

## STATI UNITI: “*Money must talk*”. *Citizens United v. Federal Election Commission* e la lettura *libertarian* della *freedom of speech*

di Corrado Caruso \*

Con una decisione destinata a suscitare vivaci dibattiti nel mondo politico e accademico statunitense, lo scorso 21 gennaio la Corte Suprema ha dichiarato incostituzionale l'art 441b del Federal Election Campaign Act (*FECA*, 1971), così come modificato dal Bipartisan Campaign Reform Act (2 US §441b, *BCRA* 2002). Tale norma vieta alle *corporations* e alle *unions* di utilizzare direttamente i propri fondi per finanziare *electioneering communications* via etere, via cavo e via satellite, volte a sostenere espressamente la vittoria o la sconfitta di candidati a qualsiasi ufficio federale nei trenta giorni precedenti le primarie o nei sessanta giorni antecedenti le elezioni generali. Il divieto, tuttavia, non può dirsi assoluto: la legge riconosce la possibilità di creare appositi *separated segregated funds* [*Political Action Committees (PAC)*], dotati di bilancio autonomo e sottoposti a penetranti obblighi di trasparenza nella gestione finanziaria, aventi il precipuo compito di finanziare messaggi politici in concomitanza degli appuntamenti elettorali.

La decisione trae origine dalla richiesta, proveniente dalla *no-profit corporation Citizens United* e diretta alla Corte distrettuale della Columbia, di una *preliminary injunction* volta a bloccare le azioni legali della *Federal Election Commission* in relazione al documentario *Hillary*; tale filmato, da trasmettere in *video on demand* e finanziato dalla società stessa, sottolineava l'inadeguatezza politica dell'allora candidata alle primarie presidenziali Hillary Clinton.

Di fronte al rigetto della propria domanda, la *corporation* ha proposto appello alla Corte Suprema, deducendo, in primo luogo, l'incostituzionalità dell'applicazione (*as applied constitutional challenge*) della Corte di primo grado del §441b del *BCRA*. Poiché il Codice di Regolamentazione della *FEC* [11 CFR §100.29 (a)(2)] richiede, affinché scatti il divieto legale, che il messaggio sia *publicly distributed* e ricevuto da almeno 50.000 persone nello Stato ove nei trenta giorni successivi dovranno svolgersi le primarie, a parere di *Citizens United* il documentario non rientrerebbe nella *electronering communication publicly distributed* che la disposizione vieta: la tecnica *on demand* non garantirebbe infatti la simultaneità idonea ad integrare il carattere pubblico della visione. Inoltre, il documentario avrebbe creato un rischio minore di distorsione del processo politico: secondo le argomentazioni della ricorrente la trasmissione via cavo in *video on demand* richiederebbe una serie di “interventi positivi” (*a series of affirmative steps*), tra cui la sottoscrizione dell'abbonamento, la navigazione tra i vari menu disponibili e la scelta interattiva del programma, tali da escludere una immediata ricezione da parte del pubblico. Infine, *Citizens United* ha proposto una interpretazione restrittiva capace di escludere dal divieto il messaggio elettorale commissionato da *no-profit corporations* finanziate per la maggior parte da contributi di singoli individui.

La ricorrente ha poi sostenuto l'incostituzionalità di quella parte del *BCRA* (§§ 201 e 311) che richiede precisi obblighi di *disclaimer* e *disclosure* (tra cui il nome e la causale del finanziatore del messaggio) da soddisfare nel corso della trasmissione. Secondo *Citizens United*, in particolare, i *requirements* di *disclosure* non possono essere ritenuti applicabili ai *trailers*, questi ultimi espressione di *commercial transaction purposes* in quanto tali esentati dal codice di regolamentazione della *Federal Election Commission* [11 CFR §114.15 b) (3) (II)].

