

L'incostituzionalità dei programmi di ammissione di Harvard e della University of North Carolina a causa della “razza”: una ricostruzione giurisprudenziale delle *affirmative actions* nell'ordinamento statunitense*

ALESSIA RICCIOLI**

Nota a Supreme Court of the United States, nos. 20–1199 and 21–707. Disponibile all'indirizzo: https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_l6gn.pdf.

Abstract: *The article discusses the implications of the cases Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College and Students for Fair Admissions, Inc., Petitioner v. University Of North Carolina, Et Al., in which race-conscious college admission programs were struck down by the Supreme Court, considering U.S. Constitution to be colorblind. More specifically, the text outlines the jurisprudence developed by the Supreme Court on affirmative action, focusing on the constitutionality of college admissions programs and strict scrutiny as defined in the Bakke case and subsequent cases.*

Sommario: 1. Premessa – 2. La ricostruzione giurisprudenziale delle *affirmative actions* con riferimento al criterio della “razza” – 3. *Students for Fair Admissions* contro Harvard e UNC – 3.1 *Majority Opinion* – 3.2 *Concurring e dissenting opinions* – 3.2.1 La *concurring opinion* del giudice Thomas – 3.2.2. Le *dissenting opinions* – 4. Considerazioni conclusive

Data della pubblicazione sul sito: 22 settembre 2023

Suggerimento di citazione

A. RICCIOLI, *L'incostituzionalità dei programmi di ammissione di Harvard e della University of North Carolina a causa della “razza”: una ricostruzione giurisprudenziale delle affirmative actions nell'ordinamento statunitense*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2023. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa. Indirizzo mail: alessia.riccioli@phd.unipi.it.

1. Premessa

La recente decisione della Corte Suprema circa l'utilizzo del criterio della "razza" all'interno delle politiche di ammissione del College di Harvard e dell'Università del North Carolina (da qui in avanti UNC) avrà probabilmente un forte impatto sulla legittimità dell'utilizzo delle *affirmative actions* nelle politiche di ammissione universitaria *tout court*.

La decisione, adottata il 29 giugno 2023, è composta da una duplice casistica: *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College* e *Students for Fair Admissions, Inc., Petitioner v. University Of North Carolina, et al.*¹ e si inserisce in quel *pattern* decisionale formato da una maggioranza di sei giudici di indirizzo conservatore contro tre di indirizzo democratico, consolidatosi durante l'Amministrazione trumpiana².

¹ 600 U. S. ____ (2023), disponibile all'indirizzo https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_l6gn.pdf.

² Questa sentenza conferma la solidità della *supermajority* conservatrice, consolidatasi a partire dall'elezione dell'ultimo giudice eletto dall'amministrazione Trump, la *Associate Justice* Barret, in sostituzione della giudice (democratica) Ginsburg. Sul punto, cfr. L. GREENHOUSE, *The Supreme Court Is Now 6-3. What Does That Mean?*, in *NYTimes*, 5 novembre 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2020/11/05/opinion/supreme-court-amy-coney-barrett.html> (ultimo accesso: 23 luglio 2023), che discute la compattezza della maggioranza in questione: «*So what exactly was on display here? Were we seeing a conservative bloc, or a disparate group of five conservative justices, three conducting the court's business in a normal manner while two used a failed petition as a platform for inviting an interested public to hurry up and bring the court a better case?*». Così anche L. LITMAN, M. MURRAY, *Shifting from a 5-4 to a 6-3 Supreme Court majority could be seismic*, in *Washington Post*, 26 settembre 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.washingtonpost.com/outlook/trump-ginsburg-conservative-supreme-court-majority/2020/09/25.html> (ultimo accesso: 2 agosto 2023), che anticipa l'intervento di una Corte Suprema a maggioranza conservatrice circa le politiche di ammissione universitarie che tengono conto del fattore "razza", affermando che: «*with a 6-3 conservative majority, the court could overturn decisions that ensure that racial minorities have equal access to elite academic institutions*». Tra le sentenze adottate con lo stesso schema decisionale e che risultano di particolare impatto, si richiamano *Vega v. Tekoh*, 142 S. Ct. 858 (2022); *Kennedy v. Bremerton School District*, 142 S. Ct. 857 (2022); *New York State Rifle & Pistol Association, Inc., Et Al. v. Bruen, Superintendent Of New York State Police, Et Al.*, 142 S. Ct. 333 (2022); *Carson, as Parent and Next Friend of O. C., Et Al. V. Makin, West Virginia v. EPA*, 142 S.Ct. 458 (2022) e la nota sentenza *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 142 S. Ct. 2228 (2022), che ha sancito l'*overruling* di due precedenti storici – *Roe v. Wade*, 93 S.Ct. 705 (1973) e *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 112 S. Ct. 2791 (1992) –, negando la rilevanza costituzionale del bilanciamento sotteso alla vicenda abortiva e devolvendo la relativa competenza agli stessi

I due casi, seppur trattati congiuntamente, hanno visto l'adozione di un differente schema decisionale: 6 – 2 nel caso di Harvard e 6 – 3 nel caso riguardante l'UNC, data la ricusazione della giudice Jackson³ nel primo caso per conflitto di interesse, in quanto parte del consiglio di amministrazione dell'università. A seguito della ricusazione della giudice, la Corte ha deciso di affrontare i casi separatamente, dando la possibilità a Jackson di partecipare alla decisione dell'altro caso, relativo alla UNC.

La legittimità delle politiche di ammissione delle due università sopracitate è stata valutata alla luce del rispetto della *Equal Protection Clause*, contenuta nel Quattordicesimo Emendamento⁴, che impedisce la discriminazione razziale da parte degli enti governativi, e al Titolo VI del *Civil Rights Act*⁵ del 1964, che proibisce la discriminazione razziale da parte di istituzioni che ricevono finanziamenti federali⁶. Il ricorrente, in entrambi i casi, è un «*nonprofit membership*

Stati. La *supermajority* in questione, infine, ha votato anche la recente decisione *303 Creative LLC v. Elenis* 143 S. Ct. 77 (2023), ad un solo giorno di distanza dal caso in esame. Circa le decisioni adottate con maggioranza dei sei giudici conservatori, si vedano gli articoli contenuti nella Sezione Speciale “6-3” del *Forum* della presente Rivista, in www.forumcostituzionale.it.

³ È interessante notare che la Justice Jackson, dalla nomina più recente e di orientamento democratico, ha dichiarato di prediligere l'originalismo come filosofia interpretativa della Costituzione, benché l'originalismo a cui fa riferimento sia connotato da una «*unmistakably progressive orientation*», dato che prende in considerazione «*not only the original Constitution but also the three transformative amendments adopted in the wake of the Civil War*», cfr. A. LIPTAK, *In first Supreme Court term, Justice Ketanji Brown Jackson 'Came to play*, in *NYTimes*, 7 luglio 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2023/07/07/us/supreme-court-ketanji-brown-jackson.html> (ultimo accesso: 23 luglio 2023), ritenendo che l'originalismo possa portare a un «*liberal outcomes*»; ID., *Justice Jackson joins the Supreme Court, and the debate over originalism*, in *NYTimes*, 10 ottobre 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2022/10/10/us/politics/jackson-alito-kagan-supreme-court-originalism.html> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).

⁴ U. S. Const., Amdt. 14, §1, in cui si afferma che: «*nor shall any State (...) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*», testo disponibile all'indirizzo <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-14/>.

⁵ Il *Civil Rights Act* (Pub. L. 88-352, 78 Stat. 241) è una legge federale che proibisce la discriminazione razziale nei programmi e nelle attività che ricevono assistenza finanziaria federale. Testo disponibile all'indirizzo <https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-342/pdf/COMPS-342.pdf>. Cfr. C. SCHMIDT, *Civil Rights in America: A History*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

⁶ In specie Titolo VI, 42 U.S.C §§ 2000d - 2000d-7. La conformità con questa legge riguarda solo le politiche di ammissione della UNC e non di Harvard, dato che solo UNC riceve fondi federali, cfr. G. CARLEIGH, *UNC Chapel Hill research funding tops \$1.2 billion*,

group»⁷ chiamato *Students for Fair Admissions*, fondato da un attivista conservatore di nome Edward Blum⁸. Nel caso riguardante Harvard, la Corte di Appello del *First Circuit* si era espressa contro il ricorrente⁹. Nel caso riguardante la UNC, la Corte Suprema ha concesso il *certiorari* prima che il giudice di grado inferiore emettesse il giudizio¹⁰, dato che i due casi ponevano la stessa questione.

27 luglio 2022, disponibile all'indirizzo <https://College.unc.edu/2022/07/research-funding/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).

⁷ Come lo stesso gruppo si definisce, si veda: <https://studentsforfairadmissions.org/about/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).

⁸ Si veda il documento (*press release*) rilasciato dal gruppo *Students for Fair Admissions* il giorno stesso in cui è stata adottata la decisione in esame, disponibile all'indirizzo <http://studentsfor.wpenginepowered.com/wp-content/uploads/2023/06/SFFA-Scotus-Opinion-Issued-Press-Release-June-2023.pdf>, in cui si afferma che «*ending racial preferences in College admissions is an outcome that the vast majority of all races and ethnicities will celebrate. A university doesn't have real diversity when it simply assembles students who look different but come from similar backgrounds and act, talk, and think alike*».

⁹ *SFFA v. President and Fellows Of Harvard College*, 980 F.3d 157 (1st Cir. 2020), disponibile all'indirizzo <https://casetext.com/case/students-for-fair-admissions-v-president-of-harvard-coll-1?q=%20SFFA%20v.%20PRESIDENT%20AND%20FELLOWS%20OF%20HARVARD%20COLLEGE&sort=relevance&p=1&type=case>. Cfr. *Equal Protection — Affirmative Action — First Circuit Holds That Harvard's Admissions Program Does Not Violate The Civil Rights Act. — Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, 980 F.3d 157 (1st Cir. 2020), in *Harv. L. Rev.*, n. 134/2021, pp. 2360-2637, disponibile all'indirizzo <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2021/05/134-Harv.-L.-Rev.-2630-1.pdf>.

¹⁰ Era previamente stato emesso il giudizio della *District Court*, che si era espressa a favore del convenuto e la cui sentenza è stata quindi superata dalla Corte Suprema, cfr. *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, 567 F. Supp. 3d 580 (M.D.N.C. 2021), disponibile all'indirizzo <https://casetext.com/case/students-for-fair-admissions-inc-v-university-of-north-carolina/>. Si veda anche: S. VLADECK, *The rise of certiorari before judgment*, in *SCOTUSblog*, 25 gennaio 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.scotusblog.com/2022/01/the-rise-of-certiorari-before-judgment/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).

2. La ricostruzione giurisprudenziale delle *affirmative actions* con riferimento al criterio della “razza”

Prima di affrontare nel merito la decisione in esame, è opportuno contestualizzare il caso alla luce dello sviluppo giurisprudenziale¹¹ circa le *affirmative actions*¹²,

¹¹ Si veda, in merito, l’analisi svolta da M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Jovene Editore, Napoli, 2008.

¹² L’espressione “azioni positive” è la traduzione letterale dell’espressione “*affirmative actions*”, utilizzata per la prima volta negli Stati Uniti relativamente al *New Deal*, dato che il *National Labor Relations Act 1935* (29 U.S.C. §§ 151-169, disponibile all’indirizzo <https://www.nlr.gov/guidance/key-reference-materials/national-labor-relations-act>) prevedeva che il datore di lavoro che avesse posto in essere un comportamento discriminatorio sarebbe stato obbligato ad adottare le “*affirmative actions*” necessarie per ripristinare la condizione lavorativa di cui il soggetto avrebbe goduto se non fosse stato vittima di un comportamento discriminatorio. Per una ricostruzione circa i primi utilizzi dell’espressione nel dibattito statunitense, cfr. C. COHEN, J.P. STERBA, *Affirmative Action and Racial Preference. A debate*, Oxford University Press, New York, 2003, pp. 191-194; A. HARTOCOLLIS, *What is the history behind affirmative action?*, in *The New York Times*, 31 ottobre 2022, disponibile all’indirizzo <https://www.nytimes.com/2022/10/31/us/politics/affirmative-action-history.html> (ultimo accesso: 23 luglio 2023). Emerge quindi un’originaria natura rimediale di tali azioni nel dibattito statunitense, volte alla rimozione di un ostacolo legato ad uno dei *grounds* discriminatori, in specie la razza, benché questa concezione delle azioni positive avrà molta più fortuna nella dimensione europea, i cui riferimenti normativi, per i fattori di discriminazione diversi dal sesso, sono le Direttive n. 2000/43/CE del Consiglio (che riguarda proprio le discriminazioni fondate sulla razza o l’origine etnica, testo in italiano disponibile all’indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0043>) e n. 2000/78/CE (in riferimento a convinzioni religiose, filosofiche, ideologiche, sulla disabilità, sull’età e sull’orientamento sessuale, testo in italiano disponibile all’indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0078>). Cfr. V. BONINI, V. CALDERAI, E. CATELANI, A. SPERTI, E. STRADELLA, *Diritto e genere nella Prospettiva europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, pp. 118-119; *Handbook on European non-discrimination law*, ed. 2018, pp. 196 ss., disponibile all’indirizzo https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf. Tale accezione ora descritta, secondo cui le *affirmative actions* sono misure volte alla rimozione di ostacoli sostanziali, si accompagna ad un’altra accezione ben più dibattuta, secondo cui esse consistono in trattamenti preferenziali adottati per favorire i membri appartenenti ad una specifica comunità razziale considerata svantaggiata rispetto a specifici settori, come l’accesso all’istruzione superiore o in determinati ambiti del lavoro pubblico e privato. Sembra che anche al dibattito statunitense sia applicabile una distinzione in realtà proposta dalla dottrina italiana (cfr. M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 3 ss.) tra

ripercorrendo sinteticamente l'evoluzione del percorso decisionale della Corte Suprema circa la questione della costituzionalità dei trattamenti preferenziali a favore degli appartenenti ad una minoranza razziale o etnica.

Le prime decisioni in cui la Corte Suprema dichiarò l'incostituzionalità di alcune leggi che discriminavano la popolazione di colore, sanzionando anche fenomeni di discriminazione indiretta, risalgono alla fine del XIX Secolo¹³. Tale giurisprudenza, però, non si espose al punto da intervenire sulla disciplina dei servizi pubblici, limitandosi ad una applicazione attenuata del principio di uguaglianza¹⁴. In ogni caso, rappresentò un avanzamento rispetto alla giurisprudenza precedente, formatasi nei c.d. *Civil Right Cases*, che, sulla base di una lettura strettamente formalistica del Quattordicesimo Emendamento, leggeva il divieto di discriminazione sancito dall'*Equal Protection Clause*¹⁵ nel senso di vietare qualsiasi tipo di distinzione in base alla razza, sia nell'azione statale, sia in quella privata.

“programmi” (finalizzati alla rimozione di ostacoli che pongono una particolare categoria di soggetti in una posizione di vantaggio senza, però, attribuire direttamente alcun vantaggio al singolo individuo parte di quella categoria) e “discriminazioni alla rovescia” (o trattamenti preferenziali, cioè misure che predispongono una categoria preferenziale per il raggiungimento di specifiche risorse per determinati gruppi di individui ritenuti svantaggiati a causa dell'appartenenza al gruppo stesso, in specie per un fattore razziale o etnico). I trattamenti preferenziali intesi secondo quest'ultima accezione possono essere rigidi o flessibili, ed è su questo che si svilupperà, principalmente, il dibattito giurisprudenziale statunitense, come si analizzerà più avanti.

¹³ *Ex multis*, rileva per importanza la sentenza *Guinn & Beal v. United States*, 238 U.S. 347 (1915), disponibile all'indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep238/usrep238347/usrep238347.pdf>, con la quale la Corte sancì l'incostituzionalità delle *Grandfather Clauses* rispetto al Quindicesimo Emendamento, inserite al tempo in molte leggi elettorali statali (e nel caso di specie nella Costituzione dell'Oklahoma, che conteneva il c.d. “*suffrage amendment*” (*id.*, 355), che prevedeva il requisito di alfabetizzazione al fine di esercitare il diritto di voto (“*the literacy test*”, *id.*, 358), esonerando soltanto quei cittadini i cui ascendenti avevano votato prima del 1867 (appunto, la c.d. *Grandfather Clause*), con la conseguenza, *de facto*, di escludere una fetta importante della popolazione afro-americana dall'esercizio effettivo del diritto di voto.

¹⁴ Espressione di G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano: breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 186.

