

## Lunga vita al *Voting Rights Act*? Criteri di *redistricting*, predominanza del fattore razziale ed *enforcement powers* del Congresso

di Davide Zecca

**Title:** Long live the Voting Rights Act? Redistricting criteria, racial predominance and Congress' enforcement powers.

**Keywords:** Racial gerrymandering; Race consciousness; Race predominance; Majority-Minority districts; Congress' enforcement powers.

1. – Il contenzioso in materia elettorale esemplifica una delle aree di maggiore tensione fra la discrezionalità del legislatore e l'esercizio della funzione giurisdizionale, in particolare nell'accezione del sindacato di legittimità costituzionale (R.H. Pildes, *The Constitutionalization of Democratic Politics*, 118 *Harv. L. Rev.* 29 (2004)). Nell'ordinamento statunitense questo attrito è accentuato dall'elezione dei membri della Camera dei Rappresentanti federale attraverso un sistema uninominale di tipo *plurality* (cd. *first-past-the-post*), in forza del quale il territorio di ogni Stato è suddiviso in collegi elettorali che premiano soltanto il vincitore di ciascuna contesa elettorale, senza che rilevi il consenso di un partito o la consistenza demografica di un gruppo sociale a livello aggregato statale. Tradizionalmente, le scelte relative alla definizione dei confini dei collegi operate dai legislatori statali – ai quali l'*Elections Clause* dell'Art. I, §4 della Costituzione riconosce ampie competenze in materia elettorale – sono state immuni dallo scrutinio della giurisprudenza federale (si veda *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946), ove *Justice* Frankfurter argomentò che le corti dovessero astenersi dall'entrare in quello che era un "political thicket", rimettendo eventuali interventi rimediali al Congresso). Ciò ha consentito la manipolazione dei confini di tali collegi, sia in senso attivo che in senso passivo (mancato adeguamento ai mutamenti demografici), legittimando per lungo tempo i fenomeni di *malapportionment* e *gerrymandering*.

Fu solo a partire dagli anni '60 del Novecento che la Corte Warren riconobbe la sindacabilità dei ricorsi attinenti alla definizione dei confini dei collegi elettorali, escludendo che anche per tali controversie si potesse invocare la *political question doctrine* (*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962)). La giurisprudenza federale rivendicò così il principio di eguaglianza politica degli elettori, secondo la formula 'one person, one vote' (*Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963); *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 1 (1964); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), che pure riguardava i collegi elettorali per le elezioni della legislatura statale), che contribuì a porre rimedio

all'altrimenti ricorrente fenomeno del *malapportionment* (si veda G. Bognetti, *Malapportionment ideale democratico e potere giudiziario nell'evoluzione costituzionale degli Stati Uniti*, Milano, 1966). Parallelamente, la Corte Suprema, che pure aveva intanto riconosciuto la propria competenza a pronunciarsi sulle operazioni di *redistricting* che si fondassero su una discriminazione razziale vietata ai sensi del XV Emendamento (*Gomillion v. Lightfoot*, 364 U.S. 339 (1960)), poté giovare di un formidabile strumento legislativo di attuazione della disposizione costituzionale. Infatti, il *Voting Rights Act* (1965) non si preoccupava soltanto di sottoporre a un meccanismo di *preclearance* federale (§5) le iniziative legislative in materia elettorale approvate da un novero di giurisdizioni statali o locali identificate sulla base di uno storico sfavore nei confronti del suffragio delle minoranze (cd. *coverage formula*, §4(b)), bensì contemplava un principio generale, applicabile su tutto il territorio della Federazione, che vietava ogni procedura o meccanismo che discriminasse l'accesso al voto sulla base dell'appartenenza razziale o linguistica (§2).

Se questo quadro legislativo consentì al giudiziario di offrire un primo rimedio alle pratiche di diluizione del peso elettorale delle minoranze etniche, esso non fu del tutto efficace per far fronte a pratiche discriminatorie fondate sul ricorso a collegi elettorali plurinominali che prevedevano la possibilità per l'elettore di esprimere tante preferenze quanti fossero i seggi messi in palio, sistema che non fu considerato di per sé costituzionalmente illegittimo (*Fortson v. Dorsey*, 379 U.S. 433 (1965); *Whitcomb v. Chavis*, 403 U.S. 124 (1971); *White v. Regester*, 412 U.S. 755 (1973)). L'insufficienza del portato originario della §2 del *Voting Rights Act* fu palesata dalla decisione della Corte Suprema in *City of Mobile v. Bolden* (446 U.S. 55 (1980)), ove il vertice del giudiziario federale ritenne che la disposizione non si potesse interpretare nel senso di vietare anche i piani di *redistricting* che avessero effetti sfavorevoli per una minoranza etnica, potendo invece sanzionare soltanto le discriminazioni che fossero intenzionalmente basate sul fattore razziale. Questa pronuncia stimolò il Congresso a modificare il testo della disposizione, prevedendo un divieto di test, procedure o meccanismi il cui risultato sia quello di limitare l'espressione del voto di un cittadino su base razziale, da verificarsi tramite un accertamento (*totality of circumstances test*) dell'apertura del processo politico ai componenti di una minoranza etnica o razziale. Pur riconoscendo che il tasso di membri di un gruppo sociale minoritario sul totale degli eletti possa essere un elemento da considerare nella valutazione complessiva di un insieme di circostanze, la disposizione si esprime chiaramente nel senso di un'esclusione di qualsiasi diritto alla rappresentanza politica proporzionale alla consistenza demografica di un dato gruppo sociale (*Voting Rights Act Amendments of 1982*).

Il primo caso in cui la Corte Suprema si misurò con la nuova formulazione della §2 del *Voting Rights Act*, relativo a un ridisegno dei collegi elettorali per l'elezione di un'assemblea legislativa statale che aveva previsto altresì un certo numero di collegi plurinominali, ha segnato tutta la giurisprudenza successiva in materia. Più specificamente, in *Thornburg v. Gingles* (478 U.S. 30 (1986)) il collegio ha identificato un test in tre stadi per verificare se un piano di *redistricting* statale violi il principio sancito alla §2, configurando così un illegittimo *racial gerrymandering*. Secondo la Corte, il gruppo sociale di minoranza che lamenti una lesione del proprio diritto alla partecipazione politica deve dimostrare di essere sufficientemente coeso sotto il profilo geografico da poter costituire una maggioranza in un collegio uninominale; inoltre, esso deve essere in grado di dimostrare che i membri dello stesso gruppo sociale votino regolarmente in maniera uniforme e che, analogamente, i membri della maggioranza votino regolarmente a favore di un candidato alternativo a quello con cui la minoranza si identifica, così impedendo alla stessa di incidere concretamente sulla composizione di un'assemblea rappresentativa. Lo standard di interpretazione della §2 del *Voting Rights Act* fondato dalla pronuncia unanime in *Gingles* è stato poi considerato

applicabile altresì alle controversie relative ai collegi uninominali (*Grove v. Emison*, 507 U.S. 25 (1993)), seppur l'uso della razza a fini di *redistricting* sia stato limitato dalla pronuncia della Corte nel caso *Shaw v. Reno* (509 U.S. 630 (1993)). Le successive pronunce conformi a *Shaw v. Reno* (*Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900 (1995); *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996); *Bush v. Vera*, 517 U.S. 952 (1996)) hanno stabilito che il fattore razziale non possa essere quello predominante nella definizione dei confini dei collegi elettorali (A. Keyssar, *The right to vote: the contested history of democracy in the United States*, New York, 2009, 238 ss.).

