

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 2/2016

Data di pubblicazione: 31 luglio 2016

Affirmative actions nella higher education, Fisher v. University of Texas, 579 U.S. (2016): una sentenza con qualche ambiguità di fondo.

di

Matteo Monti*

La lunga storia delle *affirmative actions* negli Stati Uniti passa per questa sentenza¹ emessa da una Corte in composizione ridotta che (non) cerca di risolvere la *vexata quaestio* della *race neutrality*. La categoria delle *affirmative actions* negli Stati Uniti², nei vari ambiti in cui si applica (dagli appalti, alle assunzioni etc.), è da sempre legata al tema delle minoranze (in particolare a quella Afroamericana, ma più recentemente anche a quella ispanica): ad oggi, però, dopo una serie di pronunce³, sembra entrata in una fase di crisi.

La disciplina si sviluppa dai primi anni '60 e dopo la sentenza *Brown*: dalla concezione della *equality-as-opportunity theory* – come strumento negativo contro le discriminazioni - si passa alla *equality-as-result theory* (inerente la necessità di

* Dottorando in Diritto Costituzionale - Dottorato in scienze giuridiche dell'Università di Modena e Reggio Emilia in convenzione con l'Università di Parma.

¹ *Fisher v. University of Texas*, 579 U.S. (2016).

² Cfr. A.D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002; P.FAEDDA, *In nome del colore. Per una storia tra società multiculturale e riconoscimento dei diritti negli USA*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2, 2010, 445.

³ Cfr. A.D'ALOIA, *L'eredità di Brown. La Costituzione Americana e la lotta contro la discriminazione razziale*, in *Federalismi.it*, 2016. Fra le sentenze che ridimensionano le *affirmative actions* in particolare si possono ricordare a titolo esemplificativo: in materia di appalti pubblici, *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989) e *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995); in materia di voto, *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. (2013); e infine la *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 134 S. Ct. 1623 (2014), che rimarca come uno stato sia libero di proibire le *affirmative actions*.

promozione dell'uguaglianza non solo formale ma anche sostanziale⁴), che si concretizza in importanti interventi legislativi e amministrativi. La formulazione delle *affirmative actions*⁵ è stata giustificata secondo diverse esigenze: quella risarcitoria-rimediale a seguito del passato regime segregazionista⁶, quella di una generale "redistribuzione" sganciata dalla logica storica⁷ e quella di conseguire determinati benefici sociali⁸ (in termini di tensione razziale, migliori servizi per le *minorities*, diversità culturale etc.). Le opposizioni alle *affirmative actions* derivano invece dalle teorie della *Color-blind Constitution*⁹, secondo le quali non è possibile derogare al principio di uguaglianza utilizzando il criterio della razza, anche se per perseguire fini di uguaglianza sostanziale. Il dibattito in dottrina è vivace e articolato, ma anche nella giurisprudenza della Corte Suprema si assiste a uno scontro ugualmente vivo, come si avrà modo di constatare anche nella decisione in oggetto.

⁴ Cfr. M.ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991. Anche in M.ROSENFELD, *Affirmative Action, Justice, and Equalities: A Philosophical and Constitutional Appraisal*, in *Ohio State Law Journal*, vol.46, n.4, 1985, 845.

⁵ Cfr. M.S.MOSES, *Moral and instrumental rationales for affirmative action in five national contexts*, in *Educational Researcher*, vol.39, n.3, 2010, 211. Cfr. A.D'ALLOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale*, cit., p. 156-190.

⁶ *Ex pluribus* cfr. A.GOLDMAN, *Justice and reverse discrimination*, New York, Princeton Univ. Press, 1979. Cfr. E.ANDERSON, *Integration, affirmative actions, and strict scrutiny*, in *N.Y.Uni. L. rev.*, vol.77, 1195, p. 1196; R.J.FISCUS, *The constitutional logic of affirmative action*, Durham, Duke University Press, 1992.

⁷ *Ex pluribus* cfr. M.ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice* cit.; I.M.YOUNG, *Justice and the politics of difference*, Princeton, Princeton Univ.Press, 1990.

⁸ *Ex pluribus* R.DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982. *Contra*, chi ritiene che i *benefits* per le minoranze legati alle *affirmative actions* siano sopravvalutati: R.H.SANDER, *A Systemic Analysis of Affirmative Action in American Law Schools*, in *Stan. L. Rev.*, vol.57, 2004, 476.

