

A volte ritornano: la Corte Suprema USA alle prese col *gerrymandering*

di Lara Trucco

Title: The US Supreme Court still dealing with racial gerrymandering: decide everything to decide what?

Keywords: United States Presidential Election; Apportionment; Racial gerrymandering.

1. – Nella decisione dello scorso 1 marzo 2017, resa nel caso *Bethune-Hill v. Virginia State Bd. of Elections*, la Corte Suprema americana è stata chiamata ad affrontare una delicata questione concernente il disegno dei collegi elettorali (cd. *apportionment*) nello Stato della Virginia, di cui si era lamentato il carattere discriminatorio, in quanto sarebbe stato deliberatamente volto a favorire certe candidature a scapito di altre in base a considerazioni di carattere razziale (cd. “*racial gerrymandering*”).

Più precisamente, il contenzioso è stato originato dal ricorso con cui alcuni elettori avevano denunciato la violazione della *Equal Protection Clause* del Quattordicesimo Emendamento, da parte della previsione legislativa che – all’indomani del censimento del 2010 ed in vista dell’elezione dei “grandi elettori” nei dodici collegi elettorali, per l’appunto, dello Stato della Virginia – aveva stabilito che, in ciascuno, almeno il 55% della popolazione votante sarebbe dovuta essere di colore (cd. BVAP: *black voting-age population*). Ebbene, come vedremo nel prosieguo, più che per la novità in sé dei suoi contenuti, la pronuncia si segnala soprattutto per il fatto di potersi ritenere il punto di approdo ed emersione di dinamiche che affondano le radici indietro nel tempo, quando determinate vicende e situazioni hanno segnato indelebilmente la democrazia americana.

In particolare, si nota che il riconoscimento del suffragio “esteso” ai coloni giunti sul nuovo continente sia qui avvenuto senza soverchie difficoltà rispetto al vecchio continente (M.S. Piretti, *I sistemi elettorali in Europa*, Roma-Bari, 1997, 229 ss.), dove l’esclusione politica della massima parte del *demos* ha costituito una “debolezza genetica” dei moderni ordinamenti democratici europei (D. Fisichella, *Elezioni e democrazia*, Bologna, 2003, riv. nel 2008, 23 e 25, partic. la nota 16). Per cui, se può dirsi che in Europa, ancora nel XIX secolo, il diritto di voto era “l’eccezione” ed il fatto, invece, di non votare, “la regola” (con tutte le conseguenze che ciò avrebbe determinato, con riguardo, tra l’altro, ai partiti, ai sistemi di elezione, e financo alla stessa giustizia elettorale politica: si rinvia, volendo, al riguardo, a L. Trucco, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, Torino, 2011, *passim*), negli *States*, all’opposto, sarebbe stato il possesso del suffragio a rappresentare “la regola” ed il fatto di non averlo, “l’eccezione”. Eccezione, tuttavia – e con questo veniamo al punto – di cui, storicamente, il non voto ai cd. “neri d’America” ha costituito una componente macroscopica e clamorosa.

La menzionata previsione della Virginia va pertanto inquadrata nell’ambito di una vicenda che, ancora nel corso degli anni Sessanta del XX secolo, vedeva la richiesta pressante nella popolazione americana di colore di fornire “a tutti gli americani”, senza discriminazione

di razza, “maggiore tutela per il diritto di voto”...questione che il Presidente Kennedy, qualche mese prima di essere assassinato, aveva tentato di affrontare presentando il *Civil Rights Act* (del 1964), dopo che in materia di voto era già intervenuto, su impulso della precedente Presidenza Eisenhower, il *Civil Rights Act* del 1957. Il tutto a distanza di tempo, ormai, dall’attuazione degli emendamenti XIV (1868) e XV (1870) alla Costituzione americana data dalla cd. “triade” legislativa degli anni Settanta del XIX secolo (rappresentata dallo “*Enforcement Act*” del maggio 1870, dal “*Force Act*” del febbraio 1871, e dal “*Ku Klux Klan Act*” dell’aprile 1871).

