



GUIDOMARIA DE CESARE

Profili di diritto processuale nella sentenza *SFFA v. Harvard*: dalla legittimazione ad agire alla sindacabilità degli atti politici

Secondo la Corte Suprema Americana, i programmi di ammissione universitari che tengono positivamente conto dell'appartenenza etnica dei candidati sono contrari alla equal protection clause dal momento che l'interesse degli atenei a diversificare il corpo studentesco, sostanzialmente sottratto al sindacato giurisdizionale, è insufficiente per giustificare una discriminazione positiva. La decisione in commento offre l'occasione di tornare a discutere di alcuni problemi fondamentali del diritto processuale: le condizioni dell'azione, la giustizia procedimentale, la sindacabilità degli atti politici e la possibilità per i giudici costituzionali di modulare nel tempo gli effetti delle proprie decisioni. Si dipana però sullo sfondo un triste affresco, nel quale si raffigura la questione razziale come un fossile del passato, ormai superato da anni di politiche integrazioniste.

According to the U.S. Supreme Court, university admissions programs that positively take into account applicants' ethnicity are contrary to the equal protection clause since universities' interest in diversifying their student body, which is essentially non justiciable, is insufficient to justify "positive discrimination", in the form of affirmative actions. This decision provides an opportunity to to discussion some fundamental problems in procedural law: the doctrine of standing, procedural justice, the justiciability of political acts and the ability of constitutional judges to modulate the effects of their decisions over time. Unfolding in the background, however, there is a grievous picture in which the race issue is portrayed as a fossil of the past, outmoded by years of integrationist policies.

Sommario: 1. I fatti di causa: la legittimazione ad agire di SFFA. – 1.1. La tutela dell'interesse collettivo e la legittimazione ad agire degli enti rappresentativi nell'ordinamento italiano: soluzioni giurisprudenziali a confronto. – 2. I programmi di ammissione universitari olistici violano il quattordicesimo emendamento: l'overruling di Grutter. – 3. La diversificazione etnica del corpo studentesco non assurge a *compelling state interest*: critica. – 4. Le ammissioni universitarie non sono un gioco a somma zero. – 5. Libertà accademica ed *equal protection clause*: un difficile (ma necessario) bilanciamento nell'interesse generale alla *diversity*.

1. I fatti di causa: la legittimazione ad agire di SFFA

Non è passata inosservata¹ la decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti che, riformando la sentenza resa dalla Corte federale d'appello per il primo circuito², ha dichiarato incostituzionali i programmi di ammissioni olistici³ dell'università di Harvard e del Nord Carolina (UNC), per contrasto con la *equal protection clause* contenuta nel quattordicesimo emendamento, nella misura in cui attribuiscono rilevanza all'origine etnica dei candidati. Trattasi di un vero e proprio *overruling* se si considera che la Corte, nel caso *Grutter* (2003)⁴, in applicazione del principio precedentemente enunciato in *Bakke*⁵, aveva fondato l'ammissibilità di siffatti programmi proprio sul quattordicesimo emendamento, mentre nel più risalente caso *Brown*⁶ (1954) la *equal protection clause* aveva consentito di aprire una breccia nel regime di *apartheid* nelle scuole pubbliche. L'interesse degli atenei a diversificare il corpo studentesco è stato ritenuto sufficiente per giustificare una discriminazione positiva (o *affirmative action*). L'esatta intelligenza della sentenza presuppone un inquadramento delle *personae dramatis* e del delicato problema di ordine sociale e politico ad essa sotteso. La ricorrente, Students for fair admission (SFFA), è un'associazione no-profit il cui fine statutario consiste nel difendere «*human and civil rights secured by law, including the right of individuals to equal protection under the law*». La SFFA ha agito in rappresentanza di un gruppo di studenti di origine asiatica, i quali asserivano di essere stati discriminati dai programmi di ammissione olistici; infatti, malgrado l'ottimo punteggio totalizzato, il comitato di ammissione ha preferito loro altri

¹ Per un primo commento alla decisione, cfr. A. HOWE, *Supreme Court strikes down affirmative action programs in college admissions* disponibile all'indirizzo: <https://www.scotusblog.com/2023/06/supreme-court-strikes-down-affirmative-action-programs-in-college-admissions/>; v. anche C. MCCLELLAN, *When Claims Collide: Students for Fair Admissions v. Harvard and When Claims Collide: Students for Fair Admissions v. Harvard and the Meaning of Discrimination*, in 54 *Loyola University Chicago Law Journal*, 2, 2023, p. 2 ss.; K. YEIN, *Beyond SFFA v. Harvard: Addressing Wealth Disparity and Strategies for Equity in Higher Education Administration Policies*, in *Guilford College*, 2024, p. 10 ss., spec. 50 ss.; v. anche J. MOORE, *Race and College Admissions*, Jefferson, North Carolina, 2024.

² Cfr. *Students for Fair Admissions, Inc. v. President & Fellows of Harvard College*, 980, 157 (1st Cir. 2020), disponibile all'indirizzo: <https://casetext.com/case/students-for-fair-admissions-v-president-of-harvard-coll-1>.

³ Su cui si veda G. H. BLUME-M. C. LONG, *Changes in Levels of Affirmative Action in College Admissions in Response to Statewide Bans and Judicial Rulings*, in *Educational Evaluation and Policy Analysis*, 2, 2014, p. 228 ss., spec. 234, secondo cui «*Holistic admissions policies lack formal scoring of applicant characteristics, academic and otherwise, which leave race as only one applicant factor considered alongside a host of other applicant characteristics*».

⁴ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), in *Foro it.*, con nota di P. PASSAGLIA, *Discriminazione razziale ed autonomia universitaria: la «rivincita» degli «Affirmative Action Programs» nel settore dell'istruzione*, 1, 2004, p. 47 ss.

⁵ *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Per un'esauriente trattazione delle varie *opinions* sostenute in *Bakke* si rinvia a A. ANCHETA, *Bakke, antidiscrimination jurisprudence, and the trajectory of affirmative action law*, in P. MARIN & C. L. HORN (Eds.), *Realizing Bakke's legacy: Affirmative action, equal opportunity, and access to higher education*, 2008, p. 15 ss.

⁶ Per una ricognizione dell'eredità del caso *Brown* cfr. D. A. BELL, *Brown v. Board of Education and the Interest-Convergence Dilemma*, in *Harv. L. Rev.*, 3, 1980, p. 518 ss.; in generale, sugli effetti della «*separate but equal doctrine*» nel campo della parità di accesso all'istruzione si veda il classico studio di G. MYRDAL, *An American Dilemma*, Londra 1944, p. 879 ss., spec. 893.

applicants appartenenti alle etnie sottorappresentate. L'UNC ha, dunque, contestato la legittimazione ad agire della SFFA sul presupposto per cui «[It] lacks standing to bring its claims because it is not a “genuine” membership organization». Senza indulgere a complesse costruzioni teoriche, peraltro estranee alla logica della Corte Suprema, è sufficiente in questa sede evidenziare che il concetto di *standing* non coincide con quello di legittimazione ad agire accolto dalla nostra dottrina⁷, bensì incorpora «l'insieme dei criteri di legittimazione ed interesse ad agire che debbono sussistere, affinché il giudice federale possa rendere una decisione sul merito, sino alla conclusione del giudizio⁸». La giurisprudenza della Corte Suprema, in assenza di precise disposizioni di legge, ha assunto un ruolo centrale nell'elaborazione della nozione di *standing*. La *standing doctrine*⁹ muove dall'art. III, par. 2, della Costituzione americana, il quale riconosce la giurisdizione delle corti federali sui soli *cases* in cui le parti si confrontano al fine di risolvere una disputa concreta attraverso l'applicazione della legge. Dalla norma costituzionale la Corte suprema stilla, in via generale, i tre presupposti dello *standing*: il patimento di una lesione concreta e attuale di una posizione giuridica soggettiva di cui è titolare il ricorrente (c.d. *injury in fact*), l'esistenza di un nesso causale tra la

