

Una impervia strada da Bandemer a Rucho: tutela della democrazia rappresentativa e valore della legittimazione giudiziale alla prova del partisan gerrymandering

di Giuseppe Naglieri

Abstract: A rugged road from Bandemer to Rucho: the defence of representative democracy and the value of judicial legitimacy challenging partisan gerrymandering –

The paper aims to enlighten the impact of modern partisan gerrymandering on the American representative democracy. In a route which tries to trace the debate on the subject since the independence, attempts will be made to articulate and review the main problems in which the courts have fallen through the years, and above all, the search for the judicially manageable standard to adjudicate those cases. Among all, the Supreme Court's decisions in *Vieth* and *Rucho* will be examined trying to detect a questionable use of the political question doctrine bent to an originalist view of the Constitution. Conversely, the paper, enjoying the most recent academic production, tries to explore new ways to face the partisan threat, emphasizing the major differences between old and recent p.g., which led the least to be qualified by many as the most dangerous tool to reverse the democratic principle.

4603

Keywords: partisan gerrymandering, representative democracy, political question, originalism, manageable standard, equal protection.

*Most of the things worth doing in the world
had been declared impossible before they were done.*

Justice Louis Brandeis

1. Democrazia rappresentativa e torsioni oligarchiche: elementi quantitativi per una analisi di contesto

Nelle elezioni congressuali del 2016, il margine medio di vittoria nei collegi della Camera dei Rappresentanti si è attestato al 37.1 per cento¹: il candidato vincente, democratico o repubblicano, ha ottenuto il seggio con una media quasi pari al 70 per cento dei voti². Di 435 competizioni uninominali, 33 si sono concluse con un margine vicino al 10 per cento, solo 17 con margine uguale o inferiore al 5

¹ B. Klass, *Gerrymandering is the biggest obstacle to genuine democracy in the United States. So why is no one protesting?*, in *Washington Post*, 10 febbraio 2017, cit. in Cunningham, McK., *Gerrymandering and conceit: the Supreme Court's conflict with itself*, in *Hastings Law Journal*, vol. 69 no.6, August 2018, p. 1514.

² *Ibidem*.

per cento³: in 9 collegi su 10 i risultati elettorali erano manifesti prima ancora del voto.

Nelle stesse elezioni, dati aggregati a livello nazionale dimostrano come con il 49.1 per cento del voto popolare, i repubblicani abbiano ottenuto 241 seggi, contro i 194 dei democratici, che pure avevano raggiunto il 48 per cento dei voti espressi⁴.

Se si guarda alle elezioni del 2014 i dati paiono grossomodo sovrapponibili⁵, potendosi giungere alla conclusione che, in quel ciclo, solo 14 collegi potevano dirsi realmente competitivi.⁶

Dati elettorali a livello statale mostrano un panorama, se possibile, ancor più distortivo: nel 2012, in Pennsylvania, i democratici ottenevano solo 5 seggi sui 18 della camera bassa, a fronte del 51 per cento del voto popolare statale; nel 2014 in Maryland, i democratici ottenevano l'87 per cento dei seggi alla camera, a fronte del ben più modesto 57 per cento del voto popolare; i medesimi scollamenti si rinvengono nelle più recenti elezioni in Indiana, Kansas, Michigan, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Virginia, Wisconsin e Wyoming⁷.

Dati statistici così eloquenti, oltre a dipingere un panorama politico governato da macroscopiche distorsioni effetto del *partisan gerrymandering*, sono in grado di rivelare molto di più: una attenta analisi⁸, rafforzata dall'utilizzo di serie storiche a partire dal 1972, ha dimostrato che ad un moderato uso del *gerrymandering*⁹ ad opera dei due partiti, è venuto via via soppiantandosi un suo spregiudicato abuso proprio a partire dal ciclo elettorale successivo ai censimenti del decennio passato.

La natura non competitiva delle corse elettorali per il congresso, deve farsi però risalire ad una espansione nell'uso di pratiche di *gerrymandering*, ovvero ad un decisivo affinamento delle tecniche manipolative – e quindi – ad un suo uso più efficace? La risposta a questa domanda lascia scorgere le ragioni della drammatica crisi di rappresentatività che il sistema politico statunitense, sferzato dal *partisan gerrymandering*, affronta: il dibattito attorno al ridisegno dei collegi elettorali può sembrare mera teoria fino a quando non si apprende il funzionamento del *redistricting* al giorno d'oggi.

³ *Ibidem*.

⁴ Ballotpedia, *United States House of Representatives Election, 2016*: http://ballotpedia.org/UnitedStatesHouse-ofRepresentativeselections_2016.

⁵ R. Ballhaus,, *Deep Loss by Democrats Obscures Party's Numbers Problem*, in *Wall St. Journal*, 24 Novembre 2014, <http://blogs.wsj.com/washwire/2014/11/24/loss-bydemocrats-obscures-party-numbers-problem/>.

⁶ De Silver, D. For most voters, congressional elections offer little drama, Pew Research Center, 3 Novembre 2014, <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2014/11/03/for-most-voters-congressionalelections-offer-little-drama/>.

⁷ N. Stephanopoulos, E. McGhee, *Partisan gerrymandering and the efficiency gap*, in *University of California Law Review*, 82/2015, p. 837.

⁸ N. Stephanopoulos, E. McGhee, *ut supra*, pp. 835-837.

⁹ N. Stephanopoulos, E. McGhee, *ut supra*; a p. 867 rilevano che sino al 2012 “neither party enjoyed a systematic advantage over its opponents” e a p. 838 concludono: “the problem of gerrymandering has never been worse in modern American history”.

Le mappe elettorali sono oggi il frutto di una intensa attività di profilazione dell'elettorato: raccogliendo e incrociando enormi quantità di dati provenienti dalla rete – preferenze e *post* sui social network, acquisti online, iscrizioni a riviste e *forum* – con tutte le tipologie di dati già reperibili da pubblici registri – residenza, reddito familiare, elezioni per le quali si è richiesta l'iscrizione alle liste elettorali, affiliazione partitica, etnia – è possibile giungere ad una previsione delle preferenze elettorali pressoché infallibile¹⁰, ciò consentendo di fatto al partito di maggioranza nel legislativo statale di disegnare mappe con collegi elettorali dal vincitore pre-determinato¹¹ e quindi di garantirsi maggioranze parlamentari artificiali, determinate da algoritmi, anche per più di un decennio¹². La tecnologia diviene quindi strumento per programmare e massimizzare il risultato elettorale¹³,

¹⁰ Ciò è ancor più vero se si considera la sparizione del fenomeno dello *split vote* nelle elezioni concomitanti per congresso e presidenza: secondo le statistiche del Brookings Institutions (Vital Statistics on Congress, Brookings Institutions, 1 tbl. 2-16 (Sept. 7, 2017) (https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2017/01/vitalstats_ch2_tbl16.pdf) durante l'ultima metà del XX secolo, la percentuale di distretti congressuali dove gli elettori esprimevano preferenza diversa per presidente e deputato si è attestata tra il 19 e il 44 per cento, nel 2012 è stata invece solo del 6 per cento. Il netto calo dello *split vote* rende di fatto ancora più possibile predire le preferenze future dell'elettore e rende quindi il redistricting ancora più semplice. Cfr: J. A. Barrow, *A way out of the political thicket: the simple solution to partisan gerrymandering*, Harvard Journal of Legislation, 55/2018, p. 8, secondo cui «When there were lots of voters who split their ballot, partisan mapmakers could not “cut” the majorities in “their” districts too closely without giving the other party an opening whenever there was even a slight turn in the political tide. A significant percentage of split-ticket voters would cause even the greediest of partisan mapmakers to insist on a substantial safety factor when designing “their” districts. In short, in an age of widespread split-ticket voting, a reliable majority required a considerable safety margin. But in an age of overwhelmingly partisan voters, old margins of safety have gone out the window. And that gives partisan mapmakers a much larger field of play».

¹¹ «Mapmakers have access not only to the massive amount of demographic data collected by the U.S. census, but they can also purchase any number of other databases or public records. Anything you like on Facebook, anything you purchase on Amazon, any license or registration or magazine subscription—in the same strange way that an ad might track you across the web, it's likely landing in some direct marketer's database as well [...] this level of technological sophistication, combined with hardened partisanship among voters who define themselves as red and blue, makes our voting preferences almost shamefully easy to predict. Add census information and public records to the formula—say, household income, ethnicity, and the elections you've voted in—and the picture becomes even clearer. The data and the technology make tilting a district map almost as easy as one-click ordering on Amazon»; D. Daley, *The House the GOP Built: How Republicans Used Soft Money, Big Data, and High-Tech Mapping to Take Control of Congress and Increase Partisanship*, N.Y. Magazine, Apr. 24, 2016 (<http://nymag.com/daily/intelligencer/2016/04/gopshouse-seats-are-safe-heres-why.html>), cit. in: Barrow, J., *A way out of the political thicket: the simple solution to partisan gerrymandering*, Harvard Journal of Legislation, 55/2018, p. 6.

¹² “By drawing districts to maximize the power of some voters and minimize the power of others, a party in office at the right time can entrench itself there for a decade or more, no matter what the voters would prefer.”, Rucho v. Common Cause, 588 U.S. ___ (2019), Kagan dissenting, p. 47.

¹³ W. K. Tam Cho, *Technology-Enabled Coin Flips for Judging Partisan Gerrymandering*, in *Southern California Law Review* Postscript, 93/2019, pp. 12-13, afferma: «more sophisticated technology has fueled the threat of gerrymandering. With the aid of computers and advanced software, map drawers now have the ability to adhere tightly and meticulously to legal districting practices while simultaneously and surreptitiously entrenching power».

sovvertendo le regole stesse della democrazia rappresentativa: libere ed eque elezioni garantiscono la derivazione popolare dei poteri e il controllo periodico degli eletti da parte degli elettori¹⁴, vero fondamento, questo, del vivere democratico. Un uso spregiudicato della tecnologia al servizio degli interessi di partito nel *redistricting* ribalta integralmente tale principio: anziché presentarsi al cospetto dell'elettorato e a questo rispondere del proprio operato, l'eligendo è in grado, attraverso nuove e aggressive pratiche di *gerrymandering*, di selezionare accuratamente il suo elettorato in modo da garantirsi la rielezione¹⁵.

L'intero sistema è così posto in pericolo, e il rischio di torsioni oligarchiche è quanto mai reale¹⁶. Ma le vie attraverso cui il *partisan gerrymandering* è in grado di indebolire il circuito democratico sono molteplici, e conseguenze dirette sul funzionamento del sistema politico-costituzionale sono già visibili negli ultimi cicli elettorali. Ciononostante, ad oggi, la Corte Suprema, brandendo una fragile interpretazione della *political question doctrine*, ha negato di offrire rimedio¹⁷, ad una violazione costituzionale manifesta¹⁸ che, pur riconosciuta a tutte le latitudini da decenni¹⁹, si appresta a rimanere una legittima pratica del partito di maggioranza, di fronte alla impotenza del giudiziario federale.

Gli elementi quantitativi sopra ostesi, pur disvelando nuovi e chiaroscuri spazi nell'implementazione delle regole elettorali, evocano tuttavia fenomeni non nuovi al sistema politico americano. Sistemati interventi di diluizione e soppressione del voto hanno segnato lunghe fasi della vita democratica negli *States* e il *partisan gerrymandering* ne è solo il più longevo: l'opera manipolativa del collegio di Boston per mano dell'allora Governatore Elbridge Gerry, che valse quell'acuto e immutato neologismo coniato dalla *Boston Gazette* nel 1812, tutt'altro che restare un esperimento storico, è divenuta nel tempo una mera tappa nello sviluppo di strumenti finalizzati a governare il processo elettorale attraverso

¹⁴ Il giudice Elena Kagan, nella sua opinione dissenziente in *Rucho v. Common Cause*, ricorda le parole di Madison: "Republican liberty demands not only, that all power should be derived from the people; but that those entrusted with it should be kept in dependence on the people". Madison, J., *Federalist No. 37*, in *The Federalist Papers*, ed. Clinton Rossiter, New York, New American Library, 1961, p. 4, cit. in *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. ___ (2019), Kagan dissenting, p. 46.

¹⁵ "These gerrymanders enabled politicians to entrench themselves in office as against voters' preferences. They promoted partisanship above respect for the popular will" Kagan dissenting, p. 40 in *Rucho* cit.