2. – Come si è in parte anticipato, la decisione della Corte Suprema del caso *Bethune-Hill* va inquadrata proprio nell’ambito dell’elezione di secondo grado che con 65.915.795 voti popolari (corrispondenti al 51,1% dei voti, 332 grandi elettori e 27 Stati vinti) avrebbe portato, il 6 novembre 2012, Barack Obama per la seconda volta alla Casa Bianca.

La Virginia era stata considerata uno dei cd. “*swing States*” (contrapposti ai cd. “*safe States*”): uno di quegli Stati, cioè, “incerti” e particolarmente contesi, non godendovi nessun candidato e/o partito di un sostegno politico tale da poter essere considerato favorito (di qui la denominazione, anche, di “*purple States*”, ovvero “Stati viola”: né rossi né blu). Ed in effetti sarebbe stato così, dato che un siffatto Stato che, peraltro, si sarebbe rivelato decisivo (insieme a Florida ed Ohio) per la vittoria finale dei democratici, fu “in bilico” (con Nevada, Colorado, New Hampshire, Minnesota, Wisconsin, Iowa, Florida e Pennsylvania) sino alla fine (lo spoglio vide inizialmente il primato del candidato repubblicano e solo quando, ormai, il numero di grandi elettori poteva bastare per la rielezione, giunse la notizia del sorpasso e, quindi, del successo finale del candidato democratico con appena il 50,8% dei voti).

Non v’è dunque da stupirsi se, come si diceva in apertura, in questo “*battleground State*”, sono stati i giudici ad essere, alla fine, chiamati a sindacare la compatibilità coi principi costituzionali della menzionata norma sul “*black voting-age population*”, del relativo e conseguente *apportionment* dei collegi elettorali della Virginia. Mentre, infatti, una tale previsione normativa era stata vista, da parte di alcuni, come una misura necessaria al fine di garantire pari opportunità di elezione a tutti i candidati in lizza, da parte di altri (tra cui i ricorrenti) vi si era scorta una forma di discriminazione “a rovescio”, datane l’idoneità (per sua stessa ragion d’essere) di favorire le candidature di colore rispetto alle altre, assicurando loro un certo vantaggio in vista della vittoria finale.

Tuttavia, i tre giudici della Corte distrettuale (di “primo grado”) “for the Eastern district of Virginia”, muovendo dalla considerazione della necessità, in vista di una possibile pronuncia d’incostituzionalità, della dimostrazione della “preminenza”, all’atto di definire i collegi, dell’applicazione di criteri di tipo razziale, hanno rigettato tutti i ricorsi. Per la precisione, con riguardo ad undici dei dodici collegi elettorali, essi, seguendo un approccio che potrebbe dirsi “oggettivo”, secondo cui «*race predominates only where there is an “actual conflict between traditional redistricting criteria and race”*», hanno ritenuto che i ricorrenti non fossero riusciti a dimostrare «*that race was the predominant factor motivating the legislature’s decision to place a significant number of voters within or without a particular district*» (rifacendosi al riguardo, alla dec. della Corte Sup. *Miller v. Johnson*, 515 U. S. 900, 916).

Orientata, quindi, l’attenzione (solo ed esclusivamente) sull’applicazione di parametri di tipo razziale, i giudici distrettuali hanno alla fine appurato in un solo collegio, e cioè a dire il “District 75”, «*that race did predominate*». Anche se poi, pure con riguardo a questo dodicesimo collegio i ricorsi sono stati alla fine rigettati, ritenendosi (in linea con la giurisprudenza prevalente) che «*the lines were constitutional because the legislature’s use of race was narrowly tailored to a compelling state interest*». Ovvero che, al di là della tecnica legislativa impiegata, lo stesso legislatore avesse delle “buone ragioni” per ritenere che l’applicazione lì del 55% «*racial target*» fosse necessario «*to avoid diminishing the ability of black voters to elect their preferred candidates*», e dunque al fine di scongiurare un arretramento – se non la vera e propria violazione – del §5 del *Voting Rights Act* del 1965

(richiamandosi, sul punto, Corte Sup. U.S., *Alabama legislativo Black Caucus v. Alabama*, 575 U.S.).

