

Political Gerrymandering: La porta è chiusa e l'aria è consumata

di Nausica Palazzo

Title: Political Gerrymandering: The door is shut and it is stuffy in here

Keywords: Gerrymandering; Electoral law; Voting rights.

1. – “Partisan gerrymandering is nothing new. Nor is frustration with it”. Questo l’incipit del paragrafo in cui la Corte entra nel merito della questione (§II.B). Le pratiche di *political gerrymandering* (designazione generica che include sia il *partisan* che *bi-partisan gerrymandering*) consistono nella deprecabile prassi di ridisegnare le circoscrizioni elettorali sulla base di considerazioni prevalentemente politiche, ossia cercando di massimizzare le *chances* di vittoria di un dato partito alle elezioni legislative. Il termine si riferisce tanto alle pratiche di *cracking* quanto di *packing*. Con le prime (*cracking*), il *gerrymander*, la persona/commissione incaricata di ridisegnare i collegi elettorali, disperde un elettorato non affine in più distretti al fine di azzerarne l’influenza alle successive elezioni. Con le seconde (*packing*), si racchiude invece il maggior numero possibile di elettori non affini all’interno di un solo collegio, così da ridurne il peso negli altri (es. quelli in bilico) e disperdere i voti “in surplus”: gli Stati Uniti adottano infatti un sistema elettorale *plurality* o “first past the post”, in cui risulta vincitore il candidato che ottiene la maggioranza relativa dei voti. In un sistema elettorale *plurality* è sufficiente il 50% più uno dei voti, con la conseguenza che, a seguito di pratiche di *packing*, la vittoria a larga maggioranza di un candidato (es. 90% dei suffragi) si risolve in un maggiore spreco di voti (in base all’esempio fornito, i voti compresi tra il 50%+1 e il 90% sono tecnicamente “inutili”).

Nella decisione in commento, la Corte suprema pone la parola fine alle cause miranti a dichiarare incostituzionali le mappe elettorali frutto di *gerrymandering* di natura politica. Per dirla con la dottrina americana, la Corte “chiude la porta” a simili questioni, dopo aver a suo dire per anni, e senza successo, cercato di trovare uno standard di giudizio che le consentisse di distinguere pratiche conformi a Costituzione da pratiche incostituzionali.

La Corte aveva inizialmente ritenuto la questione idonea alla risoluzione in via giurisdizionale (*Davis v. Bandemer*, 478 U. S. 109, 132 (1986) (*plurality opinion*)) nel 1986, ritenendo inoltre tale prassi potenzialmente contraria al XIV emendamento (*contra v. Gaffney v. Cummings*, 412 U. S. 735 (1973)). Tuttavia, la Corte faticò negli anni ad individuare un approccio (o “test”) coerente per giudicare simili casi, e faticò ancor più a coagulare una maggioranza intorno a uno degli approcci proposti. In una

mera *plurality opinion*, il giudice White individuava peraltro un test assai rigoroso e di difficile applicazione, come testimonia la confusione delle corti di prima istanza e il tasso di insuccesso delle cause di *political gerrymandering*, pari al 100%. Il test chiedeva al contempo di dimostrare: (a) un intento discriminatorio; (b) un effetto discriminatorio, ossia che i distretti elettorali fossero tali da azzerare sistematicamente la capacità di un gruppo di elettori di incidere sul processo politico. Il test meno stringente proposto dal giudice Powell nell'opinione dissenziente (richiedente, quanto agli effetti, che il distretto elettorale sostanzialmente avesse una forma bizzarra) fu rigettato.

Nel 2004, la Corte ritornò a pronunciarsi sulla questione, senza tuttavia essere in grado ancora una volta di coagulare una maggioranza intorno alla decisione (*Vieth v. Jubelirer*, 541 U. S. 267 (2004) (*plurality opinion*)). Nella sua *plurality opinion*, il giudice Scalia ritenne la questione di natura politica e quindi “non-justiciable” per due ragioni fondamentali: trattandosi di una materia che la Costituzione annovera tra le competenze del Congresso (ai sensi dell'art. I§4 della Costituzione, ossia della “time, place and manner clause”) e dovendosi, dopo lunghi anni, ormai constatare l'assenza di un test utile e pratico che le corti possano adoperare per risolvere simili questioni.

