

***Inequality is not inevitable. Comprensioni
dell'eguaglianza, razza e azioni affermative nell'esperienza
costituzionale statunitense****

Angelo Schillaci

“You do not take a person who, for years,
has been hobbled by chains and liberate him, bring
him up to the starting line of a race and then say:
You are free to compete with all the others.”¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Riparare o trasformare? *Scrutiny review* ed eguaglianza sostanziale nell'esperienza statunitense. – 3. La decisione *Students for fair admissions*: storia di una fine annunciata? – 4. Le origini del canone della *diversity* e la sua fragilità. – 5 Alle radici dell'alternativa: promuovere la diversità o incidere sulle condizioni della disuguaglianza? – 6. Rielaborazioni della *diversity*: tra libertà accademica, letture identitarie e costruzione della cittadinanza. – 6.1 La rilettura della *diversity* in *Grutter v. Bollinger* : un *safe harbor*? – 6.2 Identità, eguaglianza sostanziale e giustizia razziale. – 6. Azioni affermative e trasformazione della realtà. Un cammino inconcluso.

1. Premessa

In un articolo pubblicato nel 2020², Catherine MacKinnon e Kimberlé Crenshaw sono intervenute nel dibattito sull'approvazione dell'*Equal Rights Amendment* (E.R.A.), con una riflessione sui limiti dell'approccio del diritto costituzionale statunitense all'eguaglianza, che include la redazione – frutto di un lavoro collettivo – di una bozza alternativa di emendamento. Seppur legato a una questione specifica, il lavoro offre argomenti importanti in relazione alle vicende dell'eguaglianza nel dibattito costituzionale statunitense e, quindi, può contribuire a delineare lo sfondo per le riflessioni che svolgerò, a partire dalla sentenza

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*. L'articolo è parte del focus monografico “Corte Suprema statunitense, università, eguaglianza”.

¹ “*To fulfill these rights*”, Commencement Address del Presidente Lyndon B. Johnson all'Università di Harvard, 4 giugno 1965 (presidency.ucsb.edu).

² C.A. MacKinnon, K.W. Crenshaw, *Reconstituting the Future: An Equality Amendment*, in *Yale Law Journal Forum*, 2019-2020, p. 343 ss.

Students for Fair Admissions (d'ora in poi, *SFFA*) decisa dalla Corte Suprema il 29 giugno 2023 e relativa alla compatibilità con il XIV emendamento delle azioni affermative poste in essere dalle Università in sede di ammissione, con riferimento specifico alla considerazione della razza quale elemento di valutazione delle candidature³.

Il lavoro di Mac Kinnon e Crenshaw si basa infatti sulla consapevolezza che le vicende interpretative della *Equal Protection Clause* – pur intrecciandosi profondamente con dinamiche storiche di mobilitazione e partecipazione democratica – non hanno prodotto “*real equality in social life*”, essenzialmente per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché la tendenza dell'ordinamento – della giurisprudenza della Corte Suprema (salvo alcuni passaggi), ma anche del Congresso – è stata quella di contrapporre ai momenti di mobilitazione democratica risposte ispirate a modeste riforme dello *status quo* (per lo più in chiave antidiscriminatoria). In secondo luogo, e conseguentemente, perché né le forme assunte dal giudizio di eguaglianza nelle dinamiche dell'esperienza giuridica né la tipologia di interventi legislativi messi in campo sono state in grado di sradicare le “*racial and gendered baselines*” su cui si fonda, secondo le autrici, l'ordine costituzionale statunitense⁴.

In particolare, il contenimento del giudizio di eguaglianza entro i ristretti confini della *scrutiny review* – su cui si tornerà – pur avendo consentito alla *Equal Protection Clause* di operare secondo una logica almeno parzialmente riparativa avrebbe tuttavia finito per stabilizzare e confermare, piuttosto che sovvertire, gli assetti gerarchici (sulle linee di genere e razza) tipici della società statunitense⁵. E, d'altra parte, i tentativi del legislatore federale e di quelli statali volti a promuovere eguaglianza – su tutti, come vedremo, le azioni affermative – sono stati progressivamente depotenziati e, quindi, resi incapaci di determinare una trasformazione dei consolidati assetti di subordinazione fondati sulla razza e sul genere.

Di fronte, dunque, a un atteggiamento diffusamente scettico verso la possibilità del diritto di trasformare le condizioni strutturali della

³ Per un commento alla decisione v., oltre ai commenti pubblicati in questo *Focus*, S. Leone, *Costituzione americana e razza ancora allo specchio*, cit., e 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*, fasc. 3/2023, p. 21 ss.

⁴ Ivi, p. 347. MacKinnon era intervenuta nel dibattito sull'E.R.A. già nel 2014 con il suo *Toward a Renewed Equal Rights Amendment: Now More than Ever*, in *Harvard Journal of Law and Gender*, 2014, p. 569 ss.

⁵ C.A. MacKinnon, K.W. Crenshaw, *Reconstituting the Future*, cit., p. 350.

disuguaglianza – “*legislation is powerless*”, aveva d’altra parte affermato la Corte Suprema già in *Plessy v. Ferguson*⁶ – le autrici contrappongono l’idea che, invece, “*inequality is not inevitable*”⁷ e, in questa prospettiva, integrano la consolidata proposta di un *Equal Rights Amendment* in direzione duplice. Anzitutto, propongono di allargarne la portata in chiave intersezionale sia riconoscendo – coerentemente con la proposta classica di Crenshaw⁸ – i molti modi in cui la subordinazione delle donne in ragione del sesso si intreccia con altri *ground* di discriminazione e fattori di vulnerabilità (a partire dalla razzializzazione), sia estendendo la clausola antidiscriminatoria includendo nel “sesso” anche «*pregnancy, gender, sexual orientation, or gender identity*», menzionando esplicitamente la razza (includendovi «*ethnicity, national origin, or color*») e aprendo a ulteriori e innominati fattori di subordinazione («*like grounds of subordination*», come disabilità e fede religiosa)⁹. In secondo luogo, e più in profondità, la formulazione della proposta denota un cambio di prospettiva rispetto a un paradigma esclusivamente anti-discriminatorio. Da un lato, infatti, la sezione 1 – piuttosto che vietare agli stati di negare eguali diritti alle donne – «*provides affirmative equality rights*»¹⁰. Dall’altro, la sezione 3 pone in capo al legislatore federale e a quelli statali l’obbligo positivo di «*redress any disadvantage suffered by individuals or groups because of past and/or present inequality*» e di abrogare esistenti disposizioni che impediscano una «*equal political representation*»; e la successiva sezione 4 esclude che le misure affermative adottate ai sensi della sezione 3 possano essere ritenute discriminatorie alle luce della sezione 2 giacché «*undoing discrimination is not discrimination*»¹¹. Pertanto, rispetto alla formulazione dell’*Equal Rights Amendment* approvato dal Congresso, la proposta di MacKinnon e Crenshaw si muove nella logica di una più incisiva affermazione dell’obbligo positivo del legislatore di intervenire in chiave di

⁶ *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896), la citazione completa – a p. 55 – è la seguente: «*Legislation is powerless to eradicate racial instincts or to abolish distinctions based upon physical differences, and the attempt to do so can only result in accentuating the difficulties of the present situation*».

⁷ C.A. MacKinnon, K.W. Crenshaw, *Reconstituting the Future*, cit., p. 357.

⁸ A partire dalla riflessione avviata da Crenshaw con il fondamentale *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, in *Univ. of Chicago Legal Forum*, 1989, p. 139 ss.; per una raccolta degli scritti sul tema v. anche K.W. Crenshaw, *On Intersectionality*, New York 2017. Per una riflessione di Crenshaw, in questa prospettiva, sulle azioni affermative, cfr. invece Ead., *Framing Affirmative Action*, in *Michigan Law Rev. First Impressions* 2006-2007, p. 123 ss.

⁹ C.A. MacKinnon – K.W. Crenshaw, *Reconstituting the Future*, cit., p. 359.

¹⁰ Ivi, p. 358.

¹¹ Ivi, pp. 361-362.

trasformazione delle condizioni strutturali della disuguaglianza, piuttosto che limitarsi a declinare il principio antidiscriminatorio con specifico riferimento al sesso¹².

2. Riparare o trasformare? Scrutiny review ed eguaglianza sostanziale nell'esperienza statunitense

Al di là del riferimento specifico al dibattito sull'approvazione dell'E.R.A., il contributo di MacKinnon e Crenshaw è interessante perché mette in luce alcuni limiti del dibattito statunitense sull'eguaglianza. Emerge con chiarezza dalle riflessioni delle autrici la difficoltà delle comprensioni dell'eguaglianza invalse nell'esperienza costituzionale nordamericana a determinare un effettivo impatto strutturale sulle condizioni delle disuguaglianze e, in particolare, il radicamento di tali difficoltà nella riduzione della portata della *Equal Protection Clause* a quella di mero parametro di valutazione, piuttosto che di riferimento – fondativo e promozionale – per la giustificazione di politiche finalizzate alla costruzione dell'eguaglianza¹³.

¹² E sebbene anche l'E.R.A. preveda, nella sua sezione 2, un mandato al Congresso, autorizzato a «enforce, by appropriate legislation» le previsioni dell'emendamento. Il testo completo dell'E.R.A. è il seguente: «Section 1: Equality of rights under the law shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of sex. Section 2: The Congress shall have the power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article. Section 3: This amendment shall take effect two years after the date of ratification». La proposta di un *Equal Rights Amendment*, presente nel dibattito pubblico fin dal momento immediatamente successivo all'approvazione del XIX emendamento (la prima proposta è presentata al Congresso nel 1923) si consolida all'inizio degli anni Settanta (grazie anche al lavoro di B.A. Brown et al., *The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women*, in Yale L.J., 1971, p. 871 ss.) e viene infine approvato dal Congresso, e aperto alla ratifica degli Stati, nel 1972, con la fissazione di un termine decennale per la ratifica. Il numero di ratifiche sufficienti – ai sensi dell'articolo V della Costituzione degli Stati Uniti – per l'entrata in vigore dell'emendamento è stato raggiunto solo successivamente alla scadenza del termine decennale, dando luogo a una controversia, ancora non conclusa, sulla validità delle ratifiche tardive. Per ulteriori informazioni sulla questione, cfr. equalrightsamendment.org. Su questa vicenda v., da ultimo, anche A. Di Martino, *Dimensioni costituzionali dell'eguaglianza e linee di conflitto sociale: recenti sviluppi negli Stati Uniti e in Germania*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2024, p. 159 ss., 166.

¹³ Lo osserva da ultimo, con specifico riferimento ai limiti del sindacato sui trattamenti preferenziali, S. Leone, *Costituzione americana e razza ancora allo specchio. La parabola delle affirmative actions nella giurisprudenza della Corte suprema*, in *Rivista AIC*, fasc. 1/2024, p. 26 ss., 40-41.

Tale impostazione appare tuttavia coerente – almeno entro certi limiti – con i caratteri dell'ordinamento statunitense, con la predominanza di paradigmi liberali nella lettura delle vicende dell'eguaglianza e, in particolare, con la circostanza che – per larga parte – i percorsi dell'eguaglianza restano in quel contesto affidati, sia pure in un dialogo a tratti serrato con il legislatore, alla dimensione giudiziale che – per sua natura – tende a declinare l'eguaglianza secondo una logica di tipo riparativo e puntuale¹⁴. Accanto a questa chiave di lettura, non si può allo stesso tempo dimenticare il profondo condizionamento che sul dibattito sull'eguaglianza ha esercitato – sul piano storico culturale – proprio la questione razziale¹⁵.

Il discorso statunitense sull'eguaglianza si è concentrato prevalentemente sulla ricostruzione degli *standard* di giudizio (e in particolare sulla diversa gradazione di intensità tra *strict scrutiny*, *intermediate scrutiny* e *rational basis review*): ciò non ha escluso – come dimostra in modo esemplare l'itinerario di ricerca di Reva Siegel¹⁶ – la possibilità di un allargamento della riflessione sull'eguaglianza alla considerazione dei contesti e alla necessità di integrare i modelli di scrutinio con l'assunzione di chiare alternative paradigmatiche (su tutte, quella che contrappone letture incentrate sul canone anti-classificazione e sul canone anti-subordinazione). La questione della considerazione dei contesti – la necessità di “sintonizzare” il giudizio di eguaglianza sulle esperienze vissute di disuguaglianza e discriminazione¹⁷

¹⁴ Ormai classica, in questa prospettiva, la lettura di B. Ackerman, *The Civil Rights Revolution*, Cambridge Mass., 2004. Una lettura critica dei percorsi di riconoscimento dei diritti nell'esperienza statunitense, che ne mette in luce soprattutto le difficoltà legate alla progressiva polarizzazione dello spazio pubblico è stata recentemente proposta da J. Greene, *How rights went wrong. Why our obsession with rights is tearing America apart*, Boston-New York, 2021.

¹⁵ Sul punto v., in generale, J. Lepore, *Queste verità*, (2018), Milano, 2020 nonché – come riferimenti classici – J.P. Roche, *Equality in America: The Expansion of a Concept*, in *North Carolina Law Rev.*, 1965, p. 249 ss. e C. Vann Woodward, *La strana carriera di Jim Crow. Breve storia della segregazione razziale negli Stati Uniti*, I ed. 1955, II ed. 1965, ed. it. Milano, 2022. Con specifico riferimento alla vicenda che ci occupa, cfr. altresì A. Di Martino, *Accesso all'università e aporie dell'eguaglianza alla luce di due recenti pronunce statunitensi. Un'introduzione*, in questo *Focus*.

