

***Il finanziamento della politica statunitense: una ricostruzione in chiave storica,
verso le sfide della democrazia digitale****

di Edoardo Tedeschi – Dottorando in Diritto e Impresa presso la LUISS “Guido Carli”

ABSTRACT: The essay discusses issues associated with funding politics in the United States, proposing an overview of the problem from a historical point of view. It starts by clarifying how political rights are structured in the US and develops to the challenges of modern digital democracy. In particular, it was quite interesting to analyze how Supreme Court jurisprudence has affected this process: an in-depth analysis of the most important pronouncements on the subject has therefore been conducted. Lastly, the essay investigates the role of cryptocurrencies in financing politics: virtual currency contributions could introduce a technological revolution in the forms of political financing known to date.

SOMMARIO: 1. Il finanziamento della politica negli Stati Uniti: uno studio in prospettiva storica, verso la democrazia digitale. – 1.1. Inquadramento generale e prime questioni critiche. – 1.2. Approcci normativi alla disciplina del finanziamento elettorale. – 1.3. Osservazioni a seguito di una ricerca giurisprudenziale. – 1.3.1. *First Amendment* e “*political speech*”. Un itinerario a partire dal caso *Buckley v. Valeo*. – 1.3.2. Il concetto di *discriminazione indiretta*: il ruolo della Corte Suprema, da *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* a *McConnell v. Federal Electoral Commission*. – 1.3.3. Un ritorno davvero liberale? *Citizen United v. Federal Election Commission*: un noto caso di *overruling*. – 1.3.4. Ultime notizie dalla Corte Suprema: verso la ridefinizione degli

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della Rivista.

aggregate limits nel caso *McCutcheon v. Federal Election Commission*. – 1.3.5. Per concludere, un *focus* sull'utilizzo delle tecniche decisionali da parte della Corte Suprema: tra *strict scrutiny*, tecniche bilanciamento e *dissenting opinions*. – 2. Democrazia digitale: quali sfide per i partiti?

1. Il finanziamento della politica negli Stati Uniti: uno studio in prospettiva storica, verso la democrazia digitale

1.1 Inquadramento generale e prime questioni critiche

La questione delle modalità del finanziamento della politica tiene da sempre vivo il dibattito tra gli studiosi del diritto, divisi tra l'avallo di una forma di partecipazione pubblica alle spese elettorali che assicuri equità nell'accesso alla competizione politica e la necessità di salvaguardare il bilancio pubblico, lasciando che gli sfidanti reperiscano altrove i fondi utili alla propria corsa al seggio¹.

Si tratta di un tema che, come noto, ha occupato a lungo le riflessioni degli stessi Stati europei, nel contesto dei quali l'Italia si è spostata da un quadro di riferimento giuridico “*based on massive injection of public money*” ad uno “*currently based only on indirect financing*”². Nella stessa misura, si ricorda il percorso compiuto dal legislatore tedesco, nel quale pure si inserisce la ben nota pronuncia del 1966 con cui la Corte costituzionale ha sancito l'illegittimità costituzionale delle forme di sovvenzione pubblica dei partiti politici, consentendo il rimborso delle sole spese elettorali³. L'esperienza francese, invece, ha visto l'introduzione di una “*Commission nationale*

¹ Il dibattito, com'è ovvio, ha interessato anche l'Italia la quale, nella ben famosa tornata referendaria del 1993, ha optato per l'abolizione del finanziamento pubblico ai partiti, pur consentendo il mantenimento in vita, per un periodo piuttosto lungo, del diverso sistema dei rimborsi elettorali (fino, almeno all'emanazione del decreto legge n. 149 del 2013). D'altra parte, senza che possa farsi di questa l'occasione per approfondire un simile specifico profilo, sono note le caratterizzazioni che legano i ragionamenti attorno alla portata del finanziamento della politica in Italia al portato dei valori estrinsecati dalla Carta costituzionale (si guardi all'art. 48 Cost.). Sul punto, si rinvia all'approfondito lavoro di S. Filippi, “The constitutional and political impact of party funding regulation in Italy”, *Rivista di Diritti Comparati*, fasc. n. 3/2019. L'A., così osserva a pag. 162: “*The adoption of a certain funding system remarks an ideological choice, involving not only the concrete ways in which parties guarantee their survival, but also their constitutional role as organs of political mediation*”.

² V., per approfondimenti, la ricostruzione di S. Filippi, ult. op. cit., 164.

³ Per approfondimenti sul sistema tedesco, si consiglia la lettura di: G. Repetto, Appendice normativa in R. Salari, “*Quali regole per i partiti politici? Esperienze europee a confronto*”, Soveria Mannelli editore, 2008; I. Pellizzone, “*Il finanziamento della politica in Germania*”, in F. Biondi, G. Tarli Barbieri (a cura di), “*Il finanziamento della politica*”,

des comptes de campagne et des financements politiques”, Autorità indipendente che, nell’esame delle liste dei donatori, cura che siano rispettati gli importi autorizzati per il pagamento di donazioni e contributi ai partiti politici⁴.

In tale prospettiva, la portata delle riflessioni cui si potrebbe dare luogo approfondendo l’indagine comparatistica sembra indiscussa, senza che appaia opportuno ripercorrerla in un simile contesto, intendendo qui soffermarsi sulle questioni connesse al finanziamento della politica statunitense (in un momento, peraltro, di transizione verso la cd. democrazia del digitale, che sta interessando gli stessi studiosi d’oltreoceano ed alla quale sono dedicate alcune battute conclusive).

Il tema pure necessita di un chiarimento preliminare circa l’articolazione dei diritti politici negli Stati Uniti. In particolare, se è vero che non è dato rinvenire, nel tessuto della Costituzione statunitense, un riferimento al diritto di voto quale diritto intrinsecamente discendente dalla cittadinanza, questo emerge comunque negli emendamenti che hanno successivamente arricchito l’impianto originario della Carta.

È il XV Emendamento ad aver statuito, nel 1870, che il diritto di voto dei cittadini degli Stati Uniti non possa essere negato o limitato né dallo Stato federale né da qualsiasi altro Stato in ragione della razza, del colore della pelle o di una precedente condizione di schiavitù cui, nel 1920, è stato aggiunto il sesso dell’individuo. Nel 1964, l’approvazione del XXIV Emendamento ha consentito di affermare che il diritto dei cittadini degli Stati Uniti di votare in qualsiasi elezione non possa essere negato o limitato in ragione del mancato pagamento di una tassa elettorale o di altra forma di contribuzione. L’ultimo divieto di discriminazione è stato aggiunto nel 1971, con l’approvazione del XXVI Emendamento, relativo all’età.

Editoriale scientifica, Napoli, 2016; Dossier a cura Servizio Studi della Camera dei Deputati, Legislazione straniera, “Il finanziamento della politica in Francia, Germania, Regno Unito, Spagna e Stati Uniti”.

⁴ Si invita alla consultazione del sito ufficiale della Commissione per ulteriori approfondimenti. Per quanto concerne le forme di finanziamento, così è possibile leggere: “*Il existe deux types de financement: un financement privé regroupant les versements et prêts d’autres formations politiques, les cotisations des adhérents et des élus, les dons et prêts des personnes physiques et les prêts des établissements de crédit et sociétés de financement ayant leur siège social dans un Etat membre de l’Union européenne ou partie à l’accord sur l’Espace économique européen; un financement public direct: Le montant de l’aide publique est inscrit dans le projet de loi de finances et fait l’objet d’une répartition par décret. Ce montant est divisé en deux fractions égales: une première fraction destinée au financement des partis en fonction de leurs résultats aux élections à l’Assemblée nationale (avec des dispositions particulières pour les partis présentant des candidats exclusivement outre-mer); une seconde fraction spécifiquement destinée au financement des partis représentés au Parlement*”.

Si consiglia anche la lettura di S. Catalano, “Il finanziamento della politica in Francia”, in F. Biondi, G. Tarli Barbieri, ult. op. cit.

Come accaduto in altre occasioni, allora, sembrerebbe essere stata *in primis* la giurisprudenza della Corte Suprema ad indagare, nel corso di una serie di vicende processuali di cui si farà dappresso menzione, sulla portata di diritto fondamentale dello stesso diritto di voto, rivolgendo il proprio scrutinio su leggi che sul punto hanno in certa misura inciso. Si tratta di pronunce che, alla stregua del fondamentale ruolo di mediazione rimesso a tale istituzione, hanno saputo delineare profili di bilanciamento tra valori costituzionali, anche in riferimento al ruolo rivestito dai partiti all'interno della competizione elettorale.

