

RICCARDO DE CARIA

Lobbying e finanziamento elettorale negli Stati Uniti al tempo di Obama

SOMMARIO: 1. Il *lobbying* nella Costituzione americana. – 2. La disciplina del *lobbying* nel *Lobbying Disclosure Act* e negli altri testi normativi rilevanti. – 3. Il finanziamento elettorale tra disposizioni normative e pronunce della Corte Suprema. – 4. Le nuove regole stabilite sotto l'Amministrazione Obama. – 5. La situazione attuale e i possibili scenari nel prossimo futuro.

1. *Il lobbying nella Costituzione americana*

L'attività di *lobbying* è talmente connaturata al sistema politico-costituzionale statunitense che spesso si dice, con un'espressione ricorrente nel linguaggio americano, che è «*as American as apple pie*». Non a caso, il *lobbying* gode negli Stati Uniti di espressa protezione costituzionale: il Primo Emendamento alla Costituzione tutela in generale la libertà di espressione, e vieta poi specificamente al Congresso di approvare leggi che limitino «il diritto che hanno i cittadini [...] di inoltrare petizioni al Governo per la riparazione di torti subiti»¹.

La Corte Suprema, nel fondamentale caso *United States v. Harris*², ha infatti affermato che la nozione di «riparazione dei torti subiti», contenuta nel Primo Emendamento, va interpretata in modo da ricomprendere il diritto di ogni cittadino di rivolgersi al governo non solo per chiedere un ristoro di ingiustizie che abbia subito,

¹ E. PALICI DI SUNI, F. CASSELLA e M. COMBA (a cura di), *Le Costituzioni del Paesi dell'Unione Europea* (2001²), p. 903. Naturalmente, là dove la Costituzione dice *government*, e noi non possiamo che tradurre «governo», si intende non solo quello che per noi è il governo in senso stretto, ma anche il Congresso e più in generale qualunque decisore pubblico, compreso quindi anche il potere giudiziario.

² 347 U.S. 612 (1954).

come vuole la lettera della disposizione, ma appunto anche il diritto di praticare il *lobbying*, cioè l'attività che consiste nel tentare di convincere il decisore pubblico ad adottare una decisione di qualunque tipo³. Il *lobbying* è quindi tutelato dalla Costituzione americana come una *species* del più ampio genere della libertà di parola, ossia come la libertà di parlare *per convincere un decisore pubblico*.

Poiché a sua volta il Primo Emendamento, in tutte le sue clausole, è una delle disposizioni più «sacre» del sistema giuridico americano, ne discende che l'attività di *lobbying* gode a sua volta di una tutela costituzionale estremamente forte.

Ciononostante, nel dibattito pubblico americano degli ultimi anni ci si è interrogati con crescente insistenza circa le possibili degenerazioni di questa attività, manifestatesi in modo particolarmente eclatante in alcuni scandali che hanno sollevato grande clamore mediatico⁴; è così divenuta esercizio comune la riflessione sui confini spesso incerti tra legittima opera di convincimento e illecita elargizione di favori per il decisore che si vuole convincere, sfociata, in casi come quelli richiamati, in autentica corruzione.

In particolare, ha acquistato un notevole favore la tesi che vede nel *lobbying* un fenomeno oscuro, pericoloso per la democrazia, perché capace di influenzarne le decisioni spesso tramite la forza del denaro, più che dei buoni argomenti. E ha guadagnato con-

³ Questo dunque il significato di *lobbying* accolto nel presente lavoro. Il vocabolario Zingarelli così definisce il *lobbying*: «attività diretta a tutelare gli interessi di un'azienda o di una categoria economica». Secondo il Webster Dictionary, il *lobbying* consiste, da parte di chi non sia membro di un'assemblea legislativa, nell'opera di «*address or solicit members of a legislative body in the lobby or elsewhere away from the house, with a view to influence their votes*». Quanto al Ballantine's Law Dictionary, la definizione proposta è «*services in attempting to obtain the passage of favored legislation. The practice of addressing or soliciting members of a legislative body, in the lobby off the chamber or elsewhere, for the purpose of influencing their votes*». Infine, il *Lobbying Disclosure Act* (LDA) (Pub. L. 104-65, Dec. 19, 1995, 109 Stat. 691), alla *Section 3* (2 USC 1602) non dà una vera definizione di *lobbying*, definendo però le *lobbying activities*, i *lobbying contacts* e i lobbisti: v. *infra*, § 2.

⁴ Il caso più clamoroso è stato quello di Jack Abramoff, in precedenza uno dei lobbisti di maggior successo, e attualmente detenuto per frode ai propri clienti (in particolare delle tribù indiane che gestivano dei casinò, da cui Abramoff riceveva peraltro compensi astronomici), e corruzione. Per un resoconto giornalistico di questo ed altri casi, v. R. KAISER, *So Damn Much Money*, pp. 3-24.

senso l'opinione che considera necessario un intervento legislativo che limiti in modo drastico la capacità d'influenza sulle decisioni pubbliche da parte dei portatori di interessi, esercitata per il tramite dei lobbisti.

In effetti, lo stesso Barack Obama, allora candidato alla presidenza, fece in qualche modo eco a questa corrente di pensiero, dichiarando che non avrebbe accettato contributi elettorali da lobbisti per la propria campagna (uno dei modi in cui i lobbisti acquisiscono influenza presso un uomo politico è quello di organizzare eventi di raccolta di fondi – c.d. *fundraisers* – a sostegno della sua campagna elettorale quando egli è candidato, oltre appunto a versargli direttamente somme di denaro di tasca propria).

Durante tutta la campagna presidenziale, Obama ha sostenuto a più riprese la necessità di ridurre l'influenza degli *special interests* (cioè gli interessi di parte, privati) sulla politica americana, tornando a far prevalere l'interesse generale. Egli ne ha fatto un tema centrale del proprio programma, e la promessa di riportare trasparenza a Washington è stata probabilmente uno degli elementi che più hanno giocato a favore della sua elezione⁵.

Peraltro, questo dato si è intrecciato con un altro molto significativo verificatosi nella campagna presidenziale del 2008, che ha degli stretti risvolti con ciò di cui si tratterà in questa sede: ci si riferisce alle inusuali scelte in materia di finanziamento dei candidati Obama, democratico, e McCain, repubblicano. Come spiega l'articolo del Professor Martin A. Rogoff contenuto in questo volume, la legislazione elettorale per le campagne presidenziali impone ai candidati di scegliere: se vogliono godere del finanziamento pubblico, devono rinunciare a raccogliere fondi dai privati, e viceversa, cioè se vogliono raccogliere fondi privati debbono rinunciare al finanziamento pubblico.

Ebbene, mentre il repubblicano McCain si è avvalso del finanziamento pubblico, la scelta opposta è stata compiuta proprio dal democratico Obama, il quale, confidando nella propria capacità di raccogliere molti fondi da donatori privati, ha rinunciato al finanziamento pubblico, affidandosi così interamente all'apporto dei pro-

⁵ Assai più diffusamente sull'elezione di Obama, v. in questo stesso lavoro il contributo del Prof. Martin A. Rogoff. Cfr. anche E. JONES e S. VASSALLO (a cura di), *L'America di Obama. Le elezioni del 2008 e le implicazioni per l'Europa*.

pri sostenitori: fra questi, vi è stato certamente un amplissimo numero di cittadini comuni che hanno donato cifre contenute, ma vi sono stati anche diversi grandi donatori, il che si pone in una certa potenziale tensione con la ferma volontà di Obama di porre un limite all'afflusso di denaro nella politica, specialmente da parte di grandi donatori singoli. Va infatti osservato che l'essere riuscito a raccogliere così tanto denaro per finanziare la sua campagna è unanimemente considerato uno degli elementi che più hanno aiutato la sua vittoria: in presenza di limiti più stretti, sulla falsariga di quelli da lui stesso invocati, forse Obama non sarebbe riuscito a vincere, o comunque la sua vittoria sarebbe stata più difficile.

In ogni caso, come si vedrà, Obama, una volta eletto, è stato chiamato ad onorare la promessa di riportare sotto la luce del sole (*sunlight*⁶) la politica della capitale, e così – come si vedrà nel dettaglio – tra i suoi primissimi atti compiuti dopo il giuramento vi sono stati alcuni provvedimenti in questa direzione. La lotta contro gli interessi di parte è stata perseguita da Obama tramite la lotta contro i lobbisti, che sono coloro che danno voce a questi interessi e spingono perché Amministrazione e Congresso adottino politiche a favore dei vari gruppi di pressione che essi rispettivamente rappresentano, colpevolmente disinteressandosi, a detta del candidato e poi Presidente Obama, dell'interesse collettivo.

Quando però dai proclami della campagna elettorale si è appunto passati ai primi fatti, Obama si è scontrato con due grossi ostacoli, che l'hanno richiamato alla dura realtà: da un lato, egli ha potuto esercitare la propria influenza soprattutto sull'Amministrazione e sulle agenzie direttamente dipendenti da quest'ultima, mentre è stato assai più arduo per lui condurre il Congresso ad adottare le pratiche da lui auspiccate. Per quanto forte fosse la sua *leadership* (ed era particolarmente forte all'inizio del suo mandato, che ha conosciuto un'assai significativa «luna di miele» con l'elettorato), comunque si è confermato ancora una volta quanto netta rimanga la separazione dei poteri nel sistema costituzionale americano.

⁶ Il termine è diventato di uso corrente da parte dei sostenitori di una maggior trasparenza nell'amministrazione, a partire dalla famosa affermazione per cui a buon diritto «*Sunlight is said to be the best of disinfectants*», fatta nel 1913 da Louis Brandeis (il quale di lì a pochi anni sarebbe diventato giudice della Corte Suprema federale), in un articolo sull'*Harper's Weekly* intitolato *What Publicity Can Do*.

In effetti, anche un Presidente che, come Obama, poteva vantare un grande successo elettorale e un forte consenso popolare nei primi mesi di attività, ha incontrato forti resistenze quando ha cercato di convincere il Congresso ad adottare leggi che gli permettessero di mettere in atto il suo programma: il Congresso si è confermato geloso custode della propria indipendenza e restio a mettere in atto le linee di condotta promosse da un altro organo del governo, senza prima incidere significativamente sulla loro concreta formulazione.

Peraltro, la vicenda dei tentativi (già intrapresi da precedenti maggioranze, anche di diverso colore politico), di limitare l'influenza del *lobbying*, e di uno dei suoi strumenti d'azione principali, il finanziamento delle campagne elettorali, così come suggerisce riflessioni di questo tipo sulla forma di governo, ha finito col dare origine ad uno scontro aperto tra l'attuale Presidente e la Corte Suprema federale: infatti, come si vedrà più ampiamente nei successivi paragrafi, una sentenza emanata da quest'ultima nel gennaio 2010 ha dichiarato illegittime alcune rilevanti disposizioni adottate da maggioranze precedenti all'attuale, ma che il Presidente difendeva con convinzione, ed egli ha pertanto criticato molto pesantemente tale pronuncia. La materia risulta quindi di particolare interesse per comprendere le più generali tendenze evolutive in atto nell'ordinamento americano, essendo le innovazioni che si verificano in tale ambito al contempo effetto e sintomo dei mutamenti in corso, da un lato, e causa di ulteriori mutamenti, dall'altro.

Si contrappongono, al riguardo, in modo assai evidente, due visioni molto diverse, una – fatta propria dall'attuale maggioranza dei giudici della Corte Suprema – che predilige la compresenza di interessi diversi e il reciproco scontrarsi e limitarsi degli uni con gli altri, e l'altra – incarnata da Obama – che teme che questo finisca col danneggiare l'interesse generale; l'una che non crede all'esistenza di un unico, oggettivo interesse generale, l'altra che ci crede e vede come una minaccia ad esso i tentativi di affermazione degli interessi particolari: si tornerà sul punto in conclusione, al termine dell'analisi.

Dall'altro lato, Obama si è trovato di fronte un problema in cui ci si imbatte sempre negli Stati Uniti, ogni volta che si tenta di regolare la materia in questione con l'obiettivo di porre un limite a quelli che i regolatori ritengono degli eccessi da correggere: il riferimento è al problema della compatibilità di discipline che limitino

l'attività di *lobbying* con il Primo Emendamento, che come si è visto offre al *lobbying* una protezione virtualmente illimitata (il testo recita in effetti, almeno apparentemente senza lasciar spazio ad eccezioni: «Congress shall make *no law* [...] abridging the freedom of speech [...]; or the right of the people [...] to petition the government for a redress of grievances»⁷).

