

Il Voting Rights Act alla prova dello *shadow docket* (e della *shadow doctrine Purcell*) della Corte Suprema: la procedura si fa sostanza? Alcune riflessioni a margine di *Merrill v. Milligan*

di Sergio Sulmicelli

Title: The Voting Rights Act faces the Supreme Court’s “shadow docket” (and the “Purcell shadow doctrine”): when the procedure becomes substance.

Comments on *Merrill v. Milligan*

Keywords: Voting Rights Act; Supreme Court; Shadow Docket; Purcell Principle; Redistricting.

1.- Con la decisione assunta nelle cause *Merrill v. Milligan* e *Merrill v. Caster* (595 U.S. ____ 2022) il 7 febbraio 2022, la Corte Suprema ha bloccato l’ordine di sospensione del piano di distribuzione dei distretti elettorali dell’Alabama emesso dalla District Court for the Northern District of Alabama nella decisione *Milligan et al v. Merrill* (2:21-cv-01530 N.D. Ala.).

Secondo i giudici distrettuali, la legge dell’Alabama che ridisegna i distretti elettorali dello Stato per le elezioni congressuali, prevedendone solo uno a maggioranza di popolazione appartenente alla minoranza etnica, avrebbe diluito il voto della comunità afroamericana residente in Alabama, in potenziale violazione della sez. II del *Voting Rights Act* (*Pub. L. 89-110, 79 Stat. 437*).

La legge vieta, infatti, procedure e pratiche elettorali discriminatorie sulla base dell’etnia, del colore della pelle e dell’appartenenza a una minoranza linguistica in grado di negare o ostacolare il diritto di voto (si veda C. Casonato, *Minoranze etniche e rappresentanza politica: i modelli statunitense e canadese*, Trento, 1998). Con la *preliminary injunction* del 24 gennaio 2022 i tre giudici della Corte Distrettuale sospendono l’efficacia della legge dell’Alabama del 4 novembre 2021 e ordinano l’emanazione di una nuova mappa del voto che includa almeno due distretti a maggioranza afroamericana sui sette previsti. Il Segretario di Stato Merrill impugna la decisione dinnanzi la Corte Suprema chiedendo e ottenendo la sospensione della sentenza della *lower court* in attesa del giudizio meritorio.

La Corte Suprema ha infatti deciso di accordare la sospensione dell’ordine applicando il principio già espresso in *Purcell v. Gonzalez* (549 U.S. 1 (2006)), secondo il quale sarebbe presuntivamente preclusa alle corti la possibilità di modificare la legislazione elettorale di uno Stato a ridosso

delle elezioni (v. *infra*; R.L. Hasen, *Reining in the Purcell Principle*, in *Florida State University L. Rev.*, vol. 43, 2016, 427).

La decisione della maggioranza dei giudici supremi ha riaperto il dibattito, interno ed esterno alla Corte, circa l'impiego delle decisioni di emergenza del cosiddetto *shadow docket* come mezzo per raggiungere fini di politica del diritto, primo fra tutti i celati effetti sui precedenti giudiziari e le modifiche a ben radicate dottrine giurisprudenziali, tramite provvedimenti procedurali privi di motivazione (*ex multis*: V. Kapoor, T. McFadden, *The Precedential Effects of the Supreme Court's Emergency Stays*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 44, 2021, 827-916; S.I. Vladeck, *Texas's Unconstitutional Abortion Ban and the Role of the Shadow Docket*, *Hearing Before the Senate Committee on the Judiciary*, 29 settembre 2021; H. Pickup, E. Templin, *Shadow Docket Experiments*, in *Notre Dame Law Review*, 2022, disponibile su: <https://ssrn.com/abstract=4027014>).

Il termine *shadow docket* identifica quelle decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti assunte al di fuori del suo *docket* ordinario, senza discussione orale e prive di motivazioni (l'espressione è stata utilizzata per la prima volta in W. Baude, *The Supreme Court's Shadow Docket*, in *New York University Journal of Law & Liberty*, vol. 9, 2015). Tali casi sono decisi sulla base di procedure d'urgenza rispetto a decisioni delle corti inferiori (*stay, interlocutory injunctions, preliminary injunctions*).

Come sottolineato da Justice Kagan nella sua opinione dissenziente (*Merril v. Milligan* 595 U.S. ____ (2022) J. Kagan, *dissenting opinion*) l'aver accolto l'istanza di sospensione presentata dallo Stato, basata su una nuova prospettazione delle regole che governano l'attività di *redistricting* elettorale (v. *infra* para. 5), avrebbe come evidente effetto quello di modificare il precedente della Corte Suprema applicato dalla Corte Distrettuale.

Tale risultato si produrrebbe a seguito di una sentenza della *lower court* perfettamente aderente con il tracciato giuridico del precedente applicabile e senza ricorso ad un provvedimento giurisdizionale motivato e dibattuto, bensì per il tramite di una decisione d'urgenza dello *shadow docket*.

Prima di focalizzare l'attenzione sui due aspetti problematici della decisione in commento appena richiamati (l'applicazione dello *standard Purcell* e l'impiego dello *shadow docket* della Corte Suprema con conseguenze sostanziali sul diritto di voto) è opportuno ricostruire brevemente la giurisprudenza sul diritto di voto e sulla sez. 2 del *Voting Rights Act*, nonché la vicenda da cui origina la decisione in parola.