In relazione a detto aspetto, infatti, il modello statunitense sembra essersi assestato sulla stessa linea di tensione che ha attraversato l'evoluzione del concetto di partito politico tra l'Ottocento ed il Novecento. Se la giurisprudenza della Corte Suprema, da un lato, non considera i partiti politici come entità dotate di una personalità di diritto pubblico, dall'altro pare aver legittimato una serie di interventi legislativi tesi, in qualche modo, a regolamentarne il ruolo. Se questo abbia generato effetti distorsivi nei riguardi del *modus* in cui è data rappresentazione della partecipazione popolare al voto, lo si vedrà dappresso.

Pare ben vero che in epoca liberale gli Stati Uniti non badassero particolarmente agli effetti che un sistema sostenuto da ingenti esborsi di denaro avrebbe potuto produrre nei riguardi della formazione ed aggregazione del consenso, proprio per il fatto di rivestire questi un ruolo di associazione privata che, per ciò solo, non poteva tollerare tentativi di ingerenze pubbliche, sia rispetto alle forme di organizzazione interna che nelle modalità di proiezione esterna.

È solo nel corso del secolo scorso che si è iniziato a ragionare attorno alla portata di un fenomeno corruttivo che, legato alla presenza di finanziamenti privati ai partiti nel corso di una *perenne campagna elettorale*, avrebbe potuto influenzare in una certa misura il ciclo della politica. Sono gli stessi anni in cui in Europa il dibattito si concentrava sulle modalità con cui assicurare la maggior trasparenza possibile alla competizione elettorale, per arginare le eventuali forme di ingerenza di soggetti privati organizzati, optandosi in diversi Stati per forme di finanziamento pubblico alle campagne⁵.

Suggerzioni, queste, connesse all'affermazione dello Stato sociale nel vecchio continente, allorquando si discorreva intorno all'allargamento del suffragio ed all'irrompere delle masse sulla

⁵ V. anche G. Bognetti, "Lo spirito del costituzionalismo statunitense" – vol. II, La Costituzione democratica, Giappichelli editore, Torino 2000

scena politica, portatrici di istanze organizzate in partiti davvero lontani dalle aggregazioni di consenso di quella società omogenea tipica della rappresentanza borghese⁶. Eppure, in un primo tempo, simili considerazioni ben poco parevano scalfire la più liberale ideologia americana: poteva quel concetto di libertà delineato nella Carta costituzionale e così caro all'affermazione della democrazia d'oltreoceano essere minato dai tentativi di rendere gli apporti economici consegnati ai *competitors* politici conformi a modelli predeterminati dal legislatore? Sembrava che ciò potesse produrre effetti distorsivi della reale articolazione delle forze in campo e delle dinamiche sociali rappresentate, rendendo *res ficta* la loro proiezione in Parlamento.

Quanto appena detto sembrerebbe essere contraddetto dal secondo corso della storia politica del Paese, al momento dell'introduzione delle prime limitazioni alla contribuzione volontaria, in un'ottica di riconsiderazione di un'eguaglianza solo formale che aveva avuto la meglio nelle stagioni più spiccatamente liberali.

È pur vero che quanto si andrà a dire non sembra aver minato alla base l'impostazione della questione rappresentativa, pur avendo introdotto correttivi utili ad assicurare maggiore equità e trasparenza alla competizione elettorale. Peraltro, pare a tanta dottrina che il prevalente ricorso al denaro dei privati abbia rappresentato, più che uno strumento di raccolta della contribuzione volontaria per il finanziamento della campagna elettorale, soprattutto una forma di preventiva manifestazione e raccolta del consenso⁷: non solo dalla più grande donazione, ma soprattutto dal numero di micro-finanziamenti ricevuti dai singoli cittadini, il candidato ben poteva avere contezza dell'aggregazione di consenso che si stava formando attorno alla propria persona, anche approntando le più opportune strategie correttive.

I motivi che hanno condotto le moderne democrazie ad affrontare e, per l'effetto, disciplinare le modalità d'impiego di somme di denaro per il finanziamento delle corse al seggio elettorale sono diversi, tutti legati alle modalità con le quali un Paese intenda affrontare le questioni di cultura ed etica pubblica. Nell'ambito d'indagine cui questo scritto si dedica, va pure considerato come risalga al 1978 l'approvazione dell'*Ethics in Government Act*. L'anno non è poco significativo: l'intervento legislativo si pone in una stringente linea di reazione rispetto allo scandalo *Watergate*

⁶ Per approfondimenti, v. R. Nania, P. Ridola (a cura di), *“I diritti costituzionali”* vol. I, Giappichelli editore, Torino 2006.

⁷ Sul punto si rinvia al Dossier curato dal Servizio biblioteca – Ufficio legislazione straniera della Camera dei Deputati, *“Il finanziamento della politica in Francia, Germania, Regno Unito, Spagna e Stati Uniti”* – Legislazione straniera, materiali di legislazione comparata n.2, 14 giugno 2013.

del 1972, definito la pietra d'angolo per lo sviluppo delle riflessioni in tema di etica pubblica in America⁸.

Lo stesso è da dirsi in relazione ai finanziamenti delle campagne elettorali, in una linea di tendenza che negli Stati Uniti si è da subito distinta dalle argomentazioni che hanno plasmato le ideologie europee: il sistema di finanziamenti non prevede, se non per limitate ipotesi sulla perdurante attualità delle quali la dottrina si è profusa in interessanti scritti⁹, contribuzioni pubbliche per la corsa elettorale dei rappresentanti del popolo. D'altra parte, ciascun candidato tende ormai a cercare da sé le risorse e gli strumenti più utili alla conduzione della propria campagna elettorale.

L'argomento sul quale la legislazione statunitense pare essersi concentrata è, invero, quello del contrasto alla corruzione, in un'ottica strettamente preventiva: in che modo, cioè, possa intervenire il pubblico regolatore al fine di arginare l'elargizione della contribuzione privata ai soli fini dell'interferenza con l'esercizio del potere pubblico. Si tratta, a ben vedere, di un argomento decisivo nello svolgimento della dialettica politica americana, che non ritiene la contribuzione in denaro un metodo di per sé idoneo a falsare la competizione politica, almeno finché questa non giunga ad integrare fenomeni corruttivi fra il finanziatore ed il candidato al seggio. Di qui, gli stretti obblighi di *disclosure*.

Si tratta di un concetto che la stessa Corte Suprema non ha esitato a riaffermare proprio in anni recenti, ribadendo come non costituisca illecito la ricerca di una "*general influence*" sui candidati da parte dei rispettivi finanziatori, ciò che contrasterebbe con la generale libertà di espressione richiamata nel *First Amendment*. L'elemento che, al contrario, sarebbe da considerare alla stregua di un vero e proprio illecito è la "*corruption*", che si esplica attraverso lo scambio tra l'esponente pubblico e gli interessi privati dei "*contributors*"¹⁰.

È pur vero che gli Stati Uniti potrebbero costituire un caso di studio in relazione alle modalità di deviazione da quello stesso modello di *transparency* che hanno ben tentato di costruire, ove

⁸ Cfr. F. Clementi, "*L'etica pubblica negli Stati Uniti. Un quadro d'insieme*", in F. Merloni, L. Cavallo Perin (a cura di), in "*Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*", Franco Angeli editore, 2009, pp. 384 ss.

⁹ Tra gli altri, si consiglia la lettura di F. Clementi, "*Ha ancora un senso il finanziamento pubblico delle campagne elettorali per le elezioni presidenziali negli Stati Uniti?*" in M. Lino, L. Pegoraro, J. Frosini (a cura di), "*From Bush to...? Le elezioni presidenziali americane 2004*", Bologna, Centre for Constitutional Studies and Democracies Development, Bonomo editore, 2004.

¹⁰ Il riferimento è a *McCutcheon et al. v. Federal Election Commission* del 2014.

solo si pensi alla portata assunta, in anni davvero recenti, dal fenomeno della *dark money*. Per lungo tempo, infatti, la principale criticità del sistema di finanziamento alla politica sembra essere stata la continua ricerca di “*loopholes*” da parte di contributori che, nel tentativo di aggirare le limitazioni imposte dalle leggi vigenti, hanno trovato il modo per far affluire denaro all’interno delle campagne elettorali.

Così, con l’espressione “*moneta non regolamentata*” si è giunti ad indicare il flusso di interessi che si collega all’apporto di denaro elettorale in elusione della disciplina legislativa. Si tratta di moneta legata a società che figurano quali organizzazioni di *welfare, non-profit*, comunque non obbligate alla rendicontazione degli afflussi e, di conseguenza, al disvelamento delle identità dei finanziatori. Così il famoso *think tank* “*Open Secrets*” definisce il problema: “*political spending meant to influence the decision of a voter, where the donor is not disclosed and the source of the money is unknown*”.