¹⁵ Per una ricostruzione approfondita della clausola, cfr. W.D. ARAIZA, *Enforcing the Equal Protection Clause: Congressional Power, Judicial Doctrine, and Constitutional Law*, NYU Press, New York, 2015.

Nel 1896, fu adottata la decisione *Plessy v. Ferguson*¹⁶, in cui la Corte dettò la dottrina del “*separate but equal*”¹⁷, dichiarando che le c.d. *Jim Crow laws*, adottate dalla maggior parte degli Stati del Sud e configuranti un regime di *apartheid* nei servizi pubblici, non violavano il principio di uguaglianza, purché tali servizi fossero, almeno formalmente, equivalenti «*for the white and colored races*»¹⁸.

La *dissenting opinion* del giudice Harlan è divenuta celebre per aver definito la Costituzione «*color-blind*»¹⁹, cioè indifferente riguardo al colore della pelle dei cittadini, non ritenendo compatibile il regime di segregazione razziale con il testo costituzionale²⁰. Cinquant’anni dopo, quanto espresso dal giudice Harlan rappresentò la base argomentativa utilizzata dalla Corte nel caso *Brown*²¹, deciso nel 1954, che pose le basi per i successivi *desegregation cases* e che sancì il superamento di *Plessy*. Il caso riguardava alcuni studenti afroamericani degli Stati del Kansas, della Carolina del Sud, della Virginia e del Delaware a cui era stato negato l’accesso alle scuole pubbliche frequentate da studenti bianchi. La vicenda dette la possibilità alla Corte Suprema di superare finalmente il precedente²²,

¹⁶ 163 U.S. 537 (1896), disponibile all’indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep163/usrep163537/usrep163537.pdf>. Cfr. A. KULL, *The Color-Blind Constitution*, Harvard University Press, Princeton, 1998, p. 113 ss.

¹⁷ Tra le sentenze successive che applicarono la regola dettata da *Plessy*, ma al fine di dimostrare che gli istituti riservati agli studenti di colore non erano paragonabili con quelli riservati ai bianchi, e quindi ammettendo i ricorsi presentati dagli studenti di colore, si ricordano *Sipuel v. Board of Regents*, 332 U.S. 631 (1948); *Sweatt v. Painter*, 339 U.S. 629 (1950); *McLaurin V. Oklahoma State Regents*, 339 U.S. 637 (1950).

¹⁸ *Plessy* 163 U.S. 540. Cfr. M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 66.

¹⁹ «*Our Constitution is color-blind, and neither knows nor tolerates classes among citizens*», *Plessy*, 163 U.S. 559.

²⁰ Circa l’interpretazione della *Equal Protection Clause* proposta da Justice Harlan, cfr. F. BARZILIA CLARK, *The Constitutional Doctrines of Justice Harlan*, The John Hopkins Press, Baltimore, 1995, pp. 126-152.

²¹ *Brown v. Board of Education (Brown I)*, 347 U.S. 483 (1954), disponibile all’indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep347/usrep347483/usrep347483.pdf>. Per un commento della decisione, si veda D. A. BELL JR., *Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma*, in *Harv. Law Rev.*, vol. 134, 1980, disponibile all’indirizzo https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/1980/01/518-533_Online.pdf,

²² Anche nella decisione che coinvolge Harvard e la UNC, la Corte si discosta con forza da quel precedente, affermando che essa «*played its own role in that ignoble history, allowing in Plessy v. Ferguson the separate but equal regime that would come to deface much of America*», cfr. *Students for fair Admissions*, 600 U.S. 3.

affermando che la *color blindness* della Costituzione²³ vietasse nel modo più assoluto al legislatore di prendere in considerazione elementi quali la razza per dettare discipline differenziate, ponendo le basi per lo smantellamento del sistema di *apartheid*.

Tuttavia, la fine del regime di *apartheid* trovò molta resistenza da parte dell'opinione pubblica²⁴. I dipartimenti scolastici trovarono talmente tante difficoltà di carattere sociale all'ottemperare ai nuovi principi dettati dalla Corte che quest'ultima operò un *self-restraint* nella sentenza *Brown II*²⁵, confermando quanto espresso nel precedente *Brown I*, ma attribuendo ampia discrezionalità alle autorità scolastiche circa lo smantellamento del regime di segregazione razziale nei diversi istituti²⁶.

Un primo superamento di tale approccio si ebbe nel 1958, quando la Corte, con la decisione *Cooper v Aaron*²⁷, accettò di prendere nuovamente in considerazione un caso riguardante la persistenza del regime di segregazione razziale in una scuola pubblica, non giustificandolo più alla luce dei pur ancora esistenti conflitti sociali e riaffermando con forza quanto detto nella sentenza *Brown I*.

In ogni caso, furono le sentenze degli Anni Sessanta²⁸ a determinare l'effettivo crollo del regime di *apartheid*, dato che la Corte pose fine alla discrezionalità previamente accordata agli istituti scolastici, condividendo la lettura *color blindness* della Costituzione. Solo in un secondo momento, la Corte sottolineò la necessità dell'adozione, da parte degli istituti scolastici, di misure ad *hoc* per porre fine alla segregazione razziale, non limitandosi più semplicemente ad abrogare le

²³ Il concetto di *color-blindness*, data l'applicazione della giurisprudenza e le conseguenze che ne deriveranno, rappresenta uno dei temi più analizzati dalla dottrina statunitense. *Ex multis*, cfr. H.J. HACKERT, W.D. BLACK, *The Neutrality Principle: The Hidden Yet Powerful Legal Axiom at Work in Brown versus Board of Education*, in *Berkley Journal of African-American Law & Policy*, vol. 8, 2006.

²⁴ Tuttavia, tale processo di smantellamento trovò fortissime resistenze sia negli Stati del Sud che del Nord, si veda J.T. PATTERSON, *Brown v. Board of Education. A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy*, Oxford University Press, New York, 2001, pp. 70-85.

²⁵ *Brown v. Board of Educ. (Brown II)*, 349 U.S. 294 (1955), disponibile all'indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep349/usrep349294/usrep349294.pdf>.

²⁶ Cfr. M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 69.

²⁷ 357 U.S. 566 (1958), disponibile all'indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep357/usrep357566/usrep357566.pdf>. Circa una riflessione sulla questione della vincolatività del precedente, che questa sentenza solleva, cfr. K.M. SULLIVAN, G. GUNTHER, *Constitutional Law*, Foundation Press, New York, XX ed., 2019, p. 21 ss.

²⁸ Si vedano, ad esempio, *Watson v. Memphis*, 373 U.S. 526 (1963); *Goss v. Board of Educ.*, 373 U.S. 683 (1963) e *Griffin v. School Board*, 375 U.S. 391 (1964).

relative normative statali o federali²⁹. Ad esempio, nel 1971, la Corte decise il caso *Swann et al. v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education et al.*³⁰, in cui sottolineò il dovere dei dipartimenti scolastici di adottare programmi di azioni positive al fine di attuare un processo di desegregazione. Nel Titolo IV³¹ del *Civil Rights Act 1964* è contenuta la definizione di “*desegregation*”, che deve essere intesa nel senso di «*assignment of students to public schools and within such schools without regard to their race, color, religion, or national origin*», ma «“*desegregation*” shall not mean the assignment of students to public schools in order to overcome racial imbalances»³². Il caso *Swann* riguardava proprio un programma previsto da una comunità locale che, per facilitare l’accesso degli studenti di colore a scuole originariamente frequentate esclusivamente da studenti bianchi, prevedeva che questi frequentassero gli istituti più lontani dalla loro abitazione, obbligandoli ad usufruire del trasporto pubblico. Benché fosse facilmente desumibile un’incompatibilità testuale tra il Titolo IV e il programma scolastico in questione, la Corte in realtà accolse il ricorso, ritenendo che tale norma non fosse finalizzata a restringere o eliminare quelli che storicamente sono i poteri di *equity* che spettano ai giudici³³. La Corte ritenne che l’applicazione del Titolo IV riguardasse i casi in cui la segregazione dipendeva da fattori extragiuridici che determinavano uno squilibrio razziale *de facto*, ma non ai casi in cui essa dipendeva da una decisione dell’autorità statale (causando una segregazione razziale *de jure*³⁴), contro la quale si poteva, invece, ricorrere al giudice.

²⁹ Ne è un esempio la pronuncia *Green v. County School Board*, 391 U.S. 430 (1968), disponibile all’indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep391/usrep391430/usrep391430.pdf>, in cui la Corte, all’unanimità, ha ritenuto inadeguato il piano proposto dalla New Kent School, composta da due diversi istituti, che al fine di superare la segregazione razziale, prevedeva un piano basato meramente sulla « “*Freedom-of-choice*” » degli alunni circa l’istituto da frequentare, ritenendolo «*not acceptable*» dato che «*it has not dismantled the dual system, but has operated simply to burden students and their parents with a responsibility which Brown II placed squarely on the School Board*», p. 431.

³⁰ 402 U.S. 1 (1971), disponibile all’indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep402/usrep402001/usrep402001.pdf>. Cfr. *The Civil Rights Act of 1964: An Overview*, CRS Report, 21 settembre 2020, pp. 31 ss., disponibile all’indirizzo <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46534>.

³¹ 42 U.S.C. §§ 2000c *et seq.*

³² *Ivi*, sec. 401[b].

³³ «*As with any equity case, the nature of the violation determines the scope of the remedy. In default by the school authorities of their obligation to proffer acceptable remedies, a district court has broad power to fashion*», *Swann*, 402 U.S. 16.

³⁴ *Swann*, 402 U.S. 1, 16. Cfr. *The Civil Rights Act of 1964: An Overview*, cit., p. 31.

L'importanza di questa sentenza è dovuta alle caratteristiche in essa dettate circa le azioni positive, ovvero 1) la loro natura rimediabile rispetto a situazioni di svantaggio derivanti da fattori giuridici e 2) il fatto che non sia concepibile una limitazione in via legislativa della discrezionalità dei giudici che impedisca loro di prevedere trattamenti preferenziali utili per perseguire un obiettivo di uguaglianza sostanziale³⁵.

Lo sviluppo giurisprudenziale sul tema in esame ha riguardato anche l'applicazione del Titolo VII³⁶ del *Civil Rights Act 1964* che sancisce il divieto di discriminazione «*because of race, color, religion, sex or national origin*»³⁷. La norma disciplina il settore dei rapporti di lavoro e della formazione professionale e rappresenta una specificazione della clausola costituzionale dell'*equal protection of the laws*³⁸. A partire dagli Anni Sessanta, i giudici federali interpretarono il compito loro attribuito dal Titolo VII nel senso di prevedere non solo rimedi intesi come strumenti di ripristino della situazione antecedente la condotta discriminatoria, ma anche misure sostanziali volte a garantire un trattamento preferenziale a favore di un gruppo svantaggiato, anche a prescindere dalla situazione del singolo appartenente al gruppo. Questo pose le basi per la configurazione del fenomeno della discriminazione indiretta, come emerge non solo da molte sentenze della

³⁵ M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 73.

³⁶ Title VII, 42 U.S.C. §§ 2000e -2000e-17, testo disponibile all'indirizzo <https://www.eeoc.gov/statutes/title-vii-civil-rights-act-1964>. Per una ricostruzione dettagliata del processo di approvazione del Titolo VII e delle sue caratteristiche, cfr. F. J. Vaas, *Title VII: Legislative History*, in *B.C.L. Rev.*, vol. 7, n. 3/1966, pp. 431 – 458, disponibile all'indirizzo <https://core.ac.uk/reader/71457010>.

³⁷ 42 U.S.C. § 2000e-2., sec. 703[h].

³⁸ Di particolare importanza, anche per lo sviluppo successivo della giurisprudenza, è la sez. 706 (g), integrata pochi anni dopo dall'*Equal Employment Opportunity Act* del 1972, secondo la quale le Corti federali possono sanzionare il datore di lavoro convenuto, qualora riscontrino una discriminazione, attraverso l'adozione di *affirmative actions* mirate. Sull'*Equal Employment Opportunity Act*, si veda: K.Y. CHAY, *The Impact of Federal Civil Rights Policy on Black Economic Progress: Evidence from the Equal Employment Opportunity Act of 1972*, in *ILR Review*, vol. 51, n. 4/1998, pp. 608-632, disponibile all'indirizzo https://www.jstor.org/stable/pdf/2525011.pdf?refreqid=excelsior%3A8fbc7c41a6c6c027d197c896bd681c71&ab_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1.

Corte d’Appello in diversi Circuiti³⁹, ma anche dalla giurisprudenza della Corte Suprema, ad esempio nel caso *Griggs*⁴⁰.

Tale decisione sancì la sanzionabilità degli effetti anche solo indirettamente lesivi del divieto di discriminazione, ritenendo violato il *Civil Rights Act 1964* quando i *tests* o i requisiti richiesti per l’accesso agli istituti di istruzione superiore avessero causato un effetto anche indirettamente svantaggioso su coloro che appartenevano a un gruppo di minoranza razziale o etnica.

Fu, invece, più complesso giustificare i trattamenti preferenziali finalizzati a rimediare ad una precedente discriminazione, imposti dai giudici federali sulla base della sezione 706 (g)⁴¹ del Titolo VII. La sez. 703 (j) stabilisce esplicitamente che nessuna disposizione di legge può essere interpretata nel senso di obbligare il datore di lavoro ad attuare trattamenti preferenziali verso particolari categorie di lavoratori in caso di squilibrio tra la forza lavoro impiegata dal datore stesso e quella disponibile nella comunità locale⁴². La giurisprudenza, per cercare di conciliare quest’ultima con la sez. 706 (g), sostenne l’interpretazione secondo la quale gli unici trattamenti differenziati ammissibili erano quelli finalizzati a porre rimedio a una situazione di svantaggio derivata dalla passata adozione di pratiche discriminatorie. Solo in questo caso, il giudice poteva imporre misure preferenziali con finalità correttive, sempre nei limiti in cui la discriminazione fosse dovuta a fattori prettamente giuridici⁴³.

Sembra, in ogni caso, confermata la tesi dell’origine giurisprudenziale delle azioni positive diffusa in dottrina⁴⁴.

³⁹ Cfr. *Local 53 of the International Association of Heat and Frost Insulators and Asbestos Workers v. Vogler*, 407 F.2d 1047 (5th Cir. 1969); *Rios v. Enterprise Association Steamfitters Local*, 501 F.2d 622 (2d Cir. 1974); *United States v. Lee Way Motor Freight, Inc.*, 625 F.2d 918 (10th Cir. 1979); *United States v. City of Chicago*, 549 F.2d 415 (7th Cir. 1977).

⁴⁰ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971), disponibile all’indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep401/usrep401424/usrep401424.pdf>. Per un commento del caso, cfr. J.E. NOWAK, R.D. ROTUNDA, *Constitutional law*, West Publishing Co., St. Paul, 1991, p. 599 ss.

⁴¹ A proposito di «*Injunctions; appropriate affirmative action; equitable relief; accrual of back pay; reduction of back pay; limitations on judicial orders*».

⁴² Sez. 703 (j), Title VII: «*Nothing contained in this subchapter shall be interpreted to require any employer (...) to grant preferential treatment to any individual or to any group because of the race (...) on account of an imbalance which may exist with respect to the total number or percentage of persons of any race (...) employed by any employer (...) in comparison with the total number or percentage of persons of such race (...) in the available work force in any community, State, section, or other area*».

⁴³ *Rios v. Enterprise*, 501 F.2d 630.

⁴⁴ M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 80.

Analizzando la giurisprudenza della Corte Suprema in punto di conciliabilità tra le *affirmative actions* e il Quattordicesimo Emendamento, emerge la mancanza di un'interpretazione pacifica, tale che la Corte ha alcune volte avallato e altre escluso l'adozione di programmi di trattamento differenziato. In ogni caso, nel maggior numero dei casi, la maggioranza è sempre stata esigua (tendenzialmente di cinque giudici contro quattro), ad indicare quanto il tema delle pari opportunità per le minoranze razziali sia una questione controversa per l'opinione pubblica statunitense⁴⁵. La Corte si è spesso limitata ad un giudizio di legittimità, analizzando la compatibilità dei trattamenti antidiscriminatori con la legislazione federale, e in primo luogo con il *Civil Rights Act 1964*, cercando, dove possibile, di evitare di svolgere un controllo di costituzionalità rispetto al Quattordicesimo Emendamento. Questo è stato possibile perché i casi di maggiore impatto hanno riguardato soprattutto la compatibilità costituzionale di misure preferenziali adottate da enti pubblici o privati su base volontaria e non normativa.

