

9 MARZO 2016

L'eredità di Brown.  
La Costituzione Americana e la lotta  
contro la discriminazione razziale

di Antonio D'Aloia  
Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Parma



# L'eredità di Brown. La Costituzione Americana e la lotta contro la discriminazione razziale \*

**di Antonio D'Aloia**

Professore ordinario di Diritto costituzionale  
Università degli Studi di Parma

1. Sessantadue anni fa, il 17 maggio 1954, la Corte Suprema USA pubblicava una di quelle sentenze che hanno fatto la storia della giurisprudenza costituzionale americana, e più in generale del cammino delle libertà e dei diritti civili<sup>1</sup>, sviluppando *key legacies* che sono andate oltre il campo della discriminazione razziale<sup>2</sup>.

Nel decidere sul caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, la Corte Suprema dichiarò incostituzionale, perché contrario all'*Equal Protection Clause* del XIV Emendamento, il sistema di segregazione razziale nella scuola pubblica, un sistema basato sull'ipocrita formula del '*separate but equal*', che era stata avvalorata sempre dalla Corte Suprema – come "*racially neutral*" - nel settore dei trasporti pubblici, nel caso *Plessy v. Ferguson* del 1896, con affermazioni che lette oggi appaiono davvero inaccettabili, come quando la Corte scrive che "*la legge non può sradicare gli istinti razziali né abolire le distinzioni fondate sulle differenze psichiche*", o ancora che la segregazione crea uno stigma di inferiorità non "*per nessuna ragione che si trovi nell'atto stesso, ma solo perché la razza colored sceglie di sovrapporvi una tale costruzione*".

Di fronte a questa *opinion* della maggioranza dei Justices, fu Harlan ad elaborare un *dissent* che è stato, in un certo senso, profetico, e che ritroveremo sia nella motivazione di *Brown*, sia nelle opinioni di Kennedy nei "*sodomy law cases*" (soprattutto nella celebre sentenza *Lawrence vs. Texas* del 2003), e nei più recenti giudizi sulla legalizzazione del same-sex marriage (*Windsor*, del 2013; e *Obergefell*, del 2015):

---

\* Il presente contributo rappresenta la versione in italiano di una relazione presentata al XII Congresso Ibero-americano de derecho constitucional, svoltosi a Bogotá (Colombia), dal 16 al 18 settembre 2015.

<sup>1</sup> "*The greatest judicial opinion of the twentieth century*" per B. Ackerman, *We the people: The Civil Rights Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, 2014, 317.

<sup>2</sup> M. MINOW, *In Brown's wake. Legacies of America's Educational Landmark*, Oxford University Press, 2008, 5-6, e 189, sottolineando che "*Brown is invoked in each new civil rights struggle. A key legacy of Brown v. Board of Education is that people now convinced of its rightness ask themselves what next struggle will be analogous a half century from now*".

*The arbitrary separation of citizens, on the basis of race, while they are on a public highway, is a badge of servitude wholly inconsistent with the civil freedom and the equality before the law established by the Constitution. It cannot be justified upon any legal grounds.*

*Indeed, such legislation as that here in question is inconsistent not only with that equality of rights which pertains to citizenship, national and state but with the personal liberty enjoyed by everyone within the United States.*

*Everyone knows that the statutes in question had its origin in the purpose, not so much to exclude white persons from railroad cars occupied by blacks, as to exclude colored people from coaches occupied by or assigned to white persons.*

*The white race deems itself to be the dominant race in this country. And so it is, in prestige, in achievements, in education, in wealth, and in power. So, I doubt not, it will continue to be for all time, if it remains true to its great heritage and holds fast to the principles of constitutional liberty. But in the view of the Constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens. There is no caste here. Our Constitution is color-blind and neither knows nor tolerates classes among citizens. In respect of civil rights, all citizens are equal before the law.*

In *Brown* la Corte contesta direttamente e in modo assoluto il criterio della segregazione razziale (ormai ‘imbarazzante’ per il Paese che aveva combattuto la II Guerra mondiale in nome della libertà, e che doveva confrontarsi con il ‘nemico’ sovietico e la sua capacità di conquistare diplomaticamente *partners* soprattutto tra i Paesi in via di sviluppo: per questa tesi, secondo cui *Brown* fu appoggiata per motivi opportunistici anche dall’establishment bianco, v. un interessante saggio degli anni ’60 di Derrick A. Bell Jr.<sup>3</sup>), e lo esclude certamente dall’ambito scolastico (“*in the field of public education, the doctrine of ‘separate but equal’ has no place. Separate educational facilities are inherently unequal*”), come fatto in sé discriminatorio, che priva i bambini di un *minority group* di un diritto (quello all’*equal educational opportunities*) che “*must be made available to all on equal terms*”, proprio perché la scuola ha come dovere intrinseco quello di sviluppare lo spirito civico e di favorire l’integrazione sociale; e questo a prescindere dalla eventuale (ma in realtà era solo una finzione) equivalenza dei servizi disponibili nelle scuole per i Negri e nelle scuole per i bianchi (“*... even though the physical facilities and other tangible factors of white and Negro schools may be equal*”).

---

<sup>3</sup> D. BELL, *An allegorical critique of the United States Civil Rights Model*, in B. HEPPLER, E.M. SZYSZCZAK (a cura di), *Discrimination: the limits of law*, London, 1992.

2. Fu una sentenza densa di implicazioni interpretative anche più generali, ulteriori rispetto al tema ‘razziale’. Molto significativo, ad esempio, è il passaggio sull’interpretazione evolutiva del XIV emendamento (criticato da Alexander Bickel nel suo celebre libro *The least dangerous branch*, e da altri studiosi americani). La Corte parla di *‘inconclusive nature of the Amendment’s history’*, sostenendo apertamente che la norma costituzionale deve essere letta alla luce dei cambiamenti sociali e culturali: *“in approaching this problem, we cannot turn the clock back to 1868, when the Amendment was adopted, or even to 1896, when Plessy v. Ferguson was written. We must consider public education in the light of its full development and its present place in American life throughout the Nation...”*.

Come scrive Cass Sunstein, nel suo bellissimo libro *“A Constitution of many minds”*, *“if we are speaking of the Constitution’s Founders, we must include not merely Madison and Hamilton, and their compatriots, but also Abraham Lincoln, ... Franklin Delano Roosevelt, Martin Luther King, Lyndon Johnson, ..., and countless other public figures in and out of government. Ordinary Citizens have played a crucial role, certainly insofar as their judgments of both facts and value have helped to motivate fresh interpretations of the Constitution through active engagement by citizens. But the content of the American Constitution has significantly changed as a result of citizen’s beliefs and commitments, developing over time. Americans celebrate the stability of their Constitution. But generational change is a fact of constitutional life”*<sup>4</sup>.

In questo modo la Corte sgancia l’*equal protection clause* e il XIV emendamento dalle vicende storiche della schiavitù e della Guerra civile, ampliandone il raggio di applicazione. Non è un caso che, nei passaggi successivi della giurisprudenza della Corte Suprema, l’approccio originalista verrà usato soprattutto per rimarcare i significati individualistici del principio di eguaglianza, e per contestare la differenziazione delle misure preferenziali sulla base dello scopo perseguito: una discriminazione è sempre ingiusta, anche se fatta per riparare una discriminazione precedente. In altre parole, saranno soprattutto i giudici contrari alle *affirmative actions* ad usare il criterio originalista (Scalia in un certo senso è il campione di questa corrente interpretativa), sebbene non sono mancati esempi di un uso progressista dell’*original intent*.

Tornando al caso *Brown*, pure insolito (almeno per quel tempo) è il ricorso della Corte Suprema ad argomenti tratti da altre scienze sociali (argomenti essenzialmente psicologici, antropologici e sociologici) per rimarcare gli effetti negativi e incostituzionali degli istituti oggetto del giudizio su aspirazioni, autostima, obiettivi di emancipazione delle persone di colore: si legge nella opinion (redatta dal Chief Justice Warren) che *“Segregation of White and colored children in public school has a detrimental effect upon the colored children. (...) A sense of inferiority affects the motivation of a child to learn.*

---

<sup>4</sup> C. SUNSTEIN, *A Constitution of many minds*, Princeton, 2009, 219.

