

La pronuncia *Moore v. Harper* e la fragilità recente della democrazia statunitense

di Cosimo Serpolla

Title: Moore v. Harper and the recent fragility of U.S. democracy

Keywords: independent state legislature theory; gerrymandering; election law.

1. La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 27 giugno 2023, *Moore v. Harper*, affronta il delicato tema della teoria, alla ribalta negli ultimi anni, dell'*independent state legislature* (ISL), la quale postula non semplicemente l'esistenza di un potere di regolamentazione delle elezioni federali all'interno dei singoli stati federati in capo agli organi legislativi di quegli stati, ma anche che tale potere non sia soggetto ad alcun tipo di controllo o limitazione da parte dei tribunali statali o del governatore (per approfondire si vedano, *ex multis*: M. T. Morley, *The Independent State Legislature Doctrine, Federal Elections, and State Constitutions*, in *Georgia Law Review*, vol. 55, 2020, 1; H. H. Smith, *Revisiting the History of the Independent State Legislature Doctrine*, in *St. Mary's Law Journal*, vol. 53, 2022, 445; M. Weingartner, *Liquidating the Independent State Legislature Theory*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 46, 2023, 135). Il fondamento di questa teoria, per i suoi sostenitori, si ritrova nella Costituzione degli Stati Uniti d'America, all'Articolo I, Sezione 4, Primo Comma (cd. *Elections Clause*), secondo cui: «Date, luoghi e modalità delle elezioni per i senatori e per i rappresentanti saranno fissate in ogni Stato dai rispettivi organi legislativi; il Congresso potrà però in qualsiasi momento stabilire o modificare le norme relative, salvo per quanto riguarda i luoghi in cui i senatori debbano essere eletti.» Un ulteriore sostegno alla teoria si ricaverebbe dal testo dell'Articolo II, Sezione 1, Secondo Comma: «Ogni Stato nominerà, nel modo che verrà stabilito dal suo organo legislativo, un numero di Elettori, pari al numero complessivo dei senatori e dei rappresentanti che lo Stato ha diritto di mandare al Congresso; ma né senatori, né rappresentanti, né altri che abbiano incarichi fiduciari o retribuiti alle dipendenze degli Stati Uniti, potranno essere nominati Elettori.»

Vale la pena notare come una maggioranza dei giudici della Corte Suprema non abbia mai validato espressamente questa teoria, servendosene per risolvere una causa. Ci andarono vicino nel caso di *McPherson v. Blacker*, 146 U.S. 1 (1892), in cui sentenziarono la validità di una legge del Michigan

riguardante la selezione degli elettori presidenziali. Nel farlo, citarono, approvandolo, un rapporto del 1874 di una commissione del Senato in cui si sosteneva il potere assoluto degli organi legislativi statali in questo ambito (*Ibid.*, 34-35). Tuttavia, poiché l'oggetto della controversia in *Blacker* era la conformità della legge del Michigan alla Costituzione federale e non a quella dello Stato, nessun precedente vincolante riguardante la teoria dell'ISL fu pronunciato. Nello stesso solco, in tempi più vicini a noi, la famigerata sentenza *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000), che fermò il riconteggio dei voti ordinato dalla Corte Suprema della Florida, vide l'opinione concorrente dell'allora *Chief Justice* William Rehnquist sostenere che la pronuncia fosse viepiù giustificata dal fatto che la sentenza dei giudici statali si discostava significativamente dalla lettera del codice elettorale dello Stato, in violazione proprio dell'*Elections Clause* (*Ibid.*, 112-122). Nemmeno in questo caso, tuttavia, la teoria dell'ISL fece parte dell'opinione *per curiam* della maggioranza della Corte, che si concentrò sull'*Equal Protection Clause* del Quattordicesimo Emendamento. Di contro, vi è anche una giurisprudenza che ha respinto, più volte, la teoria in questione. In *Smiley v. Holm*, 285 U.S. 355 (1932), a seguito del veto posto dal Governatore del Minnesota alla mappa dei nuovi distretti elettorali prodotta dall'organo legislativo dello Stato, la Corte Suprema diede torto a quest'ultima sostenendo che, con l'espressione "organo legislativo" (*legislature*, in originale), la Costituzione federale facesse riferimento all'esercizio del potere generale di legiferare degli stati più che all'assemblea rappresentativa in senso stretto; se il Governatore è parte del procedimento legislativo, il suo veto non può essere considerato privo di valore. In maniera cruciale, per quanto concerne *Moore v Harper*, «*We find no suggestion in the Federal constitutional provision of an attempt to endow the legislature of the State with power to enact laws in any manner other than that in which the constitution of the State has provided that laws shall be enacted. Whether the Governor of the State, through the veto power, shall have a part in the making of state laws is a matter of state polity. Article I, section 4, of the Federal Constitution, neither requires nor excludes such participation. And provision for it, as a check in the legislative process, cannot be regarded as repugnant to the grant of legislative authority*» (285 U.S., 367-368). In tempi assai più recenti una ristretta maggioranza della Corte (5-4) giunse a conclusioni simili nel caso di *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015), in cui l'assemblea legislativa dello Stato dell'Arizona lamentava l'incostituzionalità dell'emendamento alla costituzione statale, ottenuto tramite un referendum propositivo (*popular initiative*), che aveva creato una commissione indipendente con il compito di disegnare nuovi distretti elettorali dopo ogni censimento, privando l'assemblea legislativa di quel potere. Secondo l'opinione della maggioranza, anche in questo caso l'organo legislativo non è la sola assemblea rappresentativa, ma anche l'elettorato che faccia uso dello strumento referendario, purché secondo le disposizioni della costituzione dello Stato (*Ibid.*, 819).