Il caso *Bakke*⁴⁶ fu il primo in cui la Corte Suprema affrontò il merito della questione dell'ammissibilità di un programma di *affirmative actions*: il programma speciale di ammissione della *Davis Medical School*, che ogni anno riservava alcuni posti – fino ad un massimo di 16 su 100 – ai candidati appartenenti a una minoranza protetta. Il caso, deciso con la maggioranza risicata di cinque giudici su quattro, accolse il ricorso del ricorrente, lo studente bianco Alan Bakke, non ammesso all'università a causa del trattamento preferenziale riservato alle minoranze razziali. La Corte ordinò l'ammissione di Bakke alla *Davis Medical School*, ma contestualmente confermò la costituzionalità, almeno a livello teorico, delle misure di *affirmative actions* qualificabili come *reverse discrimination*⁴⁷. La

⁴⁵ *Ivi*, p. 89 ss.

⁴⁶ *University of California Regents v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), disponibile all'indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep438/usrep438265/usrep438265.pdf>. Per un commento sulla decisione, si veda: M. L. BARNES, *We Will Turn Back?: On Why Regents of the University of California v. Bakke Makes the Case for Adopting More Radically Race-Conscious Admissions Policies*, in *U.C. Davis Law Review*, vol. 52, 2019, pp. 2265-2303, disponibile all'indirizzo https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/52/5/Symposium/52-5_Barnes.pdf.

⁴⁷ Come già accennato (v. *supra*, spec. nota n. 12), nel dibattito nordamericano si contrappongono due visioni circa il principio di uguaglianza, l'una che ne evidenzia la connotazione formale, guardando alle azioni positive come veri e propri programmi di “*reverse discrimination*” (in cui la natura rimediale emerge nel senso di garantire una sorta di risarcimento ad un gruppo precedentemente svantaggiato, garantendo agli individui di quel gruppo dei benefici temporaneamente maggiori) e una concezione sostanziale di uguaglianza in cui la natura rimediale delle azioni positive si sostanzia nella rimozione di ostacoli che causano uno svantaggio per un determinato gruppo. Cfr. C. ALESSI, *Le azioni*

tesi di fondo espressa nella sentenza interpreta l'appartenenza ad una minoranza protetta come un fattore che, in specifici casi, può rappresentare un *plus* che permette al soggetto di accedere a un piano di misure preferenziali (che, quindi, in questo caso supererebbero il vaglio dello *strict scrutiny*⁴⁸), ma non può rappresentarne un fattore determinante.

Il successo della decisione *Bakke* è dovuto al favorevole accoglimento che ha ricevuto sia dai sostenitori della legittimità delle *affirmative actions*, sia dai relativi detrattori. Il giudice Powell, in ogni caso, fu l'unico tra i cinque giudici della maggioranza che affrontò la questione della costituzionalità della misura preferenziale oggetto del ricorso. Gli altri giudici si limitarono solamente a un controllo di legittimità, ritenendo sufficiente valutare la conformità del piano in esame rispetto alla legislazione congressuale, in specie la sez. 601 del Titolo VI del *Civil Rights Act 1964*⁴⁹, che vieta che «(...) on the ground of race, color, or national origin» si possa consentire che una persona sia discriminata o esclusa da un programma o attività che riceve fondi federali⁵⁰.

Nella *majority opinion* è affermato chiaramente che il principio di uguaglianza sancito nel Quattordicesimo Emendamento è un diritto che non può essere attribuito a gruppi di individui, ma solamente al singolo. L'ambiguità della

positive, in M. BARBERA, A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 506.

⁴⁸ Cioè, la verifica svolta dai giudici sul fatto che le azioni positive siano effettivamente volte a perseguire un *compelling governmental interest* e che i mezzi utilizzati per realizzarlo siano idonei e proporzionati al conseguimento del risultato («(...) *precisely tailored to serve a compelling governmental interest*», *Bakke*, 438 U.S. 299). Il giudice Powell considerò l'obiettivo di ottenere un corpo studentesco diversificato *sufficiently compelling* (*id.*, 267), ma ritenne che la *Davis Medical School* non fosse riuscita a dimostrare la necessarietà dei programmi adottati rispetto al raggiungimento del suddetto interesse (*id.*). Per una riflessione sul significato del *compelling state interest*, cfr. *Discrimination Blocking: A New Compelling Interest for Affirmative Action*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 136, n. 2/2022, pp. 691 ss., disponibile all'indirizzo <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2022/11/136-Harv.-L.-Rev.-690.pdf>.

⁴⁹ *Supra*, spec. note 5 e 6. Se questo è l'unico criterio preso in considerazione per valutare la legittimità del trattamento differenziale in questione, è facile desumerne l'incompatibilità, dato che l'università di Davis aveva ammesso di ricevere contributi economici dall'amministrazione federale. Altrimenti, la Corte avrebbe potuto, ad esempio, disapplicare la normativa contenuta nel *Civil Rights Act*, ma vi è una prassi consolidata secondo la quale la posizione generalmente condivisa degli organi giudiziari è di attribuire alla legislazione congressuale una sorta di presunzione di costituzionalità, cfr. M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 94.

⁵⁰ «(...) *be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to, discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance*», cfr. sec. 601 [42 U.S.C. § 2000d].

decisione in esame non è dipesa dal fatto che la Corte ha, al contempo, accolto il ricorso e sostenuto l'ammissibilità in astratto di tale misura rimediabile, ma piuttosto dal fatto che la sentenza si è dimostrata favorevole all'adozione di politiche antidiscriminatorie alla luce del Quattordicesimo Emendamento, evitando però di includere tra gli obiettivi della norma quello di promuovere le pari opportunità, non volendo ammettere l'esistenza, sul piano costituzionale, di un principio di uguaglianza sostanziale.

La giurisprudenza successiva ebbe un'evoluzione nel 1980 con la decisione *Fullilove v. Klutznick*⁵¹, con cui la Corte Suprema ammise la costituzionalità di un piano di azioni positive imposto dal Congresso attraverso il *Public Works Employment Act 1977*⁵², che subordinava lo stanziamento, ai governi statali e locali, di fondi destinati al finanziamento di lavori pubblici al fatto che una parte di essi dovesse essere destinata a imprese controllate dalle minoranze protette. La sentenza *Fullilove* ha rappresentato il più alto grado di accettazione dei programmi di azioni positive da parte della Corte, dato che il programma federale in esame prevedeva un sistema di quote di tipo rigido che la sentenza *Bakke* aveva inteso escludere⁵³.

Tuttavia, l'opinione di maggioranza valutò la conformità del piano soprattutto alla luce della *Due Process Clause* di cui al V Emendamento⁵⁴. La decisione, quindi, non riguardò la compatibilità delle classificazioni razziali rispetto al Quattordicesimo Emendamento, quanto piuttosto se l'utilizzo limitato del criterio razziale in questo contesto fosse un mezzo costituzionalmente ammissibile per raggiungere gli obiettivi perseguiti dal Congresso, in conformità con il V Emendamento. Il Quattordicesimo Emendamento fu considerato solo nelle *dissenting opinions* dei giudici Stewart e Rehnquist, i quali ritenevano che la tutela garantita dall'*Equal Protection Clause* riguardasse esclusivamente il singolo e non il gruppo, presumendo, quindi, l'incostituzionalità di tutti i trattamenti preferenziali (in specie, quelli basati sulla razza).

⁵¹ 448 U.S. 448 (1980), testo disponibile all'indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep448/usrep448448/usrep448448.pdf>.

⁵² Pub. L. 95-28, testo disponibile all'indirizzo <https://uscode.house.gov/statutes/pl/95/28.pdf>.

⁵³ La decisione prevedeva che «at least 10% of the federal funds granted under the Public Works Employment Act of 1977» dovesse essere destinato a imprese controllate da minoranze razziali, *Fullilove*, 448 U.S. 487.

⁵⁴ La clausola della *Due Process* ha una doppia copertura costituzionale: il Quinto e il Quattordicesimo Emendamento. Dato che il caso in questione ha ad oggetto la conformità di una legge federale, il corretto parametro costituzionale è il Quinto Emendamento. Cfr. *Amdt 5.5.1 Overview of Due Process*, disponibile all'indirizzo <https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt5-5-1/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).

L'ammissibilità del programma federale di *affirmative actions* fu valutata dalla Corte alla luce di un bilanciamento tra la natura e l'entità dei sacrifici imposti alla maggioranza bianca e i benefici che ne conseguivano per la minoranza discriminata, ritenendo che l'attuazione di «*limited and properly tailored remedy to cure the effects of prior discrimination, such "a sharing of the burden" by innocent parties*» fosse ammissibile⁵⁵.

La Corte tornò nuovamente ad affrontare la questione di costituzionalità – e non di mera legittimità – delle azioni positive nella decisione *Wygant v. Jackson Board of Education*⁵⁶, in cui valutò la conformità al Quattordicesimo Emendamento di un *collective bargain agreement* tra il *Board of Education* e il sindacato degli insegnanti, secondo cui, se fosse stato necessario licenziare alcuni insegnanti, non sarebbero stati licenziati quelli con maggiore anzianità di servizio, aggiungendo che, in nessun caso, «*would there be a greater percentage of minority personnel laid off than the current percentage of minority personnel employed at the time of the layoff*»⁵⁷.

La Corte ne sancì l'incostituzionalità – sempre con una maggioranza di cinque giudici contro quattro –, sulla base del criterio dello *strict scrutiny*. La decisione, che faceva quindi fede alla lettera del Quattordicesimo Emendamento⁵⁸, pur dichiarando di ammettere, almeno teoricamente, piani di trattamento differenziato, non risolse la tensione tra il concetto di gruppo e quello di individuo insita nel principio di uguaglianza. *A latere*, è possibile notare che, nella dimensione costituzionale statunitense, i trattamenti preferenziali volti a favorire una categoria non possono definirsi costituzionali se l'*Equal Protection Clause* viene interpretata esclusivamente come una garanzia del singolo e non del gruppo.

Questa impostazione fu riproposta anche nella celebre decisione del 1995, *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*⁵⁹, circa la costituzionalità di programmi federali

⁵⁵ *Fullilove*, 448 U.S. 484.

⁵⁶ 476 U.S. 267 (1986), testo disponibile all'indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep476/usrep476267/usrep476267.pdf>.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ A favore di un *formalistic textualism*, si veda T.L. GROVE, *Which textualism?*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 134, 2020, pp. 265-307, disponibile all'indirizzo <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2020/11/134-Harv.-L.-Rev.-265.pdf>.

⁵⁹ 515 U.S. 200 (1995), disponibile all'indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep515/usrep515200/usrep515200.pdf>. Nel caso in questione ne viene citato frequentemente un altro: *City of Richmond v. J.A. Croson*, 488 U.S. 469 (1989), che venne votato, eccezionalmente, a maggioranza di sei giudici, che si trovarono d'accordo nel sottolineare che ogni classificazione razziale andasse valutata alla luce dello *strict scrutiny*, ritenendo il programma previsto dalla città di Richmond (per il quale, per cinque anni, una quota dei contratti di appalto sarebbe stata riservata ad imprese guidate da individui appartenenti ad una minoranza protetta) incostituzionale. Tuttavia, neanche

che attenevano ai *federal agency contracts* – in specie ai contratti stipulati tra imprese contraenti e il Ministero dei Trasporti – che prevedevano all'interno del contratto una *subcontractor compensation clause*, con la quale veniva garantito un incentivo economico all'impresa contraente che subappaltasse parte del lavoro a imprese di cui erano proprietari membri appartenenti a minoranze etnico razziali. Dato che la garanzia del trattamento preferenziale faceva riferimento unicamente a quest'ultimo criterio, prescindendo dalla situazione sociale del singolo all'interno del gruppo⁶⁰, la Corte sancì l'incostituzionalità del programma, ritenendo non superato il vaglio dello *strict scrutiny*, secondo cui la misura (federale o statale) deve essere strettamente necessaria (“*narrowly tailored*”) al perseguimento di un interesse pubblico preponderante (“*compelling governmental interests*”⁶¹).

In ogni caso, la pronuncia del 1995 non contribuì allo sviluppo del dibattito circa il significato del principio di uguaglianza all'interno della Costituzione, limitandosi a riprendere quanto espresso dal giudice Powell nel caso *Bakke*. Se ne desume che 17 anni di giurisprudenza in materia di azioni positive non erano stati sufficienti a chiarirne la portata. Il Quattordicesimo Emendamento rimaneva (e rimane ancora oggi) oggetto di una duplice interpretazione, l'una individualistica e formale, in riferimento a una interpretazione letterale del Quattordicesimo Emendamento e l'altra, espressa in alcune *dissenting opinions*, che attribuisce alla dimensione costituzionale dell'uguaglianza un'accezione sostanziale, diversa da quella tipicamente liberale, che può fondare trattamenti preferenziali, in riferimento anche al criterio della razza, volti ad aiutare quei cittadini che si trovano in una situazione di svantaggio⁶².

Successivamente, sono state emesse le c.d. pronunce *Bollinger*⁶³, in cui la Corte Suprema si è effettivamente espressa circa la costituzionalità delle azioni positive,

in questo caso la Corte riuscì ad indicare quali caratteristiche un programma di azioni positive avrebbe dovuto rispettare per superare lo *strict scrutiny*, pur ammettendone in astratto la possibilità. Circa l'applicazione dello *strict scrutiny* nel caso *Adarand*, si veda: M.J. REYBURN, *Strict Scrutiny Across the Board: The Effect of Adarand Constructors, Inc. v. Pena on Race-Based Affirmative Action Programs*, in *Cat. Univ. Law Review*, vol. 45, n. 4/1996, 1405-1458, disponibile all'indirizzo <https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1561&context=lawreview>.

⁶⁰ Presumendo la condizione di svantaggio sociale solo per la mera appartenenza al gruppo etnico/razziale, richiedendo che il subappalto riguardasse «*businesses controlled by socially and economically disadvantaged individuals*», *Adarand Constructors*, 515 U.S. 207.

⁶¹ *Adarand*, 115 U.S. 227.

⁶² M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 113.

⁶³ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), disponibile all'indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep539/usrep539306/usrep539306.pdf> e *Gratz v. Bollinger*,

ma, ancora, assumendo come parametro di costituzionalità principi diversi da quello di uguaglianza.

Entrambe le sentenze riguardavano la *Law School* dell’università del Michigan, che da tempo adottava una politica di ammissione che aveva l’obiettivo di ottenere un corpo studentesco culturalmente diversificato: il metodo di selezione non si limitava a tenere conto dell’aspetto puramente meritocratico, verificabile attraverso il superamento di esami attitudinali mirati a valutare le capacità di apprendimento e la cultura generale del candidato, ma considerava anche dati biografici ulteriori, come l’età, l’esperienza di vita, la provenienza geografica o le capacità atletiche di ogni studente. Tra questi elementi, era considerato anche quello etnico-razziale, al fine di garantire la presenza di minoranze protette all’interno del corpo studentesco (con attenzione soprattutto alle minoranze ispanica, indiana e afroamericana). Tuttavia, l’università del Michigan non riservava una quota fissa ad ogni minoranza, ma considerava il fattore “razza” semplicemente come un «*plus*” in a particular applicant’s file»⁶⁴ e non come un vantaggio automaticamente assegnato al candidato.

Con la pronuncia *Grutter v. Bollinger*⁶⁵, la Corte ritenne che il programma di ammissione previsto dall’università del Michigan fosse conforme al Primo Emendamento⁶⁶ (non utilizzando come parametro costituzionale il Quattordicesimo) e che non violasse il Titolo VI del *Civil Rights Act*⁶⁷. Nell’opinione di maggioranza, scritta dalla giudice O’Connor, l’uso del criterio della razza da parte dell’università venne considerato strettamente legato («*narrowly tailored*»⁶⁸) alla realizzazione di un «*compelling state interest*»⁶⁹, individuato nella promozione di un corpo studentesco diversificato «*in ways broader than races*»⁷⁰. Infatti, l’esame di ammissione era stato considerato dalla

539 U.S. 244 (2003), disponibile all’indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep539/usrep539244/usrep539244.pdf>.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Cfr. S. TAYLOR JR., *A racial quota that will be DOA at the high court*, in *The Atlantic*, 1° maggio 2022, disponibile all’indirizzo <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2002/05/a-racial-quota-that-will-be-doa-at-the-high-court/378078/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).

⁶⁶ U. S. Const., Amdt. 1, testo disponibile all’indirizzo <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-1/>.

