

**La rilevanza ultraindividuale del *partisan gerrymandering*
nell'eterno scontro tra interessi politici diffusi e diritti individuali:
la Corte Suprema acuartierata nella *standing doctrine*?
Un commento a margine di *Gill v. Whitford* [U.S. Supreme Court, 585 U.S. __ (2018)]***

di Giuseppe Naglieri **
(6 settembre 2019)

La pronuncia della Corte Suprema nel caso *Gill v. Whitford* era attesa dall' accademia e dall' opinione pubblica con vivo fervore. Dopo anni di estenuanti nulla di fatto nelle corti federali nella lotta al *partisan gerrymandering*, le argomentazioni addotte dai ricorrenti, corroborate da uno studio di assoluto rilievo [STEPHANOPOULOS, Mc.GEE, 2015] condotto dai professori Stephanopoulos (University of Chicago) e Mc.Gee (Public Policy Institute of California) nonché la corposa ed articolata motivazione con la quale la *District Court* aveva ritenuto di accogliere le censure mosse al *redistricting plan* del Wisconsin, portavano a ritenere che la Corte Suprema avrebbe finalmente disegnato una linea di demarcazione tra una tutto sommato tollerabile forma di tornaconto politico ed una illegittima violazione del diritto di voto. Tutti i migliori auspici si infrangono però con la pubblicazione della sentenza: il caso è rimandato alla corte di primo grado, e nessuna delle questioni di diritto è risolta dalla Corte Suprema.

I. Nel Luglio 2015, William Whitford e altri undici cittadini dello Stato del Wisconsin, qualificatisi come sostenitori delle politiche del Partito Democratico e dei rispettivi candidati, ricorrono alla Corte Federale del *Western District of Wisconsin*, ai fini di ottenere, in quella sede, la dichiarazione di incostituzionalità del *Wisconsin Act 43*, un piano di redistribuzione dei collegi elettorali per l' elezione delle due camere del legislativo statale, approvato nel 2011 dalla maggioranza repubblica e a norma del quale si erano celebrati comizi elettorali nel 2012 e 2014. Difatti, benché l'Art. 4 Sez. 3 della Costituzione del Wisconsin attribuisca al legislativo statale il potere di *reapportionment* dei collegi elettorali nella prima sessione parlamentare successiva al censimento decennale, i querelanti lamentano che tale attribuzione sia stata esercitata dalla maggioranza parlamentare con il preciso e deliberato intento di consentire al partito repubblicano di conservare una posizione di vantaggio nelle future elezioni statali che si sarebbero svolte sotto la vigenza del *redistricting plan*; per raggiungere tale risultato il *Grand Old Party* (G.O.P.) avrebbe manipolato i distretti esistenti, dando vita ad un corposo e rilevantissimo fenomeno di *partisan gerrymandering* mediante l' uso coordinato di due tecniche manipolative: il *cracking* e il *packing*. La prima tecnica si esplica nell' azione di disperdere gli elettori di un partito, prima residenti in un unico collegio, in più distretti creati *ad hoc*, laddove la seconda consiste nell'azione esattamente contraria, ossia nel riunire in un unico collegio gli elettori del partito avversario, prima residenti in differenti collegi. Il risultato di una tale azione coordinata è presto detto: nei collegi oggetto di *cracking* i candidati democratici hanno ottenuto risultati assai minoritari, laddove invece nei collegi unificati questi hanno realizzato vittorie con margini di voto di gran lunga superiori alla maggioranza semplice necessaria per ottenere il seggio in una corsa elettorale bipartitica. In particolare, i ricorrenti affermano che sarebbe possibile individuare, partendo dalla somma dei voti persi (cd. *wasted votes*) dai singoli partiti in ciascun collegio, un coefficiente che possa fungere da indicatore del grado di distorsività del piano di *reapportionment* su scala nazionale [STEPHANOPOULOS, Mc.GEE, 2015, p. 850], sì da rilevare

* Scritto sottoposto a *referee*.

