

U.S.A.: Citizens united e il finanziamento dei partiti nel diritto americano

di Samuel Issacharoff *
(28 marzo 2010)

Per più di un secolo, l'ordinamento americano ha assicurato alle *corporations* lo status di "persone". Tale finzione si è resa necessaria per determinare in quali casi le *corporations* potessero essere ritenute giuridicamente responsabili e per individuare le leggi dei singoli stati da applicare alle loro condotte. Solo con però Citizens United le *corporations* hanno guadagnato il diritto di parola, riconosciuto dal Primo Amendamento, e di rendere dichiarazioni relative ai candidati alle elezioni. Il caso ha provocato forti scosse nel sistema legale americano, ed ha portato ad un confronto pubblico senza precedenti tra il Presidente e i Giudici della Corte durante il messaggio sullo stato dell'Unione.

In Citizens United la questione riguardava il Bipartisan Campaign Reform Act (BCRA) del 2002- noto comunemente, dal nome dei suoi relatori, come McCain-Feingold- che proibisce la trasmissione di qualsiasi messaggio finanziato da *corporations* e sindacati qualora il messaggio individui un preciso candidato ad un ufficio federale e sia trasmesso immediatamente prima le elezioni.

La costituzionalità del BCRA è stata sostenuta in modo apertamente. Nonostante il BCRA sia sopravvissuto alla questione di legittimità costituzionale risolta recentemente in *McConnel v. Fec* (2004), le argomentazioni a suo favore della sua si sono rivelati deboli. In questo settore dell'ordinamento regna ancora *Buckley v. Valeo*, del 1976. Oggetto di *Buckley* era la prima regolamentazione del finanziamento delle campagne elettorali posta in essere dopo lo scandalo del Watergate e alla sceditata presidenza di Richard Nixon. Nel 1974 il Congresso provò a limitare l' influenza corruttrice del denaro sulle elezioni federali limitando non solo i contributi diretti a candidati e partiti, ma anche restringendo l'ammontare di denaro che partiti e candidati potevano spendere.

In quell'occasione la Corte Suprema si trovò a decidere in un settore costituzionale profondamente dibattuto. Da un lato, l'impegno per l'eguaglianza che aveva guidato il diritto costituzionale americano a partire dalla Seconda guerra mondiale richiedeva l'imposizione di una qualche restrizione degli effetti distorsivi che le disparità sociali esistenti tra cittadini contribuivano a creare nel l'ambito dei condizionamenti politici. Dall'altro lato, il ben radicato legame con la libertà di espressione, protetta dal Primo Emendamento, imponeva al Governo un marcato divieto di favorire nell'arena politica determinati attori a spese di altri, anche qualora il gruppo sfavorito fosse più facoltoso e non rientrasse in una *protected class*.

Di fronte a questo dilemma costituzionale, la Corte in *Buckley* costruì una divisione salomonica tra regolazione dei contributi e limiti alle spese. I primi esempio di possibile corruzione, gli ultimi chiaro esempio di *speech* e in quanto tale protetti dal Primo Emendamento. Alla luce di *Buckley*, la legittimità delle limiti ai contributi alle campagne elettorali è stata confermata nel corso del tempo a condizione che le limitazioni fossero plausibilmente collegate o ad una ipotetica possibilità di corruzione, o anche soltanto alla pubblica percezione della corruzione. All'opposto, ogni volta che una regolazione è stata posta in essere per limitare le spese di candidati, partiti, o anche soggetti indipendenti, è stata dichiarata illegittima. Il risultato consiste in una bizzarra forma di regolazione che limita il modo con cui si può ottenere denaro, ma che lascia intatto che cosa si può fare con esso.

Per un quarto di secolo, la costituzionalità delle restrizione al finanziamento delle campagne elettorali si è dunque basata su *Buckley v. Valeo*. In genere, spendere denaro per le comunicazioni politiche era pur sempre considerato il cuore del *political speech*, e di conseguenza, costituzionalmente protetto. Il tempo tuttavia non è stato generoso con

questa distinzione; caso dopo caso la sin troppo facile distinzione tra dare e spendere denaro è implorsa. Nel passato decennio, nonostante la maggioranza della Corte abbia rigettato questa distinzione, i suoi componenti si sono a turno divisi tra chi avrebbe consentito il divieto sia delle spese che dei contributi, e chi invece avrebbe preferito proteggere entrambi.