Scopo di questo scritto è quindi indagare dove negli Stati Uniti sia stata tracciata la linea di confine tra attività lecite e illecite da parte dei lobbisti, e quindi esporre al lettore italiano come oggi sia regolata in quel sistema questa professione (se pur solo per sommi capi, dato che una trattazione approfondita richiederebbe ben altro

⁷ Corsivo aggiunto. Si è incluso anche il riferimento al *free speech* da un lato perché, come già accennato, la sistematica del Primo Emendamento costruisce il *lobbying* come *species* del *genus* libertà di espressione, dall'altro perché il *free speech* è il diritto fondamentale che viene in considerazione a proposito di finanziamento elettorale, di cui ci si occuperà al § 3. In ogni caso, questo «*no law*» è un dato testuale molto forte che fa sì che qualunque intervento del Congresso che incida su questa libertà sia immediatamente guardato con particolare attenzione, per via della sua possibile incostituzionalità. A questo proposito, come ricorda Bradley Smith, nel suo importante lavoro sul finanziamento elettorale *Unfree Speech*, p. 111, poiché le leggi che limitano la libertà di parola limitano un «*fundamental right*», esse sono soggette da parte della Corte Suprema allo standard di *judicial review* più severo, cioè al c.d. *strict scrutiny*. Secondo la giurisprudenza della Corte, ciò significa che, quando una legge incide su un diritto fondamentale ed è quindi soggetta a *strict scrutiny*, per non essere illegittima, deve fondarsi su un «*compelling interest*» del legislatore, cioè sostanzialmente sulla necessità di proteggere altri diritti fondamentali. Inoltre, la disciplina adottata dev'essere «*narrowly tailored*», cioè si deve limitare allo stretto indispensabile a tutelare l'altro o gli altri interessi in gioco. Su questi concetti cardine del diritto costituzionale americano, con particolare riferimento alla *free speech doctrine*, v. L. Tribe, *American Constitutional Law* (1988²), in particolare pp. 789-794, nonché K. Sullivan, G. Gunther, *Constitutional Law* (2007¹⁶), in particolare pp. 741-753. Entrambi questi testi (alle cui indicazioni bibliografiche si rinvia) ricostruiscono l'importante disputa che si ebbe negli anni '60 dello scorso secolo negli Stati Uniti, tra chi sosteneva che i diritti garantiti dal Primo Emendamento andavano interpretati come «*absolute*» e chi invece affermava la necessità di sottoporli al «*balancing*» con altri interessi concorrenti (nella Corte Suprema, la prima posizione fu espressa dal giudice Black, mentre la seconda dai giudici Frankfurter e Harlan). Infine, sul Primo Emendamento, tra i moltissimi, v. A. AMAR, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, cap. 2 («*Our First Amendment*»), pp. 20-45.

spazio). Per fare questo, si considereranno dapprima i contenuti principali della più importante disciplina in materia, il *Lobbying Disclosure Act* (LDA) del 1995 (§ 2); successivamente, si darà conto delle principali regole in tema di finanziamento elettorale che vengono in rilievo ai nostri fini (come detto, si tratta infatti di un aspetto centrale dell'attività dei lobbisti), nonché di alcune importanti pronunce della Corte Suprema americana al riguardo, la più recente delle quali, come si accennava, ha acceso il dibattito politico (§ 3); infine, si prenderanno in esame le nuove regole restrittive poste dall'Amministrazione Obama, che, com'è facile intuire da quel che si è già accennato, hanno sollevato molte discussioni e critiche nella comunità dei lobbisti (§ 4), per concludere con una riflessione sullo stato attuale del problema (§ 5).

2. La disciplina del lobbying nel *Lobbying Disclosure Act* e negli altri testi normativi rilevanti

L'attività di *lobbying* ha iniziato ad essere regolata dal Congresso federale nella seconda metà del XIX secolo⁸; attualmente, la principale legge che regola la materia è il *Lobbying Disclosure Act* (LDA) del 1995⁹, modificato in più punti dall'*Honest Leadership and Open Government Act* (HLOGA) del 2007¹⁰ (quest'ultima legge è precedente all'inizio della Presidenza Obama, ma Obama ha inteso porsi in continuità con essa, insistendo moltissimo, durante la cam-

⁸ La *House* approvò infatti nel 1852, 1854, 1867 e 1876 alcune misure in cui limitava l'accesso al *floor* da parte di alcuni antesignani dei moderni lobbisti (1852) o di ex parlamentari (1867), o istituiva un comitato per l'indagine dei rapporti tra denaro e politica, e in particolare di come i finanziamenti ricevuti dai parlamentari condizionassero i loro voti (1854), o imponeva a coloro che oggi definiamo lobbisti di registrarsi presso il *Clerk* della *House* stessa (1876, ma quest'ultima misura rimase in vigore solo per la durata della 44esima legislatura).

⁹ L'LDA ha sostituito la precedente disciplina contenuta nel *Federal Regulation of Lobbying Act* (FRLA) del 1946 (Pub. L. 79-601, Aug. 2, 1946, 60 Stat. 812). Per un commento fra i moltissimi, si ricorda A. MIKVA e E. LANE, *Legislative Process* (2009³), pp. 490-518. V. anche W. LUNEBURG, T. SUSMAN e R. GORDON (a cura di), *The Lobbying Manual*, (2009⁴), spec. la parte IA, *The Lobbying Disclosure Act of 1995: Reform Efforts and Current Law*.

¹⁰ Pub. L. 110-81, Sept. 14, 2007, 121 Stat. 735.

pagna e nel suo primo anno di presidenza, sull'obiettivo di una maggiore apertura e trasparenza dell'amministrazione pubblica).

Il primo aspetto da notare è che l'LDA individua la figura del lobbista ancorandola ad un criterio quantitativo: esso infatti stabilisce che «*The term «lobbyist» means any individual who is employed or retained by a client for financial or other compensation for services that include more than one lobbying contact, other than an individual whose lobbying activities constitute less than 20 percent of the time engaged in the services provided by such individual to that client over a 3-month period»* (Section 3, 2 USC 1602)¹¹.

In altri termini, è lobbista ai fini della legge chi, in un periodo di tre mesi, dedichi almeno il 20% del tempo impiegato per un cliente ad attività di *lobbying* (e queste attività includano più di un contatto¹²).

La soglia del 20% è stata criticata come arbitraria e difficile da misurare e pertanto abbastanza agevolmente aggirabile¹³, ma essa rimane ad oggi il criterio cui fare riferimento.

Chiarito chi sia da considerare lobbista e quindi soggetto alla

¹¹ La dicitura «tre mesi» è stata sostituita alla precedente di «sei mesi» dallo HLOGA.

¹² I «*lobbying contacts*» sono definiti come «*any oral or written communication [...] to a covered executive branch official or a covered legislative branch official that is made on behalf of a client with regard to—(i) the formulation, modification, or adoption of Federal legislation (including legislative proposals); (ii) the formulation, modification, or adoption of a Federal rule, regulation, Executive order, or any other program, policy, or position of the United States Government; (iii) the administration or execution of a Federal program or policy (including the negotiation, award, or administration of a Federal contract, grant, loan, permit, or license); or (iv) the nomination or confirmation of a person for a position subject to confirmation by the Senate*». I «*covered executive branch officials*» sono principalmente il Presidente, il Vice-Presidente, i membri dell'Amministrazione e i loro collaboratori, mentre i «*covered legislative branch officials*» sono essenzialmente i membri del Congresso, i loro collaboratori e lo staff delle commissioni parlamentari. Quanto alle *lobbying activities*, esse sono definite come «*lobbying contacts and efforts in support of such contacts, including preparation and planning activities, research and other background work that is intended, at the time it is performed, for use in contacts, and coordination with the lobbying activities of others*».

¹³ Cfr. le osservazioni di W. LUNEBURG, *The Evolution of Federal Lobbying Regulation: Where We Are Now and Where We Should Be Going*, 41 *McGeorge L. Rev.* 85, e in particolare pp. 91-92 e 119.

disciplina ivi contenuta, l'LDA sottopone queste persone (se lavoratori indipendenti, altrimenti gli studi presso cui lavorano, o le organizzazioni che impieghino lobbisti interni) ad una serie di obblighi. In primo luogo, l'LDA (*Section 4*, 2 USC 1603) pone a loro carico un obbligo di registrarsi in appositi elenchi tenuti dal *Secretary* del Senato e dal *Clerk* della Camera dei Rappresentanti, indicando essenzialmente i propri dati, quali siano i propri clienti, e quali siano gli ambiti in cui il soggetto che effettua la registrazione svolge o intende svolgere attività di *lobbying*.

I lobbisti (o gli studi) che si siano registrati hanno poi l'obbligo, ogni tre mesi (erano sei prima dello HLOGA), di presentare ai medesimi *Secretary* del Senato e *Clerk* della Camera una relazione (*report*) sulla propria attività di *lobbying*, riferita ad ogni loro cliente, indicando altresì i compensi percepiti da ciascuno di essi; invece le organizzazioni che impieghino lobbisti interni alla propria compagine aziendale devono fornire un resoconto delle spese effettuate per attività di *lobbying* (*Section 5*, 2 USC 1604).

Quanto alle sanzioni, previste dall'LDA per il mancato rispetto degli obblighi in esso contenuti, la *Section 7*, 2 USC 1606, prevede una sanzione pecuniaria civile fino a 200.000 dollari (erano 50.000 prima dello HLOGA) per chi consapevolmente (*knowingly*) ometta di rimediare entro 60 giorni a una dichiarazione incompleta, dopo che essa è stata segnalata dal *Secretary* del Senato o dal *Clerk* della *House*, o violi qualunque altra disposizione della legge; inoltre, la lettera (b) della *Section 7*, introdotta dallo HLOGA, prevede altresì una sanzione penale per chi non ottemperi a qualunque disposizione della legge *knowingly and corruptly*: in presenza di tale elemento soggettivo, la lettera (b) commina la reclusione fino a 5 anni o la multa ai sensi di 18 USC o entrambe.

Infine, merita di essere ricordata la *Section 8*, lettera (a) dell'LDA (2 USC 1607), che non casualmente – considerato quanto si è detto al § 1) – si preoccupa di chiarire, sotto la rubrica «*Constitutional rights*», che «*Nothing in this Act shall be construed to prohibit or interfere with – (1) the right to petition the Government for the redress of grievances; (2) the right to express a personal opinion; or (3) the right of association, protected by the first amendment to the Constitution*».

Il filo conduttore di questa disciplina è dunque quella che negli Stati Uniti è definita la *disclosure*, cioè la messa a disposizione del pubblico dei dati, informata al principio di trasparenza. In al-

tri termini, eccetto quello di *registration*, non vi sono limiti particolari a quest'attività e al modo di svolgerla, purché una serie di rilevanti informazioni venga appunto resa pubblica e documentata. In questo modo, la legislazione ora ricordata evita quasi certamente di porsi in contrasto con il Primo Emendamento.

In effetti, come la Corte Suprema ha costantemente riconosciuto, anche gli obblighi di *disclosure* possono indirettamente limitare la libertà di espressione, inducendo alcuni al silenzio qualora abbiano dei motivi per non voler rendere pubblica la propria identità (motivi che possono essere anche molto seri come il timore di ritorsioni). Tuttavia, con riferimento al *lobbying*, nel già citato caso *Harriss* la Corte ha affermato in generale la legittimità degli obblighi di *disclosure*, se pur a certe condizioni, alla luce dell'esigenza di tutelare la trasparenza del processo politico e proteggerlo da un'influenza eccessiva e potenzialmente perniciosa degli interessi particolari¹⁴.

Autentiche restrizioni sono invece poste in altri testi normativi. Tralasciando per il momento quelle contenute nel c.d. *Federal Election Campaign Act* (FECA)¹⁵, che verrà considerato più in dettaglio nel prossimo paragrafo, la restrizione più importante ai nostri fini è quella relativa alla c.d. *revolving door*, letteralmente «porta girevole». Con questa espressione, si fa riferimento alla prassi per cui molti membri del Congresso o dell'Amministrazione e molti loro collaboratori intraprendono una seconda carriera come lobbisti, così assumendo un ruolo esattamente opposto a quello che svolgevano prima: da oggetto dell'attività di *lobbying*, essi ne diventano soggetti attivi.

Tale prassi è uno degli aspetti che più hanno sollevato critiche e richieste di riforma, per via del vantaggio competitivo e di influenza che l'incarico precedentemente ricoperto garantisce agli ex funzionari pubblici, e perché molto spesso accadeva che essi, poco dopo esser cessati dall'incarico, iniziassero subito a sottoporre a *lobbying* i propri precedenti colleghi. Inoltre, si avvertiva il forte rischio che i funzionari, quand'erano ancora in carica, favorissero indebitamente determinati portatori di interessi, con lo scopo (o quanto meno la consapevolezza della possibilità) di venire poi da

¹⁴ *United States v. Harriss*, 347 U.S. 612 (1954).

¹⁵ Pub. L. 92-225, Feb. 7, 1972, 86 Stat. 3. Il FECA è stato più volte modificato, da ultimo dallo HLOGA.

questi ultimi ricompensati con un impiego assai ben remunerato, una volta che essi fossero cessati dal loro incarico presso l'amministrazione pubblica.

Il rimedio che è stato introdotto, prima limitatamente ai membri dell'esecutivo e delle agenzie governative¹⁶, poi anche per i parlamentari¹⁷ è stato quello di imporre che trascorresse un periodo di tempo minimo (un anno o due a seconda dei casi) dalla cessazione dell'incarico pubblico, prima di poter assumere un incarico come lobbista, in modo da scoraggiare comportamenti come quelli appena descritti.