Ruolo centrale assumono, in tale questione, anche i cd. *PACs* (o “*independent expenditure committees*”), comitati in grado di raccogliere e spendere ingenti somme di denaro, oltre che di accettare contribuzioni da parte di aziende, di altre organizzazioni *non-profit*, di sindacati e di soggetti privati.

Sempre *Open Secrets* ha prodotto un’interessante statistica in merito all’utilizzo di *dark money* nelle ultime campagne elettorali: sulla scorta di dati forniti dalla FEC per il periodo 2000-2018, ha evidenziato come, a partire dal 2008, il totale delle somme raccolte senza che si sia avuta una qualche forma di identificazione dei donatori è iniziato rapidamente ad aumentare, per raggiungere il picco nella campagna del 2012, con quasi 310 milioni di dollari¹¹.

Quanto detto conduce a soffermare l’attenzione sul “*level of disclosure*” che regola tali forme di contribuzione: se la più importante delle criticità, lo si ripete, è data dal fatto che la maggior parte di simili entità non siano obbligate a rivelare l’identità dei loro finanziatori, il vero nodo pare essere quello per cui i gruppi che, invece, ricadono nel predetto obbligo rivelano solo dopo diverso tempo dalle elezioni l’ammontare dei contributi e l’identità dei finanziatori.

Alla luce di quanto appena osservato, più chiaro potrebbe apparire anche in che modo la disciplina che riguarda il finanziamento dei partiti e, di riflesso, la contribuzione in denaro a favore dei candidati alle elezioni presidenziali o del Congresso degli Stati Uniti costituisca, in fin

¹¹ Cfr, per approfondimenti il riferimento web <https://www.opensecrets.org/dark-money/basic>.

dei conti, la cartina di tornasole per analizzare il più generale rapporto tra gruppi di pressione e decisore politico¹².

D'altra parte, proprio quello della rappresentanza degli interessi costituisce forse uno degli argomenti principali del costituzionalismo più moderno e non può che rappresentare il primo riflesso dell'atteggiarsi dell'organizzazione dei poteri: laddove non si riesca ad intervenire sulla gestione delle influenze finanziarie sarà il mercato a regolare anche i principi della stessa organizzazione degli interessi, in un'ottica di rinnovata deregolamentazione.

1.2 Approcci normativi alla disciplina del finanziamento elettorale

La disciplina del finanziamento elettorale statunitense ha subito, nel tempo, diverse sistematizzazioni normative. Il primo intervento è da far risalire, a livello di Stato federale, al noto *Tillman Act*¹³, del 26 gennaio 1907, intitolato “*An Act to prohibit corporations from making money contributions in connection with political elections*”¹⁴.

Si trattava, a ben opinare, di una previsione legislativa ancora poco sviluppata, priva di strumenti di deterrenza o di istituzioni che, alla stregua di Autorità di regolazione, ne verificassero l'attuazione. Solo qualche anno più tardi, invece, sarebbero stati introdotti i primi obblighi di rendicontazione e pubblicazione dei riferimenti dei *contributors* (cd. *publication laws*). Si pensi, ancora, alle date del 1925 e del 1943 in cui furono adottati, rispettivamente, il *Federal Corrupt Practices Act* e lo *Smith-Connally Act*, entrambi tesi a limitare ancor di più il sistema dei finanziamenti (il secondo in particolare, a vietare le donazioni in denaro da parte dei sindacati).

¹² Per più ampi riferimenti, cfr. D. Campus, G. Pasquino, “USA: elezioni e sistema politico”, Bononia University Press, Bologna 2003; ma anche R. De Caria, “Lobbying e finanziamento elettorale negli Stati Uniti al tempo di Obama” cit.

¹³ Dal nome del suo proponente, il Sen. Benjamin Tillman della Carolina del Sud, che lo presentò al Senato come S.4563.

¹⁴ Il discorso che diede origine alla vicenda della regolamentazione legislativa dei finanziamenti tenuto dal Presidente Roosevelt dinanzi al Congresso proprio sulla questione delle contribuzioni elettorali così procedeva: “(...) *all contributions by corporations to any political committee or for any political purpose should be forbidden by law* (...)”. E, di nuovo, sembra che Roosevelt avesse replicato quella stessa presa di posizione, solo un anno più tardi, sempre dinanzi al Congresso: “*I again recommend a law prohibiting all corporations from contributing to the campaign expenses of any party (...). Let individuals contribute as they desire; but let us prohibit in effective fashion all corporations from making contributions for any political purpose, directly or indirectly (...)*”. Sulla scia di simili suggestioni, allora, il disegno di legge fu *signed into law* proprio dal Presidente Roosevelt il 26 gennaio 1907.

Merita nota per il commentatore, a proposito del *Federal Corrupt Practices Act*, il fatto che sia stato il primo intervento normativo ad aver previsto una forma, seppur ancora minimale, di rendicontazione in capo ai partiti, ai quali era fatto obbligo di presentare dei *report* relativi alle somme di denaro ricevute.

In ultimo, è del 1972 la totale novazione della materia a mezzo dell'approvazione del *Federal Election Campaign Act* (FECA) che, ancor oggi, pur in parte emendato, regola il finanziamento alla politica, fissando i principi della rendicontazione e dei limiti alle contribuzioni, oltre a disciplinare le modalità del finanziamento pubblico per la corsa alle presidenziali.

Merito non secondario del FECA è quello di aver costituito una prima Autorità a vigilanza dell'applicazione del dato normativo, la cd. *Federal Election Commission* (FEC), *independent regulatory agency*, con il compito istituzionale di “*protect the integrity of the campaign finance process (...) and to promote confidence and participation in the democratic process*”. In maniera regolare, la Commissione pubblica informazioni e *reports* in materia di *strategy, budget and performance* elettorali¹⁵.

Va ricordata, in parallelo, l'importanza che ha di recente assunto l'istituto del diritto di accesso all'informazione negli Stati Uniti, soprattutto a seguito dell'approvazione del *Freedom of Information Act* (cd. *FOIA*). Da approfondimenti condotti sul punto, si è potuto notare come i *report* annuali redatti sulla base del *FOIA* includano anche, in forma di statistica, le richieste documentali o di informazioni che la Commissione Federale Elettorale riceve dal pubblico. Si tratta di una questione interessante per l'individuazione di un termine del bilanciamento complementare a quello del *political speech*: l'etica della *trasparency*. La persistente attualità della questione è dimostrata anche da una giurisprudenza che si mantiene viva sull'argomento, nonostante diverso tempo sia ormai trascorso dalla definitiva approvazione della normativa FECA: si pensi alla sentenza *McCutcheon v. Federal Election Commission*, che risale solo al 2014.

Diverse sono, poi, le forme di contribuzione previste dal FECA: una duplice forma di finanziamento per le campagne presidenziali, oltre ad una forma dedicata al finanziamento interamente privato delle campagne per le elezioni del Congresso. Quale potrebbe esserne la *ratio*?

¹⁵ Si rinvia alla consultazione del sito ufficiale della FEC, *fec.gov*.

La prima forma di finanziamento della campagna presidenziale, com'è noto, è essenzialmente pubblica e riguarda i soli candidati alla corsa presidenziale (ed in particolare il momento delle *Conventions*): le statistiche ufficiali hanno stimato che nelle elezioni presidenziali del 2012 ciascuno dei maggiori partiti abbia ricevuto, a titolo pubblico, ben 18,2 milioni di dollari. Simile bacino di denaro è alimentato da somme che i privati scelgono, in occasione della denuncia dei redditi, di destinare al cd. *Presidential Election Campaign Fund*, istituito presso il Dipartimento del Tesoro. È comunque sempre interessante notare il progressivo venir meno dell'apporto di tali fondi, alla luce dell'opzione, sempre più spesso esercitata dai candidati, di voler attingere dalla contribuzione privata. Di qui, una seconda forma di finanziamento: quella interamente privata. Il motivo del fenomeno è probabilmente da rinvenire nella maggiore complessità che regola le modalità di utilizzo dei fondi pubblici, che vanno dalla necessaria rinuncia ad altre forme di finanziamento privato, all'obbligo di restituzione delle somme in caso di mancata osservanza delle norme di utilizzo, fino, profilo forse più importante, al rispetto di tetti di spesa che è la Commissione federale a stabilire in base a determinati e complessi parametri e ad aggiornare annualmente¹⁶.

Le ultime campagne presidenziali, che hanno visto i candidati non avvalersi della contribuzione pubblica, hanno invero registrato livelli di spesa effettivamente alti, irraggiungibili dalle somme che compongono il Fondo presso il Tesoro. Così, sono proprio le elezioni presidenziali, alle cui sole il FECA ha riservato forme di finanziamento pubblico, ad integrare la forma più ingente di circolazione del denaro privato in campagna elettorale. Un ripensamento in chiave meno stringente delle forme di accesso al finanziamento pubblico potrebbe ancora rivelarsi utile ad alleggerire un tale flusso di denaro?

