

Eguaglianza politica delle minoranze e uso manipolativo della razza a fini di *redistricting*: *Merrill v. Milligan* come pietra tombale per i *majority-minority districts*?*

DAVIDE ZECCA**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 21–1086, pending case. Disponibile all'indirizzo: <https://www.supremecourt.gov/docket/docketfiles/html/public/21-1086.html>.

Abstract: *The article discusses the prospective implications of the case Merrill v. Milligan pending before the U.S Supreme Court by retracing the origins of federal judicial review over apportionment and redistricting disputes. More specifically, the text illustrates the principles developed under the Warren Court that enucleated a constitutional claim to political equality, while underlining the efforts to ensure that racial minorities were not unduly prevented from participation in political processes by diluting their electoral weight through racial gerrymandering techniques. The assessment builds on the track record of the Roberts Court with reference to political and voting rights to elaborate some forecasts on the risks underlying the neutralization of §2 of the Voting Rights Act.*

Sommario: 1. La Corte Roberts e l'attacco al *Voting Rights Act*: cronaca di una morte annunciata? – 2. La sindacabilità delle operazioni di *redistricting* e l'eguaglianza del voto in entrata. – 3. *Racial gerrymandering* ed eguaglianza politica: fra diritto alla rappresentanza e opportunità delle minoranze di incidere sui processi politici. – 4. La Corte Suprema fra *race conscious apportionment* e prospettive di neutralizzazione della §2 del *Voting Rights Act*.

Data della pubblicazione sul sito: 4 giugno 2023

Suggerimento di citazione

D. ZECCA, *Eguaglianza politica delle minoranze e uso manipolativo della razza a fini di redistricting: Merrill v. Milligan come pietra tombale per i majority-minority districts?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2023. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano. Indirizzo mail: davide.zecca@unimi.it.

1. La Corte Roberts e l'attacco al *Voting Rights Act*: cronaca di una morte annunciata?

Il consolidamento di una supermaggioranza di ispirazione conservatrice in seno alla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America può forse essere considerato – a oggi – il lascito più significativo dell'amministrazione Trump sullo sviluppo della storia costituzionale del Paese. Lo spostamento dell'asse ideologico del collegio potrebbe accentuare una tendenza allo smantellamento delle garanzie nei confronti delle minoranze etniche o razziali nell'ambito dei processi politico-elettorali che ha contraddistinto la giurisprudenza della Corte sotto la Presidenza del *Chief Justice* John G. Roberts sin dalla sua nomina nel 2005¹. D'altro canto, non si potrebbero altrimenti considerare le decisioni adottate – spesso a stretta maggioranza di 5-4 – su una pluralità di questioni particolarmente rilevanti, seppur controverse, in un ambito tanto delicato per la tenuta delle istituzioni democratiche, specie in un momento storico marcato da una diffusa diffidenza nei confronti della regolarità dello svolgimento delle consultazioni elettorali.

Più specificamente, il vertice del giudiziario federale ha censurato la previsione di limiti alla capacità di spesa a fini di propaganda elettorale (specificamente, le cd. *independent expenditures*) da parte di persone giuridiche ed enti associativi di varia natura²; inoltre, esso ha sancito la violazione del principio di *equal sovereignty* degli Stati da parte della *coverage formula* contenuta nella §4(b) del *Voting Rights Act*³, cagionando così la paralisi del meccanismo di *preclearance* previsto dalla §5; la Corte Suprema ha peraltro palesato una chiusura apparentemente definitiva nei confronti della sindacabilità da parte delle corti federali delle pratiche di *partisan*

¹ R.L. HASEN, *Election Law's Path in the Roberts Court's First Decade: A Sharp Right Turn but with Speed Bumps and Surprising Twists*, 68 *Stanford Law Review* 1597 (2016).

² *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

³ *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013); peraltro, questa pronuncia si poteva presagire dal *dictum* che la Corte aveva ritenuto di inserire nella precedente sentenza relativa al caso *Northwest Austin Municipal Utility District No. 1 v. Holder*, 557 U.S. 193 (2009), "Past success alone, however, is not adequate justification to retain the preclearance requirements ... a departure from the fundamental principle of equal sovereignty requires a showing that a statute's disparate geographic coverage is sufficiently related to the problem that it targets ... The evil that §5 is meant to address may no longer be concentrated in the jurisdictions singled out for preclearance. The statute's coverage formula is based on data that is now more than 35 years old, and there is considerable evidence that it fails to account for current political conditions ... The Act's preclearance requirements and its coverage formula raise serious constitutional questions ..." (Slip Op., 7-9).

*gerrymandering*⁴. Da ultimo, la maggioranza della Corte ha indebolito la garanzia molto ampia prevista dalla §2 del summenzionato *statute* in un caso relativo a una restrizione delle modalità di voto disposta dalla legislazione dello Stato dell'Arizona; in particolare, il collegio ha dettato, seppur a scopo meramente esemplificativo, una serie di fattori – rilevanti ai fini dell'accertamento degli effetti discriminatori di un dato assetto normativo – differenti da quelli tradizionalmente applicabili alle controversie relative alla violazione della §2 in materia di *voting dilution*⁵.

