



MONICA YOUN, *“Money, Politics and the Constitution. Beyond Citizens United”*, The Century Foundation Press, Brennan Center for Justice at NYU School of Law, New York, 2011, pp. 279.

A più di trent’anni di distanza dalla pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti d’America sul *Buckley v. Valeo* case, il Brennan Center for Justice della NYU School of Law e la Century Foundation tornano a discutere, con questa raccolta di saggi, dell’annoso problema del finanziamento delle campagne elettorali, in occasione della recente sentenza della Corte Suprema *Citizens United v. Federal Election Commission*. Allora come oggi, la Corte ha stabilito alcuni criteri per la definizione del cosiddetto *electoral spending*, toccando in questo senso più di un profilo di costituzionalità.

Questa raccolta di saggi, alcuni dei quali ripresi da altre pubblicazioni e qui riadattati, ha lo scopo specifico di organizzare la dottrina che si oppone alla giurisprudenza della Corte Suprema la quale, con le succitate sentenze, non ha fatto altro che estendere il concetto di libertà di espressione in senso solamente astratto, riducendo in realtà il peso dei *competitors* più deboli alle *public elections*. Il Brennan Center punta proprio a creare un movimento che coinvolga accademici e giuristi di ogni livello al fine di risollevarne il concetto di democrazia: *“we must build a new jurisprudential movement, one that advances a vision of the Constitution as a charter for a vibrant democracy”* (pag. xii).

Il volume si divide in quattro parti, le prime tre composte da tre saggi, l’ultima da due. Nella prima parte si esplora il cosiddetto concetto di *“electoral exceptionalism”*. Secondo tale concezione, le elezioni politiche sono viste come un campo dei *First Amendment fundamentals* del tutto eccezionale e pertanto passibile di una regolazione diversa rispetto alla sfera del più ampio *public discourse* (spesso individuato come il campo per eccellenza dei *First Amendment values* – mentre una parte della dottrina tende addirittura a sovrapporre le due cose). Nel primo saggio di questa prima parte, intitolato *“Campaign Finance Regulation and First Amendment Fundamentals”*,

Robert Post pone in essere una distinzione fondamentale, quella tra “coverage” e “protection”. Esse possono essere considerate come le due lenti di ingrandimento mediante le quali analizzare il Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti: la dottrina che guarda sotto la lente della *coverage* tende a sviluppare una teoria che mette in rilievo i limiti di “estensibilità” del Primo Emendamento, mentre attraverso la lente della *protection* si evidenziano i limiti di “applicabilità” dello stesso o, meglio, la dottrina della seconda lente stabilisce quando e se il Primo Emendamento è passibile di applicabilità (“*whether particular regulations should or should not survive the scrutiny of First Amendment tests*”, pag. 11).

La questione dei limiti di estensibilità e di applicabilità è al cuore del più generico dibattito sul rapporto tra denaro e politica e più in particolare, “*whether money constitutes speech for the purposes of the First Amendment*” (pag. 11). Sul fronte della dottrina della *coverage*, i giudici della Corte Suprema Hugo Black e William Douglas, insieme al Professor Thomas Emerson, hanno posto una distinzione tra “speech” e “conduct”: per *speech* si intende la comunicazione di un particolare messaggio che ha una obiettiva probabilità di essere recepito. Il Primo Emendamento, secondo tale distinzione, copre interamente lo *speech* il quale, in tal modo, non è passibile di limitazioni da parte del legislatore a differenza della *conduct* che è invece slegata dai valori del Primo Emendamento. La definizione di “speech” così come appena delineata è stata accolta con favore dalla Corte Suprema nella sentenza *Spence v. Washington*, anche se Robert Post crede che tale criterio di interpretazione dei valori del Primo Emendamento sia piuttosto criticabile.

Lo *Spence test* non può definire la “copertura” del Primo Emendamento paradossalmente perché ne dà un’estensione troppo ampia: anche i terroristi, dal canto loro, l’11 settembre 2001 hanno lanciato un messaggio obiettivamente capace di essere recepito, ma non si può di certo accettare questo tipo di messaggio come *freedom of speech*. Posto che non sempre “speech” è comunicazione e che una condotta può essere del tutto comunicativa, l’assunto da cui parte la dottrina della *coverage* è, secondo l’Autore, errato, poiché esso pone i limiti di applicazione del Primo Emendamento in riferimento ad elementi fattuali estranei al dettato costituzionale. Bisogna invece ribaltare tale logica: “*The scope of First Amendment coverage is determined by the application to the world of the values that we interpret the First Amendment to protect*” (pag. 13). L’applicazione del Primo Emendamento e pertanto la sua copertura devono porsi non sulla base di concezioni predeterminate del mondo ma in base alla obiettiva sensibilità degli elementi del mondo nei confronti dei valori del Primo Emendamento. Attraverso questa direzione logica, l’assunto secondo cui “*money is speech*” (accolto dalla Corte in *Citizens United*) risulta fundamentalmente sbagliato: attraverso questa

equazione infatti è possibile limitare in assoluto la regolazione del flusso di denaro nelle campagne elettorali, senza tenere conto delle minori possibilità di vittoria per i *competitors* con limitate capacità finanziarie. Secondo la logica di Robert Post, la vera questione non è accertare la relazione di equivalenza tra *money* e *speech*, ma piuttosto valutare in che misura, la regolazione di particolari transazioni finanziarie (*money*) come le spese elettorali o i contributi ai candidati durante le campagne elettorali, implichi l'applicazione dei valori del Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (visione appunto più limitata rispetto a quella dei *justices* Black e Douglas). E' in tal senso che altra dottrina ha messo in rilievo quello che l'Autore definisce la "sostanza" del Primo Emendamento, ovvero la concezione di "*protection*".