Peraltro, il periodo di un anno originariamente previsto per i membri del Congresso non è stato evidentemente ritenuto sufficiente, e così per i Senatori lo HLOGA lo ha esteso a due anni¹⁸, nella speranza che, dovendo trascorrere più tempo tra la cessazione dell'incarico pubblico e la possibilità di iniziare la carriera da lobbista, i comportamenti di cui sopra vengano più efficacemente disincentivati¹⁹. Ulteriori restrizioni alla possibilità di praticare la re-

¹⁶ Con il *Bribery Act*, Pub. L. 87-849, Oct. 23, 1962, 76 Stat. 1119, che ha modificato il cap. 11 del titolo 18 dell'USC: v. in particolare la *Section 207*. Anche per il *Bribery Act* le modifiche apportate dallo HLOGA sono state le ultime di una lunghissima serie.

¹⁷ Con l'*Ethics Reform Act*, 101 Pub. L. 194, Nov. 20, 1989, 103 Stat. 1716: v. in particolare *Title I, Section 101(a)*, che riformulò interamente la *Section 207*.

¹⁸ *Section 101* dello HLOGA. In parallelo, lo *Section 531* dello HLOGA ha modificato anche il paragrafo 8 della regola XXXVII delle *Rules of the Senate*, ovvero il regolamento del Senato, elevando anche qui il c.d. «*cooling-off period*» a due anni: per il testo, v. <http://rules.senate.gov/public/index.cfm?p=RuleXXXVII>.

¹⁹ In realtà, secondo alcuni i limiti attuali non sono sufficienti, e andrebbero drasticamente rafforzati. In particolare, il Senatore Michael Bennet ha proposto il 28 aprile 2010 un provocatorio progetto di legge (S. 3272), poi appoggiato anche dal collega Jon Tester, intitolato *Close the Revolving Door Act of 2010*, in cui si vorrebbe introdurre – nel quadro di un più generale giro di vite nei confronti della *revolving door* per tutti quanti lavorano per il governo – un divieto a vita di esercitare la professione di lobbisti per gli ex membri del Congresso (il che solleva naturalmente subito forti elementi di tensione con la Costituzione, che condurrebbero subito una simile disciplina all'attenzione delle corti, il giorno in cui dovesse diventare legge, cosa peraltro di scarsissima probabilità). Un'altra proposta, invece, H.R. 2259, presentata il 5 maggio 2009 dalla Deputata Suzanne Kosmas, dal titolo *Stop the Revolving Door*

revolving-door sono state previste dall'Amministrazione Obama tramite l'*executive order* intitolato *Ethics Commitments by Executive Branch Personnel*, come si vedrà al § 4.

Oltre al divieto relativo alla *revolving door*, si possono poi ancora ricordare alcune ulteriori disposizioni dello HLOGA, che hanno modificato i regolamenti parlamentari²⁰.

In particolare, lo HLOGA ha modificato in molti punti la *Rule XXXV*²¹ del Senato, introducendo anche per i Senatori restrizioni più severe (già in precedenza introdotte per la Camera) alla possibilità per i Senatori di ricevere doni, compensi, rimborsi per spese di viaggio o di ristorante, inviti a eventi o manifestazioni, da parte di lobbisti o enti che impieghino lobbisti.

Un esempio di queste nuove regole e del tentativo di prevedere ogni possibile occasione per i lobbisti di guadagnare presso i pubblici funzionari un'influenza ritenuta indebita è il nuovo divieto per i membri del Congresso di partecipare a eventi in loro onore finanziati da lobbisti durante le *convention* per la nomina del Presidente²².

Infine, è particolarmente importante una regola introdotta nel solo regolamento del Senato, alla *Rule XLIV*²³, che impone l'obbligo di indicare espressamente, per ogni progetto di legge federale posto in votazione, tutte le spese o benefici fiscali o esenzioni tariffarie che esso comporta e quali Senatori li hanno richiesti (si tratta dei c.d. *earmarks*, termine intraducibile con cui si indicano appunto i singoli pezzi di legislazione che forniscono un finanziamento o comunque un vantaggio fiscale a un ente o un progetto specificamente individuato: si tratta di un esempio tipico di ciò che il lobbista cerca di ottenere tramite il proprio operato).

in Washington Act, si limita a portare a due anni il divieto di *revolving door* anche per i membri della House.

²⁰ Il testo delle vigenti *Rules of the House* è disponibile su <http://www.rules.house.gov/ruleprec/111th.pdf>, il testo delle vigenti *Rules of the Senate* su <http://rules.senate.gov/public/index.cfm?p=RulesOfSenateHome>.

²¹ Con le *Sections* 541 ss.

²² Tale nuova regola è stata introdotta per il Senato dalla *Section* 542, di modifica della *Rule XXXV*; è stato lo HLOGA ad introdurla anche per la Camera, modificando la *Rule XXV* con la sua *Section* 305.

²³ Ad opera della *Section* 521 dello HLOGA.

3. Il finanziamento elettorale tra disposizioni normative e pronunce della Corte Suprema

Passiamo ora a considerare brevemente la disciplina del finanziamento elettorale. La materia è di per sé vastissima; per ciò che attiene alle campagne elettorali per la presidenza federale, essa è affrontata nel presente volume dal lavoro di Martin A. Rogoff, dove, come già ricordato, si riflette anche sui risvolti dell'anomalia verificatasi nella campagna 2008 (Obama, candidato democratico, che rinuncia al finanziamento pubblico e si affida ai soli contributi privati, e McCain, candidato repubblicano, che invece usufruisce del finanziamento pubblico). In questa sede, ci si soffermerà soltanto sulle regole in materia di finanziamento elettorale che riguardano più da vicino l'attività dei lobbisti.

Come si è già accennato, il finanziamento elettorale è un aspetto centrale dell'attività di *lobbying* negli Stati Uniti. Infatti i lobbisti esercitano un ruolo di intermediazione tra i portatori di interessi e la politica per ciò che attiene alla trasmissione, da parte dei primi ai secondi, non solo di richieste, istanze, petizioni, ma anche di denaro con cui finanziare le campagne elettorali, oltre a contribuire anch'essi con denaro proprio.

Anche l'influenza dei lobbisti sull'esito del processo elettorale ha sollevato molte critiche, con la conseguente reazione da parte dell'ordinamento americano, che ha introdotto dei limiti anche in questo ambito. Così come le restrizioni poste all'attività di *lobbying* in senso stretto, però, anche questi limiti hanno sollevato obiezioni dal punto di vista della loro compatibilità con il Primo Emendamento, al punto che la Corte Suprema è giunta a dichiarare incostituzionali alcuni di essi²⁴. Tracciamo ora un quadro molto sintetico delle principali tappe dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia.

Nel 1971, il Congresso emanò la principale legge che tuttora, pur dopo ripetute modifiche, regola la materia, il *Federal Election Campaign Act* (FECA)²⁵ (in precedenza, il *Tillman Act* del 1907, i *Federal Corrupt Practices Acts* del 1910 e 1925, e il *Taft-Hartley*

²⁴ Anche se disciplinare in qualche modo il «*time, place and manner*» delle elezioni federali rientra certamente nella competenza del Congresso, per espressa previsione nella sezione 4 dell'articolo I della Costituzione.

²⁵ Pub. L. 92-225, 86 Stat. 3, Feb. 7, 1972, 2 USC 431 ss.

Act del 1947 avevano avuto scarsa applicazione); la legge fu poi significativamente modificata appena tre anni dopo, sull'onda dello scandalo *Watergate*. Il quadro che risultò da questo duplice intervento normativo del 1971-74 consisteva in questi punti principali: introduzione del finanziamento pubblico per le campagne federali; obblighi di trasparenza e informazione (*disclosure*) da parte di candidati e partiti su fonti e entità dei finanziamenti ricevuti; limiti ai contributi e alle spese elettorali; creazione della *Federal Election Commission*, agenzia deputata a curare il rispetto e l'applicazione della normativa così creata.

Ciò che viene in rilievo ai nostri fini sono il secondo e il terzo punto, la cui legittimità costituzionale fu subito portata all'attenzione della Corte Suprema federale, che con la storica pronuncia *Buckley v. Valeo*²⁶, diventata *leading-case* in materia, stabilì i seguenti principi: i limiti ai contributi diretti a singoli candidati per un ufficio federale, da parte di individui o gruppi, sono costituzionalmente legittimi, così come supera il vaglio di costituzionalità il divieto di contributi da parte di *corporations* (cioè società in senso lato) e *unions* (i sindacati), purché limitato alle comunicazioni elettorali di esplicito sostegno o opposizione a un dato candidato (*express advocacy*); sono poi parimenti legittime le disposizioni che impongono la pubblicazione dei dati relativi a questi contributi (*disclosure*) e la loro conservazione (*recordkeeping*) da parte della neoinstituita *Federal Election Commission* (FEC). Contrastano invece con il Primo Emendamento e con la libertà di espressione, da un lato i limiti alle spese dei candidati effettuate con fondi personali o della propria famiglia, dall'altro i tetti di spesa massimi per una campagna, dall'altro ancora – ed è ciò che più interessa il nostro discorso – le c.d. *independent expenditures*, ovvero i contributi dati da individui o gruppi (tipicamente i PACs, *Political Action Committees*²⁷

²⁶ 424 U.S. 1 (1976). In realtà, *Buckley* si pronunciò anche sul ricordato sistema di finanziamento pubblico delle campagne presidenziali di cui al *Sub-title H* dell'*Internal Revenue Code* (IRC) del 1954, come modificato nel 1974, dichiarandone la legittimità.

²⁷ I PACs sono enti creati per perseguire finalità di tipo politico; si tratta di soggetti molto diffusi nel panorama politico americano, in cui esistono sin dal 1944, fondamentali nel processo di finanziamento della politica. Ve ne sono di due tipi: i c.d. *separate segregated funds*, istituiti e controllati da *corporations*, sindacati, associazioni di categoria, che possono ricevere contributi solo

e i c.d. 527s²⁸) non direttamente a un candidato o al suo comitato

dagli associati all'ente fondatore; e i c.d. *nonconnected committees*, non legati a *corporations*, sindacati o associazioni di categoria, e libere di ricevere contributi da chiunque.

²⁸ I c.d. 527s o 527 *organizations* sono organizzazioni di tipo politico create da società, sindacati o singole persone con notevole disponibilità economica allo scopo di influire sull'esito di una competizione elettorale nel senso desiderato dal soggetto fondatore, se pur non prendendo espressamente posizione pro o contro un determinato candidato. Essi pertanto sono sottratti alla disciplina del FECA e al controllo della FEC, e sono invece regolati dalla normativa fiscale (*United States Tax Code*) che prevede speciali esenzioni a loro favore (26 USC 527: proprio dal numero della *Section*, 527 appunto, essi prendono il nome). I 527s sono dunque spesso impiegati per svolgere attività di propaganda elettorale sottraendosi ai limiti previsti per i PACs, e per questo sono stati oggetto di molte critiche e proposte di riforma da parte di chi invoca nuove regolamentazioni nella materia che si sta considerando.

Trattando di 527s, occorre peraltro ricordare un'importante sentenza della *U.S. Court of Appeals* per il *District of Columbia*, del 18 settembre 2009, nel caso *Emily's List v. FEC* (No. 08-5422), scritta dal giudice Brett Kavanaugh e disponibile su <http://pacer.cadc.uscourts.gov/common/opinions/200909/08-5422-1206889.pdf> (cfr. altresì D. KIRKPATRICK, *Court Backs Outside Groups' Political Spending*, in *New York Times*, 18 settembre 2009, p. A9). Questa pronuncia, che la FEC ha deciso di non appellare, ha stabilito che sono illegittimi i limiti alle *independent expenditures* dei gruppi *non-profit* o dei PACs, ampliando così le possibilità di spesa di gruppi come appunto i 527s, purché essi non «coordinino» le proprie attività con un candidato o un partito (e il caso è particolarmente significativo perché *Emily's List* è un gruppo che raccoglie denaro per finanziare candidate donne democratiche che difendano il diritto di aborto, quindi appartiene al campo progressista, solitamente favorevole a restrizioni in materia e riforme che limitino l'accesso e l'influenza del denaro nella politica, mentre in questo caso il gruppo in questione ha contestato la legittimità costituzionale dei limiti che si è trovata a dover rispettare, vedendo infine accogliere il proprio ricorso).

Questo del «coordinamento» o meno tra il finanziatore e il candidato o il suo partito è il criterio che la Corte Suprema adotta per stabilire quando il legislatore possa legittimamente regolare i contributi elettorali e quando no (come ribadito da una recente sentenza della *Federal District Court* della Louisiana, del 27 gennaio 2010, *Cao v. FEC* (No. 08-4887), disponibile su http://www.fec.gov/law/litigation/cao_order.pdf, dove il giudice H. Berrigan della Corte della Louisiana scrive (a p. 78 nella fonte citata) che «*In sum, Supreme Court jurisprudence has repeatedly emphasized that it is the coordination with the candidate, not the relationship between the speech and a campaign, that makes the communication Constitutionally regulable*». Naturalmente, il concetto di «coordinamento» è abbastanza vago e si è prestato pertanto a molte interpre-

elettorale o partito²⁹ (per questo vengono definite spese «indipendenti»³⁰), ma che sono comunque «*relative to a clearly identified candidate*», tipicamente per campagne pubblicitarie di sostegno o opposizione a una data candidatura.