*Segregation with the sanction of law, therefore, has a tendency to [retard] the educational and mental development of negro children and to deprive them of some of the benefits they would receive in a racially integrated school system*<sup>5</sup>.

3. Al di là di questi profili per così dire ‘generalisti’, *Brown* è considerata una delle pietre miliari della storia costituzionale e giuridica americana in tema di integrazione razziale. Un vero e proprio ‘atto rivoluzionario’<sup>6</sup>, secondo molti studiosi americani, che riaccende e mette ‘in action’ le potenzialità tradite o semplicemente accantonate del XIV emendamento e del *Civil War Act*.

Il razzismo e l’eredità della schiavitù (come ‘*peculiar institution*’, secondo Kendall e Zanetti<sup>7</sup>) sulla società americana e sul diritto americano non potevano però essere di colpo cancellati solo da una sentenza.

Si pensi proprio alle numerose “*Jim Crow laws*” o al ‘precedente’ *Dred Scott v. Sandford* del 1857, in cui la Corte Suprema sancì il principio secondo cui i Neri non possono essere considerati ‘cittadini di uno Stato degli Stati Uniti’ e conseguentemente non avevano titolo per proporre azione davanti ad un Giudice Federale, e in un *obiter dictum* giunse a collegare la condizione degli schiavi alla nozione di proprietà privata; pochi anni prima, una Corte di merito nel caso *Bailey v. Poindexter’s Ex’r*, sentenziava addirittura che “... *the slave is not a person, but a thing. The investiture of a chattel with civil rights or legal capacity is indeed a legal solecism and absurdity ... implies a palpable contradiction in terms*”.

Il quadro restò per molti anni ancora frammentato e incerto: basti pensare che solo nel 1967 la Corte Suprema cancellò il divieto dei matrimoni interrazziali (caso *Loving v. Virginia*). Anche *Loving*, com’è noto, è andata oltre il problema della razza, diventando oggi il precedente fondamentale per la battaglia sul *same-sex marriage*. E’ un parallelo forte, che drammatizza la posta in gioco: l’omosessuale come il Nero, *Brown* come riferimento delle sentenze che hanno dichiarato l’incostituzionalità delle *sodomy laws*, e appunto *Loving* come simbolo di un “*right to marry*” che non può trovare nessuna limitazione, né per motivi di razza, né per motivi legati al

---

<sup>5</sup> Sulla celebre footnote 11, nella quale viene richiamato doll test di due psicologic afroamericani sull’effetto negativo della segregazione sulla autorappresentazione dei bambini neri, v. M. C. Locchi, *Brown v. Board of Education oltre confine: la circolazione transnazionale di una landmark decision nella lotta alle discriminazioni in ambito educativo*, in DPCE on line, n. 2015-4, 5.

<sup>6</sup> P. B. KURLAND, *Egalitarianism and the Warren Court*, in 68 *Michigan Law Rev.* 629, 1970.

<sup>7</sup> K. THOMAS e Gf. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, 2005.



sesso dei coniugi<sup>8</sup>. Non a caso, è Loving il precedente base delle decisioni (prima richiamate) sul matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Inoltre, furono necessarie altre decisioni (tra il 1954 e il 1956), a partire dalla cd. “*Brown v. Board II*” del 1955, in cui la Corte stabilì che la desegregazione fosse attuata “*with all deliberate speed*”, per rimuovere la *doctrine* della segregazione da altri settori della vita pubblica e sociale: parchi pubblici, impianti sportivi, spiagge pubbliche, trasporti municipali.

Celebre, per rimanere su quest’ultimo esempio, il caso *Browder v. Gayle*, che ebbe origine dall’atto di resistenza passiva di Rose Parks, che nel dicembre del 1955, nella città di Montgomery (Alabama), mentre stava ritornando a casa su un autobus municipale, si rifiutò di alzarsi da un posto nel settore riservato ai bianchi, e per questo venne addirittura arrestata ed incarcerata per condotta impropria e per aver violato i regolamenti locali. Una District Court dell’Alabama, con una sentenza poi confermata dalla stessa Corte Suprema USA, dichiarò che “*the enforced segregation of black and white passengers on motor buses operating in City of Montgomery violates the Constitution and laws of the United States*”, perché priva le persone di colore dell’*equal protection* ai sensi del *Fourteenth Amendment*.

I diritti hanno bisogno di qualcuno che ad un certo punto lotti per la loro affermazione (come mette bene in evidenza il titolo di un libro di Tommaso Frosini<sup>9</sup>). Per Alan Dershovitz<sup>10</sup>, i diritti nascono dalle ingiustizie, e dal rifiuto o contestazione del sopruso da parte di Autorità pubbliche o di altri soggetti.

4. Insomma, tornando a *Brown*, quella sentenza fu un punto di svolta nonostante (o forse proprio per) i suoi limiti e le difficoltà che incontrò nella applicazione del principio della *desegregation*. Come ricorda Ackerman, ancora dieci anni dopo la storica sentenza sulla *de-segregation*, nel Sud degli Stati Uniti appena il 6% di studenti Neri frequentava scuole frequentate da *white students*, e in alcune decisioni di Corti inferiori si assisteva ad una lettura chiaramente svalutativa di *Brown*, nel senso che “*Nothing ... in the decision of the Supreme Court takes away from the people freedom to choose the schools they attend. The Constitution, in other words, does not require integration. It merely forbids discrimination*”. Una distinzione sottile, ma pesantissima, perché lasciava spazio alle pressioni

---

<sup>8</sup> In tema, v. B. ACKERMAN, *We the People*, cit., 230.

<sup>9</sup> *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*, Napoli, E.S.I., 2011.

<sup>10</sup> A. Dershovitz, *Rights from Wrongs. Una teoria laica dell’origine dei diritti*, Torino, 2005.



intimidatorie, alla scelta fatta per evitare l'umiliazione di sentirsi comunque 'separati' e non graditi<sup>11</sup>.

Ora, lo scopo di questo lavoro è quello di ricostruire la *legacy* di questa decisione, cosa è successo *dopo* Brown e *grazie a* Brown.

Le 'resistenze' alla decisione della Corte, gli ostacoli alla sua piena ed effettiva implementazione, se da un lato misero a nudo la debolezza di un approccio che restava formalmente ancorato ad una logica 'individualista' e 'colorblindness' del principio di eguaglianza, dall'altro furono la prova che la discriminazione razziale doveva essere combattuta con politiche e misure più incisive, a carattere 'promozionale', capaci di correggere e ri-orientare sia le strutture giuridiche che quelle economico-sociali.

La battaglia dell'integrazione si arricchisce di strumenti più forti, che puntano a cambiare la società e non semplicemente a riparare i torti e le violazioni specificamente accertati.

Correlativamente, l'*antidiscriminatory principle* assume una versione 'sostanziale' e collettiva: la necessità di realizzare l'eguaglianza razziale non riguarda i singoli soggetti che di volta in volta portano in giudizio casi di discriminazione, ma appunto la popolazione di colore, l'intero gruppo di minoranza, e al tempo stesso l'obbligo di riparare la discriminazione non si scarica solo su chi ha commesso un comportamento discriminatorio, ma sull'intera società.

Quali sono state le tappe di questa trasformazione? Certamente, la prima e forse la più importante resta il *Civil Rights Act* del 1964, definita da alcuni studiosi come la più importante legge sui diritti civili del secolo<sup>12</sup>. Ad essa, si aggiunse, l'anno successivo, il *Voting Rights Act*<sup>13</sup>.

Ackerman<sup>14</sup> sottolinea che the Civil Rights Act "*had saved Brown by bringing together Congress, the Executive, and the judiciary in a joint effort*"<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> B. ACKERMAN, cit., 235.

<sup>12</sup> Così David Freeman Engstrom, *The Civil Rights Act at Fifty: Past, Present, Future*, in *Stanford Law Review*, vol. 66, 2014, 1195.

<sup>13</sup> Su quest'ultimo, v. da ultimo il caso *Shelby County, Alabama, v. Holder*, deciso dalla U.S. Supreme Court con una sentenza (5/4, del 25/6/2013) che ha giudicato incostituzionale § 5 del VRA nella parte in cui sottoponeva gli eventuali cambiamenti della legislazione elettorale solo di alcuni Stati (le cd. '*covered jurisdictions*') ad una speciale approvazione da parte del Governo federale: per la Corte, 50 anni dopo le cose sono cambiate, non ci sono più quelle condizioni di '*racial discrimination in voting that had infected the electoral process*' (grazie anche a questa norma), e perciò una misura straordinaria come questa, che '*authorizes federal intrusion into sensitive areas of state and local policymaking*', e "*despite our historic tradition that all the States enjoy equal sovereignty*", non si giustifica più.