Sulla base di quanto premesso, tralasciando in questa sede le ulteriori precisazioni che la giurisprudenza federale in materia di *racial gerrymandering* ha elaborato negli ultimi tre decenni (si veda M.J. Pitts, *What Has Twenty-Five Years of Racial Gerrymandering Doctrine Achieved*, 9 *UC Irvine L. Rev.* 229 (2018)), si possono svolgere alcune considerazioni in merito alla recente pronuncia della Corte Suprema nel caso *Allen v. Milligan*. Giova sottolineare come il contenuto della decisione sia stato parzialmente inatteso, in un certo senso alla pari della decisione in *Moore v. Harper*, con la quale la Corte ha rigettato la cd. *independent state legislature doctrine* (C. Serpolla, *La pronuncia Moore v. Harper e la fragilità recente della democrazia statunitense*, in *DPCE on line*, 3, 2023, 3077-3090; si veda anche, se si vuole, D. Zecca, *Legislazione elettorale e judicial review, tra diritto costituzionale statale e federale*, in *Moore v. Harper*, in *Quad. cost.*, 3, 2023, 655-658).

D'altronde, il *track record* della Corte Roberts, pur tralasciando la controversa decisione in *Citizens United v. FEC* (558 U.S. 310 (2010), relativa alle *independent expenditures* nel contesto di campagne elettorali da parte di enti associativi e imprese), non si contraddistingue per uno spiccato *favor* in materia di tutela dei diritti politici dei cittadini (sul punto, sia consentito rinviare a D. Zecca, *C'era una volta il Voting Rights Act: la Corte Roberts e la degradazione del diritto di voto negli USA*, in *Rivista AIC*, 1, 2023, 35-52). Militano a favore di questa affermazione le decisioni in *Crawford v. Marion County Election Board* (553 U.S. 181 (2008), a proposito delle cd. *voter-ID laws*), *Shelby County v. Holder* (570 U.S. 529 (2013), che ha neutralizzato la *coverage formula* del *Voting Rights Act*), *Rucho v. Common Cause* (139 S. Ct. 2484 (2019), che ha escluso la sindacabilità del *partisan gerrymandering* dinanzi alle corti federali) e *Brnovich v. DNC* (141 S. Ct. 2321 (2021), che ha dato una lettura restrittiva della §2 del *Voting Rights Act* con riferimento al cd. *ballot harvesting* e al voto *out of precinct*). È pur vero che il collegio presieduto dal *Chief Justice* Roberts in alcune rilevanti occasioni ha dimostrato una certa sensibilità nei confronti della protezione dei diritti delle minoranze razziali (*Alabama Legislative Black Caucus v. Alabama*, 575 U.S. 254 (2015)) e della correttezza e imparzialità dei processi democratico-elettorali (*Arizona State Legislature v. AIRC*, 576 U.S. 787 (2015); su queste due decisioni, si veda G. Romeo, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2013/2014 e 2014/2015*, in *Giur. Cost.*, 5, 2015, 1957-1993).

Nei paragrafi che seguiranno si intende pertanto discutere la decisione della Corte in *Allen v. Milligan* alla luce del pregresso dibattito giurisprudenziale e dottrinale in materia di *racial gerrymandering*, facendo emergere le linee di continuità e quelle di differenziazione manifestate dall'opinione di maggioranza e da quelle di minoranza redatte dai membri del collegio in un caso che, come si argomenterà, è suscettibile di influenzare non solo i cicli elettorali imminenti ma altresì il contenzioso in materia con riferimento ai prossimi cicli decennali di *redistricting*.

2. – Il caso in commento trae origine da un ricorso depositato da alcuni elettori dello Stato dell'Alabama, che hanno contestato il piano di *redistricting* approvato dalla legislatura statale a seguito del censimento della popolazione del 2020. Sebbene il numero di Rappresentanti da eleggere al Congresso fosse rimasto

invariato, l'aumento della popolazione residente aveva reso opportuno un adeguamento dei confini dei collegi elettorali, anche alla luce della distribuzione diseguale della crescita demografica sul piano territoriale. L'Alabama, la cui storia è contraddistinta da un tendenziale sfavore nei confronti della partecipazione dei cittadini afroamericani ai processi politici, aveva introdotto un primo *majority-minority district* soltanto nel 1992, a seguito di una pronuncia di un tribunale distrettuale federale (*Wesch v. Hunt*, 785 F. Supp. 1491, 1493 (SD Ala.)). Nei tre decenni successivi, la conformazione dei collegi elettorali per l'elezione della Camera dei Rappresentanti è rimasta in buona sostanza invariata, contemplando un solo collegio uninominale in cui la minoranza afroamericana costituisse una maggioranza del corpo elettorale, a fronte di sei collegi elettorali a maggioranza di elettori appartenenti ad altri gruppi sociali. La doglianza dei ricorrenti sottolineava come la previsione di un solo *majority-minority district* su sette collegi spettanti allo Stato configurasse un *racial gerrymandering*, anche alla luce del fatto che la comunità afroamericana costituisce il 27% della popolazione residente in Alabama e circa il 26% del corpo elettorale dello Stato. Su questi presupposti, il piano di ridisegno dei confini dei collegi elettorali fu impugnato da alcuni elettori, adducendo la violazione della §2 del *Voting Rights Act*, nonché dell'*Equal Protection Clause* del XIV Emendamento.

La decisione cautelare di una corte distrettuale federale di sospendere l'applicazione del nuovo piano di ridisegno dei collegi elettorali, sul presupposto di una ragionevole probabilità dell'accoglimento del ricorso (*Singleton v. Merrill*, 582 F. Supp. 3d 924, 947 (ND Ala. 2022)), è stata impugnata dinanzi alla Corte Suprema, la quale nel febbraio 2022 ne aveva paralizzato gli effetti, calendarizzando contestualmente la controversia per un'udienza sul merito (*Merrill v. Milligan*, 142 S. Ct. 879 (2022)). La stessa decisione di sospendere gli effetti della pronuncia adottata in sede cautelare dalla corte distrettuale aveva fatto emergere un certo disaccordo in seno alla Corte Suprema, come testimoniato dall'opinione concorrente di *Justice* Kavanaugh e da quelle dissenzienti del *Chief Justice* Roberts e di *Justice* Kagan.

In particolare, *Justice* Kavanaugh argomentava a favore della sospensione dell'efficacia della decisione di prime cure sul presupposto che la pronuncia del giudice distrettuale fosse intervenuta troppo a ridosso dell'avvio del periodo elettorale (in particolare, delle elezioni primarie), contravvenendo così a quel criterio di prudenza e di astensione rivolto ai giudici nell'imminenza di una consultazione elettorale (cd. *Purcell principle*, si veda *Purcell v. Gonzales*, 549 U.S. 1 (2006); R.L. Hasen, *Reining in the Purcell Principle*, 43 *Fla. St. Univ. L. Rev.* 27 (2016)). Pur ammettendo che tale principio non sia assoluto, ma possa essere temperato da circostanze di fatto quali l'evidenza di un assai probabile esito favorevole sul merito per chi abbia ottenuto il provvedimento cautelare, lo stesso Kavanaugh aveva escluso che tale fattispecie fosse riscontrabile nel caso in commento.