I numerosi cambiamenti nella composizione del collegio intervenuti fra la morte di Antonin Scalia nel febbraio 2016 e l'insediamento di Ketanji Brown-Jackson a settembre 2022 sono senz'altro utili a comprendere le ragioni per cui l'ostilità della Corte Suprema nei confronti degli interventi di regolazione delle dinamiche attinenti alla sfera politica da parte del Congresso, da un lato, e dei giudici federali, dall'altro, rischia di raggiungere un nuovo picco. Il pericolo da scongiurare, secondo chi critica una tale evoluzione della giurisprudenza in materia, è una minaccia di smantellamento anche degli ultimi bastioni eretti a garanzia di un'effettiva partecipazione delle minoranze ai processi politico-democratici. D'altronde, al netto delle polemiche associate al netto rifiuto della leadership repubblicana al Senato di considerare la nomina del moderato Merrick Garland da parte dell'allora Presidente uscente Barack Obama, che si è risolta nella sostituzione di *Justice* Scalia con un altro giudice conservatore con orientamenti originalisti (Neil Gorsuch)⁶, si ritiene che il vero *turning point* sia riconducibile alle due successive nomine dell'ex-Presidente Donald Trump. In particolare, le dimissioni rassegnate da Anthony Kennedy nel giugno 2018 hanno privato la Corte di un centro ideologico dello schieramento e di uno *swing vote* che, a seconda della questione dibattuta, poteva spostare l'ago della bilancia a favore della componente conservatrice oppure del blocco *liberal*⁷.

⁴ *Rucho v. Common Cause*, 139 S. Ct. 2484 (2019). La decisione ha così risolto l'incertezza interpretativa che aleggiava su questa pratica in conseguenza dei due più significativi precedenti in materia, *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109 (1986), e *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004).

⁵ *Brnovich v. Democratic National Committee*, 141 S. Ct. 2321 (2021).

⁶ Per un inquadramento sulla *judicial philosophy* di Neil Gorsuch all'indomani della sua nomina, v. G. ROMEO, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: original understanding e diritti civili nell'era di Trump*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2017; peraltro, lo stesso Gorsuch non ha pienamente rispettato le attese che circondavano la sua ascesa alla Corte Suprema, come si può ravvisare dalla freddezza con cui è stata accolta la *majority opinion* vergata dal successore di Scalia nel caso *Bostock v. Clayton County*, 140 S. Ct. 1731 (2020).

⁷ Per un'analisi generale sull'eredità giurisprudenziale di *Justice* Kennedy e sulle prospettive che le sue dimissioni aprivano per il futuro della Corte Suprema, sia consentito

In particolare, pur non avendo dimostrato in materia di tutela dei diritti politici una sensibilità pari a quella che ne ha fatto un vessillo delle cause in materia di tutela dei diritti della minoranza LGBTQ+⁸, Justice Kennedy si era comunque unito ai giudici progressisti nel determinare l'esito di due rilevanti controversie in materia di *redistricting*⁹. Infatti, in un caso la maggioranza della Corte aveva ritenuto di censurare la scelta dello Stato dell'Alabama di ridisegnare i collegi elettorali per le assemblee legislative statali concentrando gli elettori appartenenti alla minoranza afroamericana in collegi che già esprimevano una solida maggioranza di questo gruppo etnico (cd. *majority-minority districts*). Tale scelta rispondeva asseritamente allo scopo di soddisfare due requisiti sottostanti l'operazione di rideterminazione dei confini dei collegi elettorali: da un lato, la garanzia di una tendenziale eguaglianza nella consistenza demografica di ciascuna ripartizione territoriale che assegnasse un seggio, dall'altro, evitare la cd. *retrogression* della capacità di una minoranza di incidere sul procedimento elettorale in una data *constituency*. Tuttavia, la Corte aveva dichiarato incostituzionale la legislazione statale impugnata, sostenendo che essa fosse qualificabile come un tentativo di attenersi al primo dei due requisiti elencati tramite un predominante ricorso al fattore razziale nella determinazione della composizione demografica dei collegi, configurando così un'ipotesi di *racial gerrymandering* vietata ai sensi dell'*Equal Protection Clause* del XIV emendamento¹⁰. Soltanto alcuni mesi dopo, lo stesso Kennedy aveva concorso a una pronuncia del collegio che aveva riconosciuto legittima l'attribuzione, da parte dell'assemblea legislativa dello Stato dell'Arizona, a una commissione elettorale indipendente della funzione di rideterminazione dei confini dei collegi elettorali per l'elezione della Camera dei Rappresentanti federale¹¹. In questa decisione,

rinvia a D. ZECCA, *Le dimissioni di Justice Kennedy e il consolidamento di una maggioranza conservatrice in seno alla Corte Suprema*, in *DPCE Online – Osservatorio sulla Presidenza Trump*, 6 settembre 2018.

⁸ Justice Kennedy è stato infatti il redattore dell'opinione di maggioranza tanto in *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), che ha sancito l'illegittimità della definizione di matrimonio come riferibile solo a coppie eterosessuali contenuta in una disposizione della legislazione federale (§3 *Defense of Marriage Act*) per la violazione della *Due Process Clause* di cui al V emendamento, quanto in *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015), che ha riconosciuto che il diritto fondamentale a contrarre matrimonio si estende anche alle coppie omosessuali a norma della *Due Process Clause* e della *Equal Protection Clause* del XIV emendamento.

⁹ G. ROMEO, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2013/2014 e 2014/2015*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 2015, 1957-1993, 1961-66.

¹⁰ *Alabama Legislative Black Caucus v. Alabama*, 575 U.S. 254 (2015).

¹¹ *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015).

peraltro, la Corte aveva precisato l'interpretazione di una disposizione costituzionale assai rilevante per la materia elettorale, la cd. *Congressional Elections Clause*¹², confermando un orientamento risalente che aveva ritenuto legittimo l'esercizio del veto da parte di un governatore statale in questa materia¹³.