<sup>14</sup> B. ACKERMAN, cit., 236.

<sup>15</sup> Sul ruolo decisivo di delle istituzioni politiche e del Civil Rights Movement, per l'implementazione delle strategie antidiscriminatorie, v. M.C. Locchi, *Brown*, cit., 6.



L'intervento del solo potere giudiziario rischiava di diventare un'arma spuntata. In una sentenza immediatamente successiva al CRA (mi riferisco al caso *United States v. Jefferson County Board of Education* del 1966) emerge la consapevolezza che la dottrina della segregazione non poteva essere combattuta solo attraverso la libertà di scelta delle famiglie di studenti neri (una libertà più apparente che reale), o l'*anti-humiliation principle* affermato da Justice Warren nel 1954. La segregazione scolastica era il riflesso di un problema più ampio, di una sorta di '*mainstream of american life*', e cioè che "Negroes must keep their place"<sup>16</sup>; di conseguenza, la lotta andava condotta su tutti i campi della vita politica, economica, sociale.

Negli anni '60, la novità del CRA si riflette in nuovi *desegregation cases* degli anni '60, in cui la Corte Suprema passa dal divieto di segregazione all'obbligo di favorire l'integrazione scolastica, da un lato eliminando criteri di iscrizione formalmente neutrali ma sostanzialmente segregazionisti (come quelli legati alla prossimità residenziale degli studenti all'Istituto scolastico), dall'altro consentendo ai distretti scolastici di promuovere politiche volte ad avere un numero minimo di studenti di colore in ogni scuola (casi *Green* del 1968 e *Swann* del 1971).

In secondo luogo, si assiste all'emergere e al consolidamento della teoria del *disparate impact*, secondo cui perché sia riscontrabile una discriminazione razziale non è necessario che le procedure e i comportamenti esaminati siano intenzionalmente rivolti allo scopo di discriminare, ma è sufficiente che il risultato sia oggettivamente discriminatorio, e cioè che sul piano fattuale si siano prodotti effetti sproporzionati rispetto alla consistenza dei gruppi razziali (caso *Griggs* del 1971). Infine, la strategia delle '*affirmative actions*', vale a dire misure di vantaggio dirette ad ottenere per gli appartenenti alla minoranza di colore risultati 'positivi', utilità, preferenze (nell'accesso alle università, nell'assegnazione degli appalti pubblici, nei concorsi, e così via)<sup>17</sup>.

E qui, possiamo dire che, in un certo senso, il *judicial power* restituisce il favore al legislatore. Come il CRA aveva rafforzato l'impegno antidiscriminatorio, mostrando al Paese che tutte le istituzioni repubblicane erano, almeno formalmente, impegnate per costruire una società rispettosa dell'*equal protection clause*, così la giurisprudenza della Corte Suprema (e delle stesse Corti di merito) ha sostanzialmente avallato la prassi dei *preferential treatments*, che sembravano fuori dal raggio di azione e dalle potenzialità applicative del CRA. Lo ha fatto, in modo singolare, attraverso tecniche processuali di selezione dei casi, come il *denial of certiorari*, o la cessazione della materia del contendere.

---

<sup>16</sup> B. ACKERMAN, cit., 237.

<sup>17</sup> Sul punto, sia consentito rinviare al mio *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 147-220; cfr. anche D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto*, Padova, 2008, 123-211.



5. Le *affirmative actions* sono state effettivamente lo strumento più potente e controverso per combattere la discriminazione razziale e per promuovere l'eguaglianza e le pari opportunità.

E' stata un'esperienza tormentatissima, come emerge dalla giurisprudenza della Corte Suprema Federale che ne ha accompagnato e determinato gli sviluppi. Una giurisprudenza difficile, che non ha mai pienamente accolto, e forse non ha mai definitivamente 'cancellato', il modello delle *affirmative actions*.

Quello che viene fuori è un succedersi assolutamente asimmetrico e non lineare di orientamenti interpretativi, dove il fenomeno di decisioni internamente 'frammentate' (tra opinioni di maggioranza, *dissenting* e *concurring opinions*) è stato accentuato da un certo 'opportunismo metodologico', con i medesimi criteri interpretativi 'scambiati' in contesti diversi da sostenitori e detrattori dei *preferential treatments*.

Emblematico il caso dell'originalismo, utilizzato ordinariamente a sostegno di una visione individualista e *color-blindness* dell'*equal protection clause*, e tuttavia talvolta inserito all'interno di percorsi interpretativi di segno 'progressista', come nell'insistenza di alcune opinioni (ad es. quella di Justice Marshall nel caso *Bakke* del 1979) sul radicamento delle azioni positive e dei significati dell'emendamento costituzionale del 1868 sul *Fredmen's Bureau Act* di due anni precedente, che riservava alcuni posti ai Neri.

La Corte Suprema, con un uso non sempre 'trasparente' e prevedibile del suo potere di *case-selection*, ovvero aspettando intelligentemente la cessazione della materia del contendere, ha scelto spesso di non decidere casi che hanno avuto ad oggetto i trattamenti preferenziali *race-based*, evitando in questo modo di dichiarare la sua opinione in merito alla compatibilità o meno delle azioni positive rispetto all'interpretazione della Costituzione americana e delle sue clausole 'indeterminate' (come appunto quella sull'*equal protection*).

Un esempio rilevante è il caso *De Fumis* del 1974, ossia quello dello studente bianco che nel test d'ammissione all'università avendo ottenuto un punteggio più alto si è visto sottrarre il posto da uno studente afroamericano. Il suo ingresso è stato precluso dalla clausola che l'università aveva applicato riservando una quota di ingresso per gli studenti appartenenti alla minoranza di colore. Lo studente bianco fa ricorso alla Corte Suprema rilevando che questo comportamento viola il suo diritto alla *equal protection*, secondo un'interpretazione *color-blind*, «cieca di fronte al colore», della Costituzione<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Sul punto, in chiave di discussione critica, si veda N. GOTANDA, «La nostra costituzione è cieca rispetto al colore»: una critica, in *Legge, razza, diritti*, loco cit., 27-69.



In questa occasione la Corte, vista anche l'importanza del caso rispetto all'opinione pubblica, decide di affrontarlo ma lo fa per così dire “con calma”, dopo tre anni dal ricorso, quando ormai lo studente escluso era riuscito comunque (l'anno successivo a quello della prima esclusione) ad entrare nella medesima università, perdendo così l'interesse nel ricorso stesso. L'esito allora è meramente processuale: “cessazione della materia del contendere”. Sullo sfondo, però, resta un pesante *dissent* di Justice Douglas, secondo cui il modello delle azioni positive *result oriented* (le cd. quote) è contrario all'*equal protection clause*.

Il periodo di massima diffusione delle azioni positive si raggiungerà negli anni Settanta e Ottanta, quando si fanno sempre più numerose le politiche di eguaglianza e quindi anche i soggetti beneficiari di esse. E in questo frangente, la Corte partecipa, non più solo ‘passivamente’, alla legittimazione del modello.

Ma andiamo con ordine. Nel 1971, come si è detto, con la sentenza *Griggs vs Duke Power Co.*, la teoria del *disparate impact* (la cd. discriminazione indiretta) trova una convincente formulazione: perché sia riscontrabile una discriminazione razziale non è necessario che le procedure e i comportamenti osservati siano intenzionalmente rivolti allo scopo di discriminare, ma è sufficiente che il risultato sia oggettivamente discriminatorio, e cioè che sul piano fattuale, si siano prodotti effetti sproporzionati (*disparate impact*) rispetto alla consistenza dei gruppi razziali.

Per meglio dire, questo *disparate impact* non realizza di per sé una situazione discriminatoria, ma una presunzione di discriminazione, che impone al datore di lavoro (impresa o società professionale) l'onere di provare la legalità delle procedure seguite alla stregua delle esigenze connesse al tipo di lavoro offerto (*business necessity*)<sup>19</sup>.