¹⁶ Brief for Political Science Professors as *Amici Curiae* p. 20-22 cit. in *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. ___ (2019), Kagan dissenting, p. 48.

¹⁷ Parafrasando il giudice Elena Kagan: "For the first time ever, this Court refuses to remedy a constitutional violation because it thinks the task beyond judicial capabilities", *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. ___ (2019), Kagan dissenting, p. 40.

¹⁸ È questo il *decisum* dell'ultimo caso trattato dalla Corte, *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. ___ (2019); sulla natura prudenziale e svincolata dal testo costituzionale della *political question doctrine* applicata in *Rucho*, si tratterà più diffusamente nel prosieguo del presente lavoro.

¹⁹ Sulla illegittimità della pratica, la giurisprudenza è assai vasta e se ne darà conto più avanti. Tuttavia, la stessa Corte in *Vieth v. Jubelirer*, celebre caso che afferma, diciotto anni dopo *Bandemer*, la non giustiziabilità del *partisan redistricting*, non si esime dal riconoscere, pur in obiter dictum, l'illegittimità costituzionale della pratica: "excessive injection of politics [in districting] is unlawful. So it is, and so does our opinion assume"; *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004), p. 293.

una sistematica distorsione del voto. Gli attributi *Racial*, *partisan*, *bypartisan*, da sempre in uso nell'accademia e nel linguaggio comune, tendono davvero a fotografare specifiche finalità proprie di altrettante precipue forme di *gerrymandering* o in realtà al giorno d'oggi la finalità prevalente, che tutte le forme di *gerrymandering* celano è intrinsecamente politica, vale a dire l'ottenimento di un indebito vantaggio elettorale utile a mantenere o ampliare maggioranze contro il volere del corpo elettorale?

Se in effetti è senz'altro vero che i casi di PG e RG di prima generazione²⁰ avessero fini esclusivi differenti, c'è da prendere in considerazione un trend più recente, consistente nel tentativo di ottenere un indebito vantaggio di un partito a scapito dell'altro accorpendo minoranze razziali nel numero minore di collegi possibili: partendo dal presupposto che le minoranze di colore tendono a votare per candidati democratici, è possibile, individuandole e concentrandole in pochi collegi, ottenere un duplice vantaggio, razziale (nel senso di valorizzare il voto dei distretti a maggioranza bianca) e partitico. Da ultimo, lo stesso *Rucho v. Common Cause*, sorto in North Carolina nel 2016 e di cui si tratterà più diffusamente di seguito, sorge da un *racial redistricting* con fini partitici. È in atto da tempo quindi, a ben guardare, una flessione del *redistricting* razziale ai fini partitici e viceversa, soprattutto da parte dei legislativi a maggioranza repubblicana²¹. Tuttavia, l'uso dello schema del *partisan* per mascherare un intento *racial*, di fronte alla chiusura della Corte alla giustiziabilità del primo e alla rigida distinzione tra elemento razziale (*ictu oculi* riconoscibile) ed elemento politico (indistinguibile perché mutevole) può condurre ad una violazione della *equal protection clause* del XIV emendamento nascosta sotto l'eccesso (intangibile e ingiustiziabile) di *partisanship*. C'è ancora da rilevare come, nel più ampio spettro del *gerrymandering* politico in senso stretto, il *bypartisan* abbia da sempre ricevuto un trattamento deferente da parte delle corti e abbia tutto sommato sollevato poche questioni, data la sua natura pressoché compositiva.

Si guardi ad esempio a *Gaffney v. Cummings* 412 U.S. 735 (1973), un caso di *bypartisan gerrymandering* dei distretti per l'elezione della General Assembly del Connecticut: pur rispettando il one person one vote, nel tentativo di fornire una equa ripartizione dei seggi tra i due partiti, si era finito per creare distretti dai confini quantomeno bizzarri e, soprattutto, decisamente non-competitivi. La Corte, confermando la costituzionalità del piano, afferma che la compattezza dei distretti non costituisce di per sé un valore di dimensione costituzionale, e che, al

²⁰ Si citano i tre casi più noti di questa prima generazione: *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630 (1993), *Hunt v. Cromartie*, 526 U.S. 541 (1999), *Easley v. Cromartie*, 532 U.S. 234 (2001), *Miller v. Johnson* 515 U.S. 900 (1995), tutti casi sorti dalla creazione di minority-majority districts. Secondo la Corte, infatti, pur essendo consentito prendere in considerazione elementi razziali nel *redistricting*, questi non possono essere l'unica motivazione per la creazione di distretti *minority-majority*. In *Easley v. Cromartie* infatti, la Corte conferma la nuova versione del 12° distretto della North Carolina, poiché, nella sua formazione, pur avendo tenuto in conto l'elemento razziale, emerge anche l'intento di assicurare un seggio sicuro ai democratici.

²¹ Cfr. E. Ho Dale, *Something old, something new, or something really old? Second generation racial gerrymandering litigation as intentional racial discrimination cases*, in *William and Mary Law Review*, vol. 59 n.5, April 2018.

contrario, guardare solo al censo, senza attenzione all’impatto politico del *redistricting*, produrrebbe il peggiore gerrymandering di tutti. Ma soprattutto sottolinea che, quando il legislativo sostiene un piano bypartisan per una equa allocazione di forza elettorale, l’attenzione del giudiziario deve restare assai bassa, con ciò intendendo, a contrario, che operazioni di gerrymandering intese a favorire un solo partito debbano essere soggette a uno scrutinio più stretto.

2. Interventismo giudiziale e *malapportionment*: una strada nel *political thicket*

Attorno all’intervento giudiziario nel *redistricting* e in particolare nella sua degenerazione manipolativa più rischiosa²², il *partisan gerrymandering*, ha aleggiato, sino alle aperture della Corte *Warren* degli anni Sessanta e nuovamente a partire dal 2004 con la pronuncia resa dal giudice Scalia in *Vieth v. Jubelirer*²³, un clima di ferma diffidenza, fondato sulla convinzione che l’esercizio del potere di *apportionment*, “*the very foundation of democratic decisionmaking*”²⁴, scientemente attribuito dal costituente al legislatore in ragione della sua natura rappresentativa, non possa essere in alcun modo condiviso con il potere giudiziario, privo di legittimazione democratica diretta. Secondo tale visione, il potere di determinazione dei distretti elettorali, ricompreso nel potere di prescrivere “*Times, Places and Manners of holding elections*”²⁵ è attribuito dalla Costituzione federale ai rappresentanti eletti in ragione del fatto che considerazioni politiche siano insite al processo di *districting*²⁶; da qui discende che il solo potere deputato a rimediare agli effetti compressivi del diritto di voto del singolo e del sistema di rappresentanza *tout-court* eventualmente derivati dall’esercizio del *redistricting power* sia il legislativo stesso, statale o federale.

Le ragioni originaliste sopra riportate, tutt’altro che limitate al *partisan gerrymandering*, si estendevano, prima dell’intervento deciso della Corte in *Baker*, anche al *malapportionment*: appena quindici anni prima, in *Colegrove v. Green*²⁷ la Corte, con una opinione di Felix Frankfurter, dismetteva speditamente un emblematico caso sorto in Illinois, coniano per l’occasione la celebre espressione *political thicket*²⁸, per tale intendendo questioni di rilievo politico ricomprese in un’area di stretta competenza del Congresso non oltrepassabile dalle corti. L’elemento più rilevante in *Colegrove* è un uso disinvolto della dottrina della *political question* per evitare di ingerirsi in materie ad alto impatto sul circuito della decisione politica.

²² Recte: alla sua degenerazione manipolativa più rischiosa tutt’ora espressamente consentita, ossia quella con finalità partitiche.

²³ *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S., 267 (2004)

²⁴ Si cita letteralmente l’espressione di Scalia in *Vieth*, 541 U.S., cit., p. 22.

²⁵ U.S.C., art. I sect. 4 cl. 1 (election clause)

²⁶ Si cita qui testualmente *Gaffney v. Cummings*, 412 U. S. 735, 753 (1973)

²⁷ *Colegrove v. Green* 328 U.S., 549 (1946).

²⁸ Frankfurter, in particolare, definisce *political thicket* “*a core area of congressional competence into which the Court ought not to wade*”. Cfr. *Colegrove v. Green*, 328 U.S. (1946) pp. 549-51.

In netta antitesi rispetto alla *ratio* di *Colegrove* e proprio in ragione di arginare il possibile arbitrio giudiziario nella determinazione dei confini della *political question*, la Corte quindici anni dopo, in *Baker v. Carr*²⁹, con le parole di William Brennan, ricognizione le circostanze³⁰ in cui il giudiziario, chiamato a decidere, deve astenersi. In tale opinione, unanimemente riconosciuta come un'agile *vademecum* sulla dottrina della questione politica, è possibile scorgere il momento iniziale di una fase di vivace interventismo giudiziale: sebbene la sentenza dispieghi effetti diretti sulla giustiziabilità dei casi di *malapportionment*, una breccia è ormai aperta anche per il *partisan gerrymandering*. Le decisioni del biennio seguente³¹, celebri per l'elaborazione e il consolidamento del principio *one person one vote*, segnano un punto di svolta, giacché, aprendo la strada ad un pervasivo controllo del giudiziario sulla determinazione della popolosità dei distretti, consolidano l'interventismo che *Baker* aveva prefigurato.

3. Una debole svolta. *Bandemer* come punto di inizio. Il *turning point*³² sulla giustiziabilità del *partisan gerrymandering*, è senza dubbio costituito da *Davis v.*

²⁹ *Baker v. Carr* 369 U.S. 217 (1962).

³⁰ Questa la celebre elencazione delle circostanze in cui un caso può essere dismesso secondo la dottrina della *political question*:

«A textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question». *Baker v. Carr* 369 U.S. cit., p. 217. Per una analisi evolutiva della giurisprudenza inaugurata in *Baker*, si veda più avanti, in particolare il par. 4

³¹ Ci si riferisce, in specie, a *Grey v. Sanders*, 376 U.S., 368 (1963) circa i distretti per le elezioni di contea, *Reynold v. Sims*, 377 U.S. 368 (1963) circa i distretti per le elezioni dei legislativi statali e *Wesberry v. Sanders* 376 U.S. 1 (1964) che espande il principio ai distretti congressuali.

³² A ben guardare, tuttavia, due casi giunti all'attenzione della Corte alcuni anni prima, sono già in grado di rivelare il progressivo cambio di rotta: si tratta di *Gaffney v. Cummings* 412 U.S. 735 (1973) e *Karcher v. Dagget* 462 U.S. 725, 731 (1983). Il primo è un caso di bypartisan gerrymandering dei distretti per l'elezione della General Assembly del Connecticut: pur rispettando il *one person one vote*, nel tentativo di fornire una equa ripartizione dei seggi tra partiti, si era finito per creare distretti dai confini quantomeno bizzarri e, soprattutto, decisamente non-competitivi. La Corte, confermando la costituzionalità del piano, anticipa alcune interessanti riflessioni. Innanzitutto, in risposta agli appellanti, afferma che la compattezza dei distretti non costituisce di per sé un valore di dimensione costituzionale, e che, al contrario, guardare solo al censo, senza attenzione all'impatto politico del redistricting, produrrebbe il peggiore gerrymandering di tutti. Ma soprattutto la Corte sottolinea che, quando il legislativo sostiene un piano bypartisan per una equa allocazione di forza elettorale, l'attenzione del giudiziario è assai bassa, con ciò intendendo, a contrario, che operazioni di gerrymandering intese a favorire un solo partito debbano essere soggette a uno scrutinio più stretto. In ultimo, la Corte tenta di delineare un test minimo per identificare il gerrymandering incostituzionale, affermando che spetta ai ricorrenti dimostrare “[of being] fenced out of the political process and have their voting strength invidiously minimized”. [*Gaffney v. Cummings* cit. p. 754]

*Bandemer*³³, storico caso sorto nel *redistricting* dei collegi per il legislativo bicamerale dell'Indiana e che apre le porte ad un ultratrentennale dibattito, nelle corti e in dottrina, sulle modalità di *adjudication*: la Corte, pur confermando la costituzionalità della mappa, proprio servendosi dell'apertura nei casi di *malapportionment* dei decenni precedenti, afferma la giustiziabilità del *partisan gerrymandering*. Se, sostiene Byron White scrivendo per una *plurality* di quattro giudici, la Corte si è aperta una strada nel *political thicket* con la lotta al *malapportionment*, a maggior ragione deve intervenire laddove, allo stesso modo, è posto in pericolo il diritto alla rappresentanza. Ancora, White afferma che, non essendo applicabile al *partisan gerrymandering* nessuna delle eccezioni di non giustiziabilità contemplate in *Baker*, questo rientra naturalmente nelle competenze delle corti³⁴. Né, secondo White, osta alla giustiziabilità la circostanza per cui al momento di decidere *Bandemer*, manchi un *judicially manageable standard* condiviso dalla maggioranza della Corte: come *Reynolds* insegna, l'elaborazione dello *standard* in senso stretto può lasciarsi a pronunciamenti successivi. Nonostante la mancanza, come si è detto, di una maggioranza nella Corte, il giudice White tenta di delineare uno *standard* applicabile, ipotizzando un legal test in due parti: a) i ricorrenti avverso un piano di *redistricting* debbono provare che vi sia stata una intenzionale discriminazione di un gruppo politico identificabile; la verifica dell'*intent* è, secondo White, alquanto semplice, data infatti la posizione in cui si trovano i redattori delle mappe, che conoscono sicuramente la composizione politica dei nuovi distretti che andranno a formare, può ragionevolmente presumersi l'intenzionalità; b) dovrà altresì provarsi l'effetto discriminatorio, ossia la concreta portata lesiva del *plan*: questa, secondo la Corte, sarà accertata solo se il sistema elettorale è creato in modo da degradare in misura consistente l'influenza, nel processo politico, di un votante o di un gruppo di votanti.

