

Recensione a E. Chemerinsky, We the People. A Progressive Reading of the Constitution for the Twenty-First Century, Picador, New York, 2018 (pp. 300)*

di **Barbara Gagliardi** – Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Torino

SOMMARIO: 1. Il Preambolo della Costituzione americana al servizio di un “progressive reading”. – 2. I “core values” della Costituzione americana. – 3. L’ “equality” a completamento del Preambolo.

1. Il Preambolo della Costituzione americana al servizio di un “progressive reading”

“We the People” di Erwin Chemerinsky è un manifesto politico rivolto al grande pubblico prima ancora che alla comunità accademica o agli operatori del diritto, ove si persegue una missione di divulgazione e “advocacy” secondo un carattere che è ricorrente nelle opere dell’Autore¹, il quale vi riesce con particolare successo anche in ragione di una prosa piana e accessibile, oltreché dalla scelta di un editore generalista.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

¹ Si vedano ad es. E. CHEMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, 2010, New York; ID., *The Case against the Supreme Court*, 2014, New York. L’impegno politico di Chemerinsky – attualmente “Dean” della *School of Law* all’Università della California, Berkeley - ne ostacolò la precedente nomina alla medesima carica presso la *School of Law* del campus di Irvine, causando un’iniziale risoluzione del contratto (*A Bad Beginning in Irvine*, New York Times, Sept. 14 2007), poi ritirata.

L'ambizione, annunciata senza ambiguità sin dalle prime pagine, è di offrire una lettura alternativa a quella che da tempo caratterizza la giurisprudenza della Corte suprema e la cui composizione, a seguito delle nomine più recenti, prefigura come destinata a essere confermata per un futuro di lunga durata (probabilmente per tutto il tempo che resta da vivere all'Autore, come questi amaramente osserva)². A ispirare Chemerinsky è la convinzione della non inutilità dello sforzo, d'accordo con un'irrinunciabile visione ottimista secondo cui «l'arco dell'universo morale è lungo, ma tende verso la giustizia»³.

La destinazione al grande pubblico non priva il testo d'interesse per il giurista, non solo perché è offerta una rassegna efficace e puntuale di alcune delle più controverse questioni affrontate dalla Corte suprema americana negli ultimi cinquant'anni, ma anche per l'originale individuazione di un *fil rouge* capace di attribuire un senso unificante a materie disparate (dalla forma di governo, al sistema elettorale sino ai diritti civili e sociali), traducendosi in una lettura coerente e idonea a tradurre valori e principi senz'altro vicini a quelli che caratterizzano la cultura giuridica europea del secondo dopoguerra⁴.

Il volume parte dall'assunto secondo cui l'ermeneutica giuridica, anche a livello costituzionale (o forse *specialmente* a livello costituzionale), è l'inevitabile espressione di scelte di valore, cui è sottesa una determinata visione del mondo. Quella proposta dall'Autore conduce a una rilettura sistematica della Costituzione americana, o quantomeno delle principali questioni da essa poste, in senso esplicitamente "progressista", con l'intento di offrire un'alternativa alla giurisprudenza affermata per effetto del "*conservative assault*" alla Costituzione. L'attuale prevalere di una maggioranza conservatrice in seno alla Corte suprema risale alla presidenza Nixon (1969-1974), cui

² All'epoca della pubblicazione del volume Donald Trump aveva da poco nominato alla Corte suprema Neil Gorsuch (2017) al posto di Antonin Scalia, andando a rafforzare le file della maggioranza conservatrice composta dal "*chief justice*" John Roberts e dai giudici Anthony Kennedy, Clarence Thomas e Samuel Alito. A questi si giustapponevano i quattro giudici nominati da presidenti democratici: Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor ed Elena Kagan. Successivamente, a seguito del ritiro di Anthony Kennedy, lo stesso Trump ha nominato Brett M. Kavanaugh e poi ancora, dopo la morte di Ruth Bader Ginsburg, Amy Coney Barrett (27 ottobre 2020).