⁷ Sulla nozione di legittimazione ad agire la letteratura è vastissima. Sia sufficiente in questa sede un rinvio ai classici e, in particolare, a E. BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, p. 158 ss.; E. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano 1942, p. 131; E. ALLORIO, *Per la chiarezza di idee in tema di legittimazione ad agire*, in *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, p. 195 ss.; A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. civ.*, X, Torino, 1994, p. 524; più di recente, per una ricostruzione delle varie impostazioni dottrinali sul tema, v. D. BUONCRISTIANI, *Legittimazione ad agire*, in (a cura di) L. DITTRICH, *Diritto processuale civile*, Torino, 2019, p. 893 ss.; per la manualistica si veda C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino 2019, p. 563; MANDRIOLI-CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2017²⁶, p. 54; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2023, p. 57. La dottrina maggioritaria, alla luce del dettato degli artt. 24 Cost., 81 e 310 c.p.c., accoglie una concezione astratta (o “semi-astratta”) dell'azione rispetto al diritto soggettivo sostanziale fatto valere, da intendersi come diritto ad una pronuncia sul merito (a prescindere dal suo contenuto favorevole o meno), il *common law*, invece, in linea di continuità con l'*actio* romanistica, conosce azioni tipiche che esprimono una saldatura tra il profilo statico-sostanziale e quello dinamico-processuale, in un'ottica monistica che ignora la contrapposizione tra la norma sostanziale e quella processuale. Pertanto, la verifica dello *standing* anticipa profili che, nell'impostazione domestica, secondo cui le condizioni dell'azione vanno valutate in chiave di mera affermazione del diritto fatto valere, atterrebbero al merito, quale la titolarità in capo all'attore della posizione giuridica sostanziale azionata. La concezione c.d. monistica dell'azione, la quale tende a negare la novità più rilevante della riflessione giuridica moderna ovvero la duplicazione dell'esperienza giuridica tra il piano sostanziale e quello processuale (R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960; *Id*, *Azione (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, p. 786 ss., spec. 788.), non è estranea alla nostra dottrina e si rinviene già in A. PEKELIS, *Azione (teoria moderna)*, in *Nuovo Dig. it.*, II, Torino, 1937, p. 96 ss., poi riprodotta in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 29 ss., benché la sua diffusione si debba a S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 272 ss.; *Id*, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, p. 169 ss., spec. 178, secondo cui le ipotesi di chi agisca in giudizio per un rapporto dichiaratamente altrui, formulate per dare autonomia concettuale alla legittimazione ad agire, sono «*risibili*»; al contrario, chi agisce in giudizio deduce un interesse concreto: la legittimazione ad agire si identifica con quest'ultimo e il giudice «*a seconda che accolta o respinga la domanda, riconoscerà o negherà l'interesse. Al di fuori di questo, non vi è, non vi può essere altro*».

⁸ Definizione mutuata da A. GIUSSANI, *Studi sulle “class actions”*, Padova, 1996, p. 175.

⁹ Sulla cui doppia funzione (razionalizzazione di una risorsa scarsa quale la giustizia e di determinazione del «*policy-making role*» del potere giudiziario) si veda il classico studio di K. E. SCOTT, *Standing in the Supreme Court: A Functional Analysis*, in *Harv. L. Review*, Feb., 4, 1973, p. 645 ss.

lesione e la condotta o l'atto censurato (c.d. *causation*) e la capacità verosimile (*likely e non speculative*) di riparare la lesione con una decisione favorevole (c.d. *redressability*)¹⁰. I presupposti dello *standing* assumono connotati particolari quando l'attore è un'associazione; in particolare, l'associazione può affermare di aver subito un pregiudizio in proprio¹¹ o, in alternativa, può far valere la legittimazione ad agire come rappresentante dei suoi membri¹², secondo lo schema del «*representational or organizational standing*». Per agire in rappresentanza dei propri membri un'associazione deve superare il c.d. test di *Hunt*¹³ in base al quale è tenuta a dimostrare che: a) i rappresentati sarebbero comunque legittimati ad agire in giudizio individualmente; b) vi è corrispondenza tra l'interesse tutelato attraverso l'iniziativa giudiziaria e lo scopo statutario del *representative*; c) non è richiesta la partecipazione al giudizio dei singoli associati¹⁴. I resistenti hanno sostenuto che la SFFA non fosse una vera e propria organizzazione al momento della proposizione della domanda, talché non avrebbe potuto invocare la «*doctrine of organizational standing*» a suffragio della propria legittimazione ad agire. Senonché, la Corte ha ritenuto sussistente la legittimazione della SFFA dal momento che essa rappresentava, fin dal momento della proposizione della domanda, quattro associati a cui era stata negata l'ammissione alla UNC, i quali avrebbero potuto impugnare autonomamente il provvedimento di esclusione.

¹⁰ Cfr. *ADP Association of Data Processors v. Camp*, 397 U.S. 150 (1970). Per un'analisi dei singoli requisiti dello *standing* si rinvia al capillare lavoro di A. D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013, p. 146 ss.

¹¹ Trattasi, dunque, di giurisdizione in senso soggettivo e non oggettivo (su tale distinzione, v. C. CONSOLO, *op. cit.*, Torino, 2019, p. 582). Pertanto, deve escludersi che l'associazione agisca nell'interesse della legge al ripristino della legalità violata. Si avverte un'eco della dottrina dello *standing* in C. Stato., Ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, in *Foro it.*, 2020, 3, 5, 289 secondo cui in caso di compresenza di interessi collettivi in capo all'ente associativo (non iscritto nell'apposito albo ministeriale) e di interessi individuali concorrenti, autonomamente azionabili da parte dei singoli consumatori, la legittimazione a ricorrere dell'ente associativo va riconosciuta solo ove quest'ultimo faccia valere un interesse proprio, di natura collettiva. Nel senso che l'ente sia portatore di un interesse collettivo autonomo e differenziato rispetto a quello dei singoli rappresentati, talché deve escludersi che ricorra un'ipotesi di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*, v. S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra "generalità" e "specialità"*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020, p. 520 ss., spec. 526.

¹² Cfr. *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490, 511 (1975).

¹³ Il riferimento è a *Hunt v. Washington State Apple Advertising Comm'n*, 432 U.S. 333, 343 (1977).

¹⁴ Logica conseguenza dei requisiti di legittimazione individuati in *Hunt* è l'inidoneità della sentenza passata in giudicato, resa nel giudizio tra il *representative* e l'autore della lesione, a produrre effetti nei confronti dei singoli membri estranei al giudizio (v. ancora A. GIUSSANI, *op. cit.*, p. 180, nota 34). Secondo K. M. HEILMAN, *The Rights of Others: Protection and Advocacy Organizations' Associational Standing to Sue*, in *Pennsylvania L. Rev.*, 1, 2008, p. 237 ss., spec. 276, il test di *Hunt* «*should be viewed as part of an analysis designed to get at the twin underlying goals of standing: first, that disputes before the federal courts will be between parties with real interests at stake and so will be genuine Article III cases or controversies, and second, that associational standing is granted where the application of typical prudential limitations runs the risk that true rights violations will go unaddressed*».

