

*Repliche alla Lettera****Corte Suprema e società in SFFA v. Harvard College*****di Giuseppe Franco Ferrari e Graziella Romeo**

*SFFA v. Harvard College* è l'atteso, o almeno non impreveduto, sbocco di una catena di pronunce in materia di *affirmative actions* che si può far risalire alla prima metà degli anni Novanta, quando la Corte opta per un ampliamento dell'ambito soggettivo di applicazione dello scrutinio stretto sulle misure *race-conscious*, così da includervi anche quelle adottate a vantaggio delle minoranze.

Ora il progressivo consolidarsi di una maggioranza stabile, assicurata dalle nomine della Presidenza Trump, e non più condizionata, almeno a partire dalle dimissioni di *Justice Kennedy* nel 2018, a *swinging casting votes*, ha fatto emergere in forma sintetica, quasi distillata, una linea in buona parte ricavabile da precedenti statuizioni in materia razziale, non solo in campo scolastico. Ciò che la maggioranza oggi tenta di garantire è una discutibile compattezza di indirizzo. È verosimile che questa posizione giurisprudenziale sia destinata a restare intatta per lungo tempo, marcando un'era, come prima *Plessy, Brown e Bakke*, magari in modo meno iconico e oracolare. La società americana è d'altronde molto diversa da quella del tempo dei tre classici che hanno governato la materia: molto più articolata ma anche radicalizzata, ondivaga ed esposta ad informazione faziosa e deviata, paradossalmente ancora più difficile da convincere a seguire la *leadership* della Corte, nella quale l'opinione pubblica ha, secondo recenti sondaggi, sempre minor fiducia. Di qui una pronuncia che, fedele a un indirizzo metodologico caro a questa maggioranza, cerca radici nel passato giurisprudenziale, ma esprime la sua carica ideologica in negativo, quindi caducando pratiche diffuse in nome di principi presentati dalla maggioranza come già presenti ed anzi di ovvia chiarezza; a differenza che nei casi precedenti, non detta però linee di condotta *prospective*, magari da sviluppare nel tempo. Naturalmente la pronuncia si candida a precedente, ma si presta – per l'articolazione delle considerazioni pratiche di cui è intrisa – a essere impiegata e interpretata essenzialmente come la fine dell'ambiguità della Corte Suprema in tema di azioni affermative, più che come il manuale di istruzioni su come apprezzare la costituzionalità di strumenti di questo tipo.

Il *reasoning*, al di là delle sei opinioni separate (oltre a quella di maggioranza, si contano due dissenzienti e tre concorrenti) che sfrangano il pensiero del collegio, viene formulato in termini studiatamente semplici.

Anzi tutto, la catena dei precedenti viene offerta come coerente e radicata: spesso argomenti ricavati da pronunce vicine all'accezione sostanziale del principio di eguaglianza vengono funzionalizzati a conclusioni opposte. Così, l'affermazione "[t]he guarantee of equal protection cannot mean one thing when applied to one individual and something else when applied to a person

of another color” di *Regents of Univ. of Cal. v. Bakke* è richiamata assieme ad analoghe statuizioni di *Adarand Constructors v. Peña* (1995) e *Grutter v. Bollinger* (2003) per dimostrare il radicamento dell’interpretazione del principio di eguaglianza nel senso della neutralità delle scelte governative. *In nuce*, la Corte esprime preferenza per una interpretazione del principio di eguaglianza nel senso della perfetta indifferenza rispetto a ogni forma di distinzione. È un’operazione concettuale e teorica che allontana questa Corte Suprema dalla giurisprudenza europeo-continentale e dal prevalente sentire della dottrina, da sempre preoccupate di evidenziare come la discriminazione possa essere apprezzata soltanto a partire da una valutazione delle circostanze di fatto nell’ambito delle quali un’astratta eguaglianza è esercitata.

In secondo luogo, elementi circostanziali vengono impiegati per supportare la scelta di base: così ad esempio l’incertezza dei contorni dei gruppi etnici (mediorientali, asiatici del vicino e del lontano Oriente), la difficoltà di parametrare il successo delle politiche *affirmative* a qualche dato di riferimento (i risultati dell’anno prima o la composizione della comunità di riferimento, ma di quale ambito?), l’aspirazione degli atenei ad avere spazi valutativi pragmatici e di buon senso, sulla base dell’esperienza.