L'eguaglianza o la diseguaglianza ingiusta diventano, dopo il caso *Griggs*, un problema statistico<sup>20</sup>, in questo modo ‘oggettivandosi’ e giustificando la loro configurazione come problema della società nel suo complesso, che l'Amministrazione è chiamata ad affrontare e risolvere indipendentemente dall'avere o meno essa stessa causato il danno.

---

<sup>19</sup> *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, (1971). Sul fatto che diede origine al caso *Griggs*, v. la sintesi di M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, 195 ss. L'importanza di tale sentenza è sottolineata tra gli altri da J. DREYFUSS, L. CHARLES, *The Bakke case: the politics of inequality*, New York, 1979, 240, per i quali se Brown ha stabilito il principio dell'eguaglianza razziale, *Griggs* ha preteso che esso si realizzi nei fatti. Su questo importante momento della giurisprudenza americana in tema di lotta alla discriminazione razziale, v. D. DAYS, *La battaglia sul caso Griggs ed il futuro dell'Employment Discrimination Law negli Stati Uniti*, in QL, n. 7, 1990, 63 ss., part. 68 ss.

<sup>20</sup> Questa attenzione statistica si tradurrà poi nel test dei 4/5 messo in campo dall'OFCC, su cui v. G. CALVÈS, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Supreme des États-Unis. Le problème de la discrimination positive*, Parigi, L.G.D.J., 1998; in altri termini, un'impresa sottoutilizza donne o appartenenti a gruppi di minoranza razziale quando la loro percentuale di reclutamento o di promozione interna è inferiore di 4/5 alla percentuale di assunti o promossi del gruppo maggioritario.



Già questo di per sé costituisce un elemento di apertura al discorso delle misure preferenziali in senso stretto. Alla base di entrambi i profili, c'è l'idea che discriminazione ed eguaglianza sono un problema che non riguarda tanto o solo il singolo individuo, ma la società e i suoi segmenti collettivi.

La ricaduta indiretta della sentenza *Griggs* è notevole. Le imprese sono di fatto 'spinte' a predisporre programmi di azioni positive per non incorrere nelle griglie statistiche implicite nel concetto di discriminazione indiretta.

Lo sforzo della giurisprudenza costituzionale americana non riesce tuttavia a produrre esiti consolidati, lasciando sul terreno i segnali della successiva ingestibilità del modello. Questo è uno degli ambiti in cui più che le sentenze contano le opinioni dei Giudici, che tagliano trasversalmente ogni tappa dell'itinerario giurisprudenziale della Corte, non rendendo mai possibile parlare di indirizzi netti, idonei ad orientare chiaramente, e senza equivoci o 'coni d'ombra', l'attività del giudice comune e delle autorità pubbliche.

6. Il simbolo in un certo senso del carattere oscillante dell'orientamento interpretativo della Corte Suprema americana in tema di *affirmative actions*, è la sentenza del 1979 a proposito di un altro caso di ammissione agli studi universitari (caso *Regent of the University of California vs. Bakke*), in cui lo sviluppo delle *affirmative actions* segue l'andamento registrato in generale per il settore del lavoro (privato e pubblico) e degli appalti: apparente chiusura del *Civil Rights Act* (in particolare il titolo VII), ruolo pionieristico di un organo amministrativo statale, in *Department of Health, Education and Welfare* (H.E.W.), che in una direttiva pubblicata nel 1973<sup>21</sup> invitava le università a promuovere azioni positive per superare gli effetti di pratiche discriminatorie passate che continuavano a fare ostacolo ad una piena fruibilità e accessibilità dei servizi offerti (da parte dei membri di gruppi minoritari)<sup>22</sup>.

La pronuncia dichiarò che a certe condizioni è legittimo promuovere le differenze razziali nel campo studentesco: favorevoli a questa sentenza furono cinque giudici e contrari quattro, e uno dei cinque, vale a dire Justice Powell, espresse una valutazione di ammissibilità in generale e a certe condizioni del modello, bocciando la specifica misura oggetto di quel giudizio.

---

<sup>21</sup> Il testo della direttiva è riportato nei passaggi essenziali da G. CALVÈS, *L'affirmative action, loco cit.*, 58.

<sup>22</sup> 438 U.S. 265 (1978). Il caso riguardava l'esclusione di un bianco (appunto Alan Bakke) dalle procedure di accesso alla Facoltà di Medicina, nonostante egli avesse riportato un punteggio più alto rispetto ad altri candidati ammessi, appartenenti a minoranze razziali, favoriti da un programma universitario che riservava ad essi il 16% dei posti disponibili, prevedendo meccanismi di selezione differenziati e meno selettivi.



Non ci sono vincitori, e nemmeno sconfitti: la questione resta aperta ad ogni soluzione<sup>23</sup>, ma intanto vengono discussi e tematizzati tutti quelli che saranno anche in futuro gli argomenti del conflitto.

La stessa *opinion* di Powell appare difficilmente decifrabile<sup>24</sup>, distinguendosi anche dal coro delle voci favorevoli alle *affirmative actions* come possibile contenuto di una lettura evolutiva e ‘sostanziale’ dell’eguaglianza.

Per lui, infatti, l’ammissibilità delle misure preferenziali può essere delineata intorno all’obiettivo (*compelling public interest*) della diversità culturale del corpo studentesco<sup>25</sup>, che è riconducibile alla sfera della libertà accademica dedotta dal I emendamento. Ma in ogni caso, questa ricerca di integrazione e di pluralismo culturale non può mai negare la comparazione paritaria tra tutti i candidati, e il loro diritto ad essere trattati come individui.

Insomma, la posizione di Powell sull’*equal protection clause* è in larga misura assimilabile a quella dei detrattori delle misure preferenziali<sup>26</sup>.

Viene così a delinarsi un quadro di massima frammentazione, non solo sul piano numerico, ma proprio per la fragilità stessa della linea di compatibilità del modello delle azioni positive con l’interpretazione della clausola costituzionale dell’*equal protection*, affidata all’obiettivo del pluralismo culturale, della promozione della diversità razziale del corpo universitario studentesco; una linea che, come si vedrà, resiste ancora oggi, sebbene sempre più assottigliata nella sua forza persuasiva.

Il declino delle azioni positive, dopo una serie di decisioni della Corte sempre (e solo) ‘parzialmente’ favorevoli, si manifesta alla fine degli anni Ottanta attraverso un deciso arretramento dei presupposti teorici del modello.

---

<sup>23</sup> G. CALABRESI, *Bakke as pseudo-tragedy*, in *Catholic University Law Rev.*, 1979, vol. 28, 431, che sottolinea appunto come la decisione non abbia preso né costretto a prendere posizione sui due termini egualmente inaccettabili dell’alternativa.

<sup>24</sup> «*In sum, the admission that process can be race conscious, but not too much*», come rilevano K.L. KARST, H.W. HOROWITZ, *The Bakke Opinions and Equal Protection Doctrine*, in *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, Vol. 14, N.1, 1979, 8.

<sup>25</sup> Sull’argomento della diversità culturale usato da Powell in *Bakke*, v. C. Baker Montley, *From Brown to Bakke: the long road to equality*, in *Harvard Civil Rights - Civil Liberties*, Vol. 14, 1979, 323; ma anche R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, 299. Contro l’argomento della diversità, ritenendo che le a.a. debbano avere soltanto una valenza retributiva, J.N. EULE, *Promoting speaker diversity: Austin and Metro broadcasting*, in *The Supreme Court Rev.*, 1990, 105 ss.

<sup>26</sup> Dal lato opposto, il gruppo ‘progressista’, guidato da Justice Brennan, punta tutto sulla nozione di “stigma”, utilizzandola però in modo invertito rispetto a Powell, come criterio di distinzione tra *racial classifications* discriminatorie – e dunque da invalidare – e classificazioni invece “benigne”, da sostenere nel quadro di una lettura sostanziale del fondamento dell’*equal protection*, da intendersi essenzialmente come “cittadinanza eguale” (*equal citizenship*). In particolare, «*the white candidates who were ineligible for the minorities’ program were in no way degraded and stigmatized; there was no denial of their humanity, their worth as persons*».