¹⁶ Di cui v. sin d'ora *Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown*, in *Harv. L.R.*, 2004, p. 1470 ss.

¹⁷ Secondo una suggestione ricorrente nelle *opinion* della componente *liberal* della Corte Suprema (e soprattutto di Ruth Bader Ginsburg: sul punto cfr. R.B. Siegel, *Equality's Frontiers: How Congress's Section 5 Power Can Secure Transformative Equality (as Justice Ginsburg Illustrates in Coleman)*, in *Yale L. J.*, 2012-2013, p. 267 ss.), che torna anche nell'opinione dissenziente di Sotomayor in *Students for fair admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College* (600 U. S. ____ (2023), Sotomayor, *dissenting*, p. 48).

– ha quindi segnato il dibattito statunitense: e tuttavia, l'idea che la tutela *giuridica* dell'eguaglianza potesse aprire scenari trasformativi è rimasta per lo più minoritaria, assieme alla compiuta assunzione delle sfide poste all'esperienza giuridica da una declinazione sostanziale – e non solo formale – dell'eguaglianza stessa.

Se è dunque vero che – nell'evoluzione dell'interpretazione del XIV emendamento, *Due Process Clause* e *Equal Protection Clause* si sono progressivamente arricchite a vicenda attraverso l'integrazione di elementi sostanziali¹⁸ – va sottolineato che, nonostante ciò, l'approccio della giurisprudenza non è riuscito a superare del tutto una declinazione prevalentemente *riparativa* e *formale* della *Equal Protection Clause*. Un approccio che peraltro, come sottolinea MacKinnon, finisce per ignorare la dimensione sostanziale dell'eguaglianza (e quindi le ragioni strutturali della disuguaglianza) in uno con le sue potenzialità trasformative¹⁹. E se, d'altra parte, la classica integrazione dei paradigmi nell'interpretazione della *Equal*

¹⁸ Soprattutto per effetto dell'interpretazione della *Due Process Clause* in senso sostanziale e per l'effetto – tuttavia limitato e rimasto minoritario – che ciò ha avuto sulle possibilità di una interazione virtuosa tra libertà ed eguaglianza. Sul punto, cfr. A. Schillaci, *Nel cono d'ombra di Dobbs. Libertà ed eguaglianza nelle interpretazioni del XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti*, in *Diritto Pubblico*, 2023, p. 581 ss.; per una ricostruzione delle vicende interpretative del XIV emendamento v. A. Buratti *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in questa *Rivista*, fasc. 1/2020, p. 1 ss.

¹⁹ Sul punto, cfr. C.A. MacKinnon, *Substantive Equality: A Perspective*, in *Minnesota Law Rev.*, 2011, p. 1 ss., specie p. 27 per l'esplicito riconoscimento che «*substantive equality principles, rather than requiring that reality fit existing legal equality interpretation, could transform inequality by recognizing substance-the reality of inequality-as what it is*» (enfasi aggiunta). Individua – assai condivisibilmente – nel femminismo giuridico il principale veicolo di introduzione del concetto di eguaglianza sostanziale nel dibattito nordamericano sull'eguaglianza, da ultimo, A. Di Martino, *Dimensioni costituzionali dell'eguaglianza*, cit., p. 166. Accanto al femminismo giuridico – e sempre nel filone delle teorie critiche del diritto – importanti sforzi nella direzione di valorizzare i profili sostanziali dell'eguaglianza sono venuti dalla *critical race theory* (CRT): nel corso della trattazione si darà spazio a queste posizioni, sulla quali tuttavia v. sin d'ora, in generale, K.W. Crenshaw, *Twenty Years of Critical Race Theory: Looking back to Move Forward*, in *Connecticut Law Rev.*, 2011, p. 1253 ss. nonché – per una antologia degli scritti fondativi del movimento – K.W. Crenshaw, N.T. Gotanda, G. Peller, K. Thomas, *Critical Race Theory. The Key Writings That Formed the Movement*, New York 1996 e, nella letteratura italiana G. Zanetti, *Critical Race Theory: temi e problemi degli studi critici sulla "razza"*, in M.G. Bernardini – O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, p. 35 ss, specie 41 ss. e G. Marini, *Il colore nel diritto: costruire la soggettività nell'esperienza della Critical Race Theory*, ivi, p. 51 ss. Sulle virtù trasformativo dell'eguaglianza sostanziale, nel dibattito italiano cfr. di recente, in generale, T. Groppi, *Oltre le gerarchie. In difesa del costituzionalismo sociale*, Roma-Bari, 2021, specie p. 51 ss.

Protection Clause – *anticlassification*, *antisubordination* (e poi anche *anti-humiliation*²⁰) – ha (quantomeno) tentato di temperare la componente formalistica (anti-classificatoria e anti-discriminatoria) arricchendo il parametro di valutazione dell'illegittimità delle classificazioni, non pare superata la natura episodica e, appunto, puntualmente riparativa del giudizio di eguaglianza come costruito nell'esperienza statunitense. La stessa alternativa tra paradigma anticlassificazione e paradigma antisubordinazione si gioca, come meglio vedremo, in larga parte su questo piano, e cioè sullo spazio attribuito – nell'argomentazione giuridica – al contesto in cui le classificazioni “benefiche” maturano e si giustificano, oltre che alla loro concreta giustificazione e portata.

In questa prospettiva, la configurazione del giudizio di eguaglianza nei termini di un giudizio formale sulla tenuta (e sulla legittimità) delle classificazioni finisce allora per ridurlo a un rimedio – puntuale e occasionale – a singole situazioni di discriminazione senza aggredire, in profondità, le cause strutturali della disuguaglianza. Ciò vale, evidentemente, per il sindacato anti-discriminatorio classico ma vale anche per il sindacato sulle azioni affermative, quantomeno nella misura in cui anch'esso resta ancorato alla struttura dello *scrutiny review*²¹. Sembra non esservi spazio, in altri termini, per una proiezione del giudizio di eguaglianza in termini trasformativi: e cioè, per sostenere l'effettiva capacità del sindacato sul trattamento differenziato di riconoscere le cause profonde di quel trattamento, anzitutto assumendone la rilevanza sul piano della giustificazione della misura, specie se affermativa e – nel validarla proprio in virtù di tale suo carattere trasformativo/rimediante – contribuire alla trasformazione delle condizioni strutturali della disuguaglianza.

3. La decisione *Students for fair admissions*: storia di una fine annunciata?

La decisione *Students for Fair Admissions* – che pone termine, per ora, a un dibattito quasi cinquantennale sulla legittimità delle azioni affermative nell'ammissione all'università – si colloca in questo quadro problematico e rappresenta, pertanto, uno snodo paradigmatico nel dibattito statunitense sull'eguaglianza, specie in relazione alle diverse alternative in merito alla

²⁰ Paradigma proposto, come noto, da K. Yoshino, *The Anti-Humiliation Principle and Same-Sex Marriage*, in *Yale L. J.*, 2014, p. 3076 ss.

²¹ Che secondo C.A. MacKinnon, *Toward a Renewed Equal Rights Amendment*, cit., assai significativamente, «*inherently reflects the status quo*» (p. 570).

giustificazione delle azioni affermative, alla loro tenuta, alla loro fragilità e, in definitiva, alla stessa declinazione del rapporto tra eguaglianza e diritto.

Allo stesso tempo, *SFFA* è il punto terminale di una storia complessa – quella delle *affirmative action* volte a superare le disuguaglianze razziali in ambito universitario²² – e aiuta a collocare le scelte via via operate dalla Corte Suprema lungo una linea di depotenziamento dell'azione affermativa legata al suo progressivo scollamento rispetto alle radici *reali* della disuguaglianza. Tale depotenziamento risale, a ben vedere, alla scelta – che la Corte ha operato sin dal noto precedente *Regents of the University of California*

²² Vicenda che si sovrappone solo in parte alle vicende delle azioni affermative *race-conscious* in ambito lavorativo e di impresa (che pure hanno conosciuto – dopo iniziali maggiori aperture – una significativa restrizione a partire dalla sentenza *Adarand* del 1995) e alle vicende relative al sindacato sulle azioni affermative in ragione del sesso. In quest'ultimo caso, da un lato, l'esame della giurisprudenza (non univoca e alquanto sporadica) della Corte Suprema mostra un prevalente ricorso all'*intermediate scrutiny* (sul punto v. ad esempio A. Quereshi, *The Forgotten Remedy: A Legal and Theoretical Defense of Intermediate Scrutiny for Gender-Based Affirmative Action Programs*, in *Am. Univ. Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2013, p. 797 ss.). D'altra parte, la riflessione sulle classificazioni basate sul genere condivide – con le elaborazioni in materia razziale – l'analisi, in chiave critica, del legame tra classificazione e stereotipizzazione ma anche la difesa di classificazioni benefiche volte a compensare squilibri e dinamiche di subordinazione, così favorendo una *equal citizenship stature*. Ciò, tuttavia, nel quadro di una giurisprudenza che, come si accennava, tende a rimanere concentrata – storicamente – sul superamento del trattamento differenziato in chiave antidiscriminatoria, con accenti via via diversi, come dimostra il complesso itinerario che lega la giurisprudenza antidiscriminatoria degli anni Settanta (da *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71, 1971 a *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199, 1977, passando per *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677, 1973, *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190, 1976 e *Weinberger v. Weisenfeld*, 420 U.S. 636, 1975) a *US v. Virginia* (518 U.S. 515, 1996): in tale ultima decisione – redatta, come noto da Ruth Bader Ginsburg – l'approccio anti-classificatorio pare integrarsi in modo significativo con una più ampia considerazione degli obiettivi e dei contesti della misura sottoposta a giudizio sicché il superamento dell'*intermediate scrutiny* a favore di uno *standard* più rigido (un *heightened scrutiny*, che si traduce nell'imposizione sul legislatore statale della necessità di invocare una “*exceedingly persuasive justification*” al momento di introdurre una classificazione basata sul genere: l'incertezza dello standard prefigurato è oggetto, in particolare, delle critiche contenute nell'opinione dissenziente del giudice Scalia) non si giustifica alla luce di un generalizzato rifiuto della classificazione in sé considerata, ma sulla base della considerazione dello scopo o del risultato della classificazione stessa e dunque del fatto che *quella* classificazione fosse funzionale a *escludere* le donne dalle opportunità educative offerte dal Virginia Military Institute e quindi da un eguale statuto di cittadinanza. La considerazione delle differenze da parte del legislatore (e del diritto) deve servire, afferma la Corte, a celebrare e non a denigrare, a compensare svantaggi e non ad escludere (*US v. Virginia*, cit., p. 533). Sul punto, cfr. anche K.T. Bartlett, *Affirmative Action and Social Discord: Why Is Race More Controversial than Sex*, in *U.C. Davis Law Review*, 2019, p. 2305 ss.

v. *Bakke*²³, e su cui più a lungo si tornerà – di individuare il fattore giustificativo delle azioni affermative non nell'obiettivo di incidere sulle condizioni di subordinazione delle minoranze non bianche rispetto alla maggioranza bianca bensì esclusivamente nell'interesse delle università a promuovere un ambiente educativo plurale garantendo un significativo tasso di *diversity* nella comunità studentesca²⁴. Un percorso argomentativo che – impregiudicato il suo valore in termini di garanzia della libertà accademica ma anche di funzionalizzazione dell'accesso alla formazione superiore alla costruzione di una comunità politica più inclusiva – pare afflitto sin dalle origini da una intrinseca fragilità che rinvia, da ultimo, proprio all'assenza di una sua compiuta sintonizzazione con le condizioni reali e strutturali della diseguaglianza.

È in questa luce, allora, che devono essere letti i nodi problematici della decisione, sia con riferimento alle grandi alternative di principio – che in essa sono evocate (soprattutto nel serrato confronto tra le due opinioni dissenzienti e l'opinione concorrente del giudice Thomas) – in merito all'interpretazione della *Equal Protection Clause* del XIV emendamento, al suo rapporto con la storia e, più precisamente, con i processi storici di razzializzazione della popolazione nera; sia con riferimento al profilo, strettamente intrecciato al precedente, che lega una declinazione meramente formalistica della *colorblindness* all'opzione per un'interpretazione originalista della Costituzione statunitense, ormai nettamente maggioritaria in seno alla Corte Suprema²⁵.

Oggetto di giudizio erano, in sintesi estrema, i protocolli di ammissione alle Università di Harvard e North Carolina i quali – pur nel quadro di un approccio “olistico” alla persona del richiedente – attribuivano limitato rilievo anche alla appartenenza razziale.

Tale limitata considerazione dell'appartenenza razziale era coerente con la consolidata giurisprudenza della Corte Suprema che, fin dalla sentenza *Bakke* del 1978, si era occupata della materia: non si trattava infatti di attribuzione di quote di ammissione sulla base della razza, né la considerazione dell'appartenenza razziale determinava alcun automatismo nella attribuzione di punteggi. Piuttosto, l'appartenenza razziale, ove volontariamente indicata, poteva assumere rilevanza nel quadro di un

²³ 438 U.S. 265 (1978).

²⁴ Di “*meaningful diversity*” parlava, in un commento coevo alla decisione, R.A. Posner, *The Bakke case and the future of affirmative action*, in *California Law Review*, 1979, p. 171 ss., 182.