1.1. La tutela dell'interesse collettivo e la legittimazione ad agire degli enti rappresentativi nell'ordinamento italiano: soluzioni giurisprudenziali a confronto

Può essere utile domandarsi come la questione della legittimazione ad agire di un'associazione che impugni il provvedimento di ammissione all'università sarebbe stata decisa dalla nostra giurisprudenza, dal momento che i programmi di ammissione universitari olistici se, per un verso, attribuiscono un vantaggio a taluni studenti, per un altro, pregiudicano quelli delle altre etnie a cui non è attribuito alcun punteggio extra in ragione dell'appartenenza etnica.

Invero, la giurisprudenza amministrativa ha già affrontato la questione, distinguendo il conflitto endogeno, idoneo ad escludere la legittimazione ad agire in giudizio dall'ente rappresentativo, attesa l'assenza di una classe di soggetti cui è riferibile l'interesse diffuso asseritamente azionato, da quello esogeno, il quale, invece, non esclude l'omogeneità dell'interesse tutelato, siccome i rappresentati avvantaggiati dal provvedimento impugnato sono da considerarsi *uti singuli*, mentre l'interesse olistico della classe risulta comunque pregiudicato¹⁵. Infatti, quando vi è compresenza di interessi collettivi in capo all'ente associativo e di interessi individuali concorrenti, autonomamente azionabili, è necessario provare che l'ente non si stia affiancando alle posizioni individuali di più soggetti nella difesa di un interesse che resta individuale pur se azionato come plurisoggettivo, ma che stia facendo valere un interesse proprio, di natura collettiva, che può coesistere con più posizioni individuali. Secondo la giurisprudenza amministrativa, tale accertamento deve verificare la sussistenza della seguenti condizioni: a) l'interesse collettivo, in quanto derivazione dell'interesse diffuso, per sua natura adespotata, non è una superfetazione o una posizione parallela di interesse legittimo ascrivibile anche in capo ai singoli componenti della collettività; b) esso può considerarsi sussistente purché riferito a beni materiali o immateriali a fruizione collettiva e non esclusiva, tenendo comunque

¹⁵ La tematica è stata affrontata da Cons. Stato, ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9; nonché, più di recente, da Cons. Stato, ad. plen., 20 febbraio 2020, n. 6, ove si legge che «[O]ccorre dunque chiedersi se sia ravvisabile, *a latere* dell'interesse plurisoggettivo dei singoli risparmiatori [...], anche un più ampio interesse collettivo proprio dell'associazione nei termini sino ad ora indicati, ossia una posizione giuridica derivante dalla diffusione nella comunità di meri interessi omogenei non individualmente protetti. Ovvero occorre, detto altrimenti, chiedersi se la sussistenza di interessi individualmente protetti, e quindi azionabili dagli interessati *uti singuli*, escluda di per sé la possibilità di una "personalizzazione" in capo all'ente di un interesse diffuso e la sua conseguente azionabilità quale interesse proprio di natura collettiva. Il tema si pone in relazione alle deduzioni – contenute anche negli scritti di parte – concernenti il profilo dell'omogeneità degli interessi tutelati rispetto alla generalità dei consumatori rappresentati, interessi di cui l'ente esponenziale assume di farsi portatore, in modo da poter escludere qualsiasi contrasto "interno" tra i potenziali interessati». In dottrina la pronuncia è stata annotata criticamente da G. MANUCCI, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?* In *Giorn. dir. amm.*, 4, 2020, p. 529 ss.; nonché da S. MIRANTE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra "generalità" e "specialità"*, *ivi*, p. 520 ss. Più in generale, sul tema v. A. CASSATELLA, *L'interesse collettivo: nuove distinzioni, vecchie perplessità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 592 ss., il quale ha commentato in maniera assai critica la decisione presa da Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451, con la quale si è riconosciuta la legittimazione ad agire in giudizio di un sindacato rappresentativo di diverse categorie di dipendenti pubblici anche rispetto ad un ricorso, proposto avverso un regolamento sul conferimento di incarichi dirigenziali, a tutela di una sola categoria di iscritti (i dirigenti) e in contrasto con gli interessi delle altre categorie rappresentate.

presente, in linea generale, che è pur possibile che un provvedimento amministrativo incida al contempo su interessi sia collettivi che individuali, ma che l'associazione è legittimata ad agire solo quando l'interesse collettivo possa dirsi effettivamente sussistente; c) la diversità ontologica dell'interesse collettivo, rispetto all'interesse legittimo individuale, porta ad escludere, in radice, la necessità di un'indagine in termini di identità degli interessi legittimi individuali eventualmente lesi dall'esercizio del potere contestato. In questa prospettiva l'interesse collettivo è una posizione di vantaggio riferibile all'ente e quindi diventa non pertinente in radice porsi anche il tema dell'omogeneità degli interessi legittimi individuali dei singoli, a differenza di quanto richiesto dalla «*doctrine of organizational standing*»¹⁶.

Quest'ultima affermazione deve essere rettamente intesa per evitare equivoci. La sufficiente rappresentatività dell'ente, ovvero l'astratta idoneità a tutelare l'interesse diffuso, produce un effetto di entificazione di quest'ultimo, il quale si coagula nella dimensione collettiva in capo all'associazione stessa. Pertanto, l'omogeneità dell'interesse diffuso nella comunità o categoria rappresentata è requisito consustanziale all'interesse collettivo tutelato, inteso quale aggregazione di interessi diffusi oggettivamente assonanti; per converso, l'omogeneità non è requisito che debba riferirsi agli interessi legittimi individuali, i quali rimangono estranei al processo introdotto dall'ente rappresentativo.

Pertanto, un'eventuale mera difesa di difetto di legittimazione ad agire in capo all'associazione¹⁷, atteso che non tutti gli studenti sono svantaggiati dai programmi di ammissione universitari olistici, sarebbe destinata alla reiezione anche se si applicassero le coordinate ritraibili dalla nostra giurisprudenza. Infatti, l'interesse collettivo azionato è altra cosa rispetto alle posizioni di vantaggio dei singoli studenti, con l'implicazione per cui la circostanza che non tutti gli *applicants* non subiscano un pregiudizio non rileva ai fini dell'esclusione del vaglio circa la sussistenza delle condizioni dell'azione.

2. I programmi di ammissione universitari olistici violano il quattordicesimo emendamento: l'*overruling* di Grutter

In disparte il problema della legittimazione ad agire della SFFA, la corretta intelligenza della pronuncia della Corte Suprema passa per un'analisi del particolare contesto storico-sociale americano in cui sono progressivamente emersi gli *affirmative action programs*. L'Università di Harvard e quella del Nord Carolina, invece, sono istituti di eccellenza che ogni anno ricevono

¹⁶ Cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451.