⁹ *Ex pluribus* cfr. L.H.NEWTON, *Reverse Discrimination as unjustified*, in *Ethics*, vol.83, n.4, 1973, 308. Cfr. per le teorie dei giudici Scalia e Thomas: M.B.RAPPAPORT, *Originalism and the Colorblind Constitution*, in *Notre Dame L. Rev.*, vol.89, 2013, 71. Cfr. in generale per i *rationales* contro l'uso di *affirmative actions* M.S.MOSES, *Embracing Race: Why We Need Race-Conscious Education Policy*. NY, Teachers College Press, 2002.

La sentenza in esame si colloca in un percorso giurisprudenziale non facilmente interpretabile¹⁰, nel quale la Corte Suprema non dà sempre una chiara soluzione alla costituzionalità o alla necessità costituzionale delle *affirmative actions* nell'ambito della *higher education*. Dalla giurisprudenza della Corte sembra tuttavia possibile estrapolare alcune linee di evoluzione.

Nella sentenza *Regents of the University of California v. Bakke*¹¹, la Corte Suprema si era confrontata con un sistema di "quote" riservate agli studenti appartenenti alle minoranze etniche: in un sistema universitario a numero chiuso questo limitava l'accesso a studenti con voti più alti, ma appartenenti alla maggioranza bianca¹². La questione rilevava in relazione al contrasto fra un sistema di quote e la *Equal Protection Clause* del XIV Em. La sentenza *Bakke* è connotata da un insieme di opinioni concorrenti e dissenzienti, che la rendono di difficile interpretabilità. Il Justice Powell sembra tuttavia tracciare alcune linee di tendenza¹³ in relazione alle *affirmative actions*: sono incostituzionali quote specificatamente riservate alle minoranze; sono invece consentiti criteri di selezione che possano prendere in considerazione la razza dello studente, questi devono tuttavia essere valutati in base allo *strict scrutiny*, e quindi applicabili solo in presenza di un *compelling interest*. Secondo l'impianto argomentativo del Justice Powell, la possibilità di intraprendere *affirmative actions* risponderebbe alla libertà, garantita alle Università dal Primo Emendamento, di selezionare il proprio *student body*, al fine di ottenere un proficuo e diversificato ambiente accademico.

¹⁰ A.D'ALOIA, *L'eredità di Brown.*, cit., p. 12.

¹¹ *Regents of the University of California v. Bakke* 438 U.S. 265 (1978).

¹² La questione della legittimità delle quote era già stata oggetto di impugnazione nel caso *DeFunis v. Odegaard* nel 1974, ma la Corte aveva "congelato" il ricorso per tre anni (A.D'ALOIA, *L'eredità di Brown.*, cit., p. 10). Nel mentre era cessata la materia del contendere (avendo lo studente vinto l'ammissione l'anno dopo) e la Corte aveva potuto "decidere di non decidere".

¹³ AA.VV., *Comparative equality and anti-discrimination law: cases, codes, constitutions, and commentary*, New York, Thomson Reuters/Foundation Press, 2012, p. 303.

La sentenza tuttavia sembra dotata di una forza persuasiva molto debole, dato che il Quinto Circuito nel 1996 proibisce qualsiasi utilizzo della razza nelle procedure di valutazione di accesso alle Università (*Hopwood v. Texas*, 78 F.3d 932 (5th Cir. 1996)).

