

DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

LE TENTAZIONI SCETTICHE DELLA CONSTITUTIONAL ADJUDICATION: LA CORTE SUPREMA E I DIRITTI POLITICI DOPO ALABAMA LEGISLATIVE BLACK CAUCUS V. ALABAMA

Posted on 20 Aprile 2015 by [Graziella Romeo](#)

1. - La dottrina americana segnala, ormai da tempo, la progressiva politicizzazione del sindacato di costituzionalità, sempre meno restio a indugiare sui temi che attengono ai processi politici e, in particolare, al diritto di voto. Nonostante i moniti, da ultimo presidenziali, la Corte suprema continua infatti, a rendere pronunce ad alto tasso di politicità, peraltro in una sequenza che lascia poco margine alla sedimentazione delle soluzioni tanto nel formante dottrinale quanto in quello legislativo. Così, i costituzionalisti hanno atteso la pronuncia nel caso *Alabama Legislative Black Caucus et al. v. Alabama et al.* (U.S. 545 __ (2015), App. n. 13-895, causa riunita con *Alabama Democratic Conference et al. v. Alabama et al.*, App. n. 13-1138) in tema di *gerrymandering* con la trepidazione normalmente riservata alle pronunce di portata in qualche misura epocale. Soprattutto, hanno atteso nella pressoché diffusa sensazione che il risultato fosse imprevedibile e, al più, divinabile sulla base delle affermazioni, peraltro piuttosto laconiche, dei *Justices* in occasione dell'udienza pubblica. E infatti il risultato non era affatto previsto: *Justice* Breyer riesce a coagulare il blocco *liberal* attorno ad una soluzione

narrowly tailored, che proprio per la sua natura di decisione puntualmente costruita attorno al caso di specie riesce a ottenere lo *swing vote* di Kennedy, ma, al contempo, non si candida come precedente autorevole per la soluzioni di questioni analoghe.

2. – I fatti: nel 2012, lo Stato dell'Alabama ridisegna i collegi elettorali per l'elezione tanto della Camera dei Rappresentanti, quanto del Senato federale in ottemperanza alla disposizione costituzionale (Cost. Alabama, art. IX, §§ 199-200) che impone all'Assemblea legislativa di procedere a tale ridefinizione in occasione del censimento decennale. La legge chiarisce i due obiettivi congiuntamente perseguiti: minimizzare la variazione nel numero medio della popolazione per singolo collegio, mantenendola la di sotto dell'1% ed evitare la cosiddetta retrogressione, ossia tenere invariata la percentuale di elettori appartenenti a minoranze razziali nell'ambito dei cosiddetti collegi majority-minority (i collegi elettorali nei quali la popolazione bianca non ispanica si attesta al di sotto del 50%).

Le organizzazioni degli elettori di colore e democratici (rispettivamente il Legislative Black Caucus e la Democratic Conference dello Stato dell'Alabama) adiscono la Corte di distretto contestando le due leggi che ridefiniscono i collegi elettorali sotto il profilo della violazione dell'*Equal Protection Clause* per aver lo Stato dell'Alabama impiegato il criterio dell'appartenenza razziale al fine di tracciare i confini degli *electoral districts*. La Corte rigetta però la prospettazione dei ricorrenti e ritiene che la legislazione ridisegni legittimamente i collegi elettorali. L'argomentazione poggia su ragioni formali (l'erronea presentazione degli argomenti e l'assenza di *standing to sue*) e su due ragioni di merito. Secondo la Corte distrettuale, infatti, il fattore razziale non ha rappresentato l'elemento predominante nella scelta di definire i collegi; inoltre, quand'anche l'elemento razziale fosse stato determinante, la legittimità dell'intervento legislativo è assicurata dall'esistenza di un *compelling interest* (evitare la retrogressione nei collegi majority-minority) che giustifica il ricorso al criterio dell'appartenenza razziale.

3. – La vicenda giunge dunque alla Corte Suprema in veste di appello avverso la decisione della Corte distrettuale per il Middle District of Alabama. La pronuncia, redatta da *Justice* Breyer per una maggioranza di cinque contro quattro, censura le tesi dei giudici inferiori per erronea applicazione della legge e ribalta l'esito, rimandando il caso alla Corte di prima istanza per una nuova valutazione, guidata dai principi sanciti dal Collegio.