Le *independent expenditures* sono una modalità di campagna elettorale molto diffusa negli Stati Uniti, dove – anche per via del carattere uninominale del sistema elettorale, che porta la massima attenzione sulle singole persone – è divenuto un fenomeno comunissimo la trasmissione di spot televisivi che espressamente invitano a votare a favore o contro un determinato candidato. Tramite questo strumento, i lobbisti che lo vogliano hanno la possibilità di acquisire molto credito agli occhi dei futuri legislatori, soprattutto contribuendo tramite i propri PAC, e questo ha concorso ad aumentare la quantità di denaro spesa ad ogni elezione, e con ciò l'insistenza delle critiche che vedevano in questa grande libertà di ingresso del denaro nella politica una fonte di corruzione del sistema.

Come si vedrà tra un attimo, tali critiche condurranno ad un successivo nuovo intervento del legislatore. Prima, però, vanno ricordati alcuni altri passaggi. In primo luogo, nel 1979 il Congresso modificò il FECA, introducendovi un'esenzione per i partiti statali e locali dal rispetto dei limiti ai contributi elettorali cui erano tenute le altre associazioni e persone giuridiche.

D'altro canto, va anche citata una pronuncia particolarmente rilevante della Corte Suprema, *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*³¹ del 1990. *Austin* non riguardava una legge federale, bensì una dello Stato del Michigan, ma affermò un principio valido per qualunque elezione, ovvero che non violava il Primo Emendamento (e il Quattordicesimo, che estende ai singoli Stati l'applicazione del *Bill of Rights*, ovvero i primi dieci Emendamenti) un divieto per le persone giuridiche di usare i propri «*general treasury funds*»³² (cioè fondi provenienti dal patrimonio della società o associazione) per

tazioni divergenti, aprendo una rilevante scappatoia (*loophole*) per sottrarsi alle restrizioni a chi intendeva farlo.

²⁹ Nel qual caso si parla comunemente di *hard money*.

³⁰ Ma, in opposizione al finanziamento diretto dei singoli candidati, in questo caso si parla anche di *soft money*.

³¹ 494 U.S. 652 (1990).

³² Restavano invece ammessi i contributi provenienti da «*separate segregated funds*», cioè dei patrimoni separati, appositamente destinati allo scopo.

effettuare contributi elettorali, dal momento che esisteva un interesse generale a evitare la *distorsione* del procedimento elettorale.

Nonostante *Austin*, il denaro, anche delle *corporations*, continuò ad affluire in misura molto significativa nella politica, grazie ad un'abile interpretazione delle leggi in vigore ad opera dei partiti: da un lato, essi affermarono il proprio diritto a chiedere e spendere denaro per attività amministrative e per campagne presso l'opinione pubblica (il c.d. *grassroots lobbying*), poiché non si trattava in questi casi di *express advocacy*, ma di *issue ads*, cioè pubblicità «a tema», non legate al sostegno o all'opposizione a un candidato specifico; dall'altro, anche nelle pubblicità, televisive o sui giornali, con chiaro intento di sostegno o opposizione ad un candidato, si evitava di utilizzare le cosiddette «*magic words*», ovvero «*vote for*» o «*support*» o «*oppose*», e si aggirava così il divieto di contributi per le persone giuridiche (dando vita ai c.d. *sham issue ads*, cioè «finti», in opposizione a quelli *genuine*).

Tutto ciò condusse ad un incremento del *soft money* a disposizione dei partiti, fino a una misura ritenuta eccessiva da diversi critici e osservatori. Questo punto di vista fu accolto nel 2002 dal Congresso, che approvò una riforma i cui primi firmatari erano un Repubblicano (McCain) e un Democratico (Feingold), e che per questo prese il nome di *Bipartisan Campaign Reform Act* (BCRA)³³.

Questa legge introdusse molte novità, le più importanti delle quali sono: il divieto posto ai comitati elettorali nazionali dei partiti di chiedere, ricevere, versare a terzi o comunque spendere contributi che non siano soggetti alle restrizioni e agli obblighi di trasparenza del FECA³⁴ (si tratta del c.d. *soft money*³⁵); il divieto di trasmettere «*electioneering communications*», a loro volta definite come qualunque tipo di comunicazione che si riferisca a un candidato a un ufficio federale fatta 30 giorni prima di un'elezione primaria o di un *caucus*, o 60 giorni prima di una *general election*, qualora queste comunicazioni siano pagate da una persona giuridica, intendendosi sia società, sia sindacati, sia organizzazioni *non-profit*, o anche da un soggetto *unincorporated* ma usando fondi provenienti da uno dei soggetti appena elencati³⁶. In questo modo, si

³³ Pub. L.107-155, Mar. 27, 2002, 116 Stat. 81.

³⁴ Section 323.

³⁵ Cfr. *supra*, nota 30.

³⁶ Section 203.

tentava di limitare l'influenza dei PAC, che come si è visto sono uno dei principali canali utilizzati dai lobbisti per far affluire denaro, proprio e di terzi contributori, spesso loro clienti, alla politica.

Anche il BCRA fu immediatamente sottoposto al vaglio di legittimità costituzionale, per una asserita violazione della libertà di espressione: infatti, è opinione di molti che la possibilità di dare denaro per sostenere il candidato che si preferisce vada fatta rientrare nelle manifestazioni della propria opinione protette dal Primo Emendamento (come si ricaverebbe dallo stesso ragionamento compiuto dalla Corte in *Buckley*)³⁷. Tuttavia, quando il caso (*McConnell v. FEC*)³⁸ raggiunse la Corte Suprema, questa volta la maggioranza dei giudici si pronunciò a favore della non contrarietà al Primo Emendamento dei contenuti principali del BCRA, respingendo la censura secondo cui le disposizioni in questione erano da ritenersi *facially unconstitutional* (cioè irrimediabilmente contrarie alla Costituzione).

Ciononostante, il percorso non si chiuse qui. Infatti, nel 2007 un'altra pronuncia, *FEC v. Wisconsin Right to Life*³⁹ (*WRTL*) affrontò un nuovo caso in cui un'organizzazione *non-profit* voleva impiegare «*corporate money*» per delle pubblicità elettorali durante il periodo protetto, sostenendo si trattasse di *issue ads* e non di *express advocacy*, ma la FEC riteneva che, pur non facendo essi riferimento esplicito a un candidato, si trattasse di *sham issue ads*, cioè, di fatto, di un caso di *express advocacy* mascherata, vietata dalla legislazione che si è vista. Ebbene la Corte, cui questa volta la disciplina elettorale in questione era stata presentata non più come *facially unconstitutional*, ma incostituzionale soltanto nella sua applicazione al caso in esame (*as applied*), affermò che il divieto di *electioneering communications* contenuto nel BCRA era costituzionalmente illegittimo *as applied* a pubblicità che non avessero come unico scopo, espresso o implicito, il sostegno o l'opposizione a un candidato.

Con *WRTL*, la Corte aprì un'importante breccia nel quadro delle restrizioni disegnato dal Congresso; ma tale pronuncia fu soltanto la premessa di un'altra ben più importante, che ha avuto una

³⁷ Per l'espressione di questo punto di vista, e la ricostruzione della tesi opposta, espressa fra i molti dal giudice J. Skelly Wright, v. B. SMITH, *Unfree*, cit., cap. 6 (*Money and Speech*), pp. 109-121.

³⁸ 540 U.S. 93 (2003).

³⁹ 551 U.S. 449 (2007).

grandissima risonanza, al punto da raggiungere e occupare per qualche giorno gli stessi media italiani ed europei⁴⁰: si tratta della recente sentenza nel caso *Citizens United v. FEC*⁴¹. In questa vicenda, l'associazione ricorrente, un ente *non-profit* che però riceveva parte dei propri finanziamenti da società *for-profit*, intendeva trasmettere un documentario (*Hillary*) critico nei confronti dell'allora candidata alle primarie del Partito Democratico Hillary Clinton.

Poiché il film era stato pagato coi *general treasury funds* dell'associazione (ovvero non era stato costituito un apposito PAC, che avrebbe permesso di aggirare i divieti), *Citizens United* temeva che il trasmetterlo violasse le disposizioni del FECA che vietavano le *independent expenditures* delle *corporations* e delle *unions* fatte con *general treasury funds*, e quelle introdotte dal BCRA che proibivano le *electioneering communications*.

In effetti, la FEC non intendeva autorizzare la trasmissione del film, per cui l'associazione si rivolse ai giudici per farsi autorizzare da loro in via cautelare a trasmettere il documentario (e i relativi spot per promuoverlo), sostenendo che il divieto fosse incostituzionale *as applied* al film in questione. Anche questo caso raggiunse la Corte Suprema, che nel gennaio 2010 ha emanato la propria decisione sul caso, da lungo tempo attesa, andando oltre le stesse richieste dei ricorrenti: la Corte ha infatti stabilito, con una decisione 5-4, che il divieto relativo alle *corporate independent expenditures* era incostituzionale non solo *as applied* al caso di specie, ma addirittura *facially*, cioè sempre e comunque, indipendentemente da qualunque circostanza del caso concreto, perché alle *corporations* (e alle *unions*)⁴² de-

⁴⁰ V. ad es., su *Le Monde*, C. LESNES, *Etats-Unis: les entreprises peuvent à nouveau financer les campagnes électorales* (21 gennaio 2010); sul sito della *BBC*, M. MARDELL, *Campaign funding free-for-all?* (21 gennaio 2010); sul *Corriere della Sera*, v. la notizia, non firmata, dal titolo *Finanziamenti elettorali, Obama boccia la Corte suprema* (22 gennaio 2010, p. 19).

⁴¹ 558 U.S. 50 (2010).

⁴² Il finanziamento da parte delle *unions* è stato oggetto di un recente caso minore ma comunque significativo, *Communications Workers for America v. Christie*, deciso il 7 maggio 2010 dalla *Appellate Division* della *Superior Court* del *New Jersey*. In questa pronuncia, la Corte ha ritenuto illegittima l'estensione ai sindacati dei lavoratori pubblici, da parte di un *Executive Order* dell'allora neo-eletto governatore del New Jersey Christopher Christie, dei limiti ai finanziamenti elettorali effettuati da individui o imprese che abbiano in essere un contratto con il governo di quello Stato. I giudici hanno infatti rite-

vono essere garantiti diritti costituzionali, incluso quello alla libertà di parola del Primo Emendamento, esattamente pari a quelli delle persone fisiche. Nel giungere a questa affermazione, la Corte ha compiuto un espresso *overruling* di *Austin*, e della parte di *McConnell* che aveva invece ritenuto legittime le restrizioni in questione⁴³; la Corte ha invece confermato la legittimità degli obblighi di *disclosure*⁴⁴.

nuto che tale estensione fosse un'opera sostanzialmente legislativa, riservata se mai al Congresso del New Jersey, ma preclusa al governatore; è comunque interessante che il governatore Christie, repubblicano, abbia cercato di giustificare la propria misura con la necessità di garantire uguali opportunità a tutti i candidati e impedire ad alcuni di loro di trarre vantaggio dal fatto di avere a disposizione più denaro: è infatti proprio lo stesso argomento impiegato da coloro che sostengono la necessità di introdurre nuovi limiti e restrizioni al finanziamento elettorale, solitamente però con l'opposizione dei conservatori.

⁴³ La *majority opinion* è stata redatta dal giudice Kennedy. Può essere interessante notare come Kennedy sia anche autore della *majority opinion* di un altro importante caso recente in materia di finanziamento elettorale, di cui si è scelto di non occuparsi in questa sede perché riguarda il tema specifico, qui non trattato, delle campagne per l'elezione dei giudici: il caso *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*. In questa decisione, la Corte ha ritenuto che la sentenza impugnata avesse violato i diritti di difesa del signor Caperton e degli altri ricorrenti, dal momento che era stata emessa col voto decisivo di un giudice che, nella precedente campagna per farsi eleggere a questo ruolo, aveva ricevuto 3 milioni di dollari dall'amministratore delegato della controparte *Massey Coal*, e ciononostante aveva rifiutato di astenersi. Ha osservato uno dei principali commentatori giuridici del *New York Times*, Adam Liptak, che con queste due pronunce il giudice Kennedy ha suggerito che i politici siano fatti di «pasta più dura» (*sterner stuff*) rispetto ai giudici, perché in *Citizens United*, con riferimento ai politici, ha ritenuto soccombenti rispetto all'esigenza di proteggere la libertà di espressione quegli stessi rischi di corruzione che invece aveva ritenuto non trascurabili, con riferimento ai giudici, in *Caperton*: A. LIPTAK, *Free Speech Through the Foggy Lens of Election Law*, in *New York Times*, 4 maggio 2010, p. A20.