Dopo 25 anni dalla sentenza *Bakke* una nuova *quaestio* è approdata davanti alla Corte Suprema: si tratta di due casi inerenti le procedure di ammissione al College e alla Law School dell'Università del Michigan. Nella prima (*Gratz v. Bollinger*¹⁴) la Corte ritiene incostituzionale la procedura che nella valutazione comparativa dei candidati assegna 20 punti di diritto (su 150) ai membri delle minoranze sottorappresentate: la soluzione non è *narrowly tailored*, e non supera lo *strict scrutiny test* (si tratta infatti di un meccanismo di automatismo simile a quello delle quote). La seconda invece (*Grutter v. Bollinger*¹⁵) riguarda la possibilità di utilizzare nella selezione degli studenti il fattore razziale, fra altri: non si tratta della costituzione di quote riservate. La Corte Suprema ritiene costituzionalmente legittima la procedura in ragione del *compelling interest* delle Università ad avere un *diverse student body* e una rappresentanza razziale delle minoranze senza addivenire a un sistema di quote, ma vi pone un limite temporale: le *affirmative actions* non devono essere più prolungate di quanto il *compelling interest* richieda. Il Justice O'Connor auspica («we expect») quindi che decorsi 25 anni non ci sia più bisogno di questa restrizione del principio di uguaglianza. Al contrario il Justice Thomas – nella sua *opinion* - sembra leggere il limite temporale come un parametro vincolante («will be illegal in 25 years»). In questa sentenza del 2003 sembra ancora trovarsi la giustificazione delle

¹⁴ *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

¹⁵ *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003). Cfr. P.PASSAGLIA, *Discriminazione razziale ed autonomia universitaria: la rivincita degli Affirmative Action programs nel settore dell'istruzione*, in *Foro It.*, pt.4, fasc.1, 2004, 159.

affirmative actions come “risarcimento” per la segregazione razziale, piuttosto che come strumento di promozione dell’uguaglianza sostanziale¹⁶.

Questi i precedenti della Corte. Con la sentenza *Fisher v. University of Texas* la Corte sembra consacrare la costituzionalità delle *affirmative actions* nella *higher education*.

La prima sentenza (d’ora in poi *Fisher I*) è del 2013¹⁷: due ragazze bianche lamentano la violazione del XIV Em. nella procedura di ammissione della University of Texas. L’Università del Texas ha sviluppato un peculiare sistema per garantire un inserimento delle minoranze all’interno delle *higher education*. Un numero di ammessi ricompreso fra il 75 e l’81% è selezionato mediante il *Top Ten Percent Plan* (TTPP), ossia mediante l’accesso degli studenti diplomati nella «top 10% of their class at high schools». La restante percentuale di studenti viene selezionata mediante un test – introdotto dopo la sentenza *Grutter* - che tiene conto, fra vari parametri, anche della razza. Le due ragazze si sentono quindi discriminate da quest’ultima procedura (non essendo rientrate nel TTPP). La Corte distrettuale e il Quinto Circuito confermano la costituzionalità della procedura di selezione rispetto ai precedenti della Corte Suprema.

La Corte Suprema con un giudizio di 7-1 (il Justice Kagan si ricusa) per mano del Justice Kennedy ritiene che le corti inferiori non abbiano applicato correttamente lo *strict scrutiny*, rimandando il caso al Quinto Circuito. La Corte esplicita il *test* necessario per valutare la costituzionalità delle *affirmative actions*

¹⁶ Cfr. in generale J.V.WINTERMUTE, *Remedying Race-Based Decision-Making: Reclaiming the Remedial Focus of Affirmative Action after Fisher v. University of Texas at Austin*, in *Seton Hall L. Rev.*, vol.44, 2014, 557.

¹⁷ *Fisher v. University of Texas*, 570 U.S. (2013). Fra i commentatori: *ex pluribus* B.S.BAUM, *Searching for Race-Neutral Alternatives: The College and University Amicus Briefs in Fisher v. University of Texas*, in *J.C.&U.L.*, vol.41, 2015, 237. E.S.NELSON, *Reading Between the Blurred Lines of Fisher v. University of Texas*, in *Val.U.L.Rev.*, vol.48, 2014, 519. J.A.POWELL, S.MENENDIAN, *Fisher V. Texas: The Limits of Exhaustion and the Future of Race-Conscious University Admissions*, in *Mich.J.L.Reform*, vol.47, 2014, 899.

nella *higher education*: esso è costituito dalla valutazione mediante *strict scrutiny*, connotato da una certa *deference* per i fini e le valutazioni compiute dalle Università sulla selezione dello *student body* e sugli «educational benefits of diversity» (i *compelling interests*), ma con un'attenta valutazione (e nessuna *deference*) sulle modalità con cui questi fini sono perseguiti (questi devono essere *narrowly tailored* e non ottenibili con «workable race-neutral alternatives»¹⁸). Il giudice Kennedy riprende dunque l'argomento powelliano dell'interesse dell'università e non quello "rimediale" nei confronti del passato segregazionista¹⁹.