³ "*The arc of the moral universe is long, but it bends toward justice*" è una famosa citazione di Martin Luther King recentemente ripresa da Barack Obama e tratta da un sermone del reverendo abolizionista Theodore Parker (1853).

⁴ Si veda a tal proposito la contrapposizione tra la formula politica socialdemocratica europea e la democrazia sociale neoliberale americana: G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione democratica*, 2000, Torino, 19 ss.

si deve l'inversione di tendenza rispetto alle pronunce che avevano permesso l'attuazione delle politiche del *New Deal* e poi agli anni della Corte Warren (1953-1969)⁵.

Nell'evidenziare la connotazione ideologica di molte sentenze di epoca recente, l'Autore riprende altri suoi recenti lavori, senza discostarsene in modo essenziale⁶; ciò che caratterizza "*We the people*" - e che ne segna l'apporto originale - è tuttavia la valorizzazione del preambolo, in cui Chemerinsky coglie la sintesi dei valori che la Corte suprema è chiamata ad attuare, ponendolo a chiave di lettura dell'intero testo costituzionale.

L'interpretazione della Costituzione americana *secondo* il suo preambolo vuole offrire un'alternativa alla lettura promossa dai conservatori, che fondano quelle che in realtà sono scelte di valore sul c.d. "originalismo"⁷, cioè sull'interpretazione storica ancorata alle pretese intenzioni originarie dei costituenti (anche definita come "testualismo storicista"), con cui si vuole ammantare di oggettività un'attribuzione di significati che è viceversa ideologicamente orientata.

La scelta di cogliere nel preambolo i "*core values*" della Costituzione americana supera le letture prevalenti che ne sostengono viceversa l'irrelevanza, basandosi su una giurisprudenza d'inizio '900 secondo cui, benché il preambolo indichi «*the general purposes for which the people ordained and established the Constitution*», mai esso è stato considerato idoneo a fondare uno qualsiasi dei

⁵ E. CHEMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit.

⁶ Si veda non solo E. CHEMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., ma anche ID., *The Case against the Supreme Court*, cit.; ID., *Enhancing Government: Federalism for the 21st Century*, 2008, Stanford.

⁷ La bibliografia sull'interpretazione costituzionale nell'ordinamento degli Stati Uniti è sterminata. Tracce dell'approccio originalista possono rinvenirsi sin dalle origini della tradizione costituzionale statunitense, benché normalmente se ne collochi l'affermazione più piena agli anni '60-'70, in reazione alla giurisprudenza della Corte Warren e in particolare a *Brown v. Board of Education* (1954), così J. O'NEILL, *Originalism in American law and politics: a constitutional history*, Baltimore, 2007, 67 ss. La posizione originalista è stata in particolare sostenuta dal Giudice Antonin Scalia (A. SCALIA, *Matter of Interpretation*, Princeton, NJ, 1997; ID., *Originalism: The Lesser Evil*, 57 U. Cinn. L. Rev. 849 (1989)) e prima ancora da Robert H. Bork (R.H. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York-London, 1990). Per una rilettura: J. M. BALKIN, *Living originalism*, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2011. Per un'analisi delle teorie originaliste, da ultimo: E. J. SEGALL, *Originalism as Faith*, 2018, Cambridge-New York; C. R. SUNSTEIN, *Originalism*, 93 Notre Dame L. Rev. 1671 (2018); L. B. SOLUM, *Originalism and Constitutional Construction*, 82 Fordham L. Rev. 453 (2013); I. SOMIN, *Originalism and political ignorance*, 97(2) Minn. L. Rev. 625 (2012); J. GREENE, *Selling Originalism*, 97 Geo. L.J. 657 (2009); S. M. GRIFFIN, *Rebooting Originalism*, 2008 U. Ill. L. Rev. 1185 (2008). In Italia si vedano da ultimo G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 139 ss., per una sintesi delle dottrine, originaliste e non, dell'interpretazione costituzionale; N.G. CEZZI, *L'interpretazione costituzionale negli Stati Uniti d'America: la storia e il testo*, Napoli, 2019, 261 ss. ove in particolare si coglie nell'originalismo un'«intransigenza storica» che, se portata alle estreme conseguenze, conduce alla «morte della Costituzione» (in contrapposizione evidente alla c.d. "*living Constitution*", su cui di recente: D.A. STRAUSS, *The Living Constitution*, Oxford, 2010).