Da ultimo, solo al fine di concludere la riflessione, per le forme di finanziamento alle campagne del Congresso, diversamente dalle campagne presidenziali, la contribuzione pubblica non pare in alcun modo prevista. Sul punto, le originarie previsioni del *FECA* sono state emendate dal *Bipartisan Campaign Reform Act (BCRA)* del 2012.

In generale, fine di tale legislazione è stato quello di contrastare il quasi illimitato ammontare di donazioni ai partiti in forma “*indiretta*” da parte dei sostenitori delle campagne elettorali (cd. *soft money*), oltre che di introdurre modalità di finanziamento mediante contribuzione “*diretta*”

¹⁶ Cit. Dossier “*Il finanziamento della politica in Francia, Germania, Regno Unito, Spagna e Stati Uniti*” cit.

(cd. *hard money*) che fossero maggiormente rigorose. Il finanziamento indiretto, in effetti, ha costituito per molto tempo la modalità più conveniente per aggirare quei vuoti normativi di cui si è detto¹⁷.

Il *BCRA* ha comunque in parte inciso sulla questione del finanziamento indiretto vietando del tutto l'utilizzo di *soft money* in occasione delle elezioni a livello federale (seppur mantenendola, con stringenti limitazioni, a livello di elezioni locali).

1.3 Osservazioni a seguito di una ricerca giurisprudenziale

1.3.1 *First Amendment e “political speech”*. Un itinerario a partire dal caso *Buckley v. Valeo*

La Corte Suprema si è a lungo concentrata sugli sviluppi della *freedom of speech*, attraverso una ricca analisi condotta in materia di “*legislazione elettorale di contorno*”¹⁸. A tal proposito, è stato osservato, ha perseguito, nel tempo, una sorta di “*dottrina delle libertà*”, da un lato tesa a massimamente esaltare il dato costituzionale e, dall'altro, impegnata ad elaborare una teoria il più possibile coerente nell'ambito di questi stessi diritti (con attenzione particolare alla libertà di espressione): insomma, ha dato il via a quella che è stata individuata come la *First Amendment Jurisprudence* la quale, tuttavia, soprattutto in materia elettorale, ha seguito itinerari non sempre

¹⁷ Pare essere stata, in effetti, proprio l'occasione dell'approvazione del *FECA* ad aver dato avvio al fenomeno dei *PACs*, *Political Action Committees*, quali organizzazioni di “*raccolta fondi*” a favore delle campagne di candidati, sul cui ruolo anche di recente tanto si discute, e che la dottrina non ha mancato di riconoscere come il più efficace strumento per la raccolta di interessi e la loro aggregazione sulla scena politica. Ebbene, pare che simili comitati abbiano costituito a lungo un canale privilegiato per i finanziamenti *indiretti*, di lobbisti e contributori a vario titolo. D'altronde, sulla portata del ruolo che i *PACs* hanno svolto nel tempo, gli stessi commentatori sembrano piuttosto divisi: se vi è chi vede un legame quasi “*indissolubile*” fra il gruppo d'opinione che ha formato il *PAC* e l'esponente politico che potrebbe averne sposato la causa, non manca chi ritiene che nonostante il “*contatto*” creato con il rappresentante politico tramite lo stesso *PAC*, questo non debba per forza estrinsecarsi in una qualche forma di condizionamento del voto reso nella sede istituzionale. Pare, comunque, all'esito di analisi condotte da alcuni studi sull'argomento, che il maggior risultato di un *PAC* possa essere quello di orientare il voto di un rappresentante “*incerto*”, non solo perché quella in discussione potrebbe integrare una questione prettamente tecnica, ma anche nel caso in cui il “*dilemma*” integri un problema, per così dire, “*minore*”, che non coinvolge in appassionati dibattiti il pubblico americano.

¹⁸ Per approfondimenti, si rinvia al contributo di C. Caruso, “*Teoria e “ideologia” della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech*”, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 ottobre 2013.

lineari, variamente argomentando sulla natura dell'interesse di volta in volta protetto. Meglio detto, una dottrina ha fatto emergere quello che pare essere l'ultimo approdo di questa giurisprudenza: la Corte pare infatti star procedendo verso una evoluzione dei paradigmi del bilanciamento, sì che pare essere “*l'evoluzione della tecnica argomentativa*” a “*identificare il livello di protezione della libertà costituzionale*”¹⁹.

V'è allora da chiedersi se sia possibile rinvenire un paradigma unitario che di volta in volta guidi il giudizio di prevalenza nel corso delle pronunce rese in materia. Non si dimentichi che è la stessa Corte ad aver affermato, nella pronuncia *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, come il senso primo della Carta dei diritti sia quello di sottrarre determinate materie dall'agone del rapporto politico fra maggioranza ed opposizione ed elevarle a principi ai quali soltanto la giurisprudenza della Corte possa dare applicazione, all'interno di istanze di bilanciamento che solo ad essa sembrano rimesse²⁰.

La pronuncia appena rievocata, peraltro, è ricordata come quella in cui è stata superata un'interpretazione meramente letterale del dato costituzionale per sancire la definitiva opportunità della ponderazione degli interessi. Di qui, l'idea per cui la progressiva espansione dell'interpretazione del *First Amendment* abbia condotto i giudici di ultima istanza a ricomprensivi una più lata forma di libertà di espressione: quella di *freedom of speech* nel dibattito politico (cd. “*political speech*”), che può ben manifestarsi a mezzo dell'esborso di denaro per il finanziamento della corsa al seggio del candidato preferito.

Sembra pure che ogni discorso in argomento di *political speech* non possa che prendere avvio dalla celebre pronuncia *Buckley v. Valeo*, datata 1975²¹. Questa ha in effetti costituito a lungo un valido cardine interpretativo, facendo del *First Amendment* la norma di assoluto riferimento in tema di tutela della libera competizione politica, modulata nel senso di una libertà di espressione e manifestazione d'opinione che ben potrebbe esprimersi anche a mezzo della contribuzione finanziaria.

Nel caso di specie, peraltro, la Corte aveva ritenuto conformi a costituzione sia le *contribution provisions* che le *covering disclosure*, asserendo come entrambe costituissero un’“*arma legislativa appropriata*” avverso le “*improper influence*” derivanti dalla dipendenza dei candidati dai grandi

¹⁹ Ancora, cfr. C. Caruso, ult. op. cit.

²⁰ *Ibidem*, 7

²¹ Per approfondimenti, si invita alla consultazione del sito ufficiale della Corte Suprema USA, *Supremecourt.gov*.

contributi privati. Di conseguenza, ogni massimale imposto alla contribuzione sarebbe dovuto servire ad attuare l'interesse alla salvaguardia dell'integrità del processo elettorale, senza incidere sul diritto dei cittadini, oltre che degli stessi candidati, ad impegnarsi in maniera attiva e partecipata nella discussione politica.

Al contrario, pare che sia da imputare ad una rimeditata teoria dell'applicazione del *First Amendment* la determinazione della Corte a dichiarare invalida ogni forma di imposizione di massimali alle “*independent expenditures*”, ogni limitazione alle spese sostenute da un singolo candidato per mezzo delle proprie risorse finanziarie (“*his own personal funds*”), oltre che ogni massimale sulle spese complessive della campagna, giacché ogni restrizione di questo genere avrebbe fondato delle irragionevoli ed intollerabili limitazioni alle capacità di impegno alla manifestazione ed espressione di partecipazione politica (“*restriction that the First Amendment cannot tolerate*”).

Il limite che la Corte aveva in questo caso fissato alle contribuzioni dei finanziatori privati, allora, vedeva il proprio unico, esclusivo argine nell'intento della prevenzione della corruzione. Più nello specifico, ha costituito perno argomentativo della pronuncia l'affermazione per cui ogni limitazione apposta dal legislatore alla spendita di denaro in favore di un candidato o di un partito avrebbe rischiato di farsi foriera di una illegittima compressione del principio costituzionalmente tutelato della libertà di espressione. D'altronde, la stessa Corte iniziava a rendersi conto del fatto che le campagne politiche moderne si fondassero in via prevalente sul potere dei mezzi di comunicazione di massa e richiedessero un ingente dispendio di risorse. Per ciò solo, iniziò a sembrargli evidente come la “*relationship between political communications and money*” dovesse necessariamente assumere una qualche nuova valenza di ordine costituzionale. Ed in effetti: “(…) *the electorate's increasing dependence on television, radio and other mass media for news and informations has made these expensive modes of communication indispensable instruments of effective political speech* (...)”.

