



Rivista N°: 1/2023
DATA PUBBLICAZIONE: 23/02/2023

AUTORE: Davide Zecca*

C'ERA UNA VOLTA IL VOTING RIGHTS ACT: LA CORTE ROBERTS E LA DEGRADAZIONE DEL DIRITTO DI VOTO NEGLI USA**

ONCE UPON A TIME THERE WAS THE VOTING RIGHTS ACT: THE ROBERTS COURT AND THE DEGRADATION OF THE RIGHT TO VOTE IN THE USA

Sommario: 1. Le ragioni fondanti l'adozione del Voting Rights Act. – 2. L'obsolescenza della coverage formula e l'inoperatività del meccanismo di preclearance. – 3. La circoscrizione della sfera di applicabilità della §2. – 4. Quale futuro per il Voting Rights Act?

1. Le ragioni fondanti l'adozione del *Voting Rights Act*

Il giorno in cui il Presidente Lyndon Johnson appose la sua firma sul cd. *Voting Rights Act* (VRA)¹, assunto poi allo status di *crown jewel* del movimento per i diritti civili della minoranza afroamericana², erano trascorsi ben novantacinque anni dall'entrata in vigore del XV Emendamento alla Costituzione americana³. Attraverso questa disposizione costituzionale si ambiva a dare compiuta realizzazione al processo di emancipazione della minoranza di colore avviato, nell'ambito dei cd. *Reconstruction Amendments*, dall'entrata in vigore del XIII

* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli studi di Milano.

** Questo testo, in una versione più sintetica, è stato altresì destinato agli *Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, in corso di pubblicazione.

¹ *An Act to enforce the fifteenth amendment of the Constitution of the United States, and for other purposes*, Pub. L. 89-110, 79 Stat. 437, 6 agosto 1965.

² E.D. KATZ, *Enforcing the Fifteenth Amendment*, in M. TUSHNET, M.A. GRABER, S. LEVINSON (a cura di), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, Oxford, 2015, 372.

³ "(1) The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude. (2) The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation".

L'emendamento, approvato fra il 25 e il 26 febbraio 1869 da Camera dei Rappresentanti e Senato, ricevette la ratifica dei tre quarti degli Stati un anno dopo ed entrò in vigore dal 30 marzo 1870, v. J.M. MATHEWS, *Legislative and Judicial History of the Fifteenth Amendment*, Baltimora (MD), 1909.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897 La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line) Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche Direttore Responsabile: Prof. Sandro Staiano — Direttori: Prof.ssa Elisabetta Catelani, Prof. Claudio Panzera, Prof. Fabrizio Politi, Prof.ssa Antonella Sciortino.

Emendamento, che aboliva la schiavitù su tutto il territorio della Federazione. La necessità di ricorrere specificamente a quell'*enforcement power* previsto dalla §2 del XV Emendamento si rintraccia nella deludente prova pratica del principio in esso sancito, che era stato nei fatti largamente disatteso negli Stati ex-confederati già negli anni successivi al cd. *Hayes Compromise* (1877)⁴. A tale accordo era infatti seguito il lungo e buio periodo delle *Jim Crow laws*⁵, il cui retaggio fu superato solo per effetto del combinato disposto della giurisprudenza della Corte Suprema sulla *Equal Protection clause* di cui al XIV Emendamento⁶, dell'entrata in vigore di nuovi emendamenti alla Costituzione (es. divieto di *poll taxes* – XXIV Emendamento, 1964) e dell'approvazione del *Voting Rights Act* stesso.

L'adozione di questo *statute* mirava a sanare quel deficit nella fruizione dei diritti politici che ancora affliggeva la minoranza di colore in ampie aree del Sud del Paese, coniugando una proibizione generale del ricorso a prerequisiti o test propedeutici al riconoscimento del diritto di voto con la sottoposizione degli interventi legislativi in materia da parte di alcune selezionate giurisdizioni statali e sub-statali a una procedura di autorizzazione particolarmente rigorosa. Più precisamente, veniva in primo luogo sancita l'inammissibilità di qualsiasi disposizione che imponesse il possesso di determinate caratteristiche sociali o economiche o il superamento di prove di alfabetizzazione o analoghe per l'accesso al voto, a patto che tali previsioni fossero preordinate a denegare o limitare l'espressione del suffragio sulla base della razza (§2).

Inoltre, si disponeva nei confronti di un elevato novero di Stati, contee o altri enti decentrati l'applicazione di un meccanismo di autorizzazione facente capo all'*Attorney General* o alla Corte federale distrettuale per il *District of Columbia*. Questo sistema era preordinato a vagliare le modifiche delle procedure e dei requisiti elettorali o di altri aspetti legati all'esercizio del diritto di voto, ben potendo gli organi di cui sopra opporsi all'adozione degli interventi proposti laddove li ritenessero incompatibili con il testo del VRA (§§4(a)-5). Più specificamente, l'identificazione di quegli Stati o suddivisioni territoriali degli stessi meritevoli di tale sorveglianza rinforzata si demandava alla compresenza, da un lato, dell'accertamento da parte dello stesso vertice del *Department of Justice* della sussistenza – al mese di novembre 1964 – di previsioni relative a test o meccanismi che limitassero l'accesso al diritto di voto; dall'altro, si richiedeva altresì la constatazione – da parte del Direttore dell'Ufficio del censimento – che alla stessa data fosse registrato nelle liste elettorali meno del 50% dei cittadini potenziali elettori residenti sul territorio, oppure che meno della metà degli stessi si fosse recata alle urne per le elezioni presidenziali tenutesi nello stesso mese (§4(b)).

⁴ La locuzione indica il compromesso che sbloccò l'*impasse* derivante dal contestato risultato delle elezioni presidenziali del 1876 e in forza del quale, a fronte del riconoscimento della legittima elezione del candidato repubblicano Rutherford B. Hayes, il fronte democratico (che sosteneva invece Samuel J. Tilden) ottenne quale contropartita il ritiro delle truppe federali dal territorio degli Stati ex-confederati. A questo proposito, v. W.H. REHNQUIST, *Centennial Crisis: The Disputed Election of 1876*, New York (N.Y.), 2004.

⁵ A. DERFNER, *Racial Discrimination and the Right to Vote*, 26 *Vand. L. Rev.* 523-584 (1973), spec. 535 ss.

⁶ La tendenza al ricorso alla *Equal Protection clause* del XIV emendamento nell'ambito del contenzioso elettorale si è manifestata a partire da *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536 (1927), per poi affermarsi più diffusamente dagli anni '60, pur con qualche oscillazione nel corso dei decenni, v. G.F. FERRARI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti durante la presidenza Burger (1969-1987)*, in *Giur. Cost.*, 6, 1987, 1896-1962.

Attraverso tali previsioni legislative si intendeva innanzitutto riempire di significato la formula di principio contenuta nel XV Emendamento, così evitando il ripetersi degli abusi e discriminazioni in materia di esercizio del voto che più Stati avevano perpetrato nei decenni precedenti facendo leva sul potere a essi riconosciuto dalla cd. *Congressional Elections clause*⁷. D'altronde, lo stesso atto normativo aveva cura di specificare il significato da attribuire alla locuzione "test o meccanismi" di cui alla §4(b), indicando come andassero considerati appartenenti a tale categoria i test di alfabetizzazione (cd. *literacy tests*), i prerequisiti di istruzione, di buona condotta morale e di prova del possesso degli stessi per mezzo dell'esibizione di un apposito documento attestante lo status individuale (§4c). Peraltro, anche la previsione di requisiti di censo (*i.e.*, l'esistenza di una *poll tax*) fu contemplata fra i fattori suscettibili di limitare l'accesso al voto, tanto che all'*Attorney General* fu riconosciuta la facoltà di promuovere azioni di accertamento dell'incostituzionalità degli stessi, quando approvati in seguito al mese di novembre 1964 (§10). Si noti come, in questa circostanza, il pregiudizio avverso il requisito di accesso al voto fosse, almeno in apparenza, meno severo di quello associato agli altri meccanismi descritti sopra, come testimoniato dall'applicabilità della disposizione esclusivamente pro-futuro.

Invero, nemmeno fu permesso erigere barriere all'accesso al voto nei confronti di coloro che fossero stati istruiti in scuole americane nelle quali la lingua principale di insegnamento non fosse l'inglese (es. scuole di lingua spagnola nell'isola di Portorico) (§4e). In ogni caso, lo stesso *statute* tentava di temperare la pervasività del meccanismo di *preclearance* – previsto alla §5 – tramite l'esclusione dall'ambito di applicazione della *coverage formula* di cui alla §4b di quegli enti sul cui territorio il ricorso a meccanismi del tipo in parola fosse stato ridotto nel numero, oppure vi fosse stato prontamente posto rimedio, o se l'effetto continuativo nel tempo degli stessi fosse stato eliminato e se non vi fosse ragionevole probabilità della reintroduzione degli stessi in futuro (§4d).