¹⁷ È noto infatti che Cass., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951 ha affermato il principio per cui la contestazione, da parte del convenuto, della titolarità del rapporto controverso dedotto dall'attore ha natura di mera difesa, proponibile in ogni fase del giudizio, senza che l'eventuale contumacia o tardiva costituzione assuma valore di non contestazione o alteri la ripartizione degli oneri probatori, ferme le eventuali preclusioni maturate per l'allegazione e la prova di fatti impeditivi, modificativi od estintivi della titolarità del diritto non rilevabili dagli atti. La sentenza è stata annotata da M. F. GHIRGA, *Sulla titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2017, p. 238 ss.

migliaia di domande di iscrizione da parte di *applicants* provenienti da tutto il mondo. Il fattore etnico gioca un ruolo importante nelle procedure di ammissione; infatti, allo scopo di diversificare il corpo studentesco, viene attribuito un punteggio *extra* ai candidati appartenenti all'etnia afro e ispano-americana. Una lettura integrata dei precedenti della Corte Suprema in materia, in particolare dei casi *Bakke* e *Grutter*¹⁸, consente di affermare che gli *affirmative action programs* rappresentano una deroga alla *equal protection clause*; talché, la loro ammissibilità è subordinata al ricorrere di tre requisiti, secondo la logica dello *strict scrutiny test*¹⁹: a) l'impiego del fattore etnico-razziale deve essere "rigorosamente sagomato" nelle sue concrete modalità operative (*narrowly tailored requirement*); b) tali programmi devono essere finalizzati al conseguimento di un indefettibile interesse statale quale quello alla diversificazione del corpo studentesco (*compelling state interest requirement*); c) gli *affirmative action programs* devono avere un termine finale che la Corte, nel caso *Grutter*, secondo un (ottimistico) ragionamento prognostico, aveva individuato nel 2028, anno in cui presumibilmente l'uso dell'*affirmative action* sarebbe stato superfluo per conseguire l'obiettivo della *diversity* (*termination date requirement*)²⁰. Infatti – si legge in *Grutter* – la deroga alla clausola di uguale protezione «*must have reasonable durational limits*», per cui non è ammessa «*a permanent justification for racial preferences*».

I programmi di ammissione olistici di Harvard e dell'UNC non hanno superato lo *strict scrutiny test*, donde l'incompatibilità con il quattordicesimo emendamento. La Corte ha addotto a fondamento della propria decisione tre diversi ordini di ragioni: 1) l'interesse ad un corpo studentesco etnicamente differenziato non assurge a dignità di «*compelling state interest*» siccome esso è troppo vago e, sostanzialmente, sottratto al controllo giurisdizionale. Per giunta, le categorie etnico-razziali adoperate dalle resistenti appaiono troppo vaghe ed imprecise per apprezzare adeguatamente la reale composizione etnica del corpo studentesco; 2) i programmi di ammissione delle resistenti non soddisfano il *termination date requirement* siccome non indicano un *dies ad quem*²¹; 3) l'ultimo argomento speso a favore

¹⁸ Sulla continuità tra i due casi cfr. R.P. GEORGE, *Gratz and Grutter: Some Hard Questions*, in *Col. L. Rev.*, 6, 2003, p. 1634 ss., spec. 1638.

¹⁹ Per un approfondimento sul rapporto tra *affirmative action programs* e *strict scrutiny test* si veda il saggio di J. RUBENFELD, *Affirmative Action*, in *Yale L. J.*, 2, 1997, p. 427 ss.

²⁰ Quest'ultimo requisito già ai commentatori del caso *Grutter* parve essere la classica pistola di Cechov appositamente collocata dalla Corte per sparare al momento giusto. Sull'ambiguità del *termination date requirement* e sulla difficile conciliabilità con la *ratio* dello *strict scrutiny test*, secondo cui l'impiego del fatto etnico deve essere consentito per tutto il tempo in cui l'interesse alla promozione della diversità lo richieda, cfr. P. PASSAGLIA, *op. cit.*, p. 52.

²¹ Secondo le resistenti, benché i programmi di ammissione olistici non indichino un termine finale delle politiche di *affirmative action*, l'attribuzione di un *plus* ai candidati in ragione dell'origine etnica dovrebbe poter operare almeno fino al 2028, anno indicato in *Grutter* come *dies ad quem*. Tale censura è stata rigettata dalla Corte, la quale ha chiarito che il termine indicato in *Grutter* rifletteva solo l'opinione secondo cui, entro quella data, le preferenze razziali non sarebbero state più necessarie per conseguire l'obiettivo della *diversity* nei campus universitari. Justice Kavanaugh, nella sua *concurring opinion*, ha suggerito di modulare nel tempo gli effetti della declaratoria di incostituzionalità dei programmi di ammissione olistici con

dell'incostituzionalità dei programmi di *affirmative action* è di carattere logico-matematico: le ammissioni all'università sono accostabili ai giochi a somma zero nei quali l'attribuzione di un *plus* nelle procedure di valutazione ad uno studente appartenente ad un certo gruppo etnico va a scapito di tutti gli altri partecipanti, donde la contrarietà alla *equal protection clause*.

Il rigore della soluzione adottata dalla Corte è, almeno in apparenza, temperato dalla considerazione che nulla impedisce alle università di prendere in considerazione l'etnia caso per caso: ciò che contrasta con la Costituzione è la valutazione dell'appartenenza etnica ai fini del superamento della procedura di ammissione come valore in sé ovvero in senso ontologico. *Per converso*, la considerazione dell'appartenenza etnica in senso, per così dire, eziologico non viola il quattordicesimo emendamento siccome consente un giudizio personalizzato su *quel singolo studente* e su come l'appartenenza etnica abbia influito positivamente sul suo percorso di vita²².

Nel prosieguo si dirà perché tale decisione non convinca affatto.

3. La diversificazione etnica del corpo studentesco non assurge a *compelling state interest*: critica

Ognuno degli argomenti spesi a suffragio dell'incostituzionalità degli *affirmative action programs* appare claudicante. In primo luogo, l'idea per cui l'*affirmative action* sia una deroga al principio di uguaglianza, giustificabile solo in presenza di un «*compelling state interest*», il cui conseguimento sia concretamente sindacabile da parte del potere giurisdizionale, appare contraddittoria. È stato osservato che invocare il principio di uguaglianza quale limite agli *affirmative action programs* suona come «*an ironic twist to the goal of the Fourteenth Amendment and the Civil Right Act*²³». Più corretto è affermare che l'*affirmative action* se, da un lato, deroga al principio di uguaglianza in senso formale, dall'altro, consente di raggiungere l'uguaglianza in senso sostanziale, rimuovendo ostacoli di ordine storico, sociale ed economico che impediscono la realizzazione di una società realmente egualitaria²⁴. Ma anche a voler ammettere che l'*affirmative action* sia una deroga occasionalmente ammessa alla *equal protection clause* (e non una sua modalità di inveroamento) non è chiaro perché l'interesse ad un corpo studentesco differenziato non sia sufficiente a giustificarlo. Invero, gli studi di settore confermano che l'*affirmative action* non può che apportare benefici sul piano sociale siccome:

decorrenza dal 2028, conformemente alla sentenza *Grutter*. Sul tema della modulazione degli effetti nel tempo delle declaratorie di incostituzionalità si rinvia all'approfondito lavoro di V. CAPASSO, *Giudici consequenzialisti: la modulazione temporale degli effetti delle pronunce tra efficacia ultra-partes ed effettività della tutela*, Napoli 2020, 25 ss.

²² Sulla discutibilità di questa soluzione, 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 *Quad. Cost.*, 3, 2023, p. 21 ss., spec. 59 ss.

²³ N. WARIKOO, *Is Affirmative Action fair?* Cambridge, 2023, p. 56.

²⁴ Sul tema si veda A. D'ALOIA, *Eguaglianza. Paradigmi e adattamenti di un principio "sconfinato"*, in *Riv. AIC*, 4, 2021, p. 46.

a) consente di comporre classi miste, espressione di diverse prospettive²⁵; b) promuove l'uguaglianza di opportunità²⁶; c) consente di riparare agli errori del passato a danno delle minoranze pregiudicate secondo un meccanismo di compensazione storico-sociale²⁷. Quest'ultimo motivo appare di particolare pregio, tant'è che Justice Jackson lo ha addotto a fondamento della propria *dissenting opinion*²⁸: «*History speaks. [...] The race-based gaps that first developed centuries ago are echoes from the past that still exist today. By all accounts, they are still stark*».