⁶⁷ *Grutter*, 539 U.S. 324.

⁶⁸ Intendendo che un «*race-conscious admissions program*» non può usare un sistema di quote perché in tal mondo isolerebbe una specifica categoria di candidati «*with certain desired qualifications from competition with all other applicants*», *Grutter*, 539 U.S. 334 (citando *Bakke* 438 U. S. 315).

⁶⁹ *Ivi*, p. 325.

⁷⁰ *Ivi*, p. 340.

Corte «*highly individualized*» e «*holistic*»⁷¹, in grado di porre tutti i candidati sullo stesso piano⁷², dato che la “razza” era solo uno tra i molti fattori che venivano considerati ai fini dell’ammissione⁷³. Con questa sentenza, la Corte confermò la giurisprudenza sviluppatasi sulla base dell’opinione del Justice Powell in *Bakke*⁷⁴, ma suggerì anche che, nei successivi 25 anni, l’utilizzo del criterio della razza «*will no longer be necessary to further the interest*»⁷⁵ (di un corpo studentesco diversificato).

Il fatto che tale interesse sia stato considerato meritevole di tutela rappresenta la vera novità del caso. Tale interesse è giustificato alla luce di un criterio utilitaristico-dworkiano⁷⁶ (in specie, dal fatto che un corpo studentesco diversificato eserciti una funzione educativa), piuttosto che dalla necessità di rimuovere ostacoli che impediscono una piena ed effettiva integrazione delle pari opportunità. Sembra che la Corte abbia voluto evitare di affrontare direttamente il conflitto insito nel principio costituzionale di uguaglianza, pur volendo comunque sottolineare la costituzionalità del programma, così attenuando notevolmente la rigidità del criterio dello *strict scrutiny*.

⁷¹ *Ivi*, p. 337.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ivi*, p. 340.

⁷⁴ *Bakke*, 438 U.S. 274, 275, riguardante i criteri di ammissione utilizzati dalla *Medical School of the University of California*, situata a Davis, che prevedeva ai fini della valutazione della ammissibilità del candidato una commissione ordinaria, di cinque o sei membri in base all’anno, ognuno dei quali poteva assegnare un punteggio massimo di 100, sulla base della media dei voti totali, della media dei voti nelle materie di scienze, del risultato dell’*Admissions Test* (MCAT), delle lettere di raccomandazione, delle attività extra-curricolari e altri dati biografici. Tuttavia, era anche stato istituito uno *special admissions program*, con una commissione *ad hoc*, per i membri dei «*minority groups*», cioè per candidati che erano considerati «*economically and/or educationally disadvantaged*».

⁷⁵ *Grutter*, 539 U.S. 343.

⁷⁶ M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. 117 (e anche pp. 13 ss.). Dworkin sostiene l’ammissibilità delle *affirmative actions*, criticando chi, facendo riferimento a un approccio meritocratico, si oppone ai trattamenti preferenziali, ritenendo che il merito non esiste in astratto ma dipende dai requisiti che di volta in volta assumono rilevanza rispetto al fine che si vuole perseguire. Inoltre, egli ritiene che lo svantaggio che subiscono i candidati di razza bianca sia bilanciato da un maggiore vantaggio collettivo, in riferimento al vantaggio che la società nel suo complesso ricaverebbe dall’aver una classe dirigenziale capace di affrontare in modo aperto le diversità. Cfr. R. DWORKIN, *Affirmative Action: Is It Fair?*, in *The Journal of Blacks in Higher Education*, n. 28/2000, pp. 79-88, disponibile all’indirizzo <https://www.jstor.org/stable/2678715>; A. ALTMAN, *Morality and the Law: The Contributions of Ronald Dworkin to the Philosophy of Law*, in *The Journal of Ethics*, vol. 5, n. 3/2001, pp. 241-262, disponibile all’indirizzo <https://www.jstor.org/stable/25115695>.

Lo stesso giorno in cui la Corte Suprema pronunciò questa sentenza, decise anche un caso analogo: *Gratz v. Bollinger*, riguardante il College di Letteratura, Scienze ed Arte della medesima università. Dal 1999, era stato adottato un nuovo programma di ammissione, che attribuiva al candidato, appartenente ad una minoranza, 20 punti aggiuntivi su un totale di 150 punti (considerando che per entrare al College erano necessari almeno 100 punti totali). Questa *admission policy*, a differenza della prima sentenza *Bollinger*, fu ritenuta incostituzionale in quanto non rispettosa del criterio della flessibilità, portando la Corte a ribadire che nessuna *affirmative action* potesse prevedere una preferenza assoluta che operasse in modo automatico e meccanico.

Successivamente, rileva nell’esame giurisprudenziale delle misure di azione positiva una decisione del 2007, *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*⁷⁷, che sembra avere una forte analogia con i *desegregation cases*, storicamente collocati immediatamente dopo la decisione *Brown*. Nel caso di specie, una maggioranza risicata di cinque giudici sancì l’incostituzionalità del sistema adottato da due distretti scolastici, quello di Seattle e di Jefferson County, che distribuiva gli studenti nei diversi distretti sulla base dell’appartenenza razziale, al fine di garantire una maggiore eterogeneità del corpo studentesco⁷⁸.

Nei due distretti coinvolti era stato notato che gli alunni afroamericani generalmente frequentavano scuole in cui la presenza degli studenti non appartenenti a una minoranza etnico-razziale continuava a essere irrisoria. In ogni caso, nonostante il piano oggetto della decisione non riguardasse in alcun modo un trattamento preferenziale per gli appartenenti alla minoranza razziale, potendo al massimo comportare per alcuni studenti una limitazione della libertà di scelta nella scuola da frequentare, i precedenti richiamati nella decisione furono principalmente i due casi *Bollinger*, benché questi ultimi avessero riguardato veri e propri programmi di azioni positive. L’analogia con i *desegregation cases* è stata colta solo nel dissenso del giudice Breyer⁷⁹, che richiamò quanto affermato dal giudice Burger nel caso *Swann*, relativamente agli ampi poteri discrezionali delle autorità scolastiche volti a garantire la presenza equilibrata delle razze nelle scuole. L’obiettivo della diversità culturale del corpo studentesco fu rinvenuto in entrambi i programmi in esame, benché questo non avesse comportato il superamento dello *strict scrutiny test* in quanto essi non vennero ritenuti *narrowly tailored*⁸⁰. Lo *Chief*

⁷⁷ 551 U.S. 701 (2007), disponibile all’indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep551/usrep551701/usrep551701.pdf>.

⁷⁸ «However closely related race-based assignments may be to achieving racial balance, that itself cannot be the goal, whether labeled “racial diversity” or anything else», *Parents Involved in Community Schools*, 551 U.S. 733.

⁷⁹ *Parents Involved in Community Schools* 551 U.S. 803 – 869.

⁸⁰ *Ivi*, p. 726.

Justice Roberts, estensore della decisione, sottolineò come i convenuti in giudizio non fossero riusciti a dimostrare che il fine da loro perseguito (ovvero quello di ottenere una composizione studentesca che riflettesse la composizione etnico razziale presente sul territorio in cui la scuola era situata) non potesse essere ottenuto con mezzi meno incisivi.

Circa la giurisprudenza più recente, non possono non essere nominati i casi *Fisher* (I⁸¹ e II⁸²), che la decisione riguardante Harvard e UNC richiama come

⁸¹ *Fisher v. Univ. of Tex. at Austin (Fisher I)*, 133 S. Ct. 2411 (2013), disponibile all'indirizzo <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/11-345/case.pdf>. Per un commento circa *Fisher I*, cfr. *Fisher v. University of Texas at Austin*, in *Harv. Law. Rev.*, vol. 127, n. 1/2013, disponibile all'indirizzo https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2013/11/vol127_fisher_v_university_of_texas_at_austin.pdf; *Promoting Full Judicial Review and Process in Applying Strict Scrutiny*, in *Hous. L. Rev. Off Rec.*, vol. 4, n. 1/2013, pp. 33-42, disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2472693; R.A. SMOLLA, *Fisher v. University of Texas: Who Put the Holes in "Holistic"?*, *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, vol. 9, 2013 pp. 31 – 65, disponibile all'indirizzo <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1067&context=djclpp>; J.A. POWELL, S. MENENDIAN, *Fisher v. Texas: The Limits of Exhaustion and the Future of Race-Conscious University Admissions*, in *U. Mich. J.L. Reform*, vol. 47, 2014, 899 – 933, disponibile all'indirizzo <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1114&context=mjlr>.

⁸² *Fisher v. University of Texas (Fisher II)*, 136 S. Ct. 2198 (2016), disponibile a: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/14-981/case.pdf>. Per un commento circa le due sentenze *Fisher* si veda: K.J. ROBINSON, *Fisher's cautionary tale and the urgent need for equal access to an excellent education*, in *Harvard Law Review*, vol. 130, 2016, pp. 185-240, disponibile all'indirizzo https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/185-240_Robinson_Online.pdf; W.C. KIDDER, *How Workable Are Class-Based and Race-Neutral Alternatives at Leading American Universities?*, in *Ucla Law Review Discourse*, vol. 64, 2016, pp. 100-134, disponibile all'indirizzo <https://www.uclalawreview.org/wp-content/uploads/2019/09/Kidder-D64-update.pdf> (ragionando sull'efficacia di misure socioeconomiche in sostituzione ai programmi di ammissione universitaria che tengano conto della razza); C.I. HARRIS, *Fisher's Foibles, From Race and Class to Class Not Race*, in *Ucla L. Rev. Disc.*, 16 novembre 2017, disponibile all'indirizzo <https://www.uclalawreview.org/fishers-foibles-race-class-class-not-race/>; D.W. CARBADO, K.M. TURETSKY, V. PURDIE-VAUGHNSL, *Privileged or Mismatched: The Lose-Lose Position of African Americans in the Affirmative Action Debate*, in *Ucla Law Review Discourse*, 13 giugno 2015, disponibile all'indirizzo <https://www.uclalawreview.org/privileged-mismatched-lose-lose-position-african-americans-affirmative-action-debate/>, che discute di come le problematiche razziste che affrontano gli studenti appartenenti a una minoranza razziale, in specie di colore, non siano solo problematiche di classe, affermando che «*black students across class, and not just class-*

precedenti. Il caso *Fisher I* ha messo in discussione gli *standard* di ammissione dell'università del Texas ad Austin⁸³. Dopo che la Corte Suprema aveva confermato la costituzionalità dell'inclusione della razza come fattore da considerare nella candidatura di un candidato nella causa *Grutter*⁸⁴, l'università di Austin aveva modificato la sua politica di ammissione, che poi verrà contestata da Abigail Fisher. La politica di ammissione in questione prevedeva di considerare la razza di un candidato come elemento computato nel punteggio PAI⁸⁵, che veniva poi sommato al punteggio AI ed inserito in una griglia al fine di delineare la soglia di ammissione degli studenti⁸⁶. Abigail Fisher, che è bianca, aveva fatto domanda di ammissione all'università del Texas ad Austin nel 2008, ma non era stata ammessa e aveva citato in giudizio l'università per aver preso in considerazione la razza nella valutazione dell'ammissione degli studenti⁸⁷, ritenendo che questo violasse l'*Equal Protection Clause*⁸⁸. Nel caso *Fisher I*, la Corte aveva affermato che la considerazione del fattore razza nella politica di ammissione avrebbe dovuto superare il vaglio dello *strict scrutiny*: l'università, quindi, doveva dimostrare che il criterio della razza era funzionale a un *compelling state interest*, in specie al raggiungimento dei benefici educativi della diversità⁸⁹, tale da convincere la Corte che «*no workable race-neutral alternatives would produce the educational benefits of diversity*»⁹⁰. In sede di rinvio, il Quinto Circuito⁹¹ aveva nuovamente confermato la costituzionalità del piano dell'università dato che il fattore razza veniva considerato in modo olistico e ritenuto necessario per ottenere un corpo studentesco diversificato (diversità che favorisce la missione accademica e educativa dell'università)⁹². Fisher propose nuovamente ricorso presso la Corte Suprema.

In *Fisher II*, l'opinione di maggioranza, redatta dal giudice Kennedy, ha nuovamente evidenziato tre principi giuridici chiave già espressi in *Fisher I*. In

disadvantaged black students, experience multiple disadvantages that likely affect their academic performance and the overall competitiveness of their admissions files».

⁸³ *Fisher I*, cit., 2415.

⁸⁴ *Grutter*, cit., 343.

⁸⁵ Il punteggio PAI era determinato da due componenti: un punteggio su due saggi richiesti e un esame del fascicolo completo che determina il *Personal Achievement Score* (PAS). *Fisher v. University of Texas*, 136 S. Ct. 2198, 2206 (*Fisher II*) (2016), disponibile a: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/14-981/case.pdf>.

⁸⁶ *Fisher I*, 133 S. Ct., 2416.

⁸⁷ *Ivi*, p. 2415.

⁸⁸ *Ivi*, p. 2417.

⁸⁹ *Ivi*, p. 2419.

⁹⁰ *Ivi*, p. 2420.

⁹¹ *Fisher v. Univ. of Tex. at Austin*, 758 F.3d 633, 656–57 (5th Cir. 2014).

⁹² *Fisher v. Univ. of Tex. at Austin*, 758 F.3d 633, 656–57 (5th Cir. 2014).

primis, lo scrutinio rigoroso svolto dalla Corte richiede che un'università esprima con chiarezza («*with clarity*») quale obiettivo voglia perseguire attraverso l'inserimento anche del fattore razza nelle politiche di ammissione, dimostrando che la considerazione di quest'ultimo sia strettamente necessaria per il raggiungimento di tale obiettivo⁹³. In secondo luogo, la Corte ha riconosciuto una certa discrezionalità dell'ateneo nel definire i benefici educativi che derivano dalla diversità del corpo studentesco, secondo una «*reasoned, principled explanation*» offerta dall'università circa la convinzione «*that a diverse student body would serve its educational goals*»⁹⁴. Tuttavia, come terzo punto, il giudice Kennedy ha sottolineato che la Corte non riconosce alcuna deferenza all'università nel valutare la «*narrow tailoring analysis of strict scrutiny*»⁹⁵. Il giudice Kennedy ha poi osservato che il programma dell'università è «*sui generis*» perché combina un approccio olistico con un *percentage plan*⁹⁶. In ogni caso, in considerazione della periodica revisione delle proprie politiche di ammissione da parte dell'università, la Corte ha preso atto dell'esame approfondito che ha portato l'università a stabilire che le politiche neutrali dal punto di vista razziale non avevano avuto successo⁹⁷, anche evidenziando la «*consistent stagnation in terms of the percentage of minority students enrolling at the University from 1996 to 2002*»⁹⁸ e sostenendo che l'università poteva ragionevolmente concludere che non aveva ancora raggiunto il suo obiettivo, ritenendo, dunque, ammissibile il relativo piano di ammissione⁹⁹. I giudici Thomas e Alito hanno dissentito. In particolare, il giudice

⁹³ *Fisher II*, 136 S. Ct., 2208.

⁹⁴ *Ibidem*, citando *Fisher I*, 133 S. Ct. 2419.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*. Nel senso che l'università aveva previsto una politica di ammissione che, sulla base di quanto stabilito dalla *Top Ten Percent Law* (*Texas House Bill 588*), teneva anche conto della razza. Questo approccio ammetteva in *primis* gli studenti ai sensi della legge suddetta e ammetteva i restanti studenti combinando i punteggi AI e PAI, considerando, come detto, la razza nel calcolo di quest'ultimo punteggio. Circa l'utilità di combinare misure specifiche rivolte alle minoranze con programmi basati su percentuali come quello in questione cfr. K. MCGEE, *With race-based admissions no longer an option, states may imitate Texas top 10% plan*, in *The Texas Tribune*, 29 giugno 2023, disponibile all'indirizzo <https://www.texastribune.org/2023/06/29/texas-College-top-ten-percent-plan-supreme-court/>.

⁹⁷ *Fisher II*, 136 S. Ct., 2211–12.

⁹⁸ *Ivi*, p. 2212.

⁹⁹ *Ibidem*. Cfr. M. MONTI, *Fisher v. University of Texas: vittoria delle affirmative actions, sconfitta dello strict scrutiny*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2016, p. 811. L'A. nota come la Corte in *Fisher II* abbia in realtà riconosciuto una discrezionalità quasi assoluta all'università del Texas ad Austin, ritenendo che sia competenza di quest'ultima e non della Corte valutare quale sia l'interesse sotteso alla logica della diversità. L'A. si dimostra critico

Thomas ha avuto occasione di anticipare le argomentazioni che successivamente esprimerà nelle decisioni contro Harvard e UNC, affermando che la Corte «*was wrong*», ritenendo che prendere in considerazione la razza nelle politiche di ammissione universitaria violasse l'*Equal Protection Clause*¹⁰⁰.