Nella decisione *Crosby* del 1989, per questo definita nella *dissenting opinion* di Marshall, Brennan e Blackmun come “un gigantesco passo indietro” nella storia giuridica delle *affirmative actions*, la Corte rifiuta la logica della *past societal discrimination* come elemento di legittimazione delle misure preferenziali attuali.

La pronuncia annulla una misura preferenziale adottata dalla Città di Richmond, la quale stabiliva, in conformità al *Public Works Act* del 1977, che una percentuale non inferiore al 30% dei contratti pubblici di appalto assegnati dall'Amministrazione locale dovessero essere riservati a *Minority Business Enterprises* (MBE), cioè a imprese in cui fosse prevalente – tra i soci e/o i dipendenti - la partecipazione di membri di gruppi minoritari etnico-razziali (tra cui, come sempre principalmente, la minoranza Nera). Obiettivo esplicito del programma di *affirmative actions* era l'eliminazione delle conseguenze discriminatorie e stigmatizzanti di un passato di sottorappresentazione e di svantaggio sociale ed economico per queste comunità razziali.

Nella opinione concorrente di Stevens, che fino ad allora aveva dato il suo sostegno alla formazione delle maggioranze favorevoli ai programmi di azioni positive, le quote sono il frutto di un ragionamento stereotipato, perché determinano svantaggi per coloro che non hanno concorso ai comportamenti discriminatori nei confronti delle minoranze protette, e utilità per altri che ne sono mai stati vittime.

Emerge, allora, il paradigma delle «vittime innocenti», cioè degli appartenenti alla maggioranza bianca, categoria non preferita dalle azioni positive, rispetto ai quali ci si chiede perché essi debbano pagare, oggi, per le discriminazioni commesse, ieri, dai loro padri. Crollando in tal modo il pilastro delle discriminazioni sociali che costituiva la giustificazione delle azioni positive, diventava difficile giustificarle (dal punto di vista del *'compelling public interest'*) se non in una prospettiva individualista e di reazione ad un comportamento apertamente ed intenzionalmente discriminatorio.

E' chiaro infatti che in una prospettiva 'redistributiva', 'sociale', del modello dei trattamenti preferenziali, non ha senso porsi il problema delle 'vittime', e quindi chiedersi se abbiano o meno concorso alla discriminazione che si intende contrastare e superare. La discriminazione è il prodotto storico oggettivo (indipendentemente dalla volontarietà di comportamenti, decisioni, scelte) di una struttura sociale, ed è la società intera, con le sue istituzioni e i soggetti che hanno

fatto parte delle classi avvantaggiate, che deve farsi carico dei provvedimenti necessari a correggere la situazione<sup>27</sup>.

E ad esiti non dissimili conduce l'approccio di Rosenfeld sulla giustizia come "reciprocità reversibile"; anche in tale ultima impostazione infatti, la giustificazione costituzionale delle *affirmative actions* come rimedio ad un contesto di sistematica esclusione basata sulla razza o sul sesso (*racial or gender-based*), non richiede un legame di compensazione con uno specifico scorretto comportamento dell'Amministrazione pubblica (*state wrongdoers*), potendo i poteri pubblici essere chiamati a rispondere di questa immagine concretamente razzista o sessista dei meccanismi e delle procedure di funzionamento delle istituzioni o della società anche se non l'hanno direttamente determinata, ma solo *encouraged* o *condoned* (il cd. *totality of circumstances approach*<sup>28</sup>).

Più in generale, nella nota analisi di Dworkin, la giustificazione adeguata dei programmi di azione positiva si connette ai riflessi sociali benefici (integrazione più rapida della forza lavoro, riduzione della tensione razziale, coesione sociale, sviluppo di un desiderabile modello di società senza stereotipi negativi<sup>29</sup>, servizi migliori per le *minorities*, diversità culturale e pluralismo del corpo studentesco<sup>30</sup>) che i risultati di tali misure producono. In questo senso, per Dworkin, «lo svantaggio per i candidati come De Funis è un costo che deve essere pagato per un maggior vantaggio collettivo»<sup>31</sup>, e sono proprio questi benefici sociali che, oltre appunto a compensare i

---

<sup>27</sup> La ricostruzione in chiave distributiva delle *affirmative actions* è operata ad esempio da R.J. FISCUS, *The constitutional logic of affirmative action*, Durham and London, 1992, 9-13, e il succo della sua tesi è che «*only racism, (...) can explain the failure of racial minorities to attain their deserved proportion of the society's important benefits that they would have on the basis of their numbers in the society. From that, and from the assumption that racism is indisputably unfair, it follows that minorities have the right to claim proportional benefits for themselves*». La configurazione delle misure *race-conscious* a carattere benigno come "*important governmental objective, even if those measures are not remedial in the sense of being designed to compensate victims of past governmental or societal discrimination*", è nell'opinione maggioritaria redatta da Justice Brennan in *MetroBroadcasting*, cit. in R.J. FISCUS, cit., 140, note 9-10.

<sup>28</sup> M. ROSENFELD, *Affirmative action and justice. A Philosophical and Constitutional inquiry*, Yale University Press, New Haven, 1991, 334-335.

<sup>29</sup> Nella dec. *Johnson v. Transportation Agency Santa Clara County* del 1987 (No. 85-1129), 637, *footnote 14*, si dà conto del fatto che il Direttore della Agency convenuta ha sottolineato che le misure promozionali per le donne possono "*encourage other females and minorities to look at the possibility of so-called non-traditional jobs*".

<sup>30</sup> M. ROSENFELD, *Affirmative actions*, cit., 95 e 104. Come si legge nell'ottimo e documentato lavoro di W.G. BOWEN, D. BOK, *The shape of the river. long-term consequences of considering race in College and University admission*, Princeton, 1998, 245 ss., *affirmative actions* (nel campo dell'istruzione universitaria) "*not only raised their income and job status (si intende: dei Neri), but enhanced their self-confidence and aspirations with the knowledge that they could compete with America's best and brightest*". Gli stessi beneficiari delle a.a., per gli AA. cit., "*feel a strong sense of social responsibility and most go on to contribute to their communities in meaningful leadership roles*"(155 ss.)

<sup>31</sup> R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 300. Sui vantaggi collettivi delle *affirmative actions*, in particolare rilevando che tali trattamenti preferenziali assicurano i gruppi svantaggiati sul fatto che i gruppi dominanti

danni ingiusti che subiscono le vittime innocenti<sup>32</sup>, costituiscono un criterio efficace per distinguere tra differenze *benign purpose* ovvero discriminatorie in modo odioso (potremmo dire “*against...*”)<sup>33</sup>.

Il tema delle vittime innocenti diventa allora un vero e proprio spartiacque tra due concezioni dell’eguaglianza: quella *risarcitoria* (in cui si tratta di dimostrare che nei confronti di un soggetto è stato tenuto un comportamento discriminatorio e quindi è opportuno ricorrere ad uno strumento di contrasto delle discriminazioni come le azioni positive) e quella *promozionale* o *redistributiva*, in cui invece le azioni positive possono essere utilizzate come strumento di coesione sociale e integrazione e di riequilibrio rispetto a condizioni di discriminazione e di sistematica esclusione di una minoranza razziale oggettivamente presenti nella struttura dinamica e nei processi di assestamento della società americana, ed anche semplicemente incoraggiate o non contrastate dalle Autorità pubbliche.

La sentenza *Croson* mette sostanzialmente fuori gioco le prospettive teoriche orientate ad una giustificazione in chiave ‘redistributiva’ del modello delle *affirmative actions*, in questo modo riducendo pesantemente i margini di praticabilità di tali misure.

Nello stesso arco di tempo, la Corte Suprema corregge (e ridimensiona) la connotazione oggettiva (ed essenzialmente statistica) del ‘*disparate impact*’, costringendo il legislatore a reagire attraverso l’inserimento del criterio direttamente nella legge.

Con la sentenza *Wards Cove*, sempre del 1989, il Supremo organo di giustizia federale precisa che per stabilire se un comportamento è discriminatorio non è sufficiente il semplice dato statistico della scarsa presenza di lavoratori appartenenti alla minoranza di colore: bisogna dimostrare che

---

“*appreciate their predicamene, accept the responsabilità to do something about it (...), including reconsidering such traditional bastions of their power as the principle of merit*”, v. B. PAREKH, *A case for positive discrimination*, in B. HEPPLER, E.M. SZYSZCZAK (a cura di), *Discrimination: the limits of law*, London, 1992, 276-277, il quale sviluppa altresì una decisa critica all’uso esclusivo e ‘decontestualizzato’ (rispetto alle strutture culturali e sociali) del merito.