⁴⁴ Solo il giudice Thomas ha osservato che anche l'obbligo di dichiarare i dati sui finanziamenti elettorali può esporre i finanziatori a ritorsioni di vario tipo, rischiando così di indurli a rinunciare a finanziare i soggetti cui volevano versare del denaro, pur di evitare queste ritorsioni. Thomas ha di conseguenza sostenuto che anche gli obblighi di *disclosure* presentino un rischio troppo grande di restringere la libertà di parola, e vadano pertanto considerati illegittimi. Un argomento molto simile era stato sollevato dai ricorrenti in un importante caso recentemente deciso dalla Corte Suprema (*Doe v. Reed*, 561 U.S. ___, 2010): essi sostenevano che la pubblicazione dei nomi dei firmatari di una

Come detto, questa pronuncia è stata accolta con valutazioni opposte dai primi commentatori e dall'opinione pubblica, ma quel che più rileva ai nostri fini è che il Presidente Obama si è scagliato duramente contro di essa, accogliendo l'interpretazione da diverse parti avanzata secondo cui essa avrebbe aperto ulteriormente la strada a un già intollerabile profluvio di denaro degli interessi privati nel sistema politico, con la conseguenza di aggravare una già intollerabile corruzione del sistema.

Nel paragrafo conclusivo, si rifletterà brevemente sulla portata del contrasto apertosi tra il Presidente Obama e la Corte, che ha toccato il parossismo con questa pronuncia; qui, ci si limita a dar conto di due progetti di legge volti espressamente a superare a propria volta la pronuncia *Citizens United*, ripristinando le restrizioni cancellate dalla Corte (il primo), o comunque a limitarne gli effetti più rilevanti, ridisciplinando in modo organico la materia (il secondo)⁴⁵.

Un primo progetto è stato presentato a febbraio 2010 dal Senatore Chris Dodd, e consiste in una proposta di emendamento alla Costituzione, che vi inserirebbe un articolo così formulato: «*ARTICLE - SECTION 1. Congress shall have power to regulate the raising and spending of money with respect to Federal elec-*

richiesta di referendum per abrogare la legge dello stato di Washington che aveva consentito i matrimoni omosessuali li esponeva a possibili ritorsioni, e pertanto andava impedita per garantire la massima protezione della libertà di parola, richiesta dal Primo Emendamento. Tuttavia, la Corte ha respinto la loro richiesta e autorizzato la pubblicazione, con un'unica opinione dissenziente, proprio del giudice Thomas.

⁴⁵ Per completezza, si ricordano anche altri due progetti. Il primo, introdotto dai Senatori Dick Durbin e Arlen Specter e dai Deputati John Larson e Walter Jones già nel marzo 2009 (*Fair Elections Now Act*, S. 752 e H.R. 1826), prevede la possibilità per tutti i candidati ad elezioni federali di ottenere un sostanzioso contributo pubblico se raggiungono una quota minima, abbastanza elevata, di contributi di modesta entità (massimo 100 dollari) da persone tutte diverse. Il secondo, introdotto il 27 gennaio 2010 dal Deputato Capuano, e poi riproposto con alcune modifiche il 9 marzo (*Shareholder Protection Act*, H.R. 4537 e 4790), prevede sostanzialmente l'obbligo, per i consigli di amministrazione, di rendere pubbliche agli azionisti le *political expenditures* della società, nonché la necessità di autorizzazione espressa da parte della maggioranza degli azionisti a effettuare contributi elettorali oltre una certa soglia.

tions, including through setting limits on- “(1) the amount of contributions to candidates for nomination for election to, or for election to, Federal office; and “(2) the amount of expenditures that may be made by, in support of, or in opposition to such candidates. “SECTION 2. A State shall have power to regulate the raising and spending of money with respect to State elections, including through setting limits on- “(1) the amount of contributions to candidates for nomination for election to, or for election to, State office; and “(2) the amount of expenditures that may be made by, in support of, or in opposition to such candidates. “SECTION 3. Congress shall have power to implement and enforce this article by appropriate legislation”»⁴⁶.

Il secondo progetto invece, porta la firma del Senatore Charles Schumer e del Deputato Chris Van Hollen, entrambi Democratici, e mentre si scrive è stato approvato, pur con una serie di rilevanti modifiche rispetto al disegno iniziale, dalla Camera dei Rappresentanti il 24 giugno 2010, ma si è arenato al Senato per via del riuscito *filibuster* repubblicano. Il progetto in questione si propone di intervenire su una serie di aspetti molto significativi della disciplina del finanziamento elettorale e del *lobbying*; con uno studiato acronimo, esso è stato definito dai suoi promotori *DISCLOSE Act* (*Democracy is Strengthened by Casting Light on Spending in Elections*).

Le principali innovazioni proposte dal *DISCLOSE Act* sono le seguenti: divieto per le *corporations* di spendere denaro con riferimento a qualunque elezione americana se hanno capitale o *management* o interessi legati a un ente straniero, compreso un governo di un altro Stato; divieto di *political expenditures* (da intendersi verosimilmente come comprensivo tanto dei finanziamenti elettorali quanto di attività di *lobbying*) per chi abbia concluso un contratto d'appalto con l'amministrazione pubblica; divieto per le società che ottennero fondi di salvataggio contro la crisi di utilizzarli per *political expenditures*; obbligo anche per gli amministratori delegati delle aziende di esplicitare il proprio sostegno agli spot elettorali; obbligo per il principale finanziatore di una pubblicità elettorale di dichiararsi, e indicazione espressa dei cinque principali finanziatori delle organizzazioni politiche che acquistano spazi pubblicitari; au-

⁴⁶ http://dodd.senate.gov/multimedia/2010/022410_ConstitutionalAmendment.pdf.

mento degli obblighi di *disclosure* relativi ai finanziamenti di *corporations* e sindacati, sia al pubblico sia ai soci o associati dell'ente; obbligo per i lobbisti di rendere pubblica una serie di informazioni relative ai finanziamenti elettorali da loro effettuati⁴⁷; rafforzamento del divieto di coordinamento tra *corporations* e *unions* da un lato, e candidati e partiti dall'altro, con riferimento alle spese elettorali effettuate nell'imminenza di un'elezione.

Infine, occorre ancora dar conto del fatto che la sentenza *Citizens United* ha avuto già un seguito anche in giurisprudenza, in particolare con due pronunce del 26 marzo 2010, rispettivamente della *U.S. Court of Appeals* per il *Circuit* del District of Columbia e della *U.S. District Court* sempre per il District of Columbia⁴⁸, che hanno affrontato la questione se, alla luce di *Citizens United*, siano costituzionalmente legittime delle restrizioni all'ammontare dei contributi a gruppi che effettuino delle c.d. *independent expenditures* per sostenere o opporsi a candidati alle elezioni: in effetti, *Citizens United* si occupava delle *independent expenditures* fatte con fondi propri dalle *corporations* per sostenere o opporsi a un candidato; non si occupava, invece, dei limiti ai contributi diretti delle *corporations* ai candidati, né soprattutto della questione se il Congresso possa regolare i contributi a gruppi che effettuano delle c.d. *independent expenditures*.

La prima delle due sentenze, relativa al caso *SpeechNow.org, et Al. v. FEC*⁴⁹, ha stabilito che sono illegittimi i limiti ai contributi individuali a organizzazioni come i c.d. *527s*⁵⁰, mentre la seconda ha stabilito che possono essere limitati i contributi ai partiti politici.

In particolare, in *SpeechNow*, la sentenza del giudice David

⁴⁷ Invece il ricordato progetto di legge del Senatore Bennet (cfr. *supra*, nota 19) è radicale anche su questo punto, prevedendo un divieto totale per i lobbisti di effettuare qualunque finanziamento elettorale, con evidenti rischi, però, alla luce di tutto quanto si è visto, di finire anch'esso – qualora mai venisse approvato – per esser dichiarato molto presto incostituzionale.

⁴⁸ V. A. LIPTAK, *Courts Take On Campaign Finance Decision*, in *New York Times*, 27 marzo 2010, p. A13.

⁴⁹ No. 08-5223, disponibile su <http://undertheinfluence.nationaljournal.com/SpeechNow%20opinion.pdf>.

⁵⁰ Sempre sui *527s*, va altresì ricordata la sentenza della *U.S. Court of Appeals* per il *District of Columbia* nel caso *Emily's List v. FEC*, di cui si è detto *supra*, nota 28.

Sentelle per l'unanime *Court of Appeals* ha affermato che, secondo *Citizens United*, l'unico «*compelling interest*» che consenta al legislatore di limitare il *free speech* è il contrasto della corruzione e delle sue manifestazioni, ma che questo interesse non è sufficientemente elevato dove i contributi elettorali non siano legati a uno specifico candidato. Ma allora, se le *independent expenditures* di per sé non presentano, secondo *Citizens United*, rischi di corruzione, non li presentano neppure i contributi a gruppi, come i *527s*, che a loro volta facciano delle *independent expenditures*. Va precisato però che la sentenza ha anche aggiunto che l'obbligo per gli *independent groups* di registrarsi come PAC presso la FEC e di seguire gli obblighi di *disclosure* previsti per questi ultimi non è un limite troppo gravoso, accogliendo su questo punto la tesi della FEC.

La sentenza ha già avuto un seguito considerevole. Il 16 aprile 2010, *SpeechNow* ha presentato ricorso alla *Circuit Court* chiedendole di emanare un *order* per dare il via libera alla Corte di livello inferiore, la *District Court*, per l'attuazione della sentenza in questione nella parte che l'aveva vista vincitrice; tale *order*⁵¹ è stato emanato il 3 maggio. Il 14 maggio, *SpeechNow* ha così presentato un nuovo ricorso⁵² alla *U.S. District Court* del District of Columbia chiedendo che il giudice (James Robertson) non solo desse piena esecuzione alla sentenza del 26 marzo, vietando alla FEC di applicare a *SpeechNow* e a qualunque suo futuro donatore (dunque non solo gli attori del caso deciso il 26 marzo) i limiti previsti in materia di finanziamento elettorale, ma dichiarasse altresì il diritto di *SpeechNow* di raccogliere e spendere contributi elettorali senza limiti in ognuno dei 50 Stati. *SpeechNow* ha infatti sostenuto che, in mancanza, sarebbe stata costretta a ottenere analoghe sentenze in ciascuno Stato, vista la tendenza della FEC a proseguire nell'applicazione di leggi in materia di finanziamento elettorale nei singoli Stati anche dopo che tale applicazione era stata ritenuta illegittima da una corte federale.

A tale ricorso si è opposta la FEC, con memoria del 28 mag-

⁵¹ <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/05/mandate-order-SpeechNow-5-3-10.pdf>.

⁵² <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/05/SpeechNow-motion-DCt-5-14-10.pdf>.

gio⁵³, ma il 3 giugno la *District Court* ha emanato una *injunction* con cui ha sostanzialmente accolto il ricorso di *SpeechNow*⁵⁴.

Per quanto riguarda le parti della sentenza di marzo in cui era stata soccombente, la FEC, dopo una ponderata riflessione, ha deciso di non impugnare la sentenza⁵⁵; viceversa, la sentenza è stata impugnata il 23 luglio davanti alla Corte Suprema dai fondatori di *SpeechNow* (ma il caso continuerà a chiamarsi *SpeechNow.org v. FEC*) relativamente alle parti in cui *SpeechNow* aveva perso. Il ricorso⁵⁶, che al momento in cui si scrive non si sa ancora se verrà preso in considerazione dalla Corte Suprema, chiede alla Corte di chiarire se un *unincorporated group* come *SpeechNow*, che fa solo *independent expenditures*, sia obbligato a registrarsi come PAC presso la FEC, con i conseguenti rilevanti obblighi di *disclosure*, e – se sì – se ciò non sia contrario a *Citizens United*: questa pronuncia ha infatti imposto che alle *corporations*, anche *for-profit*, e alle *unions* si applichino gli obblighi di *disclosure* previsti per i gruppi *non-profit*, meno gravosi di quelli previsti per i PAC, e sarebbe illegittimo – sostengono i fondatori di *SpeechNow* – imporre a gruppi indipendenti come il loro di rispettare le regole previste per i PAC, in luogo di quelle più blande applicabili a *corporations* e *unions*⁵⁷.

Quanto alla seconda delle sentenze che si ricordavano, *Republican National Committee, et Al. v. FEC*⁵⁸, essa riguardava un ricorso presentato dal Comitato Nazionale del Partito Repubblicano, dal Partito Repubblicano della California e da quello di San Diego, il giudice Brett Kavanaugh (peraltro fra i giudici del caso prece-

⁵³ <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/05/FEC-SpeechNow-response-5-28-10.pdf>.

⁵⁴ M. COYLE, *Court Issues Injunction Against FEC in SpeechNow.org Case*, <http://legaltimes.typepad.com/blt/2010/06/court-issues-injunction-against-fec-in-speechnoworg-case.html>.

⁵⁵ L. DENNISTON, <http://www.scotusblog.com/2010/06/no-appeal-in-speech-now/>.

⁵⁶ <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/07/SpeechNow-petition-7-23-10.pdf>.

⁵⁷ L. DENNISTON, <http://www.scotusblog.com/2010/07/speechnow-reaches-court/#more-23331>.

⁵⁸ *Civil No. 08-1953*, disponibile su <http://undertheinfluence.nationaljournal.com/Soft%20Money%20opinion.pdf>.

dente⁵⁹) l'oggetto di discussione era la legittimità o meno dei limiti che BCRA pone al *soft-money* (cioè, si ricorda, i contributi ai partiti politici per attività non legate direttamente ad un'elezione): il Partito Repubblicano contestava in particolare la disparità di trattamento rispetto ad altri gruppi che, a differenza loro, possono ricevere donazioni illimitate per sostenere o opporsi a singoli candidati o per finanziare i c.d. *issue ads*.