2.- La giurisprudenza sul diritto di voto negli Stati Uniti ha rappresentato, e continua a rappresentare, un terreno di aspro scontro politico e giudiziario (A.B. Cox, T.J. Miles, *Judicial Ideology and the Transformation of Voting Rights Jurisprudence*, in *University of Chicago L. Rev.*, vol. 75, 2008, 1493).

Dal momento dell'entrata in vigore del XV emendamento, adottato nel 1870 e che proibisce tanto al governo federale, quanto ai singoli stati, di negare o limitare il diritto di voto sulla base di razza, colore o precedenti condizioni di schiavitù di un cittadino, la vicenda del diritto di voto dei cittadini afroamericani negli Stati Uniti è stata caratterizzata da momenti espansivi e brusche frenate, di cui sono partecipi tanto la giurisprudenza federale e statale, quanto il legislatore, a testimonianza di un importante e

continuo dialogo sulla materia tra politica e diritto (D.L. Epstein *et al.*, *The Future of Voting Rights Act*, New York, 2006, pp. 312 ss.; per una ricostruzione dell'approvazione dei cd. *Civil War Amendments* della Costituzione statunitense volti a prevenire disuguaglianze di trattamento su base etnica si veda G.F. Ferrari, *Le libertà e i diritti*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto Costituzionale Comparato*, 2019, p. 1181).

Difatti, nei primi decenni successivi all'entrata in vigore dell'emendamento in parola, la Corte Suprema ne ha fornito un'interpretazione restrittiva, enfatizzandone l'aspetto negativo: l'emendamento non avrebbe cioè conferito in capo ad alcun soggetto un diritto di voto, limitandosi invero a proibire la sola discriminazione razziale (*United States v. Reese* (92 U.S. 214), 1876).

Sulla base di tale giurisprudenza, gli stati del sud iniziarono a adottare legislazioni elettorali volte a limitare indirettamente la partecipazione al voto dei cittadini afroamericani, tramite l'imposizione di *poll taxes* o *literacy tests* che per ragioni socioeconomiche colpivano esclusivamente la popolazione afroamericana. La popolazione caucasica ne veniva invece dispensata sulla base delle cosiddette *grandfather clauses* (tali clausole prevedevano infatti la possibilità per chi fosse già registrato al voto o fosse un discendente di un cittadino già registrato di esimersi dal sottoporsi ai test o dal pagare la tassa; si veda, per una ricostruzione storica, S.F. Lawson, *Black Ballots: Voting Rights in the South, 1944-1969*, New York-Oxford, 1999; R.M. Valelly, *The Two Reconstructions: The Struggle for Black Enfranchisement*, Chicago, 2009).

Agli inizi del XX secolo si registra un primo cambio di passo della Corte Suprema in materia di diritto di voto, con le sentenze *Guinn v. U.S.*, (238 U.S. 347) 1915, con la quale venne ritenuta costituzionalmente illegittima dalla Corte Suprema la *grandfather clause* prevista come emendamento dalla Costituzione dell'Oklahoma, e *Nixon v. Herndon* (273 U.S. 536) 1927, con cui la Corte Suprema ritenne incostituzionale una legge del Texas che proibiva agli afroamericani di votare alle primarie del Partito Democratico (K.J. Morgan, *The Shaping of Southern Politics: Suffrage Restriction and the Establishment of the One-Party South, 1880-1910*, New Heaven, 1974).

Nonostante queste prime e timide aperture verso una maggiore garanzia del diritto di voto, tanto i legislatori degli stati del sud, quanto gli stessi giudici supremi continuarono a rendere ardua la partecipazione al voto dei cittadini appartenenti alla minoranza afroamericana.

Degli stessi anni sono le sentenze *Grovey v. Townsend* (295 U.S. 45) 1935 e *Breedlove v. Suttles* (302 U.S. 277) 1944 che vengono invece riconosciute come battute d'arresto ("*setbacks*") allo sviluppo del diritto di voto. Con queste decisioni i giudici supremi ritennero conformi a Costituzione pratiche restrittive della partecipazione al voto dei cittadini afroamericani, quali rispettivamente, limitazioni alle *membership* dei partiti e l'imposizione di *poll taxes* (per una ricostruzione della giurisprudenza nel periodo considerato si veda M. Gagnon, M. Johnson, *Voting Rights Jurisprudence in America, Urban Research and Research Center - Texas Southern University*, 2019, disponibile su: <https://urrc.tsu.edu/wp-content/uploads/Jurisprudence-of-Voting-Rights-in-America.pdf>).

È difatti solo con l'adozione del *Voting Rights Act* nel 1965, a seguito della marcia di Selma, in Alabama, che gli organi giurisdizionali, abbandonando l'approccio *case-by-case*, si fanno efficaci garanti dei diritti politici dei cittadini afroamericani (C. Casonato, *Minoranze etniche e rappresentanza politica*, op. cit., 1998, p. 225; A. Kull, *The Colorblind Constitution*, Londra, 1992).

Si tratta della più importante legislazione federale in materia di rappresentanza politica che ha garantito, già negli immediati anni successivi alla sua adozione, una maggiore partecipazione della comunità afroamericana ai processi elettorali, nonché favorito l'elezione di rappresentanti di questa comunità (C. Davidson, *Quiet Revolution in the South: Impact of the Voting Rights Act, 1965-1990*, Princeton, 1994).