Diversamente, il *Chief Justice* Roberts aveva criticato la concessione di tale sospensione, pur riconoscendo come la giurisprudenza sulla diluizione del voto ai sensi della §2 del *Voting Rights Act* consolidatasi a partire da *Gingles* difettesse di sufficiente chiarezza. Ciononostante, secondo Roberts la corte distrettuale aveva correttamente applicato l'orientamento giurisprudenziale prevalente in materia, per cui la Corte Suprema avrebbe dovuto ammettere l'impugnazione sul merito, senza disturbare l'efficacia della decisione cautelare del giudice distrettuale. *Justice* Kagan, invece, svolgeva una più approfondita critica sulle ragioni sottostanti alla sospensione della decisione della corte inferiore, anticipando in parte l'analisi sul merito della controversia. In particolare, Kagan faceva emergere come il ricorso promosso dallo Stato dell'Alabama chiedesse alla Corte Suprema di cancellare una giurisprudenza consolidata a partire appunto dal caso *Gingles*, vincolando il

tracciamento dei confini dei collegi a un'assoluta neutralità rispetto al fattore razziale. Inoltre, anche l'invocazione del *Purcell principle* era inconferente, poiché la decisione del giudice distrettuale era intervenuta due mesi prima che venisse aperto il voto per corrispondenza per le primarie e molti mesi prima delle elezioni generali. Infine, la stessa Justice Kagan chiosava sottolineando la distorsione del ricorso al cd. *shadow docket* da parte della stessa Corte Suprema per segnalare presunti mutamenti di indirizzo giurisprudenziale, in spregio alla dovuta trattazione del merito delle questioni, che non può essere assicurata in sede meramente cautelare (S. Sulmicelli, *Il Voting Rights Act alla prova dello shadow docket (e della shadow doctrine Purcell) della Corte Suprema: la procedura si fa sostanza? Alcune riflessioni a margine di Merrill v. Milligan*, in *DPCE on line*, 4, 2022, 2380-2393).

I timori esplicitati da Justice Kagan erano dunque legati a una possibile rilettura in chiave restrittiva dello standard di scrutinio delle operazioni di *redistricting* ai sensi della §2 del *Voting Rights Act* (si veda, se si vuole, D. Zecca, *Eguaglianza politica delle minoranze e uso manipolativo della razza a fini di redistricting: Merrill v. Milligan come pietra tombale per i majority-minority districts?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali-Rassegna*, 2, 2023, 25-40). Dopo la neutralizzazione del meccanismo di *preclearance* con la decisione in *Shelby County*, infatti, la §2 è rimasta lo strumento principale per poter far fronte a restrizioni imposte all'esercizio del suffragio (D.E. Ho, *Voting Rights Litigation after Shelby County: Mechanics and Standards in Section 2 Vote Denial Claims*, 17 *N.Y.U. J. Legis. & Pub. Pol'y* 675 (2014)). Peraltro, se la questione decisa in *Allen v. Milligan* atteneva al profilo della *voting dilution*, cioè alle cd. barriere di seconda generazione all'esercizio del voto, la Corte aveva parzialmente ridimensionato la portata della §2 del *Voting Rights Act* sotto il profilo dell'accesso al suffragio già con la decisione del 2021 sulla legislazione elettorale dell'Arizona cui si è fatto cenno *supra* (*Brnovich v. DNC*).

Sulla base di quanto premesso, si discuterà in che termini l'opinione di maggioranza a firma del Chief Justice Roberts si sia allineata alla giurisprudenza *Gingles*, precisando le differenze che sono emerse nell'interpretazione della §2 del *Voting Rights Act* fra predominanza e consapevolezza del fattore razziale. Allo stesso modo, si rifletterà sulla suscettibilità dell'argomentazione legata al trascorrere del tempo, sollevata da Justice Kavanaugh, di coagulare una diversa maggioranza in seno alla Corte, tale da rendere plausibile una censura del contenuto della §2 del *Voting Rights Act* analoga a quella svolta in *Shelby County*. Si prenderanno inoltre in esame i rilievi critici formulati nelle opinioni dissenzienti di Justice Thomas e di Justice Alito. Il primo contesta radicalmente l'applicabilità della §2 alle controversie in materia di *voting dilution* e accusa l'indirizzo interpretativo prevalente di avere trasformato il requisito della non discriminazione su base razziale in un'illegittima aspirazione alla rappresentanza proporzionale, che è espressamente esclusa dal testo della disposizione. Inoltre, il decano fra i giudici del collegio auspica l'applicazione dello standard di scrutinio della *congruence and proportionality* per vagliare l'appropriatezza dell'*enforcement* legislativo, da parte del Congresso, del principio sancito dal XV Emendamento. Diversamente, i rilievi di Justice Alito si concentrano sui criteri interpretativi adottati dall'opinione di maggioranza, che avrebbe fatto eccessivo affidamento alla *ratio* del legislatore storico, trascurando un approccio ermeneutico più sensibile al dato testuale in sé e per sé, che sarebbe il canone prevalente nell'ambito della *statutory interpretation*. Peraltro, tale confusione avrebbe inficiato una corretta applicazione della giurisprudenza sul limite della predominanza del fattore razziale nelle operazioni di *redistricting* alle circostanze del caso concreto.

3. – L'opinione di maggioranza redatta dal Chief Justice Roberts attinge dal dibattito in seno all'opinione pubblica e in sede congressuale per ricostruire l'ispirazione del

legislatore del 1982 nella modifica della §2 del *Voting Rights Act*. Roberts ricorda come l'*impasse* legislativo fu superato per effetto del cd. *Dole compromise* (proposto, appunto, dall'allora senatore Repubblicano del Kansas Bob Dole), che raccolse una maggioranza schiacciante fra i due schieramenti. Traendo ispirazione dal precedente *White v. Regester*, la nuova formulazione della disposizione combinava infatti uno scrutinio volto a sanzionare anche i soli effetti pregiudizievole nei confronti della partecipazione politica delle minoranze con una radicale esclusione di alcuna pretesa alla rappresentanza proporzionale.