«*substantive power conferred on the Government of the United States, or on any of its Departments*»⁸. Viceversa, l'operazione di recupero e valorizzazione del preambolo condotta da Chemerinsky si allinea alla recente riscoperta di tali dichiarazioni costituzionali da parte di certa dottrina costituzionalistica, che ha ad essi ascritto valore normativo - e non più soltanto di enfatiche dichiarazioni simboliche – seppur talora soltanto “indiretto”⁹.

In tal modo l'Autore riesce a “salvare” la Corte suprema e il controllo di legittimità costituzionale dalle letture – del pari di matrice progressista – che ne promuovono l'arginamento a beneficio del potere legislativo, inteso quale unico genuino interprete della volontà popolare, oltretutto solo possibile argine al “dilagare” dei conservatori¹⁰.

2. I “*core values*” della Costituzione americana

Chemerinsky coglie nel preambolo cinque valori fondamentali, o meglio quattro valori cui se ne aggiunge un quinto che, seppur non rinvenibile in tale sede e senz'altro estraneo alla cultura giuridica di fine settecento, è l'inevitabile completamento dei primi quattro secondo la visione progressista che ispira il lavoro. Si tratta, nell'ordine, di “*democratic government*”, “*effective governance*”, “*justice*”, “*liberty*” e, infine, “*equality*”, il quale ultimo trova fondamento nel XIV e V *Amendment*, introdotti a fine '800 a seguito della guerra di secessione e dell'abolizione della schiavitù¹¹.

⁸ *Jacobson v. Massachusetts* (1905), citata dallo stesso Autore a p. 55. In tema da ultimo: F. LONGO, *I preamboli costituzionali. Studio di diritto comparato*, Torino, 2018, 45.

⁹ Per l'analisi di tale evoluzione dottrinale si veda F. LONGO, *op. ult. cit.*, 19 ss., ove si ricorda come la valorizzazione dei preamboli sia spesso ascritta anzitutto all'opera di C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, (1928), trad. it. *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 43-44. Coglie nel preambolo della Costituzione americana l'enunciazione delle «*strong reasons to embrace union as liberty's best hope*»: A. R. AMAR, *America's Constitution: a Biography*, New York, 2005, 61, d'interesse altresì per la diffusa analisi dei contenuti del preambolo stesso; si veda inoltre ID., *America's Unwritten Constitution, The Precedents and Principles We Live by*, New York, 2012, spec. 72 ss.

¹⁰ Sulla proposta di eliminare il controllo di legittimità costituzionale: J. MACGREGOR BURNS, *Packing the Court: the Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*, 2009, New York; *contra* E. CHERMERINSKY, *The Case against the Supreme Court*, cit., 487 ss.

¹¹ In tema da ultimo: W. D. ARAIZA, *Enforcing the Equal Protection Clause. Congressional Power, Judicial Doctrine, and Constitutional Law*, 2015, New York and London, 23 ss.

L'ideale democratico (“*democratic government*”) risulta dal principio di sovranità popolare espresso dall'incipit del preambolo (“*We the People of the United States...*”), secondo cui il pubblico potere è “*of the people, for the people, by the people*”¹². Esso, inoltre, è corroborato dalla disciplina dei poteri costituiti di cui agli artt. 1 e 2 della Costituzione americana (Congresso e Presidenza della Repubblica), dal Primo emendamento sulla libertà di manifestazione del pensiero (“*Freedom of Speech*”) e dalle norme sul diritto di voto (XV, XVII, XIX, XXIII, XXIV, XXVI Amend.).