in che misura il partito vincitore sia stato avvantaggiato elettoralmente dal ridisegno dei collegi; mossi dall' esigenza di individuare uno standard giuridico-matematico sulla base del quale discernere i casi di *partisan gerrymandering* radicalmente incostituzionali da quelli in cui la redistribuzione —pur avendo intenti fraudolenti—non possa dirsi essere *contra constitutionem*, questi sviluppano nel ricorso la teoria dell' *efficiency gap* (d'ora innanzi *EG*), che a loro detta potrebbe rappresentare lo standard giuridico per valutare il *partisan gerrymandering* che la Corte Suprema fatica a trovare fin dai tempi di *Davis v. Bandemer* [478 US 109 (1986)]. Secondo la teoria dell'*efficiency gap* [STEPHANOPOULOS, Mc.GEE, 2015, P. 853], la somma dei *wasted votes* su scala nazionale del partito A, sottratti a quelli del partito B, e divisi per il numero totale dei votanti genererebbero un coefficiente che indica numericamente il vantaggio che ha tratto dal *redistricting plan* il partito che ha ottenuto la maggioranza dei seggi nel legislativo; il coefficiente di risulta però, tutt'altro che isolatamente considerato, dovrà porsi in relazione all' *EG* rilevato nei cicli elettorali precedenti tanto nello stato oggetto di analisi, quanto su base nazionale, ai fini di poter individuare un valore medio al di sotto del quale il vantaggio elettorale ottenuto dal partito vincitore possa considerarsi legittimo e rientrante nella normale dialettica politica. Al contrario invece, al di sopra del valore medio empiricamente individuato, il piano di redistribuzione dovrà reputarsi presuntivamente incostituzionale, giacché foriero di una distribuzione dei seggi in seno all' assemblea rappresentativa oltremodo iniqua. Tenuto pertanto conto della conformazione dello stato e dei risultati delle tornate elettorali a partire dal 1972, tanto nel *Wisconsin* quanto negli altri stati della federazione, i ricorrenti individuano il valore medio dell'*EG* al 7 per cento, circostanza che dovrebbe quindi condurre la *District Court* a sentenziare in favore dell'incostituzionalità dell'*Act 43*, giacché nelle elezioni del 2012 e del 2014 essi rilevano, rispettivamente, un *EG* pari al 13 e al 10 per cento in favore del GOP; tali indici di distorsione quindi, che hanno ben pochi precedenti nella —pur lunga— vicenda del *partisan gerrymandering* negli Stati Uniti, conterrebbero la prova tanto dell' intento fraudolento dell' *Act 43* (prova questa che peraltro emerge dalle modalità assai *sui generis* e improntate alla segretezza nell' elaborazione del *redistricting plan*) quanto del risultato radicalmente manipolativo dei principi costituzionali in materia di voto: risulterebbe lesa non solo la *equal protection clause* (e.p.c.) del XIV emendamento —giacché il *redistricting plan* ha posto un rigido impedimento all' effettività del voto di singoli cittadini sulla base della loro affiliazione politica— ma anche la libertà di associazione protetta dal primo emendamento.

I convenuti, membri della *Wisconsin Electoral Commission*, eccepiscono:

- Che conformemente al precedente statuito dalla SCOTUS in *Vieth v. Jubelirer* [541 U.S. 267, 287–88 (2004)] i casi di *partisan gerrymandering*, non essendo risolvibili mediante uno standard di facile applicazione giudiziale, vanno annoverati tra le questioni politiche e come tali sono *nonjusticiable*;

- Che in ogni caso i querelanti difettano di *standing*, ossia di un interesse concreto ed attuale a ricorrere contro l'*Act 43* giacché lamentano la lesione del diritto di voto su base statale e non per ciascun singolo collegio, per non menzionare la circostanza che solo quattro dei dodici ricorrenti lamentano di vivere effettivamente in un distretto che possa dirsi essere stato manipolato dal piano di redistribuzione repubblicano.

La Corte Distrettuale, rigettate le eccezioni dei convenuti e ritenuto di riconoscere *standing* nei ricorrenti, dichiara l'incostituzionalità dell'*Act 43*. I convenuti, conformemente alle norme sulla giurisdizione della Corte Suprema contenute in 28 U. S. C. §1253, presentano appello diretto innanzi a questa, riproponendo le doglianze eccepite in primo grado.