Il subentro di Brett Kavanaugh a Justice Kennedy, coniugato alla nomina alla Corte Suprema di Amy Coney Barrett all'indomani della scomparsa di Ruth Bader Ginsburg, appare dunque aver preparato il terreno al vertice del giudiziario federale per poter dare l'assalto a ciò che resta della rivoluzione inaugurata dalla giurisprudenza della Corte Warren e culminata nell'adozione del *Voting Rights Act*. Il *term* 2022 offre una duplice occasione assai ghiotta al blocco conservatore, che si dovrà pronunciare in primo luogo sulla compatibilità del cd. *Gingles framework*¹⁴ associato alla §2 del *Voting Rights Act* con il principio costituzionale della *Equal Protection* sancito al XIV emendamento. La Corte si è già parzialmente sbilanciata con la decisione – peraltro adottata inusualmente nell'ambito del cd. *shadow docket*¹⁵ – di sospendere l'efficacia della sentenza di una corte distrettuale, che aveva sanzionato per una violazione della §2 del *Voting Rights Act* la legislazione con cui lo Stato dell'Alabama aveva rideterminato il perimetro dei sette collegi relativi ai seggi a esso spettanti per l'elezione della Camera dei Rappresentanti del Congresso federale¹⁶.

La Corte si trova altresì a confrontarsi con un'altra controversia apparentemente esplosiva sul piano della regolazione delle operazioni di *redistricting* nell'ambito del rapporto fra legislatori e corti statali. Questo secondo caso riguarda la contestazione della facoltà delle Corti supreme statali di censurare la determinazione dei collegi operata dall'organo legislativo di ciascuno Stato per la violazione di disposizioni delle costituzioni statali¹⁷. Infatti, sostengono i ricorrenti, la *Congressional Elections Clause*, di cui si è detto sopra, riconoscerebbe il potere di determinare “Times, Places, and Manners” delle elezioni per il

¹² Art. I, §4, cl.1, Cost. USA “The Times, Places and Manner of holding Elections for Senators and Representatives, shall be prescribed in each State by the Legislature thereof; but the Congress may at any time by Law make or alter such Regulations, except as to the Places of chusing Senators”.

¹³ *Smiley v. Holm*, 285 U.S. 355 (1932).

¹⁴ Il riferimento è alla decisione nel caso *Thornburg v. Gingles*, 478 U.S. 30 (1986), su cui v. più diffusamente *infra*.

¹⁵ S. SULMICELLI, *Il Voting Rights Act alla prova dello shadow docket (e della shadow doctrine Purcell) della Corte Suprema: la procedura si fa sostanza? Alcune riflessioni a margine di Merrill v. Milligan*, in *DPCE Online*, 4, 2022, 2380-2393.

¹⁶ *Merrill v. Milligan* e *Merrill v. Caster*, 142 S. Ct. 879 (2022). La sentenza impugnata è relativa ai casi *Singleton v. Merrill* e *Milligan v. Merrill*, 582 F. Supp. 3d 924 (Al. N.D.), 24 gennaio 2022.

¹⁷ *Moore v. Harper*, No. 21-1271.

Congresso federale alla sola legislatura di ogni singolo Stato, escludendo quindi qualsiasi forma di controllo operato dalle corti statali sull'apprezzamento discrezionale del legislatore in tema di *redistricting*. La cd. *independent State legislature doctrine*, che è stata oggetto di ampia discussione a opera della dottrina statunitense¹⁸, non da ultimo poiché contraddirebbe il principio sancito dalla Corte nella già richiamata pronuncia del 2015 relativa alla commissione elettorale indipendente dell'Arizona, potrebbe tuttavia non essere oggetto di pronuncia sul merito da parte della Corte Suprema. Infatti, la decisione della Corte Suprema della North Carolina di riesaminare il caso¹⁹ e il successivo ribaltamento del verdetto²⁰, in forza di un cambiamento degli equilibri in seno a tale collegio, potrebbe rendere non più giustiziabile il caso dinanzi alla Corte Suprema federale, che dovrebbe in questo caso pronunciarsi nel senso della *mootness* del caso²¹.

Ai fini della trattazione in oggetto, pur nella consapevolezza del potenziale dirimpente che una decisione favorevole all'accoglimento di una qualche versione della *independent State legislature doctrine* avrebbe su tutto il contenzioso in materia elettorale, specie con riferimento ai rimedi residuali a disposizione per contrastare la proliferazione del *partisan gerrymandering*, si prenderanno in esame esclusivamente i possibili esiti della vicenda relativa al *redistricting* operato dallo Stato dell'Alabama. In particolare, dopo aver fornito un'essenziale ricostruzione della giurisprudenza federale in tema di eguaglianza del voto nella determinazione dei confini dei collegi elettorali (par. 2), si intende discutere in che termini la giurisprudenza della Corte Suprema abbia circoscritto l'utilizzo della razza a fini di valorizzazione della partecipazione politica delle minoranze (par. 3); quanto premesso sarà propedeutico allo sviluppo di alcune considerazioni conclusive sui possibili approdi della vicenda nel caso *Merrill v. Milligan* e le conseguenze sull'apertura dei processi politici che tale pronuncia potrebbe esercitare nell'ambito dei prossimi cicli di *redistricting* (par. 4).

¹⁸ M.T. MORLEY, *The Independent State Legislature Doctrine*, 90 *Fordham Law Review* 501 (2021); J. MARISAM, *The Dangerous Independent State Legislature Theory*, *Michigan State Law Review* 571 (2022); C. SHAPIRO, *The Independent State Legislature Theory, Federal Courts, and State Law*, 90 *University of Chicago Law Review* 137 (2023).

¹⁹ *Harper v. Hall*, No. 413PA21, Order of Feb. 3, 2023.

²⁰ *Harper v. Hall*, No. 413PA21-2, April 28, 2023.