La Corte rileva quindi che l'Università ha facoltà (e discrezionalità) di valutare la «“critical mass” of minority students» per garantire gli *educational benefits*, ma ha l'onere di provare sotto l'attenta visione delle Corti l'impossibilità di soluzioni alternative. Nel caso di specie, secondo la Corte, i giudici federali avevano fornito adeguata *deference* alle valutazioni finalistiche dell'Università, ma non avevano verificato adeguatamente che la procedura fosse *narrowly tailored*²⁰. È interessante come il Justice concluda rimarcando che «Strict scrutiny must not be 'strict in theory, but fatal in fact,' (..) But the opposite is also true. Strict scrutiny must not be strict in theory but feeble in fact»²¹.

La sentenza è accompagnata da una decisa *concurring opinion* del Justice Thomas, il giudice Afro-americano della Corte (di nomina repubblicana), che rivendica come le *affirmative actions* siano palesemente contrarie all'*Equal Protection Clause*. Il Justice rileva come la sentenza *Grutter* si discosti dai precedenti, prevedendo una *deference* verso il *compelling interest* delle Università, e come il *rationale* degli *educational benefits* fosse posto anche alla base della

¹⁸ Per alcuni si tratterebbe della necessità di una vera forma di *narrow tailoring* che la *Grutter* non prevedeva, in quanto quest'ultima attenuava la necessità di completa assenza di soluzioni alternative, restringendo quindi l'attenzione nello scrutinio. J.A.POWELL, S.MENENDIAN, *cit.*, p. 908-909.

¹⁹ *Fisher I, Opinion of The Court*, p. 6.

²⁰ *Idem*, p. 10-12.

²¹ *Idem*, p. 13.

separate but equal doctrine nelle scuole. Memore della pericolosità della legittimazione di questi argomenti, il Justice ritiene incostituzionale qualsiasi selezione razziale nelle Scuole. Ugualmente il Justice contesta gli stessi *benefits* che verrebbero alla comunità nera da questi meccanismi²² e evidenzia, in relazione al carattere temporale delle misure, che i principi supremi come l'uguaglianza non possono essere mai derogati (essendo stato anche questo un *rational* usato dai segregazionisti²³). Non sussiste quindi nessun *compelling interest*: «The worst forms of racial discrimination in this Nation have always been accompanied by straight-faced representations that discrimination helped minorities»²⁴.

L'unica *dissenting opinion* è invece del Justice Ginsburg (di nomina democratica) che non ritiene necessaria una seconda statuizione, avallando la *deference* delle Corti inferiori anche rispetto alla valutazione del *narrow tailoring*.

Il 15 luglio 2014 il Quinto Circuito riconferma la sua precedente statuizione. La questione viene nuovamente portata davanti alla Corte Suprema. La decisione è presa da una Corte in composizione ridotta (7 membri, stante la morte del Justice Scalia e la ricusazione del Justice Kagan)²⁵. Il blocco progressista (Breyer, Ginsburg, Sotomayor) appoggia la decisione del Justice Kennedy, presa 4-3 (d'ora in poi *Fisher II*).

In primo luogo la Corte riafferma i principi sottesi al test – pienamente sviluppato dalla sentenza *Fisher I* - per valutare la costituzionalità delle *affirmative actions* nell'ambito del sistema universitario pubblico: 1. lo *strict scrutiny*; 2. una sorta di *deference* rispetto ai fini che le Università si prefiggono nell'utilizzo delle *affirmative actions*, in particolare rispetto alla necessità di avere

²² *Fisher I*, Thomas, Concurring opinion, p. 9.

²³ *Idem*, p. 12 e p. 18.

²⁴ *Idem*, p. 14.