2. Di seguito i fatti della controversia, invero abbastanza particolari. La Carolina del Nord è il tipico *swing state*, in cui non esiste un predominio duraturo nel tempo di uno dei due partiti maggiori. Per questa ragione, e

siccome il *redistricting*, il ridisegno dei distretti elettorali che segue tipicamente il censimento decennale, è in capo all'assemblea legislativa, i partiti si sono serviti largamente del *gerrymandering* per mantenere il proprio controllo delle istituzioni dello Stato, in particolare dell'assemblea legislativa stessa. In particolare, negli ultimi dieci anni la mappa elettorale dello Stato è stata ridisegnata ben tre volte. Nel 2019 la questione era già finita di fronte alla Corte Suprema, la quale aveva sentenziato, in *Rucho v. Common Cause*, 588 U.S. ____ (2019), come, nonostante il *gerrymandering* fosse incompatibile con i principi democratici, i tribunali federali non potessero, in ultima analisi, conoscere di tali questioni, in quanto ricadenti nell'ambito della discrezionalità politica, riservata ad altre istituzioni (riferendosi al cosiddetto *partisan gerrymandering*, potendo invece conoscere dei casi di *gerrymandering* "razziale", ai sensi del *Voting Rights Act* del 1965). A seguito del censimento del 2020, risultò l'incremento della popolazione dello Stato di circa un milione di unità, attribuendo alla Carolina del Nord un seggio in più alla Camera dei Rappresentanti. L'organo legislativo statale, l'Assemblea Generale, produsse, pertanto, tre nuove mappe elettorali (una per la Camera dei Rappresentanti degli Stati Uniti e una per ciascuna delle due Camere dell'Assemblea Generale stessa), approvate tutte con il voto favorevole dei Repubblicani e contrario dei Democratici. Vari gruppi e associazioni chiesero al potere giudiziario la censura di queste nuove mappe, adducendo una violazione della costituzione statale costituita da un *gerrymandering* tanto marcato. Nel caso di *Harper v. Hall*, 380 N.C. 317 (2022) (*Harper I*), un tribunale della Contea di Wake riconobbe la partigianeria del disegno dei nuovi distretti elettorali, ma affermò altresì di non poter concedere soddisfazione agli attori, poiché, con poche e circostanziate eccezioni, i casi di *gerrymandering* «amounted to political questions that are nonjusticiable under the North Carolina Constitution» (*Ibid.*, 348). La Corte Suprema dello Stato, però, rovesciò il verdetto del tribunale inferiore, argomentando che, nonostante quanto affermato in *Rucho*, «*simply because the Supreme Court has concluded partisan gerrymandering claims are nonjusticiable in federal courts, it does not follow that they are nonjusticiable in North Carolina Courts*» (*Ibid.*, 361) e respingendo, logicamente, l'argomentazione dei convenuti, che faceva riferimento alla teoria dell'ISL. Di conseguenza, ordinò al tribunale inferiore di supervisionare il ridisegno dei distretti da parte dell'Assemblea Generale o, se necessario, di prenderselo in capo esso stesso. L'Assemblea Generale adottò rapidamente una nuova mappa, che il tribunale non ritenne, però, adeguata, e approvò mappe redatte con l'ausilio di esperti indipendenti, da impiegarsi nelle elezioni del 2022 (*Harper v. Hall*, 383 N.C. 89, (2022) (*Harper II*)). Nel febbraio 2022 i rappresentanti dell'Assemblea Generale ricorsero alla Corte Suprema degli Stati Uniti, chiedendo una sospensiva della decisione della Corte Suprema della Carolina del Nord. I giudici di Washington non concessero la misura emergenziale, ma accettarono di discutere la causa nell'anno giudiziario seguente. Nel dicembre del 2022 la Corte Suprema statale concordò con il tribunale inferiore sulle carenze della nuova mappa presentata dall'Assemblea Generale, che non rispettava i criteri stabiliti in *Harper I* (*Harper II*, 125).

Per comprendere quanto accaduto dopo è opportuno chiarire che la Corte Suprema della Carolina del Nord è un organo elettivo e che, fino alle elezioni dell'autunno del 2022 quattro giudici erano affiliati al Partito

Democratico contro tre al Partito Repubblicano. A seguito della tornata elettorale, gli equilibri della Corte furono rovesciati, con cinque giudici di affiliazione conservatrice e due di affiliazione liberale. Subito dopo l'entrata in carica dei nuovi giudici, il 1 gennaio 2023, i rappresentanti dell'Assemblea Generale si affrettarono a chiedere l'*overruling* di *Harper I*, pur concedendo che ciò non avrebbe annullato l'ordine che cassava la mappa elettorale originale. La nuova Corte, prevedibilmente, diede ragione ai rappresentanti dell'Assemblea Generale, rovesciando *Harper I* e accettando il ragionamento della maggioranza in *Rucho* (*Harper v. Hall*, ___ N.C. (2023) (*Harper III*)). Benché *Rucho* non avesse escluso che i tribunali statali, quelli sì, potessero conoscere dei casi di *partisan gerrymandering*, la Corte Suprema statale sposò l'opinione della maggioranza in quella pronuncia sul punto della *political question*: «*In Rucho the Supreme Court considered partisan gerrymandering claims under the Federal Constitution, but the arguments it addressed are similar to those raised here. While the current claims allege that partisan gerrymandering violates our state constitution, we find the reasoning of the Supreme Court in Rucho persuasive because the same arguments, concerns, and predictions have arisen here*». Che cosa ne è, dopo quest'ultima decisione, della causa pendente dinnanzi alla Corte Suprema federale?