Come si è ricordato, però, identica questione era già stata posta alla Corte Suprema in *McConnell*, ma in quella sede la Corte aveva ritenuto legittimi i limiti di specie: *Citizens United*, pur inducendo a propendere per l'illegittimità di tali limiti, non ha però affrontato nuovamente questa specifica questione, per cui – ha concluso Kavanaugh – non può essere una semplice *District Court* a fare *overruling* di un precedente tuttora *on the books*. Kavanaugh ha però rinviato esplicitamente al Congresso e soprattutto alla Corte Suprema per l'eventuale riconsiderazione dell'*holding* di *McConnell*: il *Republican National Committee* ha chiesto alla Corte Suprema federale di riconsiderare il caso, ma con una decisione telegrafica⁶⁰, con maggioranza di 6 contro 3, la Corte, il 29 giugno 2010, ha rifiutato di prendere in considerazione il caso, così confermando la sentenza della *District Court*.

In conclusione, per completezza sugli sviluppi recentissimi in materia di finanziamento elettorale, vanno ancora citati alcuni ulteriori elementi. In primo luogo, occorre dar conto del caso *McComish, et al., v. Bennett, et al.*; nell'ambito di questa controversia, il 24 maggio 2010 è stato presentato un ricorso⁶¹ al giudice della Corte Suprema Anthony Kennedy, in qualità di *Circuit Justice* dell'area che include l'Arizona, da parte di alcuni candidati, per ottenere che sia sospesa l'erogazione dei finanziamenti pubblici ai candidati che hanno scelto di avvalersi del solo finanziamento pubblico, e che grazie al meccanismo previsto dalla legislazione dell'Arizona hanno diritto a una quota crescente di finanziamenti al crescere dei fi-

⁵⁹ Nonché estensore anche della ricordata sentenza *Emily's List v. FEC* della *Court of Appeals* di Washington D.C..

⁶⁰ Consultabile su <http://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/062910zr.pdf>.

⁶¹ Consultabile su <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/05/AZ-matching-funds-applic-5-25-10.pdf>.

nanziamenti privati ricevuti dai loro avversari (c.d. meccanismo dei *matching funds*).

La legittimità stessa dei *matching funds* era stata contestata dai ricorrenti davanti alla *District Court* dell'Arizona, che aveva accolto il ricorso, ma la sentenza, che non era divenuta esecutiva in pendenza dell'appello, era stata ribaltata il 21 maggio dalla *Ninth Circuit Court*⁶². In attesa di sapere se il loro ricorso contro la decisione della *Circuit Court* verrà preso in considerazione dalla Corte Suprema federale, i ricorrenti hanno chiesto a quest'ultima di sospenderne comunque l'efficacia, imponendo alla *Circuit Court* di non concederne l'esecutività e parallelamente di ritirare l'*order* con cui avevano sospeso l'esecutività della sentenza della *District Court*.

Ebbene, l'8 giugno 2010 la Corte, investita del ricorso dal giudice Kennedy, ha emesso un *order*⁶³, senza opinioni discordi espresse, in cui ha accolto la richiesta dei ricorrenti, invitandoli a impugnare rapidamente la decisione della *District Court*. L'*order* perderà efficacia se la Corte deciderà di non prendere in considerazione il ricorso, ma se invece la Corte lo accetterà, è molto improbabile che la sua decisione definitiva giunga prima delle prossime elezioni di *mid-term*; a questo punto, è quindi molto probabile che in Arizona i candidati che si avvalgono del finanziamento pubblico ricevano una somma assai minore di quella su cui avevano fatto affidamento (precisamente, un terzo di quanto previsto)⁶⁴.

Quel che qui più rileva, comunque, è che i ricorrenti hanno fondato la propria pretesa anche su *Citizens United v. FEC*. In particolare, essi hanno rilevato che questa sentenza ha dichiarato che i limiti ai finanziamenti elettorali sono legittimi solo se confinati alla sanzione della corruzione in senso stretto, ovvero del finanziamento in cambio di favori; ma poiché la legge dell'Arizona in questione era stata adottata per combattere la corruzione in senso più ampio, intesa come influenza generica del denaro sulla politica, e questo obiettivo non è stato ritenuto sufficiente dalla Corte Suprema a giustificare restrizioni alla libertà di finanziamento, allora anche la legge dell'Arizona sarebbe illegittima.

⁶² <http://www.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2010/05/21/10-15165.pdf>.

⁶³ <http://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2010/06/AZ-order-by-SCt-6-810.pdf>.

⁶⁴ Va precisato, peraltro, che l'ordinanza non mette in discussione la legittimità del finanziamento pubblico in quanto tale.

Peraltro, meccanismi in parte simili a quello dell'Arizona sono presenti in Maine e in Connecticut, e recentemente le Hawaii hanno annunciato l'adozione di uno simile per il *County Council*⁶⁵. Per quanto riguarda in particolare il Connecticut, il 13 luglio 2010 la *Court of Appeals* per il secondo *Circuit* ha pubblicato un'importante sentenza, nel caso *Green Party of Connecticut v. Garfield*⁶⁶, con cui ha, da un lato, riaffermato la piena legittimità (affermata per la prima volta da *Buckley v. Valeo*) di un sistema di finanziamento pubblico, ma dall'altro ritenuto in violazione del Primo Emendamento la c.d. «*trigger provision*» prevista dalla legislazione di quello Stato. Tale meccanismo consisteva nella concessione di un finanziamento pubblico supplementare per quei candidati i cui avversari non si avvalevano del sistema di finanziamento pubblico e spendevano cifre maggiori dei limiti previsti da tale sistema (in pratica, più il candidato ricco spendeva, più i suoi avversari ricevevano automaticamente denaro per mantenere ferma una certa proporzione).

Ebbene, i giudici hanno ritenuto che questo meccanismo violasse la libertà di espressione dei candidati ricchi, potendoli indurre ad astenersi dallo spendere fondi propri per evitare di favorire l'avversario, ma poiché la possibilità di spendere soldi propri per finanziare la propria elezione è protetta dal Primo Emendamento, la «*trigger provision*» finisce col violare questa disposizione. Peraltro, i giudici del Connecticut si sono basati, per decidere, su un'importante sentenza del 2008 della Corte Suprema federale, *Davis v. FEC*⁶⁷, in cui la Corte (oltre a chiarire in modo netto che lo scopo di «*equalization*» dei candidati non è un «*legitimate government interest*» tale da giustificare limiti alla libertà di parola, e in particolare al *free speech* elettorale), ha giudicato illegittimo, per violazione sempre del Primo Emendamento, il c.d. «*millionaires' amendment*», cioè una disposizione, introdotta nel 2006 nel BCRA, che elevava il limite ai contributi elettorali che potevano essere raccolti dai candidati i cui avversari spendevano più di 350.000 dollari propri.

⁶⁵ Secondo quanto riportato dalla Associated Press il 26 giugno 2010: cfr. l'articolo sul *New York Times* del 27 giugno 2010, p. A21, *Hawaii to Test Public Money for an Election*.

⁶⁶ http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/6c8c6398-c52e-4263-87a8-361fcd26617c/1/doc/09-3760-cv_opn.pdf#xml=http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/6c8c6398-c52e-4263-87a8-361fcd26617c/1/hilite/.

⁶⁷ 554 U.S. ____ (2008).

Infine, occorre ricordare quattro recenti *advisory opinion* della FEC. La prima, del 7 maggio 2010 (n. 2010-03)⁶⁸ ha stabilito all'unanimità che il finanziamento delle attività volte ad ottenere la modifica delle circoscrizioni elettorali (c.d. *redistricting*) non è «*in connection*» con un'elezione, per cui si sottrae ai limiti di raccolta di *soft money* previsti dal FECA. Poiché il *redistricting* è accusato di essere uno degli strumenti principali con cui i parlamentari «si scelgono gli elettori», in luogo del contrario che dovrebbe avvenire, anche questa decisione è stata criticata per aver ulteriormente aperto le porte all'afflusso di denaro nelle elezioni: secondo i critici, questa nuova possibilità rischierebbe di falsare ancor di più la competizione elettorale, tanto più in un periodo, come quello che si apre, in cui, a seguito del censimento del 2010, vi saranno molte battaglie per ridisegnare i confini dei collegi⁶⁹.

La seconda *advisory opinion*, invece, dell'11 giugno 2010 (n. 2010-08)⁷⁰, è stata una nuova vittoria per *Citizens United*, le cui attività cinematografiche sono state ritenute dalla FEC ricomprese nelle attività di stampa, e pertanto esenti dal rispetto degli obblighi federali di *disclosure*.

La terza e la quarta AO, del 22 luglio 2010 (nn. 2010-09 e 2010-11)⁷¹, hanno infine recepito le indicazioni di *Citizens United* e *SpeechNow*, dando il via libera alla creazione di due nuovi *independent groups*, uno vicino ai repubblicani e uno ai democratici, che si propongono di contribuire al finanziamento delle prossime elezioni di *mid-term*, anche con riferimento a specifici candidati, e che potranno farlo a questo punto senza alcun limite nella raccolta o nella spesa, ma col solo vincolo dell'osservanza degli obblighi di *disclosure*.

4. Le nuove regole stabilite sotto l'Amministrazione Obama

Infine, veniamo al tema più attuale, cui si è già fatto riferimento

⁶⁸ La *advisory opinion* della F.E.C. è consultabile al link <http://saos.nictusa.com/aodocs/AO%202010-03.pdf>.

⁶⁹ In questo senso, l'editoriale del *New York Times* del 13 maggio 2010, *Can We Get You Anything Else?*, p. A26 dell'edizione di New York.

⁷⁰ La *advisory opinion* della F.E.C. è consultabile al link <http://saos.nictusa.com/aodocs/AO%202010-08.pdf>.

⁷¹ V. <http://saos.nictusa.com/aodocs/AO%202010-09.pdf>. e <http://saos.nictusa.com/aodocs/AO%202010-11.pdf>.

nel paragrafo introduttivo, ovvero le nuove restrizioni poste dall'Amministrazione Obama all'attività di *lobbying*, e in generale l'atteggiamento del Presidente Obama e dei suoi collaboratori nei confronti di questo fenomeno. Alcune iniziative che si menzioneranno sono di carattere prevalentemente politico e non strettamente giuridico, ma meritano di essere comunque segnalate perché danno il segno del posto che il tema occupa sull'agenda dell'attuale Presidente; altre invece sono autentici atti normativi.

Il primo atto da ricordare dell'allora candidato alla presidenza Barack Obama è stato non accettare contributi per la propria campagna elettorale da parte di lobbisti registrati (secondo quanto promesso in avvio di campagna, come detto). Il secondo è relativo al periodo in cui Obama era *President Elect*, cioè aveva vinto le elezioni di novembre 2009 ma non era ancora entrato in carica: egli in questo frangente si stava occupando di selezionare un gran numero di persone da nominare nella sua futura Amministrazione, e per scremare i candidati, i suoi collaboratori diffusero un questionario per conoscere una serie di informazioni rilevanti. Una delle prime domande era proprio volta significativamente ad avere informazioni circa l'eventuale precedente attività di *lobbying* svolta dal candidato o dal suo coniuge, a testimonianza della particolare attenzione rivolta al tema.

Il Presidente Obama ha poi emanato il 21 gennaio 2009, addirittura il primo giorno di lavoro effettivo della sua presidenza, cinque provvedimenti (due *Executive Orders* e tre *Presidential Memoranda*). Degli *Executive Orders*, quello che interessa in questa sede è quello intitolato *Ethics Commitments by Executive Branch Personnel*⁷², con cui sono state introdotte una serie di regole di condotta per il personale alle dipendenze dell'Amministrazione, espressamente considerando anche i loro rapporti con lobbisti registrati.

In particolare, questo *Order* stabilisce che tutti coloro che vengano nominati per una posizione in un'agenzia dipendente dall'esecutivo debbano rendere una dichiarazione (*Ethics Pledge*) in cui si assumano una serie di impegni. Oltre a quello di non accettare regali (*gifts*)⁷³ da lobbisti registrati o da persone giuridiche che pra-

⁷² <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/ethics-commitments-executive-branch-personnel>. L'altro *Executive Order* era invece relativo ai *Presidential Records* e non riguarda da vicino il tema trattato.

⁷³ Per stabilire che cosa debba essere inteso come *gift*, la sezione 2 del-

tichino il *lobbying*, i più significativi sono quelli relativi alla c.d. *revolving door* (su cui v. anche *supra*, § 2), e in particolare: l'impegno a non occuparsi per due anni di materie che coinvolgono specifici soggetti direttamente e significativamente collegati ai propri precedenti datore di lavoro o clienti; se sono stati registrati come lobbisti nei due anni precedenti la nomina (oltre a quanto previsto al punto due), l'impegno per due anni a non: a) occuparsi di alcuna materia in cui hanno svolto attività di *lobbying* nei due anni precedenti; b) occuparsi della specifica area tematica in cui ricade quella particolare materia, o c) cercare o accettare un lavoro con alcuna agenzia dipendente dall'esecutivo che essi hanno fatto oggetto di attività di *lobbying* nei due anni precedenti la data della nomina; o ancora l'impegno, in caso di cessazione dall'incarico presso l'Amministrazione, a non intraprendere attività di *lobbying* nei confronti di alcun funzionario dipendente dall'esecutivo per tutta la durata restante della legislatura.