²¹ A. HOWE, *Justices order new briefing in Moore v. Harper as N.C. court prepares to rehear underlying dispute*, in *SCOTUSblog.com*, 2 Marzo 2023; A. HOWE, *Justices call for further briefing in major election law case*, in *SCOTUSblog.com*, 4 Maggio 2023.

2. La sindacabilità delle operazioni di *redistricting* e l'eguaglianza del voto in entrata

La determinazione dei confini dei collegi elettorali per l'elezione di assemblee legislative od organi collegiali a livello locale è stata a lungo considerata una questione rimessa alla piena discrezionalità del legislatore, senza che ciò potesse essere oggetto di scrutinio da parte del giudiziario, almeno a livello federale. D'altro canto, almeno fino alla *Civil Rights Revolution* degli anni '60, il contenzioso si era ampiamente concentrato sulle cd. barriere di prima generazione all'esercizio del voto. Si trattava cioè di impedimenti all'accesso alle urne dei cittadini appartenenti a una minoranza, che, per effetto di test di alfabetizzazione, requisiti censitari e clausole che riconoscevano il suffragio solo a chi discendesse da cittadini che erano elettori già precedentemente alla Guerra di Secessione e all'approvazione dei cd. *Reconstruction Amendments* (si parla a proposito di *grandfather clauses*), erano esclusi dal corpo elettorale²². Fu dunque con il superamento della lunga parentesi delle *Jim Crow laws*, anche in forza dell'approvazione del *Voting Rights Act*, che la sfida per una piena integrazione della minoranza afroamericana fu costretta a cambiare binario, concentrandosi piuttosto sul tentativo di evitare che la titolarità del diritto di voto non fosse frustrata in concreto dalla diluizione del 'peso' elettorale di questi gruppi sociali nella determinazione della composizione degli organi elettivi²³.

Un primo profilo della giurisprudenza federale in materia attiene all'eguaglianza del voto in entrata, orientandosi infatti sull'obiettivo di minimizzare le variazioni nella consistenza demografica dei singoli collegi elettorali, affinché ciascun eletto rappresenti un numero pressoché equivalente di cittadini. A questo proposito, la Corte Suprema superò la cautela che animava la precedente decisione in *Colegrove v. Green*²⁴, che aveva sancito la non sindacabilità in giudizio delle controversie attinenti al *redistricting*; con questa pronuncia, infatti, la maggioranza del collegio si era fatta latrice di un'interpretazione della *Congressional Elections Clause* volta a valorizzare il ruolo di supervisione e intervento del Congresso federale in chiave rimediale rispetto alle legislazioni statali in materia elettorale. Questa chiusura fu di lì a poco superata tanto con riferimento alle elezioni per cariche di governo a livello locale, quanto per quelle al Congresso federale. Un primo caso è ascrivibile al filone delle controversie in materia di *racial gerrymandering*, a favore della cui sindacabilità la Corte si espresse censurando una rideterminazione dei confini della città di Tuskegee (Alabama) che aveva escluso

²² A. DERFNER, *Racial Discrimination and the Right to Vote*, 26 *Vanderbilt Law Review* 523 (1973).

²³ G.F. FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*, Giappichelli, Torino, 2011, 175-177.

²⁴ 328 U.S. 549 (1946).

dal perimetro urbano la quasi totalità dei residenti afroamericani, che avrebbero altrimenti costituito una netta maggioranza degli elettori a livello municipale. La decisione, pur riconoscendo gli ampi margini di discrezionalità dei legislatori statali nella determinazione dei confini dei collegi elettorali, argomentava nel senso dell'obbligo di rispettare quelle disposizioni costituzionali federali che garantissero espressamente diritti ai cittadini, quali il diritto a non essere discriminati su base razziale nell'accesso al voto (XV emendamento)²⁵. Fu poi nel fondamentale caso *Baker v. Carr* che il vertice del giudiziario federale precisò come l'esercizio del potere di *redistricting* statale non potesse giovare dell'immunità dal vaglio giurisdizionale garantita dalla *political question doctrine*; la questione, argomentò la Corte, non atteneva infatti alla distribuzione orizzontale dei poteri fra rami del governo federale, quanto piuttosto al rispetto da parte di un atto normativo statale, pur significativamente pervaso di natura politica, dei limiti stabiliti dalla Costituzione²⁶.

Su questi presupposti la Corte Suprema ha dunque potuto elaborare un rilevante corpus giurisprudenziale che ha ricavato dall'interpretazione dell'*Equal Protection Clause*, da un lato, e della *Congressional Elections Clause*, dall'altro, un principio di sostanziale eguaglianza del voto in entrata, esemplificato dalla locuzione "one person, one vote"²⁷. In particolare, questo principio si applica alla determinazione dei collegi elettorali per le elezioni al Congresso federale in forza dell'art. I, §2 della Costituzione, che prescrive l'elezione della Camera dei Rappresentanti "by the people of the several states"; questo requisito è stato strettamente associato dalla giurisprudenza della Corte alla scelta in sede costituente che la Camera dovesse rappresentare i cittadini degli Stati, laddove il Senato veniva investito della funzione di rappresentanza degli enti statali²⁸. L'appello all'*Equal Protection Clause* ha consentito inoltre di estendere l'obbligo di conformità a tale principio altresì alle operazioni di *redistricting* che riguardino l'elezione delle legislature statali, anche laddove ciò contravvenga a disposizioni costituzionali di uno specifico Stato²⁹. Al netto delle divergenze che possono insorgere fra le variazioni ammissibili nella consistenza demografica dei collegi a livello federale e statale³⁰, si può pacificamente ritenere che la giurisprudenza degli anni '60 del XX secolo abbia contribuito a porre un freno all'inveterata pratica del

²⁵ *Gomillion v. Lightfoot*, 364 U.S. 339 (1960).