3. – Dinnanzi all'impugnativa del suddetto rigetto delle questioni da parte dei giudici distrettuali, la Corte Suprema ha confermato, ritenendola conforme alla propria giurisprudenza e dunque consolidando di questa gli assunti, la parte della decisione della Corte distrettuale (v. *supra*) relativa all'*apportionment* operato nel "Distretto 75" (con l'opinione dissenziente su questo punto del solo giudice Thomas). La stessa però ha dimostrato di non condividere la posizione seguita dai giudici della Virginia «in determining that race did not predominate», con riguardo agli undici dei dodici collegi elettorali di cui si è detto (*supra*).

Punto di partenza condiviso dai vari giudici è stato quello per cui «The Equal Protection Clause prohibits a State, without sufficient justification, from "separat[ing] its citizens into different voting districts on the basis of race» (*Miller*, cit., 911). Ciò posto, i punti di vista hanno preso a divergere specie nel passaggio in cui la Corte Suprema (rifacendosi al caso *Shaw v. Reno*, 509 U. S. 630, 646 (*Shaw I*)) ha avvertito i giudici circa l'«extraordinary caution» da avere «in adjudicating claims of racial gerrymandering» (e questo non solo e non tanto, si osserva, a motivo del riconoscimento dell'ampia discrezionalità in materia, quanto, soprattutto, della collocazione privilegiata del legislatore, il quale, su di un tale terreno, sarebbe messo nelle condizioni di essere «always aware of race when it draws district lines, just as it is aware of [...] other demographic factors»). Una simile "presunzione di razionalità" di chi dispone delle modalità di disegno dei collegi elettorali, ha portato, infatti, la Corte a mettere in secondo piano l'idea – seguita dai giudici distrettuali – di ipotesi di *gerrymandering* razziale derivanti, "oggettivamente", da erronee definizioni dei collegi elettorali, a tutto vantaggio di un approccio di tipo "soggettivo", muovente dal presupposto della sussistenza, che sempre e comunque soggiacerebbe alla fenomenologia in questione, di una volontà fraudolenta di chi opera l'*apportionment* del formato circoscrizionale.

Di qui, dunque, la centralità, nella prospettiva della Corte Suprema, della dimostrazione, da parte di chi intenda denunciare una qualche forma di *gerrymandering* (anche di tipo) razziale, «that race was the predominant factor motivating the legislature's [districting] decision» (con la conseguente "riforma", come si diceva, di quella parte della decisione in cui la Corte distrettuale ha considerato la sussistenza di «an actual conflict between the enacted plan and traditional redistricting principles» indispensabile al fine di provare la predominanza del fattore razziale nel disegno dei collegi elettorali). Ciò, sebbene, come chiarito (nel riportare l'opinione di maggioranza) dallo stesso giudice Kennedy, una tale dimostrazione dell'elemento soggettivo e finalistico (al fine, per l'appunto, di comprovare la preminenza delle «racial considerations») pur conferendo «more direct evidence» alla messa a fuoco degli intenti del legislatore, non privi di rilievo la «circumstantial evidence» da riconoscersi, comunque, là dove riscontrato, al sacrificio dei (tradizionali) «race-neutral districting principles» e, più in generale, al *malapportionment* delle circoscrizioni elettorali (essendo, del resto, più unici che rari, come osserva il giudice, i casi di *gerrymandering* operati nell'ambito di collegi scrupolosamente *well apportioned*).

Per concludere sul punto, si osserva come la predilezione per un tipo di approccio sensibile (oltre che all'elemento "soggettivo" in luogo di quello "oggettivo"), al dato "sostanziale" (più che a quello "formale") – nel perseguimento del quale, pertanto, ogni indizio può essere importante – abbia portato la Corte Suprema ad auspicare (nel quadro del ridetto esame dei criteri di definizione dei collegi) l'adozione di un metodo "olistico", ritenendolo il meglio in grado di mettere a fuoco l'impatto delle norme indubbiamente in rapporto non solo alle caratteristiche e peculiarità del disegno del collegio *sub iudice*, ma anche in rapporto a porzioni più ampie di territorio (venendo la «holistic analysis» reputata «necessary to give the proper weight to district wide evidence»).