La profonda intrusione da parte del legislatore federale in una materia che era stata in larga parte – e per lungo tempo – demandata alle assemblee legislative statali non fu accolta particolarmente di buon grado, come testimoniato dall'elevato numero di controversie nel cui ambito le corti federali (e, in particolare, la Corte Suprema) si sono trovate a doversi esprimere sulla legittimità delle disposizioni del *Voting Rights Act* con la Costituzione federale⁸. D'altronde, l'atto fu accolto con un certo favore da parte dell'apparato giudiziario, che ne certificò generalmente la conformità a Costituzione, precisandone altresì il perimetro degli effetti, in

⁷ Art. I, §4, cl.1, Costituzione USA "The Times, Places and Manner of holding Elections for Senators and Representatives, shall be prescribed in each State by the Legislature thereof; but the Congress may at any time by Law make or alter such Regulations, except as to the Places of chusing Senators".

⁸ Limitandosi ai primi anni di vigenza del testo, v. *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 323 (1966), in cui la Corte Suprema riconobbe la legittimità del meccanismo di *preclearance* introdotto dalla §5 nell'ambito dell'esercizio dell'*enforcement power* della §2 del XV Emendamento, applicando la teoria degli *implied powers* risalente a *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819); *Katzenbach v. Morgan*, 384 U.S. 641 (1966), ove in forza della legittimità della §4(e) furono dichiarate illegittime le leggi statali che prevedevano il prerequisito dell'abilità di leggere e scrivere in inglese per accedere al voto; *Allen v. State Board of Elections*, 393 U.S. 544 (1969), nel quale fu chiarita l'estensione della sfera di applicazione del meccanismo di *preclearance* anche alla legislazione elettorale di contorno; *Gaston County v. United States*, 395 U.S. 285 (1969), relativo al divieto di reintroduzione di *literacy tests* a fronte di dati insufficienti a provare l'inesistenza di un *disparate impact* di tali misure.

una prima fase di consolidamento e successivo aggiornamento degli effetti del medesimo⁹, che pure il legislatore federale aveva inteso garantire – almeno parzialmente – da eventuali improvvise caducazioni in sede giurisdizionale attraverso un’opportuna *severability clause* (§19). I rinnovi che si sono susseguiti negli anni e decenni successivi¹⁰ hanno consentito all’atto di evolvere nel corso del tempo, anche in chiave di reazione a interpretazioni giurisprudenziali dello stesso ritenute poco gradite al Congresso; per esempio, il legislatore federale ha ampliato la fattispecie di cui alla §2 fino a considerare altresì, in aggiunta alle discriminazioni intenzionali, quelle che cagionassero effetti discriminatori in concreto, indipendentemente dalle ragioni alla base della disciplina adottata¹¹.

Se dopo l’entrata in vigore del *Voting Rights Act* una porzione non indifferente del contenzioso in materia di esercizio dei diritti politici ha riguardato la pratica della cd. *voting dilution*, che si è sostanziata in un sindacato delle corti federali sull’ammissibilità delle pratiche di *gerrymandering* alla luce del criterio della *Equal Protection* enunciato dal XIV Emendamento¹², sarebbe tuttavia ingenuo pensare che gli ostacoli frapposti al godimento del suffragio siano al giorno d’oggi identificabili soltanto in cd. barriere di seconda generazione (ossia barriere all’accesso alla rappresentanza). Infatti, una lettura progressivamente più restrittiva dello *statute* da parte della giurisprudenza, unita a una non perfetta manutenzione da parte del legislatore federale in occasione dell’ultimo rinnovo operato, hanno fatto sì che nel corso dell’ultimo decennio l’efficacia di questo baluardo sia andata significativamente affievolendosi, pur sopravvivendo alcuni strumenti in grado di garantire un certo grado di protezione ai diritti politici individuali¹³.

La ricostruzione, necessariamente sintetica, delle tappe che hanno caratterizzato l’esistenza del *Voting Rights Act* consentirà dunque di pervenire all’analisi dei più recenti arresti

⁹ *Ibid.* Successivamente alle modifiche introdotte dal *Voting Rights Act Amendments of 1970* (Pub. L. 91-285, 84 Stat. 314), v. *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970), nel quale peraltro alcune delle modifiche introdotte furono censurate, anche alla luce di una dettagliata ricostruzione del portato della *Congressional Elections clause*; *Perkins v. Matthews*, 400 U.S. 379 (1971) e *Georgia v. United States*, 411 U.S. 526 (1973), entrambi relativi alla sfera di applicazione della §5; per uno sguardo d’insieme sulle vicissitudini giurisdizionali del *Voting Rights Act*, si rinvia a E.D. KATZ, *Enforcing the Fifteenth Amendment, op. cit.*, 372 ss.

¹⁰ *Voting Rights Act Amendments of 1970*, Pub. L. 91-285, 84 Stat. 314; *Voting Rights Act Amendments of 1975*, Pub. L. 94-74, 89 Stat. 400; *Voting Rights Act Amendments of 1982*, Pub. L. 97-205, 96 Stat. 134; *Voting Rights Language Assistance Act of 1992*, Pub. L. 102-344, 106 Stat. 921; *Fannie Lou Hamer, Rosa Parks, and Coretta Scott King Voting Rights Act Reauthorization and Amendments Act of 2006*, Pub. L. 109-246, 120 Stat. 577.

¹¹ La modifica fu indotta dalla decisione della Corte Suprema nel caso *City of Mobile v. Bolden*, 446 U.S. 55 (1980), nel quale l’elezione *at-large* – anziché per singoli distretti – dei tre commissari municipali della città in questione non fu ritenuta in violazione del XIV e del XV Emendamento nonostante gli effetti pregiudizievoli per la rappresentanza della minoranza di colore.

¹² Il primo caso in cui la Corte Suprema si è pronunciata su una controversia in materia di *apportionment* sulla base di questo parametro fu in *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962); v., a questo proposito, l’ampia trattazione in G. BOGNETTI, *Malapportionment ideale democratico e potere giudiziario nell’evoluzione costituzionale degli Stati Uniti d’America*, Milano, 1966, 77 ss. Analogamente, negli anni successivi la Corte si riferì all’*Equal Protection clause* in *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368 (1963), *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), *Mahan v. Howell*, 410 U.S. 315 (1973), *Gaffney v. Cummings*, 412 U.S. 735 (1973), così contribuendo a introdurre il criterio “one person, one vote”, che valorizza l’eguaglianza in entrata del voto. Sul tema si rinvia a R.L. HASEN, *The Benefits of Judicially Unmanageable Standards in Election Cases under the Equal Protection Clause*, 80 N.C. L. Rev. 1469-1503 (2002); critico sull’impiego di questo parametro di giudizio è M.W. MCCONNELL, *The Redistricting Cases: Original Mistakes and Current Consequences*, 24 Harv. J. L. & Pub. Pol’y 103-117 (2000).

¹³ E.D. KATZ, *Election Law’s Lochnerian Turn*, 94 B.U. L. Rev. 697-709 (2014).

giurisprudenziali in materia. Di essi si intendono esplorare gli effetti sul piano concreto in due direzioni: in primo luogo, in termini di disponibilità di strumenti residui di tutela giudiziale dei cittadini; in secondo luogo, sotto il profilo del ricorso strumentale a tali lacune ordinamentali da parte dei legislatori di alcuni Stati della Federazione finalizzato a limitare la consistenza numerica del corpo elettorale, sulla scorta di calcoli elettoralistici di convenienza per il proprio schieramento politico. Assunti tali dati di contesto, si offriranno alcune considerazioni sistematiche sull'approccio della Corte presieduta dal *Chief Justice* Roberts in materia di diritti politici e processi elettorali, nell'intento di fondare opportune ipotesi sul destino del *Voting Rights Act* negli anni a venire.

2. L'obsolescenza della *coverage formula* e l'inoperatività del meccanismo di *preclearance*

I dolori recenti che affliggono il *Voting Rights Act* vanno ricondotti principalmente al suo ultimo rinnovo, avvenuto in pieno secondo mandato del Presidente G.W. Bush. Infatti, in tale occasione la larga maggioranza¹⁴ che si espresse a favore del rinnovo dell'efficacia delle disposizioni dell'atto normativo (peraltro in un contesto di solida maggioranza repubblicana tanto al Senato quanto alla Camera dei Rappresentanti, in una non comune circostanza di *unified government*)¹⁵ tralasciò colpevolmente di interrogarsi sull'opportunità di aggiornare i requisiti di cui alla §4(b) posti alla base dell'applicabilità del meccanismo di *preclearance* della §5.