²⁶ 369 U.S. 186 (1962).

²⁷ *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963).

²⁸ *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1 (1964).

²⁹ *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964).

³⁰ G. CASPER, *Apportionment and the Right to Vote: Standards of Judicial Scrutiny*, *Supreme Court Review* 1 (1973); I. RUBIN, *Equal Protection in Legislative Apportionment: A New Double Standard*, 5 *North Carolina Central Law Journal* 308 (1974).

*malapportionment*³¹. Peraltro, negli anni successivi la Corte Suprema ha rifiutato in più occasioni di formulare espressamente delle soglie esplicite di tollerabilità delle variazioni della popolazione fra collegi³², pronunciandosi tuttavia nel senso di consentire una minima variabilità della consistenza numerica fra i diversi collegi istituiti per l'elezione di assemblee legislative statali³³.

3. *Racial gerrymandering* ed eguaglianza politica: fra diritto alla rappresentanza e opportunità delle minoranze di incidere sui processi politici

Se la summenzionata giurisprudenza ha consentito dunque di affrontare la questione relativa all'esistenza di una certa asimmetria demografica nella composizione dei collegi elettorali, la Corte Suprema ha dovuto altresì fare i conti con tentativi di strutturare i meccanismi di elezione in modo tale da ridurre l'impatto dell'affluenza alle urne degli elettori appartenenti alle minoranze. Questa intenzione si è manifestata secondo almeno due direttrici principali: da un lato, furono introdotti sistemi di elezione di organi collegiali *at large*, privilegiando così i collegi plurinominali rispetto a quelli uninominali, con l'effetto di neutralizzare il voto degli elettori afroamericani e consentire alla maggioranza degli elettori di eleggere tutti i membri di una determinata assemblea elettiva; dall'altro, i confini dei collegi elettorali venivano tracciati così da assicurare una distribuzione dei cittadini afroamericani che ne penalizzasse la possibilità di essere maggioranza e, correlativamente, la capacità di eleggere un rappresentante. Se la prima strategia poteva essere adoperata per l'elezione di organi assembleari a livello locale o statale, non si poteva far ricorso a essa per l'elezione dei membri della Camera dei Rappresentanti: infatti, a partire dal 1967, la legislazione federale dispone espressamente che essi siano eletti in tanti collegi uninominali quanti siano i seggi spettanti a ciascuno Stato nella *House of Representatives*³⁴.

³¹ Per una ricostruzione sulle origini del *malapportionment* all'indomani delle prime significative pronunce degli anni '60 in materia, si rinvia alla diffusa trattazione di G. BOGNETTI, *Malapportionment ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1966, ove l'A. sostiene che l'attivismo della Corte in materia sia coerente con una partecipazione della Corte Suprema all'esercizio della funzione di indirizzo politico che daterebbe addirittura alla Presidenza del *Chief Justice* John Marshall, 284 ss.

³² *Kirkpatrick v. Preisler*, 394 U.S. 526 (1969); *Karcher v. Daggett*, 462 U.S. 725 (1983).

³³ *Mahan v. Howell*, 410 U.S. 315 (1973); *White v. Regester*, 412 U.S. 755 (1973); *Gaffney v. Cummings*, 412 U.S. 735 (1973); più recentemente, *Harris v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 136 S. Ct. 1301 (2016).

³⁴ *Uniform Congressional District Act*, Pub. L. 90-196, 81 Stat. 581; peraltro, il Congresso aveva regolato la materia già in precedenza, disponendo in particolare il divieto di elezione *at-large* in un unico collegio plurinomiale su scala statale di tutti i

A questo secondo proposito, gli elettori appartenenti a una minoranza potevano dunque essere concentrati in alcuni specifici collegi, così da costituire una supermaggioranza in quella specifica area territoriale, perdendo però la possibilità di poter competere per il seggio in un maggior numero di collegi elettorali sul territorio statale. Si parla in questi casi di un ricorso alla tecnica del cd. ‘packing’, che si traduce nel tentativo di assicurare che la consistenza demografica di una minoranza sia diluita facendo in modo che gli elettori appartenenti a tale gruppo sociale esprimano una maggioranza schiacciante dei voti in un numero limitato di collegi, così “sprecando” voti che potrebbero diversamente essere altrimenti decisivi in collegi elettorali in bilico. Diversamente, tali cittadini potevano essere distribuiti sulla totalità dei collegi elettorali dello Stato, così da non essere in grado (quasi) mai di esprimere una maggioranza e quindi di eleggere un rappresentante dei propri interessi. In questa circostanza, si suole qualificare la tecnica con il termine *cracking*, per palesare come lo spezzettamento del gruppo sociale in una pluralità di collegi sia predeterminato a prevenirne una concentrazione altrimenti suscettibile di consentire ad essi di eleggere un rappresentante di proprio gradimento³⁵.

La ragione che fonda le critiche al *racial gerrymandering* sotto il profilo della legittimità a livello costituzionale risiede nella motivazione discriminatoria di tale pratica, che manipolerebbe i confini dei collegi elettorali al solo scopo di minimizzare la possibilità di determinati gruppi sociali di influire sulla determinazione delle scelte politiche della comunità, inibendone la possibilità di esprimere una voce nelle sedi a ciò deputate tramite rappresentanti democraticamente eletti. Tale effetto sarebbe dunque illegittimo poiché volto a riservare un trattamento differenziato a un gruppo sociale ben individuato, anziché essere ascrivibile ai tradizionali criteri di *apportionment* che hanno storicamente guidato l’azione dei legislatori in materia (es. contiguità territoriale, tentativo di evitare la suddivisione di entità amministrative quali municipalità o contee, etc.).