La vicenda ha creato profonde divisioni in seno alla Corte Suprema: l'incostituzionalità del § 441b è stata infatti argomentata con una stretta maggioranza (5-4) in una *opinion* redatta dal

*Justice Kennedy* e nelle *concurring* dei *Justices Roberts, Scalia e Thomas*, queste ultime dirette principalmente a replicare alle obiezioni sollevate dalla opinione di minoranza del *Justice Stevens*. La Corte ha invece rigettato quasi all'unanimità (8-1, con la sola eccezione del *Justice Thomas*), e con stringate motivazioni, la questione di legittimità costituzionale relativa agli obblighi di *disclosure*. In relazione a tali disposizioni, la Corte ha riscoperto una certa attenzione alle dinamiche di formazione del consenso popolare e alle "*informed choices in the political marketplaces*"; a parere dei giudici, infatti, non solo la regolamentazione appare costituzionalmente necessaria, ma risulta essere "*a less restrictive alternative to more comprehensive regulations of speech*".

Quanto al divieto di finanziamento delle *electroneering communications*, la maggioranza della Corte rifiuta i *narrower arguments* avanzati dalla ricorrente, diretti ad ottenere un'interpretazione adeguatrice della legge. E' infatti un'argomentazione più generale che spinge i giudici a trasformare una questione di legittimità costituzionale *as applied* in una *facial constitutional challenge*: secondo la Corte, in tema di *freedom of speech* ogni interpretazione caso per caso volta ad escludere dal divieto legale singoli messaggi in ragione delle peculiarità del mezzo di diffusione o della particolare struttura della società finanziatrice potrebbe risultare arbitraria e inidonea a garantire la posizione privilegiata del *political free speech*. Quest'ultimo è infatti da considerarsi "*central to the meaning and purpose of the first amendment*"; artefice del consenso fondante l'autogoverno, esso è condizione necessaria all'esistenza di qualsiasi organizzazione democratica. La privazione del diritto di parola in base a requisiti soggettivi comporta una precisa scelta di valore da parte dello Stato: ogni intervento effettuato in ragione dell'identità dello *speaker* si traduce in una limitazione contentutistica (*content based regulation*) del messaggio che in quanto tale deve essere soggetta ad uno *strict scrutiny* da parte della Corte.

Lo *strict scrutiny* cela, in realtà, la ricognizione giudiziaria dell'operazione di bilanciamento compiuta dal legislatore: affinché la *content regulation* possa essere giustificata è necessario verificare la correttezza della scelta legislativa attraverso una duplice operazione ermeneutica, consistente, dapprima, nel previo accertamento dell'esistenza di un interesse costituzionale meritevole di protezione e, successivamente, nella verifica della proporzionalità dell'opzione normativa strumentale alla protezione del *countervalue*.

I giudici, seguendo questo implicito schema interpretativo, ritengono insussistente l'*antidistortion rationale* ricavato dalla stessa Corte nel suo precedente *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*: nel salvare la legge dello Stato del Michigan che vietava alle corporation di finanziare messaggi in prossimità delle elezioni statali, i giudici avevano sostenuto la legittimità dell'intervento legislativo perché diretto a evitare effetti distorsivi sul libero mercato delle idee da parte di "*immense aggregations of wealth*". Vent'anni dopo, la Corte non ha dubbi: il *political speech* è "*indispensable to decisionmaking in a democracy, and this is no less true because the speech comes from a corporation rather than an individual*"; sfruttando un *obiter* risalente al caso *First National Bank of Boston v. Bellotti* (1978), la Corte decide di superare il proprio precedente in quanto "*not well reasoned*" e di allontanarsi dal principio dello *stare decisis*.

La Corte ritiene invece sussistente un ulteriore interesse di rango costituzionale astrattamente capace di legittimare l'intervento federale: si tratta dell'*anticorruption rationale*, desunto in *Bucley v. Valeo* (1976) dalle norme del Federal Election Campaign Act (1971) che impongono un limite ai contributi (*contributions limits*) a favore di candidati ad uffici federali. In quell'occasione tuttavia, pur cimentandosi con successo nell'euristica del *countervalue*, la Corte non ritenne proporzionata la scelta del legislatore volta ad estendere severi limiti anche

ai contributi indiretti (*expenditures limits*): secondo le argomentazioni dell'epoca, solo un finanziamento diretto avrebbe potuto giustificare la presunzione di mercimonio tra candidato e soggetto finanziatore. Analogamente, e per quanto concerne l'attuale decisione, pur considerando l'*anticorruption rationale* meritevole di protezione, i giudici non ritengono il divieto legislativo proporzionato alla compressione della *freedom of speech*. Secondo il Justice Kennedy, la scelta delle *corporations* di finanziare un messaggio elettorale non incide sul rapporto tra rappresentante e opinione pubblica: sarà infatti sempre quest'ultima ad avere "*the ultimate influence over elected officials*".

