individualizzate⁵².

⁴⁹ Approccio che si ritiene abbia determinato l'esito positivo del caso *Fullilove* e che certamente ha indotto la Corte a considerare sufficiente a giustificare un programma approvato dal Congresso in materia di licenze televisive, la sussistenza di un 'rilevante' interesse statale, individuato nella necessità di assicurare una varietà di trasmissioni televisive (*Metro Broadcasting v. F.C.C.*, 497 U.S. 547 (1990)).

⁵⁰ Critica la scelta della Corte di fondare la legittimità della misura universitaria sulla libertà di manifestazione del pensiero e di insegnamento, piuttosto che su una chiara interpretazione del principio costituzionale di uguaglianza, M. CAIELLI, *Le azioni positive*, cit., 118, 119.

⁵¹ La Corte ha, inoltre, chiarito che non occorre, perché un'azione positiva possa considerarsi *narrow tailored* che essa costituisca l'unico rimedio utilizzabile per raggiungere l'obiettivo. L'aspetto è messo in luce da E. OLIVITO, *Corte Suprema e affirmative actions Policy: un sostegno insperato ma ambiguo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁵² Commenti critici alla sentenza sono stati svolti da E. OLIVITO, cit., secondo cui la Corte Suprema sembra abbia dimenticato che la ragione per cui occorrono misure di favore per le minoranze razziali non sta tanto nella necessità di garantire la diversità del corpo studentesco, quanto, e ancor prima, nella necessità di rimediare alle discriminazioni che hanno impedito e che impediscono tutt'ora a ciascuno di

Come anticipato, secondo numerosi osservatori la Corte sarebbe attualmente meno propensa a giustificare l'adozione di *affirmative actions* e, più in generale, di provvedimenti che assumono la razza quale fattore rilevante. In un recente caso ha, infatti, ritenuto necessario applicare uno *strict scrutiny test* sebbene non in presenza di un programma volto ad avvantaggiare direttamente gli appartenenti a minoranze razziali. In ragione di tale presupposto, la Corte è dunque giunta a considerare illegittima la previsione, nei distretti scolastici di *Seattle* e *Jefferson County*, di un meccanismo di distribuzione degli studenti che teneva conto del fattore razziale (*Parents involved in Community Schools v. Seattle School District n. 1*)⁵³.

Anche se l'obiettivo perseguito dai due distretti era di garantire l'eterogeneità del corpo studentesco, la Corte non considera le misure in esame equiparabili al programma dell'Università del *Michigan* salvato nella precedente *Grutter v. Bollinger*. In quel caso, infatti, l'intento non era di realizzare un'equilibrata presenza di bianchi e 'non bianchi', essendo stati presi in considerazione "tutti gli elementi che [avrebbero potuto] contribuire alla diversità del corpo studentesco" (l'aver vissuto per molto tempo all'estero, conoscere altre lingue, l'aver dovuto far fronte a difficoltà economiche o di natura personale, ecc.). Al contrario, il programma in esame "adotta solo una nozione limitata di 'diversità'". Dunque, l'obiettivo perseguito è unicamente di realizzare un equilibrio razziale, obiettivo che non è mai stato ritenuto dalla Corte di per sé meritevole di tutela⁵⁴.

A parere di chi scrive condivisibile è l'opinione secondo cui la Corte Suprema avrebbe assunto in questa occasione un'impostazione eccessivamente rigida, dimostrandosi scarsamente attenta a cogliere le somiglianze con i propri precedenti in materia di segregazione razziale⁵⁵. Il danno, messo in rilievo in *Brown v. Board of Education of Topeka*, che quel sistema è in grado di procurare agli studenti di colore, ingenerando in loro un senso di inferiorità, non viene infatti ritenuto decisivo in questa recente pronuncia, nonostante la misura fosse volta proprio ad evitare che si ricreasse, di fatto, una situazione di segregazione razziale.

4. Tentativi di comparazione e considerazioni conclusive, anche alla luce della recente sentenza Ricci v. DeStefano

Questo recente approdo giurisprudenziale consente di tentare qualche conclusiva considerazione, anche comparatistica, sul concetto di rigidità, che, come si è visto, determina l'incompatibilità delle *affirmative actions* con l'*equal*

accedere alle scuole più prestigiose d'America.

⁵³ 551 U.S. ___ 2007.