Se si muove dal presupposto secondo cui le disuguaglianze sociali sono il risultato delle politiche discriminatorie del passato, non si tarderà a concludere che l'uguaglianza formale non è sufficiente a garantire una società realmente ugualitaria²⁹. Pertanto, le procedure di valutazione e di definizione del merito, come quelle di ammissione all'università, rischiano di far emergere (e finanche prevalere) le condizioni di partenza e di contesto delle classi agiate ovvero il patrimonio, materiale e culturale, ereditato dalla famiglia e dall'ambiente sociale. Invero, per una sorta di eterogenesi dei fini, le società meritocratiche, in assenza di forme di riequilibrio delle disuguaglianze sociali, finiscono per «*perpetuare se stesse*³⁰», degradando l'uguaglianza da principio precettivo a mera promessa; infatti, non può essere

²⁵ V. L. HUTCHINGS-N.A. VALENTINO, *The Centrality of Race in American Politics*, in *Annual Review of Political Science*, 2004, p. 383 ss.; N. A. BOWMAN, *College Diversity Experience and Cognitive Development*, in *Review of Educational Research*, 1, 2010, p. 4 ss.; S. ISSACHAROFF, *Can Affirmative Action be Defended?* In *Ohio State L. J.*, 1998, p. 669 ss.; v. anche il lavoro monografico di W. BOWEN-D. BOK, *The Shape of River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admission*, Princeton University Press, 1998.

²⁶ Cfr. M. BARBERA, *Discriminazioni indirette e azioni positive: riflessioni comparate dal caso nordamericano*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1984, p. 274, secondo cui «il concetto di discriminazione indiretta è (...) quello che maggiormente si approssima all'idea di eguaglianza di opportunità».

²⁷ N. WARIKOO, *op. cit.*, p. 41 ss.; A. MOSLEY, *Affirmative Action as a Form of Reparations*, in *Mem. L. Rev.*, 2003, p. 353 ss.; J.T. TIerno, *On the Justification of Affirmative Action*, in *Public Affairs Quarterly*, 3, 2007, p. 295 ss., spec. 302; A. M. DICKERSON, *Designing Slavery Reparations: Lessons from Complex Litigation*, in *Tex. L. Rev.*, 98, 2020, p. 1255 ss., spec. 1279. Peraltro, l'idea che l'*affirmative action* sia una forma di compensazione per le politiche razziali e segregazioniste del passato non è estranea al sentimento sociale americano; infatti, la Georgetown University dal 2016 ha implementato le politiche di *affirmative action* a favore dei discendenti degli schiavi che lavorarono alla costruzione della stessa (cfr. R. SWARNS, *Georgetown University Plans Steps to Atone for Slave Past*, disponibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2016/09/02/us/slaves-georgetown-university.html>).

²⁸ J. JACKSON, *dissenting opinion*, 600 U. S. (2023), p. 11 ss.

²⁹ Uno spunto in tal senso si rinviene anche in J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. MAFFETTONE, Milano, 1997, p. 110, il quale, teorizzato il principio di riparazione, secondo cui le disuguaglianze di nascita sono immeritate e richiedono di essere compensate, afferma che se si vuole assicurare a tutti un'effettiva uguaglianza di opportunità, la società deve predisporre maggiori strumenti a supporto di coloro che sono nati in posizioni sociali meno favorevoli: «l'idea è quella di riparare torti dovuti al caso, in direzione dell'eguaglianza». Nel senso della compatibilità degli *affirmative action programs* con le idee di Rawls, T. NAGEL, *John Rawls and Affirmative Action*, in *J. of Blacks in Higher Education*, 2003, p. 82 ss.

³⁰ A. POGGI, *Per un diverso Stato sociale. La parabola del diritto all'istruzione nel nostro Paese*, Bologna, 2019, p. 191; v. F. GRANDI, *L'accesso ai più alti gradi dell'istruzione (il diritto allo studio attraverso la lente del principio personalista)*, in *La disuguaglianza nello Stato costituzionale*, Atti del Convegno di Campobasso 19-20 giugno 2015, Napoli, 2016, p. 59, secondo cui la meritocrazia "pura" è inconciliabile con la democrazia, siccome crea le condizioni per una modalità classista della trasmissione del potere determinata dal quoziente intellettuale e dalla capacità di lavorare.

ragionevolmente recato in dubbio che le abilità richieste dalle procedure di valutazione e di definizione nel merito sono in larga misura influenzate dal contesto sociale di appartenenza³¹. Talché, strumenti di attuazione o di rimozione delle disuguaglianze sociali operano in guisa di meccanismi compensativi e, a più forte ragione, appaiono necessari «*to break the cycle of enduring inequalities that is degrading the condition of successive generations of human beings*»³². Da tutto quanto s'è detto si trae il convincimento per cui le politiche di *affirmative action*, in un settore sensibile quale quello della *higher education*, lungi dal porsi in contrasto con la *equal protection clause* rappresentano una concreta modalità di attuazione del principio di uguaglianza in senso sostanziale, donde la piena legittimità (e forse doverosità) costituzionale in un Paese quale gli Stati Uniti in cui la questione razziale è sempre attuale. Inoltre, è fortemente contraddittorio quanto affermato dalla Corte a proposito della non controllabilità da parte del potere giurisdizionale degli obiettivi sociali perseguiti dalle resistenti attraverso gli *affirmative actions programs*. A ben vedere, trattasi di un requisito di nuovo conio – verrebbe da dire il classico *straw man argument* – estraneo alla logica della Corte che, in più di un'occasione, non ha esitato a qualificare come «*compelling state interest*» interessi oggettivamente imponderabili da parte di un Tribunale³³. Peraltro, la valutazione della razza nei programmi di ammissione universitari rientra dalla finestra in una versione “depotenziata” siccome, a parere della Corte, nulla impedisce ai comitati di valutazione di considerare l'appartenenza etnica in senso eziologico, attraverso la concreta incidenza di essa sul percorso di vita del singolo *applicant*. Ma non è forse imponderabile anche l'incidenza dell'appartenenza etnica sullo sviluppo della persona? Pare, dunque, come sottolineato da J. Sotomayor nella propria *dissenting opinion*, che la Corte abbia espresso un chiaro giudizio di valore: l'integrazione razziale nell'istruzione superiore non è sufficientemente importante³⁴.

³¹ N. WARIKOO, *op. cit.*, p. 77. Nel senso che le ammissioni universitarie siano accostabili ad una lotteria, si veda la farsesca lettera di ammissione immaginata da M. SANDEL, *Justice and the Good*, in *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1998, p. 142 ove si legge: «[...] *You are lucky to have come along with the right traits at the right moment [...]. You may be tempted to celebrate in the further sense that you take this admission to reflect favorably, if not on your native endowments, at least on the conscientious effort you have made to cultivate your abilities and overcome the obstacles to your achievements. But the assumption that you deserve even the superior character necessary to your effort is equally problematic, for your character also depends on the fortunate circumstances of various kinds for which you claim no credit*».

³² J.T. TIerno, *op. cit.*, p. 323.

³³ Si veda, ad esempio, il caso *Williams-Yulee v. Florida Bar*, 575 U. S. (2015), in cui la Corte ha affermato che il primo emendamento non vieta agli Stati di impedire ai giudici di fare personalmente *crowdfunding* per le loro campagne elettorali, poiché tale specifica restrizione mira ad assicurare l'imparzialità del potere giudiziario nonché l'interesse, invero intangibile e imponderabile, a preservare la fiducia dei cittadini nell'integrità giudiziaria, il quale, secondo la Corte, «*does not easily reduce to precise definition*»; oppure il più recente caso *Ramirez v. Collier*, 595 U. S. (2022), in cui la Corte ha ritenuto che fosse un «*compelling state interest*» quello di «*[M]aintaining solemnity and decorum in the execution chamber*», oggettivamente imponderabile attesa la relatività dei concetti di solennità e decoro.