3. La prima questione che il giudice federale si trova a risolvere è quella attinente alla giurisdizione. La più recente sentenza del giudice statale, infatti, pone il problema della possibile *mootness* della causa; sarebbe a dire, una circostanza sopravvenuta ha reso la decisione non più necessaria (sul tema si vedano, *ex multis*: D. B. Kates Jr e W. T. Barker, *Mootness in Judicial Proceedings: Towards a Coherent Theory*, in *California Law Review*, vol. 62, 1974, 1385; M. I. Hall, *The Partially Prudential Doctrine of Mootness*, in *George Washington Law Review*, vol. 77, 2008, 562). Come si può immaginare, per la maggioranza della Corte Suprema non è questo il caso. Il punto di partenza del ragionamento della Corte è l'Articolo III, Sezione 2 della Costituzione federale, il quale prevede la giurisdizione della Corte Suprema su "casi" e "controversie". Questo requisito prevede che le parti debbano mantenere un interesse personale nella causa (si veda *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), 204), il quale deve sussistere non solo nel momento iniziale, ma durante l'intero procedimento (come ribadito anche in *Genesis Healthcare Corp. v. Symczyk*, 569 U.S. 66 (2013), p. 71). La questione è, quindi, se l'*overruling* da parte del giudice statale del suo giudizio precedente faccia venire meno l'interesse delle parti nella risoluzione della controversia da parte della Corte Suprema federale.

Sono qui cruciali i dettagli della causa originale. I rappresentanti dell'Assemblea Generale non hanno chiesto il ripristino della mappa elettorale perché i termini per una nuova udienza relativa ad *Harper I* erano già scaduti da tempo. Il loro interesse era nell'*overruling* del principio sancito dalla prima sentenza della Corte Suprema della Carolina del Nord, attinente alla giustiziabilità dei *partisan gerrymandering claims*. Il rovesciamento per intero del giudizio dato in *Harper I* - e di tutti i suoi effetti - è possibile solo da parte della Corte Suprema federale, la quale è l'unica in grado di fornire *complete relief* al legislatore statale. La potenziale reviviscenza delle mappe elettorali originali è, pertanto, elemento sufficiente perché le parti

mantengano un interesse personale nella controversia. Esiste persino una legge *ad hoc* della Carolina del Nord che prevede la reviviscenza automatica delle mappe in caso di decisione della Corte Suprema federale favorevole all'Assemblea Generale. Già nel caso *Hunt v. Cromartie*, 526 U.S. 541 (1999), simili disposizioni erano state ritenute sufficienti a eludere una possibile *mootness*, sempre in Carolina del Nord e sempre in relazione a un caso di *gerrymandering*. Vi è anche un secondo argomento, forse più interessante, riguardante la questione della teoria dell'ISL. Ai sensi dell'articolo 1257 del Titolo 28 dello *United States Code*, la Corte Suprema federale ha giurisdizione su «[f]inal judgments or decrees rendered by the highest court of a state in which a decision could be had». Che si svolgano poi ulteriori procedimenti in corti inferiori non inficia il fatto che una Corte Suprema statale abbia emesso un giudizio finale su una materia d'interesse federale, come già visto in *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975), in cui vengono individuate almeno quattro categorie di casi simili. Per quello che qui concerne, la seconda categoria ricomprende «cases [...] in which the federal issue, finally decided by the highest court in the State, will survive and require decision regardless of the outcome of future state-court proceedings» (*Ibid.*, 480). Decidendo *Harper I*, la Corte Suprema della Carolina del Nord ha compiuto quella “decisione finale” sulla materia d'interesse federale del significato dell'*Elections Clause*: se questa permette agli organi legislativi statali di eludere il controllo dei giudici statali. Secondo i giudici di Washington, nella sua decisione del 2023 la Corte Suprema statale, in realtà, non fa che affermare nuovamente la sua competenza a verificare la conformità dei piani di *redistricting* alla legge statale. La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, pertanto, ha giurisdizione nel decidere il significato e la portata dell'*Elections Clause*, e può affrontare il merito della questione.

4. Il *Chief Justice* John Roberts apre la trattazione nel merito in maniera piuttosto singolare. Già nel terzo periodo cita la pronuncia *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), celeberrima per aver stabilito solennemente il principio della *judicial review* negli Stati Uniti d'America. Roberts risale addirittura più addietro, mostrando come, già prima dell'entrata in vigore della Costituzione federale, il principio ribadito in *Marbury* fosse già stato sancito da diversi giudici statali in relazione alle carte costituzionali dei relativi stati e reputato un principio encomiabile da James Madison durante i lavori della Convenzione Costituzionale. Il *Chief Justice* non manca di menzionare, *en passant* ma di certo con intenzione, che anche il delegato del Massachusetts alla Convenzione Elbridge Gerry, eponimo della pratica del *gerrymandering*, citò in maniera positiva la condotta dei giudici che avevano dichiarato l'incostituzionalità di leggi in contrasto con le costituzioni statali. Colpisce che oltre tre pagine della sentenza siano dedicate a una rassegna storica che ribadisce quello che, in una sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, può sembrare finanche banale.