⁵⁴ Per la Corte è inoltre chiaro che la classificazione razziale operata non soddisfa l'ulteriore requisito richiesto per considerare legittime misure di questo tipo. Il programma di collocazione degli studenti non era, infatti, strettamente finalizzato a raggiungere l'obiettivo prefissato, non essendo tra l'altro stati presi in considerazione metodi alternativi.

⁵⁵ Osserva correttamente M. CAIELLI, *Le azioni positive*, cit., 127, 128 che in *Brown v. Board of Education* del 1954, la Corte aveva motivato il giudizio di illegittimità della segregazione nelle scuole mettendo in rilievo gli effetti nocivi che l'isolamento razziale può avere sulla psiche dei membri delle minoranze.

protection clause. Per fare ciò, occorre guardare agli effetti che l'azione positiva determina non solo in capo ai soggetti che ne traggono vantaggio, ma anche a quelli non favoriti. Così, è da ritenersi rigida, e dunque illegittima, la misura di favore che, attribuendo automaticamente il risultato ai primi, esclude dalla competizione i secondi. Tali, indubbiamente, gli effetti dei sistemi di quote. Meno chiara, invece, almeno prima della sentenza *Gratz*, la 'posizione' costituzionale dei programmi che si limitano ad attribuire un vantaggio predeterminato ai membri dei gruppi deboli, ciò al fine di innalzarne la soglia di partenza nella competizione. Significativa, su questo aspetto, l'opinione dissenziente del Giudice *Souter*, il quale si oppone all'accostamento operato dalla Corte Suprema tra tali misure e un sistema per quote; le prime non precluderebbero, infatti, la competizione dei candidati non favoriti⁵⁶.

Tuttavia, va considerato che, sebbene un simile sistema non escluda a priori i bianchi dalla competizione, esso potrebbe comportare, nella selezione, la prevalenza di un soggetto meno qualificato. Se si adotta la prospettiva degli individui non favoriti, prospettiva irrinunciabile in un ordinamento in cui le azioni positive hanno funzione risarcitoria, questo tipo di misura rischia, allora, di incidere sulle aspettative dei soggetti non favoriti più negativamente di quanto non faccia un sistema per quote.

I concetti di flessibilità e rigidità, di uguaglianza nei punti di partenza e di punti di arrivo potrebbero avere, invece, diversa considerazione in sistemi in cui trova esplicita enunciazione il principio di uguaglianza sostanziale. Anche in Italia, tuttavia, la Corte costituzionale, definendo le azioni positive "il più potente strumento a disposizione del legislatore, che, nel rispetto della libertà e dell'autonomia dei singoli individui, *tende a innalzare la soglia di partenza* per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate"⁵⁷, ha escluso l'ammissibilità di misure di favore orientate al risultato⁵⁸. Coerenti con questa impostazione sono le più recenti pronunce in materia di 'quote' elettorali⁵⁹. In particolare, nella sent. n. 422 del 1995⁶⁰, la Corte ha affermato che simili meccanismi, oltre ad incidere illegittimamente su un diritto (quello all'elettorato passivo) garantito a tutti senza distinzione di sesso, non sarebbe comunque coerenti con gli intendimenti del secondo comma dell'art. 3 Cost.⁶¹, norma che, finalizzata alla "rimozione" degli ostacoli alla realizzazione dell'uguaglianza, non

⁵⁶ Inoltre, il Giudice *Souter* sottolinea come l'attribuzione di 20 punti non costituisce qualcosa di diverso dagli altri elementi considerati nella selezione. Soggetti non facenti parte di minoranze razziali potrebbero, infatti, ricevere 20 punti per l'abilità atletica, per la valutazione di svantaggi socio-economici, o per il fatto di essere residenti nel *Michigan*. Non si può dire, dunque, che la razza costituisca un fattore decisivo.

⁵⁷ Sent. Corte cost. n. 109 del 1993, in *Giur. cost.* 1993, 873. La Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla legge che introduceva "azioni positive per l'imprenditoria femminile".

⁵⁸ Sulla distinzione tra uguaglianza nei punti di partenza e uguaglianza nei punti di arrivo si veda A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, Chieti, 1984, 104. Contesta il rigore di questa contrapposizione A. D'ALOIA, *Le "quote elettorali" in favore delle donne: il "nuovo" contesto costituzionale e il "precedente" n. 422 del 1995*, in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino 2003, 59

⁵⁹ Sentt. nn. 422 del 1995 e 49 del 2003. Per un approfondimento delle pronunce in tema di rappresentanza politica di genere si rinvia a M. D'AMICO, A. CONCARO, *Donne e istituzioni politiche. Analisi critica e materiali di approfondimento*, Torino 2006, 29 e ss. e a G. BRUNELLI, *Donne e politica*, Bologna 2006, 47 e ss.