Vero è che l’attenzione al rapporto tra norma e fatto è patrimonio comune al controllo di costituzionalità non solo statunitense e, pure, che molti costituzionalisti americani, prima tra tutti Mary Ann Glendon, invocano da tempo il ricorso a tecniche interpretative più vicine a quelle europee. Ma nella giurisprudenza americana è classica la combinazione di senso comune e faro dei principi. Solo che qui se siffatti principi non scompaiono, passano almeno in secondo piano. Dal punto di vista ideologico la maggioranza avrebbe potuto, su un piano discorsivo più alto, criticare la possibile balcanizzazione derivante dalla lamentata ambiguità del ricorso ai gruppi etnici, ma si è fermata un momento prima. Questa operazione argomentativa avrebbe ricavato qualche spazio per una modulazione dello scrutinio, come peraltro è frequente per la Corte tutte le volte in cui la decisione si misura con l’applicazione di un provvedimento a circostanze complesse o rispetto alle quali non si dispone di sicuri ancoraggi a dati di fatto incontrovertibili.

In alternativa, la Corte avrebbe potuto, come nel caso *Brown*, utilizzare materiali non giuridici, reperibili in direzioni diverse, per irrobustire il risultato. Ha preferito invece, in questa angolazione, considerazioni più pratiche, anch’esse peraltro controvertibili. Si intravede in questa scelta argomentativa la mano del *Chief Justice* Roberts, redattore dell’*opinion* di maggioranza, sempre ispirato da un minimalismo pragmatico e, dunque, attento a evitare ogni prospettazione teorica che interroghi il significato ultimo dei principi e dei valori costituzionali. Come in altre occasioni, Roberts preferisce affrontare questioni di costituzionalità anche complesse scomponendole in una serie di passaggi argomentativi ove rimane centrale una preoccupazione di tipo pratico. Così, il programma universitario destinato a garantire l’accesso a minoranze razziali deve essere misurato in termini di efficacia degli obiettivi in qualche modo misurabili da una corte.

In questo quadro, poco spazio resta, dunque, per un’analisi storico-evolutiva del principio di eguaglianza nel diritto costituzionale contemporaneo, peraltro probabilmente non proprio nelle corde dei *Justices* di oggi, a differenza che in quelle di Field, Harlan, Fuller, Frankfurter e da ultimo Stewart.

L'argomento centrale su cui la Corte fa perno è in sostanza quello dell'uso negativo del fattore razziale: viene concepito e impiegato come mero stereotipo, non è usato in vista di "sufficiently focused and measurable objectives", assume quindi una valenza meramente negativa per sfuggire allo scrutinio severo e non assolve ad una funzione plausibile. Qui il Collegio impiega i precedenti piegandoli alla sua tesi e dichiarando che, per un verso, le ammissioni *race-based* nei college universitari sono sempre state oggetto di scrutinio stretto e che, per l'altro, le *affirmative actions* sono state concepite come strumento momentaneo; un fenomeno, insomma, che "must—at somepoint—end", una volta che un certo livello di integrazione razziale sia stato raggiunto.

Così, il *dictum* probabilmente destinato nelle intenzioni della Corte ad eguagliare in celebrità, se non in efficacia, i classici "the Constitution is color-blind" o "we cannot turn the clock back to 1868" è "Nation's constitutional history does not tolerate".

Mancano indicazioni testuali della volontà di utilizzare il celebre test *ends/means*, ma a ben guardare la pronuncia sembra farne uso in diversi passaggi. In questo contesto, le finalità dell'uso del parametro razziale non sono chiare, al di là di una possibile superficiale immagine esterna di multirazzialità; neppure ne sono identificabili con certezza gli effetti concreti; gli strumenti valutativi applicati in complessi procedimenti bi- o tri-fasici sono vaghi e imprecisi; l'insieme dei meccanismi selettivi è in certo modo insoddisfacente sul piano della certezza del diritto.

L'impressione complessiva è che la Corte prosegua sulla strada di negare che sia compito del diritto pubblico e forse anche della Costituzione stessa quello di fornire risposte alle esigenze complesse della società americana, non destinate a semplificarsi o a giungere a soluzione spontanea.