³⁴ La stessa dottrina nordamericana non nega che talune decisioni della Corte Suprema siano influenzate dalla visione politica della maggioranza, sul tema si veda il classico studio di R. A. DAHL, *Decision-Making in Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker*, in *J. Pub. L.*, 1957, p. 279 ss.; B. FRIEDMAN, *Dialogue and Judicial Review*, in *Mich. L. Rev.*, 1993, p. 577

È appena il caso di osservare che la nostra giurisprudenza tende ad interpretare restrittivamente le ipotesi di atto politico, ai sensi dell'art. 7, comma 1, c.p.a., dal momento che la sottrazione del modo di esercizio del potere pubblico al sindacato giurisdizionale entra in conflitto con la garanzia di giustiziabilità di quest'ultimo con l'art. 113 c.p.a.³⁵. In particolare, l'atto politico, a differenza di quello amministrativo: a) non implica la cura concreta dell'interesse pubblico, bensì si limita ad individuare le linee di indirizzo politico che la pubblica amministrazione dovrà seguire, in virtù del rapporto di dipendenza dal potere esecutivo ritraibile dall'art. 95 Cost.; b) non è in alcun modo sindacabile dal giudice, dal momento che non è estrinsecazione del potere amministrativo, bensì di quello politico che per definizione è impermeabile alle ingerenze della magistratura, in virtù del principio della separazione dei poteri³⁶; c) non risponde ai principi di legalità, tipicità e nominatività degli atti amministrativi e si risolve in una nozione aperta, non individuabile sulla base di alcun parametro normativo; d) coincide con l'attività costituzionale e di Governo espressiva dell'indirizzo politico; e) si manifesta come atto per sua natura non lesivo di alcuna posizione giuridica soggettiva; talché non recando alcun pregiudizio diretto ai consociati non differenzia e non qualifica la posizione di quest'ultimi, i quali possono vantare rispetto all'atto politico un interesse di mero fatto, per definizione non giustiziabile.

Anche l'ordinamento nordamericano conosce la dottrina dell'atto politico. In *Baker v. Carr* la Corte Suprema ha individuato sei "indici di politicità" della questione devoluta al giudice: 1) un espresso affidamento, desumibile dal testo costituzionale, della materia a un altro potere dello Stato dotato di competenza politica; oppure 2) l'assenza di parametri giuridici chiari e

ss.; più di recente, N. DEVINS, *Explaining Grutter v. Bollinger*, in *Pen. L. R.*, 1, 2003, p. 347 ss., secondo cui le decisioni della Corte Suprema in materia di *affirmative action programs* risentono fortemente delle pressioni sociali e sono espressione della visione politica dominante.

³⁵ Sulla non giustiziabilità dell'atto politico si vedano i fondamentali contributi di E. SICA, *Del potere e degli atti politici*, in *Rassegna di Diritto Pubblico*, 3, 1948, p. 455 ss.; M. S. GIANNINI-A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 289 ss.; G. B. GARRONE, *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubb.*, Torino, 1987, p. 548 ss.; V. FANTI, *L'atto politico nel governo degli enti locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2, p. 433 ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009; A. ROMANO TASSONE, *Atto politico e interesse pubblico*, in A. CONTIERI – F. FRANCIOSI – M. IMMORDINO – A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, p. 312, secondo cui l'atto politico andrebbe identificato con «privilegio dell'istituzione che se ne avvale rispetto alla naturale prerogativa di essere connesso alla funzione che in esso si esplica»; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.* 2012, 329 e ss.; C. CUDIA, *Considerazioni sull'atto politico* in *Dir. amm.*, 2021, p. 621 ss.; G. PEPE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2017. Sulla tendenza alla "depoliticizzazione" per allargare il sindacato giurisdizionale, v. le considerazioni adesive di G. MONTEDORO, *L'atto politico e l'atto di alta amministrazione, Costituzione e ruolo del GA*, in www.giustizaamministrativa.it, 2023.

³⁶ Cfr. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), su cui v. le considerazioni di L.H. POLLAK, *Judicial Power and "The Politics of the People"*, in 72 *Yale L. J.*, 1, 1962, p. 81 ss.; S. H. FRIEDELBAUM, *Baker v. Carr: The New Doctrine of Judicial Intervention and Its Implications for American Federalism*, in 29 *Univ. Chicago L. Rev.*, 4, 1962, p. 673 ss. Per un'analisi del problema dell'atto politico e della sua ingiustiziabilità nell'ordinamento nordamericano, cfr. R. BAKKER-A. W. HERINGA F. STROINK, *Judicial control. Comparative essays on judicial review*, Antwerpen-Apeldoorn, 1995, p. 47 ss.

applicabili che consentano al giudice di pronunciarsi in modo coerente e gestibile; oppure 3) l'impossibilità di decidere la questione senza compiere, in via preliminare, una valutazione di natura politica, riservata alla discrezionalità di organi non giurisdizionali; oppure 4) l'impossibilità per il giudice di affrontare la questione senza ledere il principio di rispetto istituzionale dovuto agli altri poteri dello Stato; oppure

5) l'esistenza di un'esigenza eccezionale di aderire senza riserve a una decisione politica già assunta; oppure 6) il rischio di generare disorientamento e imbarazzo istituzionale a causa di pronunce divergenti provenienti da più organi su un'unica questione³⁷.

In *SFFA v. Harvard*, i giudici di Washington hanno valorizzato l'indice *sub 2*), dal momento che il diritto positivo, secondo la *opinion of Court*, non offrirebbe alcun parametro per valutare l'opportunità delle *affirmative actions* nel settore dell'istruzione superiore. Senonché, l'espansione dell'area dell'atto politico in ragione dell'insussistenza nell'ordinamento di una norma che orienti i poteri discrezionali del giudice è figlia di una concezione farisaica della soggezione del giudice alla legge, di cui agli artt. 101 della Costituzione italiana e VI, par. 2, di quella americana, la quale andrebbe però intesa quale forma di controllo sui criteri utilizzati dal giudice per giungere a quella specifica decisione. Con l'implicazione che la decisione è tanto più socialmente condivisibile quanto più i criteri seguiti dal giudice per giungervi siano passibili di universalizzazione e razionalmente condivisibili, ma non certo che la soggezione del giudice alla legge implichi che questi, in assenza di una specifica disposizione di legge, debba di regola declinare la propria giurisdizione.

4. Le ammissioni universitarie non sono un gioco a somma zero

Tornando al ragionamento condotto dalla Corte Suprema, non convince l'idea, sostenuta dalla Corte, secondo cui gli *affirmative action programs* violano la *equal protection clause* nella misura in cui, riservando un regime di particolare favore per talune categorie, discriminano i soggetti appartenenti alle altre (le c.d. vittime innocenti³⁸), in ragione della scarsità delle risorse disponibili e, segnatamente, dei posti messi a disposizione dalle università. L'argomento prova troppo. Invero, le politiche di *affirmative action* non sono una forma di discriminazione (la quale presupporrebbe altresì uno stigma sociale), bensì una tecnica di

³⁷ Cfr. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), p. 32: 1) *a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department*; or 2) *a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it*; or 3) *the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non-judicial discretion*; or 4) *the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government*; or 5) *an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made*; or 6) *the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question*.