Con la pronuncia che qui si commenta la Corte, invece, raggiunge l'agognata maggioranza per sbarrare definitivamente la strada alle cause di *gerrymandering* di natura politica. Ne consegue che ciò che era opinione di una maggioranza di giudici è ora divenuta la posizione ufficiale della Corte. La Corte dunque ritiene che le controversie sul *gerrymandering* di natura politica non possano essere risolte in via giurisdizionale. Queste potranno essere affrontate soltanto all'interno dei tradizionali circuiti del processo politico e attraverso gli strumenti tradizionali, propri di quest'ultimo.

Segue una corsiva descrizione del caso concreto e della sentenza della Corte suprema (par. 2) e un'analisi dei punti della sentenza più deboli sotto il profilo teorico-argomentativo (par. 3).

3068

2. – I due giudizi riuniti riguardano le mappe contenenti i nuovi collegi per le elezioni del Congresso dello Stato rispettivamente della Carolina del Nord e del Maryland. Quanto alla Carolina del Nord, le nuove mappe incriminate (o “redistricting plan”) erano state commissionate dai deputati repubblicani che controllavano il Congresso statale. Tale compito fu assegnato con l'esplicita direttiva di massimizzare le *chances* di vittoria dei repubblicani alle elezioni dei prossimi dieci anni, direttiva dettagliata a tal punto da indicare il numero di collegi sicuri da individuare (10 per i repubblicani e 3 per i democratici). La mappa fu introdotta nel 2016 e alle elezioni successive del novembre 2016 i repubblicani conquistarono 10 seggi e i democratici 3. Un gruppo organizzato di elettori pertanto impugnò tale mappa lamentando molteplici violazioni e in particolare una violazione del principio di uguaglianza ai sensi del XIV emendamento (che impone che tutti i voti abbiano lo stesso peso), la libertà di espressione e di credo politico ai sensi del I emendamento (da ritenersi lesa dal momento che tutti gli elettori democratici sono svantaggiati a causa del loro credo politico), il requisito secondo cui il Congresso è eletto dal popolo (e non da marchingegni messi a punto dagli eligendi) ai sensi dell'art. 1§2 Cost., e la clausola “time, place and manner” ex art. 1 § 4 Cost. che consente agli Stati di disciplinare tali aspetti per le elezioni del Congresso (del cui potere qui sarebbe stato fatto un uso improprio e che potremmo definire *ultra vires*).

Quanto al Maryland, il problema e la sua genesi sono assai simili, sebbene in questo caso le istruzioni provenivano dalla maggioranza democratica del Congresso e dal governatore democratico. Anche qui le intenzioni della commissione istituita

furono inverte alle elezioni successive, dove i democratici riuscirono, come richiesto, a trasformare il sesto collegio in un collegio “sicuro” per i democratici. I motivi di gravame riguardarono in questo caso una violazione del primo emendamento e una violazione dell’art. 1§§2 e 4. Entrambe le Corti di primo grado dichiararono l’incostituzionalità delle mappe della Carolina e del Maryland, obbligando i Parlamenti nazionali a ripetere il procedimento.

2.1. – La Corte suprema annulla infine entrambe le sentenze, ordinando alle corti distrettuali di dichiarare la questione inammissibile per difetto di giurisdizione. Trattasi a suo avviso di questione di natura politica, poiché non esisterebbe un “manageable standard” da adoperare per la sua risoluzione (*Baker v. Carr*, 369 U. S. 186 (1962)). Come tale, essa deve essere risolta nell’alveo del processo politico, non già da un organo giurisdizionale.