<sup>32</sup> Così anche J.J. THOMSON, *Preferential hiring*, in M. COHEN, T. NAGEL. T. SCANLON (a cura di), *Equality and preferential treatment*, Princeton, 33, 1977. Al contrario, per R. FULLINWIDER, *The reverse discrimination controversy*, Totowa, New York, 1980, 69, nessuna utilità possono arrecare le *affirmative actions* alla struttura economica della comunità sociale per il semplice fatto che ciò che guadagna un nero perde un bianco.

<sup>33</sup> Anche per M. ROSENFELD, *Affirmative action and justice*, cit., 324-325, «*the innocent white male should realize that affirmative action is not intended, (...), to cast him as an inferior*», e ancora «*in other words, while for the innocent white male affirmative action means only a somewhat increased chance of failure, for blacks and women it provides the means to effectuate a transition between inferiority and equality*». La distinzione tra effetti stigmatizzanti collettivi della *first-order discrimination* ed effetti negativi solo individuali delle azioni positive sulle cd. vittime innocenti, è rilanciata anche da T. NAGEL, *Mortal questions*, Cambridge, 1979, 102-103, secondo il quale «*the self-esteem, of whites as a group is not endangered by affirmative action, since the situation arises only because of their general social dominance*».



questo squilibrio è stato determinato causalmente da specifici comportamenti o misure adottati dall'impresa.

Questo elemento si riflette anche sulla ripartizione dell'onere probatorio nel processo. E' l'attore (vale a dire il soggetto che lamenta una discriminazione) a dover provare che la misura è discriminatoria e che è stata assunta a causa della razza, mentre l'impresa convenuta deve limitarsi a sostenere che la misura contestata è ragionevolmente collegata (e non più indispensabile o essenziale) per le esigenze della produzione e dell'organizzazione aziendale.

7. A *Croson* si richiama direttamente quello che è considerato il 'capitolo finale' di questo percorso americano all'eguaglianza sostanziale, vale a dire la sentenza sul caso *Adarand* del 1995: la maggioranza della Corte Suprema (cinque contro quattro) boccia un programma di azioni positive nel campo degli appalti pubblici, ottenendo l'adesione decisiva del giudice Antonin Scalia, il quale concorre a formare l'*opinion of the Court* a condizione (condizione inserita nel dispositivo della sentenza) che si sancisca il principio per cui in nessun modo i pubblici poteri possono avere e giustificare come interesse fondamentale (*compelling public interest*) quello di usare strumenti diseguali in una prospettiva 'correttiva' (*remedial*) nei confronti di discriminazioni sociali passate.

La Corte vuole in altri termini colpire il modello delle azioni positive piuttosto che la sua attuazione nella fattispecie controversa. In più, il quadro normativo di legittimazione delle misure contestate è di rango federale, e ciò significa che cede anche l'ultima linea di resistenza che era stata prospettata dal caso *Croson*, ossia la distinzione tra programmi federali e statali, i primi soggetti ad un *review* più deferente e rispettoso delle scelte discrezionali delle Autorità pubbliche<sup>34</sup>. Per Scalia<sup>35</sup> la Costituzione è *color-blind*: la configurazione di una "razza creditrice" e di una "debitrice" in forza di passate condizioni storiche di discriminazione, è «*alien to the Constitution's focus upon the individual*»<sup>36</sup>. Secondo questa impostazione, la 'morale costituzionale' americana è radicata nella prevalenza delle ragioni dell'individuo su quelle dei gruppi; il che implica, come dice

---

<sup>34</sup> Vedi dec. *Adarand*, 16, dove si legge che "tutte le classificazioni fondate sulla razza, sia che provengano dall'Amministrazione federale, sia che provengano dagli stati o dalle istituzioni locali, saranno sottomesse al controllo più rigoroso (*strict scrutiny*). Nella misura in cui la dec. *Metro Broadcasting* contraddice questo holding, essa è overruled". Resta invece formalmente in piedi la giustificazione di *Metro Broadcasting* fondata sull'argomento della diversità culturale. Non è valso a molto, in sede di giudizio, che l'Amministrazione abbia insistito sul fatto che il programma di *affirmative actions* in questione fosse basato sullo svantaggio, non direttamente sulla razza, sebbene l'appartenenza ad alcune razze fosse ritenuto di per sé indice di "debolezza economico-sociale".

<sup>35</sup> Il Giudice A. Scalia è morto il 13 febbraio 2016.

<sup>36</sup> Dec. cit., 19.

Thomas nella sua opinione, che non ha alcun rilievo «sapere se i poteri pubblici operano delle discriminazioni razziali per opprimere una razza ovvero per manifestare un sincero obiettivo di venire in aiuto a soggetti deboli e svantaggiati»<sup>37</sup>. In entrambi i casi, le misure di favore basate sulla razza «*can only exacerbate rather than reduce racial prejudice, it will delay the time when race will become a truly irrelevant, or at least insignificant, factor*»<sup>38</sup>; senza contare, secondo tale approccio, che le *affirmative actions*, non diversamente dalle politiche di diretta discriminazione, “*stamp minorities a badge of inferiority*”<sup>39</sup>.

Da questo momento in poi tutte le classificazioni razziali diventano «sospette» (o tout court incostituzionali, salvo una rigorosissima, e quasi impossibile, prova contraria, sottoposta allo *strict scrutiny test*).

Resta aperto un piccolissimo spiraglio, legato al principio-obiettivo del pluralismo culturale, affermato nella celebre sentenza *Bakke* del 1979, e mai formalmente *overruled* dalla Corte Suprema; a parte il tentativo, più teorico che pratico<sup>40</sup>, di indirizzare le *affirmative actions* sul terreno della lotta alla povertà, che, almeno in astratto, è trasversale, non pone un problema di rapporto tra razze o classi favorite o svantaggiate.

8. L'occasione per saggiare la consistenza del tema dell'integrazione culturale delle minoranze è offerta da due casi del 2003 (*Grutter v. Bollinger*, e *Gratz v. Bollinger*), entrambi riguardanti programmi di ammissione dell'Università del Michigan finalizzati ad accrescere l'accesso di soggetti appartenenti alle minoranze razziali ai propri corsi di studi.

---

<sup>37</sup> 515 U.S. 200, (1995), 225 ss., at 240. Il giudice Thomas aveva già espresso queste idee in alcuni saggi anteriori alla nomina come Giudice della Corte Suprema: *Toward a 'plain rereading' of the Constitution – The Declaration of independence in constitutional interpretation*, in *Howard Law Journal*, vol. 30, 1987, 983 ss., e *Affirmative action goals and timetables: too tough? Not tough enough!*, in *Yale Law and Policy Review*, 1987, vol. 5, 402 ss. E' soprattutto Stevens a dissentire sulla mancata distinzione tra classificazione *benign* e *malign*, affermando che “*there is no moral or constitutional equivalence between a policy that is designed to perpetuate a caste system and one that is designed to eradicate racial subordination*”.

<sup>38</sup> Cit., 229. Per Justice Thomas, «*Government cannot make us equal; it can only recognize, respect, and protect us as equal before the law. That these programs may have been motivated, in part, by good intentions cannot provide refuge from the principle that under our Constitution, the government may not make distinctions on the basis of race. (...) In my mind, government-sponsored racial discrimination based on benign prejudice is just as noxious as discrimination inspired by malicious prejudice. In each instance, it is racial discrimination, plain and simple.*».

<sup>39</sup> Cit., 240-241. Per Thomas, «*So-called “benign” discrimination teaches many that because of chronic and apparently immutable handicaps, minorities cannot compete with them without their patronizing indulgence. Inevitably, such programs engender attitudes of superiority or, alternatively, provoke resentment among those who believe that they have been wronged by the government’s use of races.*».

<sup>40</sup> Cfr. R.D. KAHLBERG, *Class-based affirmative action*, in *California Law Rev.*, 1996, Vol. 84, No. 4, 1037-1099.