II. Quando il caso *Gill v. Whitford* viene ammesso nei ruoli della Corte Suprema nell'

Ottobre del 2017, tale circostanza viene salutata da molti commentatori [N.D., HARVARD LAW REVIEW, 2017] come il momento decisivo per porre definitivamente un freno al fenomeno distorsivo del *partisan gerrymandering* negli Stati Uniti, soprattutto per via delle sottili e ragionevoli argomentazioni che i ricorrenti democratici presentavano alla Corte: il *legal test* che essi propongono si compone di tre parti, e consentirebbe astrattamente al giudice investito di casi simili di decidere sulla base di uno standard tecnico assai affidabile e così sintetizzabile: a) i ricorrenti debbono provare che un *redistricting plan* sia mosso dall'intenzione di avvantaggiare un partito a danno dell'altro; b) essi debbono provare, individuando un valore-soglia dell'*efficiency gap* sulla base di analisi storiche, che l'effetto distorsivo a danno dei candidati e degli elettori del partito si sia concretizzato (con la conseguenza che un piano con un *EG* che superi il valore-soglia sarà presuntivamente incostituzionale) c) spetterà eventualmente ai resistenti rovesciare la presunzione di incostituzionalità del piano di *reapportionment* mostrando che questo era «*il necessario risultato di legittime politiche statali, ovvero era inevitabile data la geografia politica dello stato*» [WHITFORD V. GILL (CV-00421-BBC W.D. WIS. NOV. 21, 2016), P.18]. Disattendendo questa schiera di aspettative ed esulando da qualsivoglia considerazione nel merito della questione, la Corte, con decisione unanime, afferma che i ricorrenti —che lamentano in via principale la lesione del loro diritto di voto protetto dal XIV emendamento— difettano di *standing*, accogliendo così il principale argomento addotto dagli originari convenuti; nell'affermare ciò, i nove giudici riconoscono che la *District Court* ha erroneamente valutato le posizioni delle parti, annullando la sentenza di primo grado. Tuttavia, con una decisione insolita rispetto alla prassi processuale — e per questo avversata dai giudici THOMAS e GORSUCH, che dissentono— la Corte rinvia i ricorrenti innanzi alla Corte Distrettuale, dove gli viene data la facoltà di provare, con argomenti più convincenti e conformemente alla *ratio decidendi* della sentenza in oggetto, la loro *standing*.

III. Isolando il discorso attorno alla *standing doctrine*, alcune considerazioni paiono imprescindibili. Partendo dall'articolo III sez. 2 della Costituzione (in specie la cd. *cases and controversies clause*), il giudiziario federale, a partire dalla celebre sentenza *Frothingam v. Mellon* [262 US 447 (1923)] ha elaborato una complessa dottrina che restringe l'accesso alle corti affinché queste esercitino il loro potere «*in the last resort, and as a necessity*» [ALLEN V. WRIGHT, 468 US 737, 752 (1984)].

Tale dottrina, oggi pienamente incorporata nelle nuove *Rules of Federal Civil Procedure* del 2007, dopo aver vissuto un periodo di particolare ammorbidimento sotto la Corte Warren [CFR. FLAST V. COHEN, 392 US 83 (1968)] è tornata ad operare a maglie assai strette soprattutto nell'ambito del diritto dei consumatori [SPOKEO, INC. V. ROBINS, 578 U.S. ___ (2016)] e dell'ambiente [LUJAN V. DEFENDERS OF WILDLIFE, 504 US 555, 560 (1992)]. Una tale virata si deve soprattutto alle posizioni del recentemente scomparso giudice Scalia, che già prima del suo ingresso nella Corte predicava un irrigidimento dei requisiti di *standing* [SCALIA, 1983, P. 885], la quale peraltro, secondo una opinione largamente condivisa tra i giuristi più conservatori, affonda le sue radici nello stesso principio di separazione dei poteri [CFR. SCALIA, 1983, P. 891], giacché, limitando radicalmente i casi di intervento del giudiziario federale, consente da un lato la piena espansione dei giudiziari statali e dall'altro che le istanze sorte nella realtà sociale vengano portate all'attenzione del circuito politico e in specie risolte dalle due *political branches of government*.

IV. L'opinione della Corte, resa dallo stesso *Chief Justice* John Roberts, passa in rassegna dapprima i punti cardine della *standing doctrine*, per poi soffermarsi sulle peculiarità di questa con riferimento ai casi di *gerrymandering*. Il primo sforzo ricostruttivo compiuto consiste nel riepilogo dei più rilevanti casi di *partisan gerrymandering* giunti negli ultimi