Per giungere a una simile conclusione la Corte ha dovuto preliminarmente distinguere il *partisan gerrymandering* da tutti i casi concernenti il diritto di voto in cui ha invece ritenuto che un *manageable standard* vi fosse.

Nel caso del principio della *equal population*, ossia della differenza numerica tra collegi elettorali, il test consisteva in un calcolo matematico relativamente semplice. Individuata la popolazione dei collegi di dimensioni inferiori e lo scostamento ammissibile (di solito 10% per le elezioni statali e praticamente 0 per quelle federali in assenza di un valido interesse che giustificasse una deroga) il calcolo era piuttosto immediato (p. 11-12). Invece, ben più ardito è il distinguo operato rispetto alle cause di *gerrymandering* su base razziale: in tal caso, afferma la Corte, la differenza fondamentale consiste nell’incostituzionalità di tali pratiche, ai sensi del principio di uguaglianza, a differenza delle pratiche di *gerrymandering* di natura politica che in sé sono, si badi, legittime dal punto di vista costituzionale. È l’eccesso di *gerrymandering* politico a sollevare dubbi di legittimità costituzionale (p. 12, ove si cita *Gaffney*, 412 U. S. 735, 753, “[p]olitics and political considerations are inseparable from districting and apportionment”). Ne consegue che la questione sia una “di grado”, aspetto che rende ancora più difficoltosa l’individuazione di un approccio coerente per la risoluzione giudiziale di tali casi (p. 13, ove si cita *Vieth*, 541 U.S., 296 (*plurality opinion*)), secondo cui il punto è capire quando il *gerrymandering* sia andato “troppo oltre”).

3069

3. – La sentenza, sebbene coerente con la giurisprudenza precedente in materia, risulta essere criticabile sotto alcuni aspetti teorici e argomentativi. Gli aspetti che meritano maggiore attenzione sono i seguenti:

(1) la legittimità delle pratiche di *gerrymandering* di natura politica in via di principio e il fatto che trattasi di una questione di mero grado;

(2) la conferma della giurisprudenza precedente in materia di criteri tradizionali per la delimitazione dei collegi (“traditional redistricting principles”), che comprende altresì criteri assai discutibili legati a considerazioni *lato sensu* politiche;

(3) l’introduzione ad arte di concetti vaghi e argomenti finalizzati a rendere troppo complessa la decisione del caso, e in particolare l’uso strumentale del concetto di *fairness* e di *proportional representation* nei termini che si diranno.

3.1. – Per prima cosa, la Corte conferma la legittimità delle pratiche di *gerrymandering* di natura politica. Ossia non c’è niente di male ed è persino inevitabile che i politici ricorrano a criteri più tradizionali, ad esempio di tipo territoriale, e altresì a considerazioni di natura politica. Eppure, considerazioni di natura politica sono

davvero inseparabili dal punto di vista descrittivo? E, dal diverso punto di vista prescrittivo, *non converrebbe* forse isolare il processo decisionale da tali considerazioni? In ambo i casi è possibile dare una risposta affermativa.

In ottica comparata, è possibile rinvenire ordinamenti che non fanno alcun riferimento a considerazioni di carattere politico nell'individuazione dei collegi elettorali, sull'assunto che tali considerazioni non rientrino nei criteri tradizionalmente utilizzati in ambito elettorale. Un esempio tra i tanti, è costituito dall'Italia, ove le deleghe legislative contenenti i criteri e principi direttivi per l'individuazione dei collegi/circoscrizioni elettorali (a seconda del sistema elettorale da implementare) non citano tra detti criteri considerazioni di natura politica.

Tra gli esempi più recenti si veda l'art. 3, comma 1, legge n. 165/2017 (c.d. *Rosatellum*) concernente la determinazione dei collegi uninominali della Camera, che menziona tra i criteri "tradizionali" (adoperati altresì nel 2015 e 1995 per l'adeguamento alle nuove leggi elettorali) i seguenti: "2) [...] la coerenza del bacino territoriale di ciascun collegio, tenendo altresì conto delle unità amministrative su cui insistono i territori e, ove necessario, dei sistemi locali e, di norma, la sua omogeneità sotto gli aspetti economicosociale e delle caratteristiche storico-culturali, nonché la continuità del territorio di ciascun collegio, salvo il caso in cui il territorio stesso comprenda porzioni insulari (lett. d))."