Peraltro, proprio dalla decisione in commento, emerge, ci pare (spec. là dove si afferma che «the constitutional violation» in racial gerrymandering cases stems from the «racial

purpose of state action, not its stark manifestation»)), il rischio che una valorizzazione incondizionata dell'elemento teleologico (in luogo delle caratteristiche e degli effetti) del dato normativo finisca per produrre un allentamento del requisito della "concretezza" e l'"evaporazione" di quello dell'"attualità" della violazione, posta, per l'appunto, la sufficienza della dimostrazione – forse semplice sul piano teorico ma che può rivelarsi diabolica all'atto pratico – della "volontà" lesiva della normativa (nel nostro caso, dei principi costituzionali da parte della legge sul voto). Tutto questo, si noti, con l'apparente paradosso di un allontanamento – e nei casi estremi del distacco – dagli stessi elementi fattuali presi in considerazione, col possibile presentarsi di ipotesi (come si legge nella decisione in esame) di «racial predominance without evidence of an actual conflict».

4. – Infine, la considerazione della Corte Suprema dei giudici distrettuali come quelli «best positioned to determine on remand the extent to which, under the proper standard, race directed the shape of these 11 districts, and if race did predominate, whether strict scrutiny is satisfied» ha condotto la medesima a disporvi il rinvio per la definizione del contenzioso.

I giudici distrettuali sono quindi ora nuovamente chiamati a pronunciarsi al riguardo, facendo applicazione dei principi indicati dalla stessa Corte Suprema...la quale, peraltro, come spesso avviene quando si abbia a che fare con "politically sensitive matters" (anche qui) si è limitata all'essenziale (si noti che la vaghezza delle indicazioni fornite dal giudice è stata prontamente sottolineata dagli stessi *media* americani, considerando come «[the] decision tried to bring some clarity to the tangled question of what role race can play in drawing voting districts», e tuttavia «the Supreme Court decided very little, leaving it to the trial court to apply a slightly refined definition of racial gerrymandering»: *www.nytimes.com*, 1-3-2017).

Secondo quanto rilevato, tra l'altro, dal giudice Alito (nella sua "opinion concurring in part and concurring in the judgment") sarebbe stata invece auspicabile una più scrupolosa definizione dei principi enucleati nella decisione, sia in una prospettiva di lungo periodo, sia più nell'immediato, al fine di vincolare la Corte inferiore ad applicare lo "strict scrutiny" (così, ad es., non risulta irrilevante l'interrogativo, non del tutto chiarito, circa la sufficienza della dimostrazione, in questi casi, di una "generica" volontà di favorire determinate candidature, o, invece, la necessità di provare un più specifico intento discriminatorio nei confronti di certe categorie di persone...).

Se non sembra quindi di potersi escludere una decisione di segno diverso rispetto al passato, specie là dove si consideri la posizione ("soggettiva" e "sostanziale") affatto differente seguita dalla Corte Suprema rispetto a quella ("oggettiva" e "formale") della Virginia, non pare nemmeno possibile scartare l'ipotesi che una tale rinnovata situazione conduca, all'opposto, ad esiti non troppo differenti dai precedenti, se solo i giudici distrettuali riterranno (e perché mai non dovrebbero?) non adeguatamente comprovato l'intento fraudolento del legislatore (del resto, nei giudizi precedenti non vi è nulla di significativo sul punto...).

Ad ogni modo, al di là dei futuri sviluppi della vicenda – che, peraltro, si osserva, potrebbero vedere la stessa Corte Suprema ancora interpellata e, quindi, chiamata a meglio dettagliare taluni aspetti della pronuncia in esame –, certo è che ormai anche il secondo mandato di Obama si è concluso, portando via con sé oltre che un qualche possibile sovvertimento dello stato di cose uscito dalle presidenziali del 2012, anche la possibilità d'uscita da quell'*impasse* di cui si è qui ragionato, che sarebbe stato auspicabile superare in tempo utile per le elezioni presidenziali del 2016.