Di qui, la piena giustificazione della legittimità delle stesse norme che impongono obblighi di trasparenza in capo ai candidati, i quali avrebbero dovuto rendere pubbliche tutte le forme di contribuzione alla propria campagna elettorale: si iniziava in tal misura a rimodulare l'approccio costituzionale all'organizzazione della competizione elettorale.

1.3.2 Il concetto di *discriminazione indiretta*: il ruolo della Corte Suprema, da *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* a *McConnell v. Federal Electoral Commission*

La dottrina ricorda un noto caso, risalente 1990, nel quale le argomentazioni della Corte Suprema furono in parte diverse da quelle su cui ci si è sinora soffermati: si tratta di *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, in cui, per la prima volta, la Corte ha reso prevalente il principio di eguaglianza rispetto a quello di libera manifestazione del pensiero (per come inteso nel senso del “*political speech*”). Bisognava, nello specifico, pronunciarsi sulla legittimità dei limiti posti agli esborsi elettorali effettuati dalle società per azioni.

Considerata l’elevata possibilità delle *corporations* di incidere nelle campagne elettorali, sì da distorcere la competizione fra i diversi candidati, in quell’occasione i giudici erano tornati ad argomentare in relazione ai pericoli di corruzione legati a detti finanziamenti. In un simile senso, la *ratio* della sentenza *Austin* sarebbe stata ripresa più avanti dalla *McConnell, United States Senators et al. v. Federal Electoral Commission* del 2004, resa a seguito dell’adozione del BCRA del 2002.

Proprio la sentenza *McConnell* ha costituito l’occasione per la Corte di pronunciarsi per la costituzionalità della legge *McCain-Feingold* in materia di finanziamento ai partiti, sul principio argomentativo per cui il Congresso ben avesse il diritto di vietare la cd. contribuzione indiretta, facendo ancora prevalere l’esigenza di contrastare l’insorgere di fenomeni corruttivi, anche rispetto alla garanzia di *freedom of speech* dei concorrenti al seggio.

È apparso a più riprese evidente, infatti, come simili esborsi fossero stati canalizzati dalla base dei partiti sino alle organizzazioni centrali e, per l’effetto, utilizzati per la miglior riuscita elettorale del candidato di turno²². L’intervento del legislatore, stando così le cose, non poteva farsi attendere, tanto più che la comunità politica ben ricordava le vicende dello scandalo *Enron*²³. A seguito di quei fatti il Congresso comprese a sufficienza gli effetti che una simile contribuzione poteva produrre rispetto allo svolgimento delle campagne elettorali di entrambe le compagnie politiche, scegliendo così di intervenire per mezzo del *BCRA*, ad emendare il *FECA*.

²² Nel biennio 1995-1996 il partito repubblicano ed il partito democratico si sono avvalsi, rispettivamente, di 138 e 124 milioni di dollari in *soft money*.

²³ Dalla *Enron Corporation*, multinazionale statunitense operante nel settore energetico.

La sentenza *McConnell* dell'anno successivo ha allora sigillato la bontà dell'intervento legislativo, non solo ritenendo legittime le limitazioni alla *soft money*, ma anche le limitazioni in materia di cd. "*electioneering communications*". Infatti, si osservi come la Corte abbia specificato che non contrasti con il I Emendamento una legge che vieti ai partiti politici, a loro comitati elettorali o a loro rappresentanti, in sede sia federale che statale, di sollecitare o ricevere fondi da parte di imprese, sindacati, enti *non-profit* o associazioni di categoria per il finanziamento di lezioni federali; ancora, che vieti a tali soggetti di versare somme volte a consentire la presenza televisiva di candidati in elezioni federali; che imponga, infine, alle emittenti televisive di tenere un registro delle richieste di accesso al servizio televisivo.

In verità, simile statuizione sarebbe stata parzialmente rivista nel 2007 nell'ambito della pronuncia *FEC v. Wisconsin Right to Life Inc.*, quando la Corte stabilì che il limite dei 30 giorni antecedenti l'elezione primaria non dovesse essere rispettato per quegli spot pubblicitari che non fosse automatico interpretare come esplicite esortazioni ad esprimere una preferenza verso uno specifico candidato o avverso un altro, sebbene la stessa Corte abbia tenuto a precisare che quanto appena detto non dovesse essere letto in chiave derogatoria della *McConnell* del 2003.

La portata di simile pronuncia appare, comunque, rilevante in relazione all'argomentazione spesa sulla tecnica del bilanciamento utilizzata²⁴, che si fa notare rispetto al precedente *Buckley v. Valeo*. Non a caso, ne è stato evidenziato il rovesciamento di prospettiva: l'interesse primario della *McConnell* è stato quello di arginare la portata del fenomeno corruttivo in relazione ai finanziamenti indiretti dei grandi portatori d'interesse, e solo in seguito ha indagato detto fenomeno a fronte del pericolo della limitazione della libertà d'espressione che l'eccessiva espansione del primo avrebbe potuto ingenerare; in *Buckley v. Valeo* è invece il I Emendamento ad essere costantemente al centro del procedere argomentativo della sentenza.

Ad una lettura dell'opinione di maggioranza della *McConnell*²⁵ v'è il tentativo di motivare su un simile mutamento d'approccio: i giudici hanno precisato come, dall'entrata in vigore del *Federal Elections*, la competizione politica fosse di molto mutata, ed il numero degli espedienti tesi ad aggirare i vincoli ormai precari posti dal *FECA* grandemente aumentato. Di qui, la

²⁴ Inutile rievocare il clamore mediatico che la *McConnell* suscitò fra nell'opinione pubblica, e soprattutto fra gli interessi di partito, giacché sembrava ormai definitivamente ristretto uno dei canali di maggior afflusso di denaro in forma "*indiretta*", dunque fuori dalle tradizionali forme di controllo sino a quel momento apprestate dal *FECA* del 1972.

²⁵ Giudici Stevens e O'Connor.

necessità di dare prevalenza alla concretezza dello svolgersi del discorso politico, nell'evidenza che questo potesse ormai essere irrimediabilmente compromesso da un'alterazione che avrebbe rischiato di divenire strutturale. Tant'è vero che la maggior parte delle argomentazioni della Corte fanno perno sul concetto di “*alterazione del normale processo democratico*” da parte di un eccessivo apporto della contribuzione indiretta: per la prima volta si parla del fatto che gli esborsi in denaro non ponessero solo problemi di *quid pro quo* (dunque di un effettivo e realizzato scambio), bensì di vera e propria “*tenuta democratica del sistema*”²⁶.

Il *Chief Justice W. Rehnquist* sottolineò pure come il finanziamento in denaro della politica potesse, di per sé solo, generare una sorta di “*aspettativa*” nel soggetto contribuente, sì da alimentare un lento ma inesorabile processo di delegittimazione e degenerazione della scena politico-istituzionale.

Altro dato interessante diviene, allora, la presa di posizione in materia di corruzione, tanto che in dottrina è stato evidenziato come la pronuncia *McConnell* abbia avviato una “*rivoluzione costituzionale implicita*”²⁷.

In anni successivi, la stessa Corte avrebbe decisamente ristretto la portata della accezione *Stevens-O'Connor*, ma pare doversi comunque dar conto della prima volta in cui la Corte non ha condiviso una nozione di corruzione eccessivamente ristretta e, soprattutto, incapace di abbracciare una visione complessiva del fenomeno sociale, qual è quella propugnata da chi sostiene che le uniche limitazioni tollerabili da un intervento del legislatore alla *freedom of speech* dovrebbero essere subordinate alla prova che il politico decida, solo in sede di organo rappresentativo, di diversamente modulare il proprio voto in dipendenza di un certo esborso in denaro²⁸.

²⁶ V. M. Cerese, “*Corte Suprema degli Stati Uniti d’America: sentenza 10 dicembre 2003, Pres. Rehnquist; McConnell v. Federal Elections Commission*”, nota a sentenza, il Foro italiano, vol. 127, n.4.

²⁷ V. P. L. Petrillo, “*Democrazie sotto pressione. Parlamenti e lobby nel diritto comparato*”, Università di Siena – Dipartimento di diritto dell’economia, Giuffrè editore, 2011, spec. pag. 222, nota n. 552.

²⁸ Alla sentenza *McConnell*, sia detto a mero titolo di cronaca, hanno fatto seguito altri pronunciamenti, più o meno dello stesso tenore: *Randall v. Sorrell* nel 2006, *FEC v. Wisconsin Right to Life Inc.* del 2007 e *Davis v. FEC* del 2008, sempre in materia di limitazioni al finanziamento elettorale.