La Corte Suprema opera un giudizio asimmetrico sui due programmi, uno ritenuto coerente con le implicazioni costituzionali del XIV emendamento e con l'orientamento per cui “*la libertà dell'università di adottare le sue decisioni riguardo l'istruzione comprende anche la selezione del corpo studentesco*”; l'altro, invece, bocciato perché basato su meccanismi automatici e numerici, tali da configurare sostanzialmente un sistema di quote.

Il discrimine è rappresentato dalla circostanza di fatto che, mentre il primo dei programmi esaminati si limitava a prevedere la possibilità dell'Amministrazione di dare rilievo (non esclusivo né decisivo) all'elemento razziale nella valutazione del curriculum del candidato, nel quadro di una competizione che restava però aperta, senza alcuna riserva di posti, il secondo attribuiva agli studenti appartenenti a minoranze razziali un punteggio aggiuntivo (20 punti su 150, in uno schema che richiedeva un punteggio minimo per l'ammissione di 100 punti) che finiva per determinare effetti preferenziali (e correlativamente svantaggi per gli appartenenti delle categorie non preferite) ‘diretti’, quasi al limite delle quote.

Per la Corte Suprema, nel primo caso, “*Law school has compelling interest in a diverse student body*”; tale obiettivo “*is at the heart of the Law School's proper institutional mission, and that 'good faith' on the part of a university is presumed absent a showing to the contrary*”. Insomma, anche se la motivazione è sembrata a molti più formalistica che reale, secondo i Supreme Justices, pur rimanendo il *racial balancing* ‘*patently unconstitutional*’, in questo caso la misura sarebbe legittima perché l'obiettivo perseguito dall'Università è quello di diversificare il corpo studentesco allo scopo di produrre effetti benefici sul sistema della formazione e dell'educazione.

Il filo teorico del pluralismo culturale allora, può funzionare solo se calato in un contesto organizzativo in cui le misure pensate per favorire l'integrazione razziale del corpo studentesco siano “*narrowly tailored*”, e cioè flessibili, temporanee, tali da non precludere o alterare significativamente il confronto paritario e meritocratico<sup>41</sup>.

Per completare questa rassegna sui principali orientamenti della giurisprudenza costituzionale americana in tema di *affirmative actions*, dobbiamo ricordare anche la sentenza *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District no. 1 et al.* del 2007, con la quale la Corte Suprema – richiamando Brown come precedente- ha ancora una volta affrontato la questione delle misure *race-based* (in questo caso, per la verità, connotate più da una impostazione ‘desegregazionista’ che non preferenziale), usando come barriera impeditiva lo *strict scrutiny test* e rilevando la mancanza di

---

<sup>41</sup> Cfr., sulla vicenda, M. CAIELLI, *La discriminazione indiretta per i motivi razziali in una recente pronuncia della Corte Suprema (alla vigilia del consent del Senato sulla nomina presidenziale del giudice Sotomayor)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2009, 113 ss.

flessibilità di programmi basati su decisioni unilaterali e vincolanti dell'Amministrazione (iscrizione e diluizione degli alunni di colore nei distretti scolastici), che non davano conto della impossibilità di utilizzare strumenti alternativi altrettanto incisivi, riferibili per esempio all'offerta formativa, all'ubicazione delle scuole, alla distribuzione di fondi per programmi speciali<sup>42</sup>.

Infine, l'anno scorso, la Corte Suprema (nel caso *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, in qualche modo collegato ai due del 2003) ha ritenuto che una norma costituzionale statale (approvata attraverso un referendum popolare) che vieta ogni discriminazione (anche *'benign purpose'*) basata sulla razza o sul sesso nelle procedure di ammissione ai corsi universitari non viola il XIV emendamento e la clausola dell'*equal protection*.

Anche se l'opinione di maggioranza tiene a precisare che *"this case is not about how the debate about racial preferences should be resolved"*, ma riguarda invece *"who may resolve it"*, è chiaro che si è trattato di una definitiva conferma del nuovo trend interpretativo in materia di *affirmative actions*.

Non a caso, la *dissenting opinion* di Justice Sotomayor va alla sostanza del problema (con dati e cifre che evidenziano il forte decremento della presenza di studenti *black* nelle più importanti università americane a seguito della crisi del modello delle *affirmative actions*), rivendicando anche orgogliosamente che lei stessa è in fondo *"the perfect affirmative action baby"*, e che senza la possibilità di avvalersi di una misura di questo tipo *"it would have been highly questionable if I would have been accepted"*<sup>43</sup>. E lo stesso Presidente Obama, attraverso il suo Portavoce, ha fatto sapere che lui continua a credere che, nel contesto dell'ammissione ai corsi universitari, *"considering race, along with other factors, can be appropriate in certain circumstances"*.

La lettura 'formale' dell'*equal protection clause* si riversa anche sulle politiche di *reapportionment* dei distretti elettorali motivate da ragioni di promozione della partecipazione e della rappresentanza della minoranza di colore.

Nei casi *Shaw v. Reno*, *Miller v. Johnson*, *Shaw v. Hunt* (adottate tra il 1993 e il 1996, invero con maggioranze estremamente frammentate), la Corte Suprema censura sia il carattere 'bizzarro' e

---

<sup>42</sup> Per M.C. Locchi, *Brown*, cit., 8-9, *"il caso Parents Involved è esemplificativo del fraintendimento, se non del vero e proprio tradimento, di Brown [...] L'oscuramento del principio giuridico, e del significato profondo, di Brown, è stato, del resto, messo in evidenza dal giudice Breyer nella sua dissenting opinion, nella quale si contesta la distinzione tra segregazione de iure e de facto a favore di una ricostruzione del senso complessivo di Brown come obbligo per i poteri pubblici di sforzarsi di raggiungere l'integrazione razziale"*.

<sup>43</sup> Sul dissent di Sotomayor, secondo cui *"Race matters ... in part because of the long history of racial minorities being denied access to the political process ... Race also matters because of persistent racial inequality in society – inequality that cannot be ignored and that has produced stark socioeconomic disparities. [...] The way to stop discrimination on the basis of the race is to speak openly and candidly on the subject of race, and to apply the Constitution with eyes open to the unfortunate effects of centuries of racial discrimination"*, v. Richard R. W. Brooks, *The banality of racial inequality*, in *The Yale Law Journal*, 124, 2015, 2662.

irregolare del risultato del piano di ritaglio territoriale del distretto elettorale, sia, più in generale, il fatto in sé di aver creato una circoscrizione elettorale solo per fini ‘razziali’ non importa se ‘positivi’ e non direttamente ‘discriminatori’: *«a reapportionment plan that includes in one district individuals who belong to the same race, ..., bears an uncomfortable resemblance to political apartheid»*. Soprattutto, viene rilanciata l’idea secondo cui ogni distinzione tra individui “mina alla base” il XIV emendamento, perché *«the fourteenth amendment’s central mandate is racial neutrality in governmental decisionmaking»*; rimediare ad una passata discriminazione può essere un *compelling interest* sufficiente a passare indenne lo *strict scrutiny* solo quando la discriminazione passata è specificamente “*identified*”.

Analogamente, anche sul versante politico-elettorale, se è vero che la ‘*coverage formula*’ (ora dichiarata incostituzionale dalla decisione *Shelby*) ha consentito di raggiungere risultati di sostanziale parificazione della partecipazione elettorale tra bianchi e neri, e le pratiche discriminatorie più dirette sembrano ormai un ricordo del passato, lo è altrettanto il fatto che ancora negli ultimi anni continuano ad essere sperimentate in vari Stati ‘*second-generation barriers*’, forme di *gerrymandering* o di *racial redrawing* dei distretti con finalità segregazioniste, o altre misure simili, che però ora non hanno più l’ostacolo del §5 del VRA (in termini, v. la *dissenting opinion* in *Shelby* dei Justices Ginsburg, Breyer, Sotomayor, Kagan).

In conclusione, permane una forte incertezza sulla sorte e sui limiti delle *affirmative actions* nell’ordinamento che ha sperimentato per primo questo modello, sebbene i margini di praticabilità di queste misure appaiono fortemente compressi da una interpretazione del parametro costituzionale (essenzialmente l’*equal protection clause*) nettamente orientata verso logiche individualiste e non redistributive; se dovessimo usare la famosa metafora del riempimento del bicchiere, dovremmo dire che esso è ‘mezzo vuoto’.