Tale omissione (o dimenticanza intenzionale, se si crede a una macchinazione del partito repubblicano volta a demolire l'impianto del VRA indirettamente, per via giurisprudenziale), aggravata dal termine molto esteso di rinnovo dell'applicabilità dell'atto (25 anni), non tardò infatti a essere identificata come l'anello debole del sistema eretto a presidio del pieno ed effettivo esercizio del diritto di voto delle minoranze. D'altronde, la Corte Suprema si trovò pochi anni dopo a doversi prodigare in un complicato esercizio di *constitutional avoidance*, risolvendo sul piano della *statutory interpretation* un caso che recava un potenziale assai lesivo per la sopravvivenza del meccanismo di *preclearance*¹⁶.

In particolare, l'ente ricorrente in questa controversia era soggetto alla sorveglianza e autorizzazione di cui alla §5 per effetto della sua sussumibilità sotto i requisiti dettati dalla *coverage formula* di cui alla §4(b). Consapevole del terreno scivoloso sul quale rischiava di andare a parare la vicenda, la Corte Suprema ritenne saggiamente di evitare di esercitare il proprio scrutinio in materia di legittimità costituzionale della disposizione in questione, come peraltro è prassi laddove le circostanze del caso lo rendano possibile¹⁷. Il caso fu infatti risolto

¹⁴ Il testo delle modifiche fu approvato con 390 voti favorevoli e solo 33 contrari dalla Camera dei Rappresentanti e all'unanimità (98-0) dal Senato.

¹⁵ Il Partito repubblicano controllava 55 dei 100 seggi del Senato e circa 230 dei 435 seggi della Camera dei Rappresentanti, oltre alla Presidenza.

¹⁶ *Northwest Austin Municipal Utility District Number One v. Holder*, 557 U.S. 193 (2009).

¹⁷ La Corte applicò cioè la cd. *constitutional avoidance doctrine*, su cui si rinvia più diffusamente a E.S. FISH, *Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy*, 114 *Mich. L. Rev.* 1275-1315 (2016); per una valutazione complessiva del ricorso a questo strumento da parte della Corte Roberts, si veda R.L. HASEN, *Constitutional Avoidance and Anti-Avoidance by the Roberts Court*, 2009 *Sup. Ct. Rev.* 181-223 (2009).

constatando come la pretesa dell'ente ricorrente fosse soddisfatta dalla possibilità di essere esentata dalla sfera di applicazione della *coverage formula*, escludendo di conseguenza l'applicabilità del meccanismo di *preclearance*, in forza del dettato della §4(a), che prevede esattamente una clausola cd. di *bail-out*.

Nonostante lo scampato pericolo, tuttavia, la decisione in *NAMUDNO v. Holder* avrebbe dovuto ragionevolmente spingere un Congresso a solida maggioranza democratica, anche sulle ali dell'entusiasmo per l'elezione di Barack Obama, a porre rimedio alle storture che la Corte Suprema aveva sottolineato con una certa chiarezza già in questa pronuncia, pur senza calare la ghigliottina della declaratoria di illegittimità costituzionale della disposizione¹⁸. Così non fu, e le conseguenze si videro quattro anni dopo, quando la Corte Suprema concesse il *certiorari* a una *facial challenge* alla §4(b), pronunciandosi nel senso di una violazione, da parte della disposizione, del principio di *equal sovereignty* degli Stati della Federazione, in una decisione adottata a stretta maggioranza (5-4) e corredata di un aspro *dissent* della componente *liberal* del collegio, capitanata da un'agguerrita Ruth Bader Ginsburg¹⁹.

In particolare, l'opinione di maggioranza del *Chief Justice* Roberts sanciva l'illegittimità costituzionale della *coverage formula* di cui alla §4(b) non tanto in sé, quanto piuttosto perché essa ometteva di tenere in considerazione il passaggio del tempo e quindi la distanza storica fra l'originaria adozione dello *statute* (1965) e l'ultimo rinnovo da parte del Congresso (2006). Trascurare la variazione delle circostanze di fatto che giustificano la sottoposizione di determinati enti al meccanismo di *preclearance*, argomentava la maggioranza, equivale a penalizzare ingiustamente quelle giurisdizioni territoriali che, nel frattempo, non presentino più caratteri tali da meritare quella forma di controllo prevista dal VRA. Ciò che esponeva tale argomentazione del *Chief Justice* alle critiche della minoranza – e non solo – era che il parametro costituzionale preso a riferimento per sancire l'illegittimità costituzionale della *coverage formula* fosse il principio di *equal sovereignty* degli Stati membri della Federazione. D'altronde, quest'ultimo non era mai stato evocato in sede di contenzioso sui processi politici ed elettorali, risalendo il suo utilizzo prevalentemente alla materia dell'eguaglianza degli Stati nell'accesso alla Federazione²⁰. Si tratterebbe, cioè, di un principio volto a evitare la discriminazione nel

¹⁸ "Past success alone, however, is not adequate justification to retain the preclearance requirements ... a departure from the fundamental principle of equal sovereignty requires a showing that a statute's disparate geographic coverage is sufficiently related to the problem that it targets ... The evil that §5 is meant to address may no longer be concentrated in the jurisdictions singled out for preclearance. The statute's coverage formula is based on data that is now more than 35 years old, and there is considerable evidence that it fails to account for current political conditions ... The Act's preclearance requirements and its coverage formula raise serious constitutional questions ...", *NAMUDNO v. Holder*, *cit.* (Slip. op., 7-9). Sull'inerzia del Congresso in questa fase, v. R. PILDES, *Online VRA symposium: The Supreme Court response to Congressional avoidance*, SCOTUSblog, 12 settembre 2012, <https://www.scotusblog.com/2012/09/online-vra-symposium-the-supreme-court-response-to-congressional-avoidance/> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022); si veda anche J. HARRIS, *The Court meant what it said in Northwest Austin*, SCOTUSblog, 25 giugno 2013, <https://www.scotusblog.com/2013/06/the-court-meant-what-it-said-in-northwest-austin/> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022).

¹⁹ *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013).

²⁰ *Coyle v. Smith*, 221 U.S. 559 (1911); *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 323 (1966). Sul ricorso al principio dell'*equal sovereignty* in *Shelby County v. D. Kow*, *An Equal Sovereignty Principle Born in Northwest Austin, Texas, Raised in Shelby County, Alabama*, 16 *Berkeley J. Afr.-Am. L. & Pol'y* 346-376 (2014); J. BLACKSHER, L. GUINIER, *Free at Last: Rejecting Equal Sovereignty and Restoring the Constitutional Right to Vote Shelby County v. Holder*, 8 *Harv. L. & Pol'y Rev.* 39-69 (2014); T.B. COLBY, *In Defense of the Equal Sovereignty Principle*, 65 *Duke L. J.* 1087-1171 (2016).

godimento delle prerogative statali da parte degli Stati già facenti parte dell'Unione a scapito dei nuovi Stati che a essa aderiscano in un momento successivo.

Peraltro, come enfaticamente sottolineato dalla stessa opinione di minoranza, asserire che non vi fosse più bisogno del meccanismo di *preclearance* in tutta una serie di giurisdizioni territoriali poiché in esse non si riscontravano più da tempo discriminazioni nel godimento del diritto di voto da parte delle minoranze equivarrebbe a chiudere un ombrello durante un temporale sul presupposto che in quel momento chi si trova sotto l'ombrello stesso non si stia bagnando²¹. Infatti, una delle tendenze più marcate nell'ambito della regolazione dei diritti politici negli USA nei primi due decenni del XXI secolo è stato proprio un tendenziale riaffacciarsi di proposte di legge (non sempre tramutatesi in atti normativi) il cui effetto, seppur non intenzionalmente dichiarato, sarebbe quello di pregiudicare in maniera sensibilmente più marcata l'accesso al voto delle persone appartenenti alle minoranze²². Senza poter affrontare in dettaglio le varie tipologie in questa sede, basti pensare alle cd. *voter identification laws*, che, nonostante cagionino effetti significativamente più incisivi sull'accesso al voto delle minoranze, sono state ritenute, almeno in determinati casi, costituzionalmente legittime dalla Corte Suprema in quanto rispondenti all'obiettivo del perseguimento di rilevanti interessi statali (nel caso di specie, la prevenzione di frodi in materia elettorale), la cui individuazione spetterebbe ai legislatori degli Stati e non al giudiziario²³.

L'effetto collaterale più dirompente della decisione nel caso *Shelby County* è stato che l'inutilizzabilità della *coverage formula* nella versione attuale ha di fatto paralizzato il meccanismo di *preclearance*, che evidentemente non può funzionare in assenza di un ambito di applicazione soggettivo. La conseguenza di questa *impasse* è stata che tutte le giurisdizioni che, per quasi cinquant'anni, si erano viste costrette a sottoporre le proprie proposte di modifica della legislazione in materia elettorale al vaglio dell'*Attorney General* o della corte distrettuale del *District of Columbia* non sono più gravate da tale obbligo e possono disciplinare le contese elettorali autonomamente, senza essere assoggettate a un regime preventivo di autorizzazione²⁴.