⁶⁰ in *Giur. cost.*, 1995, 3255.

consente l'adozione di provvedimenti determinanti l'attribuzione diretta di un risultato⁶².

Quando, invece, la Corte è parsa propensa ad ammettere misure maggiormente incisive, appunto *result oriented*, lo ha fatto per la rilevanza assunta nei casi specifici da altri parametri costituzionali. Così, è stata ritenuta legittima la norma che, nei concorsi per incarichi direttivi negli enti pubblici, prevedeva l'assunzione obbligatoria degli invalidi di guerra risultati idonei, fino al raggiungimento di una percentuale pari al 15 per cento di posti nell'organico; secondo la Corte, infatti, la previsione era "diretta ad assolvere un onere e un compito della collettività al fine di consentire a detti beneficiari, in base a condizioni e criteri prestabiliti, un più agevole reperimento di una occupazione", in ossequio agli artt. 38 e 4 Cost.⁶³

Il sindacato di legittimità delle azioni positive, oltre a rilevare la presenza dei necessari requisiti di giustificazione, irretroattività, transitorietà, gradualità e ragionevolezza⁶⁴, varia, dunque, a seconda della categoria 'protetta' e dei diversi parametri costituzionali che entrano di volta in volta in considerazione nella valutazione.

Così, in materia di rappresentanza politica, l'art. 51 Cost. escluderebbe completamente qualsiasi distinzione basata sul sesso; la norma è volta, infatti, nell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale, a garantire l'*assoluta eguaglianza* nell'accesso alle cariche elettive. Sulla questione occorrerà, ovviamente, valutare gli effetti della riforma dell'art. 51 Cost. introdotta con la legge costituzionale n. 1 del 2003⁶⁵. Qui non è possibile approfondire il tema; dato il taglio comparatistico adottato, ci si limita a segnalare come, negli Stati Uniti, le *affirmative actions* non trovino ingresso in materia elettorale. Le misure adottate per favorire la rappresentanza politica delle minoranze razziali, attraverso una 'correzione' degli ambiti territoriali che definiscono le

⁶¹ In dottrina si è parlato a proposito di una "doppia incostituzionalità". Così A. D'ALOIA, *Le "quote elettorali" in favore delle donne*, cit., 54.

⁶² Ma, per una ricognizione dei modelli 'forti' di uguaglianza sostanziale a tutela delle minoranze linguistiche e sulla relativa giurisprudenza costituzionale, cfr. A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale*, cit., 402 e ss.

Sulla sentenza n. 422 del 1995, cfr. il commento adesivo di G. BRUNELLI, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità conseguenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, in *Giur. cost.* 1995, 3275, secondo cui la Corte, nella sua ostilità verso le azioni positive forti, si sarebbe 'allineata' all'orientamento della Corte Suprema e della Corte di Giustizia.

⁶³ La Corte ha giudicato illegittima, inoltre, una disposizione che si limitava a *facilitare* e non ad *assicurare* la frequenza dei disabili a tutti i livelli scolastici. Sentt. Corte cost. nn. 88 del 1998, in *Giur. cost.*, 1998, 815, e 215 del 1987, ivi, 1987, 1615.

⁶⁴ Sui requisiti di ammissibilità (giustificazione, irretroattività, transitorietà, gradualità, ragionevolezza) delle azioni positive si rinvia a M. AINIS, *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quad. cost.*, 1999, 368 e ss. Anche in materia di rappresentanza politica, ritiene che la misura 'drastica' delle quote potrebbe essere adottata solo in quanto misura transitoria R. BIN, *Donne e autoreferenzialità della politica*, www.forumcostituzionale.it.

⁶⁵ Sulle diverse interpretazioni riguardanti la portata innovativa della riforma dell'art. 51 Cost., si veda M. D'AMICO, A. CONCARO, cit., 42 e ss. Cfr. ord. Corte cost. n. 39 del 2005 per la prima interpretazione datane dal Giudice costituzionale.

circoscrizioni elettorali, sono ormai ritenute illegittime dalla Corte Suprema, in nome del principio “*one person, one vote*”⁶⁶.