**9.** Più di sessant’anni dopo, gli Stati Uniti sono un Paese profondamente diverso da quello che ha gestito (e valorizzato), con le difficoltà che abbiamo visto, l’impatto della sentenza *Brown*.

Il cammino dell’integrazione razziale è stato faticoso, ma intenso sul piano dei risultati. Nondimeno, restano situazioni lontane dal progetto costituzionale dell’*equal protection*.

Come ha mostrato uno studio della Harvard Civil Rights<sup>44</sup>, in ambito scolastico permangono significative esperienze di segregazione, in cui tra l’altro si combinano *racial minority* e povertà. Negli ultimi 15 anni si registrano persino fenomeni di ‘*resegregation*’ in alcune aree del Paese, per

---

<sup>44</sup> *Harvard Civil Rights Reports, Rise in School Segregation*, 1999, Volume 10, Number 4.

cui, come è stato efficacemente affermato, “*Brown in retrospect is an emblem both of social change and obdurate racialized divisions, occasioning both celebration and critique*”<sup>45</sup>.

A parte la sorte del modello delle *affirmative actions*, che paradossalmente, mentre entravano in crisi nel loro Paese di origine, diventavano una *key policy* nel diritto europeo per contrastare le discriminazioni basate sul sesso (si veda l’art. 21 della Carta dei diritti Fondamentali dell’UE e le note sentenze della Corte Europea di Giustizia sui casi *Marschall*, *Badeck*, *Abrahamsson*), non c’è dubbio che la questione razziale e le politiche di contrasto alla discriminazione nei confronti della minoranza *coloured* negli Stati Uniti abbiano avuto uno sviluppo di straordinaria importanza e siano pervenute a risultati indubbiamente molto positivi, se li confrontiamo non solo alla ferita della schiavitù, ma allo stesso contesto in cui la Corte Suprema adottava la decisione del caso *Brown*. Ma soprattutto, questa storia ha trovato un suo nuovo punto di approdo simbolico nell’elezione del primo Presidente di colore. *Brown* e Obama allora, per fare una sintesi, potrebbero essere l’inizio e la fine di un racconto positivo.

Tuttavia, il caso Ferguson (e la tragica morte di Michael Brown: ancora quel nome, sembra davvero una involontaria ironia della storia), altri casi simili e le tensioni razziali che scoppiano puntuali ad ogni occasione, la folle riemersione dal passato del terrorismo razziale nel recente attentato di Charleston nel giugno di quest’anno, dimostrano che la lotta per un’America davvero ‘integrata’ attorno al mandato costituzionale del XIV emendamento non è ancora finita<sup>46</sup>.

Si può sostenere, come molti fanno, che i *preferential treatments* o le ‘quote’ in favore dei Neri non sono le misure più adatte o condivise o che presentano troppi aspetti controversi (anche se, come nota acutamente R. Kennedy, “*quei bianchi che sono svantaggiati nella nostra società [per via di una affirmative action], soffrono non per via della loro razza, ma nonostante la loro razza. [...] L’azione affermativa non istituisce un regime di gerarchia razzializzata nel quale tutti i bianchi, in quanto tali, sono privati di dati benefici economici, sociali, o politici. Non rovescia la gerarchia: al contrario, essa livella il privilegio razziale*”<sup>47</sup>), ma è altrettanto certo che la discriminazione nei confronti della minoranza di colore è ancora una ‘*unfortunate reality*’ in molti settori della vita economica e sociale: una realtà che ha bisogno di essere affrontata e combattuta, e probabilmente la logica della Costituzione ‘*colorblind*’, e della versione individuale dell’eguaglianza, resta inadeguata “*a trattare la Nazione d’oggi, così razzialmente stratificata, culturalmente diversa, ed economicamente divisa*”<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> M. MINOW, *In Brown’s wake*, cit., 9.

<sup>46</sup> In tema, v. ancora M. C. Locchi, *Brown*, cit., 2.

<sup>47</sup> R. KENNEDY, *Persuasion and distrust: a comment on the affirmative action debate*, in *Harvard Law Review*, 1986, 1327 ss.

<sup>48</sup> Come si espresse N. GOTANDA, in un saggio del 1991, ora in *Legge, razza, diritti*, loco cit., 67.

Insomma, la lotta per la parità è tuttora in corso. In questa battaglia il diritto può e deve fare ancora la sua parte, e il campo dell'istruzione rimane ancora<sup>49</sup>, come in *Brown* e nelle prime sperimentazioni delle *affirmative actions*, quello decisivo. E' nella scuola che si impara a stare insieme, a condividere un destino e una appartenenza, a costruire una società veramente *colorblind*; è purtroppo ancora nella scuola che persiste – per usare le parole di Jhonson, evidentemente ancora attuali, nel celebre discorso alla Howard University del 4 giugno 1965 – un *'widening gulf' "between the college-educated elite and the poor, the unemployed, the unrooted, and the dispossessed"*.

Secondo Ackerman<sup>50</sup>, bisogna recuperare lo spirito di *Brown*, della *First Reconstruction* (quella che ha portato al XIII e al XIV emendamento), del New Deal, della *Second Reconstruction* (quella del *Civil Rights Movement*, di *Brown*, delle riforme legislative del 1964-65), altrimenti la memoria di questi impegni costituzionali rischia di andare perduta (*"will be lost in a fog of incestor worship"*).

#### **Riferimenti bibliografici essenziali:**

- B. ACKERMAN, *We the People: The Civil Rights Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, 2014, 230.
- M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991.
- W.G. BOWEN, D. BOK, *The shape of the river: long-term consequences of considering race in College and University admission*, Princeton, 1998.
- M. CAIELLI, *La discriminazione indiretta per i motivi razziali in una recente pronuncia della Corte Suprema (alla vigilia del consent del Senato sulla nomina presidenziale del giudice Sotomayor)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2009, 113 ss.
- G. CALABRESI, *Bakke as pseudo-tragedy*, in *Catholic University Law Rev.*, 1979, vol. 28.
- G. CALVÈS, *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Supreme des États-Unis. Le problème de la discrimination positive*, Parigi, L.G.D.J., 1998.
- M. COHEN, T. NAGEL. T. SCANLON (a cura di), *Equality and preferential treatment*, Princeton, 33, 1977.
- D. DAYS, *La battaglia sul caso Griggs ed il futuro dell'Employment Discrimination Law negli Stati Uniti*, in *QL*, n. 7, 1990.
- R. KENNEDY, *Persuasion and distrust: a comment on the affirmative action debate*, in *Harvard Law Review*, 1986, 1327 ss.
- J. DREYFUSS, L. CHARLES, *The Bakke case: the politics of inequality*, New York, 1979.
- R. DWORKIN, *Taking rights seriously* (1977), trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.
- J.N. EULE, *Promoting speaker diversity: Austin and Metro broadcasting*, in *The Supreme Court Rev.*, 1990, 105 ss.
- R.J. FISCUS, *The constitutional logic of affirmative action*, Durham and London, 1992.
- R. FULLINWIDER, *The reverse discrimination controversy*, Totowa, New York, 1980.
- B. HEPPLER, E.M. SZYSZCZAK (a cura di), *Discrimination: the limits of law*, London, 1992.
- R.D. KAHLENBERG, *Class-based affirmative action*, in *California Law Rev.*, 1996, Vol. 84, No. 4, 1037-1099.
- K.L. KARST, H.W. HOROWITZ, *The Bakke Opinions and Equal Protection Doctrine*, in *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, Vol. 14, N.1, 1979.
- P. B. KURLAND, *Egalitarianism and the Warren Court*, in *68 Michigan Law Rev.* 629, 1970.
- M. MINOW, *In Brown's wake. Legacies of America's Educational Landmark*, Oxford University Press, 2008.
- M. ROSENFELD, *Affirmative action and justice. A Philosophical and Constitutional inquiry*, Yale University Press, New Haven, 1991.
- C. SUNSTEIN, *A Constitution of many minds*, Princeton, 2009, 219.
- K. THOMAS e Gf. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, 2005.

---

<sup>49</sup> Anche per le aporie e le insufficienze della nozione di merito, su cui v. ancora R. KENNEDY, cit.

<sup>50</sup> B. ACKERMAN, cit., 339.