1.3.3 Un ritorno davvero liberale? *Citizen United v. Federal Election Commission*: un noto caso di *overruling*

In anni più recenti, tuttavia, alcune di quelle che erano apparse le statuizioni di principio di più rilevanti della giurisprudenza sembrano di nuovo messe in discussione dalla Corte Suprema, in quello che è apparso il più eclatante *overruling* in materia, ossia la pronuncia *Citizen United v. Federal Election Commission* (FEC) del 2010²⁹.

La controversia, giova ricordarlo, originava dalla trasmissione di un filmato avverso la candidatura alle primarie di Hillary Clinton (il titolo era: “*Hillary: The Movie*”).

I finanziamenti per la creazione e diffusione erano stati concessi da una organizzazione *non-profit*, la *Citizen United*, che ricorreva in giudizio lamentando la non costituzionalità dell’articolo 441b *FECA*, per come modificato dalla *McCain-Feingold*, opponendosi all’ingiunzione ricevuta dall’Autorità di controllo che impediva la trasmissione del filmato. Ci si chiedeva in particolare, se fosse legittimo vietare a *corporations*, *unions* oltre che ad *activist groups* a vario titolo, di finanziare la comunicazione elettorale, anche servendosi di trasmissioni sui mezzi di comunicazione di massa (via etere, via cavo o via satellite) che avessero l’unico intento di appoggiare o screditare uno dei concorrenti alla campagna elettorale, nei 30 giorni precedenti alla data dello svolgimento delle primarie o nei 60 giorni precedenti le elezioni politiche³⁰.

A contestare le argomentazioni della FEC, la *Citizen United* sosteneva che la diffusione del *Movie* in modalità *on demand* non potesse integrare una comunicazione vietata sulla base del *FECA* poiché non integrante una “*electioneering communication publicly distributed*” (caratterizzata dall’essere immediatamente percepibile dal pubblico, in maniera indiscriminata). L’*on demand*, a dire della difesa, richiederebbe una certa attività del pubblico che, per accedervi, dovrebbe abbonarsi al canale e scegliere il programma tra le varie opzioni di navigazione, senza che la visione di questo gli sia immediatamente proposta come tale.

Come si ricorderà, la Corte ha avallato le richieste di *Citizen United* ma, attesa la stretta maggioranza di giudici che si sono pronunciati per la non conformità della legge a Costituzione (5

²⁹ Per una nota a commento si rinvia a C. Caruso, “*Stati Uniti: Money must talk. Citizen United v. Federal Election Commission e la lettura libertarian della freedom of speech*”, in Forum di Quaderni Costituzionali.

³⁰ Per completezza, si noti che la legge riconosceva comunque la possibilità che, a tale scopo, fossero creati fondi dedicati (i cd. PACs), assoggettati a stringenti obblighi di trasparenza del bilancio, preposti proprio al finanziamento della comunicazione politica.

contro 4), vale notare il doppio binario sul quale si sono mosse le argomentazioni di questi, tanto in punto di eguaglianza che di trasparenza. Nel caso in esame, la tutela dell'equità nello svolgimento della competizione elettorale pare invero cedere il passo ad un'eguaglianza che potrebbe dirsi del tutto formale se ricondotta alla disponibilità economica del finanziatore che scelga di favorire il candidato di turno, quasi come se la corsa elettorale volesse assumere i ben diversi contorni di una corsa al finanziamento. Eguaglianza formale che è dato cogliere, a ben vedere, nel riconoscimento in capo anche a *corporations* e *unions* di una *freedom of speech* che giustificerebbe la loro facoltà di intervento nell'agone elettorale.

Ha infatti ritenuto la Corte, argomentando molto oltre le specifiche ragioni addotte dalla ricorrente, che non potesse darsi un'interpretazione *case by case* della predetta libertà, tale da operare discriminazioni sulla base del mezzo di diffusione di volta in volta utilizzato per esprimere un pensiero politico o sulla scorta della struttura giuridica della società che rende il finanziamento, senza incorrere in una situazione di irragionevole arbitrarietà. Si tratterebbe, infatti, di una restrizione della libertà fondamentale al *political speech* operata sulla base di requisiti soggettivi: limitazione, questa, ammessa solo all'esito di uno *strict scrutiny* svolto dalla Corte.

Pare allora che la diversa capacità del soggetto finanziatore di "incidere" nella campagna elettorale, con un maggiore o minore esborso di denaro, non possa costituire un impedimento alla stessa partecipazione: di bel nuovo, il perno del giudizio di bilanciamento sembra spostato in favore della tutela di un'asserita libertà di espressione, che non potrebbe tollerare una *deminutio* neppure dinanzi alla capacità economica del concorrente. Tant'è vero che detta libertà è "*indispensable to decision making in a democracy, and this is no less true because the speech comes from a corporation rather than an individual*".

La Corte ha comunque mantenuto ferme le garanzie tradizionalmente concepite per assicurare la bontà del processo elettorale: obblighi che, da soli, potrebbero di certo presidiare il buon andamento e la correttezza della campagna elettorale, senza per ciò imporre un eccessivo sacrificio alla partecipazione dei privati. Stando al tenore letterale della pronuncia, in effetti, si coglie un più ampio riconoscimento dell'effettività del diritto ad essere informati e ad esprimere un'effettiva prestazione di consenso, da realizzarsi per il tramite del rispetto degli obblighi di dichiarazione dei finanziamenti ricevuti.

Non è necessario ricordare come, a seguito della *Citizen United*, il dibattito sulle modalità di finanziamento alla politica si sia fatto sempre più acceso tra l'opinione pubblica, a quel punto

spaccata tra chi pretendeva che lo Stato introducesse forme più o meno forti di regolamentazione degli obblighi di *disclosure* e chi, al contrario, condannava l'apposizione di restrizioni alla libertà di espressione politica. Di qui, la nota teoria della “*retaliation*” propugnata dal giudice Thomas nella propria *Opinion* sulla pronuncia: a suo dire, l'obbligo di rivelare l'origine del finanziamento finirebbe, più che tutelarne la correttezza, per danneggiare la partecipazione alla competizione³¹. Il candidato, nello specifico, si troverebbe costretto a violare il diritto alla riservatezza di quei finanziatori che desideravano rimanere anonimi, soprattutto per non vedere compromessa la propria immagine dinanzi ad esplicite scelte politiche; inoltre, vi sarebbero da considerare gli ingenti costi che gli apparati organizzativi che si muovono attorno alla campagna elettorale del candidato si troverebbero costretti a sostenere per adempiere agli obblighi di *disclosure*.

Un'interessante dottrina ha, peraltro, sottolineato come la pronuncia in commento sembrerebbe aver preso posizione sull'annosa questione che divide il dibattito americano, tra i sostenitori del cd. “*Deregulate and Disclose*”, che fa del valore assoluto della libertà di manifestazione del pensiero il proprio vessillo, e coloro che propendono per la cd. “*Clean Money Option*”, ovvero per l'opzione verso una forma di finanziamento pubblico ai candidati finalizzato a contrastare il predominio privatistico sulle modalità di organizzazione del consenso³².

Interessanti deduzioni possono pure scaturire dall'analisi dei termini della *dissenting opinion* del *Justice Stevens*³³. Il giudice ha rilevato infatti come sia stato dato poco peso all'effetto distorsivo associato alle modalità in cui si intende la comunicazione politica, oltre al modo in cui il *corporate domination* sul discorso politico potrebbe impoverire (invece che, come

³¹ Cfr. AA. VV., “*Le evoluzioni della legislazione elettorale di contorno in Europa*” – in LUISS Guido Carli – Collana di Quaderni del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche Vittorio Bachelet, 2011, spec. 122 ss.

³² *Ibidem*, 123.

³³ Il commentatore italiano, invero, non è abituato a potersi giovare di un simile istituto dal momento che la Corte costituzionale, per diverse ed altrettanto valide ragioni, ha ritenuto di rendere delle pronunce che, anche in virtù degli effetti che è in grado di produrre nell'ordinamento italiano, fossero unitarie sotto ogni punto di vista. Eppure, nel contesto giuridico americano l'opinione dissenziente ha reso davvero vivaci i termini di un dibattito che l'interprete non può ignorare nelle proprie analisi: e così è per il caso del finanziamento alla politica. In effetti, ad esempio, la lettura della *dissenting opinion* resa dal giudice *Stevens* riprende molte delle argomentazioni che sin qui si è tentato di spendere. Per approfondimenti, si invita alla consultazione di AA. VV., F. Falato (a cura di), “*Segreto della camera di consiglio ed opinione dissenziente. Un rapporto da (ri)meditare per le decisioni delle Corti superiori*”, in I Libri di Archivio Penale (nuova serie), vol. 8, Pisa University Press, 2018 111; M. Gorlani, “*La dissenting opinion nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti: un modello importabile in Italia?*”, in Forum di Quaderni Costituzionali, 17 maggio 2002.

comunemente si crede, arricchire) il *marketplace of ideas*³⁴. Intendere la corruzione come *quid pro quo* è oltretutto sembrato al giudice piuttosto semplicistico, se non lontano dalla realtà. Stevens ha scritto infatti che la Corte si è trincerata dietro un'interpretazione “*aphoristic*” del I Emendamento, che avrebbe impedito ai cittadini ed al Congresso, oltre che alla legislazione dei singoli Stati, di adottare misure per arginare il dominio delle *corporations* sul processo elettorale. Simile opinione è stata condivisa dai giudici S. Breyer, R. Bader Ginsburg e S. Sotomayor.