Volendo mettere in luce anche gli aspetti che suggeriscono come la situazione non sia irrimediabilmente compromessa sotto questo fronte, è opportuno sottolineare come la Corte Suprema non si mai spinta a dichiarare costituzionalmente illegittimo il meccanismo di *preclearance* in sé, ben potendo dunque il Congresso in futuro addivenire a un accordo sulla

²¹ "Throwing out preclearance when it has worked and is continuing to work to stop discriminatory changes is like throwing away your umbrella in a rainstorm because you are not getting wet", *Shelby County v. Holder*, *cit.* (Slip. Op., Ginsburg J., Diss. Op., 33).

²² V. l'audizione del 10 settembre 2019 dinanzi alla Sottocommissione per la Costituzione, i diritti e le libertà civili del *Judiciary Committee* della Camera dei Rappresentanti, *Evidence of current and ongoing voting discrimination*, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-116hhrg38123/html/CHRG-116hhrg38123.htm> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022); B. HAASE, *Guaranteeing the Right to Vote for Twenty-First Century America*, 43 *J. Legis.* 240-263 (2016); L. WARREN, *Voting discrimination is getting worse, not better*, *SCOTUSblog*, 18 febbraio 2021, <https://www.scotusblog.com/2021/02/voting-discrimination-is-getting-worse-not-better/> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022).

²³ *Crawford v. Marion County Board of Elections*, 553 U.S. 181 (2008).

²⁴ Sui rilevanti riflessi sul piano dell'attività normativa statale che sono conseguiti alla pronuncia in *Shelby County*, v. F. CLEMENTI, *La perdurante sfida del diritto al voto negli Stati Uniti*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2, 2022.

revisione della *coverage formula* tale da rimediare ai rilievi espressi dall'opinione del *Chief Justice Roberts* in *Shelby County* (sulle proposte di modifica del VRA, v. *infra* par. 4).

Peraltro, è opportuno segnalare come il VRA contenga in sé un possibile rimedio, per quanto limitato negli effetti e quasi totalmente negletto nella prassi. Infatti, la §3(c) dell'atto prevede un meccanismo opposto a quello di *bail-out* applicato nel caso *NAMUDNO* dalla Corte Suprema, in forza del quale una giurisdizione territoriale può essere sottoposta al meccanismo di *preclearance* per decisione di una corte federale che attesti una violazione del XIV o XV Emendamento²⁵. Il cd. meccanismo di *bail-in* è stato riesumato da uno stato di sostanziale quiescenza per effetto di una decisione di una corte distrettuale federale dello Stato della Florida in un caso riguardante modifiche alle regole statali sul voto per corrispondenza, il voto anticipato e i limiti all'attività di sollecitazione alla registrazione degli elettori da parte di organizzazioni terze²⁶. In questa controversia, il giudice adito non solo ha sancito l'illegittimità costituzionale delle modifiche introdotte per effetto della violazione di una pluralità di disposizioni costituzionali che vietano discriminazioni nel godimento e nell'esercizio del suffragio, ma si è spinto oltre²⁷. Infatti, applicando il medesimo standard di scrutinio del principale precedente in materia²⁸, la corte distrettuale ha imposto allo Stato la sottoposizione al meccanismo di *preclearance* per un periodo di dieci anni. Lungi dal volere sovrastimare il portato della decisione, che corre forti rischi di essere ribaltata in sede di impugnazione²⁹, si ritiene in ogni caso di sottolineare l'esistenza di una qualche residua vitalità del meccanismo di *preclearance*, altrimenti fatalmente caducato dalla decisione in *Shelby County* e orfano di una *coverage formula* aggiornata e applicabile in concreto.

Inoltre, a favore di chi ritenga di essere discriminato nell'esercizio dei propri diritti politici di accesso e partecipazione al voto in condizioni di parità, rimane la possibilità di ricorrere in giudizio contestando la violazione della §2 del VRA, pur se in una fase successiva e non antecedente l'entrata in vigore di una data misura. Tuttavia, è stato proprio con riferimento a quest'ultima possibilità che il quadro si è ulteriormente aggravato di recente, come si intende dare conto nel paragrafo che segue.

3. La delimitazione della sfera di applicabilità della §2

Se vi era chi riteneva che la decisione in *Shelby County* fosse solo un mattone, per quanto importante, nell'ambito di una strategia complessiva atta a depotenziare il portato del *Voting Rights Act* come era stato prima concepito e poi emendato nel corso dei decenni

²⁵ T. CRUM, *The Voting Rights Act's Secret Weapon: Pocket Trigger Litigation and Dynamic Preclearance*, 119 *Yale L.J.* 1992-2038 (2010); M. ELLEMENT, *Preclearance Without Statutory Change: Bail-In Suits Post-Shelby County*, *Yale L. & Pol'y Rev. Inter Alia*, 7 settembre 2013, https://ylpr.yale.edu/inter_alia/preclearance-without-statutory-change-bail-suits-post-shelby-county (ultimo accesso: 13 dicembre 2022).

²⁶ Florida Senate Bill 90.

²⁷ *League of Women Voters of Fla. Inc. v. Lee*, 4:21cv186-MW/MAF (N.D. Fla. Mar. 31, 2022).

²⁸ *Jeffers v. Clinton*, 740 F. Supp. 585 (E.D. Ark. 1990).

²⁹ T. CRUM, *Bailing in the Sunshine State*, *Election Law Blog*, 31 marzo 2022, <https://electionlaw-blog.org/?p=128552> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022).

precedenti³⁰, questi timori sembrano essersi realizzati con la recente pronuncia della Corte Suprema in un caso riguardante la disciplina delle procedure di voto nello Stato dell'Arizona. In particolare, nel rigettare le censure di legittimità costituzionale che pure la *Court of Appeals for the Ninth Circuit* aveva ritenuto fondate³¹, la maggioranza conservatrice della Corte, consolidatasi dopo le tre nomine dell'ex Presidente Donald Trump, ha delimitato la sfera di applicazione della §2 del VRA³², che rimaneva lo strumento prediletto per contrastare l'adozione di pratiche discriminatorie nell'accesso ed esercizio del diritto di voto, specie dopo la decisione in *Shelby County*³³.

Sotto il profilo fattuale, la controversia concreta riguardava due distinti aspetti della legislazione elettorale dell'Arizona, ritenute dai ricorrenti foriere di discriminazioni di fatto nei confronti delle minoranze razziali ed etniche residenti sul territorio dello Stato. Il primo concerne l'approccio da adottare nei confronti del voto cd. *out of precinct*, vale a dire l'esercizio del suffragio presso un seggio elettorale errato o comunque diverso da quello al quale l'elettore sia assegnato. La disciplina contestata prevede che i soggetti deputati allo scrutinio delle schede e al conteggio dei voti ritengano non validi tutti i voti di chi abbia votato in un seggio differente da quello nelle cui liste sia iscritto, escludendo tali schede dal computo dei voti non solo per le cariche a carattere locale – per le quali evidentemente gli elettori non possono votare in un seggio diverso da quello di appartenenza – ma anche con riferimento alle contese elettorali a livello dell'intero Stato, quali quelle per il Governatore o per uno dei due senatori federali dello Stato.

La seconda limitazione consiste nel divieto di ricorrere alla pratica del cd. *ballot harvesting*, cioè la raccolta e consegna del voto espresso per corrispondenza da un elettore da parte di un altro soggetto privato (diverso da un familiare, *caregiver* o pubblico ufficiale). Tale condotta viene addirittura qualificata come illecito penale grave, inquadrabile nella categoria delle cd. *felonies*.

Se sul contenuto della §2 dell'atto già si è detto nel paragrafo introduttivo (v. *supra*, par. 1), si ritiene doveroso precisare come la disposizione fu oggetto di un significativo intervento di modifica dopo che la Corte Suprema ne aveva interpretato l'ambito di applicazione oggettivo in modo ritenuto restrittivo e, perciò, insufficiente a far fronte alle cd. barriere di seconda generazione all'accesso al voto (la cd. *voting dilution*). L'introduzione di uno scrutinio che vagliasse se determinate norme relative ai processi elettorali producessero, in concreto, effetti discriminatori nei confronti delle minoranze razziali fu imperniato sul ricorso a un *totality*

³⁰ La decisione della Corte di non approfondire il tema dello standard di scrutinio dell'*enforcement power* del Congresso, che avrebbe richiesto di valutare se quanto deciso in *Boerne v. Flores* (v. *infra*, par. 4) sul XIV Emendamento si estendesse anche al XV, avrebbe potuto essere strumentale a future contestazioni di altre disposizioni del VRA, quali per esempio la §2, v. R.L. HASEN, *The curious disappearance of Boerne and the future jurisprudence of voting rights and race*, SCOTUSblog, 25 giugno 2013, <https://www.scotusblog.com/2013/06/the-curious-disappearance-of-boerne-and-the-future-jurisprudence-of-voting-rights-and-race/> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022).