Il *test* delineato dal giudice White, innegabilmente generalista e non idoneo ad una immediata applicazione in giudizio, può comprendersi solo nella sua dimensione euristica, quale strumento per fissare le coordinate del futuro dibattito giurisprudenziale. Tanto nella prova dell'*intent* quanto in quella dell'*effect*, emergono alcuni elementi centrali: non costituisce effetto discriminatorio la sola

In *Karcher v. Dagget*, invece, discusso dalla Corte appena tre anni prima di *Bandemer*, dietro la formale violazione del one person one vote la Corte cela un delle censure al gerrymandering: dichiara l'incostituzionalità di un plan per i distretti congressuali del New Jersey per lo scostamento di appena lo 0,69 per cento nella popolosità dei distretti, ma, come il giudice Stevens afferma nella sua concurrence, la vera censura mossa al districting scheme, coperta dal all-purpose tool del one person, è l'arbitrario superamento dei confini delle contee al presuntivo fine di riaggregare affinità politiche [*Karcher v. Dagget* cit. pp. 747, 763, Stevens, J., concurring]

³³ *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109 (1986)

³⁴ M. Berman, *Managing Genymandering*, in *Texas Law Review* n.83/ 2005, p. 853.

impossibilità di raggiungere una rappresentanza proporzionale al peso elettorale³⁵, ma soprattutto, il giudice White afferma una necessità, ancora oggi essenziale a fini probatori, quella di utilizzare dati risalenti a più cicli elettorali,³⁶ per verificare l'effetto nel tempo del *redistricting*, e quindi, indirettamente, la consistenza della lesione costituzionale.

Al di là di queste lucide riflessioni, il *test*, basato sui risultati elettorali, non specifica alcuni elementi quantitativi che si dimostreranno essenziali nel dibattito futuro: quale livello di disproporzionalità sarebbe necessario per potere dichiarare l'incostituzionalità³⁷? Rispetto a quale *baseline* deve calcolarsi la disproporzionalità? Quali sono, al contrario, i requisiti di una mappa equa? Queste e altre incognite sono l'oggetto della *dissenting opinion* del giudice Lewis Powell, il quale, rilevando grande confusione nell'opinione di maggioranza, ne prospetta altrettanta nella futura *litigation* nelle corti federali ³⁸.

A ben guardare, nel dipanarsi dell'opinione di maggioranza, delle concorrenti e della dissenziente, *Bandemer* forniva una metrica per valutare l'eccesso incostituzionale di *partisanship* di pressoché qualunque schema di *redistricting*. Se questo da un lato dimostra la complessità e divisività del tema, dall'altro emerge ben presto come il più grande limite della decisione: per usare le parole di Powell, l'insuccesso nell'enunciare un preciso *standard* costituisce il "*final and most basic flaw*" di *Bandemer*³⁹. Non stupisce, in quest'ottica, che di trentanove decisioni successive a *Bandemer* rilevate per questa analisi, solo una abbia dichiarato l'incostituzionalità di un *redistricting plan* per eccesso di *partisanship*⁴⁰. Al contrario, in gran parte delle altre decisioni emerge la scarsa comprensione e una quanto mai creativa interpretazione dei punti centrali dell'opinione resa da White⁴¹. Le difficoltà di applicazione dello standard contenuto in *Bandemer*, unite

³⁵ Questa affermazione è ribadita da White in risposta a Sandra Day O'Connor, che, nella sua *concurring*, pone in rilievo come l'intero impianto argomentativo della plurality sia fondato sulla idea distorta della copertura costituzionale del principio proporzionale. Cfr. *Bandemer*, 478 U.S. cit., O'Connor concurring pp. 158-159.

³⁶ *Bandemer*, 478 U.S., cit., pp. 135-136.

³⁷ Indirettamente, White sembra indicare che laddove i risultati elettorali dimostrassero meno disproporzionalità rispetto ai risultati non ritenuti incostituzionali dalla Corte in *Bandemer*, il plan dovrebbe confermarsi legittimo. Così si afferma in *Vieth v. Pennsylvania*, 188 F. Supp. 2d 532, pp. 544-545, precedente, in prima istanza, di *Vieth v. Jubelirer*.

³⁸ *Bandemer*, 478 U.S. cit., Powell concurring, p.171.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cfr. *Republican Party of North Carolina v. Martin*, 980 F.2d 943 (4th Cir. 1992) cit. in L. McDonald, *The Looming 2010 Census: A Proposed Judicially Manageable Standard and Other Reform Options for Partisan Gerrymandering*, in *Harvard Journal on Legislation* 46/2009, pp. 251-252.

⁴¹ Cfr. *Badham v. Eu*, 694 F. Supp. 664, 699-71 (N.D. Cal. 1988), sentenza nella quale la prova dell'*effect* viene scomposta in due elementi: la prova di risultati elettorali sproporzionati (passati o futuri, tramite proiezioni) e la prova di gravi indizi di perdita di potere politico e rappresentatività del partito oggetto di gerrymandering. Così facendo, rinvenendo la mancanza del secondo elemento di prova richiesto, la corte del Northern District della California, ha rigettato il caso. È evidente la torsione della prova dell'*effect* richiesto da *Bandemer*: lì, nell'opinione di maggioranza, non si fa alcuna menzione ad una prova diversa rispetto ai risultati elettorali, anche tramite proiezioni di possibili scenari elettorali futuri. Va segnalato che, a detta di molti, le mappe elettorali della California portate in giudizio in

ad una resistenza di parte del giudiziario federale verso l'interventismo nel processo di *mapmaking*, hanno dato luogo, nei decenni seguenti, a decine di decisioni divergenti sulla giustiziabilità del *partisan gerrymandering*, tutte fondate su standard ritenuti, a torto o ragione, non sufficientemente precisi: *Bandemer* è divenuta col tempo lettera morta⁴² e le corti ben presto hanno iniziato a muoversi in ordine sparso.

4. Alla affannosa ricerca di un *judicially manageable standard*: sviluppi di un dibattito trentennale.

Il censimento decennale del duemila ha dato il via ad una nuova fase di *redistricting*, ragione per cui, agli inizi del secolo, il *political gerrymandering* è ritornato all'attenzione della Corte Suprema in tre distinti casi⁴³. Il più celebre, anche per il suo alto tenore *tranchant*, è senz'altro il primo, *Vieth v. Jubelirer*, sorto dalle distorsive mappe elettorali adottate in Pennsylvania nel 2002 dal partito repubblicano: a dispetto di una netta maggioranza democratica in termini elettorali assoluti su scala statale, i repubblicani riescono, approvando il piano, a garantirsi il 68 per cento dei distretti congressuali. Attorno alla soluzione al caso, non riesce a coagularsi una maggioranza dei giudici, e la Corte si mostra quanto mai divisa: alla *plurality*, scritta dal giudice Scalia e condivisa dal Chief Justice Rehnquist e dai giudici O'Connor e Thomas, si accostano tre opinioni dissenzienti⁴⁴ e una cauta ma essenziale opinione concorrente firmata dal giudice Kennedy.

L'intero impianto argomentativo della opinione resa da Scalia si fonda su una presunta arbitrarietà del processo logico-deduttivo di elaborazione di qualsivoglia *standard* per decidere la costituzionalità di mappe oggetto di *partisan gerrymandering*⁴⁵: Scalia rileva come, passati oramai diciotto anni da *Bandemer*, si siano moltiplicati esponenzialmente i tentativi di fornire uno *standard* e dedica gran parte della opinione a confutare i più rilevanti tra questi, il tutto al fine di giungere ad affermare la mancanza di uno *standard* e quindi, fondandosi sul *Baker test*⁴⁶, la natura politica del *partisan gerrymandering*.

Badham erano oltremodo distorsive, tanto da integrare un distretto chiamato "*jesus district*" perché il votante avrebbe dovuto camminare sull'acqua per attraversarlo da una parte all'altra: Cfr. Reinhold, R., *Surgery on G.O.P. Was Deft, Not Painless*, N.Y. TIMES, Mar.3, 1991 <http://www.nytimes.com/1991/03/03/us/surgery-on-gop-was-deft-not-painless.html>. Per una altrettanto creativa interpretazione del requisito dell'intent, cfr. Martinez v. Bush, 234 F. Supp. 2d 1275, 1337 (S.D. Fla. 2002), cit. in E. Anand, *Finding a Path through the Political Thicket: In Defense of Partisan Gerrymandering's Justiciability*, in *California Law Review* 4/2014, p. 934.

⁴² L. McDonald, *supra*, p. 248.

⁴³ Si tratta, nell'ordine, di *Vieth v. Jubelirer* 541 U.S. 267 (2004), *Cox v. Larios* 542 U.S. 947 (2004) e *League of United Latin American Citizens v. Perry*, 548 U.S. 399 (2006).

⁴⁴ Le dissenting sono scritte dai giudici Stevens, Breyer, e, congiuntamente, Souter e Ginsburg.

⁴⁵ Cfr. E. Anand, *Finding a Path through the Political Thicket: In Defense of Partisan Gerrymandering's Justiciability*, in *California Law Review*, 4/2014 p. 935.

⁴⁶ Si veda, *supra*, la nota numero 31.

La prima a cadere è l'opinione di maggioranza di Byron White in *Bandemer*: a parere di Scalia «Eighteen years of judicial effort with virtually nothing to show for it justifies revisiting whether the standard promised by *Bandemer* exists»⁴⁷. Un test, come quello delineato in *Bandemer* e riproposto con talune precisazioni dagli appellanti in *Vieth*, basato sulla prova dei due elementi dell'intenzione e dell'effetto discriminatorio, risulta, per Scalia, inapplicabile al contesto in oggetto: il test proposto, ispirato a strumenti propri del *racial gerrymandering*, appare evanescente se applicato al *partisan*, giacché l'affiliazione partitica, diversamente dall'appartenenza ad un gruppo etnico, è un elemento impercettibile e soggetto a un possibile costante mutamento⁴⁸. Ma, aggiunge Scalia, pur ammettendo di potere determinare l'effetto discriminatorio secondo lo standard proposto dagli appellanti⁴⁹, occorre vagliarne la discernibilità, intesa nel senso di capacità di acclarare una violazione della costituzione. Ciò, secondo la maggioranza, è tutt'altro che possibile, giacché l'intero standard proposto si fonda sul principio di proporzionalità della rappresentanza, principio non contemplato dalla Costituzione, «[which] guarantees equal protection of the law to persons, not equal representation in government to equivalently sized groups»⁵⁰.

Le argomentazioni fin qui riportate ricalcano integralmente un tipico impianto originalista, condensabile nel seguente iter logico: (a) la Costituzione di Philadelphia attribuisce il *redistricting* ad entità politiche direttamente rappresentative, quali i legislativi statali e il Congresso, non già al potere giudiziario. Da qui deriverebbe l'assunto per cui i *framers*, ai quali era ben noto il fenomeno del *partisan gerrymandering* – da taluni riconosciuto quale autentico crittotipo del sistema costituzionale fin dall'epoca proto-repubblicana⁵¹– lo

⁴⁷ *Vieth v. Jubelirer* 541 U.S. cit., p. 11, Opinion of Scalia.