Per sostenere la legittimità del BCRA, in *McConnel*, il caso del 2004 che ha sottolineato la correttezza costituzionale della McCain-Feingold, la Corte ha dovuto brevemente richiamare l'unico caso con cui, a partire da *Buckley*, ha dichiarato la legittimità dei limiti alle spese: si tratta della decisione del 1986 *Austin v Michigan Chamber of Commerce*, peculiare deviazione da questa serie di casi, con cui la Corte ha sovrapposto il concetto di corruzione con la nozione di distorsione delle preferenze elettorali dovuta al bombardamento mediatico sovvenzionato da elevate fonti di ricchezza che, grazie al finanziamento di comunicazioni politiche, si traducevano in *speech*, in quanto tale costituzionalmente protetto. *Austin* ha coraggiosamente provato a rivendicare un principio di eguaglianza nel finanziamento delle campagne elettorali dopo aver rinvenuto nell'effetto distorsivo creato dalle aggregazioni di ricchezza, costituite per la maggior parte da *corporations*, un tentativo di corruzione della sfera pubblica. Inevitabilmente, *Austin* ha accettato la possibilità di una regolazione del contenuto dello *speech* finalizzato alla protezione del dibattito politico, arrivando però a riconoscere un potere governativo piuttosto pericoloso per il Primo Emendamento. *Austin* è stata ora espressamente superata da *Citizens United* con una decisione criticata dai difensori della regolazione del finanziamento della campagna elettorale, ma che in effetti sorprende poco dal punto di vista della dottrina costituzionale.

La mossa radicale di *Citizens United* presuppone una ampia lettura del Primo Emendamento tale da ricomprendere i diritti delle *corporations*. La maggior parte dei casi relativi al Primo Emendamento ha tracciato una linea sottile tra gli *affirmative rights of speech* e la limitazione da parte del potere statale nei confronti di indesiderate forme di espressione. La creazione di un robusto dibattito è favorita dallo scetticismo nei confronti di qualsiasi azione statale che abbia l'intenzione di tracciare una distinzione basata sul contenuto del discorso, o peggio ancora, sul punto di vista espresso. In generale, le corti sono state inclini a restringere l'azione del governo ma allo stesso tempo piuttosto caute a conferire ai cittadini una sfrenata libertà di espressione. Al contrario, la Corte in *Citizens United* non ha mostrato tale reticenza, né nella opinione di maggioranza del Justice Kennedy, né nella più azzardata opinione concorrente del Justice Scalia. Di certo, l'estensione a a favore delle *corporations* della titolarità nei diritti stride ancor di più se si pensa che si sarebbe potuto arrivare all'illegittimità della particolare previsione del BCRA se solo si fossero sostenuti interessi statali più convincenti.

Il governo ha compiuto una scelta difficile nel difendere il divieto di trasmissione di un film la cui visione era comunque subordinata alla sottoscrizione dell'abbonamento televisivo. Avrebbe potuto sostenere, tornando ad *Austin*, che la concentrazione di ricchezza nelle mani di *corporations* e sindacati distorce il mercato politico delle idee. Con tale argomento la Corte ha sostenuto per la prima e ultima volta la legittimità del limite alle spese elettorali. Nelle memorie depositate il governo, tuttavia, ha tralasciato quest'argomentazione, implicitamente confermando così che l'idea di limitare il diritto di parola di determinati *speakers* fosse costituzionalmente illegittima.

In effetti, tre sono le reali preoccupazioni del governo, nessuna delle quali però dal grande fondamento costituzionale. In primo luogo, l'attuale sistema di finanziamento delle campagne elettorali occupa troppo tempo dei nostri rappresentanti politici, lasciando loro poco tempo per prendersi cura degli affari della nazione. In secondo luogo, determinati soggetti hanno troppo denaro e i candidati, per questo motivo, prestano loro troppa attenzione. In terzo luogo, le concentrazioni di ricchezza portano di fatto ad una distorsione del discorso politico all'interno del paese. Sfortunatamente però ognuna di

queste ragioni non consente al Congresso di stabilire per quanto tempo e chi avrebbe il diritto di intervenire nella sfera pubblica.