In generale, il *Voting Rights Act* rende pienamente operativo il principio espresso dal XV emendamento della Costituzione statunitense. La sez. 2 della legge in parola proibisce infatti agli stati di imporre pratiche e procedure elettorali in grado di limitare o negare il diritto di voto per motivi razziali, di colore e anche linguistici, come i *redistricting plan*, operazioni di *racial gerrymandering*, sistemi di registrazione al voto che siano intenzionalmente discriminatorie (*City of Mobile v. Bolden* (446 U.S. 55) 1980), o che abbiano un impatto discriminatorio (come richiesto dalla sez. 2 a seguito dell'emendamento introdotto nel 1982).

Tra queste pratiche vi rientra la diluzione del voto dei cittadini afroamericani tramite operazioni di *redistricting* (ossia l'individuazione dei confini dei distretti elettorali all'interno dei quali vengono elette le cariche pubbliche) finalizzate a determinare una riduzione del loro impatto sulla rappresentanza politica (D.T. Canon, *Race, Redistricting, and Representation*, Chicago, 1999).

Con la sentenza *Thornburg v. Gingles* (478 U.S. 30) 1986, la Corte Suprema sviluppa un test tripartito necessario a valutare il potenziale impatto discriminatorio della diluzione di voto ai danni di una minoranza per mezzo di piani di *redistricting* dei distretti elettorali.

Secondo tale *standard*, per aversi discriminazione ai sensi della sez. 2 del *Voting Rights Act*: 1) il gruppo minoritario deve essere sufficientemente grande e geograficamente compatto da poter essere considerato una maggioranza in un dato distretto (*minority-majority principle*); inoltre, 2) il gruppo di minoranza deve essere politicamente coeso; e infine 3) la maggioranza bianca deve votare storicamente in blocco, in modo da rendere usuale la sconfitta del candidato preferito dalla minoranza.

In una seconda fase valutativa, a questo *standard* va aggiunto un test della "totalità delle circostanze" che la giurisprudenza è solita condurre ricorrendo ai fattori di discriminazione delineati dal Senato nell'adozione dell'emendamento alla 2 sez. del 1982.

Queste "circostanze" includono la storia della discriminazione razziale nello Stato, specialmente per quanto riguarda il diritto di voto, la misura in cui il voto è etnicamente polarizzato, nonché la misura in cui i candidati delle minoranze hanno storicamente "lottato" per essere eletti alle cariche pubbliche.

In breve, per valutare se si ha diluzione del voto di una comunità minoritaria, per mezzo di un piano di distribuzione della popolazione tra

distretti elettorali, i giudici sono tenuti ad applicare, come da costante giurisprudenza della Corte Suprema, un test che contempili tanto la soddisfazione da parte dei *plaintiffs* dei requisiti e dei fattori presi in considerazione in *Gingles*, quanto del *totality-of-circumstances test* (*Bartlett v. Strickland* (556 U.S. 1), 2009) (G.R. Daniels, *Racial Redistricting in a Post-Racial World*, in *Cardozo Law Review*, vol. 32, 2011, 947).

3.- È necessario adesso, prima di giungere ad un'analisi della decisione della Corte Suprema, ripercorre i fatti e la decisione della District Court. I giudici distrettuali hanno ritenuto potenzialmente contrario al *Voting Rights Act*, e quindi sospeso, il piano dei distretti elettorali adottato dallo Stato dell'Alabama nel 2021.

A seguito del censimento del 2020 lo Stato dell'Alabama provvede infatti a ridisegnare una nuova mappa dei distretti elettorali, utile per le elezioni congressuali del 2022. Il nuovo piano elettorale suddivide il territorio statale in sette distretti, uno dei quali, il settimo, è il solo distretto comprendente una maggioranza (55%) di popolazione afroamericana.

Contro questa normativa presentano ricorso alcuni cittadini, lamentando la violazione della Sez. II del *Voting Rights Act* (v. *supra*) per l'impatto di diluzione del voto afroamericano che se ne ricaverebbe, specificando come l'attuale composizione demografica dell'Alabama richiederebbe la creazione di almeno due distretti a maggioranza afroamericana (o almeno due distretti a *black-opportunity*).

Il censimento del 2020 ha rilevato infatti che il 27% della popolazione dell'Alabama è identificabile come *any-part black*. La maggior parte di questi cittadini si concentra in una area geografica dello Stato conosciuta come *black belt*.

Il piano predisposto dallo Stato divide la totalità della popolazione afroamericana in età di voto in quattro distretti. Da una parte diluisce, con una operazione di *cracking* dell'elettorato, parte della popolazione afroamericana nei distretti 1, 2, e 3, all'interno dei quali gli afroamericani non superano mai il 30%, mentre, con una operazione di *packing*, concentra la restante parte dell'elettorato nel distretto 7, unico distretto in cui gli afroamericani raggiungerebbero la maggioranza (*majority-minority district*).

Pertanto, a fronte di un voto etnicamente polarizzato, la comunità afroamericana avrebbe la possibilità di eleggere un rappresentante gradito solamente in quest'ultimo distretto.

Applicando i precedenti in materia di *redistricting*, e in particolare quei principi statuiti dalla Corte Suprema in *Gingles*, se ne ricaverebbe, ad avviso della Corte Distrettuale, una violazione della sez. 2 del *Voting Rights Act*.

Difatti, i ricorrenti dinnanzi ai giudici distrettuali sostengono che i *black-alabamians* in età di voto sono sufficientemente numerosi (1264736 su 5024279) da poter costituire, eliminate le operazioni di *diluzione* attuate dal piano in vigore, una maggioranza compatta, come richiesto dal primo requisito del precedente *Gingles*, in ben tre distretti su sette.