⁴⁸ Secondo Scalia in particolare, l'*effect-test* proposto, approssimativamente basato sulla giurisprudenza della Corte che applica la §2 del Voting Rights Act (42, U.S.C. §1973) alla discriminazione razziale [cfr. *Johnson v. De Grandy*, 512 U. S. 997 (1994)], sarebbe radicalmente inapplicabile alla realtà del *partisan gerrymandering*, giacché «A person's politics is rarely as readily discernible—and never as permanently discernible—as a person's race. [...] Political affiliation is not an immutable characteristic but may shift from one election to the next; and even within a given election, not all voters follow the party line. [...] These facts make it impossible to assess the effects of partisan gerrymandering, to fashion a standard for evaluating a violation, and finally to craft a remedy» Cfr. *Vieth v. Jubelirer* 541 U.S. cit., p. 17, Opinion of Scalia.

⁴⁹ Lo specifico effect-test proposto dagli appellanti consiste nella prova tanto del sistematico *packing* e *cracking* dei distretti, quanto della circostanza che la mappa abbia impedito al partito danneggiato di trasformare una maggioranza di voti in maggioranza di seggi.

⁵⁰ *Vieth v. Jubelirer* 541 U.S. cit., pp. 18-19, Opinion of Scalia

⁵¹ In tal senso, si vedano alcune ricostruzioni storiche già citate in *Vieth* e pedissequamente riprese in *Rucho*: «During the very first congressional elections, George Washington and his Federalist allies accused Patrick Henry of trying to gerrymander Virginia's districts against their candidates—in particular James Madison, who ultimately prevailed over fellow future President James Monroe» Cfr. T. R. Hunter, *The First Gerrymander? Patrick Henry, James Madison, James Monroe, and Virginia's 1788 Congressional Districting*, Early American Studies, 2011, pp. 781-820. Ma ancora, dalle stesse lettere di Tomas Jefferson: «Henry has so modelled the districts for representatives as to tack Orange [county] to counties where he himself has great influence that Madison may not be elected into the lower federal house», Cfr. *Writings of Thomas Jefferson, Letter to W. Short, Feb. 9, 1789*, Ford, 1895, p.71. «The practice was known

abbiano ritenuto una legittima e tollerabile iniezione di politicITÀ nel *mapmaking*; (b) non essendo pertanto vietato piegare a interessi di partito il *redistricting process*⁵² (anzi, essendo considerazioni politiche immanenti al processo stesso⁵³) il problema centrale risiederebbe nel discernere un *quantum* fisiologico di politicITÀ da un eccesso potenzialmente lesivo di posizioni costituzionali individuali e, in specie, l'eguale protezione del diritto di voto⁵⁴; (d) lo strumento tecnico-giuridico per rispondere a tale esigenza di discernimento tra lecito ed illecito, che consenta al giudice di non invadere la sfera di discrezionalità politica propria del legislatore è rappresentato da un *judicially discernible and manageable standard*, costantemente richiesto nella giurisprudenza sulla *equal protection clause* della Corte⁵⁵ e, più in generale, per colmare il *gap* tra previsioni costituzionali generiche o di principio e regola del caso concreto⁵⁶; (e) la selezione di uno *standard* applicabile è chiaramente lasciata alla libera determinazione del giudice, che deve saggiarne la sua *manageability*, ossia determinarne l'aderenza al principio costituzionale invocato e la sua generale e astratta applicabilità futura nelle corti, ragione per cui è il giudice

in the Colonies prior to Independence, and the Framers were familiar with it at the time of the drafting and ratification of the Constitution», Cfr. E. C. Griffith, *The rise and development of the gerrymander*, 1907, pp. 26-28 cit. in *Vieth* 541 U.S. cit., p. 4. «By 1840, the gerrymander was a recognized force in party politics and was generally attempted in all legislation enacted for the formation of election districts. It was generally conceded that each party would attempt to gain power which was not proportionate to its numerical strength». Cfr. E. C. Griffith, in *The rise and development of the gerrymander*, 1907, p. 123 cit. in *Rucho* 588 U.S. cit., p. 8.

⁵² «To hold that legislators cannot take partisan interests into account when drawing district lines would essentially countermand the Framers' decision to entrust districting to political entities». Cfr. *Rucho* 588 U.S. cit., p. 12.

⁵³ «Politics and political considerations are inseparable from districting and apportionment», Cfr. *Gaffney v. Cummings* cit. alla nota 25.

⁵⁴ «The central problem is not determining whether a jurisdiction has engaged in partisan gerrymandering. It is "determining when political gerrymandering has gone too far» Cfr. *Vieth* 541 U.S. cit., p.27, Opinion of Scalia.

⁵⁵ Per una attenta disamina del requisito del *manageable standard*, si veda R. H. Fallon, , «*Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning*», Harvard Law Review n. 5/2006, pp. 1274-1332. In particolare, nel contributo testé citato, emerge chiaramente la discrezionalità insita nella selezione della *manageability* di uno standard: «So far as I am aware, the Supreme Court has never attempted to define what it means by judicially manageable standards nor to specify what role courts should perform in developing them. A few hints emerge from *Vieth*, however. [...]». Cfr. R.H. Fallon, *ut supra*, p. 1281. Con riguardo alla definizione di uno *standard* in *Vieth*: «All of the Justices recognized at least a potential distinction between constitutional norms and the judicial tests through which constitutional norms are enforced. With respect to the former, the Justices unanimously assumed that the Equal Protection Clause forbids partisan gerrymanders that excessively disadvantage a political party, but they also agreed that the existence of a prohibitory norm did not suffice to make partisan gerrymandering claims justiciable» Cfr. R.H., Fallon, *ut supra*, p. 1281.

⁵⁶ «Among the things that might be said about the branch of the political question doctrine that demands judicially manageable standards, one deserves emphasis at the outset: perhaps more than any other constitutional doctrine, this one recognizes explicitly that a gap can exist between the meaning of constitutional guarantees, on the one hand, and judicially enforceable rights, on the other. As I shall take pains to establish, disparities between constitutional meaning and judicial doctrine arise frequently in constitutional adjudication as the result of the demand for judicially manageable standards. Nowhere else, however, do courts acknowledge the gap quite so explicitly» Cfr. R.H., Fallon, *ut supra*, p. 1276.

a dovere valutare l'esistenza in concreto di uno standard, decisione dalla quale dipende, da costante giurisprudenza successiva a *Baker*, la giustiziabilità della questione; (f) da tale valutazione operata da Scalia emergerebbe come tutti gli standard proposti siano ancorati in qualche misura ad un supposto principio di rappresentanza proporzionale, non contemplato dalla costituzione; (g) tali standard, tutti fondati sulla *equal protection clause* del XIV emendamento, sono da rigettarsi integralmente giacché questa protegge l'eguaglianza del diritto di voto nella sua proiezione individuale, non già l'eguale rappresentanza di gruppi politici diversi nel legislativo⁵⁷.

Dalla succinta ricostruzione di cui sopra emerge nitidamente l'ispirazione originalista della decisione di maggioranza –qualora non fosse sufficiente la sola constatazione del nome del suo autore, Antonin Scalia–. La ricerca di uno standard preciso e razionale è il diretto precipitato della visione originalista del giudiziario e del suo ruolo nella *constitutional adjudication*: il giudice è esecutore di regole estratte dalla norma costituzionale intesa strettamente come norma giuridica, che va interpretata solo alla luce dell'*original public meaning* al momento della sua adozione⁵⁸. Ma, come taluni hanno rilevato⁵⁹, la visione di una *rule of law as a law of rules*⁶⁰, dove la norma costituzionale esiste in quanto *enforceable*⁶¹ e il rimedio giudiziale, residuale rispetto all'intervento delle *political branches*, possa invocarsi solo in presenza di uno standard rigorosamente ancorato al testo della Costituzione⁶², reca con sé conseguenze, sul piano della tutela dei diritti,

⁵⁷ Vedi *supra* nota 52.

⁵⁸ Cfr. R. Barnett, *Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted" Originalism*, in *University of Cincinnati Law Review*, 75/2006, p. 9.

⁵⁹ Oltre a R. Barnett, cit., cfr. W.G. Merkel, *The District of Columbia v. Heller and Antonin Scalia's Perverse Sense of Originalism*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2/2009, pp. 349-38, nonché: R. Post, R. Siegel, *Originalism as a political practice: the right's living Constitution*, in *Fordham Law Review*, 75/2006, pp. 545-574.

⁶⁰ Si richiama qui la visione originalista della Costituzione come norma strettamente giuridica, già titolo di un celebre scritto di A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, 56/1989, pp. 1175-81.

⁶¹ Di questo tenore le affermazioni di A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, in *University of Cincinnati Law Review*, 57/1989, p. 854: «The Constitution, though it has an effect superior to other laws, is in its nature the sort of "law" that is the business of the courts—an enactment that has a fixed meaning ascertainable through the usual devices familiar to those learned in the law. If the Constitution were not that sort of a "law," but a novel invitation to apply current societal values, what reason would there be to believe that the invitation was addressed to the courts rather than to the legislature? One simply cannot say, regarding that sort of novel enactment, that "[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department" to determine its content. Quite to the contrary, the legislature would seem a much more appropriate expositor of social values, and its determination that a statute is compatible with the Constitution should, as in England, prevail»

⁶² Così, Scalia in *Vieth*, 541 U.S., cit., «The judicial Power created by Article III, §1, of the Constitution is not whatever judges choose to do, It is the power to act in the manner traditional for English and American courts. One of the most obvious limitations imposed by that requirement is that judicial action must be governed by standard, by rule. Laws promulgated by the Legislative Branch can be inconsistent, illogical, and ad hoc; law pronounced by the courts must be principled, rational, and based upon reasoned distinctions».

potenzialmente nefaste e, sul fronte della tutela contro il *gerrymandering partisan* le conseguenze non sono diverse.

Abbracciare una visione strettamente legalista del testo della Costituzione e rigettare aprioristicamente la sua natura programmatica, di vettore di valori e principi – e non precetti normativi *stricto sensu*– destinati ad assumere contenuto nuovo con l’evolversi della coscienza sociale, significherebbe assicurare protezione giudiziaria solo alle disposizioni costituzionali che soddisfino un imprecisato requisito di normatività intrinseca⁶³, e quindi condannare alla non giustiziabilità larghe parti della Costituzione dietro *fiat* giudiziale⁶⁴: quale è il criterio obiettivo per affermare la *manageability* di uno standard e rigettarne un altro? *Recte*: se il fine ultimo di un *judicially manageable standard* è circoscrivere l’intervento giudiziale coniando una regola certa e riconducibile al precetto costituzionale invocato, nella forma di un *legal test* ripetibile, quali criteri deve il giudice impiegare per accertare la *manageability*? Quali requisiti deve avere precisamente per la Corte uno standard che sia *manageable*? Preso atto del fatto che un *gap* tra disposizione e norma sia nella ontologia stessa dell’attività di produzione normativa, può davvero reclamarsi così rigidamente una tassonomia del *judicial standard*, senza renderne intelligibili i criteri di valutazione al di fuori di due scarni lemmi *manageable* e *discernible*? Da una risposta affermativa, discenderebbe logicamente la constatazione che la necessità di circoscrivere il ruolo del giudice valga in determinate circostanze ma non in altre: è innegabile che il potere di selezionare gli standard ammissibili senza avere fissato regole predeterminate si avvicini molto più all’arbitrio che al ruolo di “*law-follower*”⁶⁵ prefigurato da Scalia e dai teorici dell’originalismo⁶⁶. Viene così da chiedersi in che misura l’esistenza o l’inesistenza di un *manageable standard* rifletta il testo e la storia della Costituzione ed in quale invece le capacità e l’immaginazione del giudice⁶⁷. Ma, soprattutto, ricorrendo alle

⁶³ Così R. Barnett, *Scalia's Infidelity: A Critique of "Faint-Hearted" Originalism*, in *University of Cincinnati Law Review*, 75/2006, p. 11: «Justice Scalia's approach would seem to justify judicial enforcement of only those passages of the Constitution that are sufficiently rule-like to constitute a determinate command that a judge can simply follow. The more general or abstract provisions of the Constitution are hardly rules that fit this description, so should judges ignore them?»