Per quanto attiene alla prima delle due strategie a cui i legislatori statali facevano ricorso per minimizzare la rappresentanza della minoranza afroamericana, la giurisprudenza della Corte Suprema aveva escluso che l’adozione di un sistema di elezione di una legislatura statale basato su collegi plurinominali fosse di per sé contrario alla Costituzione federale³⁶. Inoltre, la combinazione di

rappresentanti di uno Stato (*Apportionment Act of 1842*, ch. 47, 5 Stat. 491); tuttavia, con l’adozione dell’*Apportionment Act of 1911* (Pub. L. 62-5, 37 Stat. 13) e del *Reapportionment Act of 1929* (Pub. L. 71-13, 46 Stat. 21) alcuni di questi vincoli erano venuti indebolendosi, fondando la necessità di un nuovo intervento del legislatore federale.

³⁵ N.O. STEPHANOPOULOS, *The Causes and Consequences of Gerrymandering*, 59 *Wm. & Mary L. Rev.* 2115, 2121 (2018).

³⁶ *Fortson v. Dorsey*, 379 U.S. 433 (1965); *Whitcomb v. Chavis*, 403 U.S. 124 (1971).

collegi uninominali e plurinominali non andava qualificata come una discriminazione razziale costituzionalmente illegittima, quando apportasse un miglioramento generale della rappresentanza di una minoranza a livello aggregato rispetto al precedente assetto dei confini dei collegi elettorali³⁷.

Un secondo filone giurisprudenziale in materia di *racial gerrymandering* attiene invece all'interpretazione del divieto di test, meccanismi o altre misure che abbiano l'intento di discriminare sulla base della razza l'esercizio del suffragio, ai sensi della §2 del *Voting Rights Act*. A questo proposito, la Corte Suprema in un primo momento aveva escluso che la disposizione si applicasse anche a quelle decisioni in materia di *apportionment* che, pur senza essere apparentemente preordinate a discriminare una minoranza razziale, avessero l'effetto concreto di impedire a quel gruppo sociale di esprimere un numero di rappresentanti ragionevolmente commisurato alla propria consistenza demografica³⁸. Il Congresso aveva dunque provveduto a emendare il testo della disposizione, sì da estendere espressamente la sfera di applicazione della §2 anche a quelle misure legislative che cagionassero in concreto una discriminazione sotto il profilo della razza³⁹. Tale disposizione era stata dunque oggetto di interpretazione da parte della Corte Suprema nel fondamentale caso *Thornburg v. Gingles*⁴⁰, la cui definizione dei criteri di applicazione della §2 del *Voting Rights Act* resiste ormai da oltre tre decenni.

In particolare, il vertice del giudiziario federale aveva menzionato alcuni requisiti che fondassero la configurabilità di un *racial gerrymandering* ai sensi del novellato testo della §2, con particolare riferimento al ricorso a collegi plurinominali anziché uninominali. Tale pronuncia richiedeva che la minoranza razziale asseritamente discriminata fosse sufficientemente ampia e contigua sotto il profilo geografico da poter formare una maggioranza in un collegio uninominale; che essa votasse costantemente in maniera uniforme (costituisse, cioè, un cd. 'voting bloc' omogeneo, tale per cui l'appartenenza razziale fosse un indicatore affidabile del comportamento elettorale); infine, che la maggioranza votasse regolarmente in modo opposto alla minoranza, impedendo a quest'ultima di eleggere un proprio rappresentante. È proprio questo *totality of circumstances test* che rischia di essere posto in discussione nel caso pendente dinanzi alla Corte Suprema nel *term* 2022, mettendo così a repentaglio la possibilità di ricorrere alla creazione di *majority-minority districts* (vale a dire, collegi uninominali dove la

³⁷ *Beer v. United States*, 425 U.S. 130 (1973). In questa circostanza, la Corte Suprema aveva dunque chiarito il significato del principio di *non-retrogression* rintracciabile nella §5 del *Voting Rights Act*, che disciplina il cd. meccanismo di *preclearance*.

³⁸ *City of Mobile v. Bolden*, 446 U.S. 55 (1980).

³⁹ *Voting Rights Act Amendments of 1982*, Pub. L. 97-205, 96 Stat. 134.

⁴⁰ 478 U.S. 30 (1986).

maggioranza della popolazione sia costituita da cittadini appartenenti a una minoranza razziale).

Il ricorso a criteri basati sul dato razziale per orientare la determinazione dei collegi elettorali è stato peraltro progressivamente limitato da una serie di pronunce del decennio successivo, che hanno assoggettato l'uso della razza a fini di *redistricting* a uno scrutinio particolarmente penetrante, volto a verificare il perseguimento di un interesse statale cogente e la proporzionalità della deroga ai tradizionali criteri di *apportionment* rispetto al fine perseguito⁴¹. Su questo presupposto, la Corte Suprema ha ritenuto si configurasse un *racial gerrymandering* vietato ai sensi della *Equal Protection Clause* del XIV emendamento nei casi ove le considerazioni associate all'appartenenza razziale costituissero il fattore predominante nella scelta di tracciamento dei confini dei collegi⁴². Peraltro, un tale approccio rigoroso non è stato mitigato neppure laddove il ricorso a criteri di appartenenza razziale sia stato dettato dall'intenzione di rimediare a passate violazioni del *Voting Rights Act*, ai sensi della §5⁴³; diversamente, una rideterminazione dei confini dei collegi che, per conformarsi al divieto di misure legislative a effetto discriminatorio di cui alla §2, sia *race conscious* non è di per sé incostituzionale, anche se deve essere sottoposta a uno *strict scrutiny*⁴⁴. A questo proposito, più di recente la Corte ha riconosciuto il perseguimento di quest'ultimo scopo quale *compelling State interest*, specificando come, una volta che il ricorrente abbia dimostrato la predominanza del fattore razziale sui tradizionali criteri di *redistricting*, l'onore della prova relativo alla sussistenza del rapporto di proporzionalità gravi sugli Stati⁴⁵.