Venendo al nocciolo della questione, *in primis* viene riepilogata la giurisprudenza della Corte sul tema, partendo da *Ohio ex rel. Davies v. Hildebrandt*, 241 U.S. 565 (1916), in cui era stata sostenuta all'unanimità la legittimità di un referendum con cui gli elettori dello Stato dell'Ohio avevano respinto una mappa elettorale preparata dall'assemblea elettiva. Sono citate,

poi, anche *Smiley*, con riferimento al ruolo del Governatore nel procedimento legislativo di molti stati, e *Arizona State Legislature*. Il principio fondamentale che lega le tre pronunce è che il *redistricting* è essenzialmente una funzione legislativa e, pertanto, da esplicarsi secondo le procedure previste per legiferare nelle costituzioni statali: «*Nothing in [the Elections] Clause instructs, nor has this Court ever held, that a state legislature may prescribe regulations on the time, place, and manner of holding federal elections in defiance of provisions of the State's constitution.*» (576 U. S., 817-818). La Corte non vede alcuna ragione di discostarsi dal ragionamento originariamente seguito in *Smiley*.

Roberts procede poi a confutare le argomentazioni dell'Assemblea Generale. Siccome il potere di regolare l'elezione dei membri del Congresso è dato dalla Costituzione federale, si contende che solo questa possa restringerne l'esercizio, e non anche il diritto statale. Questa ricostruzione, tuttavia, semplicemente ignora la giurisprudenza riassunta sopra. Ignora, inoltre, la stessa concezione degli organi legislativi che esisteva già al tempo dei Costituenti: «*What are Legislatures? Creatures of the Constitution; they owe their existence to the Constitution: they derive their powers from the Constitution: It is their commission; and, therefore, all their acts must be conformable to it, or else they will be void.*» (*Vanhorne s Lessee v. Dorrance*, 2 Dall. 304 (Pa. 1795) 308). L'assemblea rappresentativa statale è sia un organo legiferante creato e vincolato dalla costituzione statale sia quello a cui la Costituzione degli Stati Uniti d'America conferisce una particolare competenza. Entrambe le carte vincolano l'assemblea. Nemmeno il *cherry-picking* della giurisprudenza della Corte Suprema da parte dei rappresentanti dell'Assemblea Generale persuade la maggioranza della Corte. Nel caso di *McPherson* fu, effettivamente, difeso il diritto dell'organo legislativo del Michigan di assegnare i voti presidenziali sulla base dei singoli collegi elettorali della Camera dei Rappresentanti, anziché *at-large*, ma in quel caso non si doveva decidere di un conflitto fra l'organo legislativo e la costituzione statale, bensì dell'eventuale violazione dell'*Elections Clause* da parte proprio dell'organo legislativo (per aver "tolto" il potere allo Stato del Michigan e averlo dato ai singoli distretti). Peraltro in quella stessa pronuncia il *Chief Justice* Fuller confessò le argomentazioni di chi la invoca: «*[t]he legislative power is the supreme authority except as limited by the constitution of the State. [...] What is forbidden or required to be done by a State is forbidden or required of the legislative power under state constitutions as they exist.*» (*McPherson*, 25). I ricorrenti si appigliano anche alla pronuncia *Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130 (1922), in cui si discusse della presunta invalidità del Diciannovesimo Emendamento per via delle disposizioni costituzionali statali che rendevano non operative le ratifiche dell'emendamento da parte delle assemblee rappresentative statali. In quel caso la Corte Suprema difese la validità delle ratifiche argomentando che, in quel caso, le assemblee avessero svolto una funzione federale, libere dalle limitazioni imposte dal diritto statale, e per i ricorrenti lo stesso principio si applica nella causa presente. La maggioranza della Corte, tuttavia, non è persuasa e opera una distinzione tra la funzione di semplice ratifica e quella di disciplina del procedimento elettorale, un'operazione complessa di legislazione, la quale è soggetta ai normali vincoli del procedimento legislativo stabiliti dalla carta costituzionale statale. Secondo Roberts, la giurisprudenza della Corte Suprema ha storicamente respinto la

concezione secondo cui l'atto del legiferare ai sensi dell'*Elections Clause* sia «*purely federal in character*». Ancora, non potendo ignorare *tout court* gli ingombranti precedenti di *Smiley*, *Hildebrant* e *Arizona State Legislature*, i ricorrenti - e il giudice Clarence Thomas, autore dell'opinione dissenziente - riconoscono che esista un qualche vincolo che il diritto statale può applicare all'organo legislativo, ma rileggono quelle pronunce esaltando la differenza fra vincolo procedurale e sostanziale. La loro argomentazione è che in tutti quei casi la limitazione attenesse all'aspetto procedurale della legislazione (come nel caso del veto del Governatore), ma che non esistesse una giurisprudenza sui vincoli imponibili al contenuto della legislazione approvata ai sensi dell'*Elections Clause*. Nemmeno questa linea argomentativa convince la maggioranza della Corte, la quale, nelle sentenze citate, non ha distinto fra vincoli sostanziali e procedurali. In ogni caso, la distinzione fra i due appare tutt'altro che agevole: «*When a governor vetoes a bill because of a disagreement with its policy consequences, has the governor exercised a procedural or substantive restraint on lawmaking?*», si chiede Roberts in maniera retorica, ritenendo di non dover indagare ulteriormente la questione. A ulteriore sostegno della propria argomentazione, Roberts cita disposizioni di costituzioni statali di fine XVIII e inizio XIX secolo regolanti lo svolgimento del procedimento elettorale: secondo l'interpretazione dell'*Elections Clause* voluta dai ricorrenti, sarebbe stato impossibile far valere simili disposizioni dinnanzi a un giudice; che senso avrebbe avuto per legislatori della stessa generazione dei Costituenti inserirle?