³¹ *Democratic Nat. Comm. v. Hobbs*, 948 F. 3d 989, 998 (CA9 2020) (en banc).

³² *Brnovich v. Democratic National Committee*, 141 S. Ct. 2321 (2021).

³³ 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 675-705 (2014); sulle rilevanti differenze in termini procedurali fra l'applicazione della §2 e della §5 del VRA, v. N.O. STEPHANOPOULOS, *The South after Shelby County*, 2013 Sup. Ct. Rev. 55-134 (2013).

of circumstances test. Tale standard era preordinato a che fossero tenuti in considerazione tutti gli elementi di fatto che potessero incidere sulla rappresentanza di determinate fasce della popolazione residente in una certa giurisdizione territoriale³⁴.

D'altronde, nel caso *Brnovich v. DNC*, ciò che più rileva non è soltanto che l'opinione di maggioranza vergata da Justice Alito rigetti le prospettazioni dei ricorrenti sul terreno della *statutory interpretation*, così sancendo la legittimità delle rigide disposizioni statali impugnate. Infatti, la Corte in essa introduce un'interpretazione della §2 del VRA e del suo *totality of circumstances test* che rischia di precludere in molti casi il raggiungimento di quella soglia di gravità tale da far ritenere al giudice adito di trovarsi dinanzi a discriminazioni di fatto nell'accesso ed esercizio del voto del tipo proibito da questa specifica disposizione.

In particolare, pur specificando che la decisione nel caso di specie non vale a sancire condizioni tassative da applicare a ciascuna controversia che asserisca la violazione della §2 del VRA, l'opinione di maggioranza ritiene di indicare alcune linee guida agli interpreti. Infatti, argomenta Justice Alito, la Corte Suprema ha sempre interpretato in precedenza la disposizione nell'ambito di casi relativi alla materia della *voting dilution* (fattispecie relative a un presunto *racial gerrymandering* nell'*apportionment* dei collegi elettorali)³⁵. La controversia in *Brnovich v. DNC*, diversamente, riguarda regole procedurali od organizzative del voto (la maggioranza evoca quei "times, places and manner" delle consultazioni elettorali la cui disciplina è devoluta agli Stati dalla *Congressional Elections clause*, Art. I, §4, cl.1, Cost. USA). Proprio tale novità nella sfera di applicazione dei divieti di cui alla §2 spinge Alito e la componente conservatrice all'interno della Corte a diffondersi in una ricostruzione dell'interpretazione desiderabile di questa disposizione al di fuori dell'ambito delle controversie aventi a oggetto pratiche di *voting dilution*.

Dopo aver ricordato come l'emendamento allo *statute* del 1982 avesse aggiornato il divieto contenuto nel testo sì da mettere fuori legge anche quelle pratiche che avessero nei fatti l'effetto concreto di negare o limitare il diritto di voto su base razziale, inteso nel senso di alterare l'eguale opportunità dei cittadini di partecipare ai processi politici (§2(b)), la Corte rammenta come la versione del testo in vigore prescriva uno scrutinio volto a considerare l'insieme di tutte le circostanze suscettibili di incidere sull'eguale apertura del voto a (*rectius*, l'effettiva partecipazione al voto di) tutti i cittadini.

Più specificamente, Alito sottolinea come l'espressione del suffragio elettorale sia geneticamente gravata dall'assolvimento di un certo obbligo procedurale e di condotta, al quale i consociati devono in ogni caso conformarsi per poter esercitare il diritto di voto costituzionalmente riconosciuto. Pertanto, l'esistenza di un obbligo procedurale, in sé, non vale a rendere illegittima una disciplina statale, la quale va vagliata sotto il profilo della consistenza di tale obbligo, valutando se esso sia tale da imporre un gravame al godimento del diritto in termini ulteriori rispetto a quelli ordinariamente previsti dalla legge. Sulla scorta di queste osservazioni,

³⁴ *Voting Rights Act Amendments of 1982, cit.*

³⁵ *Thornburg v. Gingles*, 478 U.S. 30 (1986); *Holder v. Hall*, 512 U.S. 874 (1994); *Johnson v. De Grandy*, 512 U.S. 997 (1994); *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900 (1995); *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996); *Reno v. Bossier Parish School Board*, 520 U.S. 471 (1997); *Abrams v. Johnson*, 521 U.S. 74 (1997); *League of United Latin American Citizens v. Perry*, 548 U.S. 399 (2006).

prosegue la pronuncia, un altro criterio utile a determinare un'eventuale violazione del divieto di cui alla §2 del VRA sarebbe il grado di differenziazione delle procedure di voto adottate rispetto a quelle in vigore al momento della modifica legislativa del *Voting Rights Act* nel 1982. L'estensore della sentenza si premura di sottolineare che esse prevedevano tendenzialmente il voto di persona, riservando quello per corrispondenza a casi limitati e relativi a elettori debitamente giustificati. Sempre sotto il profilo dell'entità dell'obbligo di condotta, la diversità nell'impatto della misura fra diversi segmenti della popolazione (determinati in base all'appartenenza razziale o etnica) dovrebbe essere ponderata, sì da non sovrastimarne la portata in termini assoluti. Tali aggravii procedurali per l'esercizio del diritto di voto non dovrebbero però, prosegue Alito, essere considerati in un *vacuum*, ben dovendosi considerare, ai fini del *totality of circumstances test*, anche le altre forme di espressione del suffragio messe a disposizione ai cittadini dalla disciplina statale. In ultima istanza, la Corte ricorda altresì che il perseguimento di un fondato interesse pubblico sottostante alla legislazione statale in materia elettorale renderebbe meno vulnerabile la stessa allo scrutinio in forza della §2 del VRA³⁶.

Dopo aver fornito cinque possibili fattori da tenere in considerazione per valutare la legittimità di determinate normative statali in materia elettorale, la maggioranza ritiene altresì di aggiungere che molti degli altri criteri adottati nell'ambito del filone giurisprudenziale attinente alle controversie riguardanti la §2 non sono applicabili alla categoria a cui attiene il caso di specie, poiché non vi è identità di campo fra la *voting dilution*, da un lato, e la regolazione dell'accesso al voto, dall'altro. Alito non risparmia la polemica nei confronti della *dissenting opinion* di Justice Kagan, che egli accusa di voler rileggere la §2 nel senso di piegare il *totality of circumstances test* alla soggezione del solo scrutinio sull'esistenza di un *disparate impact* delle disposizioni impugnate. Inoltre, egli aggiunge, la lettura che la stessa opinione dissenziente dà della giustificazione in termini di *State interest* esigerebbe una *probatio quasi diabolica*, tale per cui l'interesse statale indicato non avrebbe potuto essere perseguito che tramite quella specifica misura adottata in concreto.

Nella sua corposa *dissenting opinion*, Justice Kagan ripercorre sinteticamente la storia del *Voting Rights Act*, sottolineando come questo atto di *enforcement* del XV Emendamento non sia stato sufficiente ad arrestare i tentativi di limitare l'esercizio e il pieno godimento del diritto di voto da parte delle minoranze, come testimoniato dalle varie tecniche di *voting dilution* e riconosciuto dalla giurisprudenza della stessa Corte Suprema anche in tempi recenti³⁷. La polemica sulla decisione in *Shelby County* serve alla portabandiera dell'ala *liberal* per fare luce sulla proliferazione di misure atte a limitare l'accesso alle urne che in molti degli Stati precedentemente sottoposti al meccanismo di *preclearance* sono state approvate a partire dalla data della pronuncia. L'applicabilità della §2 del VRA, argomenta Kagan, si apprezza necessariamente quando si valuta la disciplina in materia elettorale come applicata alle circostanze concrete di un dato contesto socio-economico: solo così si può valutare se l'effetto sia

³⁶ *Brnovich v. DNC*, *cit.* (Slip Op. 16-19).

³⁷ *Bartlett v. Strickland*, 556 U.S. 1 (2009); la controversia riguardava l'apparentemente inconciliabile conflitto fra il tentativo da parte dello Stato della Carolina del Nord di adottare un piano di *redistricting* lecito secondo la §2 del VRA, tramite la divisione del territorio di una singola contea in una pluralità di collegi elettorali diversi, e il divieto di frammentazione del territorio delle contee a fini di *apportionment*, contenuto nella Costituzione dello Stato (cd. *Whole County Provision*).

discriminatorio sotto il profilo razziale o etnico per quanto concerne l'opportunità di partecipare equamente ai processi politici³⁸.