²⁵ Spunti in questo senso in S. Leone, *Costituzione americana e razza ancora allo specchio*, cit., pp. 33-35.

giudizio complessivo sul profilo della persona richiedente; e la misura rispettava, altresì, quanto richiesto dalla giurisprudenza della Corte in termini di ragionevole giustificazione (alla luce dell'interesse dell'università di promuovere la *diversity* della comunità accademica) e di adeguatezza dei criteri di giudizio rispetto allo scopo, specie in relazione alla loro flessibilità.

Ciononostante, con una decisione adottata con una maggioranza di sei contro tre, la Corte Suprema – pur senza dichiarare esplicitamente l'*overruling* dei propri precedenti in materia²⁶ – ritiene che tale pur limitata considerazione dell'appartenenza razziale violi la *Equal Protection Clause* del XIV emendamento.

Più specificamente – e in sintesi estrema – la Corte afferma, in primo luogo, che il criterio sino a quel momento ritenuto idoneo a giustificare la considerazione dell'appartenenza razziale – vale a dire l'interesse delle Università a garantire la *diversity* e il carattere plurale dell'ambiente di apprendimento – non può più essere convalidato, in ragione dell'impossibilità di valutarne l'adeguatezza rispetto allo scopo, dovuta alla non misurabilità dei suoi effetti: con affermazione fortemente criticata nell'opinione dissenziente della giudice Sotomayor, la maggioranza afferma in particolare che l'interesse perseguito sarebbe *inescapably imponderable*. In secondo luogo, sulla base di una lettura molto rigida (e riduttiva ai limiti del caricaturale, come si vedrà) della sentenza *Grutter v. Bollinger*, la Corte afferma che la misura viola il XIV emendamento anche sotto il profilo dell'assenza di un *logical end point*: essa, in altri termini, non prevede un termine finale per la sua efficacia. Ciò confermerebbe indirettamente, peraltro, la stessa non misurabilità degli effetti dell'azione affermativa²⁷.

La decisione appare criticabile e preoccupante non solo e non tanto per il merito – giacché non è da escludere che le università possano continuare a perseguire l'obiettivo dell'integrazione evitando l'esplicita classificazione in base alla razza – quanto piuttosto per il modo in cui interpreta la *Equal Protection Clause* e declina la *colorblindness*. In entrambi i casi, si tratta di un approccio di tipo eminentemente formale, e scisso dalla considerazione delle concrete esperienze di disuguaglianza e della loro componente strutturale; e in entrambi i casi, il rapporto tra diritto e costruzione dell'eguaglianza è interpretato in termini (quantomeno) scettici

²⁶ E cioè fondamentalmente, oltre che della richiamata sentenza *Bakke*, delle decisioni *Grutter v. Bollinger* (539 U. S. 306, 2003) e *Fisher II* (*Fisher v. University of Tex. at Austin*, 579 U. S. 365, 2016. Sul punto v. B. Watson, *Did the Court in SFFA Overrule Grutter?*, in *Notre Dame Law Rev. Refl.*, 2023, p. 113 ss.

²⁷ Cfr. le pp. 30 ss. dell'opinione di maggioranza.

e tende – nel bilanciamento tra libertà ed eguaglianza – a privilegiare decisamente la prima.

4. *Le origini del canone della diversity e la sua fragilità*

Al centro della decisione vi è, come accennato, il definitivo superamento del canone della *diversity* come ragione sufficiente per giustificare azioni affermative, pur nel severo quadro di uno scrutinio stretto. Un canone, quello della *diversity*, che emerge per la prima volta nella richiamata decisione *Bakke*, come catalizzatore delle tensioni interne alla Corte e che – tuttavia – affonda le proprie radici nei decenni precedenti (e proprio come giustificazione di *policy* inclusive da parte delle Università)²⁸.

Le ragioni – per così dire – compromissorie dell'individuazione nella *diversity* dell'unica possibile giustificazione del ricorso ad azioni affermative in ambito universitario – pur avendo, come meglio si dirà, contribuito a depotenziare la portata trasformativa delle azioni affermative²⁹ – non hanno impedito che, successivamente, della *diversity* siano state enfatizzate implicazioni sistemiche, soprattutto con riferimento alla sfera della libertà accademica (e, più in generale, della libertà di espressione in uno spazio pubblico plurale: si pensi alla decisione *Metro Broadcasting*³⁰) e, ancora più avanti, con riferimento alla sfera del riconoscimento e della protezione del pluralismo identitario. Va però sottolineato che la costruzione in termini via via più ampi e comprensivi del canone della *diversity* deve essere letta anche alla luce dell'esigenza – fortemente avvertita da gran parte della dottrina –

²⁸ Sul punto, cfr. A.S. Chen, L.M. Stulberg, *Before Bakke: The Hidden History of the Diversity Rationale*, in *Univ. of Chicago Law Rev. Online*, 2020, p. 78 ss., che fanno il punto sull'origine di questa *ratio* di giustificazione delle azioni affermative in ambito universitario. In particolare, gli autori contestano – da un punto di vista storico e sociologico – che l'emersione della *diversity* sia da ricondurre esclusivamente a *Bakke* o che, addirittura, la stessa sia emersa come giustificazione *post factum* di politiche orientate a logiche – invece – di giustizia compensativa strutturale (e cioè non orientata alla mera compensazione di puntuali dinamiche di *passata* discriminazione). L'interesse per la diversità della comunità accademica sarebbe piuttosto maturato già negli anni Sessanta, e non solo in relazione all'appartenenza razziale.

²⁹ All'indomani della decisione, anche Posner osservò che, se la Corte non aveva travolto – con la sentenza – la legittimità delle *reverse discrimination*, sicuramente aveva gettato una pesante ombra su di esse (R.A. Posner, *The Bakke case*, cit., p. 172).

³⁰ *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC*, 497 U. S. 547 (1990), oggetto di *overruling* – come meglio vedremo – nella successiva decisione *Adarand Constructors, Inc. v. Peña* (515 U.S. 200, 1995).

di “fare quadrato” attorno alle azioni affermative, di fronte a una giurisprudenza fragile e sottoposta – via via – ad attacchi sempre più incisivi³¹.

La scelta del giudice Powell in *Bakke* fu giustificata, in particolare, dalla necessità di consentire a una Corte profondamente divisa di giungere a una decisione che fosse sufficientemente mite per essere accolta positivamente nello spazio pubblico e che, allo stesso tempo, potesse portare un qualche frutto sul piano delle virtualità inclusive e pro-egualitarie delle azioni affermative in ambito universitario. Come è stato efficacemente ricostruito, la costruzione dell'*opinion* del giudice Powell – in grado di controllare l'esito della decisione organizzando una complessa *plurality* di opinioni³² – fu l'esito di un serrato lavoro di negoziazione interna alla Corte, la cui analisi mantiene un fortissimo interesse anche sul piano dell'indagine dei rapporti tra costruzione retorica degli argomenti e percorsi di integrazione della comunità degli interpreti e della stessa comunità politica³³, anche a partire dalla relazione tra Corte e spazio pubblico³⁴.

È dunque vero che, da un lato, l'origine compromissoria del canone della *diversity* si lega sin dall'inizio alla preoccupazione di neutralizzare posizioni che – come quella riconducibile alla componente progressista e *race-conscious* della Corte (Brennan, Marshall, Blackmun e White) –

³¹ Ciò ha consentito ad alcune – come R.F. Moran, *Bakke's Lasting Legacy: Redefining the Landscape of Equality and Liberty in Civil Rights Law*, in *U.C. Davis Law Review*, 2019, p. 2569 ss. – di concludere che, ad esempio «*academic freedom has been affirmative action's safe harbor*» (p. 2626).

³² La decisione nel caso *Bakke* risulta dal complesso intrecciarsi dell'opinione del giudice Powell (condivisa dal giudice White, con riferimento alle Parti I, III-A, and V-C; e dai giudici Brennan, Marshall e Blackmun con riferimento alle parti I e V-C) e di ben cinque opinioni separate: a) dei giudici Brennan, White, Marshall e Blackmun (in parte concorrente e in parte dissenziente); b) delle distinte opinioni separate dei giudici White, Marshall e Blackmun; c) dell'opinione del giudice Stevens (cui aderiscono il *Chief Justice* Burger e i giudici Stewart e Rehnquist) in parte concorrente e in parte dissenziente. La maggioranza dei giudici concordò con Powell sulla legittimità – in astratto – delle azioni affermative mentre le opinioni separate riguardarono, in sintesi, l'individuazione del fattore di giustificazione, il tipo di scrutinio da preferirsi (se *strict* ovvero *intermediate*) ma anche la stessa opportunità di portare il giudizio non sul piano della compatibilità delle azioni affermative con la Costituzione bensì sulla valutazione delle stesse alla luce del compendio legislativo in materia. Che l'opinione di Powell fosse *controlling* e, dunque, fosse idonea a stabilire un precedente vincolante sarà chiarito, come noto, solo con la decisione *Grutter* del 2003.

³³ Suggestiva, sul punto, la lettura di M. Kelly Carr, *The Rhetorical Invention of Diversity. Supreme Court Opinions, Public Argument and Affirmative Action*, East Lansing, Michigan, 2018.

³⁴ Sul tema v. A. Sperti, *Constitutional Courts, Media and Public Opinion*, Oxford, 2023 nonché Ead., *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Dir. soc.*, 2019, p. 791 ss.

sostenevano una più decisa legittimazione delle azioni affermative quali strumenti di contrasto della *societal discrimination* con conseguenti effetti di riequilibrio degli assetti gerarchici e di subordinazione che caratterizza(va)no le relazioni tra maggioranza bianca e minoranze non bianche. Ma è altrettanto vero che la posizione del giudice Powell appariva coerente con i tempi, sia sotto il profilo di consentire un qualche (moderato) avanzamento sul piano dell'inclusione delle persone nere nell'ambito dell'educazione superiore sia, più in profondità, sotto il profilo della coerenza con il *pragmatic conservatism*³⁵ della Corte Burger. Una Corte, peraltro, frammentata e dagli orientamenti complessi: da un lato, essa ha segnato aperture sul piano delle interpretazioni della *privacy*³⁶ ma dall'altro – sul piano delle politiche razziali – ha accompagnato il processo di progressivo depotenziamento di *Brown* spostando il fuoco, nell'interpretazione del XIV emendamento, da un approccio di tipo integrazionista ad uno di tipo anticlassificatorio e antidiscriminatorio³⁷.

Non a caso, la sentenza *Bakke* viene pronunciata dopo che nel 1974 la Corte aveva evitato di decidere – sulla base della sopravvenuta *mootness* – l'analogo caso *DeFunis*³⁸. Come osservato da primi autorevoli commentatori, allora, le ambiguità di *Bakke* paiono coerenti con l'atteggiamento ambivalente tenuto dalla Corte sulle azioni affermative nel corso degli anni Settanta³⁹. Questo atteggiamento si giustifica senz'altro nel

³⁵ Così M. Kelly Carr, *The Rhetorical Invention*, cit., p. 193.

³⁶ Seppur controverse e non costanti nel tempo: si pensi solo alla celebre *Roe v. Wade* (410 U. S. 113, 1973), e al ben diverso atteggiamento assunto ad esempio dalla Corte, poco più di dieci anni dopo, in *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186, 1986).

³⁷ La controversia sull'interpretazione della sentenza *Brown* e della sua *legacy* è al centro anche del serrato confronto tra maggioranza e minoranza in *SFFA*. Dal punto di vista storico, un primo orientamento interpretativo – che valorizzava il nesso tra *Brown* e politiche per l'integrazione – sarebbe stato sostituito (anzitutto nella giurisprudenza della Corte) da un ritorno a un paradigma anti-classificatorio declinato in senso formale: proprio la giurisprudenza degli anni Settanta in materia di azioni affermative nelle università rappresenta un passaggio fondamentale di tale processo di progressivo depotenziamento delle implicazioni trasformative della sentenza *Brown* (che si lega strettamente, a sua volta, alla codificazione delle regole di *scrutiny*). Per una ricostruzione di tale processo, si v. J.M. Balkin, *Plesky, Brown, and Grutter: A Play in Three Acts*, in *Cardozo Law Rev.*, 2005, p. 1689 ss., specie 1710 ss.

³⁸ *DeFunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974).

³⁹ Di “*ambivalence*” – che, peraltro, «*dramatically recognized and proclaimed the existence of legitimate moral and constitutional claims on both sides of the issue*» – parla espressamente P.J. Mishkin, *Uses of Ambivalence: Reflections on the Supreme Court and the Constitutionality of Affirmative Action in Bakke*, in *Univ. of Pennsylvania Law Rev.*, 1982, p. 907 ss., 917.

quadro del dibattito sul ruolo della Corte Suprema⁴⁰; allo stesso tempo, può leggersi però anche come tentativo – da parte della Corte – di lasciare aperta una possibilità sia a successivi sviluppi interpretativi che al processo politico di dare un più organico assetto alla materia⁴¹. In altri termini, anche prima di *Bakke* era avvertita dalla Corte la necessità di non intervenire direttamente in una questione controversa e oggetto di processi socio-culturali potenzialmente trasformativi ma ancora altamente conflittuali⁴².