Tuttavia, nel rispetto della compattezza geografica e degli altri principi di *redistricting* (quali, tra gli altri, la contiguità territoriale e il rispetto delle già esistenti suddivisioni elettorali) nonché del principio

“dell’interesse comune” del territorio rappresentato, i ricorrenti propongono dei piani con almeno due distretti a maggioranza afroamericana.

Quanto al secondo e al terzo requisito *Gingles*, i ricorrenti sostengono che il voto della comunità afroamericana sia politicamente coeso e che la comunità bianca voti usualmente in blocco, con ciò paralizzando la possibilità di elezione del candidato o della candidata della minoranza.

A dimostrazione di quanto sostenuto, viene rilevato come statisticamente in 13 elezioni con presenza di un candidato afroamericano, gli elettori afroamericani hanno espresso preferenza in maggioranza per questa candidatura, mentre la popolazione bianca ha votato sufficientemente compatta sconfiggendo, in ogni tornata elettorale considerata, il candidato della minoranza.

Per tali motivi i ricorrenti chiedono alla Corte Distrettuale di dichiarare il piano elettorale adottato in violazione del *Voting Rights Act* a causa della diluzione del voto della minoranza afroamericana, una *preliminary injunction* che vieti al Segretario di Stato di condurre elezioni con il piano in vigore e che ordini allo stesso di indire le elezioni congressuali sulla base di una mappa che includa due distretti a maggioranza afroamericana o almeno due distretti in cui questa comunità possa avere un’opportunità maggiore di eleggere un rappresentante di sua scelta.

La Corte Distrettuale (composta da tre giudici, di cui due nominati dal Presidente Trump) decide a favore dei ricorrenti, ritenendo che il piano possa violare la Sez. 2 del *Voting Rights Act*.

Pertanto, i tre giudici ne sospendono l’efficacia e ordinano allo Stato di ridisegnare la mappa elettorale in modo tale che includa due distretti a maggioranza di votanti afroamericani.

Nelle parole della Corte, i ricorrenti avrebbero dato piena dimostrazione dell’aderenza delle loro richieste ai requisiti del precedente *Gingles*, in tanto in quanto i *black alabamians* in età di voto sono sufficientemente numerosi, geograficamente e politicamente compatti nonché che il voto in Alabama è etnicamente tanto polarizzato da richiedere un secondo distretto.

Anche il *totality-of-circumstances test*, condotto prendendo in considerazione fattori quali la polarizzazione etnica del voto e la storia di discriminazione della comunità afroamericani, anche in termini di rappresentatività politica, deporrebbe a favore dei ricorrenti, dimostrando come questi abbiano avuto storicamente meno possibilità di eleggere un rappresentante a loro gradito.

4.- La Corte Suprema, con una maggioranza di 5-4, come emerge dalle opinioni concorrenti e dissenzienti allegate alla decisione procedurale, pertanto non motivata, ha deciso di sospendere la *preliminary injunction* e il conseguente *order* della Corte Distrettuale in attesa di giudizio sul merito.

L’opinione dissenziente di *Justice Kagan*, a cui si aggiungono i giudici *Breyer* e *Sotomayor*, così come quella di *Justice Roberts*, danno piena evidenza del dibattito interno alla Corte facendo luce sul problema dell’impiego di decisioni d’urgenza in materia di voto.

Si tratta, nelle parole della giudice *Kagan*, di una decisione che va ben oltre il consentito, in quanto «[The decision] is one more in a disconcertingly

long line of cases in which this Court uses its shadow docket to signal or make changes in the law, without anything approaching full briefing and argument».

Spiega, infatti, la giudice dissenziente che, quando si richiede uno *stay* di una decisione di una *lower court*, il ricorrente deve dimostrare che la Corte inferiore non ha applicato correttamente la legge.

In particolare, la sospensione della decisione di una corte inferiore, in attesa di appello, richiederebbe la prova, da parte del ricorrente, dell'integrazione di due requisiti: 1) la probabilità per il ricorrente di avere successo nel merito e 2) il rischio di danno irreparabile per il ricorrente, per il bilanciamento degli interessi delle parti, nonché per l'interesse pubblico (*Nken v. Holder* (556 U.S. 418) 2009).

La decisione richiederebbe dunque tanto una prognostica e probabilistica componente di merito, quanto una di equità.

Nel caso di specie, argomenta Kagan, a fronte di una corretta applicazione del precedente *Gingles* da parte dei giudici della Corte Distrettuale, accettare la posizione dell'Alabama avrebbe come effetto quello di riscrivere decenni di precedenti sulla sez. 2 del *Voting Rights Act*, accordando, con la considerazione meritoria necessaria a garantire lo *stay*, una rilettura di *Gingles* a cui lo Stato aggiungerebbe richieste mai prima considerate («*Usually, when a litigant applies to this court for a stay, it argues that the lower court erred under current law. But Alabama's applications cannot be understood in that way. Accepting Alabama's contentions would rewrite decades of this Court's precedent about Section 2 of the VRA*»).

Secondo lo Stato i ricorrenti non avrebbero soddisfatto il primo requisito del test di *Gingles* - che si ricorda afferma che il gruppo minoritario deve essere sufficientemente grande e geograficamente compatto da poter essere considerato una maggioranza in un dato distretto - in quanto le mappe distrettuali da loro proposte non sarebbero disegnate in maniera *race-neutral*.