Come è stato notato dalla dottrina, la lettura *color blind* della Costituzione proposta dalla Corte (in riferimento a una «*Constitution that “knew nothing of white or black men”*») ¹⁰¹ è in contraddizione rispetto al riconoscimento del valore educativo di un corpo studentesco diversificato, soprattutto perché la Corte, nella sentenza contro Harvard e UNC, offre una lettura del concetto di razza puramente formalistica, che prescinde da qualsiasi contesto storico-sociale. Come nota Neil Gotanda¹⁰², il cui pensiero si sviluppa all'interno della cornice dottrinale della *Critical Race Theory*¹⁰³, una concezione formale della razza presuppone che al

verso la sentenza, ritenendo che in essa non sia effettivamente affrontata la questione della necessità costituzionale delle *affirmative actions* e affermando che «(...) nel caso di specie la discriminazione razziale poteva risultare non *narrowly tailored*» perché il piano di ammissione dell'università texana, benché discriminasse sulla base della razza, guardando con favore ai candidati appartenenti della minoranza afroamericana e ispanica, selezionava i candidati che, in queste minoranze, facevano parte delle classi più abbienti, senza tenere conto, ad esempio, di elementi di carattere socio-economico, sollevando la questione se allora non vi fossero altri elementi che avrebbero dovuto essere presi in considerazione, come ad esempio il genere (anche considerando che la ricorrente in Fisher è, appunto, femmina e in quanto tale a sua volta appartenente a un gruppo storicamente ampiamente discriminato, cfr. *ivi*, p. 812). Un'altra versione dell'articolo è proposta anche qui: M. MONTI, *Affirmative actions nella higher education, Fisher v. University of Texas*, 579 U.S. (2016): una sentenza con qualche ambiguità di fondo, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2016, disponibile all'indirizzo <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/05/monti-affirmative-actions-nella-higher-education.pdf>.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 2215 (Thomas, J., dissenting).

¹⁰¹ Cfr. A. KULL, *The Color-Blind Constitution*, cit., p. 11.

¹⁰² Cfr. N. GOTANDA, *A Critique of “Our Constitution is Color Blind”*, in *Stanford Law Review*, vol. 44, n. 1/1991, pp. 1-68, disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2306297_code794838.pdf?abstractid=2306297&mirid=1.

¹⁰³ Cfr., ad esempio, M.L. BARNES, *We Will Turn Back?: On Why Regents of the University of California v. Bakke Makes the Case for Adopting More Radically Race-Conscious Admissions Policies*, cit., p. 2299, che sottolinea lo stretto legame tra lo sviluppo di questa teoria e il caso *Bakke*, che, infatti, è stato descritto come «*the doctrinal marker of the times that shaped this generation of critical race theorists*»; R. DELGADO, J. STEFANCIC, *Critical Race Theory: an introduction*, III ed., 2017, p. 3. Si veda anche K.W. CRENSHAW, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 133, n. 9/1988, disponibile all'indirizzo <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2020/09/Crenshaw-Race-Reform-and->

centro dello *strict scrutiny* vi sia l'«*arbitrary character or racial classifications*»¹⁰⁴, facendo riferimento a *qualunque* razza, come emerge nel caso *Richmond*. Tuttavia, la Corte ha proposto anche un'interpretazione diversa, come emerge chiaramente nel caso *Brown*, che attribuisce al concetto di razza una connotazione storica, considerandola una categoria costruita per giustificare la subordinazione della popolazione di colore rispetto alla popolazione bianca. Coerentemente con quest'ultima visione, la *Critical Race Theory* (da qui in avanti CRT) sostiene che la razza sia il frutto di «“(…) *social, political, cultural, economic, ethnic, and gender factors, [which are] crystallized (reified) into a series of structures that are now (inappropriately) taken as ‘real’*»¹⁰⁵, quindi una categoria sociale determinata da fatti storici¹⁰⁶, completamente priva di un fondamento biologico¹⁰⁷. Una lettura

[Retrenchment-pdf.pdf](#); S. LAWRENCE, K. HYLTON, *Critical Race Theory, Methodology, and Semiotics: The Analytical Utility of a “Race” Conscious Approach for Visual Qualitative Research*, in *SageJournals*, vol. 22, n. 3/2022, pp. 255–265, disponibile all'indirizzo <https://doi.org/10.1177/15327086221081829>. Nel panorama italiano, si vedano, ad esempio, G. ZANETTI, *Critical Race Theory: temi e problemi degli studi critici sulla “razza”* e G. MARINI, *Il colore nel diritto: costruire la soggettività nell'esperienza della Critical Race Theory*, entrambi in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pacini Editore, Pisa, 2017.

¹⁰⁴ Cfr. N. GOTANDA, *A Critique of “Our Constitution is Color Blind”*, cit., p. 47.

¹⁰⁵ Cfr. Y.S. LINCOLN, E.G. GUBA, *Paradigmatic controversies, contradictions, and emerging confluences*, in N.K. DENZIN, Y.S. LINCOLN (Eds.), *The handbook of qualitative research*, 2nd ed., SAGE Publishing, Thousand Oaks, 2000, p. 165.

¹⁰⁶ Cfr. E. BONILLA-SILVA, *The essential social fact of race*, in *American Sociological Review*, vol. 64, n. 6/1999, pp. 899-906, disponibile all'indirizzo <https://www.jstor.org/stable/2657410>. L'A. ribadisce che «“(…) *although race is not an essential category (no social category is essential) and in fact is highly malleable and historically-bounded (as all social categories are), it is nonetheless a central principle of social organization*», ritenendo la razza un fattore sociale come lo sono la classe o il genere, p. 899.

¹⁰⁷ *Ivi*. Secondo l'A., «“(…) *race, like other socially constituted categories, is a human creation and thus exhibits a high degree of malleability and permeability not seen, for instance, in biologically determined categories (…)*», p. 901. *Ex multis*, Z. LEONARDO, *Through the Multicultural Glass: Althusser, ideology and race relations in post-civil rights America*, in *Policy Futures in Education*, vol. 3, n. 4/2005, pp. 400–412, disponibile all'indirizzo <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.2304/pfie.2005.3.4.400?download=true>; P. WARMINGTON, *Taking race out of scare quotes: Race-conscious social analysis in an ostensibly post-racial world*, *Race, Ethnicity & Education*, vol. 12, n. 3/2009, pp. 281-296, disponibile all'indirizzo <https://www.tandfonline.com/doi/epdf/10.1080/13613320903178253?needAccess=true&role=button>. Nel panorama italiano, si vedano ad esempio le molte opere a scopo

della Costituzione intesa come strettamente *color blind* non può accettare questa connotazione storica, portando a risultati distorti¹⁰⁸.

Inoltre, Neil Gotanda distingue tra *historical-race* e *culture-race*¹⁰⁹. Nella seconda accezione, la razza è declinata in una dimensione culturale, in riferimento a tutti gli aspetti «(...) of culture, community, and consciousness» che un determinato gruppo razziale condivide e in cui si identifica. Considerare il criterio della razza secondo tale accezione permette di cogliere le *culture practices* che caratterizzano il gruppo razziale preso in considerazione, coerentemente alla corrente di pensiero della CRT, che fa riferimento alla *race consciousness* nell'analisi giuridica¹¹⁰, così da «riunire tutti gli afroamericani in una distinta comunità con tradizioni e cultura propria da contrapporre a quella bianca»¹¹¹.

Le due accezioni del termine razza sono strettamente connesse, come Gotanda sottolinea in riferimento alle *Black people*, notando come l'aspetto culturale che caratterizza il gruppo sia strettamente intrecciato con la condizione di subordinazione che tale gruppo razziale ha storicamente subito.

Mentre la prima accezione esalta la natura rimediale delle azioni positive (secondo una logica di *reverse discrimination*), la seconda mette in evidenza il *future benefit* di cui tutta la società godrebbe a seguito dell'applicazione di tali misure. In riferimento a questa seconda nozione di razza, Gotanda richiama poche meritevoli eccezioni rispetto ad una generale tendenza della giurisprudenza a ignorare tale aspetto. Sicuramente, fondamentale da questo punto di vista è stato il caso *Bakke*, già precedentemente richiamato¹¹² e che introduce il “*diversity rationale*”, legittimando le *admissions policy* che tenevano conto del fattore della razza alla luce di uno scopo educativo, in specie ottenuto attraverso un corpo studentesco diversificato. Tuttavia, alla luce della giurisprudenza analizzata, sembrerebbe opportuno notare emergere che la formazione di un corpo studentesco diversificato sia un fine meramente eventuale delle azioni positive, che

divulgativo del biologo genetista G. BARBUJANI, *inter alia*: *L'invenzione delle razze: capire la biodiversità umana*, Tascabili Bompiani, Milano, 2006.

¹⁰⁸ Secondo N. GOTANDA, *A Critique of “Our Constitution is Color Blind”*, cit., p. 50: «*This is perverse. (...) the use of formal race strict scrutiny is applied to proposed remedies and results in their being declared unconstitutional, thereby perpetuating social advantages for whites*».

¹⁰⁹ *Ivi*, p. 56 ss.

¹¹⁰ Cfr. G. MARINI, *Il colore nel diritto*, cit., p. 57.

¹¹¹ *Ivi*, p. 58. Si noti che, benché l'esperienza statunitense sia stata fondamentale nello sviluppo della CRT, e che quindi le razze prevalentemente prese in considerazione siano quella bianca e quella afroamericana, la teoria si estende ben al di là del continente nordamericano. *Ivi*, p. 51.

¹¹² In riferimento soprattutto alla *concurring opinion* del Justice Stevens, cfr. *Bakke*, 110 S. Ct., p. 3028 (*Stevens, J. Concurring*).

sono, in realtà, giustificate da una logica riparativa (coerentemente, quindi, ad una nozione di razza intesa in senso storico¹¹³), nella convinzione che esse siano ancora necessarie per coloro che in passato sono stati discriminati in base ad una categoria sociale storicizzata come la razza¹¹⁴.

3. *Students for Fair Admissions* contro Harvard e UNC

3.1 *Majority Opinion*

Nella decisione in oggetto, la Corte Suprema ha ritenuto i «*race-conscious admissions programs*»¹¹⁵ di Harvard e della UNC contrari al Quattordicesimo

¹¹³ Cfr. M. CAELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, cit., pp. 133-134.

¹¹⁴ Sulla natura rimediabile delle azioni positive nel dibattito statunitense, cfr. C. ALESSI, *Le azioni positive*, cit., p. 506.

¹¹⁵ Sia Harvard che l'UNC utilizzano un processo di ammissione altamente selettivo. L'ammissione a ciascuna scuola può dipendere dai voti, dalle lettere di raccomandazione o dal *curriculum* extrascolastico dello studente. Ad Harvard, ogni domanda di ammissione viene inizialmente vagliata da un "first reader", che assegna un punteggio numerico in ciascuna delle sei categorie («*academic, extracurricular, athletic, school support, personal, and overall*»). Per la categoria "overall", che è un insieme di cinque valutazioni, il "first reader" può prendere in considerazione la razza del candidato. I sottocomitati di ammissione di Harvard successivamente esaminano tutte le domande provenienti da una particolare area geografica. Queste sottocommissioni regionali formulano raccomandazioni all'intero comitato di ammissione (composto da 40 membri), e tengono conto della razza del candidato (dove l'obiettivo sarebbe quello di evitare un «*dramatic drop-off*» in *minority admissions from the prior class*). Un candidato che riceve la maggioranza dei voti dell'intera commissione viene accettato provvisoriamente per l'ammissione. Al termine di questo processo, la composizione razziale del gruppo provvisorio di candidati viene resa nota al comitato. L'ultima fase del processo di ammissione di Harvard, chiamata "lop", riduce l'elenco degli studenti ammessi provvisoriamente per arrivare alla classe finale. I candidati che Harvard esclude in questa fase vengono inseriti nella "lop list", che contiene solo quattro informazioni: «*legacy status, recruited athlete status, financial aid eligibility, and race*», *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College* e *Students for Fair Admissions, Inc., Petitioner v. University Of North Carolina, Et Al.*, 600 U. S. 1, 2 (2023) (*syllabus*). Si veda anche: *What we look for* (n.d.), Harvard College, in <https://College.harvard.edu/admissions/apply/what-we-look> (ultimo accesso: 23 luglio 2023). L'UNC (cfr. *Admissions - University of North Carolina at Chapel Hill*, 8 luglio 2023, *Undergraduate admissions*, disponibile all'indirizzo <https://admissions.unc.edu/>, ultimo accesso: 23 luglio 2023) ha un processo di ammissione simile, in cui ogni domanda viene prima esaminata da un lettore predisposto per vagliare le ammissioni, che assegna un punteggio numerico a ciascuna delle diverse categorie. I lettori sono tenuti a considerare la

Emendamento¹¹⁶. La Corte affronta la questione del possibile *overruling* della decisione *Grutter v. Bollinger*, che consentiva di considerare, entro i limiti stabiliti dalla Corte nella stessa decisione, la “razza” come criterio di ammissione alla *law school* dell’università del Michigan.

Il ricorrente ha sostenuto che la sentenza *Grutter* fosse «*more than just wrong*»¹¹⁷ e dovesse essere annullata perché legittimava una sistematica discriminazione sulla base della razza nelle politiche di ammissione delle università. Inoltre, il ricorrente ha chiesto alla Corte di dichiarare che la politica di ammissione di Harvard e quella dell’UNC violassero l’*Equal Protection Clause* e che la seconda violasse anche il Titolo VI.

La Corte Suprema, nell’opinione di maggioranza redatta dallo *Chief Justice* Roberts, ha ritenuto le politiche di ammissione dell’università di Harvard e dell’UNC contrarie alla clausola sopracitata, considerando tali politiche non rispettose dei criteri dettati dalla stessa sentenza *Grutter*, dato che in tale sentenza le «*race-based College admissions*» vengono legittimate solo entro limiti stringenti (*narrow restrictions*)¹¹⁸ e giustificando l’accoglimento del ricorso perché: 1) il criterio della “razza” non deve operare sulla base di stereotipi riferiti a una specifica minoranza, onde evitare che il criterio stesso diventi un mezzo per perpetuare lo stereotipo¹¹⁹; 2) la considerazione del fattore “razza” può

razza del candidato come un fattore di valutazione e formulano una raccomandazione scritta su ogni domanda assegnata, eventualmente attribuendo al candidato un “*plus*” a seconda della razza del candidato. Successivamente, un comitato di membri esperti del personale vaglia la decisione iniziale del primo lettore su ogni candidato e approva o respinge la raccomandazione, anche prendendo in considerazione il gruppo razziale di appartenenza. *Students for Fair Admissions*, 600 U.S. 3. Cfr. A. LIPTAK, *Supreme Court rejects affirmative action at Harvard and UNC*, in *The New York Times*, 30 giugno 2023, disponibile all’indirizzo <https://www.nytimes.com/2023/06/29/us/politics/supreme-court-admissions-affirmative-action-harvard-unc.html> (23 luglio 2023).

¹¹⁶ Ritenendo assorbita la questione della conformità con il Titolo VI del *Civil Rights Act*, che in ogni caso avrebbe riguardato solo UNC: «*We have explained that discrimination that violates the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment committed by an institution that accepts federal funds also constitutes a violation of Title VI*», *Students for Fair Admission*, 600 U.S. 6, spec. nota 2 (*Opinion of the Court*), citando *Gratz v. Bollinger*, 539 U. S. 244, 276, n. 23 (2003).

¹¹⁷ *On Writ Of Certiorari To The United States Court Of Appeals For The First Circuit, Reply Brief For Petitioner*, 24 agosto 2022, p. 2, disponibile all’indirizzo https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-1199/234416/20220824170445364_20-1199%20Reply%20Brief%20Harvard%20Final.pdf.

¹¹⁸ *Students for Fair Admissions*, 600 U.S. 6 (*Syllabus*).

¹¹⁹ *Ivi*, pp. 22-26.

eventualmente rappresentare un *plus* per il candidato, ma mai un *malus*¹²⁰ e 3) i trattamenti preferenziali sono misure che hanno necessariamente una fine predeterminata¹²¹.