cinquanta anni all'attenzione della SCOTUS. In ciascuno di questi, afferma Roberts, le questioni poste all'attenzione della Corte —e per gran parte rimaste irrisolte—sono due: a) se i casi di *partisan gerrymandering* possano essere portate all'attenzione del giudiziario federale (*wheter if those claims are justiciable*); b) quali siano i requisiti necessari per dimostrare di avere *standing* in tale specie di casi. Procedendo con ordine, in *Davis v. Bandemer* [478 US 109 (1986)] la Corte afferma per la prima volta la giustiziabilità del *partisan gerrymandering*, riconoscendo che tale pratica possa astrattamente ledere la *equal protection clause* del XIV emendamento, ma allo stesso tempo precisa che affinché sussista una tale lesione non è sufficiente la mera intenzione del partito di maggioranza di rendere difficoltoso il processo elettorale per l'avversario, ma è necessario che la disproporzionalità sia rilevante e reiterata; in *Bandemer* quindi, pur riconoscendosi che i casi di *partisan gerrymandering* non presentino le caratteristiche delle *nonjusticiable political questions*, non si giunge ad individuare uno standard di pronta applicazione per risolvere la questione e discernere i casi consentiti da quelli di abuso ingiustificato. La debolezza del precedente statuito in *Bandemer* è confermata dalla sua quasi totale disapplicazione da parte delle corti inferiori e —se si eccettua l'isolata pronuncia di incostituzionalità in *Party of North Carolina v. Martin* [1980, F.2D 943 (4TH CIR. 1992)] — esso ha avuto vita assai breve: pur non essendo stato formalmente oggetto di *overruling*, può dirsi accantonato a favore di un approccio più conservatore alla questione, avviato in *Vieth v. Jubelirer* [541 us 267 (2004)], sentenza nella quale lo stesso Justice Scalia rende l'opinione della Corte. Muovendo dalla mancanza di uno *standard* di pronta applicazione, che nessuna corte federale era riuscita ad individuare nei ben diciotto anni successivi alla pronuncia *Bandemer*, questi ritiene che le questioni di *partisan gerrymandering* debbano essere rigettate in quanto da qualificare come *political questions*, per via dell'impossibilità di rilevare «*judicially discoverable and manageable standards for resolving it*» [*NIXON V. UNITED STATES*, 506 US 224 (1993)]. In quella circostanza però, il giudice Anthony Kennedy precisa in una opinione concorrente che, nel dichiarare la natura *nonjusticiable* del *partisan gerrymandering*, la Corte dovrebbe lasciare uno spiraglio aperto per il futuro, garantendo la possibilità a futuri ricorrenti, individuati i confini giuridici —i.e. uno standard giuridico— oltre i quali la pratica assume carattere illecito, di portare casi simili all'attenzione delle corti federali.

V. Individuati i due punti focali da considerare nel giudizio di casi di *partisan gerrymandering*, la Corte precisa fin da subito che non si addentrerà nel vaglio del primo dei due requisiti —la giustiziabilità delle pretese dei ricorrenti—per dedicarsi ad argomentare il difetto di *standing*, che, pregiudicando la sua stessa giurisdizione, rende superflua qualsiasi pronuncia sulla natura della questione giuridica portata all'attenzione. Un ricorrente che agisca in giudizio in una Corte federale, afferma Roberts dopo aver richiamato i precedenti del caso, deve prima dimostrare la sua legittimazione e —segnatamente—di avere un interesse personale che sia distinto da una lamentela generalizzata circa lo stato delle cose [*BAKER V. CARR*, 369 US, 186 (1962)]. In particolare, tra i tre requisiti principali necessari per avere legittimazione ad agire (*injury-in-fact, causation e redressability*) il più rilevante ai fini di questo caso è il primo: la parte deve dimostrare di avere subito (o di stare per subire nell'imminenza) una lesione concreta e attuale, consistente nella invasione di un interesse giuridicamente protetto che sia concreto e particolareggiato, e che la riguardi personalmente [*LUJAN V. DEFENDERS OF WILDLIFE*, 504 US 555, 560 (1992)]. Il vaglio di tale requisito, ancora parafrasando il Chief Justice, assicura che le corti federali agiscano da giudici e non si addentrino nella definizione di politiche propriamente lasciate ai rappresentanti eletti [*HOLLINGSWORTH V. PERRY*, 570 US 693, 700 (2013)]. L'*injury-in-fact*, in particolare, si attaglia singolarmente ai

casi di *gerrymandering*; infatti, sebbene già a partire da *Reynolds v. Sims* [377 U.S. 533, 561 (1964)] la Corte abbia riconosciuto la natura individuale e personale del diritto di voto di un cittadino —e pertanto, conformemente alla *standing doctrine* la sua violazione legittimerebbe il ricorso al giudice— la lesione del diritto del ricorrente deve consistere nella sua penalizzazione come elettore-individuo [BAKER V. CARR, 369 US, 186 (1962), P.206], dovendo questi dimostrare che il collegio nel quale risiede sia stato oggetto di manipolazione; altrimenti detto, un ricorrente può lamentare la lesione del proprio diritto di voto a causa del *gerrymandering* solo a patto che questi risieda in uno tra i distretti oggettivamente manipolati, non potrà al contrario ricorrere avverso un *redistricting plan* se l'effetto distorsivo da questo generato non si è verificato nel suo collegio.