I dibattiti sul finanziamento delle campagne elettorali sono segnati dal timore che possa essere limitata la libertà di espressione. Per coloro che si preoccupano della regolazione governativa del dibattito, il finanziamento delle campagne dovrebbe l'ultimo settore in cui lo stato possa arrogarsi il potere di decidere quali idee siano più appropriate di altre. Tuttavia, per chi è allarmato dall'uso scorretto della ricchezza e dei correlati effetti di ineguaglianza, l'abilità dei soggetti più ricchi di attirare su di sé la pubblica attenzione e il bisogno dei politici di abbassarsi alla ricerca di fondi rappresentano una profonda macchia per la nostra democrazia.

Allo stesso tempo, però, nessuno ha ben capito come "addomesticare" il denaro in politica. Non c'è mai stato un consenso a livello nazionale sul finanziamento pubblico ai candidati, anche solo per la Presidenza, a un livello tale da liberarli dal bisogno di fondi privati. Quando il Congresso per la prima volta stabilì l'opzione del finanziamento pubblico, nelle more del Watergate, i contributi pubblici furono fissati ad una soglia pari ai due terzi dell'ammontare speso da George McGovern nel 1972, all'epoca la candidatura presidenziale meno fortunata della storia americana. In effetti, se il denaro è insufficiente, e il bisogno di spendere continua, si ha come risultato lo spostamento del flusso di denaro verso la periferia del sistema, lontano dai candidati e dai partiti. Quando la politica comincia a gravitare attorno a 527 organizzazioni, o attorno a gruppi come Citizens United, è il concetto stesso di *accountability* nei confronti dei cittadini elettori che si perde. I cittadini possono decidere di votare contro i candidati o i partiti che ricevono denaro da fonti disonorevoli. Al contrario, altri attori diversi da questi ultimi fluttuano attorno al sistema politico, spesso avvelenando il dibattito pubblico, senza essere legati da alcun legame di responsabilità.

Tuttavia, Citizens United non rappresenta l'ultima parola della discussione. Forse l'anomalia di Citizens United sta proprio nel trionfo dei diritti delle *corporations* senza che queste le avessero mai veramente reclamati. Nessuna *corporation* ha depositato memorie durante lo svolgimento del caso; la sola *Chamber of Commerce* (la confindustria statunitense, N.d.T.) ha richiamato a sostegno delle proprie argomentazioni il Primo Emendamento. Negli stati dove il contributo delle *corporations* al finanziamento delle campagne elettorali statali è legale (circa la metà del totale), la prova che via sia una urgente volontà di minare il risultato elettorale con finanziamenti provenienti da *corporations* è scarsa. Per esempio, uno studio relativo alla California nel periodo 2001-2006 ha rivelato che tra i dieci maggiori finanziatori delle campagne, non c'era un solo *corporate interest*. Vi erano due soggetti piuttosto benestanti tra i dieci, che finanziavano un amico che si presentava come candidato Governatore, ma i restanti non erano che tribù indiane o sindacati del pubblico impiego. Una volta calcolato il totale dei contributi relativi a quel periodo, l'ammontare speso dai sindacati del pubblico impiego risultava doppio rispetto alla somma proveniente da fonti societarie.

Le *corporations* non si curano di parlare con una sola voce e non hanno l'abitudine di unire le proprie forze con i rivali in affari. Di conseguenza, non sono in grado di creare un'azione collettiva capace di tradursi in una partecipazione generalizzata al processo elettorale. Per esempio, all'inizio del 2010, in Oregon, i datori di lavoro hanno dichiarato lo stato di agitazione per una proposta di un incremento della tassa sul costo del lavoro, designata dallo stato per compensare il deficit di bilancio. Le *corporations* hanno contribuito alla campagna per votare contro tale iniziativa, ma ancora una volta sono state abbondantemente superate nella somma dei finanziamenti dai sindacati.