Roberts opera, quindi, una valutazione circa la conformità delle politiche di ammissione di Harvard e dell'UNC all'*Equal Protection Clause*, ed in specie del suo «*core purpose (...): do[ing] away with all governmentally imposed discrimination based on race*»¹²². Il Presidente enfatizza che la Corte ha precedentemente legittimato l'utilizzo del criterio della razza nei programmi di ammissione di istituti di istruzione superiore solo entro i confini di rigide restrizioni, secondo la Corte non rispettati nei programmi di Harvard e UNC, «*however well intentioned and implemented in good faith*»¹²³. Sebbene, infatti, entrambi i programmi si pongano obiettivi definiti lodevoli dalla Corte stessa¹²⁴ (come la formazione della classe dirigenziale nel settore sia pubblico che privato¹²⁵, che incentiva un «*robust exchange of ideas*»¹²⁶ al fine di perseguire il *compelling state interest* di avere un corpo di studenti diversificato), la Corte ne critica la vaghezza, sostenendo che per questo non possano essere vagliati da un giudice e ritenendo non misurabile l'eventuale raggiungimento degli obiettivi stessi¹²⁷. Detto in altre parole, gli obiettivi alla luce dei quali Harvard e UNC hanno giustificato le politiche di ammissione adottate non superano, secondo la Corte, lo «*strict scrutiny*» adottato dalla giurisprudenza a partire dal caso *Bakke*. Inoltre, un'ulteriore critica che la Corte muove ai programmi in questione concerne l'utilizzo del criterio della "razza" anche come un *malus*, nonostante la Corte Suprema abbia precedentemente sancito che «*an individual's race may never be*

¹²⁰ *Ivi*, pp. 26-29.

¹²¹ *Ivi*, pp. 29-34.

¹²² *Students for Fair Admissions*, 600 U.S. 14 (citando *Palmore v. Sidoti*, 466 U. S. 429, 432 (1984)) (*Opinion of the Court*).

¹²³ *Ivi*, p. 22.

¹²⁴ *Ivi*, p. 23, affermando che: «*Although these are commendable goals, they are not sufficiently coherent for purposes of strict scrutiny*».

¹²⁵ *Ibidem*. In specie, tale obiettivo rientra tra quelli elencati da Harvard, unitamente a 2) l'obiettivo di preparare i laureati ad adattarsi ad una «*increasingly pluralistic society*» e 3) educare gli studenti attraverso la diversità.

¹²⁶ *Ibidem*. L'obiettivo in questione si inserisce tra quelli elencati dalla UNC, a cui seguono altri obiettivi, quali: «(2) *broadening and refining understanding*; (3) *fostering innovation and problem-solving*; (4) *preparing engaged and productive citizens and leaders*; [and] (5) *enhancing appreciation, respect, and empathy, cross-racial understanding, and breaking down stereotypes*».

¹²⁷ *Ibidem*, in cui si afferma che: «*How is a court to know whether leaders have been adequately "train[ed]"; whether the exchange of ideas is "robust"; or whether "new knowledge" is being developed?*».

used against him in the admissions process»¹²⁸. Sebbene entrambe le università sostengano che la razza di un candidato non debba mai essere un fattore negativo, il giudice Roberts sottolinea che un beneficio concesso agli appartenenti di un gruppo anziché di un altro «*necessarily advantages the former group at the expense of the latter*», anche considerando che «*[c]ollege admissions are zero-sum*»¹²⁹. Si aggiunge che, secondo l’opinione maggioritaria della Corte, i programmi in questione sono essi stessi promotori di stereotipi, dato che si basano sull’idea che gli studenti appartenenti alla stessa minoranza condividano anche le stesse opinioni o prospettive. Coerentemente, la Corte critica anche l’attenzione che tali programmi rivolgono a determinate minoranze razziali o etniche piuttosto che ad altre, sottolineando la poca attenzione delle università in questione «*whether South Asian or East Asian students are adequately represented as “Asian”*», definendo le categorie utilizzate dalle università come riferimento a categorie (in specie quella degli “ispanici”) o poco inclusive (non facendo mai riferimento, per esempio, ai «*Middle Eastern students*»¹³⁰).

¹²⁸ *Ivi.*, p. 27.

¹²⁹ *Ibidem.*

¹³⁰ *Ivi.*, p. 7 (*Syllabus*). Le categorie genericamente utilizzate dagli istituti di istruzione superiore in questione sono: «(1) *Asian*; (2) *Native Hawaiian or Pacific Islander*; (3) *Hispanic*; (4) *White*; (5) *African-American*; and (6) *Native American*». *Id.*, 24 (*Opinion of the Court*). Da notare che l’*Asian American Legal Defense and Education Fund* ha presentato una memoria come *amicus curie*, a favore delle università convenute, fortemente criticando l’idea della minoranza asiatica-americana come una “*minority-model*”, stereotipo richiamato anche dalla stessa SFFA, cfr. *Brief Of Amici Curiae Asian American Legal Defense And Education Fund Et Al.*, disponibile all’indirizzo <https://www.supremecourt.gov/AmicusBriefofAsianAmericanLegalDefenseandEducationFund.pdf>; B. LI, *Being race-conscious is a necessary and effective tool to address racism and discrimination — including for Asian Americans*, in *SCOTUSblog*, 28 ottobre 2022, disponibile all’indirizzo <https://www.scotusblog.com/2022/10/being-race-conscious-is-a-necessary-and-effective-tool-to-address-racism-and-discrimination-including-for-asian-americans/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023). A favore del ricorrente invece, l’*Asian American Coalition for Education* e l’*Asian American Legal Foundation* hanno presentato una memoria in cui sostengono che le scuole discriminano gli studenti asiatici americani, condividendo la richiesta di superare *Grutter*, cfr. *Brief Of Amici Curiae The Asian American Coalition For Education And The Asian American Legal Foundation*, disponibile all’indirizzo <https://www.supremecourt.gov/AmicusBrief.pdf>. Molto critico sul punto, J. CHANG, *Asian Americans spent decades seeking fair education. Then the right stole the narrative*, in *The Guardian*, 13 aprile 2023, disponibile all’indirizzo <https://www.theguardian.com/us-news/2023/apr/13/affirmative-action-asian-americans-us-universities> (ultimo accesso: 23 luglio 2023); *Id.*, *For most Asian Americans, diversity is a core value – even if a loud minority contests it*, in *The Guardian*, 1 luglio 2023, disponibile all’indirizzo <https://theguardian.com/us-news/2023/jul/01/asian-americans-affirmative->

Infine, tenendo in considerazione quanto detto precedentemente dalla stessa Corte nel caso *Grutter*, la Corte osserva che i programmi di Harvard e UNC mancano di un «*logical end point*»¹³¹, dato che sia Harvard sia l'UNC hanno riconosciuto che i loro programmi non hanno una scadenza predeterminata. Anzi, nella decisione viene osservato che «*UNC suggests that it might soon use race to a greater extent than it currently does*»¹³².

In ogni caso, il Presidente Roberts ha sottolineato che la decisione della Corte non impedisce alle università di prendere in considerazione il fattore della razza caso per caso e che nessun punto della presente decisione dovrebbe portare a dedurre che, nella valutazione del candidato, sia proibito considerare «*how race affected his or her life, be it through discrimination, inspiration, or otherwise*»¹³³.

Secondo l'opinione della maggioranza, ciò che sarebbe rilevante in queste situazioni non è il fatto che i candidati abbiano affrontato sfide derivanti dalla loro identità razziale, ma le virtù o le abilità sviluppate attraverso queste esperienze, ritenendo che il «*benefit*» che si concretizza dal loro superamento deve risultare nello «*student's courage and determination*» o comunque in una sua «*heritage or culture*» che lo motivano e lo rendono idoneo ad un ruolo di *leadership* o comunque al raggiungimento di un obiettivo legato a una «*unique ability*» dello stesso «*to contribute to the university*»¹³⁴. Al contrario, la sentenza denuncia programmi come quelli utilizzati da Harvard e dall'UNC che hanno «*concluded, wrongly, that the touchstone of an individual's identity is not challenges bested, skills built, or lessons learned but the color of their skin. Our constitutional history does not tolerate that choice*»¹³⁵.

La Corte ha considerato i criteri espressi nella sentenza *Grutter*, e, sulla base di questi, ritenuto non accettabili le politiche di ammissione delle università coinvolte nel caso.

Tuttavia, una logica diversa dal precedente emerge, ad esempio, leggendo il *concurring* del giudice Thomas (che si era pronunciato con un dissenso nel caso *Grutter*). Nella sentenza *Grutter*, al fine di soddisfare lo «*strict scrutiny*» previsto, vi era un unico interesse «*sufficiently compelling*» da rispettare: gli «*educational*

[action-supreme-court](https://www.scotusblog.com/2022/10/a-guide-to-the-amicus-briefs-in-the-affirmative-action-cases/). Per un prospetto di tutte le memorie presentate nei casi qui in esame, cfr. E. ERSKINE, A. GOU, E. SNYDER, *A guide to the amicus briefs in the affirmative-action cases*, in *SCOTUSblog*, 29 ottobre 2022, <https://www.scotusblog.com/2022/10/a-guide-to-the-amicus-briefs-in-the-affirmative-action-cases/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).

¹³¹ *Students for Fair Admissions*, 600 U.S. 21.

¹³² *Ivi*, p. 34.

¹³³ *Ivi*, p. 39.

¹³⁴ *Ivi*, p. 40.

¹³⁵ *Ibidem*.

benefits of a diverse student body»¹³⁶. Thomas, sottolineando quanto già detto da Roberts, ovvero che le due università convenute non avevano dimostrato di ottemperare all’interesse in questione, ha anche criticato il criterio stesso, sostenendo che «*even in Grutter*», la Corte «*failed to clearly define*» cosa si dovesse intendere in riferimento agli «*educational benefits of a diverse student body*»¹³⁷.

Infine, l’opinione della maggioranza ha sottolineato come tale decisione non incida sulla possibilità delle accademie militari di diversificare gli studenti ammessi tenendo conto del fattore etnico-razziale attraverso programmi di ammissione appositi¹³⁸. In ogni caso, dato che le accademie in questione non hanno partecipato alle cause di Harvard e UNC e i tribunali di grado inferiore non hanno preso in considerazione questo argomento, il Presidente Roberts, in una nota a piè di pagina, specifica che la Corte Suprema non ha trattato la questione «*in light of the potentially distinct interests that military academies may present*»¹³⁹.

Al parere di Roberts si sono uniti i giudici Alito, Barrett, Gorsuch, Kavanaugh e Thomas. Anche Gorsuch, Kavanaugh e Thomas hanno presentato separate *concurring opinions*. La giudice Sotomayor ha presentato un’opinione dissenziente, alla quale si è unita la giudice Kagan nella sua interezza e la giudice Jackson per quanto riguarda la causa *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*. Anche Jackson ha presentato un’opinione dissenziente nella causa *Students for Fair Admissions, Inc. v. University of North Carolina*, a cui si sono unite le giudici Kagan e Sotomayor.

3.2 *Concurring e dissenting opinions*

3.2.1 *La concurring opinion del giudice Thomas*

Nella *concurring opinion* presentata, il giudice Thomas sostiene fortemente l’idea che la Costituzione implichi un approccio «*color-blind*»¹⁴⁰, idea alla quale la giudice Sotomayor si oppone con forza nel suo dissenso, affermando che il

¹³⁶ *Ivi*, p. 23 (Thomas, J., *concurring*), in riferimento a *Grutter*, 539 U.S. 328, 333.

¹³⁷ *Ivi*, p. 24, in riferimento a *Grutter*, 539 U.S. 333.

¹³⁸ In questo modo la Corte risponde ad un punto sollevato anche nella memoria presentata dall’amministrazione Biden come *amicus curie* a sostegno di Harvard e della UNC, in cui era stata sottolineata l’importanza di avere un corpo di ufficiali diversificato, cfr. *Brief For The United States As Amicus Curiae Supporting Respondent*, disponibile all’indirizzo https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-1199/232539/20220801205901633_20-1199%20Harvard%20FINAL%20Revised.pdf.

¹³⁹ *Students for Fair Admissions*, 600 U.S. 22, spec. n. 4 (Thomas, J., *concurring*).

¹⁴⁰ *Ivi*, pp. 1 e 33 (Thomas, J., *concurring*), in cui il giudice afferma che «*the Constitution’s colorblind rule reflects one of the core principles upon which our Nation was founded: that “all men are created equal”*».

Quattordicesimo Emendamento «*does not impose a blanket ban on race-conscious policies*»¹⁴¹.

Thomas critica aspramente i programmi della UNC e di Harvard da un punto di vista pratico, considerando tali programmi inefficaci «*to increase the overall number of blacks and Hispanics able to access a College education*». Il giudice ritiene che i trattamenti preferenziali, lungi da aiutare le persone a cui sono destinati, possano addirittura comportare per loro conseguenze negative, dato che, ad esempio, alcuni studenti ammessi attraverso misure preferenziali hanno una minore probabilità di successo accademico¹⁴², dato che tali misure preferenziali si limitano, secondo Thomas a «*simply redistribute individuals*»¹⁴³ tra i college e le università «*placing some [students] into more competitive institutions than they otherwise would have attended*». Infine, conclude il giudice, tali studenti potrebbero comunque essere danneggiati dalla stigmatizzazione che i programmi di ammissione basati sulla razza creerebbero nei loro confronti. Per questo, il giudice ritiene che, anziché risolvere i problemi di disuguaglianza esistenti, queste politiche creino tra gli studenti fenomeni di «*racial polarization and friction*»¹⁴⁴. Dalla lettura di questa *dissenting opinion*, è possibile evincere i limiti di una lettura strettamente originalista della Costituzione, in cui l'opinione personale sembra a tratti prevalere su quella prettamente giuridica, che dovrebbe limitarsi ad analizzare se la questione posta dalla Corte sia conforme alla Costituzione¹⁴⁵. Il

¹⁴¹ *Ivi*, p. 6 (Sotomajor, J., *dissenting*).

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ivi*, p. 39 (Thomas, J., *concurring*), affermando che: «*Rather, those racial policies simply redistribute individuals among institutions of higher learning, placing some into more competitive institutions than they otherwise would have attended. (...) In doing so, those policies sort at least some blacks and Hispanics into environments where they are less likely to succeed academically relative to their peers*».

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 48.

¹⁴⁵ L'interpretazione originalista presenta diverse varianti, distinguendosi soprattutto tra gli interpreti che prediligono come criterio interpretativo l'*original intent* dei Padri Fondatori e coloro che fanno riferimento all'*original public meaning* (cioè all'operazione esegetica che sarebbe stata compiuta dai giuristi all'epoca dell'emanazione del testo costituzionale). Il problema della ricostruzione originalista del giudice Thomas, nel caso di specie, emerge con chiarezza relativamente alla sua interpretazione del *Freedmen Bureau Act*, che sembra non rispettare nessuna delle due varianti ora indicate. La prima vorrebbe, infatti, ricostruire il complesso di idee sottese al testo, guardando alla dimensione politico-costituzionale prima ancora che giuridica; la seconda corrente si fonda su un'indagine di carattere soprattutto storiografico (cfr. P. BIANCHI, *Il lungo addio. Declino e caduta delle costituzioni novecentesche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 73 ss.). Tuttavia, né dal punto storiografico, né da un punto di vista politico-istituzionale, è possibile sostenere che il termine "*freedman*" sia privo di una connotazione razziale, a meno di non ritenere che

giudice, per sostenere che il Quattordicesimo Emendamento non possa ritenersi la base costituzionale di piani di azione positiva volti a sopperire a situazioni discriminatorie, si trova costretto a dover dare una lettura del *Freedmen's Bureau* conforme a questa tesi. Il *Freedmen's Bureau*, infatti, fu autorizzato nel 1865 dallo stesso Congresso che approvò il Quattordicesimo Emendamento. Il giudice Thomas sostiene che, sebbene il *Freedmen's Bureau Act*¹⁴⁶, estendendo la

anche il fenomeno della schiavitù, la cui fine è formalmente individuabile nell'approvazione del Tredicesimo Emendamento nel 1865, un fenomeno neutro dal punto di vista razziale. Per questo, più che una ricostruzione originalista della norma costituzionale in questione, sembra che il giudice Thomas proponga una ricostruzione utile a definire un'idea politicamente connotata. Così E.J. SEGALL, *Originalism as Faith*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. XIV, secondo cui «*those who purport to be originalists – like Scalia and Thomas – often abandon originalism when it does not serve their ideological agendas*»; A. SERWER, *What was Clarence Thomas thinking?*, in *The Atlantic*, 7 luglio 2023, disponibile all'indirizzo <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2023/07/freedmen-race-neutral-supreme-court-affirmative-action-clarence-thomas/674641/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023), secondo cui «*his efforts [del giudice Thomas] at reconciliation ultimately illustrate the extent to which “originalism” is merely a process of exploiting history to justify conservative policy preferences, and not a neutral philosophical framework*». Si veda anche: A. HOWE, *Supreme Court strikes down affirmative action programs in College admissions*, in *SCOTUSblog*, 29 giugno 2023, disponibile all'indirizzo <https://www.scotusblog.com/2023/06/supreme-court-strikes-down-affirmative-action-programs-in-College-admissions/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023). Critico sull'attuale originalismo proposto della Corte: H. LITMAN, *Originalism, Divided*, in *The Atlantic*, 25 maggio 2021, disponibile all'indirizzo <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2021/05/originalism-meaning/618953/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).