³⁸ In argomento, si rinvia al lavoro monografico di A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, p. 179 ss..

redistribuzione delle opportunità offerte³⁹. Pertanto, la discriminatorietà degli *affirmative action programs* è più apparente che reale, atteso che l'obiettivo perseguito da quest'ultimi è «rimuovere ostacoli di fatto che pregiudicano l'eguaglianza di possibilità⁴⁰»: in quest'ottica, il pregiudizio patito da alcuni individui del gruppo maggioritario diviene «un costo che deve essere pagato per un maggior vantaggio collettivo⁴¹». Non convince, dunque, l'accostamento delle procedure di ammissione universitarie ai giochi a somma zero. Semplificando al massimo, si definisce a somma zero quel particolare gioco non cooperativo in cui l'utilità tratta da un partecipante è uguale alla perdita di un altro. In apparenza le ammissioni alle università possono sembrare un gioco a somma zero, purché si limiti lo scopo di queste ultime alla semplice assegnazione di un numero prefissato di posti. Tuttavia, questa prospettiva non tiene conto che di gioco a somma zero può parlarsi a condizione che tutte le distribuzioni della risorsa abbiano lo stesso valore ovvero non ve ne siano alcune preferibili rispetto alle altre. In altri termini, nei giochi a somma zero non c'è un valore aggiunto nel distribuire la risorsa in un modo piuttosto che in un altro. Qualora una certa distribuzione sia preferibile rispetto alle altre, in ragione dei vantaggi collettivi che apporta, il gioco si definirà a somma diversa da zero. Sostenere che le ammissioni universitarie sono giochi a somma zero significa che la composizione multietnica o meno del corpo studentesco è del tutto indifferente⁴²; ciò, tuttavia, come detto in precedenza⁴³, è smentito dagli studi di settore, i quali dimostrano che gli studenti, insieme all'università stessa, traggono benefici da un ambiente etnicamente e culturalmente differenziato. In altri termini, la Corte Suprema ha affermato che nel caso di specie la prova statistica non è idonea a veicolare un sufficiente grado di persuasività⁴⁴. Vale la

³⁹ M. BARBERA, *La nozione di discriminazione*, in *Nuove leggi civ.*, 1994, p. 46 ss., secondo cui «le azioni positive [...] non sono qualificabili come discriminazioni perché l'impatto sfavorevole che esse possono avere su individui appartenenti al genere tradizionalmente «vincente» non è sintomo né effetto di uno stigma sociale [...], ma è il risultato (in qualche caso eventuale, in qualche altro inevitabile) di una politica di redistribuzione delle opportunità offerte».

⁴⁰ T. TREU, *Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Una importante sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Lav. dir.*, 1988, p. 67.

⁴¹ R. DWORKIN, *Discriminazione alla rovescia*, in *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 300; ID, *Affirmative Action: Is It Fair?* in *J. of Blacks in Higher Education*, 2000, p. 79 ss. Secondo K. MESHELSKI, *Procedural Justice and Affirmative Action*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 2, 2016, p. 425 ss., la *fairness* degli *affirmative action programs* è confermata dal fatto che essi sono compatibili con la giustizia procedurale teorizzata da J. RAWLS, *op. cit.*, p. 99, nella quale i risultati ottenuti sono giudicati giusti o ingiusti a seconda che sia stata seguita o meno la procedura prestabilita per l'assegnazione dell'utilità, mentre le procedure possono essere definite giuste e ingiuste solo alla luce dei risultati, e ciò perché la confutazione della *fairness* delle procedure di valutazione che tengono conto dell'origine etnica dei candidati presuppone l'ingiustizia del risultato ovvero la *diversity* all'interno del corpo studentesco, il quale è comunemente ritenuto desiderabile in una società democratica e multietnica.

⁴² L'idea secondo cui le ammissioni universitarie non siano pienamente accostabile ai giochi a somma zero è tratta dalle considerazioni di D. DOMINGUEZ, *Beyond Zero-Sum Games: Multiculturalism as Enriched Law Training for All Students*, in *J. Legal Education*, 2, 1994, p. 175 ss..

⁴³ V. *supra* nota 25.

⁴⁴ Sul punto, v. in particolare la concurring opinion di Justice Thomas, ove si legge che «Nor do JUSTICE JACKSON's statistics regarding a correlation between levels of health, wealth, and well-being between selected racial groups prove anything. Of

pena osservare che in taluni settori del contenzioso il legislatore italiano ammette eccezionalmente l'assolvimento dell'onere della prova attraverso la *"naked statistic"* (o statistica quantitativa), accontentandosi della credibilità della relazione statistica tra fatto ed evento, senza esigere l'individualizzazione di tale relazione⁴⁵. Si allude alle varie forme di tutela che l'ordinamento appresta contro la tutela discriminatoria, la cui rilevanza sociale, confermata dall'art. 21 della Carta di Nizza, giustifica attenuazioni o riallocazioni del riparto degli oneri probatori. Le norme nazionali che riguardano l'onere della prova dei comportamenti discriminatori sono l'art. 40 del Codice delle Pari Opportunità (d.lgs n. 198 del 2006), in materia di repressione delle discriminazioni di genere, e l'art. 28, comma 4, del d.lgs. n. 150 del 2011, che si applica agli altri casi di discriminazione. Tali disposizioni prevedono che spetti all'autore della condotta discriminatoria provare l'insussistenza della stessa qualora il discriminato fornisca elementi, «desunti anche da dati di carattere statistico», idonei a presumerla. In proposito va rilevato che l'oggetto della prova della discriminazione indiretta, pur potendosi qualificare come fatto collettivo, non consiste solo nell'evento in quanto tale, senz'altro passibile di prova statistica meramente descrittiva, non diversamente da un fatto collettivo come l'aspettativa di vita, ma nella sua causazione, ossia nella dipendenza dell'evento da un comportamento che potrebbe essere senz'altro provato in via indiretta da una statistica, purché questa sia non meramente descrittiva, ma propriamente inferenziale. Si è quindi autorevolmente sostenuto che la disciplina prevede in realtà un'ipotesi di presunzione legale⁴⁶, il cui effetto è quello di invertire l'onere della prova, riallocando sul convenuto il rischio dell'incertezza dell'insussistenza della condotta discriminatoria. In giurisprudenza si precisa che la norma allevia l'onere attoreo rispetto alla regola di cui all'art. 2729 c.c., dal momento che l'art. 40 del Codice delle pari opportunità, non richiede il requisito

course, none of those statistics are capable of drawing a direct causal link between race—rather than socioeconomic status or any other factor—and individual outcomes. So JUSTICE JACKSON supplies the link herself: the legacy of slavery and the nature of inherited wealth. This, she claims, locks blacks into a seemingly perpetual inferior caste. Such a view is irrational; it is an insult to individual achievement and cancerous to young minds seeking to push through barriers, rather than consign themselves to permanent victimhood».

⁴⁵ Sull'assolvimento dell'onere della prova attraverso il ricorso alla statistica quantitativa, inidonea ad informare una presunzione nei termini di cui all'art. 2729 c.c., cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici, Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 196 ss.; ID, *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008, p. 965 ss., spec. 972; B. V. FROSINI, *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano, 2002, p. 65.