L'effettività del principio democratico è messa in discussione dalla disciplina elettorale statunitense, e più precisamente dal sistema di elezione di secondo grado del Presidente della Repubblica, basata sul c.d. “*Electoral College*”, che si pone in violazione del principio “una testa – un voto” e che ha più di una volta prodotto l'inquietante risultato di eleggere il candidato che non aveva riportato la maggioranza dei voti validi (da ultimo con l'elezione dello stesso Donald Trump, prima ancora con quella di George W. Bush). Ma non solo, violazioni e storture derivano altresì dal c.d. “*partisan gerrymandering*”, cioè dalla definizione strumentale delle circoscrizioni elettorali al fine di favorire una parte politica determinata, spesso a svantaggio delle minoranze razziali, su cui tuttavia la Corte ha rifiutato di pronunciarsi, definendo tali questioni come meramente politiche e rimesse pertanto in via esclusiva alla volontà legislativa¹³. Ancora, contrasta con il principio democratico l'erosione dei controlli federali sulla legislazione elettorale degli Stati con un passato di discriminazioni, in virtù di un supposto principio di “*equal state sovereignty*” affermato di recente dalla Corte suprema.

Il principio di “*effective governance*” è inteso quale corollario di quello democratico, rinvenendosene un esplicito fondamento nelle norme costituzionali che definiscono i poteri del *Federal Government*. Anche questo è affrontato a più livelli, che si tratti della divisione “verticale” dei poteri tra *Federal Government* e Stati membri, o del sistema di “*check and balances*” tra le istituzioni federali, ove si registra uno sbilanciamento a vantaggio del Presidente¹⁴.

¹² La citazione è tratta dal famoso discorso pronunciato da Abraham Lincoln a Gettysburg, in occasione dell'inaugurazione del cimitero militare (1863).

¹³ *Vieth v. Jubelirer* (2004).

¹⁴ Sul rafforzamento della “Presidenza personale” si veda in Italia: G. D'IGNAZIO, *Poteri presidenziali e amministrazione federale negli Stati Uniti d'America: la “prevedibile” discontinuità del Presidente Trump*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 251-268.

La difesa delle prerogative degli Stati membri è normalmente invocata nell'ordinamento statunitense per contenere gli interventi del *Federal Government* volti ad assicurare standard minimi di soddisfazione di bisogni individuali con l'attribuzione di benefici finanziati dalle risorse pubbliche, che si tratti di quelli degli agricoltori o dei lavoratori dipendenti – secondo alcuni degli assi di intervento del *New Deal* – o in tema di tutela della salute dei più svantaggiati, così come a fini di limitazione della legislazione nazionale a protezione dell'ambiente, o di contenimento del commercio delle armi. Interventi tutti fondati sulla competenza federale in materia di “*interstate commerce*”¹⁵ o sul potere di “tassare e spendere” per il “*general welfare*”¹⁶.

L'argomento federalista è, in altre parole, un “cavallo di battaglia” dei conservatori, ove la difesa delle competenze degli Stati coincide con la limitazione delle politiche redistributive o di quelle ambientaliste, atteso che i governi locali si sono tradizionalmente dimostrati più esposti alle pressioni delle *lobbies* rappresentative del potere economico¹⁷ e meno inclini a farsi interpreti delle istanze delle minoranze.

L'interpretazione conservatrice si pone a ostacolo della fissazione di un livello minimo di tutela dei diritti a prestazione vincolante a livello nazionale, così come di limiti all'iniziativa economica privata in nome di interessi sovraindividuali quale la tutela ambientale, avversati dalla lettura neoliberale e conservatrice perché ritenuti capaci di scardinare la concorrenza tra singoli stati propria del modello americano di federalismo che – proprio per tale ragione - è stato talora definito “competitivo” (in luogo della normale definizione di federalismo “cooperativo”)¹⁸. Come ricorda l'Autore, è stato non a caso il *New Deal* a segnare il primo espandersi del potere di regolazione a

¹⁵ In tema da ultimo E. MOSTACCI, *Commerce power e federalizing process. Il governo dell'economia nell'evoluzione dei federalismi di common law*, 2018, Milano; ma anche E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, Fifth Edition, 2015, New York, 370 ss.; G.S. NELSON, R.J. JR. PUSHAW, *Rethinking the Commerce Clause: Applying First Principles to Uphold Federal Commercial Regulations But Preserve State Control over Social Issues*, 85 Iowa L. Rev. 1 (1999).