Il senso del test avallato dalla Corte in *Gingles*, argomenta l'opinione di maggioranza, risiede nella valutazione della legittimità di una certa disciplina o meccanismo adottato in materia elettorale sulla base delle circostanze storiche e sociali suscettibili di incidere sulla partecipazione piena ed effettiva delle minoranze alla determinazione dell'indirizzo politico attraverso il circuito democratico-rappresentativo. Nel ricordare i tre requisiti da integrare ai fini di un ricorso ai sensi della §2 del *Voting Rights Act*, l'opinione di maggioranza precisa come ciascuno sia preordinato a un fine differente. Se il requisito della compattezza geografica e della consistenza demografica vale a dimostrare la capacità astratta di un gruppo sociale di minoranza di eleggere un rappresentante di proprio gradimento in un collegio uninominale, l'esistenza di un voto polarizzato secondo l'appartenenza razziale palesa la capacità in concreto della minoranza razziale di conseguire una maggioranza in un collegio e la circostanza per cui un dato disegno dei confini dei collegi penalizza il voto di una certa minoranza sociale, almeno plausibilmente su presupposti di razza. I tre requisiti devono essere pesati in un giudizio complessivo che tenga in particolare considerazione le circostanze specifiche di ciascun caso di specie. Questa lettura di *Gingles*, si premura di sottolineare Roberts, non è mai stata smentita dal Congresso, che ben avrebbe potuto precisare o modificare la formulazione della §2 del *Voting Rights Act* nei trentasette anni successivi, come peraltro aveva fatto tempestivamente dopo la pronuncia in *Mobile v. Bolden*.

Nell'esaminare il ragionamento della corte distrettuale che aveva pronunciato la sentenza impugnata, la Corte Suprema si concentra sul primo dei tre requisiti cui si è fatto cenno, vale a dire la concentrazione territoriale di un numero di elettori appartenenti alla minoranza sufficiente a costituire una maggioranza in un collegio uninominale configurato secondo criteri ragionevoli. Il principale motivo che fondava l'opposizione dell'Alabama al ricorso era che le proposte di *redistricting* alternative presentate dai ricorrenti non consentivano di mantenere unita una presunta tradizionale 'comunità di interesse' (lett. *community of interest*, su cui si rinvia a N. Maveety, *Representation Rights and the Rehnquist Years: the Viability of the "Communities of Interest" Approach*, in D.K. Ryden (ed.), *The U.S. Supreme Court and the Electoral Process*, Washington D.C., 2000, 19-39). Si tratta, cioè, di un gruppo sociale che, pur non risiedendo necessariamente entro un'unità amministrativa comune, viene storicamente considerato legato da bisogni ed esigenze convergenti, tale da giustificare l'inclusione in un medesimo collegio elettorale. In questa fattispecie, l'Alabama riteneva che qualsiasi piano di *redistricting* che dividesse la *community of interest* della *Gulf Coast* fosse in contraddizione con il principio di cui sopra. Alla luce della ricostruzione della corte distrettuale, che aveva ritenuto scarsamente significative le evidenze probatorie prodotte in giudizio dallo Stato, l'opinione di maggioranza esclude che i piani di *redistricting* alternativi separassero una chiara comunità di interesse; peraltro, lo stesso Roberts precisa come le alternative presentate consentissero di mantenere unita un'altra presunta comunità di interesse, rappresentata dalla cd. *Black Belt*. Nemmeno rileva, secondo la Corte, l'intenzione dell'Alabama di modificare il disegno dei confini dei collegi in un modo che minimizzi le variazioni rispetto ai piani di *redistricting* precedenti, poiché altrimenti una tale strategia consentirebbe di usare quali termini di riferimento precedenti distribuzioni dei collegi connotate da carattere discriminatorio.

Roberts non si accontenta di riconoscere la bontà dell'accertamento della corte distrettuale sulla base della giurisprudenza consolidata a partire da *Gingles*, ma prende di petto le argomentazioni dell'Alabama che, sul presupposto che le operazioni di *redistricting* debbano essere del tutto neutrali sotto il profilo razziale, proponeva una lettura alternativa della §2 del *Voting Rights Act*. In particolare, secondo l'Alabama si configurerebbe una violazione della disposizione solo laddove un piano alternativo a quello definito dallo Stato, che presentasse un maggior numero di *majority-minority districts*, risultasse dall'applicazione di altri tradizionali criteri di *apportionment*, escluso il fattore razziale. Inoltre, bisognerebbe dimostrare che il piano statale differisca sensibilmente da un piano di *redistricting* medio o mediano, definito sulla base di simulazioni informatiche specifiche e neutrali sotto il profilo razziale; infine, andrebbe dimostrata l'insussistenza di ragioni ulteriori all'appartenenza razziale per giustificare lo scostamento fra il piano statale e quello mediano.

Nel rigettare radicalmente questa rilettura della §2 del *Voting Rights Act*, la Corte ricorda come la giurisprudenza precedente abbia sempre fatto riferimento ai soli piani alternativi di riparto dei collegi proposti dai ricorrenti (primo requisito *Gingles*), verificando poi in concreto la sussistenza del *racially polarized voting*. Peraltro, l'enfasi dell'Alabama sullo scostamento di un piano statale rispetto a una mappa dei collegi mediana svuoterebbe di significato il *totality of circumstances test*, schiacciandolo con ogni evidenza su una singola circostanza di fatto e non invece su una pluralità di fattori. Inoltre, prosegue Roberts, è inesatto affermare che la preferenza del *Gingles framework* per il maggior numero di *majority-minority districts* possibili a livello statale contraddica la presunzione avverso la proporzionalità fra consistenza demografica ed effettiva rappresentanza negli organi elettivi. Infatti, la giurisprudenza degli anni '90, da *Shaw v. Reno* in avanti, ha dimostrato come le corti federali abbiano escluso che sia legittimo piegare la definizione dei confini dei collegi al conseguimento di una tendenziale proporzionalità su base razziale, laddove ciò contraddica gli altri tradizionali criteri di distribuzione dei collegi su base territoriale (sulla rilevanza della 'contro-rivoluzione' inaugurata da *Shaw v. Reno*, si veda E. Ceccherini, *Eguaglianza del voto e rappresentatività delle minoranze: recenti orientamenti giurisprudenziali negli Stati Uniti*, in *Quad. cost.*, 2, 1997, 311-330).

La parte forse più significativa dell'opinione di Roberts, nonché quella per certi versi più controversa, come dimostra l'opinione concorrente di Kavanaugh, che dissente proprio su questo profilo, attiene alla definizione della sottile linea di demarcazione fra consapevolezza e predominanza del fattore razziale. Infatti, argomenta il *Chief Justice*, un'operazione di *redistricting* sfocia in un *racial gerrymandering* vietato soltanto quando le considerazioni attinenti all'appartenenza razziale precedono logicamente tutti gli altri fattori di riparto dei confini dei collegi; d'altro canto, sostenere che qualsiasi mappa alternativa proposta non debba in alcun modo tenere in considerazione il fattore razziale equivarrebbe a svuotare di significato il primo requisito del test elaborato in *Gingles*. Il vero obiettivo dell'Alabama, secondo il *Chief Justice*, è quello di dimostrare, tramite il suddetto percorso logico, che sarebbe impossibile integrare quel primo requisito senza considerare in alcun modo l'appartenenza razziale; pertanto, la Corte dovrebbe procedere a un *overruling* del precedente *Gingles*, per assicurare la neutralità razziale delle operazioni di *redistricting*.

Peraltro, anche la determinazione concreta della mappa media o mediana è oggetto di critica da parte dell'opinione di maggioranza, che sottolinea la scarsa chiarezza dello standard proposto dall'Alabama e la sostanziale incapacità dei giudici di valutare l'esito delle numerosissime simulazioni informatiche in tema di *redistricting*, che possono variare anche sensibilmente a seconda della configurazione dei programmi utilizzati e degli input forniti. Da ultimo, richiedere che tale scostamento, ammesso che si riesca a misurarlo, sia derivante soltanto da

considerazioni di natura razziale tradisce il significato letterale della §2 e l'intenzione del legislatore storico, come ricostruita dalla stessa opinione di maggioranza.