La questione del rapporto tra *money* e *freedom of speech* deve essere posta nei termini su indicati: quali criteri, cioè, deve soddisfare un atto legislativo per essere in linea coi valori del Primo Emendamento? Proibire il finanziamento delle campagne elettorali è certamente errato, così come vietarne la regolazione in assoluto: in entrambi i casi ci troviamo di fronte ad una palese violazione del Primo Emendamento. Sulla questione della *protection* si sono sviluppate poi due teorie: la prima individua il campo della *protection* come "*marketplace of ideas*": lo scopo del Primo Emendamento è quello di "*protect the free exchange of ideas so that our knowledge of the world can be increased*" (pag. 14). Questa è stata in sostanza la giurisprudenza della Corte ed in particolare del giudice Oliver Wendell Holmes nei primi anni del XX Secolo.

Tuttavia l'Autore è contrario ad una concezione della *freedom of speech* intesa come "mercato delle idee" che si pone come fine quello di incrementare la "conoscenza del mondo", poiché le istituzioni preposte alla diffusione della conoscenza non puntano di certo all'allargamento in sé della conoscenza. Esse operano piuttosto una selezione della conoscenza in base a criteri limitati e con obiettivi che non superano il relativo campo di competenza. Se il Primo Emendamento dovesse coprire il valore "dell'ampliamento del campo della conoscenza", nulla vieterebbe allo Stato di penalizzare le idee giudicate "false". E poiché sotto il Primo Emendamento non esiste un criterio che stabilisca la veridicità o falsità delle idee, la prospettiva del *marketplace of ideas* è errata: il Primo Emendamento non protegge pertanto l'espansione della conoscenza. Una seconda dottrina invece individua come "*protection*" l'autonomia della persona del definire "*its own life*" (pag. 15). Anche in questo caso l'Autore si trova in disaccordo poiché in generale, ogni regolazione della condotta umana, qual è appunto anche quella posta in essere dal Primo Emendamento, tende piuttosto a limitare tale autodeterminazione di sé.

L'opinione dell'Autore è invece quella secondo cui il Primo Emendamento protegge lo *speech* “*in order to facilitate democracy*” (pag. 15) posto che la “*Democracy is a form of government in which the people govern themselves. Fundamental to democracy is the warranted belief that persons are free to participate in the formation of public opinion and that government is accountable to public opinion*” (pag. 15). L'Autore utilizza il termine “*public discourse*” per descrivere i processi comunicativi di libera formazione della pubblica opinione: la protezione dello *speech* e quindi il campo di applicabilità del Primo Emendamento si estende fin dove le restrizioni poste in essere dal Governo intaccano ogni forma di comunicazione che si riveli essenziale ai fini del *public discourse*. Al di fuori di questo limite, è possibile invece pensare ad una forma legittima di restrizione della *freedom of speech*. A conclusione del suo saggio, Robert Post rafforza la sua teoria ponendo ancora una volta una distinzione, questa volta tra la struttura organizzativa delle elezioni e la struttura propria del *public discourse*, ritornando così alla domanda iniziale.

L'Autore spiega come la struttura organizzativa delle elezioni sia per sua natura limitata: esistono – devono anzi esistere – delle regole ben precise per far funzionare il procedimento elettivo, regole che vanno dalla legge elettorale al divieto assoluto di compravendita dei voti e così via. Il *public discourse* è invece strutturato in maniera tale da essere relativamente *illimitabile*: ecco il valore supremo del Primo Emendamento, la sua portata libertaria. Quando la struttura del *public discourse* deve essere inserita in quella organizzativa delle *public elections*, è logico sostenere come la prima possa essere sottoposta alle limitazioni proprie della seconda. Si evita in tal modo di concepire tali limitazioni come amputazioni dei *First Amendment fundamentals*: si tratta invece di rendere funzionali le elezioni allo scopo più ampio della democrazia.

Nel secondo saggio, intitolato “*Elections as a distinct sphere under the First Amendment*”, Richard Pildes entra nel vivo del concetto di “*electoral exceptionalism*” (pag. 20). Egli giustifica la regolazione del finanziamento delle campagne elettorali proprio in base a questa eccezionalità propria delle elezioni: le elezioni sono una sfera distinta della attività politica, sfera minacciata costantemente dal pericolo della corruzione e pertanto – molto più che ogni altra attività politica – queste devono essere sottoposte ad una rigorosa regolamentazione. Nella sentenza *Buckley v. Valeo* del 1976, la Corte Suprema ha stabilito una distinzione fondamentale sullo spirito del rapporto tra *money* e *speech*: “*even though the principle that one may spend personal money to promote a cause is good First Amendment law in general, it does not apply when one is not advocating particular ideas or issues but instead seeking to elect a candidate to public office*” (pag. 21).