¹⁴⁶ *Act of March 3, 1865* (13 Stat. 507), poi ulteriormente esteso da altri due atti: *Act of July 1, 1866* (14 Stat. 173) e *Act of July 6, 1868* (15 Stat. 83). L'atto istituì il *Bureau of Refugees, Freedmen, and Abandoned Lands* (si veda anche: *Brief for Professors of History and Law as Amici Curiae in support of Respondents*, p. 8 ss. e spec. nota 4, disponibile all'indirizzo https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/20/20-1199/232463/20220801160903406_Harvard%20UNC%20Final%20PDF.pdfA.pdf).

L'organo era noto anche come il *Freedmen's Bureau*, istituito presso il *War Department* con l'atto del Congresso sopracitato. Il *Bureau* era responsabile della supervisione e della gestione di tutte le questioni relative ai *refugees* e ai *freedmen* e alle terre abbandonate o sequestrate durante la Guerra Civile. I documenti del *Bureau* contengono un'ampia gamma di dati sull'esperienza degli afroamericani durante la schiavitù e il periodo della Ricostruzione e per questo sono una «*invaluable source for historians, social scientists, and genealogists*», cfr. *The Freedmen's Bureau, National Archives*, 28 ottobre 2021, disponibile all'indirizzo <https://www.archives.gov/research/african-americans/freedmens-bureau> (ultimo accesso: 23 luglio 2023). Per una ricostruzione storica si veda G. BENTLEY, *A History of the Freedmen's Bureau*, Octagon Books, New York, 1955; R. FLEISCHMAN, T.

previgente legislazione, istituì un organo apposito al fine di tutelare i «*loyal refugees and freedmen*»¹⁴⁷, il termine “*freedmen*” è privo di una connotazione razziale, essendo una categoria formalmente «*race-neutral*»¹⁴⁸ e un «*decidedly underinclusive proxy for race*»¹⁴⁹.

Tuttavia, se si avallasse tale lettura, le azioni positive volte a rimediare a una situazione discriminatoria dal punto di vista razziale *in toto* (cioè, al di là dei programmi di ammissione delle università) non avrebbero una copertura costituzionale nel Quattordicesimo Emendamento. Il giudice afferma che le prime letture della Corte Suprema sull’Emendamento in questione fossero svolte in «*colorblind terms*»¹⁵⁰, sottolineando che l’Emendamento è pensato per garantire «*equal rights for all citizens, regardless of the color of their skin*»¹⁵¹, affermando che la norma è stata pensata per garantire ai cittadini che la legge «*may not sort citizens based on race*»¹⁵², volendo soddisfare in tal modo la «*promise of equality under the*

TYSON, D. OLDROYD, *the U.S. Freedmen's Bureau in post-civil war reconstruction*, in *Accounting Historians Journal*, vol. 41, n. 2/2014, pp. 75-110.

¹⁴⁷ *Students for Fair Admissions*, 600 U.S. 18 (Thomas, J., concurring). L’atto del 3 marzo 1865 autorizzava la nomina di *Assistant Commissioners* per aiutare il *Commissioner* a supervisionare il lavoro dell’Ufficio negli ex Stati confederati, negli Stati di confine e nel *Columbia District*, cfr. *United States. National Archives and Records Administration. Records of the field offices for the state of Virginia, Bureau of Refugees, Freedmen, and Abandoned Lands, 1865–1872.*— Washington, DC: U.S. Congress and National Archives and Records Administration, 2006 (*National Archives microfilm publications. Pamphlet describing; M 1913*), pp. 1-2.

¹⁴⁸ *Students for Fair Admissions*, 600 U.S. 18 (Thomas, J., concurring).

¹⁴⁹ *Ibidem*. Tuttavia, in altre occasioni, come nella decisione *New York State Rifle & Pistol Association, Inc. v. Bruen* 142 S.Ct. 2111 (2022), disponibile all’indirizzo https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-843_7j80.pdf, il giudice Thomas ha sostenuto che «*in the years before the 39th Congress proposed the Fourteenth Amendment, the Freedmen's Bureau regularly kept it abreast of the dangers to blacks and Union men in the postbellum South*», utilizzando specificatamente il termine “*blacks*” e non genericamente quello di “*freedmen*”, proprio per sottolineare la connotazione razziale del gruppo rispetto a quello degli “*Union men*”. La decisione *Bruen* si inserisce nello stesso *pattern* decisionale 6 – 3 della decisione in esame nel presente commento e ha sancito l’incostituzionalità del *Sullivan Act* del 1911 (una legge dello Stato di New York che prevedeva che i richiedenti di una licenza di porto d’armi dovessero dimostrare una “*proper cause*” che giustificasse la richiesta stessa), rispetto al Secondo Emendamento. Per una nota critica del caso cfr. *Bruen's Ricochet: Why Scored Live-Fire Requirements Violate the Second Amendment*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 136, 2023, pp. 1412 – 1433, disponibile all’indirizzo <https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2023/03/136-Harv.-L.-Rev.-1412.pdf>.

¹⁵⁰ *Students for Fair Admissions*, 600 U.S. 15 (Thomas, J., concurring).

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Ivi.*, p. 50.

law»¹⁵³. Nell’affermare questo e nell’attribuire al termine «*freedman*» una connotazione neutra, il giudice sembra considerare il principio di uguaglianza solo secondo un’accezione formale e non anche sostanziale.

Sul punto, è significativa la memoria redatta da accademici e depositata presso la Corte (in quanto *amici curiae*) a favore dei ricorrenti, in cui viene esaurientemente riportato che tanto i legislatori repubblicani (*the Reconstruction Congress*), quanto l’opposizione democratica promuovevano, sulla base del Quattordicesimo Emendamento, «*race-conscious programs*»¹⁵⁴ mirati a creare «*opportunities for self-advancement*»¹⁵⁵, rigettando «*demands for strict race neutrality*» e sottolineando che il superamento del principio dello *stare decisis* «*requires “something more than ambiguous historical evidence.”*»¹⁵⁶. Nella memoria, viene anche data una lettura sistematica del *Civil Rights Act* e del *Freedmen’s Bureau Act* alla luce della garanzia data dalla Clausola dell’*Equal protection* sancita dal Quattordicesimo Emendamento, ritenendo che tali atti «*make clear that the Reconstruction Congress was comfortable with race-conscious policies*»¹⁵⁷, coerentemente con quanto espresso nel dissenso della giudice Sotomayor, secondo cui «*the text and history of the Fourteenth Amendment make clear that the Equal Protection Clause permits race-conscious measures*»¹⁵⁸.

Anche il giudice Kavanaugh ha scritto un’opinione concorde in cui ha riconosciuto che la discriminazione razziale è un fenomeno ancora attualmente esistente¹⁵⁹. La legislazione, sia federale, sia statale sui diritti civili, può fungere da deterrente e delineare rimedi alla discriminazione razziale, afferma il giudice, mentre i governi e le università «*can, of course, act to undo the effects of past discrimination in many permissible ways*»¹⁶⁰, purché tali metodi non coinvolgano «*classification by race*»¹⁶¹. In ogni caso, il giudice ribadisce che la decisione in esame, che, ha sottolineato, si applicherà per la prima volta al processo di ammissione per la classe del 2028, è coerente con il termine di 25 anni previsto da *Grutter*¹⁶².

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ *Brief for Professors of History and Law as Amici Curiae*, cit.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ivi*, p. 4, citando *Gamble v. United States*, 139 S. Ct. 1960, 1974, 1969 (2019).

¹⁵⁷ *Ivi*, p. 10.

¹⁵⁸ *Students for Fair Admissions, Inc* 600 U.S. 38 (Sotomayor, J., *dissenting*).

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 8 (Kavanaugh, J., *concurring*). Secondo la giudice: «*(...) although progress has been made since Bakke and Grutter, racial discrimination still occurs and the effects of past racial discrimination still persist*».

¹⁶⁰ *Ivi*, citando *Croson*, 488 U. S. 526.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*.

3.2.2 *Le dissenting opinions*

La giudice Sotomayor, laureata a Princeton e alla Yale Law School¹⁶³, ha sottolineato che la decisione della maggioranza ha determinato un passo indietro decennale nella giurisprudenza, dato che ha «*cement[ed] a superficial rule of colorblindness as a constitutional principle in an endemically segregated society*»¹⁶⁴. Il fatto che lo strumento delle azioni positive nella dimensione scolastica «*has worked and is continuing to work*»¹⁶⁵ non rende giustificabile in alcun modo smettere di utilizzarlo.

Nel suo lungo dissenso¹⁶⁶, la giudice ha affermato che un «*limited use of races*»¹⁶⁷ da parte dei college e delle università «*has helped equalize educational opportunities for all students of every race and background and has improved racial diversity on College campuses*»¹⁶⁸. Nonostante tale progresso sia stato «*slow and imperfect*», ha scritto, «*race-conscious College admissions policies have advanced the Constitution's guarantee of equality*»¹⁶⁹.

Secondo la giudice, la decisione votata dalla maggioranza mette in discussione l'assetto pluralistico e democratico dello Stato in quanto «*subverts the constitutional guarantee of equal protection by further entrenching racial inequality in education*»¹⁷⁰. Dato che «*racial inequality will persist so long as it is ignored*»¹⁷¹, la giudice ritiene che la decisione della maggioranza rafforzerà una «*racial inequality in higher education*»¹⁷², duramente contrastando la tesi del giudice Thomas, affermando che «*nothing in the Fourteenth Amendment or its history supports the Court's shocking proposition, which echoes arguments made by opponents of Reconstruction-era laws and this Court's decision in Brown*»¹⁷³.

¹⁶³ Così A. HOWE, *Supreme Court strikes down affirmative action programs in College admissions*, cit., riporta che la giudice si era in passato definita come «*the perfect affirmative action baby*».

¹⁶⁴ *Students for Fair Admissions*, 600 U.S. 2 (Sotomayor, J., dissenting).

¹⁶⁵ *Ivi*, p. 62 (Sotomayor, J., dissenting), citando la *dissenting opinion* della giudice Ginsburg, in *Shelby County v. Holder*, 570 U. S. 529, 590 (2013).

¹⁶⁶ Cfr. C. SAVAGE, D. VICTOR, *Sotomayor and Jackson write dissents for affirmative action case*, in *The New York Times*, 30 giugno 2023, disponibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2023/06/29/us/politics/affirmative-action-dissent-sotomayor-jackson.html> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).

¹⁶⁷ *Students for Fair Admissions*, 600 U.S. 2 (Sotomayor, J., dissenting).

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ *Ivi*, p. 2.

¹⁷¹ *Ivi*, p. 69.

¹⁷² *Ivi*, p. 25.

¹⁷³ *Ivi*, p. 45.

La giudice ritiene che la decisione della Corte avrà un «*devastating impact*»¹⁷⁴. Nonostante ciò, afferma che il «*society’s progress toward equality cannot be permanently halted*»¹⁷⁵. «*The pursuit of racial diversity will go on*»¹⁷⁶ ha scritto Sotomayor, nonostante «*the court has stripped out almost all uses of race in College admissions, universities can and should continue to use all available tools to meet society’s needs for diversity in education*»¹⁷⁷.

La giudice Kagan si è unita al dissenso della giudice Sotomayor. La giudice Jackson, che, come già ricordato, fino all’anno scorso faceva parte del consiglio di amministrazione di Harvard, si è ruscata dal caso di Harvard e si è quindi unita al dissenso della giudice Sotomayor per quanto riguarda il caso UNC. Anche la giudice Jackson ha presentato un dissenso nel caso UNC, a cui si sono unite le giudici Sotomayor e Kagan, in cui ha sostenuto che la società americana «*has never been colorblind*»¹⁷⁸, ritenendo che questa lettura dell’*Equal Protection Clause* porti a un «*perverse, ahistorical, and counterproductive outcome*»¹⁷⁹.

Infine, sia la giudice Sotomayor sia la giudice Jackson hanno criticato la maggioranza per aver delineato un’eccezione per le accademie militari. La giudice Jackson ha scritto che la maggioranza ha concluso che la «*racial diversity in higher education is only worth potentially preserving insofar as it might be needed to prepare Black Americans and other underrepresented minorities for success in the bunker, not the boardroom*»¹⁸⁰.

4. Considerazioni conclusive

Il dibattito giurisprudenziale sulle *affirmative actions* è frutto di un travagliato percorso, che, oggi, sembra ancora lontano dal raggiungimento di una soluzione pacifica. Lo sforzo di attuare programmi di azioni positive emerge nella politica statunitense già nel 1965, quando il Presidente Johnson emanò l’*Executive Order* n. 11246, secondo cui qualsiasi ente che riceveva finanziamenti federali significativi doveva adottare delle *affirmative actions* per garantire pari opportunità alle minoranze razziali, in specie in ambito occupazionale. Due anni dopo, insieme al criterio razziale, anche quello di genere fu inserito nel campo di applicazione del provvedimento¹⁸¹. Tuttavia, la prima vera attuazione, attraverso la regolazione di

¹⁷⁴ *Ivi*, p. 68.

¹⁷⁵ *Ivi*, p. 69.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ *Ivi*, p. 2 (Jackson, j., *dissenting*).

¹⁷⁹ *Ivi*, p. 29.

¹⁸⁰ *Ivi*, p. 29.

¹⁸¹ In riferimetto a l’[Executive Order n. 11375](https://www.usda.gov/oascr/special-emphasis-), cfr. *Federal Women’s Program*. (n.d.), USDA, disponibile all’indirizzo <https://www.usda.gov/oascr/special-emphasis->

dettaglio, si ebbe con l'Amministrazione Nixon solo nel 1969. In tal senso, la composizione stessa della Corte Suprema (formata da quattro donne e cinque uomini, con la presenza di minoranze etnico-razziali riferite sia alla popolazione afroamericana, sia ispanica) è il prodotto dell'impegno a garantire il rispetto delle minoranze, da parte di varie Amministrazioni presidenziali, da Bush a Biden¹⁸².

In questo quadro, è interessante riflettere sulla critica che la *Students for Fair Admissions* muove alle politiche di ammissione delle università, discutendo l'utilità dell'esistenza di classificazioni sulla base del fattore razziale o etnico, ritenendo il caso *Grutter* «*more than just wrong*»¹⁸³. In quest'ultima decisione, ampiamente presa in considerazione dai giudici nei casi riguardanti Harvard e UNC, la giudice O'Connor aveva ritenuto ammissibile l'utilizzo del fattore della razza nelle politiche di ammissione universitarie, ma sostenendo che le «*race-conscious admissions policies must be limited in time*», indicando nella soglia dei venticinque anni il limite temporale per rivalutare i programmi di azione positiva, nella speranza che, in futuro, «*the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interest approved today*». Il limite dato dalla giudice, però, non può essere ritenuto perentorio, piuttosto configurandosi come un giudizio prognostico che non necessariamente trova conferma nella realtà storica. In effetti, rispetto al 2003, il *gap* tra il reddito medio di un cittadino bianco e quello di un cittadino appartenente ad una minoranza razziale (o etnica) non sembra essere diminuito¹⁸⁴.

Sia che le azioni positive vengano considerate una «*reverse discrimination*» (e quindi, secondo l'idea dworkiana, richiedano il perseguimento di un interesse specifico, individuato in un corpo studentesco diversificato), sia che le azioni positive vengano interpretate secondo una logica più tipicamente rimediale (secondo un principio di uguaglianza sostanziale), sembrano molto lontane dal poter essere definite inutili.

In effetti, la Corte non ritiene la razza un elemento da ignorare *in toto*, bensì un fattore da considerare relativamente all'individuo, in una logica che si focalizza su come il singolo ha affrontato gli svantaggi derivanti dall'appartenenza ad un gruppo minoritario. Attraverso la valutazione individualistica proposta dalla

[programs/fwp](https://www.dol.gov/agencies/ofccp/about/executive-order-11246-history); *History of Executive Order 11246*. (n.d.), disponibile all'indirizzo <https://www.dol.gov/agencies/ofccp/about/executive-order-11246-history>.