⁴⁶ Cfr. M. TARUFFO, *La prova scientifica nel processo civile*, cit., p. 1106; v. anche A. VALLEBONA, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 777 ss., spec. 794; ID, *L'inversione dell'onere della prova nel diritto del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 812 ss.; O. BONARDI – C. MERAVIGLIA, *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in O. BONARDI (a cura di), *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, 2017, p. 351 ss., spec. 357. Per un'analisi delle diverse tesi sostenute in dottrina, v. B. SASSANI, *L'onere della prova*, in *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 735 ss., spec. 738.; I. MAGGIO, *La «prova statistica» nel processo contro le discriminazioni*, in *Resp. civ.*, 2021, p. 1826 ss.; da ultimo, nello stesso senso, E. M. MASTINU, *Iura et leges nella disciplina della prova della discriminazione nel processo civile*, in *Rivista di diritto antidiscriminatorio*, 1, 2025, p. 6.

della “gravità” della presunzione, ma solo che quest’ultima soddisfi i requisiti di precisione e concordanza circa il carattere discriminatorio della condotta tenuta dalla controparte, qualificando perciò la statistica, anche se meramente descrittiva, come attendibile elemento di prova, almeno in astratto, quando siano esplicitate le modalità di rilevazione dei dati e chiare le modalità di presentazione delle informazioni⁴⁷. La circostanza che le ammissioni universitarie non siano un gioco a somma zero trova avallo nei dati di carattere statistico, i quali attestano che un ambiente multietnico e multiculturale produce delle esternalità positive sull’intero gruppo studentesco. Ne consegue che nelle ammissioni universitarie esiste un’allocazione migliore dei posti disponibili rispetto alle altre ovvero quella che mira alla composizione di un corpo studentesco differenziato. Talché, non pare che di gioco a somma zero possa parlarsi. Ancora una volta, il pensiero della Corte, benché mascherato dietro un argomento di carattere logico-matematico, è chiaro: la diversità etnica nei *campus* studenteschi non è (più) un interesse primario da tutelare.

5. Libertà accademica ed *equal protection clause*: un difficile (ma necessario) bilanciamento nell’interesse generale alla diversity

Non trova miglior sorte l’argomento speso dalla Corte a favore dell’incostituzionalità degli *affirmative action programs* basato sul mancato rispetto del «*termination date requirement*» indicato in *Grutter*. Come avvertito dal giudice dissenziente Sotomayor, la sentenza della Corte si basa sull’idea che la disuguaglianza razziale abbia una data di scadenza prevedibile, benché «*equality is an ongoing project in a society where racial inequality persists*»⁴⁸. Peraltro, un’attenta lettura di *Grutter*, conferma che la Corte, in quell’occasione ha semplicemente auspicato che la considerazione dell’appartenenza etnica nelle procedure di ammissione universitarie non sarebbe stata più necessaria per conseguire l’obiettivo della *diversity*. Va da sé che in *Grutter* la Corte non ha imposto una data di scadenza, bensì ha affidato alle università il compito di valutare periodicamente la necessità dei programmi di ammissioni olistici rispetto all’obiettivo del multiculturalismo nel corpo studentesco⁴⁹. Peraltro, la soluzione di rimettere alle università la valutazione della necessità degli *affirmative action programs*, attraverso un continuo lavoro di monitoraggio della composizione etnica del corpo studentesco, ha il merito di bilanciare il rispetto della *equal protection clause* con la libertà accademica – che

⁴⁷ Salvo poi riscontrare facilmente carenze di precisione del dato statistico: v. per es. Cass. 5 giugno 2013, n. 14206, con nota di AMOROSO, *La giurisprudenza di legittimità in tema di discriminazione di genere e pari opportunità*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, p. 1360 ss, spec. 1363, e più di recente cfr. Cass. 15 giugno 2020, n. 11530, in *Dir. rel. ind.*, 2020, p. 1170 ss., con nota di PASQUALETTO, *Dati statistici e prova della discriminazione*.

⁴⁸ S. Sotomayor, *dissenting opinion*, 600 U. S. (2023), 54.

⁴⁹ Cfr. la decisione presa dalla Corte Suprema nel caso *Fisher II*, 579 U. S., (2016) 388, secondo cui le università sono chiamate ad utilizzare «*[their] data to scrutinize the fairness of [their] admissions program[s]; to assess whether changing demographics have undermined the need for a race-conscious policy; and to identify the effects, both positive and negative, of the affirmative-action measures [they] deem necessary*».

ricomprende anche le politiche di ammissione – implicitamente tutelata, secondo i precedenti della Corte, dal primo emendamento⁵⁰. Dunque, la legittimità costituzionale delle politiche di *affirmative action* nel settore dell'istruzione va vagliata non solo rispetto alla *equal protection clause*, bensì anche con riguardo al diritto all'autonomia universitaria, ricompreso nel primo emendamento⁵¹. Tuttavia, non pare che la Corte si sia avveduta di questo delicato bilanciamento e, imponendo un *termination date requirement*, ha esautorato l'autonomia universitaria. L'idea secondo cui tali programmi debbano ad un certo punto cessare, nell'illusione che non siano più necessari per realizzare una società realmente egualitaria, è *colorblind* ovvero volutamente ignora il problema della diversità etnica nel campo dell'istruzione.

A tal proposito, le argomentazioni della maggioranza sono state screditate da Justice Jackson, la quale, con una memorabile metafora dal gusto eufuista, ha osservato nella sua *dissenting opinion* che «*Justice Thomas ignites too many more straw men to list, or fully extinguish, here*». La cecità della maggioranza dinanzi alla questione razziale non ne implicherà il superamento⁵²: al pari dell'elefante rosa nella stanza, non pensare alla questione razziale nel contesto universitario la renderà ancora più importante, finanche ad ostacolare l'adempimento della promessa di uguaglianza contenuta nel Quattordicesimo Emendamento, ritardando il giorno in cui ogni cittadino americano avrà le stesse opportunità di prosperare indipendentemente dall'appartenenza etnica. La Corte Suprema, sconfessando l'attualità della questione razziale nel campo dell'istruzione, ha spazzato via con un colpo di ramazza anni di giurisprudenza e politica integrazionista.

Da tutto quanto s'è detto si trae l'idea per cui la faticosa motivazione addotta nella *opinion of the Court* a sostegno dell'incostituzionalità degli *affirmative action programs* sia il tentativo di mascherare, attraverso l'apparente logicità di un ragionamento giuridico, l'obiettivo politico ad essa sotteso: espiato il peccato originale dell'*apartheid*, le politiche integrazioniste non hanno più ragion d'essere. Pertanto, devono essere rimosse. Inoltre, preoccupa che il ragionamento battuto dalla Corte a favore dell'incostituzionalità degli *affirmative action programs* presenti una certa *vis expansiva*; non è escluso che possa essere esteso ad altri settori, diversi rispetto alla *higher education*, caratterizzati da esigenze di giustizia distributiva. Questa sorta di *hard reset* propugnato dalla Corte continuerà a far parlare di sé e non è escluso che nel dibattito politico americano sarà invocata a fondamento di manipolazioni delle

⁵⁰ Cfr. *Wieman v. Updegraff*, 344 U.S. 183, 195 (1952); *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 250 (1957); *Board of Curators of University of Mo. v. Horowitz*, 435 U.S. 78, 96 (1978); *Regents of University of Michigan v. Ewing* 474 U.S. 214, 225 (1985). In dottrina: C. McCLELLAN, *When Claims Collide: Students for Fair Admissions v. Harvard and When Claims Collide: Students for Fair Admissions v. Harvard and the Meaning of Discrimination*, in 54 *Loyola Univ. Chicago Law. Journal*, p. 1 ss., spec. 34.

⁵¹ Come emerge dalla *opinion* di Justice Powell resa in *Bakke*, cit. p. 311 ss.; che l'ammissibilità degli *affirmative action programs* poggia sul diritto costituzionale all'*academic freedom* è avvertito da D. BELL nella sua brillante (e al limite del farsesco) analisi della *racial justice* negli Stati Uniti, *And We Are Not Save*, 1987, 155; v. anche P. PASSAGLIA, *op. cit.*, p. 50.

⁵² J. Jackson, *dissenting opinion*, 600 U. S. (2023), 26.

politiche sociali adottate nel passato. Non c'è dubbio che le lancette dell'orologio sono state drammaticamente spostate all'indietro.

Guidomaria De Cesare
Dottorando