¹⁶ In tema si veda da ultimo la dottrina citata in nota 18, oltre a C. PERRY PATTERSON, *The General Welfare Clause*, 30 Minn. L. Rev. 43 (1946).

¹⁷ E' più facile scoraggiare le realizzazioni di politiche redistributive a livello statale perché è più credibile la minaccia di benestanti e imprenditori di migrare da uno Stato all'altro piuttosto che quella di lasciare il paese: T. KLEVEN, *Federalizing Public Education*, 55 Vill. L. Rev. 369 (2010); R. B. STEWART, *Federalism and Rights*, 19 Ga. L. Rev. 917 (1985); S. D. CASHIN, *Federalism, Welfare Reform, and the Minority Poor: Accounting for the Tyranny of State Majorities*, 99 Colum. L. Rev. 552 (1999).

¹⁸ Si veda G. BOGNETTI, *op. cit.*, 232 ss.; A. PIERINI, *Federalismo e welfare state nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti. Evoluzione e tensioni di un modello neo-liberale di assistenza sociale*, Torino, 2003, 185 ss.; Vedi anche M. S. GREVE, *Against Cooperative Federalism*, 70 Miss. L.J. 557 (2000).

livello federale, a fini, come noto, di superamento della Grande depressione con una serie di politiche sociali a sostegno delle classi più deboli e duramente colpite dalla crisi. E del pari non è un caso che la parziale bocciatura del c.d. “*Obama care*” – con cui si tentavano alcuni limitati correttivi al modello sanitario di assicurazione volontaria proprio degli Stati Uniti in senso timidamente universalista – sia stata fondata dalla Corte suprema su una lettura restrittiva dello “*spending power*”, che, si è detto, non consente al *Federal Government* di porre agli Stati vincoli sull’utilizzazione dei finanziamenti a carattere “intimidatorio”¹⁹.

La lettura proposta da Chemerinsky valorizza invece la funzione unificante del livello federale nella fissazione di standard di tutela che gli Stati possono aumentare e mai ridurre, secondo i caratteri del c.d. “*Federalizing Process*”²⁰.

Il terzo dei valori invocati – “*establishing justice*” – consente la trattazione di alcuni dei più contestati aspetti della giustizia americana, in parte già anticipati dalla trattazione sul rafforzamento dei poteri del Presidente, che – specialmente a seguito degli attentati del 2001 - si è tradotto nella violazione di basilari garanzie della libertà personale, quali l’*habeas corpus* o il divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti.

Nell’affrontare i caratteri della giustizia penale sono evidenziati temi tristemente noti, anche a seguito di episodi recenti, quali la “*overcriminalization*” del sistema USA, gli abusi commessi dalle forze di polizia, l’ineffettività dei dispositivi volti ad assicurare la difesa dei non abbienti e la crudeltà della pena di morte. Caratteri della giustizia penale che sono noti alla cronaca, anche nei loro risvolti di discriminazione razziale, ma che interessano il giurista soprattutto perché trovano copertura in una giurisprudenza della Corte suprema che ha limitato la perseguibilità degli abusi e la corrispondente responsabilità degli enti pubblici e che ha reso *diabolica* la *probatio*

¹⁹ L’espressione usata in *National Federation of Independent Business (NFIB) v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), è “*to dragoon*”: «*The threatened loss of over 10 percent of a State’s overall budget, in contrast, is economic dragooning that leaves the States with no real option but to acquiesce in the Medicaid expansion*». In tema: E. CHERMERINSKY, *Protecting the Spending Power*, 4 Chap. L. Rev. 89 (2001); S. R. BAGENSTOS, *The Anti-Leveraging Principle and the Spending Clause after NFIB*, 101 Geo. L.J. 861 (2013); E. PASACHOFF, *Conditional Spending after NFIB v. Sebelius: The Example of Federal Education Law*, 62 Am. U. L. Rev. 577 (2013) e, in Italia, C. BOLOGNA, *Il caso Sebelius sulla riforma sanitaria: il federalismo alla prova dell’accountability*, in *Quad. Cost.*, 2013, 371 ss.;