Questo apre le porte alla regolazione del flusso di denaro nelle campagne elettorali, sebbene sia necessario definire il contesto nel quale stabilire che tali limitazioni non intacchino i valori coperti dal Primo Emendamento. A tal proposito, l'Autore cerca di fare chiarezza su un aspetto essenziale dei *fundamental rights* della Costituzione degli Stati Uniti d'America. I diritti sono stati disegnati dai Padri costituenti non come garanzie poste nei confronti degli individui concepiti atomisticamente, ma piuttosto secondo una visione strutturale della società: essi proteggono i “*domains*” e non possono essere definiti come libertà individuali *tout court*. Si dovrebbe infatti parlare di “*public liberty*”: la *freedom of speech* non è libertà di “*self-expressivness*” ma è l'autonomia (dal governo) della libertà di parola: “*rights are a means of realizing various common goods, rather than being protections for individualist interests against collective judgments about those common goods. [...] [R]ights protects various spheres or domains from governmental intrusion on the basis of constitutionally impermissible reasons*” (pag. 23).

Una teoria che accolga la concezione individualistica dei diritti ed in particolare della libertà di espressione, considererebbe tale libertà come un blocco indistinto da applicarsi alla medesima maniera in ogni contesto. Questo, secondo l'Autore, è “*long on rhetoric and short in substance*” (pag. 27): secondo la logica del “*money as speech*”, ogni limitazione della *freedom of speech* in questo campo è da considerarsi come contraria al Primo Emendamento. Ma la limitazione della *freedom of speech* non è, secondo l'Autore, necessariamente una violazione del Primo Emendamento. Esistono cioè alcune materie la cui regolazione si basa proprio su una palese limitazione della *freedom of speech*: “*Almost all the law of contracts, warranties, labels, wills, deeds, trusts, fraud, and perjury as well as much of antitrust law, securities law, and consumer law, is accurately seen as a regulation of speech in the literal sense of that word, yet exists without even a glimmer of First Amendment scrutiny*” (pag. 27).

L'Autore pertanto ribalta la concezione individualistico-unitaria del Primo Emendamento ritenendo che quest'ultimo non sia la *regola* quanto piuttosto l'*eccezione*, e la capacità del governo di regolare lo “*speech*” sia limitata in tal senso. Ciò che interessa sottolineare è soprattutto il fatto che l'Autore rifiuta una concezione “unitaria” della *freedom of speech*. Considerare lo “*speech*” come un'entità indistinguibile, un monolito inattaccabile, è una semplificazione piuttosto discutibile. Persino all'interno del dominio del “*political speech*” è possibile distinguere diversi campi, ciascuno passibile di una regolazione particolare: “*there is one form of protection for political speech on government property, another for political speech in the broadcast media, another for political*

speech in the public schools, another for political speech by government employees, and so on” (pag. 28).

E’ sulla base di questa concezione che si pongono le basi per una dottrina dello *electoral exceptionalism* che permette all’Autore di concludere come in realtà, nella sentenza *Citizens United v. Federal Election Commission* la Corte Suprema degli Stati Uniti cada in una palese contraddizione. Da un lato, infatti, il giudice americano inserisce il *political speech* in un contesto ben definito (*electoral exceptionalism*) ma nega di fatto la possibilità per il Governo di porre in essere delle limitazioni, proprio in virtù della concezione “unitaria” che ha del Primo Emendamento. Eppure, conclude l’Autore, in altri casi la stessa Corte aveva seguito la logica dello *electoral exceptionalism*: il giudice americano aveva anzi connesso lo scopo delle elezioni a quelle limitazioni che rendono possibile proprio tale scopo, ritenendo pertanto plausibile l’esistenza di limitazioni per così dire “essenziali” (“*elections would better serve the purposes for which they exist if certain kinds of restrictions, such as those on corporate and union electioneering, were permitted*”, pag. 32).

Nel terzo ed ultimo saggio della prima parte del volume, intitolato “*Electoral exceptionalism and the First Amendment*”, Geoffrey Stone illustra con una serie illuminante di esempi, le principali problematiche che emergono dalla dottrina dello *electoral exceptionalism*: in particolare, Egli parte dal caso ipotetico in cui una legge vieti l’uso di megafoni per i candidati politici nei trenta giorni precedenti alle elezioni. In tal caso “*the law restricts electoral speech more than other speech*” (pag. 38). Il Governo potrebbe giustificare tale limitazione della *freedom of speech* in molti modi: in primo luogo potrebbe sostenere che l’uso dei megafoni nei trenta giorni precedenti alle elezioni generali si intensificherebbe, turbando pertanto la quiete pubblica. Per preservare la quiete pubblica, si renderebbe necessaria una limitazione così come descritta nell’esempio precedente. Ma la logica sottostante a tale esempio è rigettata dai sostenitori della dottrina dello *electoral exceptionalism*.

Chi sostiene tale dottrina infatti, parte da premesse più solide: in linea generale, i sostenitori dello *electoral exceptionalism* concepiscono tale eccezione “*in order to promote the electoral process*”. L’assunto di partenza è che esistono dei contesti in cui la limitazione della *freedom of speech* è plausibile per ragioni costituzionalmente valide: “*There are several instances of “exceptionalism” in First Amendment doctrine in which a particular restriction of speech would be unconstitutional under ordinary First Amendment standards, but is constitutional because the Court applies a different standard in response to the distinct circumstances of the situation*” (pag. 40). Pertanto, ad esempio, una legge può benissimo limitare la *freedom of speech* ad uno studente che voglia

discutere di politica nell'ora di matematica poiché le finalità di un istituto scolastico non sono le stesse dello *electoral process* né del più ampio *political process*.