²⁵ *Fisher v. University of Texas*, 579 U.S. (2016).

uno *student body* multirazziale; 3. un'attenta valutazione delle procedure mediante le quali questa selezione possa avvenire, ossia che essa sia *narrowly tailored* al *compelling interest*: l'Università ha l'onere di provare che le «“race neutral alternatives” that are both “available” and “workable” “do not suffice.”»²⁶. La Corte ritiene soddisfatti i suddetti principi, ritenendo non verificabile il contributo che il TTPP giochi sulla *diversity*²⁷. In primo luogo, la Corte giudica infondato il ricorso circa una mancanza di individuazione della *critical mass* necessaria, non essendo la *diversity* questione di numeri ma di perseguimento di determinati fini («the destruction of stereotypes, the “promot[ion of] cross racial understanding,” “the preparation of a student body “ ‘for an increasingly diverse workforce and society,’” and the “cultivat[ion of] a set of leaders with legitimacy in the eyes of the citizenry.”»²⁸), che la Corte non indaga in quanto sottesi a una certa *deference* dovuta alle Università e legati al *compelling interest* che la stessa Università ha sviluppato. In secondo luogo, viene rigettato anche il ricorso secondo cui questi obiettivi siano già stati ottenuti nel periodo di vigenza della normativa, essendo anche questa una valutazione che la Corte non ammette di svolgere, sempre in virtù della *deference* nei confronti delle statuizioni delle Università. Il fatto poi che l'utilizzo della razza sia criterio riservato solo ad un numero limitato di ammissioni è sintomatico, per la Corte, della sussistenza del *narrow tailoring*. In terzo luogo, la Corte ritiene da respingere anche l'obiezione che possano esistere altri strumenti meno invasivi per ottenere il risultato. Quindi la disciplina di ammissioni dell'Università del Texas è dichiarata costituzionalmente legittima, nei principi sottesi al *compelling interest* (in cui è evidente la *deference* della Corte) e nel controllo del *narrow tailoring*.

²⁶ *Fisher II*, Opinion of the Court, p. 8.

²⁷ *Idem*, p. 9.

²⁸ *Idem*, p. 12.

Infine la Corte ritiene l'Università obbligata a svolgere un'attenta analisi delle evoluzioni dei dati, di modo che le *affirmative actions* non siano mantenute più del necessario: la prospettiva sembra cambiata rispetto a quella della sentenza *Grutter* in cui sembrava aversi avuto un *revival* dell'argomento "rimediale" nel salvare temporalmente le *affirmative actions*. Con la *Fisher II*, il vincolo temporale sembra infatti trasformarsi da vincolo definitivo delle *affirmative actions* in generale a vincolo contingente delle singole *affirmative actions*, ossia alla necessità che esse sussistano finché necessarie.

Una corposa e attenta *dissenting opinion* è scritta dal Justice Alito, e raccoglie il consenso dei Justices Thomas e Roberts. La *dissenting opinion* si concentra soprattutto sulla distorsione dello strumento dello *strict scrutiny* nella decisione in oggetto: «irreconcilable with strict scrutiny»²⁹, come scrive il giudice Thomas. Secondo il giudice Alito l'Università non avrebbe adempiuto all'onere di provare specificatamente il *compelling interest*, limitandosi a dichiarazioni eccessivamente vaghe, e soprattutto non avrebbe dimostrato il *narrow tailoring*. In particolare, la *dissenting* evidenzia come l'eliminazione dei pregiudizi et cetera (come sopra riportati) sono «laudable goals, but they are not concrete or precise, and they offer no limiting principle for the use of racial preferences»³⁰, e che anzi sembrerebbero più prossimi alla necessità di una mera rappresentanza razziale, la quale non potrebbe giustificare una *racial discrimination* verso gli *asian-americans* e i *white*. Insomma in un'attenta analisi dei dati e delle argomentazioni della Corte la *dissenting* evidenzia come si contraddica l'adagio secondo cui le «racial classifications are "a highly suspect tool,"»³¹ e che questo è ancor più grave data la mancanza di dati sulla capacità del TTPP (un *race neutral plan*) di integrare la diversità (con conseguente svilimento dell'analisi sulla *narrow tailoring*).

²⁹ *Fisher II*, Thomas, Dissenting opinion, p. 1.

³⁰ *Fisher II*, Alito, Dissenting opinion, p. 15.

³¹ Idem, p. 42.

La *dissenting opinion* pare dunque non mettere in dubbio il principio delle *affirmative actions*, ma contestare l'insussistenza della *narrow tailoring* e del *compelling interest*.