Le decisioni in materia di *affirmative action* – e, in particolare, *Bakke* – si pongono dunque all'intersezione tra il compito della Corte Suprema di legittimare le proprie decisioni alla luce del rispetto dei principi e dei canoni argomentativi che le sono propri e la consapevolezza dell'impatto che le proprie decisioni hanno sui “*broad societal problems*” implicati dalle questioni sottoposte al suo esame⁴³. Da un lato, allora, lo “*strategic compromise*”⁴⁴ da cui nasce l'*opinion* di Powell ha dato luogo a una decisione *mite*, forse anche sulla scorta dell'eco polemico di decisioni ben più nette della stessa Corte Burger, a partire da *Roe v. Wade*⁴⁵. D'altro canto, ciò avviene alle spese di una profonda trasformazione nell'approccio della Corte Suprema nell'interpretazione della *Equal Protection Clause*, almeno rispetto alle aperture degli anni Cinquanta e Sessanta⁴⁶.

⁴⁰ Sviluppatisi a partire dalle contrapposte posizioni di Wechsler e Bickel (H. Wechsler, *Toward neutral principles of Constitutional Law*, in *Harvard Law Rev.*, 1959, p. 1 ss. e A.M. Bickel, *The least dangerous Branch*, Indianapolis – New York, 1962).

⁴¹ Cenni in questo senso già in P.J. Mishkin, *Uses of Ambivalence*, cit., p. 918.

⁴² Lo osservò già – prima di *Bakke* – Ely, richiamando le virtù del *denial of review*, (cfr. J.H. Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, in *Univ. Chicago Law Rev.*, 1974, p. 723 ss., specie pp. 738-741). Peraltro, anche V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, 1999 considera ampiamente la giurisprudenza in materia di *affirmative action* in ambito universitario (e non solo) nel quadro della propria analisi delle cd. virtù passive della Corte Suprema USA e mette in luce come una delle chiavi di lettura per comprendere la grande complessità delle decisioni in materia di *affirmative action* stia non solo nella grande delicatezza del tema (e, corrispondentemente, della controversia sulle diverse declinazioni dell'eguaglianza) ma anche sul piano del *self restraint*. La Corte, in altri termini, avrebbe adottato decisioni “aperte” – a partire dalla decisione *Bakke* – anche per favorire il dibattito pubblico ed eventualmente prese di posizione da parte del legislatore, diversamente da quanto aveva fatto – ad esempio – in *Roe v. Wade* (p. 117 ss. e 257 ss.).

⁴³ Così P.J. Mishkin, *Uses of Ambivalence*, cit., p. 907.

⁴⁴ Così M. Kelly Carr, *The Rhetorical Invention*, cit., p. 4.

⁴⁵ Lo nota P.J. Mishkin, *Uses of Ambivalence*, cit., p. 923.

⁴⁶ Ne è ad esempio consapevole – nella dottrina italiana che commentò la decisione – S. Nespore, *Il caso Bakke: eguaglianza e accesso all'istruzione superiore in una recente decisione della Corte Suprema Federale degli Stati Uniti*, in *Riv. trim. diritto pubblico*, 1979, p. 224 ss., il quale mette in luce i limiti della decisione proprio nella prospettiva delle diverse declinazioni

Il passaggio dall'eguaglianza alla diversità nella giustificazione delle azioni affermative si risolve cioè, come è stato efficacemente affermato, in una curvatura dell'interpretazione della clausola di eguale protezione «*toward a more limited, ahistorical understanding of the Equal Protection Clause*» con la conseguenza di preconstituire la separazione delle azioni affermative dalle loro «*justificatory roots in reparative equality*»⁴⁷. Non è allora possibile leggere il riferimento alla *diversity* – il quale pure conserva un suo intrinseco pregio – e, soprattutto, la sua sorte recente, se non se ne considerano le origini e le implicazioni sul piano più generale delle comprensioni dell'eguaglianza. In questa prospettiva, l'elaborazione del canone tende da un lato a compensare le rigidità dell'approccio anti-classificazione (nella misura in cui articola lo *strict scrutiny* in modo tale da legittimare azioni affermative e *race-conscious*) ma – dall'altro – perde di vista il profilo delle asimmetrie e il contatto con le concrete e vissute esperienze di diseguaglianza⁴⁸ così confermando, ad esempio nella lettura di Reva Siegel, che il paradigma anticlassificazione – se interpretato in modo formalistico – rischia inevitabilmente di risolversi in una cristallizzazione dello *status quo* e quindi in una neutralizzazione del paradigma anti-subordinazione⁴⁹.

5. *Alle radici dell'alternativa: promuovere la diversità o incidere sulle condizioni della disuguaglianza?*

Che il ricorso alla *diversity* non fosse, d'altra parte, l'unico possibile fattore di giustificazione per l'uso benevolo di classificazioni razziali era

dell'eguaglianza e nel prisma dell'opinione separata di Marshall (cfr. pp. 232-233) e riconosce molto lucidamente i rischi di impatto della decisione sulle politiche di integrazione portate avanti dal Governo statunitense, tese a «comporre i valori [...] dell'eccellenza competitiva con quelli dell'egualitarismo sociale» (p. 234). Ancor più esplicitamente, nella dottrina statunitense, R.B. Siegel, *Equality Talk*, cit., parla (in prospettiva critica) della *diversity* come di un «*master compromise*» che avrebbe consentito – da un lato – la prosecuzione di limitati e volontari tentativi *race-conscious* di desegregazione, senza pregiudicare la *neutralità* razziale della Costituzione (p. 1532). In questa prospettiva, «*the anticlassification principle that Justice Powell deployed in Bakke was not the ground of the Brown decision, but instead is the residuum of conflicts over enforcing Brown*» (p. 1533).

⁴⁷ Così M. Kelly Carr, *The Rhetorical Invention*, cit., p. 17 (corsivo aggiunto).

⁴⁸ Ivi, p. 192. Secondo l'A., Powell «*privileged the commitment to diversity, broadly defined, over the commitment to social justice*» e, con ciò, ha determinato l'approfondimento del «*gap between the consideration of racial identity and the struggle for social equality*».

⁴⁹ Cfr. R.B. Siegel, *Equality Talk*, cit., p. 1537.

chiaro sia all'interno della Corte Suprema⁵⁰ che, più in generale, nel dibattito immediatamente successivo alla sentenza *Bakke*⁵¹. Anzi, la forte polarizzazione tra l'*opinion* di Powell e l'*opinion* concorrente di Brennan, Marshall, White e Blackmun (così come quella individuale di Marshall) segna, fin dalle origini, il confine tra due interpretazioni profondamente diverse non solo delle azioni affermative ma anche – forse soprattutto – della *colorblindness*, cioè della (necessaria) indifferenza della Costituzione rispetto alla razza e, conseguentemente, dello stesso rapporto tra eguaglianza e diritto: due interpretazioni che, come vedremo, sono ancora al centro della stessa fortissima contrapposizione tra maggioranza e minoranza in *SFFA*. Secondo i quattro giudici progressisti – che pure aderirono all'*opinion* di Powell almeno con riferimento all'esito concreto del giudizio e, in particolare, alla possibilità di far riferimento all'appartenenza razziale nelle *policy* di ammissione all'università – le azioni affermative dovrebbero poter trovare giustificazione, peraltro nel quadro di uno *standard* di scrutinio *intermediate* e non *strict*⁵²:

«if the purpose of such programs is to remove the disparate racial impact its actions might otherwise have and if there is reason to believe that the disparate impact is itself the product of past discrimination, whether its own or that of society at large»⁵³.

In altri termini, l'uso della razza è giustificabile se il suo scopo è quello (non solo) di contrastare le discriminazioni esistenti ma anche (soprattutto) di invertire la tendenza della struttura sociale verso di esse (*reversing societal discrimination*). Un criterio di valutazione, quest'ultimo, che già Powell definì “*amorphous*” e che la Corte non avrebbe mai accolto, se non in alcune – e ben circoscritte – eccezioni⁵⁴; e che si lega, come evidente proprio nelle

⁵⁰ Per la ricostruzione del dibattito, v. ancora M. Kelly Carr, *The Rhetorical Invention*, cit., p. 141 ss., 165 ss.

⁵¹ Sottolinea questo aspetto P.J. Mishkin, *Uses of Ambivalence*, cit., p. 922.

⁵² Lo osserva T. Jones, *The Diversity Rationale: A Problematic Solution*, in *Stanford Journal of Civil Rights & Civil Liberties*, 2005, p. 171 ss., 193 e lo sottolineava già R.A. Posner, *The Bakke case*, cit., p. 184.

⁵³ *Regents of the Univ. of California v. Bakke*, cit., *opinion* separata di Brennan et al., p. 369.

⁵⁴ Simile *rationale* è stato accolto – ad esempio – in *Fullilove v. Klutznick* (448 U.S. 448, 1980) con riguardo ad azioni affermative poste in essere dal Congresso per rimediare la *past societal discrimination*, ma che in *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* (488 U.S. 469, 1989) per quel che riguarda l'azione degli stati e tuttavia nel quadro di uno scrutinio stretto e dunque di una severissima valutazione dell'esistenza del *compelling interest* e dell'adeguatezza del mezzo rispetto all'obiettivo.

opinioni separate dei giudici progressisti in *Bakke*, a una ben precisa precomprensione dell'eguaglianza, la quale implica l'apertura in senso strutturale e sistemico della funzione delle azioni affermative.

Così, Brennan è molto chiaro nell'affermare che il carattere *colorblind* della Costituzione non può tramutarsi in una forma di miopia rispetto al fatto che – nonostante la proclamazione di formale eguaglianza contenuta nella stessa Dichiarazione di indipendenza – molte persone sono state trattate, nella storia e nel presente degli Stati Uniti, «*as inferior both by the law and by their fellow citizens*»⁵⁵. E Marshall può fargli eco affermando – suggestivamente – che una lettura del XIV emendamento sensibile alla storia (e, ritiene, alla stessa giurisprudenza della Corte) non può escludere la possibilità per un'università di compensare i «*cumulative effects of society's discrimination*» considerando l'appartenenza razziale nelle *policy* di ammissione⁵⁶: e questo, poiché è l'evidenza storica stessa a dimostrare che il razzismo è stato ed è strutturale nella società statunitense, anche a causa del marchio di inferiorità che il diritto ha impresso molto a lungo (e anche dopo l'abolizione della schiavitù) sulla popolazione nera⁵⁷. Con chiarezza ancora maggiore – e parole la cui eco riecheggia ancora nelle opinioni dissenzienti in *SFFA* – Blackmun afferma infine che:

*«In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way. And in order to treat some persons equally, we must treat them differently. We cannot – we dare not – let the Equal Protection Clause perpetuate racial supremacy»*⁵⁸.

Accanto a una decisa opzione per un'interpretazione contestuale – condizionata cioè storicamente e alla luce delle concrete esperienze – del XIV emendamento, la posizione dei giudici progressisti in *Bakke* sembra quindi optare, più in profondità, per una ben precisa declinazione del rapporto tra eguaglianza e diritto nel senso dell'affermazione della capacità e del potere del diritto stesso di incidere sulle condizioni strutturali della disuguaglianza, (posizione ben lontana dalla sfiducia della maggioranza in *Plessy* che, come già ricordato, aveva affermato che nulla può la legislazione di fronte a disuguaglianze e pregiudizi radicati).

Quest'impostazione resterà minoritaria e, anzi, la Corte intraprenderà un percorso di progressivo restringimento dei margini di operatività delle

⁵⁵ *Regents of the Univ. of California v. Bakke*, cit., opinione separata di Brennan et al., p. 327.

⁵⁶ Ivi, opinione separata di Marshall, p. 396.

⁵⁷ Ivi, p. 400.

⁵⁸ Ivi, opinione separata di Blackmun, p. 407.

azioni affermative basate sulla razza, caratterizzato da una sempre maggiore aderenza delle regole di *scrutiny* (e della loro rigidità) alla razionalizzazione di un «*evolving system of social stratification*»⁵⁹. In altri termini, la possibilità di giustificare azioni affermative in ambito universitario è stata progressivamente ristretta dalla Corte – a partire dal canone della *diversity*, la cui effettività idoneità a incidere sull'inclusione razziale appare progressivamente sempre più limitata⁶⁰, e dal rifiuto del carattere *rimediale* delle azioni affermative – così ignorando che l'azione affermativa ha, invece, anche lo scopo di realizzare l'eguaglianza *come compito*, trasformando la realtà.

Il rifiuto di riconoscere le ragioni strutturali dell'azione affermativa e – più in generale – delle politiche per l'integrazione, unito al ripiego sulla «*diversity distraction*»⁶¹ ha progressivamente logorato lo stesso *rationale: strict scrutiny* e crescente impalpabilità dei fattori di giustificazione concorrono progressivamente, in altri termini, a depotenziare le azioni affermative *race-conscious*, come diverrà evidente – ad esempio – con la sentenza *Adarand* del 1995, su cui subito si tornerà. Un obiettivo coerente, peraltro, con la moderazione di Powell⁶² e con la preoccupazione di evitare il conflitto razziale e la frammentazione sociale⁶³.

⁵⁹ Così J.M. Balkin, *Plessy, Brown, and Grutter*, cit., p. 1721.

⁶⁰ Ivi, p. 1722.