La questione, ancora una volta, non è quella di verificare se ci sia la più ampia protezione del Primo Emendamento nei confronti del *public discourse* (premessa da cui partono i sostenitori dell'equazione “*money is speech*”) ma piuttosto “*whether there is something unique about the electoral context that justifies the application of a less speech-protective standard of First Amendment review*” (pag. 41). Posto che la dottrina dello *electoral exceptionalism* individua la *freedom of speech* in differenti contesti, quello delle elezioni deve per forza inserirsi nel più ampio campo del *public discourse* e da questo stabilire la sua “eccezionalità”. I sostenitori dello *electoral exceptionalism*, infatti, escludono la limitazione della *freedom of speech* (non si può negare a nessuno di sostenere una determinata politica o un determinato candidato) ma individuano un campo, quello delle elezioni, o meglio del periodo delle campagne elettorali che appunto precede le tornate elettorali, nel quale è invece possibile porre in essere dei limiti a tale libertà.

Lo scopo della dottrina dello *electoral exceptionalism* non è quello di rivedere il campo di applicazione del Primo Emendamento quanto piuttosto adattare il campo di applicazione del Primo Emendamento allo specifico scopo delle elezioni. Così come esiste un “*educational exceptionalism*”, come emerso nell'esempio succitato, esiste altresì un “*judicial exceptionalism*” (utilizzo di un determinato linguaggio e non di un altro all'interno dei tribunali, delle corti e così via), ed esiste infine un “*electoral exceptionalism*” che si riconnette direttamente al naturale scopo delle elezioni.

A questo punto l'Autore cerca di specificare la sostanza di tale “eccezionalità” delle elezioni: “*the question, then, is whether elections are more analogous to general public discourse or to speech in schools, courtrooms, the military, candidate debates and legislative proceedings*”. Nel secondo caso è possibile pensare a delle limitazioni (si tratta di parificare il campo delle elezioni a quelli già caratterizzati per loro natura da *exceptionalism*). Ma all'interno del campo delle *elections*, l'Autore individua due sotto – campi non meglio analizzati dai sostenitori della dottrina dello *electoral exceptionalism*: si tratta del campo del “voto in senso stretto” e del campo relativo ai “public debates”. In entrambi i casi è possibile stabilire una struttura che ponga dei limiti che si connettano direttamente alla loro funzionalità: “*if the ballot is to serve its essential function, it must be reasonably uncluttered, coherently organized, and limited in length*”. Allo stesso modo nei public debates “*one could, of course, imagine such debates following the ordinary rules of public discourse, in which there are no time limits on how long or how much individuals may speak, no*

equal time requirements, no moderator to keep speakers focused on particular issues, and no limit on the number of participants. But, of course, an event following such procedures would not be what anyone would recognize today as a candidate debate. Although there is a plenty of room for such a free-for-all in the marketplace of ideas, for a candidate debate to achieve its essential purpose it must be much more closely regulated” (pag. 45). Ma allora “*what is the boundary between free speech about public issues and free speech in the context of elections?*”. L’Autore ritiene che la definizione dei confini dello *electoral speech* è piuttosto difficoltosa e la maggior parte dei ragionamenti fatti dalla dottrina e dai giudici della Corte Suprema portano inevitabilmente ad uno sconfinamento nel *public discourse*. Questo perché le istituzioni poste a confronto nel saggio (educational, judicial, ballot e public debates) esistono indipendentemente dalla volontà del governo di regolare lo “*speech*”, mentre le “*elections*” sono sempre state strettamente correlate al *public discourse*: “*elections are more complicated. Although elections have existed for a long time, and there always have been laws governing such matters as eligibility to vote, the timing of elections, and eligibility for inclusion on the ballot, speech about the merits of competing candidates and policies traditionally has not been regulated any more than public discourse generally. Indeed, although the basic ground rules of elections have long been established by law, electoral speech historically has been regarded as largely indistinguished from general public discourse*”.

Queste considerazioni di carattere storico giustificano in qualche modo la necessità odierna per il Governo di regolare lo *electoral speech*: ci si chiede perché il Governo dovrebbe regolare questo campo ristretto del più ampio *public discourse* quando fino ad ora non ce ne è stato bisogno o al massimo si è proceduto in tal senso “*to manipulate the electoral process*” (pag. 48). Secondo l’Autore, “*it is possible that circumstances have changed*” (pag. 48): l’enorme flusso di denaro che oggi pervade lo *electoral campaign process* ne ha alterato profondamente la natura. E’ in questo nuovo contesto storico che il legislatore trova una ragione per imporre delle limitazioni ad un campo fino ad allora super protetto qual è appunto quello del *public discourse* ed in particolare dello *electoral speech*. Questo sembra essere solo l’unica ragione, a parere dell’Autore, che possa fare da supporto alla teoria dello *electoral exceptionalism*.

Il parallelo con quelle istituzioni quali la scuola, il campo giudiziario ecc. nei quali esiste effettivamente un “*exceptionalism*”, ha tuttavia lasciato aperta la questione dello *electoral exceptionalism* nel suo senso più ampio. L’Autore evita di porre conclusioni affrettate e si limita ad elencare tutta una serie di questioni che potrebbero emergere nel caso in cui si accettasse in linea generale la dottrina dello *electoral exceptionalism*. Ci si chiede, nel caso: “*Can the government*

constitutionally limit each person to one “unit” of speaking in the electoral context (by analogy to one person/one vote)?” (pag. 54). L’Autore ritiene che una dottrina dello *electoral exceptionalism* “*would lower the standard of the First Amendment*” anche se ciò comporterebbe alcuni benefici alla causa democratica. Che tale *review of the First Amendment* si riveli positiva è però, secondo l’Autore, ancora da stabilire con certezza.