La sentenza *Fisher II* dimostra che le *affirmative actions* basate sul dato razziale continuano a sopravvivere nell'ambito della *higher education*, al contrario che in altri ambiti. Questo è certamente dovuto alla costruzione dell'interesse delle Università (protetto dal Primo Emendamento) allo sviluppo di *educational benefits* e, soprattutto, alla formazione di uno *student body* che possa essere misto: la fortunata costruzione del Justice Powell ha permesso a questa particolare forma di *affirmative action* di sopravvivere nella *higher education*³². Questa stessa costruzione sembra aver potuto dissociare, come evidente nella sentenza *Fisher II*, le *affirmative actions* da quella logica "rimediale" che, a 60 anni dalla sentenza *Brown* e con un presidente nero, avrebbe avvalorato il limite temporale delle stesse, come riproposto dalla *Grutter*. Il merito della *Fisher II* è sicuramente quello di sancire definitivamente quale debba essere il *test*

³² La questione sembra innegabilmente legata alla maggior "autonomia" garantita alle Università rispetto all'istruzione "inferiore". In particolare nella sentenza *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007) la Corte, censurando uno *student assignment plan* nelle *oversubscribed schools* che tenesse conto del carattere razziale, concede *minor deference* agli *School Districts* sia sulla specificazione del *compelling interest* che sul *narrowly tailoring*. Il *favor* per la *higher education* sembra evidente nella *opinion* del giudice Roberts: benché infatti la giurisprudenza in tema di *affirmative actions* nella *higher education* abbia forte rilevanza nella sentenza, a livello di principi, il giudice rileva che «In upholding the admissions plan in *Grutter*, though, this Court relied upon considerations unique to institutions of higher education, noting that in light of "the expansive freedoms of speech and thought associated with the university environment, universities occupy a special niche in our constitutional tradition." 539 U. S., at 329. See also *Bakke*, *supra*, at 312, 313 (opinion of Powell, J.). The Court explained that "[c]ontext matters" in applying strict scrutiny, and repeatedly noted that it was addressing the use of race "in the context of higher education." *Grutter*, *supra*, at 327, 328, 334. The Court in *Grutter* expressly articulated key limitations on its holding—defining a specific type of broad-based diversity and noting the unique context of higher education». (*Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007), Opinion of the Court, p. 16)

necessario al controllo di costituzionalità delle *affirmative actions* nell'Università. Un limite può invece essere individuato, come ben chiarito dal Justice Alito, nel fatto che l'applicazione del test non sembra pienamente coerente rispetto alla sua enunciazione, in particolare nella vaghezza del *compelling interest* e nella scarsa giustificazione dell'assenza di soluzioni alternative.

Nel caso concreto, infatti, può sorgere qualche dubbio sull'opportunità di applicazione delle *affirmative actions*. La disciplina del TTPP³³ sembra idonea a superare i problemi di segregazione economica e razziale ancora presenti: anche gli studenti delle *high school* periferiche (alcune a forte maggioranza – se non prevalenza pressoché totale - nera e ispanica) accedono alle Università pubbliche. La soluzione sviluppata dal Legislatore texano permetteva sia di salvarsi dall'applicazione della *Hopwood* sia di garantire una *diversity* senza addivenire a forme di discriminazione razziale, oltre che ovviamente valorizzare i licei periferici rispetto agli esclusivi licei (soprattutto bianchi) delle zone abbienti. Tale procedura di selezione incontra il favore del giudice Thomas³⁴ e lo scetticismo del giudice Ginsburg ³⁵. Nella *Fisher II* la Corte evidenzia invece come tale meccanismo rischi di escludere studenti dotati di determinate "potenzialità" (gli atleti o i musicisti)³⁶ non garantendo la diversità del corpo studentesco. In relazione a queste ultime osservazioni rileva tuttavia l'acuta critica del Justice Alito: l'Università è consapevole che questo meccanismo selezioni candidati provenienti da scuole povere e tendenzialmente frequentate da soli neri o ispanici, ma «UT asserted a need for

³³ Cfr. per alcuni riferimenti iniziali D.HOLLEY, D.SPENCER, *The Texas Ten Percent Plan*, in *Harv.Civ.Rights-Civ. Liberties Law Rev*, vol.34, 1999, p 263.

³⁴ *Fisher I*, Thomas, Concurring opinion, p. 20.