⁶¹ L'uso di questa espressione – in chiave polemica – risale a D. Bell, *Diversity's Distractions*, in *Columbia Law Rev.*, 2003, p. 1622 ss. Altri, seppur nella prospettiva della *critical race theory*, avevano riconosciuto nella *diversity* una limitata occasione di riconoscimento del valore culturale dell'appartenenza razziale: così ad esempio – anche in relazione ad esempio all'uso della *diversity* nella decisione *Metro Broadcasting* in chiave di promozione di uno spazio pubblico pluralistico – N. Gotanda, *A Critique of Our Constitution is Color-Blind*, in *Stanford Law Review*, 1991, p. 44 ss., 56-57, il quale comunque osserva che, tuttavia: «*Without a clear social commitment to rethink the nature of racial categories and abolish their underlying structure of subordination, the politics of diversity will remain incomplete*» (p. 61, enfasi aggiunta).

⁶² Lo stesso Powell aveva infatti affermato, in *Bakke*, che «*Disparate constitutional tolerance of such classifications well may serve to exacerbate racial and ethnic antagonisms rather than alleviate them*» (*Regents of Univ. of California v. Bakke*, op. Powell, p. 298).

⁶³ Su questi passaggi, proprio a partire dalla posizione di Powell, v. R.B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization: An Emerging Ground of Decision in Race Equality Cases*, in *Yale Law Journal*, 2011, p. 1278 ss., 1293 ss. In particolare, il paradigma *antibalkanization* – che Siegel vede emergere nelle posizioni dei giudici che, via via, hanno sostenuto posizioni moderate e di compromesso – unisce l'attenzione al contesto storico e sociale (che deriva dal paradigma anti-subordinazione), declinando la *Equal Protection* «*purposely and structurally*» (pp. 1300-1301), con la conferma di un atteggiamento piuttosto rigido sulle classificazioni razziali, la cui ragionevolezza viene però valutata anche alla luce della necessità di promuovere coesione sociale evitando la frammentazione (p. 1314). Secondo Siegel, in particolare, anche la posizione del giudice Powell in *Bakke* e di O'Connor in *Grutter* andrebbe letta in questa chiave (p. 1355: sulle posizioni della Corte in *Grutter*, ma anche in

Il rifiuto di riconoscere la promozione dell'eguaglianza quale possibile fattore di giustificazione delle *reverse discrimination*⁶⁴ si iscrive, peraltro, nel quadro della complessa evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema in relazione agli *standard* del giudizio di eguaglianza. Nel corso degli anni Ottanta, nonostante alcune iniziali aperture nella sentenza *Fullilove*⁶⁵ – nella quale la Corte parve riconoscere al Congresso un più arioso margine di manovra nell'articolare azioni affermative *race-conscious* in ambito lavorativo – la giurisprudenza si sarebbe infatti orientata in senso progressivamente restrittivo sia con riferimento all'individuazione del modello di scrutinio sia con riferimento all'individuazione dei fattori di giustificazione. Ciò avvenne, dapprima, con riferimento all'articolazione dello *standard* di giudizio in relazione all'applicazione della clausola di *Equal Protection* del XIV emendamento, dunque in relazione alla legislazione statale: sarà, in particolare, la sentenza *Croson* a fissare definitivamente in questi casi lo *standard* dello *strict scrutiny* e, dunque, la necessità di individuare un *compelling interest* idoneo a giustificare il trattamento differenziato⁶⁶. Più complessa, ma egualmente chiara nella direzione di sviluppo, la giurisprudenza relativa agli *standard* di giudizio relativi al sindacato di eguaglianza sulla legislazione federale (dunque alla luce dei profili di *Equal Protection* desumibili – secondo le linee di uno sviluppo storico assai più complesso⁶⁷ – dal V emendamento). In questo ambito, le iniziali aperture desumibili dalla richiamata sentenza *Fullilove* sarebbero state successivamente confermate dalla sentenza *Metro Broadcasting*⁶⁸: tale decisione, in particolare, aveva assunto l'obiettivo di assicurare una

Gratz, si v. in particolare N.S. Siegel, *Race-Conscious Student Assignment Plans: Balkanization, Integration, and Individualized Consideration*, in *Duke Law Journal*, 2006, p. 781 ss. e R.C. Post, *Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law*, in *Harv. Law Rev.*, 2003, p. 4 ss., 74-75). Tuttavia, come ben nota Reva Siegel, il paradigma *antibalkanization* non riesce a superare la necessità di uno *standard* di giudizio stretto (*strict scrutiny*), con la conseguenza che – indebolendo le azioni affermative – finisce comunque per alimentare il risentimento razziale (p. 1353 ss.).

⁶⁴ Come esplicitamente riconosciuto, invece, dal giudice Stevens nella propria opinione dissenziente in *Adarand*: «*Remedial race-based preferences reflect the opposite impulse: a desire to foster equality in society*» (*Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200, 1995, Stevens, *dissenting*, p. 243, corsivo aggiunto).

⁶⁵ *Fullilove v. Klutznick* (448 U.S. 448, 1980).

⁶⁶ K.T. Bartlett, *Affirmative Action and Social Discord*, cit., polemicamente osserva che si tratta dello stesso *standard of review* «*applied to rules and practices that discriminate against minorities*» (p. 2315).

⁶⁷ Che aveva trovato un primo consolidamento già in *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

⁶⁸ *Metro Broadcasting v. FCC*, 497 U.S. 547 (1990).

significativa “*broadcast diversity*” quale fattore idoneo a giustificare una misura affermativa *race-conscious*, anche alla luce del rilievo assunto, in materia, da fondamentali interessi legati al Primo Emendamento. Tuttavia, nella nota sentenza *Adarand*⁶⁹ la Corte – mediante esplicito *overruling* di *Fullilove* e *Metro Broadcasting* – non solo fisserà lo standard di *strict scrutiny* anche in relazione alla valutazione delle azioni affermative *race-conscious* introdotte dalla legislazione federale ma chiarirà che nessuna distinzione è possibile operare tra classificazioni benigne e malevole⁷⁰. In altri termini, come è stato affermato, il definitivo consolidamento dello *strict scrutiny* sulle azioni affermative motivate dalla razza – sia in relazione alla legislazione degli Stati (in *Croson*) che a quella federale (in *Adarand*) – ha finito sostanzialmente per accomunare tutte le classificazioni razziali, siano esse subordinanti o emancipanti⁷¹.

6. *Rielaborazioni della diversity: tra libertà accademica, letture identitarie e costruzione della cittadinanza*

Questo è, quindi, il contesto nel quale la Corte Suprema sarebbe tornata a pronunciarsi – nel 2003 – sulle azioni affermative *race-conscious* in ambito universitario con le due sentenze *Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger*⁷², la prima delle quali redatta – peraltro – dalla stessa giudice O'Connor che aveva redatto le opinioni di maggioranza in *Croson* (peraltro giungendo a controllare una Corte molto frammentata) e *Adarand*. Entrambe le decisioni – pur divergenti nella decisione del caso concreto (alla luce delle diverse caratteristiche delle *policy* di ammissione sottoposte a scrutinio)⁷³ – confermano: a) che le azioni affermative *race-conscious* in ambito

⁶⁹ *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

⁷⁰ Con toni solo parzialmente diversi nell'opinione di maggioranza – redatta dalla giudice O'Connor – e nell'opinione concorrente del giudice Thomas, il quale esplicitamente afferma che: «I believe that there is a “moral [and] constitutional equivalence” [...] between laws designed to subjugate a race and those that distribute benefits on the basis of race in order to foster some current notion of equality. Government cannot make us equal; it can only recognize, respect, and protect us as equal before the law» (*Adarand Constructors, Thomas, dissenting*, p. 240).

⁷¹ Lo sottolinea, con toni molto accesi, T.P. Crocker, *Equal Dignity, Colorblindness, and the Future of Affirmative Action beyond Grutter v. Bollinger*, in *William & Mary Law Rev.*, 2022, p. 1 ss. laddove osserva, proprio a proposito di *Croson* e *Adarand*, che «in one stroke, in terms of judicial analysis, the Court equated Jim Crow and remedial affirmative action programs» (p. 32).

⁷² *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) e *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

⁷³ Nel caso di cui alla decisione *Gratz*, in particolare, la considerazione positiva dell'appartenenza razziale si traduceva nell'automatica attribuzione di un punteggio e ciò

universitario devono essere sottoposte a uno *strict scrutiny*; b) che l'obiettivo di raggiungere un *diverse student body* costituisce – coerentemente con l'*opinion* del giudice Powell in *Bakke* – un ammissibile fattore di giustificazione della considerazione dell'appartenenza razziale nelle *policy* di ammissione purché c) esse siano adeguate allo scopo (*narrowly tailored*) e d) assoggettate a un preciso termine temporale di conclusione (*logical end point*).

Pur non prendendo esplicitamente posizione sulla natura di precedente vincolante dell'*opinion* di Powell in *Bakke*, le due sentenze si pongono chiaramente sulla scia di tale decisione – specie per quel che riguarda l'individuazione del fattore di giustificazione – e delineano con precisione ancora maggiore (e maggiore severità) le condizioni ulteriori alle quali le misure affermative devono attenersi per essere considerate coerenti con la *Equal Protection Clause*. In particolare, come meglio si dirà, proprio l'enfasi posta sul termine temporale di esaurimento delle misure fornirà alla Corte – nel 2023, e sulla base di una lettura riduttiva e alquanto enfatica proprio di *Grutter* – l'occasione per negare la legittimità delle azioni affermative *race-conscious* nell'accesso alle università, assieme a una altrettanto riduttiva interpretazione del canone della *diversity*.

6.1 La rilettura della *diversity* in *Grutter v. Bollinger* : un safe harbor⁷⁴?

Proprio a tale riguardo, invece, l'*opinion* di maggioranza in *Grutter* deve essere più attentamente considerata, in quanto – rispetto alle precedenti considerazioni di Powell – fornisce importanti ulteriori indicazioni per la piena comprensione del concetto di *diversity* e delle sue implicazioni.

Come *Bakke*⁷⁵, in particolare, la decisione *Grutter* sembra pienamente consapevole dell'attinenza della promozione della *diversity* alla sfera, costituzionalmente protetta, della libertà accademica: ma, con accenti più netti rispetto a Powell, O'Connor sottolinea che tale esercizio di libertà

venne ritenuto non conforme allo *standard* di scrutinio stretto sotto il profilo della adeguatezza della misura rispetto al raggiungimento dell'obiettivo (la misura, cioè, non parve alla Corte "*narrowly tailored*" rispetto allo scopo di assicurare un corpo studentesco differenziato e plurale). Al contrario, tale limite non venne riscontrato in relazione alla *policy* posta in essere dalla *Law School* dell'Università del Michigan, sottoposta a giudizio nel caso *Grutter*.

⁷⁴ L'espressione, già ricordata, è di R.F. Moran, *Bakke's Lasting Legacy*, cit., p. 2626.

⁷⁵ Sulle diverse sfumature nella comprensione della *diversity* tra *Bakke* e *Grutter v. R.C. Post*, *Fashioning the Legal Constitution*, cit., p. 59 ss.

accademica è funzionale, da un lato, ad assicurare benefici sostanziali («*not theoretical, but real*»⁷⁶) in termini di integrazione e costruzione di un sistema equilibrato di relazioni tra diverse soggettività e, dall'altro, rinvia più in profondità alla promozione del nesso costitutivo che lega educazione e cittadinanza. In questa prospettiva – significativamente citando la sentenza *Brown* – la Corte ribadisce che «*education [...] is the very foundation of good citizenship*»⁷⁷ e mette in luce il legame tra promozione della *diversity* nelle università e legittimazione della classe dirigente⁷⁸.

Pur riproducendo i limiti legati all'adozione di un paradigma puramente anti-classificatorio e, quindi, al persistere della rinuncia a considerare il più ampio contesto delle condizioni strutturali della disuguaglianza⁷⁹, la recezione del *diversity rationale* in *Grutter* assume una portata più ampia e comprensiva e, soprattutto, ne viene messo in luce il legame con l'allargamento della partecipazione e l'irrobustimento della cittadinanza. Allo stesso tempo, come è stato osservato, il superamento della subordinazione resta implicito⁸⁰: è, dunque, la scissione tra paradigma anticlassificazione e paradigma anti-subordinazione – ovvero, in altri termini, la declinazione non solo *color-* ma *history-* and *reality-* blind del paradigma anticlassificazione – a impedire alla Corte di aprire i propri percorsi argomentativi nella direzione di una compiuta tematizzazione delle implicazioni strutturali delle azioni affermative.

D'altra parte, come pure è stato messo in luce⁸¹, nel passaggio da *Bakke* a *Grutter* e negli ulteriori sviluppi della giurisprudenza della Corte Suprema in materia si è consolidata una linea di frattura tra le posizioni critiche di stampo conservatore – che continuavano (e continuano oggi) a vedere nelle azioni affermative una inammissibile discriminazione in base alla razza, indipendentemente dal loro carattere benigno – e le posizioni favorevoli che, però, tendevano a concentrare i loro argomenti prevalentemente sulla difesa della libertà accademica e dell'obiettivo di

⁷⁶ *Grutter v. Bollinger*, cit., op. magg., p. 330.

⁷⁷ *Ivi*, p. 331.

⁷⁸ Cfr. *ivi*, p. 332: «*In order to cultivate a set of leaders with legitimacy in the eyes of the citizenry, it is necessary that the path to leadership be visibly open to talented and qualified individuals of every race and ethnicity*».

⁷⁹ Lo sottolinea R.B. Siegel, *Equality Talk*, cit. p. 1540.