A dimostrazione di ciò, l'Alabama sostiene che, attraverso l'impiego di un *software* algoritmico che non prenda in considerazione il fattore etnico, si produrrebbero mappe elettorali *race-neutral*, nessuna delle quali consentirebbe la creazione di un secondo distretto a maggioranza nera, salvo operare un *racial gerrymandering* a favore della comunità afroamericana.

Secondo l'Alabama, l'avvento della tecnologia opererebbe quindi una modifica al primo requisito del test *Gingles*: la possibilità cioè di ragionare sul *redistricting* in termini etnicamente neutri.

Tale *benchmark* ha trovato già applicazione nel caso *Gonzales v. City of Aurora* (535 F.3d 594, 7th Cir. 2008) deciso dalla United States Court of Appeals, Seventh Circuit dell'Illinois.

In questa occasione, il giudice Easterbrook ha ritenuto non vi fosse diluzione del voto della comunità ispanica ricorrendo ad un *reasoning* non dissimile da quello proposto dallo Stato dell'Alabama nel caso in commento.

In particolare, si legge in *Gonzales*, posto che i computer possono usare i dati del censimento per generare randomicamente migliaia di mappe elettorali diverse e *race-neutral*, si avrebbe diluzione del voto, e pertanto violazione della sez. 2 del *Voting Rights Act*, solo ed esclusivamente nel caso in cui la suddivisione dei distretti in vigore risultasse totalmente diversa da

quelle create tramite computer non prendendo in considerazione il fattore etnico.

In pratica, le mappe randomiche ed etnicamente neutrali diventerebbero il *benchmark* per valutare una potenziale violazione della seconda sezione del *Voting Rights Act*.

Attenta dottrina ha però avvertito che il ricorso a tale parametro, in luogo dello standard di proporzionalità prescritto dal primo requisito *Gingles*, finirebbe per vanificare il tentativo di protezione delle minoranze etniche, rendendo per quest'ultime particolarmente difficile dimostrare la diluizione del voto (D.T. Canon, *Race and Redistricting*, in *Annual Review of Political Science*, vol. 25, 2022).

Uno studio sugli effetti del *technological redistricting* condotto ricorrendo a sofisticati modelli matematici e software algoritmici (J. Chen, N. Stephanopoulos, *The Race-blind Future of Voting Rights*, in *Yale Law Journal*, vol. 130, 2021, p. 862) ha dato prova di come un processo di redistribuzione non razziale produrrebbe sostanzialmente meno distretti in cui gli elettori appartenenti ad una minoranza siano in grado di eleggere i loro candidati preferiti. La proposta del giudice Easterbrook causerebbe quindi un calo nella rappresentanza delle minoranze etniche.

Secondo questo approccio, al fine di valutare una potenziale diluizione del voto, la rappresentatività degli elettori di minoranza andrebbe dunque confrontata non alla loro quota di popolazione, in un rapporto di proporzionalità tra elettori e rappresentanti, quanto piuttosto alla frazione di seggi che controllerebbero se i distretti fossero disegnati a caso e senza l'uso di dati etnici (J. Chen, N. Stephanopoulos, *op. cit.*, 2021, 862). E ciò a differenza di quanto richiesto ad oggi dalla Corte Suprema nei casi di *redistricting*.

Gingles chiede infatti che sia integrata una condizione specificamente di proporzionalità etnica: se una minoranza possa essere considerata sufficientemente numerosa e geograficamente compatta da costituire una maggioranza in almeno un ulteriore distretto elettorale.

Avverte la giudice Kagan, nell'opinione dissenziente alla decisione in commento, come l'imposizione di un requisito di "neutralità etnica" non è mai stato parte del precedente. E pertanto, non si potrebbe accordare la richiesta di sospensione della sentenza della Corte Distrettuale all'Alabama senza aver imposto una modifica al precedente. Senza cioè aver accettato la nuova prospettiva di "neutralità etnica" proposta dall'Alabama.

È tuttavia la *dissenting opinion* di Roberts che tradisce palesemente il dibattito interno alla Corte circa l'uso di un provvedimento emergenziale nel caso di cui si tratta.

Secondo il *Chief Justice*, infatti, è vero che il precedente *Gingles* e la progenie giurisprudenziale che ne è derivata vada modificata, alla luce del disaccordo e incertezza che genera circa la natura e i contorni dei casi di diluizione del voto. Nondimeno, osserva Roberts, questa è materia dell'*ordinary docket*, poiché nel caso di specie nulla si può contestare alla decisione della Corte Distrettuale che ha pedissequamente applicato il precedente giurisprudenziale, che invero, nella sua opinione, andrebbe meritoriamente rivisto.

Il solo modo per l'Alabama di indire elezioni conformi alla legge è applicare quanto deciso dalla Corte Distrettuale per il 2022, in attesa di un superamento di *Gingles* da parte della Corte Suprema per via ordinaria.

Di opposto avviso è Justice Kavanaugh, il quale, con la sua *concurring opinion*, spiega la posizione della Corte e risponde alle critiche mosse da Kagan e da Roberts.

Kavanaugh apre la sua argomentazione definendo «*off target*» nonché «*catchy but worn-out*» le critiche di Kagan sull'impiego dello *shadow docket* a fini sostanziali. Secondo il giudice di maggioranza, infatti, se è vero che la Corte nel decidere se accordare uno *stay* delle decisioni delle Corti inferiori prende in considerazione un giudizio bipartito che contempla anche il merito del caso, nel caso di specie ciò non è richiesto.