Prima di volgere lo sguardo alla controversia sottoposta alla Corte Suprema nel presente *term*, giova altresì fare cenno a un ulteriore profilo della giurisprudenza federale che rileva ai fini di una più compiuta enucleazione del diritto costituzionale alla partecipazione politica. In particolare, il vertice del giudiziario federale ha espressamente rigettato una concezione della rappresentanza politica quale meramente riconducibile a un rapporto di proporzionalità fra la consistenza demografica di un gruppo sociale (o, per dirla con una categoria cara alla giurisprudenza della Corte Burger, di una comunità di interesse⁴⁶) e il numero di

⁴¹ *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993).

⁴² *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900 (1995).

⁴³ *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996).

⁴⁴ *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952 (1996).

⁴⁵ *Bethune-Hill v. Virginia State Board of Elections*, 137 S. Ct. 788 (2017); *Abbott v. Perez*, 138 S. Ct. 2305 (2018).

⁴⁶ N. MAVEETY, *Representation Rights and the Rehnquist Years: the Viability of the "Communities of Interest" Approach*, in D.K. RYDEN (a cura di), *The U.S. Supreme Court and the Electoral Process*, Georgetown University Press, Washington (D.C.), 2000.

rappresentanti che essa sia in grado di eleggere in un organo collegiale⁴⁷. La Corte Suprema, infatti, ha altresì ritenuto legittima l'opzione di 'sacrificare' un certo numero di *majority-minority districts*, ove la vittoria del candidato rappresentativo di una minoranza fosse generalmente assicurata, in favore della creazione di un maggior numero di cd. *influence districts*, vale a dire collegi competitivi in cui tali candidati, pur non avendo la strada spianata verso l'elezione, fossero in ogni caso in grado di contenderla⁴⁸. Più recentemente, tuttavia, il collegio ha circoscritto la sfera di applicazione del principio sancito nella decisione *Thornburg v. Gingles* (v. *supra*). Secondo la Corte, infatti, il *totality of circumstances test* fonda una violazione della §2 del *Voting Rights Act* solo qualora la minoranza che lamenti una lesione del proprio diritto alla rappresentanza sia in grado di eleggere autonomamente un proprio rappresentante, così escludendo l'applicabilità del suddetto principio giurisprudenziale ai c.d. *crossover districts*, ove è decisivo il supporto di un certo numero di elettori non appartenenti a tale minoranza⁴⁹.

4. La Corte Suprema fra *race conscious apportionment* e prospettive di neutralizzazione della §2 del *Voting Rights Act*.

Sulla base della sintetica illustrazione della traiettoria giurisprudenziale che ha contraddistinto l'attività della Corte Suprema in materia di *racial gerrymandering* nei quasi sessant'anni di vigenza del *Voting Rights Act*, si possono ora svolgere alcune considerazioni prognostiche sul caso *Merrill v. Milligan*. Come anticipato sopra (par. 1), la Corte Suprema ha concesso la sospensione degli effetti della sentenza con cui una Corte federale distrettuale dello Stato dell'Alabama aveva censurato quale *racial gerrymandering* il piano di *apportionment* approvato a seguito dell'ultimo censimento della popolazione da parte della legislatura statale. I ricorrenti lamentavano la violazione della §2 del *Voting Rights Act* in ragione del mantenimento di un solo *majority-minority district* sui sette collegi uninominali in cui veniva diviso il territorio statale, nonostante la popolazione ascrivibile alla minoranza afroamericana costituisse il 27% della popolazione. Applicando il *totality of circumstances test* consolidato a partire da *Thornburg v. Gingles*, il giudice distrettuale aveva dunque dichiarato illegittimo il piano di *redistricting* approvato, invitando la legislatura statale a proporre una diversa versione che tenesse conto dei rilievi formulati dalla decisione della corte. Sulla base di queste circostanze, la Corte Suprema è intervenuta sospendendo in via cautelare l'efficacia della pronuncia, riservandosi di decidere sulla fondatezza della pronuncia di primo grado.

⁴⁷ *Johnson v. De Grandy*, 512 U.S. 997 (1994).

⁴⁸ *Georgia v. Ashcroft*, 539 U.S. 461 (2003).

⁴⁹ *Bartlett v. Strickland*, 556 U.S. 1 (2009); *Cooper v. Harris*, 136 S. Ct. 2512 (2017).

Pur se si tratta di una mera decisione in sede cautelare, peraltro adottata nell'ambito del cd. *shadow docket*, la natura controversa dell'intervento della Corte Suprema è palesato dall'opinione dissenziente del *Chief Justice* Roberts e da quella di *Justice* Elena Kagan, alla quale hanno aderito gli altri due giudici di orientamento *liberal* (Sotomayor e Breyer). Conviene, tuttavia, dare innanzitutto conto dell'opinione concorrente che *Justice* Kavanaugh ha espresso a corredo della decisione della Corte. L'argomento principale, se non il solo, addotto dall'opinione concorrente risiede nella necessità di rispettare il cd. *Purcell principle*: le corti federali dovrebbero cioè evitare di pronunciarsi nel senso di censurare una specifica disciplina elettorale nell'imminenza di una consultazione popolare, per evitare di rendere l'organizzazione della stessa particolarmente complicata per le autorità che ne siano responsabili, nonché per evitare di ingenerare confusione negli elettori⁵⁰. Tralasciando in questa sede una disamina sulla ragionevolezza di questo principio giurisprudenziale⁵¹, specie con riferimento a cicli elettorali con cadenza tanto frequente quali sono quelli per l'elezione dei membri della Camera dei Rappresentanti, si ritiene piuttosto di concentrarsi sui criteri di interpretazione della §2 del *Voting Rights Act*.