Il *reasoning* si apre con l'analisi delle due questioni di rito, per concentrarsi poi sui profili sostanziali da ultimo menzionati. I profili formali sono parzialmente rilevanti nella decisione, ma meritano di essere sinteticamente menzionati perché in grado di "dire qualcosa" a proposito della strategia della maggioranza del Collegio.

In primo luogo, con riferimento all'erronea prospettazione degli argomenti da parte dei ricorrenti, sia la difesa statale che la Corte di distretto avevano rilevato come tale prospettazione insistesse sulla dimensione nazionale del *gerrymandering*, omettendo di provare l'effetto costituzionalmente vietato a livello di uno o più specifici collegi; la giurisprudenza sul tema è però granitica nel radicare l'analisi del *gerrymandering* sul piano di uno (o più) collegi puntualmente individuati e ritiene inammissibile la censura generica fondata su una valutazione complessiva dell'impatto elettorale della definizione dei collegi. Breyer "corregge" il tiro e rilegge le argomentazioni della parte attrice nel senso di essere votate all'identificazione di specifiche articolazioni territoriali affette da un piano comunque generalizzato e perseguito a livello statale. Anche la questione dello *standing to sue* – negato dai giudici inferiori per il fatto che né il Caucus né la Conferenza democratica avevano provato la residenza dei loro membri appellanti in uno o più dei distretti colpiti dal *gerrymandering* – è risolta attraverso un'attenta rilettura delle argomentazioni della parte attrice, alla quale sulla base di "elementary principles of fair procedure" può essere chiesto di fornire la prova della sua legittimazione ad agire nel nuovo procedimento da instaurarsi presso la Corte di distretto.

Sul piano sostanziale, l'argomentazione è più articolata. Si parte con la

valutazione sulla predominanza del fattore razziale nel ridisegnare i collegi elettorali. La *predominance*, infatti, rappresenta lo standard di scrutinio impiegato dalla Corte Suprema per il sindacato sulla definizione delle articolazioni territoriali della rappresentanza. Ad opinione dei giudici supremi, lo Stato dell'Alabama ha operato una redistribuzione dei votanti nei collegi già esistenti esclusivamente sulla base della loro appartenenza razziale. La circostanza per cui la ragione risieda per un verso nell'obiettivo di contenere al di sotto alla soglia dell'1% la variazione rispetto alla popolazione media identica per ciascun distretto elettorale e, per l'altro, nel conservare il carattere *majority-minority* dei collegi elettorali non muta la valutazione. Infatti, la finalità di equilibrare numericamente la popolazione per ciascun distretto senza alternarne la natura non rappresenta un elemento del bilanciamento tra l'impiego della razza e altri (ulteriori) fattori che abbiano determinato il *gerrymandering*. L'equilibrio è piuttosto un dato di partenza ("is part of the redistricting background", slip op., p. 15) sulla base del quale deve essere stabilita la ristrutturazione dei collegi. Al contrario, lo Stato dell'Alabama utilizza il criterio rigidamente razziale per ripopolare i distretti elettorali in modo da assicurare contestualmente i due risultati (il mantenimento di una popolazione media identica per ciascuno collegio e la conservazione della percentuale di minoranze presenti nei *majority-minority districts*). Justice Breyer non chiarisce mai le implicazioni della scelta statale, ma è chiaro che per la maggioranza l'Alabama ha inteso essenzialmente concentrare l'elettorato di colore, tendenzialmente democratico, in un numero limitato di collegi, dove peraltro aveva già la maggioranza, al fine di neutralizzarne la presenza altrove e, in particolare, nei collegi dominati dalla popolazione bianca non ispanica.