Infine, la Corte rifiuta di accogliere le argomentazioni dell'Alabama volte a escludere l'applicabilità del test di *Gingles* ai collegi uninominali (o al *redistricting* in generale), sul presupposto di una giurisprudenza consolidata mai sconfessata dal legislatore federale e, peraltro, compatibile con il dato letterale della disposizione; parimenti, il *Chief Justice* respinge le censure di illegittimità costituzionale della §2, escludendo che la disposizione ecceda l'*enforcement power* conferito al Congresso da parte del XV Emendamento.

Sulla scorta delle argomentazioni dell'opinione di maggioranza, si illustreranno di seguito l'opinione concorrente di Kavanaugh e quelle dissenzienti di Thomas e Alito, così da poter offrire alcune considerazioni di sintesi sul portato della pronuncia per il presente e il futuro della giurisprudenza in materia di *racial gerrymandering*.

4. – Pur concorrendo in larga parte alla decisione della maggioranza e, pertanto, alla motivazione redatta dal *Chief Justice* Roberts, *Justice* Kavanaugh offre alcuni spunti di riflessione ulteriori in una *concurring opinion* breve ma suscettibile di prefigurare rilevanti sviluppi futuri della giurisprudenza in materia. In primo luogo, Kavanaugh precisa come sia irriuale che la Corte proceda a un *overruling* su una questione che attiene alla *statutory interpretation*, poiché il principio dello *stare decisis* esercita una maggior vincolatività con riguardo all'interpretazione della legislazione, rispetto ai precedenti in ambito costituzionale (G. Romeo, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020, 199 ss.). Spetterebbe piuttosto alle dinamiche del processo politico, che trovano la dovuta sintesi nelle deliberazioni del Congresso, correggere eventuali letture di una disposizione di legge che siano ritenute non desiderabili o inappropriate.

Sempre argomentando a favore del rigetto delle doglianze dell'Alabama, Kavanaugh esclude che il principio consolidatosi a partire da *Gingles* sia viziato da una presunzione a favore della rappresentanza proporzionale. Infatti, ricorda Kavanaugh, la giurisprudenza successiva ha escluso che gli Stati siano gravati da un obbligo di creare ulteriori *majority-minority districts* laddove i residenti appartenenti a una minoranza razziale non siano geograficamente compatti sul territorio statale, bensì abbiano una distribuzione demografica che renderebbe impossibile rispettare altri fattori tradizionali di *redistricting*. Inoltre, argomenta l'opinione concorrente, il test proposto dall'Alabama distorcerebbe lo spirito della §2, che nel 1982 è stata modificata nel senso di prevedere uno scrutinio sugli effetti in concreto della disciplina, poiché restaurerebbe un vaglio sulla mera intenzione del legislatore di discriminare un determinato gruppo razziale.

Se, dunque, Kavanaugh appare del tutto allineato con l'argomentazione della maggioranza in punto di *statutory interpretation*, egli svolge alcuni sintetiche quanto pregnanti considerazioni sulla doglianza costituzionale presentata dallo Stato dell'Alabama. Come illustrato nel paragrafo precedente, Roberts liquida con una certa superficialità la contestazione dell'illegittimità costituzionale della §2 del *Voting Rights Act*, come interpretata da *Gingles*, richiamandosi alla giurisprudenza consolidata in oltre trent'anni di applicazione del *totality of circumstances test*. *Justice* Kavanaugh riconosce che la §2 era stata considerata legittima espressione dell'esercizio dell'*enforcement power* del Congresso ai sensi del XV Emendamento e che la proibizione delle pratiche elettorali che avessero effetti discriminatori era stata ritenuta compatibile con il potere rimediabile affidato al legislatore federale (*City of Rome v. United States*, 446 U.S. 156, 173, 177-178 (1980)). Tuttavia, in modo sibillino, egli richiama le argomentazioni sviluppate nell'opinione dissenziente di

*Justice Thomas*, sottolineando come possa essere opportuno riflettere sull'attualità di tale rimedio, con ciò sottintendendo che l'ampiezza del potere di *enforcement* del Congresso possa essere variabile, adattandosi alle condizioni di fatto dei rapporti socio-politici. Poiché tale argomentazione non era stata sollevata dall'Alabama in sede di impugnazione della pronuncia del giudice distrettuale, Kavanaugh non ritiene opportuno prenderla in considerazione, senza però escludere che possa essere rilevante in una futura controversia relativa alla costituzionalità della §2 del *Voting Rights Act*.

5. – Volgendo lo sguardo alle opinioni dissenzienti, giova prestare attenzione all'estesa argomentazione di *Justice Thomas*, che ha raccolto l'adesione anche di *Justice Gorsuch* e, pur se solo in parte, di *Justice Barrett* e *Justice Alito*. Il punto di partenza dell'opinione di Thomas è la presunta inapplicabilità della §2 del *Voting Rights Act* alle controversie in materia di *voting dilution*. In particolare, l'opinione dissenziente argomenta che il testo della disposizione non giustificherebbe un'applicazione del divieto agli atti di *redistricting*, poiché gli stessi non costituiscono una "voting qualification, or prerequisite to voting or standard, practice or procedure". Infatti, argomenta *Justice Thomas* rievocando una propria *dissenting opinion* in un caso precedente (*Holder v. Hall*, 512 U.S. 874 (1994)), la §2 dovrebbe correttamente applicarsi ai soli ostacoli all'effettivo esercizio del suffragio, senza incidere sulle modalità di definizione dei confini dei collegi elettorali. Peraltro, interpretare l'interferenza con l'espressione del voto in termini tanto ampi rappresenterebbe un errato esercizio di *statutory interpretation*, poiché il *Voting Rights Act* e la legislazione precedente, da cui lo stesso aveva tratto ispirazione, definivano il (diritto di) voto in maniera più stringente, riferendolo solo all'accesso al suffragio. Inoltre, contraddicendo il tono generale dell'opinione di maggioranza, *Justice Thomas* afferma che, al netto del principio enunciato in astratto in *Grove v. Emison*, la Corte Suprema avrebbe dichiarato la sussistenza di un *racial gerrymandering* nell'ambito di un collegio uninominale in una sola occasione (*LULAC v. Perry*, 548 U.S. 399 (2006)). Sempre criticando l'applicazione della §2 alle controversie in tema di *voting dilution*, Thomas aggiunge che il principio di *stare decisis* non viene applicato in maniera stringente nemmeno in materia di *statutory interpretation*, laddove l'orientamento precedente sia viziato da evidenti errori ermeneutici.