In chiusura, la maggioranza della Corte fa alcune precisazioni. Dopo aver dimostrato che le disposizioni della Costituzione federale non schermano gli organi legislativi statali dalla legge del proprio Stato chiarisce che questo conferisce un potere limitato ai giudici statali, i quali non possono dare al diritto statale una lettura diretta all'elusione del diritto federale. In tal modo Roberts concilia la presente pronuncia con quella data in *Bush v. Gore*, in cui si decise che, nell'interpretare le leggi regolanti le elezioni in Florida, la Corte Suprema di quello Stato le avesse «*impermissibly distorted them beyond what a fair reading required*» (531 U.S., 115). La Corte Suprema della Carolina del Nord ha, quindi, ecceduto nell'interpretare il diritto statale? Ciò non rileva. Non è mai stata questa l'argomentazione dei ricorrenti, i quali hanno sempre concesso che la Corte Suprema statale avesse applicato bene il diritto statale. La Corte Suprema federale non ha, pertanto, alcuna ragione per decidere quest'ultima questione, e non lo fa. Non le rimane, quindi, che confermare la pronuncia data dalla Corte Suprema della Carolina del Nord in *Harper I*. La teoria dell'ISL è rigettata nella sua interezza.

5. L'analisi della pronuncia *Moore v Harper* potrebbe concludersi qui. Dopotutto, viene riaffermata la storica giurisprudenza della Corte sul tema, ripresa già recentemente in *Arizona State Legislature* (anche se gli equilibri di potere all'interno della Corte erano diversi allora). È però particolarmente interessante e opportuno prestare attenzione alla (molto) lunga opinione dissenziente del giudice Clarence Thomas, condivisa *in toto* dal giudice Gorsuch e, limitatamente alla questione della *mootness*, anche dal giudice Alito. Per quanto concerne il problema della giurisdizione, Thomas non ha

dubbi sull'insussistenza della stessa: si tratta di un caso di *mootness* da manuale. Con il rovesciamento di *Harper I* da parte di *Harper III*, non rimane nulla da decidere per la Corte Suprema federale. I ricorrenti hanno già ottenuto quello che volevano e, pur decidendo la questione dell'*Elections Clause*, la Corte Suprema non potrebbe influenzare in alcun modo sviluppi seguenti nei tribunali inferiori. In che modo i diritti concreti delle parti potrebbero essere influenzati dalla decisione della Corte? In nessuno, secondo Thomas. L'errore fondamentale della maggioranza sarebbe stato aver voluto giudicare quanto prodotto dall'Assemblea Generale nel 2021 come *statute*, in astratto, separatamente dalla controversia reale. Non sarebbe però questo, nell'ordinamento giuridico statunitense, il ruolo della *judicial review*. Certo, il potere di dichiarare quale sia il diritto applicabile in una controversia comporta anche «*the negative power to disregard an unconstitutional enactment*» (*Massachusetts v. Mellon*, 262 U. S. 447 (1923), 488), ma questo non è un «*power per se to review and annul acts of [legislation] on the ground that they are unconstitutional*» (*Ibid.*). Quando una corte dichiara l'incostituzionalità di un *Act*, non lo priva di alcuna forza che questo prima possedesse; la corte si limita a risolvere una causa specifica in conformità alla Costituzione, prescindendo da un *Act* che non può in alcun modo disciplinare la fattispecie, poiché inefficace *ab origine*. Non vi sarebbe, dunque, più alcun caso concreto su cui il potere giudiziario debba esprimersi. Questa è la parte più convincente del dissenso del giudice Thomas, e, se pure fondata in una visione piuttosto conservatrice del ruolo dei giudici, è ben lungi dall'essere indifendibile sul piano del diritto.

«*I would gladly stop there.*» Con queste parole il giudice apre il suo attacco alla maggioranza nel merito della decisione. Curiosamente, dopo aver affermato che si fermerebbe volentieri, Thomas produce dieci ulteriori pagine, in cui il suo dissenso è meno condivisibile. Il fondamento della sua opinione risiede nella supremazia della Costituzione federale. Una naturale conseguenza di questa supremazia è che le limitazioni imposte dalle carte costituzionali statali all'espletamento delle funzioni affidate dalla Costituzione federale sono inefficaci; dopotutto, il popolo di un singolo Stato non può limitare i poteri dati al popolo degli Stati Uniti d'America nella sua interezza (si veda *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316 (1819)). La differenza fra vincoli sostanziali e procedurali al potere dell'Assemblea Generale per il giudice Thomas è molto chiara. Per lui alla domanda della maggioranza sul veto del governatore non è affatto difficile rispondere: la sanzione o il veto ai disegni di legge sono parte integrante del procedimento legislativo. Il Governatore che ha questi poteri è a tutti gli effetti un ramo dell'organo legislativo, così come il sovrano del Regno Unito ne compone il Parlamento assieme alle due Camere. I vincoli sostanziali al procedimento legislativo (che include la partecipazione del Governatore) nell'espletare la funzione affidata dall'*Elections Clause*, invece, richiedono ben altra giustificazione, che la maggioranza della Corte sembra però non fornire.