Tale attenzione agli specifici distretti oggetto di *packing* e *cracking* e ai soggetti individualmente lesi da tali pratiche nei singoli collegi non è, invero, presente nel ricorso e nelle memorie dei querelanti, che di contro hanno costruito il caso fondandosi sulla natura collettiva della lesione arrecata dall'Act 43, tanto che solo quattro dei dodici ricorrenti sono residenti in distretti manipolati. Ciò dimostra quanto la loro strategia processuale fosse tutta incentrata sulla proiezione su scala nazionale delle tecniche manipolative adottate, piuttosto che sulle conseguenze del *redistricting plan* sui voti del singolo distretto. E la stessa teoria dell'*efficiency gap*, cuore delle argomentazioni dei ricorrenti, pur partendo dai *wasted votes* nei singoli collegi, ha come fine ultimo quello di individuare un coefficiente di distorsione su scala nazionale. Ancora, nel corso della discussione orale innanzi alla Corte, i difensori dei ricorrenti hanno argomentato, in risposta al rilievo del difetto di *standing*, che perfino i due più celebri casi di *racial gerrymandering* decisi dalla Corte nel XX secolo, rispettivamente *Baker v. Carr* [369 US, 186 (1962)] e *Reynolds v. Sims* [377 U.S. 533, 561 (1964)] erano casi fondati su base statale, giacché in entrambi i ricorrenti lamentavano l'incostituzionalità *in toto* dei rispettivi *redistricting plans*, non già dei confini di singoli collegi oggetto di manipolazione; partendo da questa supposta identità di situazioni, secondo i ricorrenti, la loro legittimazione ad agire sarebbe indiscutibile. Per concludere, questi lamentano che il *core* della lesione arrecata all'eguaglianza del loro voto consiste proprio nelle conseguenze su scala nazionale delle singole manipolazioni operate dagli avversari collegio per collegio: attraverso l'uso coordinato delle tecniche manipolative sopra esposte, sarebbe in ultimo stato leso il loro diritto di voto nella sua dimensione collettiva, inteso come aspettativa di vedersi rappresentati in parlamento da una maggioranza del proprio partito. La Corte ribalta integralmente entrambe le tesi dei ricorrenti, lamentando l'insufficienza delle prove fornite per dimostrare la sussistenza della *standing*; innanzitutto precisa che il richiamo ai casi *Baker* e *Reynolds* è fatto dai ricorrenti con scarsa attenzione alle rispettive circostanze di fatto. Questi, afferma Roberts, confondono la lesione lamentata dalle parti con il rimedio concesso dalla Corte: in entrambi i casi i querelanti avevano provato di avere subito una lesione personale e individuale per via delle caratteristiche dei rispettivi collegi —e pertanto erano legittimati a stare in giudizio— ed è solo con l'intervento della Corte che viene dichiarata l'incostituzionalità dell'intero *redistricting plan* «poiché l'unico rimedio effettivo per riparare il diritto ad un voto eguale è sembrato essere quello di rivedere l'intera distribuzione geografica dei seggi nel legislativo» [*Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, 561 (1964)]. Ma la più rilevante deduzione che si incontra nella sentenza attiene alla natura del diritto di voto: la Corte si rifiuta di riconoscere l'esistenza di una sua dimensione collettiva, giungendo ad affermare che, essendo le pretese dei ricorrenti fondate sulla distorsione del loro voto su scala nazionale, la situazione che essi portano alla sua attenzione non consiste in un diritto fondamentale (l'eguaglianza del voto) protetto dalla *e.p.c.*, ma in un mero interesse politico generalizzato, riducibile all'aspettativa di vedersi rappresentati nel parlamento statale da una maggioranza politicamente affine. Nell'affermare ciò, e nell'esigere che i