È dunque errata la considerazione secondo cui considerazioni di carattere politico siano "consustanziali" all'individuazione dei collegi elettorali.

Dal punto di vista prescrittivo, poi, non v'è dubbio che i due aspetti vadano tenuti distinti. Non solo è possibile ma *occorre* isolare il procedimento di determinazione dei collegi da considerazioni politiche, poiché tali considerazioni generano mostri (come la storia recente del *gerrymandering* di natura razziale insegna, con le sue figure falciformi, allungate e fortemente irregolari).

Quest'esigenza si manifesta non solo nell'individuazione dei criteri sostanziali che guidano il delicato momento della determinazione dei confini dei collegi, ma anche nell'individuazione, altrettanto importante, del soggetto chiamato a svolgere tale compito. Il legislatore italiano, conscio che i criteri tradizionali non pongono necessariamente al riparo da pratiche potenzialmente scorrette (sebbene ne riducono la possibilità "di insorgenza") ha infatti assegnato tale compito ad un organo di natura tecnica e non politica, ossia una commissione di esperti dell'Istituto nazionale di statistica italiano ("Istat"). L'Istat è ente pubblico di ricerca italiano circondato da garanzie di indipendenza strutturale e operativa che assicurano l'imparzialità dell'organo e la completezza dei dati raccolti nelle attività di censimento e indagine campionaria.

3.2. – Il punto precedente è strettamente collegato al presente punto: la giurisprudenza statunitense in materia di "traditional redistricting criteria" lascia perplessi in quanto include tra i criteri tradizionali anche criteri che richiedono considerazioni di natura politica.

In particolare, la giurisprudenza della Corte suprema in materia di elezioni federali, nei suoi precedenti storici quali *Wesberry* e *Karcher* ha annoverato tra gli interessi legittimi che un legislatore può perseguire nel disegnare le mappe elettorali i seguenti:

- il rispetto della geografia del territorio;
- la compattezza e contiguità territoriale;
- i confini amministrativi;
- la necessità di non dividere città;

- la necessità di evitare scontri diretti in un dato collegio tra due deputati uscenti (“avoiding contests between incumbent Representatives”, v. *Karcher v. Daggett*, 462 U.S. 725, 740 (1983)).

L'ultimo aspetto merita una riflessione: si tratta della necessità, costituzionalmente legittima, di evitare scontri diretti tra due deputati uscenti. Un simile interesse consentirebbe di invocare una deroga al rispetto rigoroso del principio dell'*equipopulation* (ossia che ogni collegio debba tendenzialmente avere lo stesso numero di elettori). Tuttavia, è interessante notare come inizialmente tale interesse fosse stato concepito in maniera precisa e determinata, oltre che circondato da una cautela: il divieto di adoperare questo criterio in modo discriminatorio, ovvero per danneggiare un candidato di colore o ancora utilizzarlo a vantaggio di rappresentanti uscenti repubblicani ma non anche democratici e viceversa (Edward B. Foley, *Election Law and Litigation: The Judicial Regulation of Politics*, Wolters Kluwer, 2014). Un simile interesse, assai circoscritto e preciso, è dunque ben diverso da un interesse generale alla “protezione dei rappresentanti uscenti” citata nell'opinione della Corte, ossia la possibilità di manipolare i collegi per assicurare la rielezione di un rappresentante uscente. L'*incumbent protection* di cui parla *Roucho* per giustificare la piena legittimità delle pratiche di *gerrymandering* di natura politica, è dunque una versione volutamente distorta di un interesse originario ben più circoscritto (interesse a evitare scontri diretti tra deputati uscenti).