Infine, l'opinione della maggioranza viene attaccata per l'indicazione che dà alle corti inferiori su come esercitare *judicial review* in future cause aventi ad oggetto l'*Elections Clause*. Si richiede alle corti federali di sviluppare una definizione accettata di «*the bounds of ordinary judicial review*», ma questo è alquanto problematico. Si è già sancito, in *Rucho*, che le corti federali non

possono decidere di questioni di *gerrymandering*, con poche eccezioni. Come potrebbero, dunque, decidere se un giudizio di una corte statale su una questione di *gerrymandering* abbia oltrepassato «*the bounds of ordinary judicial review*»? Andando ancora più in profondità, quali sarebbero «*the bounds of ordinary judicial review*»? Il giudice Thomas dipinge un preoccupante scenario in cui i tribunali federali sono travolti da un gran numero di cause attinenti al diritto costituzionale dei singoli stati e in cui i vincitori di un'elezione federale vengono decisi da affrettati giudizi dei tribunali federali sul superamento di questi «*bounds of ordinary judicial review*» da parte di tribunali statali nell'interpretazione delle rispettive costituzioni. «*I would hesitate long before committing the Federal Judiciary to this uncertain path. And I certainly would not do so in an advisory opinion, in a moot case, where the only function remaining to the court is that of announcing the fact and dismissing the cause.*» [...] *I respectfully dissent.*»

6. La pronuncia *Moore v Harper* va contestualizzata in un rinnovato interesse per la teoria dell'ISL dopo *Bush v. Gore* e, in particolare, negli ultimi anni, in cui le posizioni di più di un giudice della Corte Suprema sul tema si sono fatte più estreme. Questo in particolare durante le combattutissime elezioni del 2020. Si possono citare tre casi. In *Democratic National Committee v Wisconsin State Legislature*, 141 S. Ct. 28 (2020), l'oggetto del contendere era l'ordinanza di un tribunale distrettuale avente ad oggetto l'estensione del termine temporale per la ricezione del voto per posta, in ragione delle complicazioni legate alla pandemia da COVID-19. Benché la teoria dell'ISL non fosse stata apertamente invocata dai ricorrenti, i giudici Gorsuch e Kavanaugh ne fecero menzione nelle loro opinioni. Gorsuch in particolare articolò una giustificazione della teoria sulla base della responsabilità politica delle assemblee rappresentative, la quale non esiste per i giudici. Benché Kavanaugh rilevasse il valore della teoria solo in relazione alle elezioni federali, nessuno dei due affrontava le conseguenze della sua applicazione quando leggi e regolamenti si applicano senza distinzioni alle elezioni statali e federali. In *Moore v. Circosta*, 592 U. S. ____ (2020), era stato chiesto al *Board of Elections* della Carolina del Nord, anche qui, *inter alia*, un'estensione dei termini del voto postale, in ragione di una modifica recente della disciplina elettorale che avrebbe reso più difficile l'esercizio del diritto di voto per via di problemi logistici delle Poste. Trovato un accordo fra il *Board* e i richiedenti, intervenne il legislatore statale affermando la necessità del proprio consenso per la validità dell'accordo. Un tribunale gli diede torto, riconoscendo come la legge desse l'autorità al *Board* di esercitare poteri emergenziali per la celebrazione dei comizi elettorali in casi di "disastro naturale", senza che questo violasse alcuna legge approvata dall'organo legislativo dello Stato. Il tentativo del legislatore di ottenere una sospensiva fallì sia al livello della Corte Suprema statale sia al livello di quella federale. Nella decisione di quest'ultima, Gorsuch, in minoranza assieme ad Alito, scrisse un'opinione dissenziente in cui abbracciò una visione che si può definire massimalista della teoria dell'ISL. Dopo aver ignorato, in maniera che è difficile immaginare accidentale, la valutazione delle circostanze effettuata dai tribunali inferiori, Gorsuch diede una definizione tutta sua di "disastro naturale", ritenendo che quel requisito non sussistesse. Nemmeno

qui vi fu alcuna considerazione per il problema delle conseguenze del suo ragionamento per lo svolgimento delle elezioni statali, contestuali a quelle federali. Ritirando fuori la retorica della responsabilità politica, lamentò infine che il «*constitutional overreach and [...] last-minute election-law-writing-by-lawsuit*» riscontrato in questa causa avrebbe potuto arrecare danno «*to faith in the written Constitution as law, to the power of the people to oversee their own government, and to the authority of legislatures*». Poco sembra importare al giudice Gorsuch, tra un riferimento e l'altro al popolo, che la decisione del Board fosse stata la decisione unanime di un organismo *bipartisan* nominato da un governatore eletto direttamente dalla popolazione della Carolina del Nord, né il giudice pare chiedersi se questa si sarebbe aspettata di vedere la propria legge elettorale riletta dalla Corte Suprema dopo essere stata estrapolata dal proprio contesto e senza alcuna considerazione per le opinioni e le azioni delle magistrature e dei giudici statali. Infine, in *Republican Party of Pennsylvania v. Boockvar*, 141 S. Ct. 1 (2020), la Corte Suprema si trovò a decidere una richiesta di sospensiva di una sentenza della Corte Suprema della Pennsylvania riguardante, ancora una volta, l'estensione dei termini per il voto postale. La Corte Suprema federale, vacante un membro, si divise precisamente a metà e la sospensiva venne, dunque, negata. Alito, a cui si accodarono Thomas e Gorsuch, tutti favorevoli alla concessione della sospensiva, espresse la sua opinione in maniera piuttosto chiara: «*The provisions of the Federal Constitution conferring on state legislatures, not state courts, the authority to make rules governing federal elections would be meaningless if a state court could override the rules adopted by the legislature simply by claiming that a state constitutional provision gave the courts the authority to make whatever rules it thought appropriate for the conduct of a fair election.*» In sostanza, accusò i giudici statali di aver impiegato in maniera inopportuna la *judicial review* per sostituire una scelta politica del legislatore con la propria. A elezione svoltasi, la Corte Suprema rifiutò di concedere il *certiorari* (*Republican Party of Pennsylvania v. Degraffenreid*, 141 S. Ct. 732 (2021)) incontrando anche in questo caso il dissenso di Alito, Thomas e Gorsuch. Thomas scrisse di come questi interventi fossero forieri di confusione sulle regole da applicare nella competizione elettorali, minando la certezza del risultato.