E infatti l'affondo è compiuto nell'ultima parte della motivazione in cui il giudice relatore esclude che la soluzione patrocinata dallo Stato dell'Alabama soddisfi l'altro requisito richiesto dallo scrutinio sul *gerrymandering* ossia il criterio della proporzionalità in senso stretto (cioè il carattere *narrowly tailored*) della misura adottata dal legislatore. In particolare, secondo i giudici inferiori, la decisione sulla struttura dei collegi rispondeva alla sec. 5 del Voting Rights Act del 1965, la quale

richiede per un verso che sia mantenuto “the existing number of majority-black districts” e, per l’altro, che non sia sostanzialmente ridotta la percentuale relativa di votanti afro-americani in quegli stessi distretti.

Ad avviso della Corte Suprema, i giudici di distretto hanno erroneamente interpretato la disposizione in questione, la quale non imporrebbe il mantenimento di una percentuale fissa di elettori di colore, ma richiederebbe invece che sia sempre garantita l’effettiva capacità delle minoranze di eleggere i propri candidati. L’aggancio al dato formale della conservazione della medesima percentuale di votanti afroamericani rappresenta, secondo il Collegio, un elemento puramente formale di per sé incapace di assicurare che sia rispettata l’autentica forza elettorale di una minoranza in un determinato Stato.

Nell’ultima parte della pronuncia, poi, Breyer lascia volutamente irrisolta una questione cruciale nella motivazione della sentenza della corte inferiore. I giudici distrettuali, infatti, avevano ritenuto che la finalità di evitare la cd. retrogressione nei collegi a maggioranza di colore rappresentava un *compelling interest* capace di giustificare l’utilizzo del criterio razziale. Il giudice redattore non è persuaso, ma si limita a dire che non intende affrontare la questione del se, dopo la pronuncia *Shelby County v. Holder*, possa ancora dirsi che la sec. 5 esprima un “interesse irresistibile” per l’esercizio del potere legislativo. La decisione della Corte distrettuale è viziata da un’errata interpretazione della legge e, dunque, occorre in primo luogo ripartire dal corretto inquadramento della questione di diritto, rinviando (almeno per il momento) l’analisi dal punto di vista del principio generale.

4. – La componente conservatrice della Corte si orienta in senso opposto. La *dissenting opinion* di Scalia, tuttavia, si concentra sul profilo della legittimazione ad agire in giudizio e sull’erronea prospettazione dei ricorrenti e sembra incapace di centrare il cuore della questione. Così, il tema dello scrutinio sulla pratica del *gerrymandering* è sostanzialmente evitato. Scalia si limita a ribadire una tesi alla quale è molto affezionato: la correttezza dell’argomentazione giuridica (cioè un’argomentazione giuridica di qualità) è una componente essenziale della *constitutional*

adjudication. Una causa discussa male è destinata a perdere, a prescindere dalla bontà della teoria o della tesi che essa vuole dimostrare (la tesi è ampiamente discussa nel volume di A. Scalia, B.A. Garner, *Making Your Case: the Art of Persuading Judges*, St Paul MN, Thomson-West, 2008 con riferimento al procedimento contenzioso in genere).

Thomas scrive separatamente per biasimare l'intera giurisprudenza di rilevanza costituzionale in materia di diritto di voto e *gerrymandering*. Di più, secondo Thomas è l'incongruenza della Corte Suprema a lasciare gli Stati nella difficile posizione di soddisfare esigenze diverse e contraddittoriamente ricondotte a sistema dal Collegio nel corso degli ultimi venti anni (cioè a partire da *Shaw v. Reno*, del 1993). Nell'argomentazione di Thomas risuonano le sue classiche tesi rigidamente avverse a qualsiasi intervento correttivo delle dinamiche sociali, dall'eguaglianza sostanziale del voto alle azioni affermative in genere.

5. – Sul piano della garanzia del diritto di voto, la decisione è la reazione *liberal* alla pronuncia *Shelby County v. Holder*, con cui il Collegio aveva dichiarato incostituzionale la sec. 4 del Voting Rights Act nella parte in cui sottoponeva la legislazione elettorale di alcuni Stati tradizionalmente segregazionisti (cd. *covered jurisdictions*) al controllo preventivo federale (cd. *preclearance*). Restituisce cioè al potere federale la verifica, almeno giurisdizionale, sulla normazione dei processi politici statali. Se l'obiettivo di quella sentenza, redatta dal *Chief Justice* per la maggioranza conservatrice, era liberare gli Stati dal visto del governo centrale e, soprattutto, emancipare il Sud dal marchio razzista, sancito dal Voting Rights Act, la pronuncia nel caso in commento riporta l'equilibrio lì dove la legislazione di attuazione del XIV Emendamento lo aveva fissato.