Infine, la Corte non ritiene che dall'interesse degli azionisti contrari alla decisione della maggioranza del pacchetto azionario di finanziare messaggi elettorali (*dissenting shareholder interest*) possa derivare la legittimità costituzionale dell'opzione legislativa: a parere dei giudici, se fosse davvero questo il bene protetto, la disposizione sarebbe logicamente contraddittoria per difetto (*underinclusive*) per non avere esteso il divieto a scansioni temporali di maggior durata, e per eccesso (*overinclusive*) per non avere escluso dal divieto le *corporations* partecipate da un singolo azionista.

L'opinione di minoranza si pone invece in totale dissenso rispetto a queste argomentazioni. A ritenersi errata è, prima di tutto, la scelta di allontanarsi dallo *stare decisis*: secondo il Justice Stevens, redattore della *dissenting opinion*, l'asserita incongruità logica del precedente non è elemento sufficiente a giustificare l'operazione di *overruling*. Il principio dello *stare decisis* garantisce che la *rule of law* "*will not merely change erratically, but will develop in a principled and intelligible fashion that permits society to presume that bedrock principles are founded in the law rather than proclivities of individuals*". Non basta sostenere che il precedente sia "*not well reasoned*": validità argomentativa e grado di precettività devono essere valutate in relazione alla risalenza (*antiquity*), alla funzionalità (*workability*) della *legal rule* e al conflitto tra interessi (*interests at stake*) che il precedente ha tentato di comporre.

Inoltre, ragioni sostanziali si oppongono alla soluzione proposta dalla maggioranza: è vero che in tema di *political speech* ogni restrizione è *content based* e dunque soggetta a uno stretto scrutinio; tuttavia, la limitazione soggettiva può essere considerata *viewpoint neutral* qualora vi sia un bene di rango costituzionale da salvaguardare con riguardo alla particolare situazione di riferimento. Così, nel contesto elettorale la regolamentazione del finanziamento di messaggi politici delle *corporations* è giustificata dall'interesse dell'opinione pubblica a ricevere corrette informazioni.

Alla luce di tali considerazioni, emergono chiaramente le diverse anime che guidano l'attività della Corte Suprema: dietro al dilemma relativo all'estensione della titolarità della *freedom of speech* si celano argomentazioni e postulati incapaci di essere racchiusi nell'angusta prospettiva del diritto soggettivo. La "giurisprudenza degli interessi" tipica del giudizio costituzionale statunitense porta ad una rarefazione del diritto di libertà in principi contrapposti: in coerenza con tale premessa, ad avviso della maggioranza il divieto di finanziamento dei messaggi elettorali si pone in contrasto, più che con la semplice situazione giuridica soggettiva risultante dal testo costituzionale, con l'interesse alla apertura più ampia possibile dello spazio di discussione pubblica. Nel conflitto tra principi risulta essere postergato l'interesse ad una genuina formazione del consenso popolare che, almeno a parere della minoranza, sarebbe alterata dalla indiscriminata partecipazione di "*immense aggregations of wealth*" al mercato delle idee.

Se così è, forse non si tratta di "un duro colpo alla democrazia", come pure affermato dal Presidente Obama: a prescindere dall'esito della decisione, le *corporations* avrebbero potuto continuare a finanziare messaggi elettorali attraverso i *Political Action Committees*. Piuttosto, a volere portare il processo di astrazione logica ad estreme conseguenze, la Corte Suprema

sembra aver ricostruito l'ordinamento costituzionale seguendo più i dogmi della libertà che non il pragmatismo dell'eguaglianza.

\*Dottorando di ricerca in Diritto Costituzionale Università di Bologna, Visiting Researcher Yale Law School, Spring term 2010

Forum di Quaderni Costituzionali

For

zionali