L'accusa mossa dall'opinione dissenziente, in buona sostanza, è quella che la maggioranza abbia letto in modo troppo restrittivo una disposizione che ha una formulazione per sua natura ampia e generale. Anzi, l'opinione della Corte avrebbe ignorato tale linguaggio dello *statute*, introducendo dei fattori di propria creazione, pur avendo cura di specificare che si tratta di meri esempi e non di una lista tassativa. In realtà, prosegue Kagan, così facendo la maggioranza trascura le circostanze storiche che sottostanno alla redazione della §2 del VRA, che fu concepita, nella sua versione attuale, proprio per evitare che i legislatori statali o le autorità locali potessero introdurre misure discriminatorie verso le minoranze semplicemente asserendo che ciò fosse avvenuto a fini di prevenzione di pratiche fraudolente nell'ambito delle operazioni di voto³⁹.

In ultima analisi, ciò che appare interessante in questa controversia è che sia la componente *liberal* della Corte a muovere all'ala conservatrice un'accusa di interpretazione eccentrica rispetto al testo della disposizione, così ribaltando i tradizionali ruoli che nel moderno dibattito sulle teorie dell'interpretazione vedono generalmente i sostenitori della tradizione schierarsi più apertamente contro letture creative o comunque che si distacchino dal dato testuale⁴⁰.

Nell'ultimo paragrafo si intende tirare le fila di quanto illustrato, prefiggendosi di isolare alcune linee di tendenza della giurisprudenza della Corte Roberts in materia elettorale. Il fine è altresì valutare come l'approccio dell'organo di vertice del giudiziario federale sia passibile di interagire e incidere sulla tutela del diritto al suffragio in un'epoca in cui lo strumento legislativo più solido a presidio di esso appare indebolirsi sotto i colpi delle pronunce della Corte Suprema stessa.

4. Quale futuro per il *Voting Rights Act*?

Sembra trascorso ben più di un quindicennio da quando il Congresso ha prorogato, da ultimo, l'efficacia delle disposizioni del *Voting Rights Act*, eppure la lotta per garantire un eguale accesso al voto e, nei limiti del possibile, alla rappresentanza, appare attraversare una fase assai difficile. D'altronde, la Corte Roberts si era resa protagonista, già prima di queste recenti controversie, di una serie di pronunce in materia di diritti politici che sono state accolte con un certo scoramento da parte di coloro che si battono per una partecipazione al voto sempre maggiore negli Stati Uniti d'America⁴¹.

³⁸ *Brnovich v. DNC*, *cit.* (Slip. Op., Kagan J., Diss. Op., 12-20).

³⁹ T.M. BOYD, S.J. MARKMAN, *The 1982 Amendments To The Voting Rights Act: A Legislative History*, 40 *Wash. & Lee L. Rev.* 1347-1428 (1983).

⁴⁰ Di recente una simile tendenza ad ampio spettro è stata sottolineata da J.M. BALKIN, *Why Liberals and Conservatives Flipped on Judicial Restraint: Judicial Review in the Cycles of Constitutional Time*, 98 *Tex. L. Rev.* 215-264 (2019).

⁴¹ Per un bilancio del primo decennio di Presidenza Roberts sul tema delle controversie in materia elettorale si rinvia a R.L. HASEN, *Election Law's Path in the Roberts Court's First Decade: A Sharp Right Turn but with Speed Bumps and Surprising Twists*, 68 *Stan. L. Rev.* 1597-1632 (2016).

Anche se non costituiscono oggetto specifico della presente trattazione, è opportuno menzionare brevemente le pronunce in tema di partecipazione alle campagne elettorali da parte delle persone giuridiche e quelle relative alla forma più recente e insidiosa di *gerrymandering*, quello su base di appartenenza partitica⁴². Nel primo caso, la Corte Suprema è intervenuta estendendo i confini del contributo di imprese e associazioni al dibattito politico oltre la forma dei Super-PAC (*Political Action Committees*), sancendo l'incostituzionalità di limiti alle cd. *independent expenditures* (spese indirette, che non finanziano direttamente la campagna di un candidato, ma ne supportano la candidatura nella sfera pubblica). In quest'ambito, è stata la *Free Speech clause* del I Emendamento il grimaldello che ha consentito di ampliare i confini della partecipazione finanziaria di questi enti al dibattito in materia politico-elettorale⁴³.

Nel secondo caso, dopo una serie di pronunce delle corti federali distrettuali e d'appello e in seguito a una decisione della stessa Corte nel *term* precedente limitata alla sfera dell'ammissibilità⁴⁴, il collegio si è pronunciato in materia di *partisan gerrymandering*⁴⁵, chiudendo la porta alle speranze di coloro che auspicavano che i *Justices* ritenessero le dimensioni del fenomeno ormai tali da giustificare una variazione sullo spartito assai cauto che la Corte Suprema aveva dimostrato di prediligere nei decenni precedenti⁴⁶.

A onor del vero, non si può trascurare il fatto che, tanto sotto il profilo della tutela delle minoranze razziali nei casi di *voting dilution* quanto sotto quello del tentativo di sottrarre il disegno dei collegi all'abuso dei legislatori in carica, la componente progressista del collegio abbia riportato qualche significativo risultato anche sotto la Presidenza Roberts. Con riferimento alla prima circostanza, l'ala *liberal* ha riconosciuto come un illegittimo *racial gerrymander* il piano di *apportionment* dello Stato dell'Alabama, che era stato invece considerato legittimo dalle Corti inferiori alla luce di una valutazione svolta a livello aggregato statale anziché singolarmente distretto per distretto e per effetto di un inadeguato apprezzamento della predominanza del fattore razziale nel piano decennale di *redistricting*⁴⁷. Riguardo alla seconda fattispecie, la Corte si è espressa a favore del riconoscimento a ciascun singolo Stato della Federazione della facoltà di devolvere la competenza a procedere all'*apportionment* dei collegi elettorali a un soggetto diverso dalla legislatura (*i.e.* assemblea elettiva) statale, quale per esempio una commissione istituita ad hoc e composta sì da rappresentare uniformemente le istanze di entrambi i principali partiti⁴⁸.

⁴² Su cui v., in chiave ricostruttiva, S. FILIPPI, *Recenti evoluzioni nella giurisprudenza della Corte Suprema USA in materia di redistricting*, in *Diritto pubblico*, 2, 2018, 645-681.

⁴³ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). Peraltro, la Corte si conforma così al filone interpretativo che già aveva escluso la possibilità di imporre limiti ai contributi indiretti, individuali e collettivi, alle campagne elettorali (*Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976)), procedendo così a un *overruling* di *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990).

⁴⁴ *Whitford v. Gill*, 138 S. Ct. 1916 (2018).

⁴⁵ *Rucho v. Common Cause*, 139 S. Ct. 2484 (2019).

⁴⁶ *Davis v. Bandemer*, 478 U.S. 109 (1986); *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004); G.F. FERRARI, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2003/2004 e 2004/2005*, in *Giur. Cost.*, 5, 2005, 4125-4174.

⁴⁷ *Alabama Legislative Black Caucus v. Alabama*, 135 S. Ct. 1257 (2015); G. ROMEO, *La Corte Suprema degli Stati Uniti nei terms 2013/2014 e 2014/2015*, in *Giur. Cost.*, 5, 2015, 1957-1993.

⁴⁸ *Arizona State Legislature v. Arizona Independent Redistricting Commission*, 576 U.S. 787 (2015); G. ROMEO, *op. cit.*

L'indebolimento del *Voting Rights Act*, che costituisce la disciplina di rango federale più incisiva in materia elettorale, sembra quindi vanificare il tentativo di fornire al legislatore un adeguato strumentario per procedere all'*enforcement* in concreto delle garanzie contenute nel XIV e XV Emendamento. D'altronde, proprio l'estensione di questo *enforcement power* è stata messa in discussione dalla Corte Suprema, seppur con riferimento al XIV Emendamento, in un caso relativo alla libertà religiosa⁴⁹. Questa lenta ma costante opera di disgregazione del sistema di garanzie relative all'accesso al voto è integrata da un ricorso sempre più esteso a requisiti stringenti di identificazione ai seggi, che nei fatti provocano effetti discriminatori su determinate minoranze razziali, etniche o sociali; requisiti, peraltro, che la stessa Corte Suprema ha ritenuto legittimi già oltre un decennio fa, in presenza di ragionevoli interessi statali da proteggere⁵⁰.