Alabama Legislative Black Caucus, infatti, realizza ciò che *Shelby County* voleva, in ultima analisi, evitare: il sindacato sulla legislazione elettorale statale condotto sulla base del criterio razziale. La vittoria delle minoranze rischia però di essere effimera, dal momento che la Corte non chiarisce almeno due punti essenziali: quali siano i confini precisi del sindacato

sulla legislazione elettorale statale e quale sia il destino dell'applicazione del Voting Rights Act, ridimensionato prima da *Shelby County* che ne sancisce la parziale illegittimità costituzionale e poi dalla pronuncia odierna che sembra escluderne l'attitudine a esprimere *compelling interest* resistenti allo scrutinio giurisdizionale.

Ma v'è di più. La narrativa di *Shelby County* si muoveva in due direzioni complementari: l'avvenuto superamento del passato segregazionista e la necessità di liberare la legislazione elettorale statale dalla "pregiudiziale razzista". La pronuncia in esame, su entrambi i profili, restituisce una narrativa diametralmente opposta.

La circostanza per cui il Collegio produce, nel breve volgere di un biennio, due sentenze intimamente contraddittorie si spiega alla luce della tendenza a evitare il sindacato di costituzionalità quando la prospettazione delle parti consente di spostare la decisione sul terreno della *statutory interpretation*. In altre parole, quando l'analisi del XIV Emendamento può essere agevolmente sostituita dall'esegesi delle disposizioni della legislazione di attuazione.

La *constitutional avoidance doctrine* è una cifra costante della Corte presieduta da Roberts; essa è la soluzione preferibilmente scelta di fronte agli *hard cases*. Così per esempio si spiega l'inserimento nell'*opinion* – presumibilmente voluto da Justice Kennedy – di una frase sul tema dello scrutinio stretto: « does not express a view on the question of whether the intentional use of race in redistricting, even in the absence of proof that traditional districting principles were subordinated to race, triggers strict scrutiny» (Slip op., p. 18-19).

La pronuncia non intende, dunque, chiarire se l'impiego del fattore razziale nella legislazione elettorale implichi di per sé l'attivazione dello scrutinio stretto. Eppure, il Collegio ha appena chiesto alla corte inferiore di operare una forma di *strict scrutiny*, circoscrivendo i termini del bilanciamento e definendone chiaramente gli oggetti. La scelta di "lasciare le questioni non decise" si accompagna dunque al consueto pragmatismo per cui la soluzione del caso guida la ricostruzione dell'argomentazione ed evita il dogmatismo quand'anche a scrivere l'*opinion* è il più "europeo" tra i

giudici del Corte (v. J. Toobin, *Without a Paddle: Can Stephen Breyer Save the Obama Agenda in the Supreme Court?*, in *The New Yorker*, 27 September 2010, 34).

Sul piano della teoria della *constitutional adjudication*, la sentenza è in grado di rivelare molte cose sugli orientamenti di fondo del Collegio. *Alabama Legislative Black Caucus v. Alabama* è l'ennesimo esercizio di minimalismo giuridico, nell'accezione proposta da Cass Sunstein . Ancora una volta la Corte Suprema ritaglia l'argomentazione giuridica attorno alle circostanze di specie, rinunciando apertamente al metodo dogmatico e lasciando *undecided* le questioni di rilevanza costituzionale sollevate dal caso.

La tentazione scettica, ovvero l'opzione per un metodo decisorio che non assume a proprio fondamento una ricostruzione dogmatica - ma che anzi evita di imporre modelli comportamentali ad adesione obbligatoria valorizzando il dato della libertà individuale -, sembra prendere il sopravvento anche quando l'inclinazione del Collegio sfiora, come direbbe Scalia, il paternalismo e biasima gli Stati per aver ancora una volta tentato di sopraffare politicamente la minoranza di colore.