Infatti, il caso è stato deciso applicando il precedente *Purcell* (*Purcell v. Gonzalez* (549 U.S. 1) 2006); R.L. Hasen, *Reining in the Purcell Principle*, in *Florida State University Law Review*, vol. 43, 2016, 427).

Secondo tale precedente, la Corte Suprema è tenuta a sospendere la decisione della corte inferiore che, a ridosso di una tornata elettorale, modifichi la legislazione di voto. Ciò al fine di garantire che le regole del voto siano chiare e precise ed evitare conseguenza inaspettate e ingiuste, nonché confusione per i candidati, i partiti politici e per gli stessi elettori (*Purcell v. Gonzalez* (549 U.S. 1) 2006).

Argomenta il giudice che, sebbene la Corte Suprema non abbia mai effettivamente disegnato i contorni di applicabilità del principio in parola, per sfuggire all'applicazione di tale precedente sarebbe necessario che i cittadini ricorrenti in prima istanza possano dimostrare i) una palese ragione nel merito; ii) un irreparabile danno; iii) il non aver ritardato di portare la questione alla Corte e iv) che la modifica alla legge elettorale a ridosso dalle elezioni non comporti costi politici e sociali, confusione e in generale difficoltà organizzative.

Nel caso di specie, secondo il giudice, i cittadini ricorrenti in primo grado mancherebbero di almeno due requisiti: il primo e il quarto. Sottolinea, infatti, Kavanaugh che pur essendo le elezioni generali a novembre 2022 (un anno dalla *preliminary injunction* emessa dalla Corte Distrettuale), le primarie avrebbero luogo a maggio e già dal 30 marzo 2022 sarebbe possibile votare tramite posta.

Una data che Kavanaugh e la maggioranza considerano troppo vicina per consentire qualsiasi modifica alla legge elettorale dell'Alabama.

Di tutt'altra opinione i giudici dissenzienti che, per mano di Kagan, sottolineano come il principio *Purcell* si applichi ai casi di emergenza per estrema vicinanza alla data dell'elezioni generali e che in casi temporalmente simili la Corte ha proceduto in maniera opposta (*Harris v. McCrory* (577 U.S. 1129) 2016; *Personhuballah v. Alcorn* (577 U.S. 1125) 2016).

L'effetto conclusivo della decisione della Corte è, nella visione dei giudici dissenzienti, sostanzialmente bivalente.

Da un lato la popolazione dell'Alabama sarebbe chiamata al voto nell'autunno 2022 con una legge contraria al *Voting Rights Act*. Dall'altro la Corte Suprema, accogliendo l'istanza sospensiva della sentenza della Corte Distrettuale, avrebbe meritoriamente accettato una nuova lettura del precedente *Gingles* proposta dal ricorrente.

È chiaro che alla luce di quanto ricostruito si pongono due problemi: 1) l'uso di *Purcell* in materia elettorale come sostitutivo dello *standard* usuale di valutazione dello *stay* e 2) l'impiego dello *shadow docket* e quindi di provvedimenti emergenziali per decisioni che richiederebbero uno scrutinio ordinario e motivato.

I due temi, come si spiegherà, sono in realtà sovrapponibili, nel senso che l'impiego di *Purcell* si pone come conseguenza processuale, o addirittura come giustificazione, della scelta di decidere un caso elettorale per via procedurale. Come sostenuto da attenta dottrina, *Purcell* è una *shadow doctrine* prodotta dallo *shadow docket* (D. Gans, *The Roberts Court, The Shadow Docket, and the Unraveling of Voting Rights Remedies*, American Constitution Society, ottobre 2020, disponibile su: https://www.acslaw.org/issue_brief/briefs-landing/the-roberts-court-the-shadow-docket-and-the-unraveling-of-voting-rights-remedies/).

5. - L'applicazione del precedente *Purcell* per valutare le richieste di *stay* nei casi di *electoral litigation*, in luogo dello standard prescritto da *Nken v. Holder*, ha prodotto, in alcuni momenti, ambiguità e confusione maggiori di quelle che lo stesso sarebbe chiamato ad evitare (R. Gao, *Why the Purcell Principle should be Abolished*, in *Duke Law Journal*, vol. 72, 2022, 1140).

Tale ambiguità è innanzitutto riferibile alla mancanza di un chiaro standard temporale: quanto deve essere distante un'elezione perché si possa applicare un principio che prescrive l'immodificabilità della legislazione elettorale? Va preso in considerazione il fatto per cui le elezioni congressuali hanno luogo ogni due anni e che pertanto, come nel caso in commento, l'applicazione di *Purcell* già ben nove mesi prima della tornata elettorale avrebbe l'effetto di paralizzare qualsiasi tentativo di *litigation* di una legge (o come nel caso di specie di un caso di *redistricting*) adottata in violazione del *Voting Rights Act*.

In secondo luogo, l'impiego del principio *Purcell* presta il fianco a decisioni che appaiono assumere sempre più una fisionomia politica, spesso finanche contraddittorie (W.U. Codrington, *Purcell in Pandemic*, in *New York University Law Review*, vol. 96, 2021, 942).