A livello comunitario, la Corte di Giustizia sembra aver fatto valere rigorosamente la distinzione tra parità nei punti di partenza e parità nei punti di arrivo, ritenendo illegittimi interventi legislativi che, volti a riequilibrare la presenza di donne e uomini negli ambiti lavorativi, attribuiscono automaticamente alle prime, a parità di qualifica, l'assunzione⁶⁷. Viceversa, sono stati ammessi simili meccanismi di preferenza quando la norma che ne imponeva l'adozione ha previsto la possibilità di derogarvi nel caso sussistano ragioni di preferenza del candidato uomo⁶⁸. È evidente l'influenza esercitata dalla giurisprudenza statunitense su tale impostazione⁶⁹. Tuttavia, occorre ricordare che il diritto comunitario dà espresso ingresso, in ambito lavorativo, al principio di uguaglianza sostanziale. L'art. 141, par. 4, Tce consente, infatti, agli Stati membri di adottare misure “che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali”⁷⁰. L'interpretazione data dalla Corte di Giustizia delle azioni positive, ritenute deroghe al principio di uguaglianza formale, è, dunque, piuttosto restrittiva, nonostante simili meccanismi di preferenza automatica paiano compromettere la posizione dei soggetti non favoriti meno di quanto lo facciano sistemi per quote o per attribuzione differenziata di punteggi di partenza.

D'altra parte, la necessaria previsione di una clausola di flessibilità può suscitare qualche perplessità. Il rischio è che attraverso il suo utilizzo si finiscano per recuperare i criteri di valutazione notoriamente discriminatori per le donne⁷¹. Da questo punto di vista può essere apprezzato il fatto che nel caso *Badeck* il Governo del *Land Assia*, richiesto di specificare le ragioni di una

⁶⁶ Cfr. *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993), su cui M. A. ROGOFF, *La recente giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Dir. soc.*, 1996, 135; *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996). In quest'ultimo caso, al vaglio della Corte fu sottoposta la previsione di una circoscrizione dello Stato della Carolina disegnata in modo particolarmente insolito (si trattava di una circoscrizione molto lunga e stretta e che seguiva un percorso chiaramente ordinato ad includere concentrazioni territoriali di abitanti di colore); similmente congegnate le tre circoscrizioni dello Stato del Texas valutate dalla Corte nel caso *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952 (1996). Per un'analisi delle pronunce del 1996 cfr. M. A. ROGOFF, *Il problema della rappresentanza dei gruppi di minoranza in un sistema elettorale maggioritario: la recente giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Dir. soc.*, 1998, 659. L'A. sottolinea come sebbene la Corte abbia ammesso in linea teorica che la razza possa costituire un fattore preso in considerazione dal legislatore nella definizione dei contorni della circoscrizione, di fatto abbia poi ritenuto illegittime tutte le iniziative volte ad incrementare, attraverso il meccanismo del *gerrymandering*, le possibilità di rappresentanza delle minoranze razziali.

⁶⁷ Corte di giustizia, sent. 17 ottobre 1995, C-450/93.

⁶⁸ Corte di giustizia, sent. 11 novembre 1997, C-409/95; sent. 20 marzo 2000, C-158/97.

⁶⁹ Secondo M. CAIELLI, *Le azioni positive*, cit., 208 quello percorso dalla Corte di Giustizia sarebbe, proprio per questa influenza, “un cammino particolarmente agevole, in quanto parzialmente già tracciato dalla Corte Sprema americana”.

⁷⁰ Più in generale, l'art. 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea afferma che “il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato”. Si ricorda che l'eventuale entrata in vigore del Trattato di Lisbona comporterebbe l'acquisizione, da parte della Carta, del medesimo rango dei Trattati comunitari.

⁷¹ L. RONCHETTI, *Uguaglianza sostanziale, azioni positive e Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunitario*, 1999, 990.

deroga al criterio della preferenza automatica a favore delle donne, abbia indicato l'eventuale prevalenza di interessi superiori, come, ad esempio, la candidatura di soggetti affetti da menomazione grave o di persone disoccupate da lungo periodo. È condivisibile, pertanto, la riflessione di chi ritiene che la previsione di una clausola di flessibilità operi per permettere che siano prese in considerazione situazioni di tutela altrettanto rilevanti rispetto all'interesse che giustifica l'automatica selezione del candidato appartenente al sesso sottorappresentato⁷²; è, inoltre, auspicabile che l'utilizzo di tali criteri derogatori, da parte del datore di lavoro, sia trasparente⁷³.