Le uniche società che vogliono esercitare il proprio diritto di parola durante le elezioni risultano essere o le organizzazioni di matrice ideologica, che infatti hanno dato origine alla giurisprudenza sul finanziamento delle campagne elettorali (ad esempio Massachusetts Citizens for Life, Wisconsin Right to Life), oppure le compagnie

dall'azionariato ristretto, comprese quelle società quotate in borsa ma ancora di appartenenza della famiglia fondatrice (ad es. Wal-Mart). Ci sono naturalmente delle eccezioni nelle elezioni locali, o nelle elezioni dei giudici, da considerarsi però più il prodotto di interessi occasionali che di una pratica di lungo termine, diretta ad uno stabile coinvolgimento politico.

Per la maggior parte delle *corporations*, le elezioni sono eventi noiosi che rappresentano un settore povero per la soddisfazione dei propri interessi. I PACs (*political action committees*), sovvenzionati con contributi individuali, costituiscono un modo per dimostrare l'appoggio ai candidati senza aprire il cuore finanziario della società a "famelici" soggetti politici. Per sostenere i propri interessi direttamente, l'attività lobbistica è un mezzo più efficace, e l'ammontare della somma che viene spesa nell'attività lobbistica piuttosto che nel finanziamento delle campagne elettorali (anche negli Stati che consentono contributi diretti) dimostra che le *corporations* come l'obiettivo di assicurarsi un Governo accondiscendente sia meglio realizzato nell'arena legislativa piuttosto che in quella elettorale.

In seguito a *Citizens United*, le proposte di riforma abbondano. La maggior parte di esse ha come obiettivo la regolazione della capacità delle società di intervenire nel dibattito pubblico tramite il denaro degli azionisti; tale proposta costituisce una variante della questione relativa alla separazione tra gestione e controllo nelle *corporations*. Nonostante quest'ultimo rappresenta potenzialmente un problema, è poco probabile che le *corporations* entrino nell'arena politica contro gli interessi dei propri azionisti.

Invece di provare ad individuare un interesse nella protezione degli azionisti (ipotesi tentata ma fatta fallire dalla Suprema Corte in *Citizens United*), è tempo di tornare al nocciolo della tanto vituperata *Buckley v. Valeo*. Forse il problema è proprio la corruzione, non intesa come influenza, sempre piuttosto esteso, del denaro sulle idee, quanto piuttosto nel vecchio e lato senso di cattivo uso del potere governativo. Una delle ragioni per cui le *corporations* non rivendicano più libertà nel sovvenzionare le campagne elettorali consiste nel fatto che spesso queste ultime non hanno nessuna volontà di contribuirvi, essendo invece indotte dai politici al finanziamento attraverso la tacita minaccia che i contributi in denaro siano una sorta di *pay-to-play* necessario per essere parte di contratti governativi o comunque destinatarie di altri *benefits* legislativi. Questo scambio, seppur difficile da provare secondo lo schema classico della corruzione *quid pro quo*, rappresenta una profonda alterazione delle relazioni con il Governo, e sottolinea la grande preoccupazione etica suscitata dall'attività lobbistica, dai poco chiari rapporti tra Governo e industrie che operano in regime di concessione e dai potenzialmente estesi finanziamenti alle campagne elettorali.

Se ciò che si teme è questo scambio forzato volto all'ottenimento di un trattamento preferenziale, il rimedio non consiste tanto nella protezione degli azionisti, nonostante quest'ultimo argomento possa, per certi aspetti, apparire oggi risolutivo. Un modello da proporre, già sperimentato costituzionalmente, può essere rappresentato dall'Hatch Act, che impone una serie di restrizioni alle attività politiche compiute dai pubblici impiegati. Un divieto creato sulla falsa riga dell'Hatch Act consentirebbe infatti di evitare che le imprese pubbliche concessionarie o comunque beneficiarie di sussidi federali utilizzino fondi elargiti dalle istituzioni al fine di influenzare l'esito elettorale di chi si trova a distribuire questi benefici. Certo, la costruzione di una simile barriera richiederebbe grande precisione, ma riuscirebbe ad allentare l'intreccio la promiscuità tra politici e interessi particolari. Se l'obiettivo è "ripulire" la politica, allora i mezzi dovrebbero essere rapportati ai fini.

* Reiss Professor of Constitutional Law, New York University School of Law (traduzione a cura di Corrado Caruso)