⁶⁴ È esattamente questo l’approccio che Scalia ha mantenuto di fronte ai diritti non enumerati. In *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57 (2000), egli ha rigettato un caso fondato sugli “*unenumerated rights retained by the people*” espressamente richiamati nel IX emendamento, poiché la protezione di questi sarebbe affidata alle sole maggioranze nei corpi legislativi.

⁶⁵ Si utilizza qui una espressione di R. Barnett, *Scalia's Infidelity*, cit., p. 10: «According to this argument, originalism is based on the proper role of courts as “law followers” so the Constitution, as law, must be something that can be followed as opposed to invented or made up. The latter role we normally associate with the legislature. And the only way the Constitution provides “law” to be followed is if it is viewed as an authoritative command with a discernable public meaning at the time of its enactment».

⁶⁶ Si veda la citazione di A. Scalia, in *Originalism: The Lesser Evil*, cit., alla nota 62.

⁶⁷ Si riporta nel testo, tradotto e adattato, un passo di R. H. Fallon, *Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning*, in *Harvard Law Review*, n. 5/2006, p. 1277.

parole di eminente dottrina⁶⁸, quando Antonin Scalia pronuncia *Vieth nonjusticiable* poiché nessuno standard *discernible* e *manageable* da applicare al *partisan gerrymandering* è emerso, egli identifica una lacuna nella Costituzione, che non garantisce chiarezza su un punto cruciale, ovvero riconosce un fallimento del giudiziario (incluso il suo stesso) nella individuazione dello standard?

L'obiettivo della maggioranza in *Vieth* era dichiarare l'*overruling* di *Bandemer* e pronunciare definitivamente, applicando la *political question doctrine*, la non giustiziabilità del *partisan gerrymandering*⁶⁹. Tuttavia, la posizione di Anthony Kennedy, espressa nella sua opinione concorrente, non consente al fronte conservatore guidato da Antonin Scalia e composto dal Chief Justice Rehnquist, da Sandra O'Connor e Clarence Thomas, di raggiungere una maggioranza piena, ragione per cui *Bandemer* resterà in campo, seppur in un panorama di estrema incertezza, dettato dalla sua coesistenza con *Vieth*: quest'ultima, invocata nelle pronunce sul *partisan gerrymandering* degli anni immediatamente successivi⁷⁰ diverrà la decisione più rilevante sul tema, degradando di fatto *Bandemer* a una tappa rilevante –ma superata– nel racconto della lunga cronistoria del *gerrymandering* negli States.

Tuttavia, il censimento decennale del 2010, ha dato avvio ad una nuova fase di progettazione di mappe elettorali, circostanza che –*ça va san dire*– ha costituito l'occasione propizia per i partiti al governo nei legislativi statali, per porre in essere aggressivi fenomeni di *gerrymandering*, col fine di conservare e talvolta espandere, per i cicli elettorali a venire, le maggioranze parlamentari al momento detenute: non si è così fatta attendere una nuova ondata, in ordine sparso, di ricorsi nelle corti federali, che, in ben due occasioni, sono giunti fino alla Corte Suprema. Si tratta, rispettivamente, di *Gill v. Whitford*⁷¹, caso sorto nel Wisconsin e deciso dalla Corte nel 2018, verso il quale dottrina e opinione pubblica nutrivano grandi aspettative, ma nei fatti conclusosi con un rinvio per mancanza di interesse ad agire dei ricorrenti⁷² e della più recente e risolutiva *Rucho v. Common Cause*⁷³, decisione che si candida, data la maggioranza conservatrice consolidatasi nella Corte con gli

⁶⁸ Per una analisi storica dei capisaldi del moderno originalismo e dei suoi teorici: L. B., Solum, "What is originalism? The evolution of contemporary originalist theory." *The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, in *Georgetown University Law Center*, 2011.

⁶⁹ «Eighteen years of essentially pointless litigation have persuaded us that *Bandemer* is incapable of principled application. We would therefore overrule that case and decline to adjudicate these political gerrymandering claims», *Vieth*, 541 U.S., cit., Opinion of Scalia, p.37.

⁷⁰ Si tratta di *Cox v. Larios* 542 U.S. 947 (2004) e *League of United Latin American Citizens v. Perry*, 548 U.S. 399 (2006).

⁷¹ *Gill v. Whitford*, 585 U.S. __ (2018)

⁷² Per una agile ricostruzione degli antefatti e della decisione della Corte in *Gill*: G. Naglieri, *La rilevanza ultraindividuale del partisan gerrymandering nell'eterno scontro tra diritti individuali e interessi politici diffusi: la Corte Suprema acquartierata nella standing doctrine? Un commento a margine di Whitford v. Gill*, in *Forum di Quaderni Costituzionali – Rassegna*, n. 8/2019

⁷³ *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. __ (2019). Tuttavia, con la medesima sentenza, la Corte ha deciso altresì il caso *Lamone v. Benisek*, del quale ha disposto la riunione con *Rucho* in ragione della questione giuridica trattata.

ultimi due ingressi⁷⁴, a restare, per lungo tempo, un precedente granitico che impedirà a nuove e più incisive forme di *political gerrymandering* di raggiungere le corti federali.

5. Proporzionalità, giustiziabilità e questione politica dopo *Rucho*: materiali per una analisi critica.

Laddove *Vieth* non era giunta, è invece riuscita, nel 2019, la nuova maggioranza conservatrice guidata dal Chief Justice John Roberts, autore della opinione della Corte in *Rucho*. Attraverso uno sforzo di ricostruzione storica dei principali arresti giurisprudenziali sul *malapportionment* e sul *partisan gerrymandering*, Roberts giunge esattamente alla medesima conclusione che Scalia ebbe a pronunciare nel 2004: qualsiasi sforzo giudiziale volto alla ricerca di uno *standard* per aggiudicare il *partisan gerrymandering* si dimostra vano, giacché ognuno di questi reca con sé l'assunto per cui gruppi con un determinato livello di supporto politico debbono beneficiare di un commisurato livello di potere ed influenza⁷⁵, assunto che inevitabilmente si fonda su un principio di rappresentanza proporzionale non previsto dalla Costituzione.

Attraverso un uso brillante di una congerie di elementi storici risalenti alla fase proto-repubblicana, uniti a numerose opinioni rese in passato dalla Corte anche in forma di *obiter dicta*, Roberts pone al centro delle argomentazioni *contra* giustiziabilità, un supposto "*desire for a proportional representation*" che qualsiasi caso di *partisan gerrymandering* pare malcelare. Servendosi delle parole di Sandra O'Connor nella sua *dissenting* in *Bandemer*, egli afferma che in questo genere di casi, implicitamente o esplicitamente, si suppone l'incostituzionalità di una *districting map* per il solo fatto di rendere più difficile per un partito trasformare il proprio supporto su base statale in seggi, nella convinzione che maggiore sia la deviazione dalla proporzionalità, più sospetto il piano di redistricting divenga⁷⁶. E d'altronde, l'esperienza del *general ticket* nel primo cinquantennio dalla ratifica della Costituzione⁷⁷, consistente nel voto non già ad un candidato ma ad un partito, il quale se vittorioso risultava destinatario della intera delegazione congressuale statale, dimostrerebbe, secondo il Chief Justice, l'assoluta estraneità della

⁷⁴ Si tratta dei giudici Gorsuch e Kavanaugh, entrambi nominati dal Presidente Donald Trump, rispettivamente nel 2017 e nel 2018, il primo proprio per coprire la vacanza provocata dalla morte di Antonin Scalia avvenuta nel 2016, mentre il secondo per sostituire Anthony Kennedy, ritiratosi.

⁷⁵ Cfr. *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 16: «Partisan gerrymandering claims rest on an instinct that groups with a certain level of political support should enjoy a commensurate level of political power and influence».

⁷⁶ *Ibidem*: «Partisan gerrymandering claims invariably sound in a desire for proportional representation. As Justice O'Connor put it, such claims are based on "a conviction that the greater the departure from proportionality, the more suspect an apportionment plan becomes».

⁷⁷ Cfr. E. Engstrom, , *Partisan gerrymandering and the construction of American Democracy*, in *University of Michigan Press*, 2013, pp. 43-51, cit. in *Rucho* 588 U.S. cit.

proporzionalità alle intenzioni dei *framers*. Questo dato storico⁷⁸, si aggiunge alla stessa giurisprudenza della Corte, che preclude qualsiasi tentativo di costituzionalizzazione del principio di rappresentanza proporzionale⁷⁹.

Affermando che qualsiasi test che sostenga la incostituzionalità del *partisan gerrymandering* sia intriso di un desiderio di proporzionalità nella rappresentanza politica, ed escludendo la invocabilità di un tale principio, Roberts riduce le tesi dei ricorrenti in *Rucho* ad una richiesta alla Corte di compiere una valutazione politica circa il grado di rappresentanza che ciascun partito meriti sulla base dei voti ottenuti e quindi di riadattare i distretti contestati al fine di ripartire la rispettiva forza politica equamente. Per la Corte però, la richiesta di correzione di mappe disegnate con fini partitici sulla base di uno *standard* modellato su un imprecisato concetto di *electoral fairness* non può essere accolta, giacché questo comporterebbe una intrusione senza precedenti nel processo politico⁸⁰; citando *Vieth*⁸¹, il Chief Justice pone in rilievo la complessità di elaborare un test fondato sulla equità elettorale in un sistema di tipo *plurality*, talvolta portatore di iniquità per sua stessa natura. Per Roberts, perfino il primo momento della elaborazione di uno *standard*, ovvero discernere cosa debba essere considerato *fair* o *unfair* in un sistema *winner-takes-all*, reca con sé una scelta di fondo che è, per sua natura, politica, non giuridica in senso stretto: *fairness* significa elaborare una mappa con il maggior numero di distretti competitivi⁸²? Ovvero assicurare a ciascun partito una appropriata quota di *safe seats*⁸³? O ancora, l'equità deve essere intesa come aderenza ai criteri tradizionali di *redistricting*, come contiguità, compattezza, mantenimento delle

⁷⁸ Roberts aggiunge che, il passaggio, con *l'Apportionment Act* del 1842, al sistema *single-member* di tipo *plurality* non avvenne con l'intento di instillare equità nella competizione elettorale, ma, al contrario, per mero calcolo (rivelatosi poi errato) dei Whigs, che ritenevano di potere migliorare le proprie prospettive elettorali giacché, con il sistema elettorale a *general ticket*, nel 1840 in Alabama, pur ottenendo il 43 per cento dei voti a livello statale, non ottennero nemmeno un seggio della delegazione congressuale. Cfr. *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 17.

⁷⁹ *Bandemer*, 478 U. S., cit., p. 130 (Plurality Opinion); si veda anche *Mobile v. Bolden*, 446 U. S. 55, 75–76 (1980), secondo cui «*The Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment does not require proportional representation as an imperative of political organization*».

⁸⁰ «*An expansive standard requiring the correction of all election district lines drawn for partisan reasons would commit federal and state courts to unprecedented intervention in the American political process*,» *Vieth*, 541 U. S., 306 (opinion of Kennedy) cit. in *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 15.

⁸¹ «Fairness does not seem to us a judicially manageable standard. [...] Some criterion more solid and more demonstrably met than that seems to us necessary to enable the state legislatures to discern the limits of their districting discretion, to meaningfully constrain the discretion of the courts, and to win public acceptance for the courts' intrusion into a process that is the very foundation of democratic decisionmaking» Cfr. *Vieth*, 541 U. S., 291 (Opinion of Scalia) cit. in *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 17.

⁸² La Corte però, citando la *plurality* di White in *Bandemer*, constata che: «if all or most of the districts are competitive [...] even a narrow statewide preference for either party would produce an overwhelming majority for the winning party in the state legislature» *Bandemer*, 478 U. S. cit, p. 130, cit. in *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 18.

⁸³ E tuttavia Roberts segnala il risvolto negativo di questo approccio: «*Such an approach, however, comes at the expense of competitive districts and of individuals in districts allocated to the opposing party*» Cfr. *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 18.

political subdivisions, della geografia politica dello Stato⁸⁴, delle comunità di interesse o la protezione degli *incumbents*⁸⁵? Anche solo decidere tra queste tre interpretazioni di *fairness*, secondo la Corte, pone domande la cui risposta non può che essere politica, giacché dal testo della Costituzione, normativamente inteso, non è rinvenibile alcuno *standard* che sia preciso, razionale e politicamente neutrale: senza tale *standard*, qualsiasi decisione giudiziale su cosa sia *fair* sarebbe una determinazione arbitraria, ragione per cui deve invocarsi la dottrina della *political question*.