⁸⁰ *Ivi*, pp. 1538-1540.

⁸¹ Ad es. da R.F. Moran, *Bakke's Lasting Legacy*, cit., pp. 2604-2605.

favorire il consolidamento di una comunità studentesca composita e attraversata da diversità⁸².

Queste posizioni – che pure hanno avuto il merito di sostenere, ispessendone la portata, il canone della *diversity* sia nella prassi che nella giurisprudenza successiva a *Grutter*⁸³ – hanno determinato una perdita di prospettiva sul senso ultimo delle *affirmative action*, le quali dovrebbero essere rivolte alla costruzione di eguaglianza non secondo una logica puntuale (cioè meramente riparativa) bensì secondo una logica strutturale e, dunque, inserite in una più ampia cornice di trasformazione delle *condizioni* della disuguaglianza nell'accesso all'istruzione superiore.

Dunque, paradossalmente è proprio il *constitutional framework* di *Bakke* – e il suo consolidamento in *Grutter v. Bollinger* – ad aver fatto perdere di vista le profonde implicazioni egualitarie della questione dell'accesso all'università; implicazioni che, d'altro canto, erano già presenti e chiare nell'*opinion* di Brennan, Marshall, White e Blackmun, ricordata in precedenza. In questa prospettiva, allora, si è parlato del *diversity rationale*, nei termini di un *constitutional camouflage*⁸⁴ e si è sottolineato che l'adozione e la conferma del canone della *diversity* hanno consentito alla Corte di evitare un "racial justice rationale"⁸⁵. Promuovere e garantire il pluralismo, in altri termini, non significa di per sé arginare i processi di razzializzazione né, tantomeno, trasformare le condizioni strutturali della disuguaglianza, pur potendo contribuire a preconstituire le condizioni per processi che vadano in questa direzione. L'elaborazione del canone della *diversity* appare dunque problematica soprattutto alla luce del suo raffronto con quelle logiche di giustizia compensativa (o di concreta costruzione di eguaglianza) che sono – o dovrebbero essere – alla base delle azioni affermative.

6.2 Identità, eguaglianza sostanziale e giustizia razziale

⁸² Per l'esplicita affermazione che il *diversity rationale* elaborato da Powell è «rooted in institutional autonomy», cfr. R.F. Moran, *The Unbearable Emptiness of Formalism: Autonomy, Equality, and the Future of Affirmative Action*, in *North Carolina Law Rev.*, 2022, p. 785 ss., 792.

⁸³ E in particolare nella già citata decisione *Fisher II*, nella quale la Corte aveva validato il programma di ammissione della University of Texas at Austin, ritenendo che lo stesso rispettasse il *compelling interest* di favorire la *diversity* dell'ambiente di apprendimento – anche alla luce dei dati forniti dalla stessa Università – e che, in particolare, l'adeguatezza del mezzo risultava anche dal fatto che l'Università prevedeva una revisione periodica e costante del programma di ammissione.

⁸⁴ Così R.B. Siegel, *Equality Talk*, cit., p. 1540.

⁸⁵ Cfr. K.T. Bartlett, *Affirmative Action and Social Discord*, cit., p. 2307.

Un ulteriore profilo di fragilità del canone emerge tuttavia – proprio alla luce di alcune implicazioni di *Grutter* e, soprattutto, *SFFA* – dal suo intrecciarsi con la possibilità di letture del riferimento all'appartenenza razziale in chiave identitaria: un simile approccio appare in parte coerente con una delle radici del riferimento alla *diversity* nella giurisprudenza della Corte e cioè la tendenza, più volte resa evidente, a schiacciare la *Equal Protection Clause* sulla sua componente individualistica. Tale sottolineatura discende però, quantomeno in *SFFA*, dall'enfatizzazione negativa del canone della *diversity* che – sulla base di un suo profondo (e probabilmente voluto) fraintendimento – conduce la maggioranza a ridurre la *diversity* al solo profilo identitario (ove non addirittura meramente estetico), ben oltre la caratterizzazione che ne aveva dato la stessa Corte in *Grutter*, riconoscendo come si è visto più ariose implicazioni della *diversity*.

Tuttavia, non può tacersi che – nell'attuale contesto di ripresa di una forte critica (per quanto entro certi termini giustificata⁸⁶) alle politiche dell'identità – la *diversity* finisca per mostrare il fianco a fraintendimenti della sua (sia pur limitata) portata pro-egualitaria e pro-coesione. Infatti, come ben dimostrano per contrasto proprio alcuni argomenti utilizzati dalla Corte in *SFFA*, una declinazione della *diversity* in chiave *esclusivamente* identitaria rischierebbe di assolutizzare o essenzializzare la razza, come profilo identitario dell'individuo e, conseguentemente, di dimenticare che la considerazione della razza ha senso non come presidio di tutela di profili identitari bensì piuttosto come punto terminale di una storia di subalternità, cioè come presupposto ed esito di processi di razzializzazione. Se una qualche attinenza della razza a profili identitari può essere assunta, questa non può in altri termini prescindere dalle storie personali e dall'intreccio tra appartenenza razziale e processi di subordinazione sociale: e, peraltro, solo a patto che questi nessi non vengano ridotti secondo una logica stereotipica ma calati nelle concrete condizioni di esistenza ed esperienza personale e sociale delle persone⁸⁷.

⁸⁶ Nel dibattito degli ultimi anni cfr. almeno M. Lilla, *L'identità non è di sinistra*, Venezia, 2018 e F. Fukuyama, *Identity. Contemporary Identity Politics and the Struggle for Recognition*, New York-Londra, 2018; più di recente S. Neiman, *Left is not Woke*, Hoboken – Cambridge, 2023 e, in Italia, G. Serughetti, *La società esiste*, Roma-Bari, 2023, p. 73 ss., specie 76-77. Per una sottolineatura delle due linee di conflitto sociale (socio-economica e legata alle “soggettività altre”) attorno alle quali si organizza il dibattito contemporaneo sull'eguaglianza, cfr. la lucida ricostruzione di A. Di Martino, *Dimensioni costituzionali dell'eguaglianza e linee di conflitto sociale*, cit.

⁸⁷ Nel senso che «*race-conscious admissions policies invite all students to tell their whole story, inclusive of their race, ethnicity, and lived experiences, in addition to their academics*», cfr. ad esempio M.F. Crusto, *A Plea for Affirmative Action*, in *Harv. Law Rev.*, 2023, p. 205 ss. p. 221.

I termini della questione sono ben evocati proprio nell'acceso confronto tra l'opinione di maggioranza e l'opinione dissenziente di Sotomayor in *SFFA*. L'opinione di maggioranza, infatti, stigmatizza le procedure di ammissione di Harvard e UNC – tra l'altro – ritenendo che le stesse favoriscano dinamiche di stereotipizzazione⁸⁸, basandosi sul presupposto che l'appartenenza razziale minoritaria di una persona possa apportare un valore aggiunto alla comunità studentesca. Di ciò è pienamente consapevole Sotomayor, secondo cui però – tutto al contrario – riconoscere che «*young people's experiences are shaded by a societal structure where race matters*»⁸⁹ non equivale affatto a stereotipare ma sia invece coerente con una valutazione che – come afferma anche la giudice Jackson nella propria opinione dissenziente – si apra alla considerazione delle esperienze vissute di subordinazione razziale⁹⁰. Sullo sfondo di questo vero e proprio dialogo tra sordi⁹¹ si intravedono di nuovo due concezioni radicalmente incompatibili non solo dell'eguaglianza ma, più in profondità, dello stesso rapporto tra eguaglianza e diritto.

In questo senso, occorre ricordare che le azioni affermative – specie in ambito educativo, ma non solo – non sono state esenti da critiche anche da parte progressista, nonché nell'ottica di un approccio critico e

⁸⁸ *SFFA*, cit., op. magg. p. 29. Sul punto, molto netta anche la posizione del giudice Thomas nella propria opinione concorrente.

⁸⁹ *SFFA*, cit., Sotomayor, *dissenting*, pp. 48-49.

⁹⁰ *SFFA*, cit., Jackson, *dissenting*, p. 29.

⁹¹ Che assume, in *SFFA* toni che paiono trascendere in asprezza la pur marcata distanza tra le posizioni dei due gruppi di giudici: si pensi, solo per fare un esempio, al modo in cui l'opinione di maggioranza attacca le due opinioni dissenzienti, accusando la minoranza *liberal* di essere portatrice di una ben precisa politica costituzionale (e legislativa); o ancora ai toni irridenti che la maggioranza riserva all'opinione della Justice Jackson alle pp. 39 ss., in relazione alle divergenti letture dell'opinione dissenziente di Harlan nella decisione *Plessy c. Ferguson*. Allo stesso modo, l'opinione dissenziente di Sotomayor non risparmia attacchi molto pesanti all'opinione concorrente del giudice Thomas, accusandolo di basarsi su minimi riferimenti di letteratura e, soprattutto, sull'esclusiva autorità delle opinioni da lui stesso firmate in passato; e si pensi ancora al passaggio in cui Sotomayor accusa l'opinione di maggioranza di voler ipocritamente temperare gli effetti della propria decisione – attribuendo residua limitata rilevanza ai riferimenti alla razza eventualmente contenuti negli *application essay* – imbellettando, testualmente, un maiale («*is nothing but an attempt to put lipstick on a pig*»: Sotomayor, *dissenting*, p. 47). Se pure il confronto acceso tra diverse posizioni non è nuovo nella giurisprudenza della Corte, pare di essere molto lontani – ormai – dal *respectful dissenting* che aveva caratterizzato storiche contrapposizioni (come quella, ad esempio, tra Antonin Scalia e Ruth Bader Ginsburg) e, soprattutto, pare di poter riconoscere in toni così aspri la traccia della contesa in atto sul ruolo della Corte Suprema e sulla crisi della sua legittimazione in un contesto di forte polarizzazione della società statunitense.

intersezionale alle questioni razziali. Per un verso, infatti, le sole azioni affermative non sono parse idonee a trasformare radicalmente un sistema educativo che rimane strutturalmente diseguale, soprattutto per quel che riguarda le disuguaglianze reddituali (e sarebbe addirittura lecito attendersi un impatto scarso o nullo del loro superamento sulle reali condizioni di eguaglianza⁹²). Per altro verso, è stato osservato che l'azione affermativa – rischiando di standardizzare l'appartenenza della persona a un gruppo razziale o etnico – inevitabilmente tenderebbe a stereotipare, oltre che a validare implicitamente posizioni teoriche tendenti a riconoscere un qualche intrinseco rilievo all'etnicità o addirittura alla “razza”⁹³, laddove invece un approccio coerentemente egualitario dovrebbe risvegliare la consapevolezza che la subordinazione strutturale non consegue alla “razza” ma a processi storici di razzializzazione; e che – accanto alle azioni affermative – è necessario porre in essere misure trasformative che, intervenendo sulle condizioni strutturali della disuguaglianza, rendano effettive tanto la libertà quanto l'eguaglianza.

La razza, insomma, non può essere considerata identitaria in sé, ma in quanto punto di emersione di processi storici di razzializzazione e subordinazione: l'uso stesso della parola *razza*, fin dal titolo di questo lavoro, è giustificato unicamente in questa chiave, cioè come termine che reca la traccia e l'impronta di tali processi storici. La considerazione della razza, in questa prospettiva, può quindi attenersi alla pari dignità *sociale* solo quando è considerata per emancipare, promuovere, trasformare la realtà: ma non già come valore identitario/dignitario in sé. In questo senso – avvertendo cioè sulla necessità di evitare letture in chiave esclusivamente identitaria – possono leggersi alcune recenti ricostruzioni proposte nel dibattito statunitense, che vanno nel senso di sostituire alla *diversity* – come *compelling interest* idoneo a giustificare le azioni affermative – l'obiettivo di garantire la *equal dignity*⁹⁴.

Secondo tali posizioni, la *colorblindness* – nella sua declinazione formalistica⁹⁵ – diviene non (soltanto) indifferenza rispetto alla razza intesa come profilo identitario (astrattamente considerato) dell'individuo ma

⁹² In questo senso, ad esempio, E. McDonough, *The Limits of Equality: A People's History of Affirmative Action*, in *Harvard Law & Policy Review*, 2022, p. 43 ss., 70 ss.

⁹³ Ivi, p. 61 ss.

⁹⁴ È la proposta di T.P. Crocker, *Equal Dignity, Colorblindness, and the Future of Affirmative Action*, cit.

⁹⁵ Nel quadro di una interpretazione conservatrice di tale concetto, inteso «come netta eguaglianza formale e neutralità» (così A. Di Martino, *Dimensioni costituzionali dell'eguaglianza*, cit., p. 167).

anche – e soprattutto – indifferenza rispetto al modo in cui «*social context relates to personal identity*»: in altri termini, «*to be blind to race is [...] to be blind to social structures*»⁹⁶. Considerare l'identità, cioè, non come profilo dell'esperienza individuale curvato esclusivamente sulla dimensione simbolico-spirituale bensì come fattore di individuazione condizionato da relazioni e contesti potrebbe invece consentire di aprire decisamente l'argomentazione proprio a questi contesti, senza per ciò stesso attribuire alla razza un *valore* intrinseco, potenzialmente inopportuno: si tratta, piuttosto, di declinare la stessa identità personale come concetto più ampio che include l'*esperienza* personale, sociale e storica dell'appartenenza razziale (e delle sue conseguenze in termini di subordinazione)⁹⁷.