³⁵ Il Justice con ironia rileva che il TTPP non è *color blind*, partendo dal dato che i licei sono talvolta ghetti per le minoranze: «only an ostrich could regard the supposedly neutral [ten-percent plan] as race unconscious». *Fisher I*, Ginsburg, Dissenting opinion, p. 9. Il punto è tuttavia il dato formale, la TTPP non prende in considerazione il dato razziale, nessun contrasto con il XIV Em. è quindi previsto.

³⁶ *Fisher II*, Opinion of the Court, p. 17.

more AfricanAmerican and Hispanic students from privileged backgrounds», «Thus, the Top Ten Percent Law is faulted for admitting the wrong kind of AfricanAmerican and Hispanic students»³⁷. Insomma il giudice Alito evidenzia come la procedura alternativa al TTPP, nella quale criterio discriminante è la razza, serva a selezionare i neri e gli ispanici provenienti dalle upper-classes e da licei centrali nei quali non sono riusciti a rientrare nella Top Ten³⁸: questo servirebbe perché le minoranze provenienti dai licei marginali sarebbero «more homogenous, less dynamic, and more undesirably stereotypical»³⁹. Il discorso assume prospettive inquietanti e come conclude il Justice Alito «Now we are told that a program that tends to admit poor and disadvantaged minority students is inadequate because it does not work to the advantage of those who are more fortunate. This is affirmative action gone wild»⁴⁰. Insomma se le *affirmative actions* nascevano per aiutare le minoranze svantaggiate e povere, forse nel caso di specie la discriminazione razziale poteva risultare non *narrowly tailored*: sorge qualche dubbio del perché privilegiare così i membri delle minoranze appartenenti alle classi più abbienti, anche rispetto per esempio al ragazzo bianco/asiatico (non entrato dalla top ten) proveniente dalla *working class*⁴¹ o alla ragazza bianca/asiatica, come le ricorrenti nel caso *Grutter* e nel caso *Fisher*, considerata la fortissima discriminazione di genere, anche storicamente presente verso le donne.

³⁷ *Fisher II*, Alito, Dissenting opinion, p. 29-30.

³⁸ «The Fifth Circuit embraced this argument on remand, endorsing UT's claimed need to enroll minorities from "highperforming," "majoritywhite" high schools (..) According to the Fifth Circuit, these more privileged minorities "bring a perspective not captured by" students admitted under the Top Ten Percent Law, who often come "from highly segregated, underfunded, and underperforming schools." For instance, the court determined, privileged minorities "can enrich the diversity of the student body in distinct ways"». Idem, p. 30.

³⁹ «In effect, UT asks the Court "to assume" – without any evidence – "that minorities admitted under the Top Ten Percent Law . . . are somehow more homogenous, less dynamic, and more undesirably stereotypical than those admitted under holistic review."» Idem, p. 32.

⁴⁰ Idem, p. 32.

⁴¹ In tema l'accesa critica di L.A.GRAGLIA, *Fisher v. University of Texas: Race Preference in University Admissions Survives Another Round*, in *U.S.F.L.Rev.*, vol.48, 2014, 273, p. 275. Cfr. R.D.KAHLENBERG, *Class-based affirmative action*, in *California Law Rev.*, vol.84, n.4, 1996, 1037.

L'altra osservazione necessaria da svolgere è – ancora – la mancanza di un'analisi di ampio respiro sulle *affirmative actions* che ne affermi una necessità costituzionale. La sussistenza delle *affirmative actions* è ancora rimessa alla discrezionalità delle Università. La sentenza è completamente in linea con la precedente *Schuette*⁴² che ha stabilito che gli elettori del Michigan hanno diritto a modificare la propria costituzione nazionale inserendovi una clausola tesa a vietare qualsiasi tipo di discriminazione razziale (comprese le *affirmative actions*), soprattutto nell'ambito della *higher education* (trattandosi di una reazione alla sentenza *Grutter*).

⁴² *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 134 S. Ct. 1623 (2014). Cfr. L.MCNEAL, *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action: The Majority's Tyranny Toward Unequal Educational Opportunity*, in *St.LouisU.L.J.*, vol.59, 2015, 385; D.B.OPPENHEIMER, *Color-Blindness, Racism-Blindness, and Racism-Awareness: Revisiting Judge Henderson's Proposition 209 Decision*, in *Berkeley J. Afr.-Am. L. & Pol'y*, vol.13, 2011, 229.