²⁰ Il c.d. “*Federalizing process*” produce integrazione, nel senso di contribuire alla «costruzione di una comunità politica di carattere unitario», specie attraverso la «distribuzione, ancorché ineguale, dei presupposti del benessere materiale», contribuendo all’emergere e consolidarsi di legami di solidarietà: E. MOSTACCI, *Commerce power e federalizing process. Il governo dell’economia nell’evoluzione dei federalismi di common law*, cit., 13.

dell'insufficienza dei fondi attribuiti per garantire il diritto di difesa²¹, coerentemente con un modello fondato sul riconoscimento di “*negative liberties*” che mal tollera l'affermazione di diritti a prestazione nei confronti dell'autorità pubblica, anche ove finalizzati a una più piena tutela di quella che è la libertà negativa per eccellenza, la libertà personale.

L'analisi del quarto valore proposto, “*securing liberty*”, richiama brevemente la recente giurisprudenza conservatrice in tema di libertà di parola (*First Amendment*) e sul diritto individuale di portare armi (*Second Amendment*), per soffermarsi in modo più analitico sulla c.d. “*Establishment Clause*” e sul diritto alla “*privacy*”.

La prima riguarda il superamento del principio di netta separazione tra Stato e Chiesa espresso dalla metafora Jeffersoniana del “muro” a confine tra i due²², a beneficio viceversa di una lettura che ne confina l'operatività a livello federale, o che lo intende esclusivamente come guarentigia della religione nei confronti dello Stato, rigettando – o quantomeno circoscrivendo - il principio di neutralità del pubblico potere a esso sotteso.

La *privacy* è richiamata in tutte le sue componenti, che si tratti di quelle più note al dibattito europeo, quali il diritto di “essere lasciati soli” che si estende (o dovrebbe estendersi secondo la lettura dell'Autore) al DNA come ai dati relativi alle localizzazioni dei cellulari, o ancora alla c.d. “*informational privacy*”, il diritto cioè di limitare l'utilizzazione da parte di terzi dei propri dati personali, il cui carattere di “*federal constitutional right*” è tuttavia tuttora controverso e scarsamente sostenuto dalla giurisprudenza della Corte suprema²³.

Ma il diritto alla *privacy* contempla anche, nell'accezione americana forse meno nota, quello a compiere autonomamente scelte personalissime, che si tratti delle preferenze sessuali, della scelta di sposarsi (anche con persone dello stesso sesso), di avere figli o, viceversa, di non averli. Tale diritto è così alla base della nota *Roe v. Wade* con cui la Corte Suprema ha riconosciuto negli anni '70 il diritto all'interruzione volontaria di gravidanza nella sua qualità di scelta di disposizione del proprio corpo rimessa in via esclusiva alla donna (sino a che non si riconosca la c.d. “*viability*” del feto, cioè la sua capacità di sopravvivere all'esterno dell'utero materno). *Roe v. Wade* il cui temuto

²¹ *City of Los Angeles v. Lyons* (1982); *Briscoe v. LaHue* (1983); *Florida v. Public Defender, Eleventh Judicial Circuit* (2009) e alter citate dall'Autore alle pag. 138 ss. In tema vedi altresì la sintesi offerta in E. CHEMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., 135 ss.

²² L'espressione è usata nella lettera di Thomas Jefferson all'Associazione Battista di Danbury, Connecticut (1802), leggibile all'indirizzo <https://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html> (consultato nell'ottobre 2020).

²³ Cfr. *National Aeronautics and Space Administration v. Nelson* (2011).

overruling ha assunto maggior concretezza con il già richiamato affermarsi di una maggioranza conservatrice in seno alla Corte.

3. L’*“equality”* a completamento del Preambolo

L’ultimo dei *“core values”* richiamati nel volume di Chemerinsky, l’*equality*, non trova, come si è anticipato, fondamento nel preambolo: si tratta infatti di un principio che la tradizione liberale settecentesca conosce esclusivamente nella sua versione minima di eguaglianza formale²⁴, che è poi quella tuttora fatta propria dalla Corte suprema americana.