Allo stesso tempo, calibrare le azioni affermative sulla pari dignità intesa anche nella sua dimensione relazionale e sociale consentirebbe di tenere assieme in chiave intersezionale diversi aspetti dell'identità e della storia *di quella persona* senza limitarsi a considerarne solo alcuni in via tendenzialmente esclusiva, evitando così i rischi di stereotipizzazione⁹⁸ e considerando apertamente gli effetti – sulle vissute esperienze – di strutture sociali che potrebbero aver perpetuato forme di subordinazione⁹⁹. In altri termini, far riferimento alla *equal dignity* – in linea con una giurisprudenza che pure aveva fatto riferimento alla mortificazione della dignità personale come elemento rilevante nell'interpretazione di *Due Process* e *Equal Protection Clause*¹⁰⁰ – può funzionare solo se i “contesti” vengono interpretati come contesti non meramente identitari – in prospettiva puramente individualistica – ma come contesti di *razzizzazione*, da considerare in ottica oppositiva: se, cioè, l'appartenenza razziale è considerata tratto identitario esclusivamente in relazione all'interpretazione della razza come costruito sociale¹⁰¹.

⁹⁶ Cfr. T.P. Crocker, *Equal Dignity, Colorblindness, and the Future of Affirmative Action*, cit., pp. 41-42.

⁹⁷ Ivi, pp. 51-52.

⁹⁸ Ivi, pp. 74-75, ma anche 78.

⁹⁹ Ivi, p. 77.

¹⁰⁰ Si tratta, in particolare, della linea di decisioni che da *Planned Parenthood v. Casey* (505 U.S. 833, 1992) conduce a *Lawrence v. Texas* (39 U.S. 558, 2003) e, soprattutto, a *Obergefell v. Hodges* (576 U.S. ____, 2015). Sul punto, cfr. A. Schillaci, *Nel cono d'ombra di Dobbs*, cit., specie p. 603 ss.

¹⁰¹ Lo sottolinea in modo molto efficace A. Onwuachy-Willig, *Roberts's Revisions: A Narratological Reading of the Affirmative Action Cases*, in *Harv. Law Rev.*, 2023, p. 192 ss., 212 («given how structural and attitudinal racism operate in society, race frequently shapes who a person is», enfasi aggiunta), peraltro dimostrando al tempo stesso – nel quadro di una suggestiva rilettura di *SFFA* nel prisma dei *critical race studies* e della narratologia – come la

Giustizia razziale non è – insomma – indifferenza della Costituzione e dell'ordinamento rispetto all'appartenenza razziale (*colorblindness*) e nemmeno cristallizzazione della razza in termini identitari, bensì piuttosto eguaglianza sostanziale¹⁰².

Ad essere problematico, in questa prospettiva, non è allora lo strumento dell'azione affermativa in sé considerato, bensì il rifiuto – radicato nella giurisprudenza della Corte Suprema – di riconoscerne la funzione trasformativa come profilo centrale anche sul piano della sua giustificazione razionale. Curvare l'azione affermativa sulla *diversity*, allontanandola dalla sua più profonda funzione sovversiva di equilibri di potere consolidati, ha finito per trasformarla in qualcosa di diverso, enfatizzando i suoi profili di contatto con le politiche dell'identità (più ancora che con il paradigma antidiscriminatorio) piuttosto che – appunto – su più solide politiche per l'eguaglianza e per l'integrazione, capaci di unire il profilo identitario con la considerazione delle concrete condizioni di vita¹⁰³.

Aver preferito il “*conciliatory language of diversity*” allo “*emancipatory language of justice*”¹⁰⁴ avrebbe dunque determinato, in definitiva, lo scollamento dell'inquadramento giuridico delle azioni affermative non solo dalle origini profonde del razzismo strutturalmente presente negli Stati Uniti ma dalle stesse radici della disuguaglianza¹⁰⁵. La *diversity* – in altri termini – non ha nulla a che vedere con le più profonde ragioni strutturali della razzializzazione delle persone non bianche¹⁰⁶, specie se di essa si

declinazione neutra e formalistica dell'eguaglianza in *SFFA* sia in realtà l'altra faccia della medaglia di una «*transparent racial lens*» (p. 201) vale a dire della «*tendency of Whites to not think about their whiteness; to not consider how norms, behaviors, perspectives, and expectations in our society have all been built around and defined around the experiences of Whites; and to fail to appreciate how those norms, perspectives, and expectations are then imposed upon people of color in ways that systemically disadvantage people of color and routinely advantage white people*» (p. 202).

¹⁰² Cfr. E. McDonough, *The Limits of Equality*, cit., p. 74.

¹⁰³ Ciò chiama in causa, evidentemente, le diverse comprensioni dell'eguaglianza e dunque i diversi canoni interpretativi della *Equal Protection Clause*. Sul punto, cfr. L.C. Bollinger, *What Once Was Lost Must Now Be Found: Rediscovering an Affirmative Action Jurisprudence Informed by the Reality of Race in America*, in *Harv. Law Rev.*, 2016, p. 281 ss. il quale osserva come – in conseguenza di tale approccio – a risultare distorta sia la stessa funzione della Clausola che, da «*shield protecting the less powerful and the historically oppressed*» diviene «*a sword in the service of maintaining the status quo*» (pp. 284-285).

¹⁰⁴ È la sintesi, molto efficace, di Y. Joshi, *Racial Equality Compromises*, in *California Law Rev.*, 2023, p. 529 ss., 577.

¹⁰⁵ Così, ancora, L.C. Bollinger, *What Once Was Lost Must Now Be Found*, loc. ult. cit.

¹⁰⁶ Lo osserva C.S. Diver, *From Equality to Diversity: The Detour from Brown to Grutter*, in *Univ. of Illinois Law Rev.*, 2004, p. 691 ss. In particolare, al termine di una serrata critica

assecondano letture riduttive e meccanicistiche. Tale complesso di limiti è confermato proprio da *SFFA*, il cui percorso argomentativo appare condizionato, peraltro, da una lettura del tutto riduttiva del canone della *diversity* e dall'integrazione – nella costruzione dello *standard* di adeguatezza – del criterio della misurabilità che la maggioranza ricava dall'opinione dissenziente di Justice Alito nella decisione *Fisher II*. In altri termini – e qui risiede forse il nodo decisivo e forse il più significativo elemento di novità della decisione – non è più sufficiente che le misure affermative siano *narrowly tailored* rispetto all'obiettivo: l'adeguatezza deve essere valutata alla luce della misurabilità dell'obiettivo stesso e, dal momento che lo stesso è *inescapably imponderable*, risulta impossibile assicurare uno *standard of review*. Un aspetto, quest'ultimo, che si lega – meccanicamente – alla altrettanto rigida interpretazione del termine temporale di venticinque anni evocato da O'Connor in *Grutter*.

Tanto la questione della misurabilità quando l'enfasi posta sui limiti temporali delle azioni affermative deriva – peraltro – da una lettura alquanto riduttiva della sentenza *Grutter* e della declinazione della *diversity* che essa aveva fornito. In particolare, rispetto a *Grutter* la Corte ignora completamente tanto i nessi tra la *diversity* e la libertà accademica quanto – e ciò se possibile è ancor più grave, ferma restando la strutturale fragilità del canone – il suo rapporto con il nesso tra educazione e costruzione della cittadinanza (sull'educazione, cioè, come dispositivo di integrazione della comunità politica): un nesso che Sotomayor, molto condivisibilmente, fa risalire a *Brown* (come in parte notato già dalla giudice O'Connor nell'opinione di maggioranza proprio in *Grutter*). La riduzione della *diversity* – in *SFFA* – quasi a mero fattore estetico ne determina, per un verso, lo schiacciamento su paradigmi di lettura in termini identitari (che la rendono, se possibile, ancora più fragile) e, d'altro canto, è funzionale ad assottigliarne ulteriormente – fino a renderlo impercettibile – il rapporto con la promozione dell'eguaglianza anche in senso sostanziale. Non stupisce, allora, che critica della misurabilità e riaffermazione acritica del *logical end point* si tengano in un approccio alle azioni affermative – e all'eguaglianza – radicalmente refrattario rispetto ai contesti e alle condizioni strutturali della

dei limiti del ricorso alla *diversity* come giustificazione del trattamento differenziato e degli obiettivi proclamati come sottesi ad esso (dal favorire la pluralità dei punti di vista, al valore della razza in sé, al profilo della legittimazione della classe dirigente fino alla libertà accademica), Diver conclude affermando che non solo la *diversity* è criterio del tutto inadeguato (p. 712) ma soprattutto che esso «sanctions the use of race for instrumental reasons nominally divorced from the historical conditions that made race so toxic a criterion for allocating governmental benefits and burdens» (p. 722, enfasi aggiunta).

disuguaglianza¹⁰⁷. Ciò risulta con particolare evidenza nell'opinione concorrente del giudice Thomas, in cui la riduzione della *diversity* in termini quasi caricaturali discende direttamente dalla critica serrata del paradigma antisubordinazione e dalla sostanziale neutralizzazione della *Equal Protection Clause*. La Corte nega quindi – per bocca della maggioranza e del giudice Thomas – qualunque virtualità rimediale e trasformativa della *Equal Protection Clause*: l'idea, cioè, che la costruzione di eguaglianza (anche attraverso azioni affermative) possa rispondere a logiche di tipo aspirazionale (lo sottolinea esplicitamente la giudice Jackson nella sua opinione dissenziente) e, appunto, trasformativo. Secondo Thomas, l'unica possibile lettura del XIV emendamento – in chiave originalista – è invece quella che dà adito a una *colorblindness* di carattere formale¹⁰⁸.

In questa prospettiva – come sostiene l'opinione di maggioranza – eliminare le discriminazioni razziali significa eliminarle completamente (*all of it*). Nessun trattamento differenziato è, insomma, ammissibile, «*whether intended to help or to hurt*»¹⁰⁹. Simile ricostruzione viene accusata, dalla

¹⁰⁷ La rigida interpretazione del termine dei venticinque anni – come osservato anche da S. Leone, *Costituzione americana e razza ancora allo specchio*, p. 47 (in nota) – deriva direttamente dall'opinione separata (in parte concorrente e in parte dissenziente) di Thomas nella stessa decisione *Grutter*. I rischi del riferimento contenuto nell'opinione di maggioranza al termine temporale furono colti da Ruth Bader Ginsburg che, nella sua opinione concorrente (dedicata esclusivamente a tale profilo della decisione) osservò – sulla base di una spassionata considerazione del contesto di persistente subordinazione della popolazione non bianca negli Stati Uniti – che la prospettazione di un termine temporale poteva al più essere interpretata in termini di mero auspicio («*one may hope, but not firmly forecast*», Ginsburg, *concurring*, p. 346). L'incoerenza della fissazione del termine rispetto a una esigente (e non ipocrita) considerazione dello stesso concetto di promozione della *diversity* è ben sottolineata da J.M. Balkin, *Plessey, Brown, and Grutter*, cit., p. 1725-1726 (in nota). In altri termini, anche l'insistenza sul termine temporale – come dimostra proprio *SFFA* – conferma che, come osservato da D. Bell, *Diversity's Distractions*, cit., pp. 1626-1627, il ricorso e il consolidamento del canone della *diversity* sia stato funzionale a neutralizzare la portata delle *affirmative action*.

¹⁰⁸ Thomas – seguito in questo dall'opinione concorrente di Gorsuch – ritiene di ricavare tale lettura direttamente dall'opinione dissenziente di Harlan nella decisione *Plessey v. Ferguson* del 1896; ciò attira le critiche serrate dei dissenzienti, che contestano radicalmente la lettura in chiave formalistica di una opinione – quella di Harlan – che mirava a criticare la regola del *separate but equal* anzitutto a partire dai concreti assetti di subordinazione nelle relazioni tra razze, insistendo – in aperta contrapposizione con la maggioranza – proprio sulla capacità della Costituzione (e della legislazione) di trasformare e sovvertire tali assetti.

¹⁰⁹ *SFFA*, cit. Thomas, *concurring*, p. 2. In modo non dissimile, già Roberts in *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1*, 551 U.S. 701 (2007) aveva osservato

minoranza, di superficialità e di *flatness*¹¹⁰. La *Equal Protection Clause*, sostiene la minoranza, va letta in chiave trasformativa, attenta cioè alla correzione dei processi storici di razzializzazione – e cioè di concreta subordinazione e umiliazione – della popolazione nera: e in questa declinazione della *Equal Protection Clause* è riconosciuto un profilo di continuità che lega *Brown v. Board of Education*, *Bakke*, *Grutter* e *Fisher*. Costruire l'eguaglianza richiede il riconoscimento delle disuguaglianze e il loro superamento, e non certo la loro cancellazione in termini formali.

7. Azioni affermative e trasformazione della realtà. Un cammino inconcluso

La distanza, come si vede, non potrebbe essere maggiore e nasconde – a ben vedere – opzioni radicalmente diverse in merito alla stessa formula di convivenza. Da una parte, l'affermazione di un'eguaglianza solo formale, che affida il superamento delle disuguaglianze ai meriti individuali: ciò che importa non sono le barriere che i neri incontrano sul loro cammino, ma il modo in cui decidono di affrontarle¹¹¹. Dall'altra, una ben più esigente articolazione del rapporto tra eguaglianza ed esperienza giuridica (e politica), in cui coesione e giustizia sociale sono l'esito di una positiva azione politica, tradotta in strumenti giuridici efficaci e adeguatamente sintonizzati sulla realtà¹¹².