casi di *partisan gerrymandering* siano sollevati solo con riguardo alle distorsioni occorse nei singoli collegi, la Corte disconosce la rilevanza ultraindividuale di un fenomeno così distorsivo, in una miope visione che guarda al diritto di voto del singolo come un'isola nemmeno lambita dal sistema politico. E d'altronde proprio una tale visione non consente di infliggere un colpo definitivo al *gerrymandering*: operazioni manipolative così precise, che analizzano il profilo degli elettori mediante dati aggregati e che operano una discriminazione qualitativa mirata a neutralizzare il voto di una quota del corpo elettorale per sole ragioni di affiliazione partitica, non possono che rivelarsi nella loro pienezza se non attraverso l'impiego di una prospettiva più ampia del processo elettorale e dei diritti coinvolti. Invece la Corte, ferma sui precetti della *standing doctrine*, rileva come lo stesso *efficiency gap* elaborato dai ricorrenti sia difficilmente compatibile con il presupposto dell'*injury-in-fact*: la difficoltà ai fini della legittimazione ad agire sarebbe proprio nella circostanza che l'e.g. rappresenti una misura media e non indichi l'effetto specifico che il *gerrymandering* ha avuto sul voto dei singoli cittadini. Ciò proverebbe che strumenti come l'e.g. misurano in realtà il grado di distorsività del *gerrymandering* non sui singoli voti, ma sul monte voti dei partiti politici, rendendo così di fatto indistinguibili situazioni di elettori residenti in collegi differenti. Proprio per questa ragione, afferma Roberts, il caso presentato dai ricorrenti appare più fondato sull'interesse di gruppi politici, piuttosto che su diritti fondamentali dell'individuo e il ruolo della Corte è quello di riparare questi ultimi, non i primi [cfr. *Opinion of the Court*, n. II, p. 21].

VI. Di fronte ad una tale pronuncia occorre però chiedersi se sia stata la Corte estremamente rigida nel valutare la posizione dei ricorrenti ovvero se non siano stati questi ad aver argomentato in maniera insufficiente le loro istanze. Il dubbio, invero, si fa strada leggendo la *concurring opinion* resa dal giudice Kagan e condivisa dai giudici Sotomayor, Breyer e Ginsburg; in quella sede si pone in evidenza innanzitutto che la Corte ha, conformemente ai suoi precedenti, richiesto ai ricorrenti niente più che una prova del fatto che tutti fossero residenti in distretti manipolati e questa prova, tutt'altro che diabolica, è richiesta proprio in ragione della situazione dagli stessi fatta valere: essi affermano che i voti degli elettori democratici siano stati depotenziati da pratiche di *gerrymandering*, lamentando una violazione della *equal protection clause* e la Corte in queste ipotesi ha sempre inteso la lesione isolatamente considerata, pur se comune a una pluralità di soggetti [*Gill v. Whitford*, 585 US__ (2018), Kagan concurring, n. I, p. 3], ragion per cui il ricorrente «deve provare che il valore del suo voto è stato contratto mostrando di vivere in un distretto oggetto di packing o cracking» [*Wesberry v. Sanders*, 376 US, 7 (1964)]. Tale prova, lungi dall'essere stata fornita dai ricorrenti, si è al contrario sgretolata con la deposizione del ricorrente principale, William Whitford, che è giunto ad affermare che, data la particolare conformazione del distretto dove risiede, in qualunque circostanza i repubblicani avrebbero avuto margini elettorali più ampi rispetto ai democratici [*Opinion of the Court* pp. 18-20]. Nell'opinione concorrente però, oltre a suggerire ai ricorrenti di provare con più precisione l'*injury-in-fact* (*recte*: la residenza in un collegio manipolato) per vedersi riconoscere la *standing*, il giudice Kagan prova ad esplorare una differente prospettiva tramite la quale costruire un caso vincente; rammenta infatti ai ricorrenti che già nel ricorso originario innanzi alla corte federale del Wisconsin, questi avevano invocato, oltre alla lesione della *e.p.c.*, anche quella del diritto di associazione di cui al I emendamento, senza tuttavia argomentare ulteriormente. Ebbene, a detta di Kagan, proprio l'invocazione del I emendamento, anziché del XIV, sarebbe la strada da battere per superare le strettoie della *standing doctrine*; l'idea che il *partisan gerrymandering* possa ledere la schiera di diritti e situazioni costituzionalmente protette derivanti dal diritto di associazione è invero già presente proprio nella celebre opinione concorrente resa da