La seconda parte del volume è dedicata al rapporto tra “*money*” e “*speech*”. Nel primo saggio di questa parte, intitolato “*Money and Rights*”, Deborah Hellman elenca una serie di casi in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stimato che l’esercizio di un determinato diritto sia logicamente connesso ad una transazione di tipo finanziario, senza la quale quel dato diritto non potrebbe concretarsi. Le considerazioni fatte dall’Autrice partono sempre dal caso *Buckley v. Valeo* nel quale “*the Supreme Court addressed the relationship between the right to spend money and the First Amendment right of free speech in connection with political campaigns. There, the Court held that the right to spend money on political expression was protected by the right of free speech because money facilitates, indeed may even be necessary to, the effective exercise of the right to participate in political debate*” (pag. 59).

Un caso particolare è quello del “*protected right to read and possess obscene materials in the home*” che appunto, secondo l’Autrice, non implica un “[right to] *spend money to buy this material, nor a related right to sell it*” (pag. 61): ci si trova dinanzi ad una situazione paradossale nella quale tale possesso diviene impossibile senza il correlativo diritto di acquistarlo mediante una regolare transazione finanziaria. Tuttavia l’Autrice azzarda una teoria generale secondo la quale “*Some rights include a penumbral right to give and spend money to effectuate the underlying right. Some rights do not*” (pag. 69).

Nel primo caso l’Autrice fa riferimento al caso della procreazione assistita e a quello del due process: in entrambi i casi i diritti sono logicamente connessi alla necessità di effettuare una transazione finanziaria al fine di poterne godere appieno. Per tornare al caso *Buckley v. Valeo*, l’Autrice sottolinea come “[the case] *itself also focuses on whether there is adequate ability to exercise the underlying right. The First Amendment right of free speech includes the right to spend money on political speech because ‘virtually every means of communicating ideas in today’s mass society requires the expenditure of money’.* It is because money is necessary to political expression, in the Court’s view, that restrictions on the ability to spend on political campaigns constitute a restriction on speech” (pag. 70).

Tuttavia, il ragionamento della Corte prosegue mettendo in evidenza come in realtà le limitazioni ai contributi versati ad un candidato si rendono giustificabili nel senso in cui ciò non impedisca al candidato di esprimere la propria opinione e al contribuente di poter comunque dare il suo *political support* con altri mezzi. Nelle sue conclusioni, pertanto, l'Autrice mette in luce il principio che deve accompagnare la sua generale teoria della relazione tra *money* e *rights*: è vero, da un lato, che la Corte deve stabilire quando un diritto sia strettamente legato alla necessità di effettuare una transizione finanziaria al fine di poterne godere ma è anche vero che tale stima deve effettuarsi tenendo conto della “*notion of adequacy*” (pag. 74).

L'Autrice prende proprio spunto dalla parte del ragionamento della Corte emerso in *Buckley* ma mette anche a confronto la famosa sentenza *Walters v. National Association of Radiation Survivors* nella quale la Corte ha stabilito che i veterani di guerra non avevano diritto a spendere più di 10\$ in spese giudiziarie private nei ricorsi contro la NARS. Ciò era appunto giustificato dal criterio della *adequacy*: in primo luogo la Corte ha ritenuto che i soldi spesi per avvocati privati avrebbero di fatto ridotto l'ammontare dei benefits di cui avrebbero dovuto godere solo i veterani o le loro vedove o parenti. In secondo luogo la limitazione così posta al diritto sancito nel Quinto Emendamento (*due process*) era giustificata dal fatto che la possibilità di ricorrere in via privata (*by private lawyer*) avrebbe di fatto bloccato le attività dell'ente previdenziale. A questo la Corte aggiunse che il diritto a un *due process* era già sufficientemente garantito dalla esistenza della Veterans' Administration.

Nel secondo saggio della seconda parte, intitolato “*Nonparticipatory Association and Compelled Political Speech: consent as a constitutional principle in the wake of Citizens United*”, di Frances Hill, l'Autore analizza la natura delle corporations, mettendo in evidenza come la Corte Suprema abbia di fatto paragonato, in *Citizens United*, le corporations agli individui, sotto la lente della copertura della *freedom of speech*. Ci si chiede pertanto se le corporations vadano considerate come “gruppi di individui” da prendere singolarmente ovvero come “entità omogenee” cui indirizzare univocamente gli effetti del Primo Emendamento.

Da ciò emergono due teorie, la Aggregate Theory e la Entity Theory: “*Citizens United unintentionally raises the question of what First Amendment rights of political speech individuals are accorded when they affiliate with, invest their money in, or make contributions to various types of corporations. The strong form of entity theory tacitly embraced by Citizens United suggests that individuals lose their individual rights as political speakers once they join an association. In contrast, the aggregate theory of association relies on participation by members. Individuals retain*

their rights as political speakers when they join organizations” (pag. 79). Il problema, spiega l’Autore, è che è già difficile stabilire, partendo dalla Costituzione, la natura stessa delle associazioni e la Corte Suprema non ha fatto altro che complicare le cose in *Citizens United*, ampliando la questione al rapporto “[between] *the corporations and the area of political speech in electoral campaigns*” (pag. 80). *Citizens United* apre pertanto una breccia enorme nel campo del controllo – da parte dello Stato – delle corporations e delle loro risorse e più in particolare il controllo dell’uso delle loro risorse per fini elettorali “*to influence campaigns, election outcomes, and the operation of the government*” (pag. 81).