Il cuore dell'opinione dissenziente risiede nella contestazione del *totality of circumstances test* previsto dalla §2, in particolare come interpretato dalla giurisprudenza ispirata al caso *Gingles*. Applicare la disposizione ai casi di *voting dilution*, argomenta Thomas, richiede necessariamente di avere un termine di paragone per poter valutare in concreto se il peso elettorale di una componente demografica sia stato diluito. Se, tuttavia, questo paragone viene effettuato tenendo presente l'appartenenza razziale dei cittadini, allora non si potrebbe legittimamente sostenere che il termine di paragone è neutrale rispetto alla razza. Questa argomentazione è preordinata a giungere al punto decisivo del ragionamento di Thomas, secondo il quale non si potrebbe procedere a un'operazione di *redistricting* che sia consapevole del fattore razziale, senza che quell'attività sia necessariamente attratta entro una fattispecie di predominanza di quello stesso fattore rispetto agli altri tradizionali criteri di *apportionment*. Infatti, le mappe alternative proposte dai ricorrenti sarebbero tutte viziate dal fatto di contemplare, quale criterio non negoziabile di definizione dei confini dei collegi, la previsione di un secondo collegio elettorale a maggioranza afroamericana. Se, tuttavia, l'obiettivo di avere due *majority-minority districts* era considerato irrinunciabile da chi aveva disegnato le mappe alternative, allora si deve ritenere che il fattore razziale sia stato predominante nelle scelte di *redistricting*, così configurando un illegittimo *racial gerrymandering* ai sensi della giurisprudenza consolidatasi a partire da *Shaw v. Reno*

(v. anche *Miller v. Johnson* e *Bethune-Hill v. Virginia State Bd. of Elections*, 137 S. Ct. 788 (2017)).

Anche la dimostrazione che le mappe alternative proposte siano ragionevoli e non viziate dalla predominanza del fattore razziale, secondo Thomas, non vale a rendere una diversa e pur ragionevole allocazione dei confini dei collegi da parte dello Stato un'illegitima diluizione del peso elettorale di una minoranza razziale. Infatti, la ragionevolezza di un piano di *redistricting* più favorevole a una minoranza razziale non comporterebbe automaticamente che esso debba rappresentare il termine di paragone rispetto ad altre possibili alternative, che ciascuno Stato potrebbe liberamente definire nel rispetto della neutralità al fattore razziale e degli altri tradizionali fattori di *apportionment*. Il problema dell'applicazione dei criteri elaborati in *Gingles*, argomenta Justice Thomas, è che il significato del test sull'eguale apertura del processo elettorale alle minoranze non è stato chiarito dalla giurisprudenza precedente; in buona sostanza, esso si risolverebbe in una verifica sulla proporzionalità della distribuzione dei seggi di uno Stato rispetto alla consistenza demografica di un gruppo sociale minoritario. La praticabilità di una distribuzione dei collegi tendente a garantire una rappresentanza proporzionale a una minoranza, a patto che essa sia ragionevole secondo i tradizionali criteri di *redistricting*, vincolerebbe i legislatori statali privandoli di discrezionalità sotto questo profilo.

La ragione per cui Thomas ritiene illegittima l'applicazione della §2 del *Voting Rights Act* come interpretata dalla giurisprudenza *Gingles* è che essa configurerebbe una classificazione basata su un fattore razziale, che è intrinsecamente sospetto e in ogni caso soggetto a *strict scrutiny* per verificarne la compatibilità con i divieti di discriminazione introdotti dai *Reconstruction Amendments* (sulla parabola dell'eguaglianza razziale e il ruolo del formante giurisprudenziale nel riconoscimento dell'eguaglianza sostanziale nell'ordinamento statunitense, si veda G.F. Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, 2011, 178 ss.). Infatti, un conto sarebbe considerare l'intenzione di rispettare il portato della §2 come un interesse statale cogente, sanzionando come inadeguati i rimedi adottati dagli Stati per assicurare il perseguimento di tale interesse; altro sarebbe consentire un'applicazione della §2 che, tradendo il principio di neutralità razziale postulato dalla Costituzione, sarebbe costituzionalmente illegittima.

Un eventuale potere del Congresso di ripartire i cittadini nei vari collegi sulla base dell'appartenenza razziale non potrebbe che derivare dalle *enforcement clauses* dei *Civil War Amendments*. L'intervento del legislativo federale in materia, tuttavia, deve rimanere di carattere profilattico, volto a evitare che si manifesti una lesione di un interesse costituzionalmente rilevante. Poiché tale potere è caratterizzato da natura rimediabile, piuttosto che sostanziale, la Corte Suprema ha ritenuto che esso debba conformarsi a un criterio di *congruence and proportionality* (*City of Boerne v. Flores*, 21 U.S. 507, 517–529 (1997)). Peraltro, come si cura di precisare in una nota a piè di pagina Thomas, sebbene la giurisprudenza sugli *enforcement powers* del Congresso abbia riguardato in misura preponderante il XIV Emendamento (in *Boerne v. Flores* la Corte Suprema aveva sancito la parziale illegittimità costituzionale del *Religious Freedom Restoration Act of 1993*, v. C.E. Kuerschner, *Our Vulnerable Constitutional Rights: The Supreme Court's Restriction of Congress' Enforcement Powers in City of Boerne v. Flores*, 78 *Oregon Law Review* 551 (1999)), ciò non osta all'estensione della medesima *ratio* anche alla §2 del XV Emendamento.

L'opinione dissenziente si dedica dunque a ricostruire il contenuto della regola rimediabile prescritta dal Congresso con la §2 del *Voting Rights Act*. Essa postulerebbe che, se in un'area territoriale il voto è polarizzato su base razziale ed esiste un piano di riparto dei collegi ragionevole che consenta a una minoranza etnica di esprimere la maggioranza degli elettori in una percentuale di collegi proporzionale alla sua consistenza demografica, allora l'allocazione dei seggi dovrà

contemplare un numero di *majority-minority districts* pari a questa percentuale. Una tale regola profilattica, argomenta *Justice Thomas*, contraddice il tenore letterale e lo spirito delle disposizioni costituzionali di cui si è detto. Se anche l'*enforcement power* riconosciuto al Congresso giustificasse un intervento tanto dirompente del legislativo federale, esso dovrebbe basarsi sulla sussistenza di circostanze di fatto che rappresentino violazioni di diritti costituzionali particolarmente gravose, tali da richiedere regole di profilassi a carattere straordinario. Tuttavia, le discussioni parlamentari relative alla modifica della §2 del *Voting Rights Act* nel 1982 non paiono offrire dati convincenti in questa direzione. Il risultato di tale operazione, secondo *Thomas*, sarebbe quello di sostituire al diritto costituzionale individuale di non essere discriminati nell'esercizio del voto sulla base dell'appartenenza razziale un diritto all'equa distribuzione del potere politico per ciascun gruppo razziale. Ciò tradirebbe il dettato del XIV e XV Emendamento, rappresentando un esercizio di *enforcement power* ben al di là della congruenza e proporzionalità, anche per la propria natura indiscriminata e illimitata nel tempo. D'altronde, aggiunge *Justice Thomas*, i precedenti *South Carolina v. Katzenbach* (383 U.S. 301 (1966)) e *City of Rome v. United States*, invocati dall'opinione di maggioranza per giustificare l'ampiezza dell'intervento del Congresso, riguardavano altre disposizioni del *Voting Rights Act* e, in ogni caso, non farebbero altro che confermare che l'esercizio di tale potere rimediale, proprio in quanto tale, deve essere limitato sotto il profilo temporale e geografico.