Più in particolare, l'intreccio tra ostilità alle azioni affermative e opzione per una *colorblindness* declinata in senso esclusivamente formale si basa – come ben dimostra l'opinione concorrente di Thomas – sul malinteso presupposto di far prevalere la libertà dei singoli sul (presunto) paternalismo insito nelle politiche per l'eguaglianza o, nei termini usati dai conservatori, di assicurare una *equality of opportunities* piuttosto che una *equality of results*¹¹³.

Si tratta, a ben vedere, di una contrapposizione fuorviante. Da un lato, infatti, schiacciare le *affirmative action* sull'eguaglianza di risultati è riduttivo e poco coerente con l'effettiva articolazione delle politiche per l'eguaglianza, rivolte piuttosto a favorire la rimozione di ostacoli; dall'altro, la *equality of*

che «*the way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race*» (p. 748).

¹¹⁰ *SFFA*, cit., Jackson, *dissenting*, p. 25.

¹¹¹ *SFFA*, cit., Thomas, *concurring*, p. 51.

¹¹² *SFFA*, cit., Sotomayor, *dissenting*, p. 48.

¹¹³ Sul punto v. R.B. Siegel, *Race-Conscious but Race-Neutral: The Constitutionality of Disparate Impact in the Roberts Court*, in *Alabama Law Rev.*, 2015, p. 653 ss., 663.

opportunities non può essere a sua volta schiacciata sul dato della libertà formale ma, semmai, tenere conto dei contesti e delle condizioni strutturali in cui la libertà si esercita e sui quali il diritto può e deve intervenire in chiave di promozione dell'eguaglianza. L'alternativa non è dunque tra libertà e paternalismo, né è possibile declinare la promozione dell'eguaglianza esclusivamente in chiave di limitazione della libertà: tale impostazione appare piuttosto funzionale, storicamente e nell'attualità, a posizioni di stampo neo-conservatore che – proprio come avvenuto in *SFFA* – fanno premio su una declinazione formalistica dell'eguaglianza per cristallizzare, facendosi scudo della protezione della libertà, squilibri e assetti strutturalmente diseguali secondo la logica di una “*reactionary colorblindness*”¹¹⁴.

La faticosa ricerca di un «*broader contextualized standard of review*»¹¹⁵ si lega infine alla ricerca – altrettanto faticosa e, per il momento, destinata a non trovare ascolto da parte della Corte Suprema, proprio a causa dell'ostinata declinazione in senso formale delle interpretazioni della *Equal Protection Clause*, quantomeno in relazione alla *colorblindness*¹¹⁶ – di un efficace modello giuridico di inquadramento dell'uso (diversificato) della razza quale possibile criterio di orientamento di politiche per l'eguaglianza. In questa prospettiva, pare ancora assai suggestiva l'opinione dissenziente di Ruth Bader Ginsburg in *Gratz v. Bollinger* – che, non a caso, viene citato nell'opinione dissenziente di Sotomayor in *SFFA* – nel quale si sottolinea la necessità di distinguere, in sede di valutazione della giustificazione del trattamento differenziato, a seconda del modo in cui la razza è usata: di considerare cioè in modo diverso politiche di inclusione (finalizzate a garantire una *full citizenship stature*) e di esclusione¹¹⁷ sulla base di una adeguata *sintonizzazione* del giudizio di eguaglianza sulla realtà. La stessa qualificazione della razza come categoria sospetta non va interpretata in termini assoluti, bensì storicizzata e – quindi – curvata sulla premessa che, nella storia degli Stati Uniti, la razza è stata usata per subordinare: e quindi, «*the Constitution is*

¹¹⁴ In questo senso, e anche per una efficace ricostruzione storica, si v. E. McDonough, *The Limits of Equality*, cit., specie p. 58 ss.

¹¹⁵ Così N. Gotanda, *A Critique of Our Constitution is Color-Blind*, cit., p. 46 ss., 61.

¹¹⁶ Atteggiamento già stigmatizzato, ad esempio, da R.F. Moran, *The Unbearable Emptiness of Formalism*, cit., p. 830 («*Because the Court emphasizes categorical labels rather than histories of discrimination and persistent inequities, it has no way to distinguish between benign and malign uses of race*»).

¹¹⁷ *Gratz*, cit., Ginsburg, *dissenting*, p. 301.

color conscious to prevent discrimination being perpetuated and to undo the effects of past discrimination»¹¹⁸.

Il problema, in altri termini, non è la considerazione della razza in sé ma la direzione in cui muove quell'uso e cioè, ancora una volta, il rapporto tra uso della razza e superamento delle dinamiche di razzializzazione. Questo tentativo va collocato nel passaggio – lento, faticoso e soprattutto recessivo nel quadro statunitense – da una declinazione intenzionale e “agent-centered”¹¹⁹ della discriminazione a una comprensione delle disuguaglianze in senso sostanziale e strutturale. Allo stesso tempo esso si lega – come dimostrano anche le opinioni dissenzienti in *SFFA* – alla scelta di storicizzare e contestualizzare il giudizio di eguaglianza, e cioè di curvarlo non solo verso il concreto vissuto di diseguaglianza ma anche – e soprattutto – sul contesto storico-sociale che lo ha reso possibile e confermato nel tempo: in una parola, operare il giudizio di eguaglianza alla luce dei processi storici di razzializzazione e subordinazione favorendo una coscienza – che si vorrebbe sempre più raffinata – del nesso tra politiche per l'eguaglianza e trasformazione delle esperienze e dei contesti.

In questa prospettiva, la Costituzione non è sempre *color-blind* o sempre *color-conscious* ma, piuttosto, assume queste due diverse coloriture – nell'interpretazione – a seconda del tipo di *situazione* che ha occasionato il giudizio di eguaglianza. Non stupisce allora che la posizione opposta – che poi è quella della maggioranza in *SFFA* e, ancor di più, dell'opinione concorrente di Thomas – unisca a una declinazione formalistica del giudizio di eguaglianza – e dello stesso criterio della *colorblindness* – il rifiuto di riconoscere il portato dei processi di razzializzazione, quindi, la tendenza a disconnettere le classificazioni razziali dal loro concreto significato

¹¹⁸ Ivi, p. 302, corsivo aggiunto. Sul punto cfr. anche R. Bader Ginsburg (con D.J. Merritt), *Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue*, in *Journal of Const. Law*, 2020, p. 9 ss. Tale posizione si lega – come emerge in parte già nell'opinione dissenziente di Ginsburg in *Adarand* – anche a una più equilibrata declinazione del rapporto con il processo politico e, in particolare, alla considerazione del tipo di decisione (politica) all'esame della Corte: altro è, cioè, che la maggioranza decida di discriminare componenti minoritarie, altro è – invece – che la maggioranza decida di imporre «*incidental costs on the majority of their constituents in order to provide a benefit to a disadvantaged minority*» (così l'opinione dissenziente del giudice Stevens nella sentenza *Adarand*). In prospettiva non dissimile già Ely aveva invitato a considerare il quadro più ampio delle motivazioni che inducono la maggioranza bianca a prendere in considerazione la razza; se lo fa per includere, anche pregiudicando sé stessa, non si può ascrivere all'uso della razza un intento razzista e, dunque, contrario alla *Equal Protection Clause* (J.H. Ely, *The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination*, cit., p. 734 ss.).

¹¹⁹ Così M. Kelly Carr, *The rhetorical invention*, cit. p. 39.

sociale¹²⁰. Appare dunque cruciale riflettere su libertà ed eguaglianza “in situazione”, vale a dire sulle concrete condizioni in cui la libertà si esercita e, quindi, sulla sua effettività anche al fine di tematizzarne compiutamente e in concreto il nesso con l'eguaglianza: «*baselines in the United States are still not race-neutral*»¹²¹ ed è per questo che la *colorblindness* può al più rappresentare una aspirazione la quale – proprio per questo – ben può giustificare azioni affermative.

In questo quadro, una troppo rigida polarizzazione tra eguaglianza di opportunità ed eguaglianza di risultati rischia di depotenziare la consapevolezza – pur presente, come si è visto, nel dibattito statunitense – che l'azione affermativa non esaurisce la propria funzione in una logica puntualmente rimediabile ma può avere effetti trasformativi¹²², nella misura in cui essa non si muove nel vuoto ma in un preciso contesto di discriminazioni strutturalmente condizionate e storicamente condizionate¹²³. Ancor più in profondità, ad essere in gioco è in definitiva la

¹²⁰ Sul complesso rapporto tra classificazioni razziali e processi di subordinazione della popolazione non bianca v. ancora N. Gotanda, *A Critique of Our Constitution is Color-Blind*, cit., p. 43 ss. Nel senso che una riflessione sulla razza non possa che essere – al tempo stesso – una riflessione sul potere e che, quindi, non possa esservi spazio per una neutralizzazione delle classificazioni in base alla razza (qualunque ne sia la motivazione), v. G. Zanetti, *Critical Race Theory*, cit., p. 44.

¹²¹ Così R.B. Siegel, *Race-Conscious but Race-Neutral*, cit. p. 688.

¹²² La distinzione tra rimedi *affermativi* e rimedi *trasformativi* è prospettata da R.B. Siegel, *From Colorblindness to Antibalkanization*, cit., p. 1358 – peraltro in dialogo con Nancy Fraser – e mette in luce, ancora una volta, la necessità di politiche rivolte alla costruzione di eguaglianza mediante un intervento di trasformazione e sovversione delle condizioni strutturali della disuguaglianza. Ciò è particolarmente evidente proprio con riferimento al sistema universitario statunitense (si v. sul punto le interessanti considerazioni di E. Grande, *Affirmative action: game over per la SCOTUS*, in *Questione Giustizia*, 4 luglio 2023, questionegiustizia.it): in quel contesto, non è infatti detto che favorire in termini affermativi l'accesso a un sistema intrinsecamente diseguale (a partire dall'asse del reddito) possa considerarsi misura di trasformazione delle condizioni della disuguaglianza. Sul punto v. ora, anche per gli intrecci con il paradigma meritocratico e la critica ad esso, le considerazioni di A. Di Martino, *Accesso all'università e aporie dell'eguaglianza*, cit., specie par. 2.2. L'alternativa tra rimedi affermativi e rimedi trasformativi non deve tuttavia condurre a sottovalutare l'impatto potenzialmente trasformativo delle stesse azioni affermative che – come osservato da Ruth Bader Ginsburg – hanno un potenziale strutturalmente rimediabile, insito nella loro capacità di «*redress historic and lingering deprivations of the basic civil right to equality*», la quale non esclude una dimensione trasformativa proprio perché l'azione affermativa è anche «*means to advance the economic and social well-being of women, racial minorities, and others born into groups or communities that disproportionately experience poverty, unemployment, and ill health*» (così Ead., *Affirmative Action*, cit., p. 10).

¹²³ Cfr. M.F. Crusto, *A Plea for Affirmative Action*, cit., p. 207.

Angelo Schillaci

*Inequality is not inevitable. Comprensioni dell'eguaglianza, razza
e azioni affermative nell'esperienza costituzionale statunitense*

stessa *fiducia* nelle possibilità del diritto – compresa la legislazione¹²⁴ – di trasformare le condizioni strutturali della disuguaglianza, assumendo l'eguaglianza come compito rivolto non a favorire chi intraprende un determinato percorso di vita e di esperienza, ma a riparare gli ostacoli strutturali – le “*damaged lanes*” – che rendono quel percorso, per alcune persone, più accidentato¹²⁵.

¹²⁴ Una certa deferenza verso la capacità del processo politico (a livello federale) di articolare efficaci politiche di promozione dell'eguaglianza era presente nell'opinione dissenziente di Ginsburg in *Adarand*. Si tratta di una posizione peraltro significativa, che ricorda – per certi versi – la critica rivolta dalla stessa Ginsburg alla sentenza *Roe v. Wade* nel noto intervento del 1985 sulla *North Carolina Law Review* (*Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, in *North Carolina Law Rev.*, 1985, pp. 375 ss.).

¹²⁵ Come afferma infatti K.W. Crenshaw, *Framing Affirmative Action*, cit.: «*the problem affirmative action seeks to address is not damaged runners, but damaged lanes that make the race more difficult for some competitors to run than others*» (p. 132, enfasi aggiunta).

Angelo Schillaci

Inequality is not inevitable. Comprensioni dell'eguaglianza, razza e azioni affermative nell'esperienza costituzionale statunitense

ABSTRACT: The paper analyzes the case-law of the Supreme Court of the United States regarding race-conscious affirmative actions, with reference to university admissions, highlighting its implications on the different understandings of equality in the United States. Specifically, the paper shows how the configuration of the equality judgment in formal terms has been accompanied – in the case of university admissions – by the identification of diversity as a rationale, avoiding any consideration of racial justice. Any acknowledgment of the deeper causes and implications of preferential treatments is therefore excluded, together with the possibility of the interpretation of the Equal Protection Clause to contribute to the transformation of the structural conditions of inequality.

KEYWORDS: Equal Protection Clause, Race – Affirmative Action – Supreme Court – University admissions

Angelo Schillaci – Professore associato di Diritto pubblico comparato, Sapienza - Università di Roma (angelo.schillaci@uniroma1.it)