In sostanza, l’Autore spiega che in “*Citizens United the Court has used the First Amendment to support nonparticipation in association and compelled subsidization of political speech*” ma critica tale presa di posizione della Corte, poiché “*This use of the First Amendment is inconsistent with the speech clause of the First Amendment, with the participatory language of the association clause of the First Amendment, and with the constitutional principle of consent that makes the people of the United States the source of government legitimacy*” (pag. 81) ribadendo in sostanza come la *entity theory* riduca il valore proprio degli individui, i veri depositari della sovranità nell’ordinamento statunitense.

E’ a questo punto che l’Autore lascia emergere il reale principio costituzionale intaccato involontariamente dalla Corte Suprema in *Citizens United*: si tratta del principio del consenso. Secondo tale principio, estrapolabile dalla Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti, le elezioni sono lo strumento attraverso il quale si conferisce legittimità al Governo: in *Citizens United* la questione viene traslata alle corporations nel loro rapporto con lo *electoral spending*, poiché è dalle prime che bisogna individuare il soggetto cui riferire il *consent*. La questione può ridursi nella semplice domanda: *individual or collective consent?*

La Corte Suprema si è limitata, in *Citizens United*, a trattare il caso solo in ordine alla *First Amendment clause* del Free Speech, tralasciando l’altro importantissimo diritto fondamentale – connesso direttamente al principio del consenso – il diritto di associazione. La Corte ha inteso paragonare il *managerial organization* delle corporations al potere degli individui di determinare la legittimità dei propri Governi, dimenticando che “*political speech requires specific consent by the members. Affiliation does not provide the required consent*” (pag. 89). A tal proposito, avendo la Corte trascurato l’importante *association clause*, l’Autore indica due possibili soluzioni: “*voting on corporation policies, and permitting members to allocate contributions to activities other than financing independent expenditures. Voting on policies means allowing members to give or withhold*

consent to uses of general treasury funds. Permitting members to allocate their contributions to particular activities means allowing members to exclude their dues or contributions from being spent from the general treasury for particular purposes” (pag. 91).

Tali proposte contrasterebbero con la logica della Corte secondo cui “*general treasury funds belong to the organization*” (pag. 91) ma “*without considering consent mechanism operating inside organizations, ordinary people will be deprived of their right to amplify their voices during election campaigns. They will be deprived of their rights under the association clause of the First Amendment. The Association Clause does not give each individual absolute rights, but it does give some right of participation without compelled speech*” (pag. 93).

Il concetto di “*corporate speech*” viene duramente criticato anche da Monica Youn nel terzo ed ultimo saggio della seconda parte del volume, intitolato “*First Amendment Fault Lines and the Citizens United decision*”. L’Autrice parte dalla considerazione del fatto che la Corte ha posto in *Citizens United* e in *Buckley* due approcci contrastanti: da un lato quello che l’Autrice definisce *volitional account* e dall’altro il cosiddetto *commodity account*.

Nel primo caso la Corte mette in primo piano quella che è l’intenzione di chi spende denaro per attività elettorali (“*it is only the spender’s act of donating that is expressive, not the dollars themselves*” pag. 99), mentre nel secondo caso l’intenzione di chi spende è messa da parte per far posto invece alla quantificazione di ciò che viene messo a disposizione dei candidati politici. Secondo il *volitional account* il valore posto dal First Amendment risulta “*non-monetizable*” (pag. 100): i contributi, in virtù del loro valore simbolico, costituiscono *freedom of speech*. Il *volitional account* ritiene il contributo “*intransitive*” (pag. 101): poiché il valore del contributo (inteso come *speech*) non è monetizzabile, questo, quando passerà di mano, non comporterà di certo il passaggio della *freedom of speech*, posto che il beneficiario del contributo potrà appunto utilizzare tale contributo per “*expressive purposes*” o “*non-expressive purposes*” (pag. 101). In *Buckley* la Corte distingue però i cosiddetti contributi dalle *expenditures* che sono invece le spese effettuate dal candidato medesimo. Nella logica della Corte “*in an expenditure, volition is not deemed exhausted because whatever transactions occur are assumed to be part of the speaker’s original intent. For example, a spender may hire a producer to create an advertisement, but that transaction is not deemed to extinguish the volitional impulse of the spender: the advertisement is still considered the spender’s speech so long as the spender retains ultimate control over the advertisement*” (pag. 102). Per tale motivo, non essendoci intransitività nelle *expenditures*, in queste la copertura della *freedom of speech* si estende per tutto il loro corso.

Ciò ha portato la Corte a concludere che limitazioni allo *electoral spending* sono possibili solo nel caso delle contributions e non invece per le expenditures: “*the Buckley Court suggests that the expenditure limits raise constitutional concerns because such a restriction ‘necessarily reduces the quantity of expression by restricting the number of issues discussed, the depth of their exploration, and the size of the audience reached’*” (pag. 103). Posta la questione della intenzione dei contribuenti, la Corte complica ancor di più le cose in *Citizens United*, dove è addirittura necessario stabilire chi siano questi contribuenti: “*In Buckley, the Court had treated expressive volition as intransitive, at least with regard to political contributions; the speech of a proxy, such a party or candidate, is not deemed to advance the volitional impulse of the contributor. But when dealing with corporate political spending, who is the relevant speaker whose volitional impulse should be taken into account?*” (pag. 113).