Kennedy in *Vieth v. Jubeliner*, laddove questi afferma che: «la democrazia rappresentativa è oggi inimmaginabile senza la capacità dei cittadini di unire le forze per promuovere le proprie idee politiche» [541 US (2004) p. 314] e quindi «seri dubbi di violazione del primo emendamento sorgono quando uno Stato intenzionalmente assoggetta un gruppo di votanti [...] a un trattamento sfavorevole» [*ibid.*, p. 315] per via della loro «affiliazione partitica, partecipazione al processo elettorale, storia di voto, espressione di visioni politiche» [*ibid.*, p. 314-315]. Formulata così, afferma Kagan, la lesione dei diritti associativi è distinta dalla svalutazione del voto del singolo: la lesione consisterebbe, per il partito sfavorito, nell'indebolimento della sua naturale forza politica e si concretizzerebbe nella possibile difficoltà di raccogliere fondi, registrare elettori, attrarre volontari, reclutare candidati, senza contare la lesione più evidente, ossia non riuscire a implementare le proprie politiche. [cfr. *Anderson v. Celebrezze*, 460 US 780, 791-792 (1983)]. Essendo in questo caso differente il pregiudizio lamentato, differenti dovranno essere i requisiti per dimostrare di avere *standing* («*standing turns on the nature and source of the claim asserted*» cfr. *Warth v. Seldin* [422 US 490,500 (1975)] cit. in *Gill v. Whitford*, Kagan concurring, p.9) l'indagine non sarà limitata agli specifici distretti di residenza dei ricorrenti, ma anzi potrà espandersi a livello statale: la lesione del diritto di associazione che derivi da pratiche di *gerrymandering* su base statale, che sia lamentata da singoli elettori ovvero dal partito stesso, non si fonda sulla manipolazione dei confini del singolo distretto, ma sul fatto che sia stata limitata la capacità di individui con idee politiche affini di affiliarsi in un partito a livello statale per poter realizzare fini comuni [*Gill v. Whitford*, Kagan concurring, p. 10]. Proprio per tale ragione, costruendo un caso fondato sulla violazione del primo emendamento, i ricorrenti potranno rivolgersi a una corte federale senza mostrare di vivere in un distretto manipolato da un *redistricting plan* e pertanto aggirando le strettoie della *standing* che la Corte mantiene in *Whitford*.

VII. Non può negarsi, ad una attenta analisi della decisione della Corte, una sua certa rigidità nella scelta di implementare la *standing doctrine* pur in un delicato caso di *partisan gerrymandering*, senza prevedere eccezioni [CFR. *FLAST V. COHEN*, 392 US 83 (1968)] che avrebbero consentito finalmente di espandere il *judicial review* in una delle zone grigie più delicate dell'ordinamento; un tale atteggiamento meravaglia ancor di più in presenza di una decisione unanime. Ma la Corte è rimasta acquartierata nella *standing doctrine*? La brandisce nei confronti dei ricorrenti per evitare una pronuncia su una questione politicamente sensibile e tale da non essere mai stata definitivamente risolta nei passati cinquant'anni? Sulla rigida posizione assunta nella sentenza in commento debbono farsi alcune riflessioni; indubbiamente la Corte cerca di posticipare il più possibile il momento nel quale colpire definitivamente una pratica che a detta dei più è *ictu oculi* costituzionalmente illegittima, e nello spostare quel momento si serve di tutte le argomentazioni a sua disposizione. Ma è altrettanto vero che i ricorrenti, nel costruire un caso di assoluto rilievo sul piano giuridico-costituzionale, hanno commesso alcuni errori che non lo hanno fatto reggere davanti alla SCOTUS, errori sintetizzabili in:

- Aver inserito tra i ricorrenti perlopiù cittadini di distretti non direttamente toccati dal *redistricting plan*;
- Aver integralmente fondato il caso sulla lesione del XIV emendamento, accennando solo in alcuni punti, e senza argomentare, alla lesione del diritto di associazione;
- Aver insistito nel processo innanzi alla Corte Suprema sulla natura statale delle loro pretese, senza allegare la testimonianza dei quattro residenti in distretti manipolati.