Quanto all'influenza esercitata dalla giurisprudenza della Corte Suprema è evidente che se dell'esperienza nordamericana verranno messi in primo piano i limiti che l'*affirmative action policy* ha recentemente mostrato, ciò indubbiamente potrebbe ostacolare un'apertura della giurisprudenza comunitaria alle azioni positive c.d. 'forti'. In sostanza, se le istanze della popolazione americana, avallate dalla giurisprudenza della Corte, dovessero 'premiare' l'idea che le persone non possono essere valutate come membri di un gruppo ma esclusivamente quali individui, questo potrebbe influenzare anche il processo di definizione, da parte della Corte di Giustizia, dei limiti che incontrano gli Stati membri nell'implementazione delle azioni positive.

Un peso non irrilevante in questo senso potrebbe avere la recente decisione della Corte Suprema sul caso Ricci v. DeStefano. Una ristretta maggioranza (5 Giudici contro 4 dissenzienti) il 29 giugno 2009 ha dichiarato illegittima, per violazione del Titolo VII del *Civil Right Act*, la decisione con la quale la Città di *New Haven* ha rifiutato di convalidare un test utilizzato per procedere alla promozione di alcuni pompieri.

All'esito delle prove, infatti, quasi tutti i vincitori del concorso erano risultati persone di razza bianca. Per il timore di essere chiamata a rispondere di discriminazione indiretta, la città di *New Haven* aveva per ciò ritenuto necessario non convalidare le prove, bloccando la promozione a comandante e luogotenente dei classificati nelle posizioni utili.

Il ricorso dei pompieri vincitori venne rigettato - sia in primo sia in secondo grado - sulla base della constatazione che "la ragione per la quale ci si era rifiutati di procedere alle promozioni a seguito di un test con un *racially disparate impact* non rappresenta, per la legge, intento discriminatorio".

Ribaltando tale assunto, la Corte Suprema, nella sua opinione redatta dal Giudice *Kennedy*, ritiene tuttavia necessario attenuare quelle che definisce le impostazioni troppo rigide sia delle autorità resistenti sia dei pompieri ricorrenti. Il CRA non può, infatti, essere interpretato nel senso che a un datore di lavoro non possa mai essere consentito adottare provvedimenti basati sul fattore razziale, neanche se giustificati dalla consapevolezza di aver violato, con proprie precedenti pratiche, la previsione legislativa che vieta le discriminazioni

⁷² A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., 350.

⁷³ Sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia sia consentito rinviare a M. D'AMICO, S. LEONE, *La rappresentanza politica "femminile" in Italia e in Europa*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, 478 e ss.; e da ultimo M. D'AMICO, *I diritti contesi*, Milano 2008, 126; cfr., da ultimo, S. SCARPONI, E. STENICO, *Le azioni positive: le disposizioni comunitarie, le luci e le ombre della legislazione italiana*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. Barbera, Milano, 2007, 429.

indirette. D'altra parte, la Corte nega però che sia sufficiente a fondare la legittimità dell'annullamento delle prove la constatazione che, di fatto, esse abbiano dato risultati sproporzionati: infatti, "quando il Congresso ha codificato il divieto di discriminazione indiretta nel 1991, non ha introdotto un'eccezione alla responsabilità per discriminazione diretta nell'ipotesi in cui la condotta miri, in buona fede, all'osservanza della nuova previsione normativa".

Un aspetto rilevante della pronuncia è che al fine di stabilire quale criterio utilizzare per risolvere la questione sottoposta, la Corte decide di fare riferimento a propri precedenti riguardanti l'ammissibilità di *affirmative actions*. La similitudine tra le fattispecie deriverebbe dalla constatazione che, in entrambe le ipotesi, i provvedimenti presi in esame sarebbero volti a rimediare a precedenti discriminazioni. Per tale ragione, la Corte afferma di essere tenuta ad applicare lo *strong-basis-in-evidence standard*, che richiede la sussistenza di elementi molto forti a dimostrazione della circostanza che qualora l'autorità amministrativa non avesse provveduto ad annullare il test sarebbe incorsa in una responsabilità per discriminazione indiretta. Sebbene la Città di *New Haven* si sia trovata di fronte ad un caso a prima vista qualificabile come *disparate impact*, avrebbe dovuto valutare, prima di procedere ad assumere l'iniziativa in contestazione, che il test non rispondesse ad una *business necessity*⁷⁴ e di non aver preso in considerazione altre ed equivalenti modalità di valutazione in grado di evitare effetti discriminatori⁷⁵. Il timore di un'azione giudiziaria a proprio carico, invece, non giustifica il provvedimento adottato.