E’ lo shareholder o la corporation medesima ad essere il soggetto della volition? L’Autrice denuncia che in sostanza la Corte ha aggirato tale problema, adottando appunto un approccio definito “*commodity*”: “*speakers are almost absent from the picture—there are only speech commodities and speech consumers, and the only relevant issues are the values of the economic marketplace*” (pag. 114). La logica sostenuta dalla Corte – a parere dell’Autrice piuttosto semplicistica – può essere riassunta in sei passaggi: poiché la libertà d’espressione politica è un bene garantito dal Primo Emendamento, una maggiore libertà di espressione sarà sempre preferibile ad una minore libertà in tal senso e, pertanto, ogni legge che riduca tale libertà è una violazione del Primo Emendamento. “*Money enters the equation only as it pertains to speech quantity*” (pag. 114): ed in effetti, il denaro è un mezzo che facilita la libertà di espressione politica; pertanto più denaro speso in tal senso significa maggiore libertà d’espressione politica e quindi, ogni limitazione della *political spending* è da considerarsi come una violazione del Primo Emendamento. Ecco spiegato il *commodity account* adottato dalla Corte in *Citizens United*: tralasciando la questione del soggetto cui riferirsi nelle corporations per stabilire chi sia la fonte della volition, la Corte paragona direttamente, secondo tale approccio, le corporations agli esseri umani. La metafora finale spiega bene il paradosso messo in evidenza dall’Autrice: “*just as there would be nothing neutral about a race event that pitted a human runner against a race car, there is nothing neutral about a free market of ideas that requires individuals to outspend corporate treasuries in order to make ideas available to the electorate*” (pag. 115).

La terza parte del volume è dedicata al rapporto tra corruzione e democrazia. Nel primo saggio di questa parte, intitolato “*On political corruption*”, Samuel Issacharoff mette bene in evidenza come

il problema della corruzione renda il ben servito alla logica della “*commodity*” posta dalla Corte e già esposta magistralmente nel saggio di Monica Youn. In effetti, “*the intuition that at some level, money must be corrupting of the political process, and that something must be done to limit the role of money. The same logic dictates that less money is better than more money, and that successful reform must bring down the cost of modern electoral campaigning*” (pag. 119).

Tuttavia, Issacharoff sa bene che il concetto di “corruzione” è un concetto poroso che ha bisogno di essere analizzato profondamente. Né la dottrina né la Corte Suprema danno una definizione esaustiva del concetto di corruzione. E’ comunque possibile individuare due possibili approcci per stabilire una definizione del termine “corruzione”: in un primo approccio, la corruzione è vista come un *quid pro quo*. Nel *Bellotti case* la Corte Suprema si attiene a questo approccio: “*such corruption was defined in terms of actual quid pro quo arrangements, while allowing more expansively for the potential dispiriting influence of the appearance of such arrangements. Under the logic of this majority view, such arrangements corrupt the political process because they are surreptitious deals that bypass the mechanisms of political accountability*” (pag. 121).

Un secondo approccio vede invece la corruzione come “*distortion of political outcomes resulting from the undue influence of wealth*”: secondo questo approccio la corruzione è un qualcosa di *derivative*, cioè il frutto di diseguaglianze sociali preesistenti che possono influenzare in qualche modo il processo politico. In *Citizens United* la Corte Suprema ha adottato il primo approccio non tenendo conto dei fattori esterni che sono invece messi in rilievo dal secondo approccio: al di fuori dello scenario elettorale infatti esiste una rete di incentivi che sebbene non identificabili come “corruzione” secondo la logica del *quid pro quo*, determinano di fatto uno stato di corruzione. E’ quello che Issacharoff definisce “*clientelism*” (pag. 124). Dilungandosi sull’analisi del fenomeno del clientelismo, Issacharoff conclude il suo saggio chiedendosi se è vero che le corporations abbiano *sempre* interesse a spendere soldi nelle campagne elettorali (e risponde negativamente) ed infine dà un giudizio lapidario alla sentenza *Citizens United v. Federal Election Commission*, ritenendo tale pronuncia “*a distraction of limited consequence*” (pag. 134). In effetti i moderni mezzi tecnologici, quali internet e altri mezzi di comunicazione di massa stanno determinando un cambiamento radicale nelle operazioni di fund-raising nelle campagne elettorali, il cui processo è oggi molto più competitivo e aperto, come dimostrato nella campagna per le elezioni presidenziali del 2008 (e ancor più marcatamente nelle presidenziali del 2012, *ndr*).

Nel secondo saggio della terza parte, intitolato “*The unenforceable corrupt contract: corruption and nineteenth-century contract law*”, Zephyr Teachout mette in evidenza come la Corte Suprema,

abbia adottato più di un approccio nei confronti del fenomeno della corruzione. A tal proposito l'Autore fa una rassegna di casi del XIX Secolo in cui è evidente il repentino cambio di prospettiva dei giudici della Corte ed infine come nella sentenza *Citizens United* si sia giunti ad un ennesimo approccio. In sostanza si può dire che l'approccio *quid pro quo* così come definito nel precedente saggio, sia una acquisizione recente da parte della Corte la quale invece aveva adottato nel corso del XIX Secolo un approccio che aveva tenuto maggiormente conto delle “*undue influences*”.

Nel terzo ed ultimo saggio della terza parte del volume, intitolato “*Citizens United and Equality forgotten*”, Marc Alexander parte ancora una volta dalla teoria, già esposta in maniera brillante nel saggio di Robert Post, secondo la quale il vero valore del First Amendment deve essere collocato nel più ampio perno democratico su cui ruota l'intera Costituzione degli Stati Uniti.