Quanto ai *Memoranda*, rivolti agli *Heads of Executive Departments and Agencies*, sono da ricordare quello intitolato *Freedom of Information Act*⁷⁴, in cui il Presidente impartiva l'obbligo a tutte le agenzie e i dipartimenti governativi di adottare una «*presumption of disclosure*», cioè – nel dubbio se rendere o meno pubblica una determinata informazione relativa al governo – propendere sempre per la pubblicazione⁷⁵, nonché quello su *Transparency and Open Government*⁷⁶, in cui si incaricava l'*Office of Management and Budget* [OMB] dell'*Executive Office* del Presidente di emanare una *Open Government Directive*, anch'esso un provvedimento volto a perseguire i principi di trasparenza, partecipazione e collaborazione

l'*Order* rinvia alla definizione di cui alla sezione 2635.203(b) del titolo 5 del *Code of Federal Regulations*. Per quel che qui rileva, basti ricordare che secondo questa disposizione, «*gift includes any gratuity, favor, discount, entertainment, hospitality, loan, forbearance, or other item having monetary value*».

⁷⁴ http://www.whitehouse.gov/the_press_office/FreedomofInformationAct/.

⁷⁵ Tale *memo* è stato seguito da un ulteriore *memo* sulla stessa materia il 16 marzo 2010, in cui il Presidente – tramite i suoi consiglieri Rahm Emanuel e Bob Bauer – dà disposizioni per una più effettiva applicazione di questa *presumption of disclosure* prescritta a gennaio 2009. V. anche, precedentemente, il *memo* dell'*Attorney General* Eric Holder sullo stesso tema, del 19 marzo 2009: <http://www.justice.gov/ag/foia-memo-march2009.pdf>.

⁷⁶ <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/transparency-and-open-government>.

nell'azione di governo⁷⁷ (non riguarda invece il nostro tema il *Presidential Memorandum Regarding Pay Freeze*).

Un altro importante intervento normativo dell'Amministrazione Obama è consistito nell'emanazione, il 20 marzo 2009, di un nuovo *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*, intitolato *Ensuring Responsible Spending of Recovery Act Funds*⁷⁸. Questo *memo* è stato adottato a seguito dell'approvazione dell'*American Recovery and Reinvestment Act of 2009* (ARRA, o *Recovery Act*)⁷⁹: si tratta del c.d. *stimulus package*, ovvero la legge approvata dal Congresso nel pieno della crisi finanziaria del 2009 per stimolare l'economia.

Tale legge prevede lo stanziamento di una quantità elevatissima di risorse pubbliche (circa 800 miliardi di dollari) per una serie di obiettivi di massima, ma la decisione sul modo in cui in concreto impiegare questa cifra, cioè su quali progetti finanziare poi nello specifico, viene necessariamente demandata alle varie agenzie federali.

Il timore dell'Amministrazione Obama era però che questa seconda fase amministrativa, decisiva perché lo *stimulus package* potesse sortire gli effetti desiderati, venisse influenzata in modo distorto dall'attività di *lobbying* che sarebbe stata certamente subito intrapresa da numerosi gruppi d'interesse, desiderosi di aggiudicarsi una quota il più ampia possibile di una così ricca disponibilità di spesa pubblica.

Con l'obiettivo di allocare i fondi del *Recovery Act* sulla base di criteri soltanto di merito, evitando così che una «*improper influence or pressure*» dei lobbisti conducesse a finanziare «*imprudent projects*», il Presidente Obama ha emanato il *memo* in questione⁸⁰; in particolare, la *Section 3 (Ensuring Transparency of Registered Lobbyists Communications)* ha stabilito sostanzialmente il divieto

⁷⁷ La *Directive* in questione è la M-10-06, ed è stata emanata l'8 dicembre 2009; il testo è disponibile su http://www.whitehouse.gov/omb/assets/memoranda_2010/m10-06.pdf.

⁷⁸ *Federal Register*, Vol. 74, No. 56, March 25, 2009.

⁷⁹ Pub. L. 111-5, Feb. 17, 2009, 123 Stat. 115.

⁸⁰ Egli ha inoltre parallelamente dato vita ai siti internet Recovery.gov e USAspending.gov con l'obiettivo di fornire la massima informazione possibile al pubblico sull'impiego dei fondi pubblici, e in particolare – con il primo – su quelli legati agli interventi di contrasto alla crisi economica.

di comunicazioni orali tra lobbisti registrati⁸¹ e personale dell'Amministrazione in merito a specifici progetti o richieste o a specifici presentatori di richieste di finanziamento⁸², per tutti i fondi messi a disposizione dal *Recovery Act*: qualunque comunicazione intercorrente tra di essi al riguardo deve quindi avvenire per iscritto, ed essere poi pubblicata sul sito della relativa agenzia o ente pubblico (il *memo* è poi stato seguito da un ulteriore *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*, contenente l'*Interim Guidance Regarding Communications With Registered Lobbyists About Recovery Act Funds*⁸³, emanato il 7 aprile 2009 dall'OMB, e contenente le prime linee guida provvisorie per l'applicazione del *memo* di Obama del 20 marzo 2009).

Tali disposizioni hanno sollevato molte critiche da parte della comunità dei lobbisti, argomentate sulla base di considerazioni squisitamente di diritto costituzionale, e in particolare attinenti al Primo Emendamento. Nello specifico, i lobbisti contestavano la lesione del loro «right to petition the government», considerando le restrizioni eccessivamente gravose, tanto più che esse non valevano per soggetti diversi dai lobbisti registrati secondo le regole di diritto federale, così irragionevolmente distinguendo tra questi ultimi e soggetti – come lobbisti registrati secondo il diritto statale, ex lobbisti ancora attivi ma non più registrati, avvocati, o altri soggetti ancora – potevano esercitare un'analogia influenza, ma venivano esclusi dall'ambito di applicazione di regole così rigide.

In secondo luogo, i lobbisti lamentavano l'irragionevolezza della scelta di applicare una simile restrizione al solo *Recovery Act*, anche considerando l'entità assolutamente eccezionale della somma di denaro da esso stanziata e quindi la particolare esigenza di attribuzione di tali fondi in modo oculato e fondato sul merito. I lobbisti obiettavano infatti che, o le regole restrittive venivano estese in via generale, ma lo vieta il Primo Emendamento, oppure limitarle

⁸¹ Sulla base del *Lobbying Disclosure Act*, quindi sulla base del diritto federale, mentre non sono compresi i lobbisti registrati solo sulla base di normative dei singoli Stati.

⁸² Restavano espressamente esclusi da questo divieto le comunicazioni su temi *generali* relativi al *Recovery Act* (delle quali comunque il funzionario pubblico doveva comunque dar conto entro brevissimo tempo su internet).

⁸³ M-09-16, disponibile su http://www.whitehouse.gov/omb/assets/memoranda_fy2009/m-09-16.pdf.

ad una singola legge, per quanto di natura del tutto eccezionale, era una scelta irragionevole⁸⁴.

L'Amministrazione Obama ha parzialmente accolto il primo ordine di considerazioni, attenuando in qualche misura il regime delle prescrizioni introdotte a marzo 2009. Con un nuovo *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*, l'OMB ha emanato il 24 luglio 2009 l'*Updated Guidance Regarding Communications With Registered Lobbyists About Recovery Act Funds*⁸⁵. In questo nuovo *memo* – mentre si scrive, il più recente sul tema – l'OMB ha «chiarito» (*clarified*) la portata del precedente *memo* del 7 aprile, in realtà apportando alcune significative innovazioni.

In particolare, il nuovo *memo* del 24 luglio 2009 ha limitato il divieto di conversazioni orali su progetti specifici relativi al *Recovery Act* al solo caso di richieste di finanziamento già presentate, nel periodo tra la domanda di finanziamento e l'attribuzione dei relativi fondi, consentendo quindi nuovamente le conversazioni orali (di persona o telefoniche) su progetti specifici, purché effettuate prima della formale presentazione della relativa domanda (o dopo l'assegnazione dei relativi fondi).

Inoltre, è stato in parte eliminato il trattamento più sfavorevole per i lobbisti registrati sulla base del diritto federale. Infatti, nel periodo in cui una domanda di concessione di fondi stanziati dal *Recovery Act* è pendente, ai funzionari pubblici è vietato discuterne con chiunque, quindi non solo con lobbisti federali registrati: in questo modo, è stata eliminata una differenza di trattamento tra lobbisti federali registrati e altri soggetti.

Tuttavia, rimane un trattamento differenziato nei confronti dei lobbisti: per quanto riguarda le conversazioni orali (su progetti per cui non è pendente domanda), se la comunicazione proviene da un lobbista federale registrato, il funzionario pubblico ha l'obbligo di curare che entro tre giorni la notizia di quella conversazione e una breve descrizione del suo contenuto vengano immediatamente pub-

⁸⁴ Per un quadro delle opinioni in campo, http://www.usatoday.com/news/washington/2009-03-27-obama-lobbyists_N.htm. V. anche, se pur solo per un accenno al tema, W. Luneburg, *Administration and Enforcement of the LDA and Miscellaneous Lobbying Restrictions*, in W. LUNEBURG, T. SUSMAN, R. GORDON (a cura di), *The Lobbying Manual*, cit., p. 191.

⁸⁵ M-09-24, disponibile su http://www.whitehouse.gov/omb/assets/memoranda_fy2009/m09-24.pdf.

blicate sul sito dell'ente per cui lavora; quanto alle comunicazioni scritte relative a progetti specifici, sia che sia pendente la relativa domanda di fondi sia che non lo sia, se esse provengono da lobbisti federali registrati, il funzionario ha l'obbligo di inoltrarla via email al suo responsabile, così che essa sia pubblicata sul sito dell'ente entro tre giorni.

Da ultimo su questo punto, va ricordato che il 10 settembre 2009 il Dipartimento del Tesoro ha emanato regole analoghe a quelle appena viste, in materia di assegnazione dei fondi stanziati dall'*Emergency Economic Stabilization Act* (EESA)⁸⁶.

Infine, l'Amministrazione Obama si è segnalata per due ulteriori interventi, sempre esplicitamente motivati con la volontà di garantire maggior trasparenza all'azione di governo. Il primo è stato quello di pubblicare la lista di tutte le persone che si sono recate alla Casa Bianca, in modo da informare il pubblico su chiunque si sia recato dal Presidente, cosicché il pubblico ne possa trarre le conseguenze del caso⁸⁷. Il secondo è stato, il 23 settembre 2009, l'annuncio di non voler più nominare o rinominare lobbisti registrati secondo il diritto federale presso gli «advisory boards» e le «commissions» delle agenzie governative⁸⁸, così da eliminare quello che l'Amministrazione ha ritenuto un indebito vantaggio di cui molti lobbisti godevano, e che dava loro la possibilità di influenzare le decisioni dell'amministrazione pubblica dall'interno.

In particolare, quest'ultima decisione è stata vivamente contestata dalla comunità dei lobbisti⁸⁹, in parte con argomenti di carattere costituzionale. Ad esempio, l'*American League of Lobbyists*

⁸⁶ Il testo di queste regole è disponibile su <http://www.financialstability.gov/docs/Lobbying-Guidelines.pdf>.

⁸⁷ I nominativi in questione sono disponibili su <http://www.whitehouse.gov/briefing-room/disclosures/visitor-records>. Il sito della Casa Bianca specifica espressamente che l'elenco include i «registered lobbyists». La decisione di procedere a questa *voluntary disclosure* è stata dichiarata il 10 settembre 2009, e ha iniziato ad essere realizzata il 30 ottobre 2009, come emerge da questo *post* sul *blog* della Casa Bianca: <http://www.whitehouse.gov/blog/2009/10/30/transparency-you've-never-seen-0>.

⁸⁸ <http://www.whitehouse.gov/blog/Lobbyists-on-Agency-Boards-and-Commissions>.

⁸⁹ In generale, essi hanno fatto osservare le «*unintended consequences*» delle nuove regole restrittive poste dall'Amministrazione, e in particolare l'aver spinto molti lobbisti a cancellarsi dai registri ufficiali, ottenendo così l'effetto oppo-

(ALL) ha sostenuto in una lettera aperta del 28 ottobre 2009⁹⁰ che questa decisione finirebbe col punire i lobbisti con una regola retroattiva, cioè per aver scelto una professione quando ancora queste regole non erano applicabili, in violazione del divieto costituzionale di *ex post facto Laws*⁹¹. A questo argomento, la Casa Bianca ha risposto il 9 novembre 2009⁹² osservando che «*the United States Supreme Court has treated lobbyists differently from other experts and public servants since 1954, when it upheld special restrictions for lobbyists, recognizing that 'Otherwise, the voice of the people may all too easily be drowned out by the voice of special interest groups seeking favored treatment while masquerading as proponents of the public weal.'* Since then, numerous courts have upheld differential treatment for lobbyists based on the widely-held recognition that their profession poses the potential for risk to the public interest»⁹³.