Nella lettura dell’Autore, contrasta con l’*equality* l’orientamento in tema di discriminazioni razziali, ove si richiede la prova di un *“discriminatory purpose”* al fine dell’annullamento di previsioni che producano un effetto discriminatorio: non basta, cioè, provare che un determinato assetto normativo produce concretamente effetti dannosi nei confronti di una minoranza, ma si richiede altresì la prova che tale effetto sia stato ricercato e voluto dal legislatore, addebitandosi al ricorrente un onere di assai arduo assolvimento.

Si ricorda inoltre l’evoluzione più recente in tema di *affirmative actions*, ove si tende a sminuire la rilevanza dell’interesse delle Università alla *“diversity”* della popolazione studentesca, perseguita di norma attraverso sistemi di selezione delle matricole caratterizzati dall’assegnazione di una preferenza in ragione della razza dei candidati. Nelle sue ultime pronunce viceversa la Corte suprema richiede la prova che la valorizzazione della razza sia l’unico metodo possibile per ottenere la ricercata diversificazione del corpo studentesco, mancandone uno viceversa *“racially neutral”*²⁵,

²⁴ La Dichiarazione d’indipendenza del 1776 richiama sì il principio secondo cui *«all men are created equal»*, ma certo la stessa *«was no meant to include women or nonwhites»* (p. 201 del volume ivi recensito). Lo stesso può dirsi per il *“principe d’égalité”* posto dalla borghese *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* del 1789.

²⁵ *Fisher v. University of Texas* (2016). Sulle presunte discriminazioni indirette nei confronti degli studenti di origine asiatica in ragione della valorizzazione della componente razziale nei procedimenti di ammissione ad Harvard: U.S. District Court in Massachusetts, *Student for Fair Admissions (SFFA) v. Harvard*, su cui J. P. FEINGOLD, *SFFA v. Harvard: How Affirmative Action Myths Mask White Bonus*, 107 Calif. L. Rev. 707 (2019). In generale sulle *“affirmative actions”* si vedano D. B. OPPENHEIMER, *Archibald Cox and the Diversity Justification for Affirmative Action*, 25 Va. J. Soc. Pol’y & L. 158, 204 (2018), ma anche M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, 2008, Napoli, *passim*, ma spec. 113 ss.; ID., *Azioni positive*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., Torino, 2008, 115 ss.

secondo un approccio che, nella visione di Chemerinsky, è deprecabile anche perché disconosce il ruolo delle Università di laboratori di sperimentazione di metodi di integrazione razziale, cui è dovuta, al contrario, una rispettosa deferenza.

Ancor più l'*equality* è violata dal consolidato orientamento giurisprudenziale sui diritti a prestazione, che – come l'Autore aveva già ricordato in alcuni suoi lavori precedenti – concorre a determinare un sistema di “*separate and unequal schools*”²⁶, ove il riferimento è alla famosa quanto criticata pronuncia di fine ottocento che aveva fatto salva la segregazione razziale sulla base del presupposto che la separazione fosse comunque compatibile con il principio d'eguaglianza²⁷, giurisprudenza finalmente superata poco più di cinquant'anni dopo, dalla famosa *Brown v. Board of Education*.

È noto che nell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti difetta il riconoscimento costituzionale dei diritti a prestazione, che trovano accoglimento soltanto in alcune Costituzioni dei singoli Stati membri²⁸ affermandosene a livello federale il carattere di meri “*entitlements*”, con esclusione, dunque, di un qualunque obbligo in capo alle istituzioni pubbliche di provvedere alla relativa erogazione. V'è da dire che tale qualificazione rappresenta comunque un'evoluzione rispetto a quella originaria in termini di “*privileges*”, che – nell'affermazione della massima discrezionalità dell'amministrazione – escludeva altresì le garanzie procedurali della “*due process clause*”, viceversa oggi riconosciute²⁹.