Si è rilevato, in apertura di paragrafo, come larga parte dell'impianto argomentativo usato dalla Corte in *Rucho* provenga dalla opinione di Scalia in *Vieth*, ma alcune precisazioni appaiono necessarie a distinguere gli argomenti prevalenti e quelli volutamente evitati nella decisione dello scorso anno.

Da una attenta lettura comparativa delle due pronunce emerge come *Rucho* costituisca una evoluzione del suo più celebre precedente le cui maggiori criticità logiche colte negli anni cerca di superare. Attraverso inferenze abduttive, fondate su un dato empirico superficialmente acclarato –ossia una supposta “copertura costituzionale” delle pratiche di manipolazione del processo elettorale a fini partitici in fase di *apportionment*⁸⁶– si giunge a giustificare la pratica del *partisan gerrymandering* quale fisiologica e legittima iniezione di interessi di partito nel sistema rappresentativo, e quindi, in conseguenza, a restringere le opportunità di contestazione in sede giudiziale attraverso una rigida –ma inintelligibile⁸⁷– interpretazione del requisito della *manageability*, oscura al punto da potere successivamente dichiarare inadatti tutti gli *standard* proposti negli anni dai ricorrenti e dalle corti inferiori e derubricarli quindi al rango di meri artifici argomentativi atti a celare un recondito desiderio di rappresentanza proporzionale. Sono però diversi i passaggi logici che, a ben guardare, la decisione di maggioranza in analisi sembra saltare: innanzitutto, come accennato, la Corte parte da un presupposto storico che frettolosamente lascia assurgere a intenzione del costituente. Nella prima parte della decisione difatti, si afferma che la pratica che più tardi verrà chiamata con l'appellativo *gerrymandering* (come è noto, il termine viene coniato solo nel 1812 da un giornale vicino ai federalisti osservando un

⁸⁴ Ma, come si è mostrato anche in casi precedenti citati nei §§ 2 e 3 del presente lavoro, la naturale Geografia politica di uno Stato, come il fatto che le grandi conurbazioni urbane, più incline al voto *liberal*, sono spesso dominate dal partito democratico, può condurre da sola a distretti che siano naturalmente “*packed*”. Cfr. *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 18.

⁸⁵ Il Chief Justice rileva però che la scelta di proteggere gli *incumbents* racchiude una specifica distribuzione partitica, rendendo quei distretti non competitivi, il tutto a spese dei votanti del partito avversario. Cfr. *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 18.

⁸⁶ Oltre agli argomenti già profusi nelle note dalla 53 alla 56 del presente lavoro, tale presunta cosciente scelta del costituente è ricostruita in *Rucho*, 588 U.S. cit., p. 10: «But the history is not irrelevant. The Framers were aware of electoral districting problems and considered what to do about them. They settled on a characteristic approach, assigning the issue to the state legislatures, expressly checked and balanced by the Federal Congress. [...] At no point was there a suggestion that the federal courts had a role to play. Nor was there any indication that the Framers had ever heard of courts doing such a thing».

⁸⁷ Sulla intelligibilità del requisito della *manageability*, valgono qui i medesimi argomenti espressi nella parte finale del §4 del presente lavoro.

collegio elettorale del Massachusetts dalla bizzarra configurazione, presente nella mappa disegnata dall'allora Governatore e futuro Vice Presidente Elbridge Gerry col fine di avvantaggiare il *Democratic-Republican Party*) era ben nota già dai tempi delle tredici colonie, ragione per cui –riflette la Corte espandendo gli argomenti presenti in *Vieth*– se i costituenti hanno ritenuto di attribuire il potere di *apportionment* ad entità politiche (legislativi statali con eventuale intervento del Congresso), senza prevedere alcuno specifico intervento del giudiziario, deve dedursene una scelta cosciente e, implicitamente, un avallo della pratica. Da ciò discenderebbe che un intervento delle Corti, qualora possa configurarsi, debba essere il più preciso e limitato possibile, poiché altrimenti si cadrebbe nel rischio di rovesciare la volontà dei *founding fathers*.

Ma una tale interpretazione mostra fin da subito i suoi limiti: numerose erano le pratiche note e diffuse nella fase storica pre e post costituente, non ultima la stessa piaga della schiavitù, più volte velatamente richiamata nel testo di Philadelphia, e tuttavia non può ritenersi che queste abbiano mantenuto una qualche copertura costituzionale permanente. Allo stesso modo, altri fenomeni e pratiche erano del tutto sconosciuti al costituente e probabilmente ritenuti esclusi in radice, eppure la Corte le ha nel tempo riconosciute garantendone la legittimità: si pensi alla espansione del potere del governo federale attraverso la *commerce clause*⁸⁸ e la *necessary and proper clause*, alla crescita e stabilizzazione dei partiti politici e delle elezioni primarie⁸⁹, o ancora alle moderne campagne elettorali e a tutte le questioni attinenti al loro finanziamento ad opera di estesi gruppi di interesse e *corporations*; poteva immaginare il costituente un intervento così pervasivo delle grandi società nel finanziamento delle campagne elettorali ed una Corte che ne riconoscesse la copertura costituzionale sotto l'egida del primo emendamento⁹⁰? Queste succinte considerazioni che rievocano questioni altre del diritto costituzionale statunitense, vogliono solo sottolineare come, di fronte ad evoluzioni dell'impianto politico e sociale, la Corte ha più volte inteso il proprio il ruolo come quello di attuatore delle disposizioni costituzionali in un contesto mutato, adattandone il contenuto ad esigenze e sensibilità nuove ed imprevedute. Certo, in questo caso il dibattito può ricondursi alla più generale questione delle teorie di interpretazione della Costituzione. E probabilmente ciò che questi esempi dimostrano è che anche i più strenui difensori dell'*original intent* hanno dovuto piegarsi talvolta ad un ineludibile constatazione: il processo di *constitutional decision-making* richiede inevitabilmente che le corti (o altre istituzioni) diano

⁸⁸ La giurisprudenza e la dottrina sono sterminate. Per una agile ricostruzione si veda: E.M. Maltz, *How Much Regulation Is Too Much – An Examination of Commerce Clause Jurisprudence*, in *George Washington Law Review*, n.1/1981, p. 47 e, per i successive sviluppi: B.P. Denning, *Reconstructing the dormant commerce clause doctrine*, in *William and Mary Law Review*, n.50/2008, p.417.

⁸⁹ La Corte, in *United States v. Classic*, 313 U.S. 299 (1941), ha riconosciuto la copertura costituzionale delle elezioni primarie.

⁹⁰ Il riferimento è alla celebre e controversa *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010) nella quale la Corte ha statuito che la *free speech clause* del Primo Emendamento impedisce la restrizione dei finanziamenti da parte delle corporations, inclusi gli enti no profit, i sindacati di lavoratori e altre associazioni.

significato concreto alla disposizione costituzionale e da questa operazione discende *in re ipsa* una sua evoluzione, essendo pressoché impossibile per il giudice interpretare senza prendere in considerazione la prospettiva della società in cui vive⁹¹. La Costituzione, come lo stesso Chief Justice Marshall scriveva, deve necessariamente evolvere perché è impossibile trovare un significato statico in un documento scritto⁹². Defatiganti sforzi teorici sono stati profusi nel tempo⁹³ per restringere il ruolo del giudice nell'interpretazione costituzionale e circoscriverne la discrezionalità: la dottrina letteralista, originalista, concettualista, le teorie dei valori culturali, la teoria processual-modernista⁹⁴. Tuttavia, questi tentativi debbono scontrarsi con un dato reale ineludibile, vale a dire un margine ineliminabile di discrezionalità nella decisione umana; è in quello spazio, pur ristretto che sia, che rientrano i valori e principi abbracciati dal giudice-individuo⁹⁵. L'essenza stessa del processo di *constitutional decision-making* è nella risoluzione di conflitti tra valori di dimensione costituzionale, e la scelta tra questi è strutturalmente discrezionale. Nessun modello di *judicial review* può eliminare la discrezionalità nella identificazione dei valori costituzionali e la loro applicazione concreta⁹⁶.

E, tornando all'argomento strettamente oggetto di questa analisi, l'interpretazione del requisito della *manageability* non sfugge alla dinamica appena descritta. Come si è detto nel paragrafo precedente, distinguere cosa è *manageable* da cosa non lo è richiede una valutazione a priori che renda intelligibili i requisiti che uno *standard* deve avere per essere applicabile e quella valutazione non può che essere discrezionale e risentire dei valori e principi del decidente. È qui il vero salto logico operato dalla Corte in *Rucho*: senza alcuna predeterminazione di cosa si debba intendere per *manageability*, ci si affretta a rilevare che implicitamente o esplicitamente, gli standard per giudicare il *partisan gerrymandering* si fondano sulla presunta violazione di un principio di rappresentanza proporzionale non contemplato dalla Costituzione. Stando così le cose, dal partisan gerrymandering non deriverebbe alcuna violazione di diritti costituzionalmente protetti, gli unici

⁹¹ Così E. Chemerinsky, *Interpreting the Constitution*, in *Abc-Clio, Santa Barbara*, 1987, p. 47.

⁹² Così John Marshall in *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), pp. 414-415: «Such is the character of human language that no word conveys to the mind, in all situations, one single definite idea; and nothing is more common than to use words in a figurative sense. Almost all compositions contain words, which, taken in this rigorous sense, would convey a meaning different from that which is obviously intended».

⁹³ Come Chemerinsky rileva nel suo *Interpreting the Constitution*, cit., la ricerca di modi di circoscrivere il ruolo del giudice è stata la preoccupazione della dottrina costituzionalistica nel corso del secolo scorso. Per una ricostruzione, cfr. Simon, *The Authority of the Constitution and Its Meaning: A Preface to a Theory of Constitutional Interpretation*, *South California Law Review*, 58/1985, p. 603.

⁹⁴ Cfr. E. Chemerinsky, *Interpreting the Constitution* cit., pp. 108-109.

⁹⁵ Cfr. R. Dworkin, *Is Law a System of Rules?* in *Essays on Legal Philosophy*, R. Summers editions, 1968, p.44: “An official's discretion means not that he is free to decide without recourse to standards of sense and fairness, but only that his decision is not controlled by a standard furnished by the particular authority we have in mind when we raise the question of discretion”.

⁹⁶ Cfr. E. Chemerinsky, *Interpreting the Constitution*, cit., p. 116.

ai quali la Corte può fornire rimedio, ma solo una doglianza da rivolgere a coloro che detengono, costituzionalmente, il potere di apportionment, *le political branches*.

Deve però rilevarsi come una tale visione dell'intervento giudiziale nel *partisan gerrymandering*, che si ridurrebbe ad una richiesta da parte dei ricorrenti alla Corte di correzione di disproporzionalità derivanti dallo scollamento tra voti ottenuti da un partito su scala statale e seggi conquistati, risulti fortemente riduzionistica. Innanzitutto, questo approccio al problema è solo uno dei modi in cui può manifestarsi l'incostituzionalità del *gerrymandering*. Come qualcuno ha acutamente osservato⁹⁷, questa può manifestarsi almeno in tre diverse fasi: a) nel procedimento legislativo di approvazione delle mappe elettorali;^{98b}) nelle mappe stesse, disattendendo criteri razionali e tradizionali di *redistricting* in favore di interessi di partito; c) nei risultati elettorali, qualora in effetti si possa riscontrare uno scollamento eccessivo tra risultato del voto popolare e seggi ripartiti. Orbene, l'analisi che porta la Corte a ritenere le doglianze dei ricorrenti legate al solo principio di proporzionalità, è evidentemente una *outcome-based inquiry*, come, in effetti, gran parte degli standard proposti nel passato, a partire da *Bandemer*. Tuttavia, la vera criticità è a monte. Se infatti nessuno può negare che un sistema di tipo *plurality winner-takes-all* rechi con sé effetti distorsivi che sono strutturali e per certi versi fisiologici, l'effetto incostituzionale si disvela con una analisi sul doppio livello, *map-based* e *outcome-based*, tramite la quale emerge come lo scollamento voto-seggi è sì il risultato prefigurato dai *gerrymanders*—che in misura più o meno diversa certifica il successo dell'operazione— ma è la sola punta di un profondo *iceberg*. Alla radice vi è la attenta attività di raccolta e profilazione di dati dell'elettore, attraverso un uso massiccio della tecnologia, che consente la creazione di collegi dal vincitore pressoché pre-configurato: il vero elemento di *unfairness* non sta nel risultato elettorale (che è tuttalpiù un efficace indice presuntivo) ma nella fase precedente alla competizione elettorale. E se dalla mera disproporzionalità negli *electoral outcomes* la Corte afferma di non potere trarre una violazione di diritti costituzionali individuali (in ispecie della *equal protection*), al contrario, la sterilizzazione del voto mediante profilazione e disposizione dell'elettorato in collegi-trappola è evidentemente una profonda violazione del diritto costituzionale alla eguale protezione del voto.