Se i presidi avverso le cd. barriere di prima generazione sembrano scricchiolare, privando il XV Emendamento della sua efficacia in concreto, anche le garanzie offerte dal ricorso alla *Equal Protection clause* del XIV Emendamento non sembrano più solide come in passato. Infatti, quanto sopra illustrato con riferimento alla chiusura netta della Corte verso la sindacabilità delle controversie in materia di *partisan* o *political gerrymandering* confina la sfera di applicazione di questa disposizione costituzionale ai soli casi di discriminazione razziale in materia di *apportionment* dei collegi elettorali, peraltro con i limiti che si possono desumere dall'interpretazione che della §2 VRA ha dato la Corte Suprema in *Brnovich v. DNC*. Inoltre, non va trascurato il fatto che la giurisprudenza in materia di *voting dilution* si basa sull'assunto della omogeneità delle preferenze di voto degli appartenenti a determinati gruppi etnici o razziali, tali da costituire un ben identificabile *voting bloc* nell'ambito delle contese elettorali per le cariche pubbliche⁵¹. Questo dato empirico non è stato necessariamente confermato in concreto nel corso del tempo, come testimoniato anche da alcune rilevazioni in parte sorprendenti e inattese relative alle elezioni federali più recenti, per esempio sul voto di alcune comunità di cittadini di etnia ispanica che, probabilmente sulla scorta di considerazioni in materia religiosa, hanno votato meno compattamente a favore del Partito democratico e dei suoi candidati, preferendo non di rado supportare chi si presentasse sotto le insegne repubblicane⁵².

⁴⁹ *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997); la Corte Suprema, nel dichiarare la parziale illegittimità costituzionale del *Religious Freedom Restoration Act* (1993), ha sanzionato l'esercizio dell'*enforcement power* di cui alla §5 del XIV Emendamento, introducendo un test di congruenza e proporzionalità delle misure di attuazione della disposizione da parte del Congresso; C.E. KUERSCHNER, *Our Vulnerable Constitutional Rights: The Supreme Court's Restriction of Congress' Enforcement Powers in City of Boerne v. Flores*, 78 *Or. L. Rev.* 551-585 (1999); E.T. LEE, *The Trouble With City of Boerne, and Why It Matters for the Fifteenth Amendment as Well*, 90 *Denver University Law Review* 483-504 (2012).

⁵⁰ *Crawford v. Marion County Board of Elections*, *cit.*; S. DE ALTH, *ID at the Polls: Assessing the Impact of Recent State Voter ID Laws on Voter Turnout*, 3 *Harv. L. & Pol'y Rev.* 185-202 (2009); T.B. CARTER, *Post-Crawford: Were Recent Changes to State Voter ID Laws Really Necessary to Prevent Voter Fraud and Protect the Electoral Process?*, 12 *Conn. Pub. Int. L. J.* 283-323 (2013); D.M. FAHERTY, *The Post-Crawford Rise in Voter ID Laws: A Solution Still in Search of a Problem*, 66 *Me. L. Rev.* 269-290 (2013).

⁵¹ Sull'adeguatezza di questa presunzione già alcuni autori avanzavano delle riserve oltre due decenni fa, v. L. GUINIER, *[E]racing Democracy: The Voting Rights Cases*, 108 *Harv. L. Rev.* 109-137 (1994); P.S. KARLAN, D.J. LEVINSON, *Why Voting is Different*, 84 *Cal L. Rev.* 1201-1232 (1996).

⁵² Il caso degli immigrati cubani nello Stato della Florida è il più evidente, v. J.M. KROGSTAD, *Most Cuban American voters identify as Republican in 2020*, 2 ottobre 2020, <https://www.pewresearch.org/fact->

Su questo sfondo non bisogna trascurare la recente decisione della Corte Suprema di sospendere l'efficacia di una pronuncia di una corte federale distrettuale dell'Alabama, che aveva qualificato come *gerrymandering* razziale illegittimo il piano di *redistricting* adottato dallo Stato dopo il censimento del 2020. Infatti, la mappa dei collegi per l'elezione dei membri della Camera dei Rappresentanti spettanti all'Alabama era stata disegnata, coerentemente con quelle applicate nei tre decenni precedenti, così da prevedere un solo collegio a netta maggioranza afro-americana sui sette in cui il territorio statale si suddivide. Dopo aver constatato che la popolazione afro-americana costituisce circa il 27% della popolazione dello Stato, il giudice distrettuale si era pronunciato nel senso di una violazione della §2 VRA, alla luce dei criteri della giurisprudenza *Gingles*⁵³. La Corte è intervenuta nella vicenda paralizzando gli effetti della pronuncia della corte inferiore – consentendo così che le elezioni di metà mandato del novembre 2022 si tengano sulla base dell'*apportionment plan* oggetto di contestazione. L'intervento della Corte Suprema è stato peraltro criticato, anche alla luce delle modalità procedurali a cui è stato fatto ricorso (la sospensione è stata adottata nell'ambito del cd. *shadow docket*) e del riferimento al controverso *Purcell principle*⁵⁴, secondo il quale le corti devono evitare di intervenire in materia di processi politici qualora la loro decisione spieghi i propri effetti in un momento cronologicamente troppo prossimo alla celebrazione dei comizi elettorali, sì da confondere l'elettore o mettere a repentaglio la possibilità di una gestione ordinata delle operazioni elettorali⁵⁵.

La questione è stata iscritta nel *docket* della Corte, che si pronuncerà nella primavera del 2023 sulla compatibilità del piano di *redistricting* dell'Alabama con la §2 VRA. Il rischio sottostante a questa causa è che la Corte ritorni sulla questione affrontata in *Gingles* per precisare l'interpretazione della §2 VRA nel senso di vietare l'utilizzo del criterio razziale a fini di disegno dei confini dei collegi elettorali, almeno quando ciò avvenga a scapito di tutti gli altri fattori tradizionali di *apportionment*⁵⁶. Ciò infatti violerebbe, ad avviso dello Stato dell'Alabama, il portato del XIV e del XV Emendamento, poiché una tale operazione sarebbe intrinsecamente basata sulla razza quale elemento dirimente per il disegno dei collegi, con ciò perpetrando una segregazione politica di fatto della minoranza etnica, invece di incoraggiare proposte di compromesso da parte dei candidati. L'adozione di una tale interpretazione comporterebbe dunque che, pur rimanendo vigente il generale divieto di discriminazione su base razziale di cui alla §2 VRA, la disposizione non potrebbe essere letta nel senso di richiedere

[tank/2020/10/02/most-cuban-american-voters-identify-as-republican-in-2020/](https://www.tank/2020/10/02/most-cuban-american-voters-identify-as-republican-in-2020/) (ultimo accesso: 13 dicembre 2022); v. anche H.K. SONNELAND, *Chart: How U.S. Latinos Voted in the 2020 Presidential Election*, 5 novembre 2020, <https://www.as-coa.org/articles/chart-how-us-latinos-voted-2020-presidential-election> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022).

⁵³ *Merrill v. Milligan*, 2:21-cv-1530-AMM (Al. N.D.), 24 gennaio 2022.

⁵⁴ C. SHAPIRO, *The Limits of Procedure: Litigating Voting Rights in the Face of a Hostile Supreme Court*, 83 *Ohio State Law Journal Online* 111-122 (2022); 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 Online*, 3, 2022, 1667-1680.

⁵⁵ *Purcell v. Gonzales*, 549 U.S. 1 (2006); v. R.L. HASEN, *Reining in the Purcell Principle*, 43(2) *Fla. St. U. L. Rev.* 427-464 (2016).

⁵⁶ R.L. HASEN, *Oral Argument Analysis of Merrill v. Milligan: Alabama Won't Get All It Wants in Voting Rights Redistricting Case, But It May Well Get Enough*, *Election Law Blog*, 4 ottobre 2022, <https://electionlaw-blog.org/?p=132252> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022).

necessariamente la creazione di *majority-minority districts*, poiché ciò importerebbe una subordinazione dei tradizionali fattori di *redistricting* al criterio razziale, perciò configurandosi come una violazione dei principi costituzionali evocati⁵⁷.

Se si adotta l'ottica visuale dell'interpretazione delle disposizioni in questione, è curioso notare come in questa materia la maggioranza conservatrice non abbia esercitato l'usuale deferenza al dato testuale che ne caratterizza l'approccio ermeneutico, specie in materia costituzionale⁵⁸. È pur vero che, se anche l'attenzione è stata rivolta alle sorti di una specifica fonte federale di rango primario, la Corte Suprema ha fatto riferimento a parametri costituzionali per delimitarne la portata concreta, almeno nel caso *Shelby County*. Peraltro, anche in questa circostanza il riferimento normativo invocato è stato utilizzato oltre il perimetro che storicamente la giurisprudenza federale ha riconosciuto al principio dell'*equal sovereignty* degli Stati della Federazione.