Si tratta, difatti, di un principio che, applicato presuntivamente, non lascia spazio a considerazioni di carattere di equità, come accade usualmente nell'applicazione dello standard *Holder*. Ne consegue che le decisioni assunte sulla base di *Purcell* ignorano qualsivoglia conseguenza rispetto ai principi generali posti a garanzia del diritto di voto, nonché agli effetti diluitivi e di *disenfranchisement* della rappresentatività (A. Vazquez, *Abusing Emergency Powers: How the Supreme Court Degraded Voting Rights Protections during the COVID-19 Pandemic and Opened the Door for Abuse of State Power*, in *Fordham Urban Law Journal*, vol. 48, 2021, 967).

Altra dottrina ha poi messo in evidenza un certo *deficit* di legittimità insito nella decisione *Purcell* (D. Gans, *The Roberts Court, The Shadow Docket, and the Unraveling of Voting Rights Remedies*, American Constitution Society, ottobre 2020).

Il principio applicato dalla Corte sarebbe infatti il prodotto di un processo decisionale, quello dello *shadow docket* che, come già sottolineato, si caratterizza per velocità decisionale e mancanza di *reasoning*. Tale principio

è stato infatti elaborato, senza ulteriore dettaglio circa le sue modalità e *standard* di impiego in una decisione procedurale in assenza di *full briefing* e *oral argument* (così anche S.D. Gilleran, *Purcell v. Gonzalez, Principle and Problem - Native American Voting Rights in the 2018 North Dakota Elections*, in *Wake Forest Law Review*, vol. 55, 2022, 453).

È pertanto evidente come, al fine di mitigare gli effetti negativi ivi considerati, il principio espresso in *Purcell*, per il quale le Corti sono tenute a considerare il rischio di confusione ingenerato da una modifica della legge elettorale a ridosso dalle elezioni e pertanto astenersi dal giudizio meritorio, debba essere inserito in un più ampio bilanciamento che prenda in considerazione sì tale rischio ma, al contempo, anche l'eventualità che il mancato intervento della Corte generi effetti di *disenfranchisement* sul diritto di voto (si veda, in tal senso, N. Stephanopoulos, *Election Litigation in Time of Pandemic*, in *The University of Chicago Law Review Online*, giugno 2020: «*Purcell is just one equitable factor that courts should consider in granting relief in electoral cases. Other such factors include ensuring that elections run smoothly and, even more importantly, protecting the right to vote*»).

6. - Le considerazioni appena svolte circa l'impiego di *Purcell* trovano giustificazione nel sempre più problematico impiego del cosiddetto *shadow docket* da parte della Corte Suprema.

Se, difatti, rientra nella normale attività della Corte il decidere, in situazioni d'urgenza, attraverso procedure veloci e semplificate e tramite ordini e decisioni sommarie, l'impiego dello *shadow docket* diventa costituzionalmente preoccupante allorché gli effetti di queste decisioni procedurali, privi di motivazione, si spiegano sulla sostanza, andando, come lamentato da Kagan nel caso in commento, a modificare i precedenti applicabili e incidendo sulla sostanza dei diritti tutelati (si veda ad esempio il caso *Whole Woman's Health v. Jackson* in materia di aborto con cui la Corte Suprema, con un provvedimento emergenziale, ha rigettato l'istanza di *injunctive relief* presentata dai ricorrenti consentendo l'entrata in vigore del *Texas Heartbeat Act*; si veda M. Fasan, *Il ruolo della Corte Suprema nel dialogo tra diritto e politica. Considerazioni sul diritto all'aborto nell'ordinamento statunitense*, in *DPCE Online*, 4/2021, p. 4465).

D'altronde, come potrebbe risultare anche dalla decisione in commento per il diritto di voto, la decisione di rigetto di *injunctive relief* adottato nel caso della legge Texana sull'aborto appariva fin da subito voler segnalare il cambio di passo della giurisprudenza costituzionale sul diritto all'interruzione di gravidanza.

Particolarmente evidente è il problema dei casi elettorali decisi tramite ricorso allo standard *Purcell*, diretto prodotto, come già rilevato, dello *shadow docket*. In questi casi, infatti, la Corte sembra aver posto una «tagliola su ogni tentativo di garantire l'effettivo esercizio del diritto di voto», anche nel momento in cui il diritto di voto è più vulnerabile, ossia quando sta per essere esercitato. Come rilevato da attenta dottrina, «attraverso questi "ordini ombra", decisi sulla base del principio *Purcell*, la Corte ha messo una data di scadenza sulla promessa della Costituzione di una democrazia inclusiva, vibrante e multirazziale» (trad. libera da Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, *Testimony of Elizabeth B. Wydra*,

President of the Constitutional Accountability Center, and David H. Gans, Director of CAC's Human Rights, Civil Rights, and Citizenship Program, August 20, 2021).

Il caso analizzato è pertanto paradigmatico di un problema interno alla Corte già da tempo evidente e tornato in auge di recente anche su altri fronti: l'impiego dello *shadow docket* in casi che richiederebbero invero un'analisi meritoria, in quanto fondati su nuove prospettazioni giuridiche del precedente applicabile.

Così, nel già citato caso *Whole Woman's Health v. Jackson*, Justice Kagan lamenta l'impiego dello *shadow docket* definendo questa sempre più diffusa prassi della Corte «*unreasoned, inconsistent, and impossible to defend*». Ancor più di recente, nel caso *Louisiana v. American Rivers* (2022), con cui la maggioranza della Corte Suprema ha sospeso l'ordine della District Court for the Northern District of California che annullava la "Certification Rule" del *Clean Water Act* del 2020, la giudice Kagan, seguita dal Chief Justice Roberts e dai colleghi Breyer e Sotomayor, critica la scelta di sospendere la decisione della *lower court* in attesa dell'appello.