1.3.4 Ultime notizie dalla Corte Suprema: verso la ridefinizione degli *aggregate limits* nel caso *McCutcheon v. Federal Election Commission*

La ricerca giurisprudenziale che si è sinora condotta non può concludersi senza menzionare la sentenza *McCutcheon et. al. v. FEC*, la cui rilevanza è chiaramente percepibile dalla portata di una dichiarazione di non costituzionalità di una norma che, nella giurisprudenza precedente della Corte, aveva invece costituito l'argine al manifestarsi della pratica dei finanziamenti a pioggia³⁵.

Nel dettaglio, la Suprema Corte ha dichiarato l'illegittimità della disposizione del FECA che fissava un limite massimo per l'ammontare delle donazioni effettuate da soggetti privati, proponendo di nuovo all'attenzione il problema della configurazione della corruzione in politica. La Corte è infatti tornata ad asserire come soltanto uno scambio corruttivo effettivo possa configurare un illecito, senza che sia dato ricondurvi la semplice volontà di ottenere dei vantaggi o di accaparrarsi il favore dei candidati a mezzo di donazioni in denaro.

Allora, dinanzi ad un vantaggio che il finanziatore non sa se mai otterrà, la Corte Suprema ha scelto di privilegiarne una *freedom of speech* che ben potrebbe manifestarsi a mezzo di una contribuzione in denaro.

Per la verità, anche nel caso *McCutcheon* la formazione della maggioranza sulla rimozione del tetto alle donazioni è stata raggiunta con il solo scarto di un giudice a favore. L'opinione

³⁴ V. anche A. Buratti, “*il Free Marketplace of Ideas verso il Far West. La Corte Suprema prosegue nello sgretolamento delle garanzie del processo elettorale (McCutcheon et. al. v. Federal Election Commission)*”, in *Diritti Comparati*, 04 aprile 2014.

³⁵ Per commenti in dottrina, si rimanda alla lettura di G. A. Leonidi, “*Il finanziamento della politica USA dopo McCutcheon v. FEC*”, in *Eticaeconomia online*, 17 novembre 2014; R. Sam Garrett, “*Campaign Contribution Limits: Selected Questions about McCutcheon and Policy Issues for Congress*”, in *Congressional Research Service*, 7 aprile 2014; ma anche A. Buratti, “*il Free Marketplace of Ideas verso il Far West*”, cit..

dissenziente del giudice S. Breyer ha in effetti messo in luce uno dei nodi critici: il bilanciamento cui la Corte Suprema ha scelto di dar corso è sembrato eccessivamente sacrificare lo stesso contegno delle istituzioni rappresentative, esposte a forme di condizionamento che non si addicono ad una moderna democrazia.

A dire del giudice Breyer, in particolare, non sarebbe stata fornita l'interpretazione più corretta al I Emendamento che, letto unicamente alla luce di una massima tutela da accordare alla libertà di espressione, sarebbe stato sminuito nella parte in cui non è stata considerato il valore della tutela delle istituzioni. La libertà di manifestazione dell'opinione politica potrà esplicarsi tanto più efficacemente quanto più sia equa la competizione: se questa è falsata dall'afflusso indiscriminato di capitali e risorse finanziarie sarà minata la stessa integrità della formazione dell'organo rappresentativo, perché si sarà consentito di praticare il *political speech* soltanto a chi disponeva dei mezzi per farlo.

Il diritto di ciascuno al *political speech* integrerebbe, in specie, anche quello vantato dalle istituzioni a che la partecipazione politica sia mantenuta all'interno di un ordine democratico che consenta loro di preservarsi quale colonna dell'assetto della rappresentatività.

1.3.5 Per concludere, un focus sull'utilizzo delle tecniche decisionali da parte della Corte Suprema: tra *strict scrutiny*, tecniche bilanciamento e *dissenting opinions*

Come si è potuto osservare, la giurisprudenza della Corte Suprema, utilizzando diverse modalità di *scrutiny*, ha potuto nel tempo sistematizzare e veicolare diverse istanze e nuovi valori, in un importante lavoro di attuazione e svolgimento della Costituzione, pur essendo certo che la scelta di prevalenza degli interessi sia in primo luogo politica, espressa per mezzo di atti legislativi sulla cui ragionevolezza sarà chiamato a pronunciarsi il giudice della costituzionalità³⁶.

Se già dagli anni Trenta la Corte ha sviluppato tecniche di bilanciamento per la tutela dei diritti economico-sociali, è dagli anni Cinquanta che è giunta a coinvolgere gli stessi diritti di libertà. In

³⁶ Sul punto, interessanti appaiono gli scritti di G. Pino, "Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi", in *Ethics and Politics*, 2006, I; M. Cartabia, "I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana", Scritto per la Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma – Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, consultabile sul sito ufficiale della Corte costituzionale italiana.

tal senso, già a partire dagli anni Sessanta si è affermata la tecnica dello *strict scrutiny*, da effettuare nei confronti di quelle leggi che mirano a regolamentare diritti fondamentali. Affinché una legislazione in materia di limitazione alla contribuzione possa superare il vaglio di costituzionalità, allora, sarà necessario dimostrare che questa sia stata adottata al fine di promuovere un *compelling governmental interest*, oltre ad apparire *narrowly tailored* ai fini del raggiungimento di quello stesso interesse (in un senso simile a quello che nell'ordinamento giuridico italiano potrebbe essere lo scrutinio di stretta proporzionalità)³⁷. Di recente, in una *dissenting opinion* resa nel caso *Williams-Yulee v. Florida Bar* (2015), il giudice A. Scalia ha fornito una definizione di giudizio di proporzionalità per come dovrebbe essere svolto dalla Corte, estrinsecato nel più ampio concetto di *less harmful mean*. “L’ottimo bilanciamento” dovrebbe allora tutelare il diritto ritenuto prevalente nel singolo caso di specie, contestualmente producendo il minor sacrificio possibile dell’altro diritto³⁸.

Dunque, l’applicazione dello *strict scrutiny* si è più volte tradotta in una censura di incostituzionalità nei riguardi di numerosi interventi legislativi la cui *ratio* non sembrava rinvenire una precisa giustificazione nella cogenza dell’interesse tutelato né essere d’importanza tale da consentirne l’ingerenza su determinati beni ritenuti fondamentali. Insomma, non sembrerebbe inesatto sostenere che la forma di scrutinio di volta in volta al vaglio della Corte sia stata utile, nel corso del tempo, a rivelare più di qualcosa in merito all’articolazione del sistema di protezione dei valori che vige oggi negli Stati Uniti e che, gradualmente, ha consentito di trasfondere nelle pronunce di quell’organo giudiziale la ricerca del fondamento della democrazia americana.

Il tutto, fino a ridefinire le stesse forme del giudizio di bilanciamento, rendendo insufficiente un’argomentazione basata su logiche letterali o deduttive: si pensi alle lunghe riflessioni condotte attorno alla rimodulazione dei contorni della libertà di manifestazione del pensiero.

Insomma, pare potersi asserire che siano state soprattutto le “*concrete circostanze ed il momento storico*” ad aver plasmato il diverso grado di protezione dell’interesse, come sempre accade nelle vicende delle moderne democrazie: si pensi, solo per dare un sommario esempio, al quello che, in occasione del giudizio sulla apposizione di simboli sulla bandiera americana, è stato

³⁷ Cfr. C. Caruso, “*Teoria e ideologia della libertà d’espressione*” cit.

³⁸ V. anche M. A. Simonelli, “*Gli Stati possono vietare ai candidati giudici di sollecitare personalmente finanziamenti elettorali*”, DPCE online, 2015-3.

definito *Spence Test*, e che è da tutti ricordato per aver sancito, sebbene in diverso ambito, l'assimilazione fra i due tipi di linguaggio (*speech*), quello simbolico e quello tradizionale³⁹.