Un tale (voluto) scostamento dal presunto significato originario della disposizione normativa è ancor più evidente dai canoni di *statutory interpretation* ai quali la Corte Roberts si è appellata per restringere l'altrimenti assai esteso ambito di applicazione del *Voting Rights Act*. Tale tendenza si è manifestata in particolare con l'ultima decisione nel caso *Brnovich v. DNC*, con il quale viene in buona sostanza disinnescato l'ultimo presidio contro le barriere di prima generazione all'accesso al voto, laddove paradossalmente la sfera di applicabilità della stessa disposizione alle controversie in materia di *voting dilution* e *racial gerrymandering* è rimasta, almeno fino al caso *Merrill v. Milligan*, stabile e priva di contestazioni⁵⁹.

Se quanto è avvenuto nell'ormai quasi decennio che ha seguito *Shelby County* dovesse essere esacerbato dalle conseguenze in concreto della pronuncia in *Brnovich v. DNC*, esiste un rischio concreto che il *Voting Rights Act* sopravviva in una forma mutilata e assai depotenziata rispetto a quel sicuro presidio che era stato concepito oltre mezzo secolo fa e rinforzato nel corso degli anni '80. Peraltro, non pare così improbabile che il prossimo rinnovo dello *statute* possa essere ben più sofferto, in quanto osteggiato da una certa parte dell'opinione pubblica conservatrice e dei rappresentanti e senatori eletti nelle fila del Partito repubblicano. Sintomi di tale insofferenza sono stati i fallimenti dei tentativi di modifica proposti di recente, fra i quali vale la pena menzionare il testo proposto nel 2019, approvato dalla Camera dei Rappresentanti a maggioranza democratica ma rimasto impaludato al Senato controllato dai Repubblicani⁶⁰, e quello più recente del 2021, che pure ha ottenuto un voto favorevole della Camera dei Rappresentanti ma è stato bloccato dal Senato, nel quale pure vigeva una condizione di parità fra gli schieramenti, ostaggio del *filibustering* repubblicano e

⁵⁷ L. GREENHOUSE, *John Roberts's long game. Is this the end of the Voting Rights Act?*, in *The Atlantic*, Oct. 2022 Issue, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2022/10/john-roberts-supreme-court-voting-rights-act/671239/> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022).

⁵⁸ D. GANS, *Selective originalism and selective textualism: How the Roberts court decimated the Voting Rights Act*, *SCOTUSblog*, 7 luglio 2021, <https://www.scotusblog.com/2021/07/selective-originalism-and-selective-textualism-how-the-roberts-court-decimated-the-voting-rights-act/> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022).

⁵⁹ N. STEPHANOPOULOS, *The Supreme Court showcased its 'textualist' double standard on voting rights*, 2 luglio 2021, <https://www.washingtonpost.com/opinions/2021/07/01/supreme-court-alito-voting-rights-act/> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022).

⁶⁰ H.R.4 - *Voting Rights Advancement Act of 2019*, adottato all'esito di un voto che ha ampiamente rispettato le indicazioni di partito (228-187, con il sostegno di un solo Rappresentante repubblicano).

dell'incapacità dei senatori democratici di coagulare la prescritta maggioranza di 60 voti, necessaria per adottare una *cloture motion* e procedere al voto sul testo⁶¹.

Peraltro, la sorte delle proposte di revisione o manutenzione del VRA è condivisa altresì da altri interventi legislativi atti ad ampliare la partecipazione al voto del corpo elettorale e disciplinare alcuni aspetti relativi al finanziamento delle campagne elettorali e agli abusi in materia di *apportionment* dei collegi elettorali, che non hanno superato la barriera ostruzionistica erta dai senatori repubblicani neanche in versioni modificate all'esito di tentativi di mediazione degli eletti più moderati fra i Democratici⁶². D'altronde, se le questioni in materia di processi politico-elettorali sono tendenzialmente sempre appartenute al dominio della contesa politica negli USA, una polarizzazione progressivamente più marcata dei due schieramenti principali e una minor disponibilità al compromesso sembrano gettare le basi per quella *recipe for disaster* che sarebbe l'eventualità che il Congresso decida di calare definitivamente il sipario sull'epoca del *Voting Rights Act*, riespandendo i poteri in materia degli Stati in ossequio al principio generale sancito dalla *Congressional Elections clause* dell'Art. I della Costituzione.

A questo proposito, la minaccia appare invero assai imminente alla luce della decisione della Corte Suprema di concedere il *certiorari* a una controversia relativa al ridisegno dei collegi elettorali del North Carolina e alla spettanza al giudiziario statale di un qualsivoglia ruolo di vaglio della legittimità, alla luce delle disposizioni costituzionali statali, delle scelte di *redistricting* adottate da parte della legislatura dello Stato. In *Moore v. Harper*, infatti, i *Justices* saranno chiamati a esprimersi sulla cd. *independent state legislature doctrine*⁶³, secondo la quale il riferimento della *Congressional Elections clause* al potere della legislatura di ciascuno Stato di disciplinare le modalità di elezione dei membri della Camera dei Rappresentanti escluderebbe del tutto il concorso di altri rami dell'amministrazione dello Stato alla determinazione del contenuto di un piano di *redistricting*⁶⁴. L'adozione di una tale lettura della disposizione varrebbe a escludere del tutto le corti statali dal controllo di legittimità costituzionale sull'*apportionment* dei collegi elettorali congressuali, peraltro in contraddizione con quanto segnalato nella pronuncia sul *partisan gerrymandering* in *Rucho*, che identificava precisamente nelle corti statali la sede privilegiata per la tutela avverso le pratiche di *voting dilution* a natura politica. Inoltre, una tale opzione interpretativa sarebbe anche in contrasto con quanto affermato dalla Corte nella decisione in *Arizona v. AIRC*, in cui era stato considerato legittimo l'emendamento costituzionale con cui la legislatura statale in questione si era spogliata della funzione

⁶¹ H.R.4 - *John R. Lewis Voting Rights Advancement Act of 2021*, sulla cui adozione la Camera dei Rappresentanti si è espressa favorevolmente soltanto di misura (219–212, con la defezione di un membro eletto con il Partito democratico).

⁶² H.R.1 - *For the People Act of 2021*, approvato alla Camera dei Rappresentanti con un risicato margine (220-210); il contenuto è stato ripreso, al netto di alcune concessioni, in S.2747 - *Freedom to Vote Act*, che tuttavia non ha avuto migliore fortuna.

⁶³ M.T. MORLEY, *The Independent State Legislature Doctrine*, 90 *Fordham L. Rev.* 501-560 (2021); J. MARISAM, *The Dangerous Independent State Legislature Theory*, *Michigan State Law Review* (2022), <https://ssrn.com/abstract=4041062> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022).

⁶⁴ A. HOWE, *Justices will hear case that tests power of state legislatures to set rules for federal elections*, *SCOTUSblog*, 30 giugno 2022, <https://www.scotusblog.com/2022/06/justices-will-hear-case-that-tests-power-of-state-legislatures-to-set-rules-for-federal-elections/> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022).

di disegno dei collegi elettorali, conferendo tale compito a una commissione indipendente e separata dall'assemblea elettiva statale⁶⁵.

Quale che sia la decisione della Corte Suprema nei due casi più rilevanti in materia elettorale del *term* 2022 (*Merrill v. Milligan* e *Moore v. Harper*), ciò che appare potersi concludere preliminarmente è che, parafrasando una frase attribuita a Mao Zedong, “grande è la confusione sotto il cielo, la situazione [non] è eccellente”. Se e in che termini la Corte Suprema saprà fare chiarezza a questo proposito sarà una questione assai rilevante per le future controversie in materia⁶⁶, seppur l'impressione che si ritiene di poter trarre dalla traiettoria imboccata dalla giurisprudenza della Corte Roberts è che il *Voting Rights Act*, lungi dall'aver esaurito il proprio compito, sia invece vittima del proprio successo e, in definitiva, il suo smantellamento possa nuocere significativamente alla pienezza del godimento del diritto di voto di tutti i cittadini degli Stati Uniti d'America.

⁶⁵ R.H. PILDES, *The term “Congress,” like the term “legislature,” Means Different Things in Different Constitutional Provisions*, *Election Law Blog*, 20 ottobre 2022, <https://electionlawblog.org/?p=132510> (ultimo accesso: 13 dicembre 2022). Peraltro, sul punto la Corte Suprema si era già espressa in senso conforme in *Smiley v. Holm*, 285 U.S. 355 (1932), in cui aveva riconosciuto che la *Congressional Elections clause* non ostava all'esercizio di un veto del Governatore di uno Stato su un atto legislativo in materia elettorale adottato dalla legislatura statale.

⁶⁶ R.H. PILDES, *Election Law in an Age of Distrust*, 74 *Stan. L. Rev. Online*, 100-114 (2022).