¹⁸² Cfr. D.G. FAUST, *The Blindness of 'Color-Blindness'*, in *The Atlantic*, 15 dicembre 2022, disponibile all'indirizzo <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/12/sffa-v-harvard-supreme-court-affirmative-action/672312/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).

¹⁸³ *On Writ Of Certiorari To The United States Court Of Appeals For The First Circuit*, cit., p. 2.

¹⁸⁴ Per un raffronto del *pay gap* tra persone di colore e bianchi cfr. D. LEONHARDT, *The Black-White Wage Gap Is as Big as It Was in 1950*, in *The New York Times*, 6 luglio 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2020/06/25/opinion/sunday/race-wage-gap.html> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).

Corte, si può forse valutare il “danno emergente” subito dal soggetto a causa del *ground* discriminatorio preso in considerazione, ma come considerare il relativo “lucro cessante”? La nostra realtà storica è ben lontana da una società “*colorblindness*” o “*postracial*”¹⁸⁵. La razza è un fattore che può incidere negativamente sullo sviluppo della persona in quanto tale, anche a prescindere dalla situazione individuale (ad esempio, dal reddito¹⁸⁶) del soggetto.

Certamente, i programmi di azioni positive adottati dalle università¹⁸⁷ non sono esenti da critica. Tuttavia, un approccio critico allo strumento dovrebbe condurre all’adozione di programmi più «*race-conscious*», eventualmente superando la logica redistributiva, che ha rappresentato, dalla *dissenting opinion* di Powell in poi, un compromesso proposto dalla stessa Corte¹⁸⁸.

I modi con cui eventualmente ripensare le *affirmative actions* sono molti. Ad esempio, una soluzione potrebbe essere quella di focalizzare l’attenzione sull’accesso non del singolo individuo, ma del gruppo, allo scopo di far sì che i processi di candidatura rispecchino la rappresentazione demografica¹⁸⁹ dei gruppi di minoranza all’interno del *pool* di candidati¹⁹⁰. Al contrario, l’eccessiva concentrazione verso i *groups numbers* ha dato risultati¹⁹¹ incoerenti rispetto agli

¹⁸⁵ Cfr. D.G. FAUST, *The Blindness of 'Color-Blindness'*, cit.

¹⁸⁶ Così R. ROTHSTEIN, *The problem with Wealth-Based affirmative action*, in *The Atlantic*, 2 giugno 2023, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2023/06/affirmative-action-race-socioeconomic-supreme-court/674251/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023), che afferma che: «(...)wealth-based preferences are not an adequate substitute for race-based affirmative action» e che «(...)America needs race-specific remedies to redress race-specific crimes».

¹⁸⁷ Cfr. M.L. BARNES, *We Will Turn Back?: On Why Regents of the University of California v. Bakke Makes the Case for Adopting More Radically Race-Conscious Admissions Policies*, cit., p. 2290 ss.

¹⁸⁸ *Ivi*, p. 2292, secondo cui «*though goals may vary, a primary tension exists between designing approaches that seek to be as palatable as possible to courts and legislatures versus ones that focus on serving the ends of racial justice*». Critico in tal senso anche B. COOPER, *The failure of affirmative action*, in *The Atlantic*, 23 giugno 2023, disponibile all’indirizzo <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2023/06/failure-affirmative-action/674439/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).

¹⁸⁹ Cfr. M.L. BARNES, *We Will Turn Back*, cit., p. 2294, affermando che «*One could argue about the appropriateness of using, local, state, regional or national pools, but with stronger forms of race-conscious review, at least arguments about demographically representative inclusion could be on the table*».

¹⁹⁰ *Ivi*, p. 2292.

¹⁹¹ Si vedano i grafici riportati da J. ASHKENAS, H. PARK, A. PEARCE, *Even with affirmative action, Blacks and Hispanics are more underrepresented at top colleges than 35 years ago*, in *The New York Times*, 19 luglio 2018, disponibile all’indirizzo <https://www.nytimes.com/interactive/2017/08/24/us/affirmative->

obiettivi della logica della diversità¹⁹², in cui le considerazioni sulla razza erano iper-individualizzate¹⁹³.

D'altra parte, l'importanza di adottare misure *race-conscious* è confermata in molti settori oggi ampiamente discussi, *in primis* il problema dei *bias* insiti nell'utilizzo dell'*Artificial Intelligence* (AI)¹⁹⁴ nei processi di reclutamento e di

[action.html?mtrref=www.google.com](#) (ultimo accesso: 12 agosto 2023). I grafici rappresentano la percentuale di matricole ammesse nelle università statunitensi (tra cui anche UNC e Harvard) divise per gruppo razziale: bianchi, ispanici, afroamericani e asiatici. L'articolo evidenzia il divario tra la *college-age population* e la percentuale di candidati ammessi tra i gruppi razziali sopracitati.

¹⁹² Critica su tale logica K. REYES, *Affirmative Action Is About Reparations, Not Diversity*, in *The Atlantic*, 27 dicembre 2018, disponibile all'indirizzo <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2018/12/affirmative-action-about-reparations-not-diversity/578005/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023), secondo cui «*affirmative action should be about reparations and leveling a playing field that was legally imbalanced for hundreds of years and not about the re-centering of whiteness while, yet again, demanding free (intellectual) labor from the historically disenfranchised*».

¹⁹³ Cfr. M.L. BARNES, *We Will Turn Back*, cit., p. 2294.

¹⁹⁴ Ne dà una definizione l'*High level Group in Artificial Intelligence, European Commission, A Definition of AI: Main Capabilities and Disciplines*, Bruxelles, 8 aprile 2019, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=56341, a partire da quella proposta dalla Commissione: «*Artificial intelligence (AI) refers to systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals*», distinguendo tra *software* basati sull'Intelligenza Artificiale (come gli assistenti vocali o i *software* per il riconoscimento e l'analisi delle immagini) o tra *hardware* che incorporano un sistema di AI (come *robots* o droni), cfr. *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Artificial Intelligence for Europe*, Brussels, 25.4.2018 COM(2018) 237 final. Una definizione è stata anche proposta nell'art. 3 del *Proposal for a Regulation of the European Union on AI*, Brussels, 21.4.2021 COM(2021) 206 final, disponibile all'indirizzo <https://artificialintelligenceact.eu/the-act/>, in cui un sistema di AI viene definito come un sistema che, per «*for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with*». Si veda anche l'*Artificial intelligence Act, BRIEFING EU, Legislation in Progress* (June 2023), disponibile all'indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI\(2021\)698792_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI(2021)698792_EN.pdf). Per una spiegazione su cosa si debba intendere per AI e sulle principali problematiche, cfr. P. TRAVERSO, *Breve introduzione tecnica all'Intelligenza Artificiale*, in *DPCE online*, n. 1/2022, pp. 155-167, disponibile all'indirizzo <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1565/1547>.

selezione¹⁹⁵ sia nei settori pubblici che privati, diffuso soprattutto negli Stati Uniti¹⁹⁶. Il fenomeno rischia di avere gravi conseguenze in termine di possibili effetti discriminatori, data la presenza di *bias* nei *dataset* di allenamento dell’algoritmo che sussumono decenni di fenomeni discriminatori verso determinate categorie di soggetti. Infatti, anche il processamento di dati non errati può indurre esiti altamente discriminatori¹⁹⁷, a causa della logica statistico-probabilistica alla base dell’algoritmo (si pensi ad esempio alle ipotesi in cui l’AI è

¹⁹⁵ Il problema nelle università riguarda anche l’utilizzo di sistemi di AI come ChatGPT nella stesura dei compiti, cfr. I. BOGOST, *The First Year of AI College Ends in Ruin*, in *The Atlantic*, disponibile all’indirizzo <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2023/05/chatbot-cheating-college-campuses/674073/>.

¹⁹⁶ Per un confronto fra l’approccio europeo e quello statunitense, ad esempio, si veda E. CHITI, B. MARCHETTI, *Divergenti? Le strategie di Unione europea e Stati Uniti in materia di intelligenza artificiale*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 1/2020, pp. 29-50, disponibile all’indirizzo www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/strategie-Unione-europea-Stati-Uniti-intelligenza-artificiale. Per quanto riguarda la Cina, cfr. *ex multis*, R. HUW ET AL., *The Chinese approach to artificial intelligence: an analysis of policy, ethics, and regulation*, in *AI & Society*, n. 36/2021, pp. 59-67, disponibile all’indirizzo <https://www.researchgate.net/journal/AI-SOCIETY/The-Chinese-approach-to-artificial-intelligence.pdf>. Per un raffronto tra Stati Uniti e Cina, cfr. E. STRADELLA, *Le fonti nel diritto comparato: analisi di scenari extraeuropei (Stati Uniti e Cina)*, in *DPCE online*, n. 1/2022, pp. 219 – 236, disponibile all’indirizzo <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1569/1551>.

¹⁹⁷ Così, C. CASONATO, *L’intelligenza artificiale e il diritto pubblico comparato ed europeo*, in *DPCE online*, n. 1/2022, p. 174, disponibile all’indirizzo <https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1566/1548>.

utilizzata per il riconoscimento facciale¹⁹⁸ o per esprimere valutazioni, in campo medico¹⁹⁹ o giudiziario²⁰⁰).

Il dibattito circa la legittimità dei trattamenti preferenziali nelle politiche di ammissione delle università ha sollevato *a latere* anche un'altra questione, riguardante il problema delle *legacy admissions*, ovvero dei canali preferenziali che le università riservano ai figli di precedenti allievi, che hanno quindi maggiore possibilità di essere ammessi. Lo stesso giorno della decisione circa Harvard e UNC, il Presidente Biden ha annunciato²⁰¹ che l'*Education Department* avrebbe

¹⁹⁸ Sul riconoscimento facciale, si veda G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021. I sistemi di riconoscimento facciale hanno un alto rischio di effetti discriminatori, essendo in grado di intervenire nelle stesse categorie identitarie. Cfr. C. METZ, *Who is making sure the A.I. machines aren't racist?*, in *The New York Times*, 23 giugno 2023, disponibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2021/03/15/technology/artificial-intelligence-google-bias.html>.

¹⁹⁹ Cfr. Z. OBERMEYER ET AL., *Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations*, in *Science*, vol. 366, 2019, pp. 447-453, disponibile all'indirizzo https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_events/1548288/privacycon-2020-ziad_obermeyer.pdf; E. STRADELLA, *Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale*, in *Consulta Online*, 30 marzo 2020, pp. 1-10, disponibile all'indirizzo https://arpi.unipi.it/retrieve/handle/11568/1060200/640958/stradella_scrittiCostanzo.pdf.

²⁰⁰ Per il panorama italiano Cfr. P. PANNIA, *Quando la cultura entra nell'aula giudiziaria: uno studio sulle argomentazioni dei giudici italiani*, in *Sociologia del diritto*, n. 3/2016, pp. 133 – 162 e in tema di giustizia penale, *ex multis*, S. QUATTROCOLO, *Equo processo penale e sfide della società algoritmica*, in *Rivista di BioDiritto – BioLaw Journal*, n. 1/2019, pp. 135-144, disponibile all'indirizzo https://www.academia.edu/92478051/Equo_processo_penale_e_sfide_della_societ%C3%A0_algoritmica e A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioDiritto – BioLaw Journal*, n. 1/2019, n. 1/2019, pp. 3-31, disponibile all'indirizzo

<https://air.unipr.it/retrieve/handle/11381/2856668/170559/daloia%20ai.pdf>, A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, in *BioDiritto – BioLaw Journal*, n. 1/2019, pp. 63-69, disponibile all'indirizzo <https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/1353/1355>.

²⁰¹ *Remarks by President Biden on the Supreme Court's Decision on Affirmative Action*, in *The White House*, 29 giugno 2023, disponibile all'indirizzo <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2023/06/29/remarks-by-president-biden-on-the-supreme-courts-decision-on-affirmative-action/>. Cfr. M.D. SHEAR, A. HARTOCOLLIS, *Education Dept. opens inquiry into Harvard legacy admissions*, in *The New York Times*, 25 luglio 2023, disponibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2023/07/25/us/politics/harvard-admissions-civil-rights-inquiry.html?campaign> (ultimo accesso: 12 agosto 2023).

avviato un’indagine circa la possibile discriminazione perpetuata attraverso la *legacy admissions policy* dell’università di Harvard²⁰² verso la minoranza ispanica, afroamericana e asiatica, al fine di valutare l’eventuale violazione del Titolo VI del *Civil Rights Act*. Il tempismo non è certo casuale, dato che le *race-conscious measures* nei programmi di ammissione sono spesso state considerate una sorta di “*counter-weight*” delle *legacy admissions policies*²⁰³. Tuttavia, l’eliminazione di tale prassi non sopperisce alla necessità di adottare azioni positive, come la *Students Admission* ha provato a sostenere, affermando che l’eliminazione delle *legacy admissions* basterebbe a garantire un corpo studentesco diversificato²⁰⁴. La questione conferma ulteriormente la necessità di interpretare le *affirmative actions* in senso rimediabile, in perfetta coerenza con quanto affermato nella *dissenting opinion* della giudice Jackson nella decisione riguardante Harvard e UNC, circa la «*intergenerational transmission of inequality that still plagues our citizenry*»²⁰⁵.

Purtroppo, sembra altamente probabile che i casi di Harvard e UNC avranno un forte impatto sui programmi di azione positiva *tout court*. Non resta che

²⁰² Mentre Harvard ha esplicitamente difeso la politica delle *legacy admissions* (si veda S. P. WAXMAN, *memo to United States District Court For The District Of Massachusetts Boston Division*, Doc. n. 418, 15 giugno 2018, p. 32 ss., disponibile all’indirizzo <https://projects.iq.harvard.edu/files/diverse-education/files/harvardsummaryjudgment?campaign>), è interessante notare che recentemente *Opportunity Insight*, un gruppo di economisti con sede ad Harvard, ha rilasciato uno studio circa la maggiore probabilità dei figli di famiglie molto benestanti di essere ammessi. In specie, i figli delle famiglie il cui reddito rientra nell’1% più ricco hanno il 34% di probabilità in più di essere ammessi rispetto alla media (a parità di punteggio) e tale probabilità aumenta vertiginosamente fino a raddoppiare per coloro che rientrano nello 0,1% più ricco. Lo studio è critico verso la politica delle *legacy admissions*, ritenendo che tale prassi sia il principale strumento che avvantaggia i figli delle famiglie più ricche. I figli di ex allievi sono ammessi con il doppio della probabilità rispetto alla media (a parità di punteggio) e tale probabilità cresce con l’aumentare del reddito. Si veda: A. BHATIA, C. MILLER, J. KATZ, *Study of elite college admissions data suggests being very rich is its own qualification*, in *The New York Times*, 28 luglio 2023, disponibile all’indirizzo <https://www.nytimes.com/interactive/2023/07/24/upshot/ivy-league-elite-college-admissions.html> (ultimo accesso: 12 agosto 2023).

²⁰³ Cfr. J.S. GERSEN, *The end of legacy admissions could transform college access*, in *The New Yorker*, 8 agosto 2023, disponibile all’indirizzo <https://www.newyorker.com/news/daily-comment/the-end-of-legacy-admissions-could-transform-college-access> (ultimo accesso: 12 agosto 2023).

²⁰⁴ Cfr. S. KESSLER, B. WARNER, E. LIVNI, *After affirmative action ruling, legacy admissions take center stage*, in *The New York Times*, 29 luglio 2023, disponibile all’indirizzo <https://www.nytimes.com/2023/07/29/business/dealbook/affirmative-action-legacy-admissions.html> (ultimo accesso: 12 agosto 2023).

²⁰⁵ *Students for Fair Admissions*, 600 U.S. 2 (Jackson, J., *dissenting*).

guardare con occhio critico il futuro, consapevolizzando la presenza di *bias* nel nostro modo di relazionarci, digitalmente e non, sperando che, nel frattempo, la politica del “*race neutral*” non si traduca ancora una volta in un “*separate but equal*”²⁰⁶.

²⁰⁶ Cfr. U. MAZYCK JAYAKUMAR, I.X. KENDI, ‘*Race Neutral*’ Is the New ‘*Separate but Equal*’, in *The Atlantic*, 29 giugno 2023, disponibile a: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2023/06/supreme-court-affirmative-action-race-neutral-admissions/674565/> (ultimo accesso: 23 luglio 2023).