In conclusione, *Thomas* critica aspramente la maggioranza del collegio per aver ammesso che il tentativo di conformarsi al contenuto di una disposizione legislativa giustifichi la violazione di un principio costituzionale. Se la §2 del *Voting Rights Act* deve essere interpretata secondo la giurisprudenza *Gingles*, egli ritiene che essa sarebbe incostituzionale. Se la disposizione fosse comunque applicabile alle controversie in materia di *voting dilution*, essa dovrebbe in ogni caso prevedere standard di scrutinio neutrali rispetto all'appartenenza razziale. In ogni caso, ribadisce *Justice Thomas*, meglio sarebbe affidarsi all'interpretazione letterale della disposizione, che dovrebbe ragionevolmente escluderne l'applicabilità alle controversie in materia di *apportionment* o *redistricting*.

6. – Come anticipato, il dissenso all'interno del collegio non si limita alle ragioni esposte da *Justice Thomas*, poiché anche *Justice Alito* argomenta in senso divergente rispetto alla soluzione del caso proposta dalla maggioranza della Corte. In un'opinione dissenziente, a cui concorre anche *Justice Gorsuch*, egli insiste sul fatto che l'opinione del *Chief Justice Roberts* abbia impiegato canoni ermeneutici errati per interpretare la §2 del *Voting Rights Act*. In particolare, *Alito* ritiene che la disposizione sia applicabile alle controversie in materia di *voting dilution*, ma precisa che, se la divergenza da alcuni o tutti i criteri tradizionali di *redistricting* è una prova solo circostanziale dell'illegittimità costituzionale del riparto dei collegi, la predominanza del fattore razziale sugli altri risulta invece una prova diretta e non controvertibile di incostituzionalità.

Il contributo forse più rilevante dell'opinione dissenziente di *Alito*, tuttavia, va rintracciato nella distinzione che egli traccia fra il *Gingles framework* che si è venuto a consolidare per effetto delle pronunce giurisprudenziali e il dato testuale della §2 del *Voting Rights Act*. Infatti, sostiene *Alito*, la decisione della Corte in *Gingles* si è basata su un'interpretazione della disposizione legislativa che ha prestato maggior attenzione all'intenzione del legislatore storico, rispetto al significato letterale del testo. Le tecniche di *statutory interpretation*, tuttavia, si sarebbero evolute nel corso dei quasi quattro decenni trascorsi dalla pronuncia, così da consigliare di rendere più attuale anche l'interpretazione di questa disposizione. Peraltro, aggiunge *Alito*, l'interpretazione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza

precedente della Corte dovrebbe ispirarsi a un *favor* nei confronti di quella ricostruzione del significato delle pronunce che eviti un contrasto con il dettato costituzionale, con ciò echeggiando quelle dottrine che in Europa potrebbero legittimamente essere ricondotte alla categoria dell'interpretazione conforme a costituzione (a questo proposito, su una tale accezione del canone della cd. *constitutional avoidance*, G. Parodi, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Fascicolo Speciale, 2019, 555-582).

In sintesi, ad avviso di Alito, il principale difetto argomentativo dell'opinione di maggioranza è che la Corte abbia interpretato il *Gingles framework* derivato dalla §2 del *Voting Rights Act* nel senso di escludere che si configuri un *racial gerrymandering* vietato quando siano rispettati gli altri tradizionali criteri di *redistricting*, anche laddove la consapevolezza del fattore razziale sia preponderante. Infatti, consentire che l'appartenenza razziale influenzi in maniera decisiva le operazioni di *apportionment* tradirebbe il significato dei precedenti della Corte in materia, contraddicendo così il principio costituzionale che vieta agli Stati, salve circoscritte eccezioni, di classificare i cittadini sulla base della razza.

7. – La decisione della Corte Suprema in *Allen v. Milligan*, per quanto possa apparire a prima vista una pronuncia conforme a un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in materia di *racial gerrymandering*, merita alcune considerazioni supplementari, che siano d'aiuto per collocare più consapevolmente questa sentenza nel quadro delle dinamiche del federalismo statunitense in materia elettorale. In particolare, è senz'altro vero che la posizione radicale di *Justice Thomas*, che esclude l'applicabilità della §2 del *Voting Rights Act* alle controversie in materia di *voting dilution*, non ha persuaso alcuno degli altri membri della Corte, nemmeno fra i giudici dissenzienti. Tuttavia, la decisione è stata adottata con una stretta maggioranza di 5-4, che tradisce una spaccatura della Corte sul tema, come peraltro testimonia l'opinione concorrente di *Justice Kavanaugh*. Proprio i rilievi svolti da quest'ultimo a proposito dell'influsso del trascorrere del tempo sull'ampiezza dei poteri di *enforcement* del Congresso ai sensi dei *Reconstruction Amendments* potrebbero rivelarsi decisivi per la sopravvivenza della §2 del *Voting Rights Act*.

D'altronde, è proprio argomentando sull'obsolescenza della *coverage formula* che identificava le giurisdizioni sottoposte al meccanismo di *preclearance* che il *Chief Justice Roberts* aveva costruito la motivazione della declaratoria di illegittimità costituzionale della §4(b) del *Voting Rights Act* in *Shelby County*. È difficile negare l'apparente irrilevanza del criterio dell'*equal sovereignty* degli Stati della Federazione per quanto riguarda la §2, che si applica indiscriminatamente a tutto il territorio degli Stati Uniti d'America. Tuttavia, si potrebbe legittimamente discutere se l'invocazione di tale principio non mascherasse in realtà una graduale adesione della Corte Roberts a un esercizio del sindacato di legittimità costituzionale sugli *enumerated powers* del Congresso che, negli ultimi decenni, si è progressivamente discostato dal *rational basis test* che si fa risalire a *McCulloch v. Maryland* (17 U.S. 316; 4 Wheat. 316 (1819)), optando invece per uno scrutinio più rigoroso (D.T. Muller, *Judicial Review of Congressional Power before and after Shelby County v. Holder*, 8 *Charleston L. Rev.* 287 (2013)).

Una tale interpretazione della traiettoria della giurisprudenza della Corte Roberts in materia si potrebbe giustificare altresì osservando come la decisione in *Shelby County* appariva per certi versi appiattirsi sul ragionamento sviluppato dalla Corte in *NAMUDNO v. Holder* (557 U.S. 193 (2009)). Vi è infatti chi ha sostenuto che la Corte, pur risolvendo la controversia tramite il ricorso al canone di *constitutional avoidance*, abbia volutamente 'sfumato' la distinzione fra i due livelli di scrutinio alternativi a disposizione (*rational basis* e *congruence and proportionality*).

Tale strategia sarebbe stata preordinata a poter applicare direttamente il criterio elaborato a proposito del XIV Emendamento a partire da *Boerne* anche in una controversia ove rilevasse l'interpretazione del XV Emendamento (R. Hasen, *The curious disappearance of Boerne and the future jurisprudence of voting rights and race*, in *SCOTUSblog*, 25 giugno 2013, <https://www.scotusblog.com/2013/06/the-curious-disappearance-of-boerne-and-the-future-jurisprudence-of-voting-rights-and-race/>).