Un secondo criterio discutibile è il mantenimento della “geografia politica naturale” di un dato territorio (p. 18). Non ci si riferisce con ciò ai confini amministrativi, bensì al modo in cui una fetta di popolazione stanziata su un territorio vota storicamente, ossia se si tratti di un'area tradizionalmente “rossa” o “blu”. Ad esempio, prosegue la Corte, è normale che un'area urbana sia di solito dominata da un certo partito politico. Questo fa sì che esistano distretti che non sono “packed” per scelta del legislatore, bensì per una contingenza storica e geografica. Non si può non notare, tuttavia, come le due situazioni siano radicalmente diverse. Una cosa è un territorio tradizionalmente legato a un partito politico, altra è un territorio ritagliato e cucito ad arte per far vincere un partito politico. Ne consegue che, anche il criterio del mantenimento della “geografia politica naturale”, nella misura in cui legittima considerazioni di carattere politico, dovrebbe essere abbandonato.

3071

3.3. – Infine, pare evidente che la Corte *crei* il problema e ne decreti l'insolubilità. Lo crea innanzitutto quando definisce il *political gerrymandering* una questione “di grado”. È evidente che una cosa è rintracciare una pratica in sé discriminatoria (come il *racial gerrymandering*), altra cosa è rilevare l'eccesso di una pratica in sé legittima dal punto di vista costituzionale (è questo il caso del *political gerrymandering*). In aggiunta, la Corte introduce concetti vaghi al fine di complicare ulteriormente il quadro e decretare l'impossibilità di individuare un approccio coerente per la risoluzione del caso. Ci si riferisce con ciò in particolare ai concetti di *fairness* e di *proportional representation*.

In ambo i casi, non si tratta di un approccio proposto dai ricorrenti bensì di un tentativo della Corte di dire che ciò cui “in fondo” aspirano i ricorrenti è proprio l'applicazione di un concetto spauracchio come quello di *political fairness*, e persino di una rappresentanza proporzionale delle forze politiche.

In ordine, la *political fairness* è richiamata per dire che i ricorrenti vorrebbero costringere la Corte a decretare quanti seggi un dato partito politico “meriti” (p. 17) e modificare i collegi elettorali di conseguenza. E qui la Corte comincia ad elencare i molteplici significati che il termine *fairness* potrebbe assumere: giustizia nel senso di maggior numero di collegi competitivi, giustizia nel senso di aderenza ai “traditional

redistricting criteria”, ecc. Il primo significato viene rigettato in quanto si avvicinerebbe ad un tentativo surrettizio di introdurre un sistema elettorale proporzionale (v. *infra*), il secondo proprio perché, come si è più sopra visto, i criteri tradizionali includono e legittimano considerazioni di carattere politico, parlando di protezione dei rappresentanti uscenti e di protezione della geografia politica di un territorio (p. 18).

Quanto alla rappresentanza proporzionale, la Corte afferma quanto segue: “partisan gerrymandering claims invariably sound in a desire for proportional representation”. I ricorrenti partono dal presupposto che le mappe siano incostituzionali in quanto renderebbero eccessivamente difficile la traduzione dei voti in seggi per un dato partito politico (p. 16). Una simile affermazione, a detta della Corte, cela l'intento di introdurre il concetto di rappresentanza proporzionale, estraneo al sistema elettorale statunitense (p. 16, ove cita *Bandemer*, 478 U. S., 159 (opinion of O'Connor, J.)). Ciò in quanto maggiore è la deviazione rispetto al numero di seggi che il partito otterrebbe con un sistema elettorale proporzionale (su base nazionale), maggiore il sospetto di incostituzionalità.

La Corte tenta di introdurre lo spauracchio del sistema elettorale proporzionale, i cui mali, tra cui la frammentazione politica, a più battute sono richiamati nella giurisprudenza elettorale statunitense proprio per costruire un'identità per opposizione, ossia per dirla con Montale, “ciò che non siamo, ciò che non vogliamo”.