Giova rilevare come questa pronuncia faccia emergere un'apparente divaricazione all'interno del blocco conservatore riguardo all'interpretazione delle circostanze che giustificano la concessione di un provvedimento cautelare da parte della Corte Suprema. Kavanaugh, infatti, ritiene che l'assenza di chiarezza della giurisprudenza federale sul *thema decidendum* giustifichi la sospensione cautelare della decisione di primo grado, in forza dell'applicazione del *Purcell principle*; diversamente, Roberts, pur condividendo la necessità di una più precisa definizione dell'ambito di applicazione della disposizione, dissente dalla decisione della Corte, escludendo l'opportunità di intervento cautelare laddove la decisione del giudice inferiore sia conforme all'orientamento prevalente della giurisprudenza federale.

L'opinione dissenziente di *Justice* Kagan, oltre a deprecare la concessione di una sospensione degli effetti della sentenza della corte distrettuale, anticipa in un certo senso la discussione sul merito della controversia, ripercorrendo sinteticamente l'analisi svolta dal giudice distrettuale sulla base dei tre fattori elaborati nel precedente *Gingles*. In particolare, ciò che viene contestato è la richiesta che la pretesa di una minoranza a che l'assetto dei confini dei collegi assuma una conformazione diversa – e non discriminatoria – sia basata su una integrale assenza di considerazioni su base razziale. Tuttavia, argomenta Kagan, il primo dei criteri riconducibili a *Gingles* (la compattezza geografica di un gruppo

⁵⁰ *Purcell v. Gonzalez*, 549 U.S. 1 (2006).

⁵¹ R.L. HASEN, *Reining in the Purcell Principle*, 43 *Florida State University Law Review* 427 (2016).

sociale) non è mai stato interpretato nel senso di richiedere una totale indifferenza a elementi di natura razziale nella determinazione di schemi di *apportionment* alternativi a quello impugnato in giudizio.

La discussione orale del caso dinanzi alla Corte nell'ottobre del 2022 non sembra avere lasciato certezze granitiche ai commentatori, che pure in alcuni casi si sono sbilanciati nell'escludere che la Corte possa adottare un'interpretazione che imponga una radicale neutralità delle operazioni di *redistricting* rispetto al fattore razziale, invocando l'*Equal Protection Clause*. Anziché una pronuncia che vada a caducare la portata della disposizione facendo direttamente leva su una disposizione costituzionale, ciò che pare più lecito attendersi sarebbe una decisione sul piano della *statutory interpretation*. Più specificamente, la maggioranza della Corte potrebbe prodigarsi in una riscrittura dei criteri elaborati nel fondamentale precedente *Gingles*, tale da rendere più ostica la configurabilità di un *racial gerrymandering*, così riespandendo la sfera di discrezionalità dei legislatori statali in materia⁵².

Il rischio sottostante a una decisione in questo senso, che peraltro si salderebbe idealmente con quella del caso *Brnovich* di cui si è detto nel paragrafo introduttivo, sarebbe di restringere il novero di fattispecie che legittimino l'istituzione di *majority-minority districts* – o, almeno, di *influence districts*. Ciò indebolirebbe senz'altro la capacità delle minoranze razziali di incidere sulla composizione delle assemblee elettive, riducendone in molti casi il diritto alla partecipazione politica a un mero riconoscimento formale del suffragio. D'altro canto, difficilmente si potrebbe ritenere soddisfacente la possibilità, per queste minoranze, di ottenere soddisfazione della propria pretesa attraverso le tradizionali dinamiche dei processi politici; infatti, sarebbe proprio la strutturale non contendibilità dell'esito dei procedimenti elettorali a fondare un intervento giurisdizionale a favore di quelle “discrete and insular minorities” che già erano state evocate dalla celeberrima *Footnote Four* del caso *Carolene Products*⁵³.

Su questo sfondo, il consolidamento della supermaggioranza conservatrice in seno alla Corte Suprema appare giocare un ruolo fondamentale per gli esiti di questa controversia, nonché per la futura giurisprudenza in materia politico-elettorale. D'altro canto, la *medietas* apparente del *Chief Justice* sulla vicenda cautelare di cui si è detto non dovrebbe illudere, poiché lo stesso Roberts ha in più

⁵² R.L. HASEN, *Oral Argument Analysis of Merrill v. Milligan: Alabama Won't Get All It Wants in Voting Rights Redistricting Case, But It May Well Get Enough*, in *electionlawblog.org*, 4 ottobre 2022.

⁵³ *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938). Su questo punto, si rinvia alle riflessioni del filone dottrinale ascrivibile alla cd. *political process theory*, elaborate a partire dall'impostazione di J.H. ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1980.

occasioni dimostrato di non essere un giudice particolarmente moderato nelle controversie attinenti ai diritti politici, come dimostra la tanto criticata opinione di maggioranza di cui è stato redattore nel caso *Shelby County v. Holder*. D'altro canto, proprio la neutralizzazione della *coverage formula* che sottendeva al meccanismo di *preclearance* ha reso più agevole la proliferazione di legislazioni statali produttive di effetti discriminatori; ciò ha comportato la sottrazione al vaglio preventivo, fra gli altri, dei piani di *apportionment* approvati dai legislatori statali in una serie di Stati che, liberi da tale vincolo, sembrano aver adottato criteri di *redistricting* significativamente penalizzanti per una parte dei loro cittadini, che godono così di una cittadinanza politica in un certo senso dimidiata.