Anche in quel caso, secondo i giudici dissenzienti, i ricorrenti non sarebbero riusciti a dimostrare il danno irreparabile, requisito tradizionalmente richiesto, rendendo così «*[t]he Court's emergency docket not for emergencies at all. The docket becomes only another place for merits determinations—except made without full briefing and argument*» (J. Romoser, *Five-justice majority restores Trump-era policy on water pollution, provoking more criticism of emergency docket*, in *SCOTUSblog*, 6 aprile 2022, disponibile su: <https://www.scotusblog.com/2022/04/five-justice-majority-restores-trump-era-policy-on-water-pollution-provoking-more-criticism-of-emergency-docket/>; per una ricostruzione delle posizioni critiche interne ed esterne alla Corte Suprema si veda E. Pickup, H. Templin, *Shadow Docket Experiments*, in *Notre Dame Law Review Reflections*, 2022).

Questo problema si unisce all'utilizzo di un precedente di per sé puramente presuntivo, *Purcell*, rispetto a un diritto, quello di voto, che ha invece necessità, salvo nei casi di particolare e reale urgenza, di vedere motivato ogni decisione che abbia come effetto una restrizione della sua portata applicativa (E. Rong Zhang, *Voting Rights Lawyering in Crisis*, in *CUNY Law Review*, vol. 24, 2021, 123).

È palese come, nel caso in commento, a fronte di una decisione della Corte Distrettuale che ha ritenuto una legge dello Stato adottata in potenziale violazione del *Voting Rights Act*, per l'impatto discriminatorio sulla rappresentatività della popolazione afroamericana dell'Alabama, determinato dallo stratagemma di *redistricting*, l'unica strada percorribile per garantire la piena operatività del diritto di voto, come disciplinato dalla normativa richiamata, fosse quella di garantire lo svolgimento del processo elettorale secondo quanto prescritto dalla Corte Distrettuale, nel pieno rispetto della giurisprudenza della Corte Suprema e del precedente *Gingles*, correttamente applicato dalla corte inferiore (*Justice Roberts, dissenting opinion*).

In conclusione, la decisione in commento, così come il principio che in essa si applica, è emblematica dei problemi propri dello *shadow docket*, acuiti dall'impiego che la Corte ne fa in un settore, quello elettorale,

particolarmente rilevante per il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche e che è possibile identificare nell'assenza di motivazione, nell'anonimato del voto, nell'imprevedibilità delle tempistiche decisionali, nella mancanza di *briefing* di merito e di discussione orale, nella risoluzione preventiva di questioni costituzionali, nonché, infine, nel rischio di minare la stessa legittimità della Corte Suprema a causa della carenza di trasparenza di questo tipo di decisioni (così S.L. Bray., *Hearing before the Presidential Commission on the Supreme Court of the United States: "Case Selection and Review at the Supreme Court"*, 28 giugno 2021, nonché S.I. Vladeck, *The Supreme Court's Shadow Docket*, "Hearing Before the Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Internet of the House Committee on the Judiciary", 18 febbraio 2021).

Il risultato del lavoro interno allo *shadow docket* sul caso in commento è da un lato quello di segnalare l'intenzione della maggioranza della Corte Suprema di modificare il precedente applicato alla sez. 2 del *Voting Rights Act*, dall'altro, di accogliere, in assenza di specifica motivazione, la rilettura dell'Alabama del precedente *Gingles*, e ancor più, di restringere le possibilità di rappresentatività in Congresso della popolazione afroamericana dell'Alabama.

O meglio, nelle parole che chiudono la severa *dissenting opinion* di Justice Kagan, la decisione della maggioranza «[...] *does a disservice to our own appellate processes, which serve both to constrain and to legitimate the Court's authority. It does a disservice to the District Court, which meticulously applied this Court's longstanding voting-rights precedent. And most of all, it does a disservice to Black Alabamians who under that precedent have had their electoral power diminished—in violation of a law this Court once knew to buttress all of American democracy*».

La direzione appare tuttavia segnata. Una successiva e speculare decisione della Corte Suprema ha confermato il segnale di allarme lanciato da Kagan sull'intenzione della maggioranza di aprire a modifiche interpretative della sez. II del *Voting Rights Act* nel senso di maggior deferenza verso le scelte di *redistricting* operate dagli Stati.

Così, la maggioranza dei giudici supremi nel caso *Ardoin v. Robinson*, deciso nel giugno 2022, con il dissenso di Breyer, Kagan e Sotomayor, ha sospeso l'ordinanza della Corte Distrettuale (*No. 3:22-CV-211; No. 3:22-CV-214*) che richiedeva allo Stato della Louisiana di disegnare nuove mappe elettorali che includessero un secondo distretto a maggioranza di popolazione afroamericana per le elezioni del novembre 2022, in ottemperanza a quanto richiesto dalla sez. II del *Voting Rights Act* e dal precedente *Gingles*.

Va notato, in chiusura, che i giudici distrettuali, anche in questo caso, avevano statuito come il discusso precedente *Purcell* non avrebbe potuto trovare applicazione proprio in ragione del lungo lasso di tempo intercorrente tra la decisione della Corte e la data delle elezioni.

Sergio Sulmicelli

Facoltà di Giurisprudenza

Università degli Studi di Trento

sergio.sulmicelli@unitn.it