In tale prospettiva, anche il giudizio della Corte Suprema in materia di finanziamento della politica ha nel tempo subito delle inevitabili oscillazioni, ha prodotto *overruling* che sembravano funzionali alla tutela di uno specifico interesse nella concretezza del contesto politico di riferimento. Di tutto ciò si è tentato di rendere il conto, nella consapevolezza che ogni evoluzione giurisprudenziale rimane intimamente legata al sentimento sociale e politico che permea la realtà ed il momento storico di un singolo Paese e che, per ciò solo, pare differenziarlo dall'esperienza di ogni altra cultura giuridica.

2. Democrazia digitale: quali sfide per i partiti?

Le conclusioni di un tale lavoro non potranno che collocarsi su di una prospettiva necessariamente "*aperta*". Vale infatti la pena considerare come, giunti al livello di sviluppo tecnologico attuale, e vagliate le più svariate possibilità che il *web* è in grado di offrire, diversi Paesi stiano oggi affrontando i grandi dilemmi posti dalla cd. *democrazia digitale*⁴⁰.

Senza dilungarsi sugli innumerevoli benefici che la tecnologia è in grado di apportare allo sviluppo del sistema democratico, ciò su cui ci si deve interrogare è in che modo l'utilizzo della rete sia ormai in grado di influire, fino quasi a determinare, le principali scelte della politica di un Paese⁴¹.

I profili d'analisi potrebbero essere molteplici, tutti implicanti diversi gradi di complessità: si pensi alla questione delle sempre rinnovate tecniche di disinformazione, all'annoso problema delle modalità del trattamento dei dati personali resi *on-line*, fino a quella dei protocolli di sicurezza da predisporre per garantire la migliore attestazione del consenso sul *web*. Pare forse un'utopia del

³⁹ Sul punto, v. C. Caruso, "*Teoria e "ideologia della libertà di espressione"*" cit.

⁴⁰ Si consiglia la lettura di P. Costanzo, "*La democrazia digitale – precauzioni per l'uso*", in *Diritto Pubblico* fasc. n. 10/2019; v. anche M. Delmastro, A. Nicita, "*Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*", Il Mulino editore, Bologna 2019.

⁴¹ V. gli approfondimenti di Il Forum, "*Le sfide della democrazia digitale*" – Gruppo di Pisa, 15 dicembre 2019; ancora, Rubrica "*Campagna elettorale USA: vince il politically incorrect?*", ISPI online, 22 ottobre 2020

secolo moderno quella di voler imbrigliare in regole e disciplinari un mondo, qual è quello della rete che, per propria natura, appare uno spazio senza confini e, soprattutto, senza giurisdizione.

Sulla scorta ciò, si ritiene allora utile spendere qualche ulteriore battuta finale in merito a quella che, anche negli Stati Uniti, sta assurgendo a manifestazione del tutto nuova di raccolta del consenso, che tende per molti versi a superare il tradizionale baluardo di partito e destinata per certi versi ad incidere sui più vari aspetti politico-economici d'oltreoceano.

Si è già detto infatti del sempre crescente ricorso alla moneta virtuale ed alla “*tecnologia dei blocchi*” al fine di attrarre partecipazione politica. A mezzo di un registro aperto e distribuito che realizza la funzione di memorizzare una transazione in modo sicuro, verificabile e permanente, ogni transazione diviene facile, veloce ed alla portata di tutti. Le criptovalute, in particolare, sembrano oggi costituire lo strumento migliore per effettuare dazioni di denaro avvalendosi della tecnologia *blockchain* e sfruttando la garanzia dell'anonimato a mezzo delle modalità di applicazione della crittografia alle transazioni virtuali.

Tanto premesso, non occorre ricordare quanto l'utilizzo di tale tecnologia nelle campagne elettorali sia un fenomeno esplosivo ormai da qualche anno. Del pari, è noto come la *Federal Election Commission* abbia di recente approvato (all'unanimità) la possibilità di finanziare le campagne elettorali tramite valuta virtuale: si tratta della già richiamata *Advisory Opinion* 2014 – 02, nella quale “*the Commission concluded that bitcoins are “money or anything of value” within the meaning of the Act*”. La legislazione sui finanziamenti alle campagne elettorali, in effetti, definisce con il termine contribution “*any gift, subscription, loan, advance or deposit of money or anything of value made by any person for the purpose of influencing any election for Federal office*” (2 U.S.C. § 431(8)(A)(i))⁴².

È così chiaro come le criptovalute possano essere oggi utilizzate anche in tale nuova veste; d'altra parte, la stessa FEC tiene a precisare come una tale considerazione non possa scalfire le regole generali che riguardano il dovere della Commissione di censurare donazioni che siano di provenienza illecita, che eccedano i limiti contributivi previsti dalla legislazione corrente o costituiscano, comunque, fonti illecite di finanziamento (si legge: “*A committee treasurer is responsible for examining all contributions received for evidence of illegality and for ascertaining*

⁴² *Advisory Opinion* FEC n. 2014-02, consultabile sul sito ufficiale fec.gov.

whether contributions received, when aggregated with other contributions from the same contributor, exceed the contribution limitations”).

Nonostante il perimetro costruito attorno a simile forma di finanziamento da parte della *Opinion* in commento, diversi esperti hanno da subito segnalato il pericolo di una manipolazione del sistema che possa moltiplicarne i profili d'utilizzo e, conseguentemente, le donazioni. Si sta parlando, addirittura, in anni recenti, dell'utilizzo del sistema di *mining* per finanziare un singolo partito: fonti specializzate e notizie stampa si rincorrono nell'analisi della possibilità di ricavare profitti per le campagne elettorali attraverso la condivisione di piattaforme per l'estrazione virtuale di cripto-moneta⁴³. Dunque, i sostenitori potrebbero aiutare il candidato preferito non a mezzo di dazioni in denaro corrente o virtuale ma mediante la semplice condivisione dell'energia elettrica del proprio dispositivo per agevolare il reperimento di energia per condurre attività di *mining*. Il tutto, semplicemente restando connessi alla pagina *web* del partito o dell'organizzazione che si intende finanziare e che ha allestito simile piattaforma: si tratta di una forma di contribuzione in denaro? O è semplicemente da leggere alla stregua di prestazione di servizio da parte del volontario che partecipa alla campagna elettorale? La FEC pare essere alle prese con simili questioni, che oggi più che mai sollecitano riscontri.

Ancora, si è di recente diffusa anche la notizia che un PAC abbia lanciato una *Initial Coin Offering* (ICO) al fine di supportare le campagne elettorali dei candidati al seggio pubblico. Nello specifico, senza voler scendere in tecnicismi, i contributori avranno diritto a ricevere un *utility token* che servirà loro per esprimere preferenze in merito alle politiche di determinati candidati su di una determinata piattaforma che avrà l'esclusiva funzione di raccolta del consenso.

Insomma, diverse sono le indicazioni per cui le *criptovalute* potrebbero divenire le protagoniste delle prossime campagne elettorali, tanto che ci si chiede se non valga la pena tentare di approcciare ad una prima regolamentazione del problema. Si è, infatti, avuto molto a che parlare di finanza partecipativa associata alle campagne elettorali e, per l'effetto, alle tecniche di raccolta del consenso, tanto da chiedersi a questo punto che ruolo vorrà giocare la moneta virtuale. Certamente, una simile frammentazione della partecipazione politica, ove l'espressione dell'opinione è lasciata in balia di reti, chat, transazioni in valuta virtuale, IOTs, non può che

⁴³ Si consiglia la lettura di M. Cavicchioli, “USA, le campagne politiche finanziate grazie al mining”, in *Cryptonomist.ch*, 5 ottobre 2018; V. anche E. Lach “Why Famous, Powerful Presidential Candidates Are Begging You for Five Dollars”, *The New Yorker*, 10/06/2019;

accrescere il dubbio che la democrazia si stia avviando verso derive partecipative che non tengono conto delle tradizionali forme di intermediazione politica. Il paradigma della rappresentanza tradizionale potrebbe venire distorto, quasi spezzato da forme indubbiamente interessanti ma che, per ciò solo, richiederebbero che il legislatore le sottraesse alla logica dell'auto-regolamentazione.

In ogni caso, non sembrano potersi sollevare troppi dubbi circa il fatto che anche le contribuzioni in valuta virtuale potrebbero introdurre una vera e propria rivoluzione tecnologica nelle forme del finanziamento della politica sinora conosciute: sarà allora interessante seguire gli sviluppi di simile mercato, davvero recente e che soltanto nel prossimo futuro potrà consentire di formulare le prime, efficaci statistiche in merito ai risultati effettivamente prodotti ed al percorso in concreto intrapreso.