Questa connessione tra democrazia e *freedom of speech* rende anzi quest'ultima, un principio ultra-fondamentale nell'ambito delle campagne elettorali. E' secondo questa logica, anzi, che la Corte ha stimato, indirettamente (o meglio, mediante l'introduzione del fattore *money* nel ragionamento) in *Buckley*, che il *free flow of money* sia intoccabile ai sensi del Primo Emendamento: “*because money can be spent to help communicate political messages, the Court equated political speech with money in politics, finding that campaign expenditures are central to the communication of political ideas*” (pag. 158).

Questa volta, il principio costituzionale messo in rilievo dall'Autore è quello dell'uguaglianza: ci si chiede in effetti, al di là di considerazioni giurisprudenziali, se la voce di pochi ricchi non possa essere di fatto più forte dei tanti non-ricchi. E' da questo prospettiva della equality che bisogna analizzare le due maggiori sentenze della Corte Suprema in tema di finanziamento delle campagne elettorali: *Buckley* e *Citizens United*. L'Autore sottolinea soprattutto il fatto che in *Buckley* come in *Citizens United* la Corte abbia di fatto astratto le campagne elettorali dalla realtà concreta: non si tiene mai conto del fatto che i candidati sono in realtà diventati dei veri e propri fund-raiser a tempo pieno; ciò anzi ha comportato una disproporzione in termini di capacità elettorali tra le cosiddette elite al potere in ambito economico e gli altri candidati politici.

I candidati politici tendono poi, in ordine alla cosiddetta “caccia ai fondi” a “perdere tempo” maggiormente con quegli elettori che sono fonte di cospicui finanziamenti piuttosto che con l'elettorato nel suo insieme, rendendo in tal modo le campagne elettorali una sorta di “insieme di meeting tra privati”. In terzo luogo l'Autore sottolinea, rispondendo alla questione posta all'inizio del saggio, che la concentrazione di ricchezza tende inevitabilmente a ridurre il potere dei non-

wealthy, minando così il principio di eguaglianza in maniera assai grave. Le conclusioni sono pertanto quasi scontate: *“Money drives the political process, and campaign finance regulation appropriately tries to curb that influence. In part, because of the role that money plays in American politics, the few have great power, and candidates spend inordinate amounts of time chasing funds from the elite. Because they are so caught up spending time in money chase, candidates and elected officials lose time that could be spent on behalf of constituent. In addition, the time spent with the elite few concentrates power in the hands of the few, further robbing the many of full representation. Ultimately, this undercuts the nature of the American republic, which was founded on egalitarian notions of collective participation”*.

La logica di *Citizens United* è stata quella di equiparare *money* e *free speech* a detrimento del principio di eguaglianza, lasciando che sia la sola *freedom of speech* a orientarne il rapporto: una riforma del finanziamento delle campagne elettorali deve invece tenere conto anche se non soprattutto del principio di eguaglianza.

La quarta e ultima parte del volume è dedicata al tema della “*giurisprudenzializzazione* delle campagne elettorali”. Nei due saggi che compongono questa quarta parte, intitolati rispettivamente “*On dejudicializing American Campaign Finance Law*” (Richard Briffault) e “*Felix Frankfurter’s revenge: an accidental democracy built by judges*” (Burt Neuborne), entrambi gli autori mettono in rilievo come in realtà la Corte abbia, con la sua giurisprudenza, messo in piedi un tipo di democrazia (certo, limitatamente al tema delle campagne elettorali) poco coerente con quella che emerge dai gangli della Costituzione americana.

I due saggi mettono benissimo in rilievo la sostanza delle sentenze *Buckley* e *Citizens United*, largamente analizzate nel resto del volume, ma in questo caso se ne descrivono minuziosamente le questioni in diritto in maniera chiara e ordinata. Se ne deduce, in linea generale, come la Corte abbia rigettato, in *Citizens United*, una concezione della corruzione che tenga conto di elementi estranei al denaro (è ciò che è stato rilevato nel primo saggio nella parte dedicata alla corruzione). In questo caso si fa direttamente ricorso al concetto di *soft money* per evidenziare come quest’ultimo sia in realtà il grande fattore trascurato dalla Corte e, a parere degli Autori, l’elemento fondamentale da cui partire per poter discutere una eventuale riforma delle regole sul finanziamento delle campagne elettorali.

A parere degli Autori, nella sostanza, le riforme poste in essere fino ad ora derivano più che altro da una distorsione del sistema, essendo il frutto di politiche contingenti che nulla hanno a che fare col

bene pubblico. Sono i partiti più forti che di volta in volta modificano le regole a proprio vantaggio, come dimostrano alcuni dati messi bene in evidenza da Briffault. Rare volte si è assistito ad una riforma bipartisan che escludesse l'annientamento dell'avversario.

La Corte ha dovuto suo malgrado far fronte a questo stato di cose “*in shaping our democracy*” e sconfinando così in un terreno che non le appartiene. Entrambi gli Autori concludono infatti che questo sia un campo riservato esclusivamente alla politica (dunque Congresso e Governo) e che per principio il finanziamento delle campagne elettorali deve essere regolato dall'Esecutivo e dal Legislativo. In effetti, arrogandosi il diritto di definire i limiti dello *electoral spending*, la Corte ha disegnato una democrazia ben lontana da quella che emerge dal dettato costituzionale.

Gabriele Conti