Ciò che appare dirimente per poter formulare ipotesi avvedute sulle prospettive di sopravvivenza della §2 del *Voting Rights Act* è capire se i limiti dettati al legislatore federale per dare attuazione al contenuto del XIV Emendamento siano applicabili altresì al simmetrico potere riconosciuto tramite il XV Emendamento. Vi è stato chi ha escluso l'opportunità di tale estensione, argomentando che la discrezionalità del Congresso a intervenire in materia dovrebbe godere del massimo grado di deferenza da parte del potere giudiziario (E.T. Lee, *The Trouble With City of Boerne, and Why It Matters for the Voting Rights Act*, 90 *Denver University Law Review* 483 (2012)). La Corte si era però pronunciata, all'indomani di *Boerne*, in *Lopez v. Monterey County* (525 U.S. 266 (1999)), ridimensionando – almeno in apparenza – le preoccupazioni di chi temeva che anche le disposizioni del *Voting Rights Act* potessero cadere sotto la scure del *congruence and proportionality test*. Tuttavia, il caso riguardava la §5, non anche la §2, su cui continuavano a gravare sospetti di illegittimità costituzionale (J.M. Guard, “*Impotent Figureheads*”? *State Sovereignty, Federalism, and the Constitutionality of Section 2 of the Voting Rights Act after Lopez v. Monterey County and City of Boerne v. Flores*, 74 *Tul. L. Rev.* 329 (1999)).

Dal filone giurisprudenziale che si è sviluppato a partire da *Boerne* si può desumere che, per soddisfare il *congruence and proportionality test*, l'esercizio dell'*enforcement power* del legislatore federale dovrebbe basarsi su un'istruttoria sufficientemente approfondita, che documenti una significativa diffusione della condotta discriminatoria alla quale si intende porre rimedio (E.D. Katz, *Enforcing the Fifteenth Amendment*, in M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, Oxford-New York, 2015, 365-386). Ciò che rimane insoluto è invece se l'esercizio del ruolo di arbitro dell'eguaglianza razziale in materia elettorale, che la Costituzione attribuisce al Congresso federale, vada valutato attraverso questo più rigoroso standard di scrutinio, come avvenuto per altri *enumerated powers*, oppure alla luce di un meno esigente vaglio sulla ragionevolezza dell'intervento legislativo.

Quale che sia la soluzione a tale interrogativo, non esclude che la Corte Suprema valorizzi il ruolo degli Stati nella definizione della legislazione elettorale, come avvenuto in *Shelby County*, senza bisogno di applicare il *congruence and proportionality test* di *Boerne*. Tale atteggiamento sarebbe sintomo di una rivendicazione del principio del federalismo in materia elettorale – che pure è temperato altresì dalla *Congressional Elections Clause* (art. I, §4 Cost.). Tuttavia, tale approccio tradirebbe lo scopo del *Voting Rights Act*, che è geneticamente uno strumento rimediabile volto ad assicurare la non discriminazione nell'esercizio del suffragio, ai sensi del XV Emendamento. Il vivace contenzioso che segue ogni ciclo decennale di *redistricting* conferma l'attualità di una tutela giurisdizionale del principio di eguaglianza dei cittadini sotto il profilo della partecipazione politica. In questo senso, i criteri elaborati dalla giurisprudenza *Gingles* appaiono uno strumento ancora utile ed equilibrato affinché alle minoranze razziali non sia *de facto* impedito di incidere sui meccanismi della rappresentanza. A questo proposito, la distinzione fra consapevolezza e predominanza del fattore razziale sugli altri criteri di *redistricting* appare la chiave per poter attuare un disegno di attuazione della Costituzione che non sia meramente *race blind*, bensì anche *race equal*.

Come si è argomentato, la più immediata conseguenza della decisione è una conferma della legittimità dell'interpretazione della §2 consolidatasi a partire da *Gingles*. Non è dato sapere con certezza se la maggioranza della Corte abbia rinnovato sinceramente la propria fiducia alla §2, oppure se si tratti piuttosto di una mera pronuncia di carattere interlocutorio, il cui esito sia stato influenzato da preoccupazioni contingenti del *Chief Justice* relative alla legittimazione della Corte come organo di garanzia, anche a fronte delle dirompenti decisioni degli ultimi due *term* su temi particolarmente divisivi quali il diritto all'interruzione della gravidanza o l'ammissibilità delle *affirmative actions* in ambito scolastico.

Ciò che appare certo è che il contenzioso in materia non accenna a interrompersi, come testimoniato dal fatto che l'Alabama ha proposto un nuovo piano di *redistricting* che per una seconda volta prevedeva un solo *majority-minority district*, anziché due. La legislazione statale è stata nuovamente impugnata e una corte federale distrettuale ne ha sancito l'illegittimità, anche alla luce dell'inosservanza della pronuncia della Corte Suprema in *Allen v. Milligan* (*Singleton v. Allen*, 2:21-cv-1291-AMM, 5 settembre 2023, ND Ala.). La successiva richiesta di riesame della decisione, formulata dall'Alabama alla Corte Suprema, è stata tuttavia respinta (A. Howe, *Court denies Alabama's request to use voting map with only one majority-Black district*, in *SCOTUSblog*, 26 settembre 2023, <https://www.scotusblog.com/2023/09/court-denies-alabamas-request-to-use-voting-map-with-only-one-majority-black-district/>), chiudendo temporaneamente la vicenda, senza tuttavia che la questione relativa al destino della §2 del *Voting Rights Act* si possa considerare definita.

D'altronde, l'offensiva giudiziale nei confronti del *Voting Rights Act* appare senza sosta, come dimostrato da una pronuncia della Corte per l'Ottavo Circuito d'Appello (*Arkansas State Conference NAACP v. Arkansas Board of Apportionment*, No. 22-1395, 20 novembre 2023, 8th Cir. 2023), che ha confermato a stretta maggioranza (2-1) la decisione di una Corte distrettuale dell'Arkansas che aveva escluso che le parti private fossero legittimate a ricorrere in giudizio avverso un piano di *redistricting* sulla base della §2 del *Voting Rights Act* (*Arkansas State Conference NAACP v. Arkansas Board of Apportionment*, 586 F. Supp. 3d 893 (E.D. Ark. 2022)). Se così fosse, l'unico soggetto titolare di legittimazione processuale per instaurare un giudizio ai sensi della §2 sarebbe il Dipartimento di Giustizia, che tuttavia non è dotato di risorse sufficienti a perseguire tutte le presunte violazioni del *Voting Rights Act* che avvengono a livello statale, oltre a non essere interessato a farlo con la medesima intensità sotto tutte le amministrazioni presidenziali.

Sulla base di quanto illustrato, si ritiene di poter affermare che è su questi terreni che si giocherà presumibilmente anche il ciclo di *redistricting* del prossimo decennio, con lo spettro della scadenza dell'ultimo rinnovo del *Voting Rights Act* (venticinque anni a partire dal 2006) che incombe all'orizzonte.

Davide Zecca

Dip.to di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Università degli Studi di Milano

[davide.zecca@unimi.it](mailto:davide.zecca@unimi.it)