Ma la Corte ritiene invece che in assenza di un *manageable test* ritenuto oggettivo e neutrale (*recte*: in assenza di una regola certa —e non ispirata a un principio di rappresentanza proporzionale— per discernere una iniezione tollerabile di politicità nel *redistricting* da un suo abuso potenzialmente lesivo di posizioni costituzionalmente protette) i casi di *gerrymandering partisan* debbano essere

⁹⁷ Cfr. E. Anand, *Finding a Path through the Political Thicket: In Defense of Partisan Gerrymandering's Justiciability*, in *California Law Review* 4/2014, pp. 917-970.

⁹⁸ «Factors to consider might include the extent to which the redistricting process was open to the public and to the minority party, the composition of the various institutions (executive, legislative, and judicial) that created a redistricting plan, and whether the processes or programs used to redistrict considered factors other than voter affiliation» E. Anand, *Finding a Path through the Political Thicket: In Defense of Partisan Gerrymandering's Justiciability*, in *California Law Review*, 4/2014, p. 939.

irrimediabilmente rigettati. Questo approccio è ispirato ad una interpretazione estremamente flessibile della *political question doctrine*, la cui più agile teorizzazione, si ritrova, come si è visto, nella opinione della Corte in *Baker*:

«Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question»⁹⁹.

Nonostante permangano incertezze circa la *ratio* con cui sono ordinati, la dottrina da lungo tempo ha distinto i sei casi di *political question* elencati nella decisione in due categorie, *classical* e *prudential*.¹⁰⁰ La prima categoria rileverebbe ogni qual volta una precisa norma costituzionale, investendo di un potere discrezionale il legislativo o l'esecutivo, sottragga alle Corti il potere di giudicare determinate questioni¹⁰¹ e può dirsi essere sorta congiuntamente allo stesso *judicial review*, se è vero che John Marshall, in *Marbury*, affermava «The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court¹⁰²».

La seconda invece avrebbe le sue radici nella scelta prudenziale del giudiziario di astenersi in questioni dal forte impatto sulle dinamiche politiche, corrispondendo quindi ad un *self-restraint* esercitato più per opportunità che per ragioni giuridiche.¹⁰³ Nonostante alcuni legittimi dubbi, appare pacifico¹⁰⁴ che la mancanza di un *judicially manageable standard*, questione dirimente nella

⁹⁹ Cfr. *Baker v. Carr* 369 U.S. 217 (1962):

¹⁰⁰ *Ex multis*: R.E. Barkow, *More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy*, in *Columbia Law Review*, 102/2002, p.237; A.M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term-Foreword: The Passive Virtues*, in *Harvard Law Review*, 75/1961, pp.40-79; M.J Gerhardt, *Super Precedent*, in *Minnesota Law Review*, 90/2006, p.1204; Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, *Harvard Law Review*, 73/1959, p.1.

¹⁰¹ «Classical political questions are those in which the Constitution allocates decision-making authority to a coordinate branch» Cfr. R.E. Barkow, *More Supreme Than Court?* Cit., p. 246.

¹⁰² Cfr. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 170 (1803).

¹⁰³ Cfr. *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433,453 (1939): «Prudential political questions, by contrast, "are [not] to be found in [the] Constitution»; Si veda anche: Fuentes-Rohwer, L., *Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role*, *William & Mary Law Review*, 47/2006, p. 1899;

¹⁰⁴ Cfr. J.S. Stillman, *The Costs of "Discernible and Manageable Standards"* in *Vieth and Beyond*, in *New York University Law Review*, 84/2009, p. 1299. Si veda altresì M. Redish, *Judicial Review and the "Political Question"*, in *Northwestern University Law Review*, 79/1985, p. 1031, secondo il quale «It is necessary to make clear that by 'prudential' I refer to all rationales for effective judicial abdication of review power, other than a basis in the text of the Constitution».

giurisprudenza sul *partisan gerrymandering*, sia ricompresa nella seconda categoria. Tale collocazione rafforza la tesi, sostenuta sopra, della estrema libertà con cui la Corte ha negli anni rigettato –e relegato ad un mero desiderio di proporzionalità– gli *standard* proposti: come rilevato, la peculiarità di *Vieth*, reiterata in *Rucho*, consiste nell'aver liberamente determinato i requisiti di *manageability* di uno *standard* (senza però renderli intelligibili), ritenendo questa la condizione necessaria e sufficiente per dismettere il caso¹⁰⁵. Se quindi a questa dose di malcelata discrezionalità si aggiunge quella insita nella scelta di servirsi o meno della *prudential political question*, che è uno strumento di self-restraint attivabile liberamente dal giudice nei casi ritenuti opportuni, emerge un quadro assai differente rispetto a quello tratteggiato dalla Corte: se la scelta di invocare la dottrina prudenziale per mancanza di quello *standard* la cui valutazione è lasciata alla libera determinazione della Corte (ed in particolare ad un certo libero apprezzamento del giudice-individuo¹⁰⁶) è, ancora, nella piena discrezionalità della stessa, evidentemente si crea un *vulnus* nella tutela di tutte quelle situazioni individuali che, in qualche misura, lambiscono delicati equilibri politici.

Dalle considerazioni fin qui svolte emerge invece che la *prudential political question*, intesa nella sua più autentica accezione, come *guideline* e non come imperativo categorico¹⁰⁷, potrebbe con estrema facilità essere disattesa su temi,¹⁰⁸ come il presente, che oltre ad avere una connotazione politica, incidono profondamente su diritti costituzionali di rango supremo. La ponderazione tra il rischio concreto –e accertato– di compromissione dell'eguaglianza del diritto di voto ad opera del *gerrymandering* e un solo potenziale rischio di indebolimento della legittimità e autorevolezza della Corte derivante dal contatto con una questione dal forte impatto politico, non può non tenere in considerazione l'impatto sovversivo del sistema rappresentativo che l'avallo di questa pratica può generare: se il giudiziario si nega a risolvere controversie costituzionali così

¹⁰⁵Cfr. J.S. Stillman, *The Costs of "Discernible and Manageable Standards"* cit., p.1299: «What makes Vieth's use of the [prudential political question doctrine] unique, at least in the post-Baker [political question doctrine] era, is that it relied on the lack of judicially discernible and manageable standards as an independently sufficient rationale for rendering a [political question doctrine] holding, without any genuine argument that the issue was textually committed to a coordinate federal branch»

¹⁰⁶ Si vedano le argomentazioni *supra* nel presente paragrafo e nel paragrafo 4.

¹⁰⁷ Cfr. M. Redish, , in *Judicial Review and the "Political Question"*, p. 1050 cit. in Anand, E., *Finding a Path through the Political Thicket: In Defense of Partisan Gerrymandering's Justiciability* cit., p. 1528.

¹⁰⁸ L. Henkin, in *Is There a Political Question Doctrine?*, in *Yale Law Journal* 85/1976, p. 601 cit. in E. Anand, «Finding a Path through the Political Thicket cit., p. 1523, afferma: "there is no political question doctrine because the cases in which it has been applied involved implicit merits determinations by the courts that "[t]he act complained of violates no constitutional limitation on that power, either because the Constitution imposes no relevant limitations, or because the action is amply within the limits prescribed». Henkin afferma altresì la scelta di invocare la political question doctrine debba essere soggetta a strict scrutiny: «the artificial nature of the political question doctrine that excuses the judiciary from performing its core judicial function "cries for strict and skeptical scrutiny».

delicate, il Paese è lasciato in uno stato di natura costituzionale, dove la posizione costituzionale prevalente è quella fisicamente o politicamente più forte.¹⁰⁹

6. Corti statali e Congresso di fronte alla sfida democratica: un nuovo orizzonte nella lotta al gerrymandering?

Scrivendo nella sua opinione concorrente in *Bandemer*, Sandra O'Connor rilevava: “*political gerrymandering is a self-limiting enterprise because a swing in overall voting strength will tend to cost the legislative majority more and more seats as the gerrymander becomes more ambitious.*”¹¹⁰. In altre parole, ella presumeva che sarebbe bastata una “*wave election*” –una elezione in cui un partito vinca il voto popolare con un margine significativo sull’altro– per rimediare al *partisan gerrymandering* senza necessità di un intervento giudiziale: non vi è ragione, ragionava O'Connor, per cui un tale *vulnus* democratico non possa essere sanato dagli elettori o dai partiti stessi¹¹¹.

La storia si sarebbe tuttavia incaricata di smentire una così romantica visione: parafrasando la memoria *amicus curiae* presentata alla Corte per la decisione di *Rucho*¹¹², quando il giudice O'Connor scriveva, Pac-Man era ancora un video gioco popolare e Microsoft aveva appena rilasciato il suo primo *Windows*, ciò a significare che la tecnologia a disposizione a quel tempo¹¹³ non consentiva nemmeno lontanamente ai partiti politici di accedere alla gigantesca mole di dati disponibili, che, con l’ausilio di sofisticati *software* e della potenza di calcolo degli odierni processori, rende oggi possibile profilare e prevedere i comportamenti degli elettori al fine di disegnare mappe idonee a conservare maggioranze parlamentari durature per i cicli elettorali di vigenza del *districting plan*¹¹⁴.

Una prova della durevolezza dei risultati del moderno *partisan gerrymandering* sono le scorse elezioni di *mid-term*: significative oscillazioni nel voto popolare nel 2018 non hanno portato mutamenti elettorali negli Stati con distretti manipolati, dimostrando scarsa reattività alle preferenze degli elettori e nonostante un significativo incremento nel supporto popolare i candidati democratici non sono in generale riusciti a guadagnare seggi congressuali e legislativi negli Stati con *gerrymanders* repubblicani¹¹⁵. Attraverso una persistente

¹⁰⁹ Così M. Redish, , in *Judicial Review and the "Political Question"*, p. 1050: “*If the judiciary declines to resolve sensitive constitutional disputes, the nation is effectively left in a constitutional state of nature, in which the constitutional position that prevails is the one that is the politically or physically most powerful.*”

¹¹⁰ *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. cit., p. 152 (O'Connor concurring).

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Cfr. *Rucho brief for political science professors as amici curiae*.

¹¹³ *Ibidem*, p. 2.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Nelle elezioni congressuali del 2018 i democratici hanno vinto il voto popolare su scala nazionale con un margine dell’ 8.6 percento sui repubblicani (Cfr. E. Enten, *Latest House results confirm 2018 wasn't a blue wave. It was a blue tsunami*, CNN Politics, Dec. 6, 2018, <https://cnn.it/2QxAHb5>.) Nonostante un tale margine di vittoria del voto popolare, i risultati elettorali in molti distretti sono stati inelastici rispetto alle preferenze elettorali: all’aumento

raccolta di dati degli elettori oggi ampiamente disponibili, unita ad un uso massiccio di sofisticazione tecnologica¹¹⁶, i moderni *mapmakers* sono in grado di contenere ondate elettorali esattamente come avvenuto nel 2018¹¹⁷.

A riprova del fenomeno, basta comparare i risultati elettorali in Wisconsin, Ohio, Michigan e North Carolina con quelli della Pennsylvania, dove la Corte Suprema Statale aveva, nel febbraio 2018, dichiarato l'incostituzionalità delle mappe elettorali precedenti e conseguentemente supervisionato un nuovo *redistricting*¹¹⁸. Orbene, emerge chiaramente come in Pennsylvania, con la nuova mappa, i democratici abbiano ottenuto nove seggi su diciotto con il 55.5% dei voti *statewide*, mentre in North Carolina, per esempio, pur ottenendo la maggioranza nel voto popolare su scala statale, i democratici hanno ottenuto solo tre seggi congressuali dei tredici in palio, gli stessi che avevano vinto negli anni precedenti¹¹⁹.