Tuttavia, il paragone con il sistema proporzionale proposto dalla Corte non coglie nel segno. La distinzione tra nozione di uguaglianza in entrata e uguaglianza in uscita è un utile grimaldello teorico per capire la non appropriatezza del paragone: “[i]l principio di eguaglianza del voto ... richiede che ciascun voto abbia pari peso nel momento in cui si determinano gli *inputs* elettorali, non invece nel momento in cui se ne producono gli *outputs*” (M. Luciani, *Il voto e la democrazia*, Roma, 1991, 36).

Volendo semplificare, l'uguaglianza in entrata attiene alla manifestazione, l'uguaglianza in uscita direttamente al risultato, richiedendo che il peso del voto preservi la sua tendenziale uguaglianza indipendentemente da che si scelga un elettore vincente o perdente. Il momento dell'individuazione dei collegi attiene, evidentemente, al momento dell'uguaglianza in entrata. In altre parole, quando avviene un'operazione di *gerrymandering* si va ad intaccare il peso strutturale del voto di un gruppo di cittadini, in quanto la manipolazione del collegio deciderà sovente *prima* delle elezioni se il suo voto avrà un peso o meno (pensiamo al voto di un elettore democratico in un distretto repubblicano creato *ad hoc*). Il punto è che se ciò avviene in applicazione di criteri neutri, ad esempio di carattere territoriale, non può certo dirsi che un elettore sia stato discriminato (pensiamo ad un elettore del centrodestra in una regione italiana storicamente “rossa” chiamata a votare il Presidente del Consiglio regionale). Se invece ciò è frutto di una manipolazione intenzionale di collegi elettorali, la situazione cambia radicalmente e non può non dirsi violato il principio di uguaglianza in entrata. Altra cosa, completamente distinta, è l'uguaglianza in uscita del voto che come detto imporrebbe nella sua versione estrema un proporzionale puro. Nel caso statunitense il sistema elettorale non è in alcun modo chiamato in causa. Le censure mosse al *political gerrymandering* non mettono in alcun modo in discussione il sistema elettorale maggioritario vigente negli Stati Uniti, né impongono l'introduzione di un sistema proporzionale. Semmai, è la Corte a mescolare sapientemente i due piani dell'uguaglianza in uscita e in entrata per rimarcare l'identità per opposizione di cui si è detto e generare un senso di repulsa verso cause di *political gerrymandering*.

4. – In conclusione, la sentenza qui commentata, sebbene costituisca la naturale evoluzione della giurisprudenza precedente, merita una lettura critica. Il diritto elettorale statunitense beneficerebbe forse più di ogni altro settore del diritto di un'analisi comparata. Ad esempio, il modo eccezionale (in prospettiva comparata) e preoccupante con cui si è manifestato il problema del *gerrymandering* politico dimostra che tale ordinamento senz'altro trarrebbe beneficio da un confronto con altri ordinamenti giuridici. E se i sistemi continentali europei non paiono all'altezza della conversazione a causa della diffidenza con cui gli Stati Uniti percepiscono i sistemi elettorali proporzionali o misti, ebbene esistono altri ordinamenti che pur adottando un maggioritario *plurality* non sono incorsi in simili problemi o hanno saputo affrontarli con successo. Si pensi all'affascinante caso dei Borghi putridi nel Regno Unito, piccole città roccaforte della grande proprietà fondiaria, un tempo fiorenti ma poi svuotatesi, che consentivano di eleggere a una manciata di elettori i rappresentanti in Parlamento (tre elettori per rappresentante a Old Sarum, uno a Dunwich). L'influenza elettorale di tali collegi fu poi cancellata dal Reform Act del 1832. Il Regno Unito può poi fungere ulteriormente da esempio per ciò che riguarda l'individuazione dell'organo investito della funzione in questione, se si pensa all'esperimento di successo delle *Boundary Commission* (dell'Inghilterra, della Scozia, del Galles e dell'Irlanda del Nord).

Certo, la conversazione è possibile a patto che si riconosca preliminarmente che di "problema" si tratta.