Pur innanzi a questi errori di fondo, la Corte, a ben vedere, non ha inteso escludere che un nuovo caso *Whitford* possa essere in futuro accolto, giacché, contrariamente alla sua corroborata giurisprudenza [cfr. *DaimlerChrysler Corp. v. Cuno* 547 US 332, 354 (2006)]

che propende per l'annullamento senza rinvio della sentenza del giudice inferiore in mancanza di una prova della *standing* del ricorrente, ha ritenuto di disporre diversamente. Riconoscendo che quello sottopostogli non sia un caso usuale poiché concernente una questione da troppo tempo irrisolta e sulla cui natura in seno alla Corte non si è mai trovato un accordo, con un voto di 7-2 dispone il rinvio alla corte distrettuale, concedendo ai ricorrenti di provare, con altri mezzi a loro disposizione, la legittimazione ad agire in giudizio per ottenere una pronuncia di incostituzionalità definitiva.

Ad una degna chiosa ben si attagliano le parole del giudice Kagan [*Gill v. Whitford*, Kagan concurring, p. 14]: nonostante le sorti di questo rilevante caso le corti, ed in particolare la Corte Suprema, saranno di nuovo chiamate a rispondere all'endemica esigenza di regolare le distorsioni del *partisan gerrymandering*. La speranza è quella che gli stessi giudici di *Whitford* vorranno responsabilmente difendere la Costituzione contro una pratica che ne mina alla base i principi fondanti.

** Dottorando di ricerca in Principi giuridici e istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali — Università degli Studi di Bari «Aldo Moro» – SSD IUS/21 - Diritto Pubblico Comparato

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ^[1] Anderson, J.M., Politics and purpose: hide and seek in the gerrymandering thicket after *Davis v. Bandemer*, *University of Pennsylvania Law Review*, n. 136/1988;
- ^[1] Cane, P., *Responsibility in Law and Morality*, Hart Publishing, 2002;
- ^[1] Engstrom, E.J., *Partisan gerrymandering and the construction of American democracy*, The University of Michigan Press, 2013;
- ^[2] Fullerton Lemons, J., *Redistricting showdown: Should partisan gerrymandering be eliminated?* in CQ Researcher, CQ Press, n. 29/2017;
- ^[3] N.D., *Whitford v. Gill. District Court offers new standard to Hold Wisconsin redistricting scheme unconstitutional*, *Harvard Law Review*, n. 130/2017;
- ^[4] Scalia, A., *The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers*, *Suffolk University Law Review*, n. 881/983;
- ^[5] Stephanopoulos, N., Mc. Gee, E., *Gerrymandering and the Efficiency Gap*, *University of Chicago Law Review*, n. 831/ 2015;
- ^[6] Stewart, C., *State court litigation: the new war against partisan gerrymandering*, *Michigan Law Review* 116/2018;

GIURISPRUDENZA CITATA

- ^[1] U.S. Supreme Court, *Davis v. Bandemer*, 478 US 109 (1986);
- ^[1] U.S. Supreme Court, *Vieth v. Jubelirer*, 541 U.S. 267 (2004);
- ^[1] U.S. District Court for the Western District of Wisconsin, *Whitford v. Gill*, cv-00421-bbc Nov. 21 (2016);
- ^[2] U.S. Supreme Court, *Frothingam v. Mellon*, 262 US 447 (1923);
- ^[3] U.S. Supreme Court, *Allen v. Wright*, 468 US 737 (1984);
- ^[4] U.S. Supreme Court, *Flast v. Cohen*, 392 US 83 (1968);
- ^[5] U.S. Supreme Court, *Spokeo, Inc. v. Robins*, 578 U.S. ___ (2016);
- ^[6] U.S. Supreme Court, *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 US 555, 560 (1992);
- ^[7] U.S. Court of Appeal for the 4th Circuit, *Party of North Carolina v. Martin*, 980, F.2d 943 (1992);
- ^[8] U.S. Supreme Court, *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224 (1993);
- ^[9] U.S. Supreme Court, *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962)
- ^[10] U.S. Supreme Court, *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693 (2013)
- ^[11] U.S. Supreme Court, *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964)
- ^[12] U.S. Supreme Court, *Wesberry v. Sanders*, 376 U.S. 7 (1964)
- ^[13] U.S. Supreme Court, *Warth v. Seldin*, 422 U.S. 490 (1975)
- ^[14] U.S. Supreme Court, *DaimlerChrysler Corp. v. Cuno*, 547 U.S. 332 (2006)
- ^[15] U.S. Supreme Court, *Gill v. Whitford*, 585 U.S. ____ (2018)