Alla luce delle evidenze fin qui brevemente riportate e di tutte la mole di dati statistici e studi politologici che erano a disposizione della Corte per la deliberazione di *Rucho*, è doveroso riconoscere il merito della opinione dissenziente di Elena Kagan, condivisa dai giudici Ginsburg, Breyer e Sotomayor, nella quale questa ha posto in rilievo la disattenzione della Corte sull'impatto delle moderne tecnologie nel *redistricting*, trattando questa aggressiva e sovversiva forma contemporanea di *gerrymandering* alla stessa stregua dell'impreciso

della percentuale di voto per candidati democratici, la distribuzione dei seggi nei distretti *gerrymandered* è rimasta invariata rispetto ai cicli elettorali precedenti. [Alcune stime indicano invece come un aumento di un punto percentuale nei voti su scala nazionale per un partito dovrebbe comportare, in una mappa reattiva, un cambio del due per cento nei seggi per quel partito: Cfr. M.P., McDonald, *Seats to Votes Ratios in the United States*, 2009 (paper non pubblicato, presente nell'archivio del Jack Peltason Center for the Study of Democracy at the University of California, Irvine) <http://bit.ly/2EhMB0B>.] Cfr. anche L. Li M. Royden, Y. Rudensky, *Extreme Gerrymandering & the 2018 Midterm*, in *Brennan Center for Justice*, 6/2018, <http://bit.ly/2Su4NJq>.

¹¹⁶ Cfr. E. Evans, *It's the Autonomy, Stupid: Political Data-Mining and Voter Privacy in the Information Age*, 13 *Minnesota Journal of Law Science and Technology*, 13/2012, pp. 883 cit. in *Rucho brief* cit., p. 3: «These voter files combine traditional voter registration records with substantial additional information, such as data from frequent-buyer cards at supermarkets and pharmacies, hunting and fishing license registries, catalog and magazine subscription lists, membership rolls from unions, professional associations, and advocacy groups».

¹¹⁷ Più del 49.3% dell'elettorato ha votato nelle *midterm* del 2018. Cfr. *November General Election Turnout Rates*, United States Election Project, <http://bit.ly/2tNijOt>. Si stima anche 116 milioni di Americani si siano recati alle urne, rendendo le elezioni del 2018 le prime con un *election turnout* superiore a 100 milioni di elettori. C. Domonoske, *A Boatload of Ballots: Midterm Voter Turnout Hit 50-Year High*, NPR, Nov. 8, 2018, <https://n.pr/2GZB9JI>.

¹¹⁹ Cfr., per i dati della Pennsylvania: S.H. Wang, *Pennsylvania 2018 Detailed Results*, Princeton Gerrymandering Project, <http://bit.ly/2BVrm4a>. Mentre, per la situazione in North Carolina: M. Astor, R. Lai, *What's Stronger Than a Blue Wave? Gerrymandered Districts*, New York Times, Nov. 29, 2018, <https://nyti.ms/2Stpx3T>; K. Haas, Clerk of the United States House of Representatives, *Election Statistics, 1920 to Present*, [http:// bit.ly/ElectionStats1920-Present](http://bit.ly/ElectionStats1920-Present).

*dummymandering*¹²⁰ dell'era *Bandemer*. Con le stesse argomentazioni di Sandra O'Connor nel 1986 e di Scalia nel 2004, la Corte concentra tutta la sua attenzione su quel *desire for a proportional representation* che ritiene traspaia dalle richieste dei ricorrenti, senza alcuna visione globale del fenomeno e del suo impatto sul sistema rappresentativo: il principio democratico basico immanente ad una forma di governo repubblicana, protetto dall'articolo I § II della Costituzione, ossia che gli elettori scelgano i propri rappresentanti mediante libere ed eque elezioni, è sovvertito da una pratica che invece consente all'eletto di selezionare accuratamente il proprio elettore¹²¹.

La soluzione, per la maggioranza dei giudici, risiede invece nei numerosi progetti di legge nel tempo depositati in Congresso¹²² e nei legislativi statali, che la Corte ritiene il modo costituzionalmente più rispettoso di limitare il *partisan gerrymandering*. E ciò, a detta di molti¹²³, appare paradossale, giacché proprio le maggioranze contingenti nei legislativi statali propagano e acutizzano il fenomeno: in 241 anni i legislativi statali hanno mostrato scarsissima volontà di correggere il *gerrymandering*, sicché attendere un intervento in tal senso significa credere che i partiti possano liberamente rinunciare al più efficace strumento di conservazione del potere a loro disposizione. Proprio perché molti devono il proprio scranno al *partisan gerrymandering*, le *chances* per una auto-riforma, come gli scarsi risultati in tal senso provano, sono assai poche¹²⁴.

Allora forse davvero l'unico strumento in grado di ripristinare la legalità costituzionale lungamente violata è nelle mani del potere giudiziario¹²⁵: proprio

¹²⁰ «Old-time efforts, based on little more than guesses, sometimes led to so-called dummymanders: gerrymanders that went spectacularly wrong». Cfr. *Rucho* 588 U.S. cit., Kagan dissenting, p.9.

¹²¹ «The core principle of [our] republican government, preserved in Art. I, §2, [is] namely, that the voters should choose their representatives, not the other way around» Cfr. *Common Cause*, 318 F. Supp. 3d, p. 940, citando *Arizona State Legislature v. Independent Redistricting Commission*, 576 U. S (2015), p. 35.

¹²² L'ultima di queste iniziative in ordine di tempo è la proposta di legge HR1 cd. *For the People Act* (an act to expand Americans' access to the ballot box, reduce the influence of big money in politics, and strengthen ethics rules for public servants, and for other purposes) che, nelle §§ 2400-2435, in conformità al potere del Congresso ex art. 1 §2 USC, dispone una procedura uniforme di *redistricting* in tutti gli Stati, prevedendo che le mappe siano disegnate, secondo criteri stabiliti nel medesimo *Bill*, da commissioni indipendenti (i cui requisiti di nomina sono anche previsti dalla legge) e successivamente approvate dai legislativi statali. Qualora i legislativi non approvino tali mappe, queste saranno predisposte dalla competente District Court, riunita in un panel di tre giudici ex. § 2284 del U.S.C. (*"A district court of three judges shall be convened when otherwise required by Act of Congress"*). Tale proposta di legge, indubbiamente radicale, approvata nel marzo 2019 dalla Camera dei Rappresentanti a maggioranza democratica, non è mai stata calendarizzata dal Senato, controllato dai repubblicani.

¹²³ Cfr. E. Anand, *Finding a Path through the Political Thicket* cit., p.1527; Cfr. *Rucho* 588 U.S. cit., Kagan dissenting, p.30.

¹²⁴ *Rucho* 588 U.S. cit., Kagan dissenting, p.30.

¹²⁵ «Courts can and should provide redress for injuries caused by partisan gerrymandering. The same tools that enable politicians and their consultants to draw such precise and durable maps also enable courts to determine whether a partisan gerrymander is unconstitutional. Just as social science and technology have facilitated and will facilitate partisan gerrymandering, those same fields provide tools that can be used to identify and remedy such

attraverso i medesimi strumenti tecnologici utilizzati per facilitare ed espandere il *partisan gerrymandering* le corti possono determinare, con equi metodi quantitativi¹²⁶, la linea di demarcazione per lungo tempo rincorsa tra un uso legittimo ed illegittimo del potere di *apportionment*¹²⁷.

E se la decisione della Corte Suprema in *Rucho* ha escluso l'apporto delle corti federali in questo processo, lo stesso non può dirsi per le corti statali, che, al contrario, possono incidervi in misura definitiva.

Come dimostra il caso sorto in Pennsylvania nel 2018 e tratteggiato sopra¹²⁸, un nuovo e coordinato sforzo per l'eliminazione del *partisan gerrymandering* può mettersi in campo nelle corti statali: oltre a dovere constatare, come ha fatto la stessa SCOTUS,¹²⁹ che le Costituzioni Statali contengono talvolta disposizioni più precise¹³⁰ circa l'esercizio del potere di *apportionment*, idonee a fornire una guida per l'applicazione del principio di *fair apportionment* nei casi concreti¹³¹, deve rilevarsi che l'applicazione e l'interpretazione delle Costituzioni statali, è da

gerrymandering when it occurs» *Rucho* brief for political science professors as amici curiae, p. 4.

¹²⁶ Una lucidissima analisi delle ragioni per cui l'utilizzo della tecnologia, ed in particolare di una serie di potenziali mappe randomiche elaborate da esperti nominati dalle corti e che considerino esclusivamente i criteri tradizionali di *redistricting*, possa rivelarsi lo strumento migliore per definire una *baseline* di *fair apportionment* oltre il quale le mappe possano recare elementi di incostituzionalità, può trovarsi in: W. K. Tam Cho, *Technology-Enabled Coin Flips for Judging Partisan Gerrymandering*, in *Southern California Law Review Postscript*, 93/2019, pp. 11-27.

¹²⁷Cfr. W.K Tam Cho, *Technology-Enabled Coin Flips for Judging Partisan Gerrymandering* cit., pp. 26-27: «The ability to create a baseline set of maps, combined with a proper and theoretically sound interpretation allows us to honor the Elections Clause that provides wide latitude to the states to prescribe the times, places, and manner of its elections, support our system of geographically based single member districts, be divorced from notions of proportional and maintain the Court's oversight of the legislature by judicially manageable standard that assesses whether legislative decisions are excessively partisan.

The cutoff for what qualifies as "excessive" is a legal judgment call the bread and butter of the Supreme Court's constitutional jurisprudence. The exact cutoff may not be clear, but the Court is the institution charged with making that judgment. What is clear is that there is a way to measure excessiveness that is consistent with the Constitution's regard for states' rights and the legislature's mandate to legislate for the people. This measure is not related to proportional representation, and it serves as the basis for a judicially manageable standard».

¹²⁸ *League of Women Voters of Pennsylvania v. The Commonwealth of Pennsylvania*, J 174 A.3d 282 (Pa. 2018).

¹²⁹ Cfr. *Rucho* 588 U.S. cit., p. 32: «The answer is that there is no Fair Districts Amendment to the Federal Constitution. Provisions in state statutes and state constitutions can provide standards and guidance for state courts to apply»

¹³⁰Cfr. *Rucho* 588 U.S. cit., p. 32: «Other States have mandated at least some of the traditional districting criteria for their mapmakers. Some have outright prohibited partisan favoritism in redistricting. See Fla. Const., Art. III, §20(a) ("No apportionment plan or individual district shall be drawn with the intent to favor or disfavor a political party or an incumbent."); Mo. Const., Art. III, §3 ("Districts shall be designed in a manner that achieves both partisan fairness and, secondarily, competitiveness. 'Partisan fairness' means that parties shall be able to translate their popular support into legislative representation with approximately equal efficiency)»;

¹³¹ Cfr. *Rucho* 588 U.S. cit., p. 32: "The answer is that there is no "Fair Districts Amendment" to the Federal Constitution. Provisions in state statutes and state constitutions can provide standards and guidance for state courts to apply."

sempre un'area riservata dal principio federale alle Corti Supreme statali e mai invasa dalla SCOTUS: la decisione di non giustiziabilità in *Vieth* non è vincolante per le Corti statali, che possono decidere casi di *partisan gerrymandering* sulla base del diritto statale in via definitiva senza alcuna interferenza¹³². Certamente, però, l'uniformità e la certezza che solo una decisione della Corte Suprema federale possono garantire sono, allo stato attuale, niente più che desideri lontani scomparsi nel sole di luglio.

Di fronte alla violazione manifesta di un diritto costituzionale basico, autentico principio conformatore del vivere democratico, la Corte ha giudicato prevalente la protezione della legittimazione giudiziale. Forse davvero per la prima volta¹³³.

Giuseppe Naglieri
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Bari Aldo Moro
giuseppe.naglieri@uniba.it

¹³² Così C. Stewart, *State court litigation: the new war against partisan gerrymandering*, in *Michigan Law Review* 116/2018, p. 161: «Whether the Supreme Court could ever review a partisan gerrymandering case based in state law is a question of federalism and state sovereignty. This question is determined by four relevant principles to the question of review of state law decisions by the Supreme Court: (1) The Supreme Court has the final say with respect to questions of federal law; (2) the Supreme Court will not review questions of state law; (3) if it appears both federal and state law decision are present, the Supreme Court will not review the case if there is an adequate and independent state law ground; and (4) if the basis for the state court's decision is ambiguous, the Supreme Court will assume the basis is federal, permitting review».

¹³³ «For the first time ever, this Court refuses to remedy a constitutional violation because it thinks the task beyond judicial capabilities». *Rucho* 588 U.S. cit., Kagan *dissenting*, p. 1.