Sono numerose le conseguenze problematiche dell'applicazione di questa teoria, troppo per discuterne qui in maniera esaustiva, ma vale la pena considerare quello che comporta per il federalismo statunitense. Se, come paiono suggerire Alito, Gorsuch e Thomas, l'interpretazione adeguata delle leggi elettorali statali ricorre a tecniche diverse da quelle impiegate normalmente per il resto del diritto statale, si potrebbe concludere che i tribunali federali siano il foro più appropriato per la risoluzione delle relative controversie. Paradossalmente, l'immersione del giudice statale nell'ordinamento del suo Stato ridurrebbe la sua capacità di interpretare questo specifico tipo di leggi con l'aderenza quasi religiosa alla lettera della legge che la teoria dell'ISL richiede. L'applicazione della teoria, dunque, porta a una "federalizzazione" della legge elettorale statale che regoli le elezioni federali in quello stato. Viene del tutto meno l'abituale deferenza ai tribunali statali nell'applicazione del proprio diritto. Come si nota fin dai tempi di *Bush v. Gore*, inoltre, questa teoria rischia di svilire l'immagine e l'autorevolezza dei giudici statali (si veda H. J. Krent, *Judging Judging: The*

Problem of Second-Guessing State Judges Interpretation of State Law in Bush v. Gore, in *Florida State University Law Review*, 29, 2001, 493, particolarmente 529-530), i quali potrebbero iniziare a decidere le cause influenzati dal timore dello scontro con i giudici federali. Nella maniera più paradossale, considerato il nome con cui è stata battezzata la teoria, essa non mette al centro le assemblee rappresentative statali. Nella sua formulazione massimalista, può arrivare a ignorare l'intenzione del legislatore statale nella stesura di un testo di legge così come nella decisione di svolgere contestualmente elezioni statali e federali, ignorare un precedente che le assemblee statali possono cercare di contrastare con della legislazione, persino proibire deleghe da parte delle assemblee a dei professionisti nell'amministrazione del procedimento elettorale (Gorsuch, *en passant*, arriva a dire pure questo). Non si vede la centralità delle assemblee rappresentative in questo scenario. Al contrario, maggiore risalto hanno i tribunali federali - su tutti, in maniera per nulla sorprendente, la Corte Suprema - i quali possono mettere bocca su qualunque cosa uno Stato faccia relativamente alle elezioni federali.

7. Tornando a *Moore v. Harper*, vale la pena riflettere sulle sue implicazioni per la democrazia negli Stati Uniti d'America. Le elezioni del 2020 hanno mostrato come, in larga parte, una manipolazione significativa del risultato elettorale sia stata evitata anche perché anche un gran numero di membri del Partito repubblicano si sono rifiutati di esserne complici. Non vi è alcuna garanzia che uomini e donne di eguale statura morale siano nelle posizioni giuste anche in futuro. Come ricordato da un *brief* di giuristi e personale addetto alle elezioni 3087 relative a *Moore v Harper*, «*[a] broad view of the so-called independent state legislature theory, depriving state court enforcement of state constitutional provisions from serving as a check on legislative redistricting, would essentially hand the future of democratic representation in the states to those motivated to entrench political power in a single party*» (si veda https://www.brennancenter.org/sites/default/files/2022-10/2022.10.26_Amicus_PA_officials.pdf, p. 30). Se simili preoccupazioni possono sembrare esagerate, si noti che tentativi di invocare la teoria dell'ISL per rovesciare le scorse elezioni presidenziali non sono mancati (si veda *Texas v. Pennsylvania*, 592 U.S. ____ (2020)). Se la teoria ricevesse una sanzione ufficiale dalla Corte Suprema, è veramente inconcepibile che, soprattutto in caso di risultati elettorali non nettissimi nel 2024, alcune assemblee rappresentative statali sotto il controllo del Partito Repubblicano tentino un colpo di mano? Vale la pena ricordare come Jeffrey Clark, alleato di Donald Trump e allora dipendente al *Department of Justice*, tentò di persuadere suoi colleghi a firmare una lettera indirizzata ai legislatori della Georgia invitandoli a considerare di prendere in mano la designazione degli elettori presidenziali (si veda M. Brown, *Trump DOJ official Jeffrey Clark pushed acting AG to interfere in Georgia election: report*, USA Today, 8 agosto 2021, <https://eu.usatoday.com/story/news/politics/2021/08/08/trump-doj-official-urged-acting-ag-pressure-georgia-election/5531371001/>); più chiaramente, a sovvertire il voto popolare nello Stato, che, a sorpresa, aveva preferito Joe Biden a Donald Trump. È altresì difficile ignorare, in questo caso, come Virginia “Ginni” Thomas, moglie del giudice Clarence Thomas,

abbia scritto, il 9 novembre 2020, a ben ventinove legislatori dell'Arizona, invitandoli a selezionare «*a clean slate of electors*» (si veda E. Brown, *Ginni Thomas pressed 29 Ariz. Lawmakers to help overturn Trump's defeat, emails show*, The Washington Post, 11 giugno 2022, reperibile presso <https://www.washingtonpost.com/investigations/2022/06/10/ginni-thomas-election-arizona-lawmakers/>).