Al di là della discutibile equiparazione tra un comportamento dettato dalla volontà di rimediare ad una presunta violazione del divieto di discriminazione indiretta e i programmi di *affirmative actions*⁷⁶, un altro aspetto che merita sottolineatura è la scelta della Corte di non pronunciarsi sulla compatibilità tra la

⁷⁴ Quanto alla *business necessity*, si consideri che anche la Corte costituzionale italiana ha utilizzato un simile criterio per giudicare della legittimità di discipline normative che, sebbene formulate in modo neutro rispetto al genere, finivano per discriminare le donne. Nella già citata sent. n. 163 del 1993, la Corte ha infatti asserito che occorre avere riguardo alla "proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata".

⁷⁵ In *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976), precedente non citato però dalla Corte, essa aveva dovuto verificare se costituisse discriminazione indiretta l'adozione, da parte della Polizia del Distretto della Columbia, di un test per l'assunzione di ufficiali poliziotti, che, secondo i ricorrenti, aveva discriminato i membri delle minoranze razziali. Delle persone che avevano superato l'esame solo una percentuale molto bassa apparteneva infatti alla popolazione di colore.

La Corte afferma che il mero dato numerico, senza l'ulteriore dimostrazione che l'intento fosse di discriminare i neri, una legge o un atto amministrativo non possono essere considerato illegittimi.

Da tale impostazione, D. STRAZZARI, cit., 150, 151 osserva che "la nozione di discriminazione indiretta, o *disparate impact*, non assume da un punto di vista concettuale un'autonoma rilevanza, quale modalità indipendente e distinta di estrinsecazione della discriminazione. Essa, piuttosto, nell'esperienza costituzionale americana appare funzionale proprio alla individuazione della discriminazione diretta, nel senso che una situazione di sproporzione etnica può al più valere come indirizzo, più o meno grave, della sussistenza di un comportamento volutamente discriminatorio".

⁷⁶ che ha condotto il Giudice *Ginsburg*, nell'opinione dissenziente, a mettere in discussione il richiamo ad uno *strong-basis-in-evidence standard*. Pare, invece, sia sufficiente per i Giudici dissenzienti a giustificare la scelta della Città di *New Haven* la sussistenza di una "good cause" per temere un'azione giudiziaria per violazione del divieto di discriminazione indiretta.

condotta in esame e la *equal protection clause*. Poiché, infatti, i resistenti non hanno neanche saputo soddisfare l'onere probatorio su di essi gravante a norma del CRA, non occorre decidere se il legittimo timore di incorrere in una condanna per discriminazione indiretta - timore supportato da un fondamento probatorio molto forte - giustifichi, da un punto di vista costituzionale, un trattamento discriminatorio. La Corte non ha pertanto dovuto prendere una chiara posizione sulla corretta interpretazione del XIV emendamento.

Tuttavia, a prescindere dal parametro utilizzato, sembra emergere in modo evidente la volontà, di una pur divisa Corte Suprema, di sottoporre ad un sindacato molto stringente qualsiasi misura che, pur implicitamente, assuma a fattore rilevante la razza, indipendentemente dallo scopo che si intende perseguire.

Occorrerà verificare il seguito che avrà negli Stati Uniti questa impostazione e che tipo di influenza potrebbe esercitare sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della stessa Corte costituzionale, come visto attente agli orientamenti della Corte Suprema.

Effettivamente, da quanto si è potuto verificare, taluni dei limiti delle azioni positive tracciati dalla giurisprudenza costituzionale nordamericana sono equiparabili a quelli individuati dal Giudice comunitario nell'ambito di un sistema che conosce l'esplicita previsione del principio di uguaglianza in senso sostanziale.

Quanto ora affermato pone l'interrogativo sulle ragioni per cui, pur muovendo da contesti normativi molto differenti, si è giunti a conclusioni assai vicine.

La risposta a questo interrogativo richiederebbe un'ampia riflessione sui complessi rapporti intercorrenti tra le due accezioni del principio di uguaglianza. Ci si limita qui ad osservare che la complessità di tale relazione deriva dalla circostanza che la possibilità di superare la regola della parità formale è preordinata proprio al perseguimento di una parità effettiva e che la realizzazione di quest'ultima "deve venire compiuta nelle forme dello Stato di diritto"⁷⁷.

* Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano.

⁷⁷ L. PALADIN, *Eguaglianza (dr. cost.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1965, 548 e ss.. L'A. osserva che ne danno prova "la preposizione dell'uguaglianza formale a quella sostanziale" nonché "la corretta interpretazione dell'art. 3 comma 2 Cost."