In particolare, la giurisprudenza della Corte suprema ha espressamente negato il carattere di diritto fondamentale dell'istruzione, ammettendosi importanti disequaglianze nelle condizioni di erogazione delle prestazioni agli studenti, atteso che al più può riconoscersi un diritto ad accedere a condizioni *minime* omogenee, senza sacrificio del potere delle comunità locali di differenziarsi³⁰, e

²⁶ Si veda E. CHEMERINSKY, *The Conservative Assault on the Constitution*, cit., 35 ss.

²⁷ *Plessy v. Ferguson* (1896).

²⁸ Ad es. l'obbligo di istituire scuole pubbliche è previsto dalle Costituzioni del Nevada (art. 11, sect. 2), del Michigan (art. VIII, sect. 2), della California (art. IX, sect. 5), del Texas (art. VII, sect. 1), e in altre ancora.

²⁹ Si veda G. BOGNETTI, *op. cit.*, 140 ss.

³⁰ In tema per tutti G. F. FERRARI, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, Padova, 1984, 5 ss.

ciò malgrado la stessa Corte avesse affermato che l'istruzione è «*perhaps the most important function of state and local government*»³¹.

Chemersinsky riconduce i diritti all'istruzione, all'abitazione, all'assistenza medica e via dicendo, alla finalità di promozione del “*general welfare*” attribuita all'Unione dal Preambolo, intendendoli quali prerequisiti dei diritti alla vita e alla libertà, con un tentativo di superare la lettura della Costituzione americana come idonea alla mera affermazione di “*negative liberties*” cui non corrisponderebbero diritti a prestazione a carico delle istituzioni pubbliche.

Lo scardinamento delle classificazioni tradizionali appuntate sulla contrapposizione tra libertà negative, libertà positive e diritti sociali, si traduce nell'affermazione secondo cui tutti i diritti avrebbero carattere “negativo”, corrispondendo quelli enunciati poc'anzi a un più generale “*right to be free from the harms of homeless*” e a tutti corrisponderebbero “*remedies*” a contenuto positivo, cioè obblighi di prestazione in capo alle istituzioni pubbliche, i quali sono altresì indispensabili ai fini della garanzia delle tradizionali libertà negative.

Non sembra un caso che quello dei diritti a prestazione sia l'ultimo argomento del volume, a supporto dell'ultimo dei valori richiamati. Si tratta infatti forse della componente più “rivoluzionaria” del “*progressive reading*” - benché certo non nuova, come ricorda lo stesso Autore³² - nel senso di più difficile da verificare e forse anche più estranea alla tradizione giuridica americana, ma non per questo meno urgente.

³¹ *Brown v. Board of Education* (1954). In tema si vedano: B. M. SUPERFINE, *Equality in Education Law and Policy, 1954–2010*, New York, 2013, 37 ss.; ma anche: G. F. FERRARI, *Localismo ed eguaglianza nel sistema americano dei servizi sociali*, cit., 228.

³² Secondo l'Autore, il riconoscimento costituzionale dei diritti a prestazione si sarebbe inverato se la Corte Warren fosse durata, come dimostra il clima culturale dell'epoca; si richiamano a tal proposito: F. I. MICHELMAN, *Foreword: On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment*, 83 Harv. L. Rev. 7 (1969), oltre a, più di recente, P. B. EDELMAN, *The Next Century of Our Constitution: Rethinking Our Duty to the Poor*, 39 Hastings L. J. 1 (1987), C. L. BLACK Jr., *Further Reflections on the Constitutional Justice of Livelihood*, 86 Colum. L. Rev. 1103 (1986). La medesima tesi si ritrova inoltre in C. SUSTEIN – S. HOLMES, *The Cost of Rights*, 1999; C. SUSTEIN, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*, Basic Books, New York, 2004, 20 ss.; E. CHEMERINSKY, *The Deconstitutionalization of Education*, 36 Loy. U. Chi. L.J. 111 (2004); D. W. BLACK, *The Constitutional Compromise to Guarantee Education*, 70 Stan. L. Rev. 735. (2018).