In particolare, dopo l'insurrezione armata del 6 gennaio 2021, non è difficile comprendere come aperture verso la teoria possano incentivare il ripetersi di incidenti simili, minando la democrazia e l'ordine pubblico nel paese.

Si fatica a immaginare che le conseguenze della decisione di questa causa non fossero chiare ai nove giudici della Corte Suprema. Di questi, tre (Thomas, Gorsuch e Alito), hanno votato per dichiarare la *mootness* della questione, lasciando impregiudicata la teoria e permettendo un pericoloso precedente a livello statale. Alito, mostrando coerenza – e, probabilmente, sapendosi comunque in minoranza – si è limitato a questo. Thomas (a cui si è unito Gorsuch), invece, ha voluto rendere chiaro che, se pure non poteva decidere il caso, poiché aveva versato fiumi d'inchiostro per dire perché non andasse deciso, se lo avesse potuto decidere, avrebbe accettato la teoria dell'ISL. La struttura dell'opinione di Clarence Thomas mostra una certa incoerenza. Egli forse ha ragione quando punta il dito contro i propri colleghi accusandoli di aver deciso un *moot case*, ma, dopo aver lanciato queste accuse e detto che alle parti non era dovuta una *advisory opinion* della maggioranza, il giudice procede scrivendo una lunga *advisory opinion* sua in cui discute il merito di una causa che, come lui stesso ha appena dichiarato, non andava decisa.

Le obiezioni nel merito, poi, lasciano parecchie perplessità. L'argomentazione principale di Thomas è che i tribunali statali possono supervisionare l'assemblea rappresentativa quando si parla di aspetti procedurali del processo elettorale, ma non sostanziali. Questa ricostruzione non è minimamente convincente. Se l'assemblea rappresentativa può mettere mano alla sostanza dell'elezione – che quindi ricomprende il risultato – senza alcuna interferenza da parte dei giudici statali, a che vale poter supervisionare i dettagli della procedura? A nulla, visto che lo scopo ultimo della procedura elettorale è la determinazione del risultato. Non può affatto persuadere una ricostruzione della struttura del potere giudiziario e del suo rapporto con il legislativo in questa maniera, e Clarence Thomas pare convinto che sia questo l'assetto dei poteri nel suo paese. Di contro, la maggioranza della Corte, pur nella sua estrema eterogeneità (tre giudici di nomina democratica, tre di nomina repubblicana), è costretta a fare un'affermazione incredibilmente banale: non vi è praticamente nulla che un'assemblea rappresentativa statale possa fare che sia pienamente e permanentemente non giustiziabile. La teoria dell'ISL è così manifestamente indifendibile che Roberts avverte il bisogno di aprire la trattazione del merito citando largamente *Marbury v. Madison*, come se si rivolgesse a una platea di studenti di diritto al primo anno. In questo senso va letta la lunga ricognizione delle origini della *judicial review*, che viene legata alla nascita degli Stati Uniti d'America stessi. Roberts aggiunge che anche i tribunali federali possono supervisionare l'attività dei tribunali statali nella *review* della legislazione statale, stabilendo un criterio in verità piuttosto generico,

ma non certo inaudito. Questa supervisione federale, per Thomas, aprirebbe le porte al caos giudiziario e non è affatto desiderabile. Ma le alternative a questo presunto caos non sono esplorate affatto dal giudice, nonostante oscillino dai brogli elettorali allo svuotamento di sostanza del processo elettorale, dall'insurrezione armata alla guerra civile.

Non è difficile comprendere il ragionamento della pur eterogenea maggioranza: trovato un cavillo per eludere la questione della *mootness*, si fa la cosa giusta e si decide una questione nel merito facilissima; ne potrebbe andare della democrazia negli Stati Uniti d'America, dopotutto. Ma non è affatto comprensibile il ragionamento di Clarence Thomas, senza volersi abbandonare a speculazioni non opportune in questa sede. In conclusione, *Moore v. Harper* è una pronuncia interessante non tanto per il contenuto del suo *holding*, condivisibile e in linea con la giurisprudenza della Corte, ma per la sua qualità di cartina di tornasole del *democratic backsliding* sperimentato dagli Stati Uniti d'America negli ultimi anni. Torna alla mente la deposizione di Gregory Jacob, già consigliere del Vice Presidente Pence, relativamente ai fatti del 6 gennaio 2021 (reperibile presso <https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.cacd.841840/gov.uscourts.cacd.841840.164.11.pdf>). L'allora avvocato di Donald Trump, John Eastman, qualche giorno prima del 6 gennaio avrebbe provato a convincere Pence, passando per Jacob, di un'altra teoria costituzionale di nicchia che avrebbe permesso il sovvertimento del risultato elettorale, con la complicità dell'allora Vice Presidente. Jacob rispose che se quella teoria fosse finita di fronte alla Corte Suprema, avrebbe perso nove a zero. Eastman sostenne invece che, di partenza, almeno due giudici dalla loro parte ci sarebbero stati. Dopo *Moore v. Harper*, è piuttosto chiaro di chi parlasse.