Da ultimo, si può poi ancora ricordare la decisione presa il 10 marzo 2010 dal *Committee on Appropriations* della House⁹⁴ (in pratica la commissione che si occupa specificamente di finanziamenti e spese) di non approvare più *earmarks*⁹⁵ a favore di soggetti *for-profit*. Tale divieto, però, pare essere aggirato con una certa facilità, grazie alla creazione ad hoc, da parte di enti *for-profit*, di enti non-

sto a quello desiderato: l'osservazione è stata fatta ad esempio da Joel Jankowsky, un partner di uno dei più noti studi di *lobbying* di Washington, Akin Gump Strauss Hauer & Feld: v. <http://undertheinfluence.nationaljournal.com/2010/03/lobbyists-defend-selves-at-din.php>. Cfr. anche le indagini su questo fenomeno del *Center for Responsive Politics* e di *OMB Watch*, l'ultima delle quali è stata pubblicata il 30 giugno 2010, con il titolo *The Deregistration Dilemma – Are Lobbyists Quitting the Business as Federal Disclosure Rules Tighten?* (<http://www.opensecrets.org/news/Deregistrationreport.pdf>).

⁹⁰ <http://www.whitehouse.gov/files/documents/10-09-Letter-to-WH-Advisory-Committees.pdf>, v. p. 3.

⁹¹ Art. I, *Section 9*, per il Congresso federale, e *Section 10* per i singoli Stati.

⁹² <http://www.whitehouse.gov/files/documents/2009/november/ALL-response-letter.pdf>, v. p. 2.

⁹³ Il riferimento è al già citato *United States v. Harriss*, 347 U.S. 612 (1954), caso sorto sotto la vigenza dell'FRLA. Il noto passo citato è a p. 625.

⁹⁴ http://appropriations.house.gov/images/stories/pdf/2010_Earmark_Reforms_Release-3.10.2010.pdf.

⁹⁵ Sulla nozione di *earmarks*, v. *supra*, § 2).

profit da loro interamente controllati, a beneficio dei quali far dirottare gli *earmarks*⁹⁶.

In conclusione, merita comunque dar conto di un interessante reportage pubblicato sul *New York Times*⁹⁷, in cui si dà conto di come gli stessi funzionari dell'Amministrazione cerchino delle scappatoie tra divieti vecchi e nuovi per continuare ad incontrare i lobbisti senza incorrere in sanzioni: così, sono numerosissimi gli incontri tra lobbisti e funzionari della Casa Bianca nei caffè giusto di fronte alla residenza presidenziale, così da evitare gli obblighi di pubblicità previsti per gli incontri che si svolgono negli uffici della Casa Bianca; ma pare che presso diversi funzionari sia diffuso anche l'uso di indirizzi di posta elettronica privati in luogo di quelli ufficiali, o ancora che l'Amministrazione stessa abbia fatto molte eccezioni alle restrizioni da essa stessa poste, nominando più di venti lobbisti a incarichi politici, o addirittura che abbia consigliato a dei candidati a delle posizioni di lavoro presso di essa di deregistrarsi come lobbisti, così da aggirare i vincoli evidentemente troppo stretti che si era data per le assunzioni; o ancora, nei registri delle visite di lobbisti alla Casa Bianca, spesso come soggetto ospitante non compare l'effettivo funzionario responsabile, ma un assistente amministrativo che ha organizzato l'incontro.

5. La situazione attuale e i possibili scenari nel prossimo futuro

La materia del *lobbying* e quella, strettamente collegata, del finanziamento elettorale sono in questi anni al centro del dibattito politico-costituzionale americano. Si confrontano al riguardo le tesi più diverse: in materia di *lobbying*, si va da chi sostiene che esso debba essere favorito o quanto meno lasciato il più libero possibile (in parte per rispettare il Primo Emendamento e l'intenzione originaria dei costituenti, che vedevano nella proliferazione di idee e interessi in concorrenza gli uni con gli altri una garanzia di libertà e prosperità⁹⁸, in parte per un effettivo beneficio recato da questa

⁹⁶ Come riferiscono E. LIPTON e R. NIXON, *Companies Find Ways to Bypass Ban on Earmarks*, in *New York Times*, 5 luglio 2010, p. A1.

⁹⁷ E. LICHTBLAU, *Across Street From the White House, Coffee and a Chat With Lobbyists*, in *New York Times*, 25 giugno 2010, p. A18.

⁹⁸ Sono le idee espresse dai *Federalist Papers* di Hamilton, Madison e Jay

attività a una più informata gestione della cosa pubblica da parte di legislatori e amministrazione), a chi al contrario sostiene che il *lobbying* vada limitato il più possibile, perché conduce alla cattura del decisore pubblico da parte del privato, e al sacrificio dell'interesse generale di fronte agli interessi particolari in competizione fra loro⁹⁹.

Similmente, in materia di finanziamento elettorale, si va dalla posizione di chi sostiene la necessità di introdurre un generale sistema di finanziamento pubblico di tutte le elezioni, vietando conseguentemente i finanziamenti privati in quanto fonte inevitabile di corruzione, a chi all'opposto ritiene che il poter finanziare senza limiti la campagna propria o di terzi sia non solo un diritto costituzionalmente garantito in modo incontrovertibile, ma un fatto benefico per l'intera società, perché garantisce a tutte le opinioni e a tutti i candidati l'opportunità di farsi conoscere, e sottrae ai detentori del potere il controllo del processo elettorale, che porta sempre con sé un potenziale pericolo di abusi.

Quale dei due poli prevale attualmente? La risposta è particolarmente difficile, e sembra richiedere una serie di distinzioni. In primo luogo, occorre distinguere il piano *de iure condito* da quello *de iure condendo*. Ma anche così la risposta non sembra essere univoca. Infatti i sostenitori della necessità di riforma sostengono che la disciplina attualmente vigente vada cambiata in nome della lotta alla corruzione e del perseguimento del bene comune, ritenendo

(v. soprattutto, al riguardo, il *Federalist* numero 10 e il *Federalist* numero 51); com'è noto, tesi simili erano già state formulate da Adam Smith nell'*Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni* (uscito proprio nel 1776, l'anno della rivoluzione americana) e troveranno nuova autorevolissima fortuna nella *Democrazia in America* di Tocqueville.

⁹⁹ Ad esempio, sempre col dichiarato intento di aumentare la trasparenza del governo della cosa pubblica, il progetto di legge H.R. 4983, presentato alla Camera il 26 marzo 2010 dal Deputato Mike Quigley (qui il comunicato stampa: http://quigley.house.gov/index.php?option=com_content&task=view&id=268&Itemid=74), prevede, per quanto riguarda i lobbisti, l'obbligo per loro di dichiarare la specifica persona dell'Amministrazione o del Congresso con cui hanno avuto di volta in volta un incontro (anziché indicare semplicemente l'organo di appartenenza di questa persona come accade ora), nonché l'obbligo di indicare su internet entro sole 72 ore ogni «*lobbying contact*» che abbiano avuto e ogni incarico che abbiano ricevuto, in luogo dell'attuale termine di 45 giorni.

che essa sia molto sbilanciata verso la deregolamentazione. Curiosamente, però, i *deregulationists* non sostengono che la legislazione vigente vada difesa, ma anzi che vada sostanzialmente cambiata, proprio perché ritengono che essa sia molto sbilanciata verso una regolazione che ritengono eccessiva.

Sembra quindi non esserci convergenza tra studiosi della materia e nel dibattito pubblico non solo sui giudizi di valore, il che è normale e anzi positivo, ma neppure sui giudizi di fatto, il che è in realtà frequente, ma impedisce lo svolgersi di un dibattito costruttivo in materia, perché non c'è accordo neppure sulle premesse di partenza.

In secondo luogo, un'altra distinzione che è possibile svolgere è tra giurisprudenza, in particolare della Corte Suprema, da un lato, e organi politici, Congresso e Presidente, dall'altro. In effetti, è indubbio che nel momento attuale la Corte, a maggioranza conservatrice, rappresenta il baluardo dei deregolatori, di chi vuol lasciare libero campo al denaro di andare dove chi lo possiede lo voglia destinare, com'è risultato evidente in modo chiarissimo con la recente sentenza *Citizens United*, ma com'era già stato chiaro con la ricordata *Wisconsin Right to Life*¹⁰⁰, ma anche con *Randall v. Sorrell*¹⁰¹, in cui la Corte aveva ritenuto, per quel che qui viene in rilievo, che violavano il Primo Emendamento le restrizioni ai contributi elettorali stabilite da una legge del Vermont del 1997 (*Pub. Act. No. 64*), che imponeva i limiti più bassi degli Usa ai contributi elettorali da parte di individui, partiti e gruppi o comitati politici (in una misura variabile tra un massimo di 200 e 400 dollari per i candidati singoli e 2000 per i partiti)¹⁰².

Al contrario, un largo numero di *Congressmen* (anche se verosimilmente non abbastanza da vincere il *filibustering* dell'opposizione), ma soprattutto, come si è visto, l'attuale Presidente Obama, sono convinti dell'esigenza di porre un freno all'invasione della politica da parte dei *moneyed interests*, e si fanno quindi massimi por-

¹⁰⁰ V. *supra*, nota 39.

¹⁰¹ 548 U.S. 230 (2006).

¹⁰² In questa stessa direzione si collocano anche pronunce come le ricordate *Emily's List v. FEC* (precedente a *Citizens United*, del 2009) e *Speech-Now v. FEC* (subito successiva, del 2010), entrambe della *Court of Appeals* di D.C..

tavoce della tesi che invoca la «riforma» del sistema, in modo particolarmente urgente dopo la ricordata sentenza di gennaio 2010¹⁰³.

Sarà di estremo interesse seguire l'evolversi della situazione, e verificare se Obama e la maggioranza di cui dispone al Congresso saranno in grado di approvare la riforma che da più parti si attende, o se viceversa l'opposizione messa in campo al Parlamento e nell'opinione pubblica¹⁰⁴ riuscirà a porre nel nulla un tentativo di innovazione legislativa che da più parti per converso si osteggia.

L'esito di questo dibattito, o anzi di questo autentico scontro, dirà infatti molto sulla direzione intrapresa dagli Stati Uniti all'inizio del nuovo secolo: se prevarrà la linea dei c.d. *reformers*, avranno probabilmente ragione quanti ritengono che Obama stia avvicinando molto gli Usa, sotto diversi aspetti, al modello economico-sociale europeo. Infatti, la disciplina del finanziamento elettorale e del *lobbying* è assai meno lontana dalle scelte in materia di *welfare* o di politica economica di quanto si possa pensare, nell'orientare uno Stato verso un modello più simile a quello liberale classico, proprio degli Stati Uniti delle origini, o invece a quello sociale tipico dell'Europa, soprattutto continentale.

Viceversa, se prevarrà la linea attualmente maggioritaria nella Corte Suprema, le differenze tra le due sponde dell'Atlantico rimarranno più nette, perché in questo caso negli Stati Uniti si continuerà (o si tornerà, a seconda delle interpretazioni) a dare preminenza al *free speech* su qualunque altro principio: infatti in nessun altro Paese europeo si ravvisa una tutela costituzionale della libertà di espressione così marcata da giungere a salvaguardare le attività in questione allo stesso livello e con analogo prevalenza su altri principi rispetto a quanto è storicamente avvenuto negli Usa, fino al culmine di *Citizens United*.

¹⁰³ Occorre comunque dar conto che, secondo un'analisi del *Washington Post*, nell'attuale campagna per le elezioni di *mid-term*, non si sarebbe finora verificata la temuta invasione di «*corporate money*» nelle elezioni paventata da molti commentatori, ma anzi le *unions* starebbero spendendo molto di più delle *corporations*: T.W. FARNAM, *Unions outspending corporations on campaign ads despite court ruling*, in *Washington Post*, 7 luglio 2010.

¹⁰⁴ Si pensi soprattutto al movimento c.d. dei *tea parties* (che si rifà alla celeberrima protesta messa in atto dai coloni nel porto di Boston, con l'affondamento delle navi cariche di tè destinate alla madrepatria Inghilterra, effettuato come atto di rivolta fiscale contro l'invasività della corona inglese, il cui governo era ormai sentito come intollerabilmente oppressivo).

Quel che è certo è che quest'ultima sentenza ha esasperato uno scontro già latente tra il Presidente Obama e la Corte Suprema, portando la polemica interistituzionale a dei livelli davvero inusuali, da alcuni osservatori paragonati addirittura alla grave tensione manifestatasi ai tempi del tentativo di c.d. *court-packing* di Franklin Delano Roosevelt. Al di là dell'aspetto politico della vicenda, che ovviamente qui non interessa, questo fatto merita certamente l'attenzione del giurista, nella misura in cui questa tensione tra organi costituzionali potrebbe determinare dei più o meno grandi punti di frattura nel disegno di Filadelfia, che sinora così bene ha retto al tempo e ai rivolgimenti anche drammatici della storia.

Del resto, come si è appena ricordato, vi sono stati in passato dei momenti in cui al punto di fusione si è giunti molto vicini, e anzi alcuni ritengono che esso fu raggiunto all'epoca dello scontro tra Roosevelt e la Corte Suprema. Nel quadro del *New Deal*, Roosevelt aveva ottenuto il passaggio dal Congresso di molte misure di carattere sociale, tipiche del *welfare state*. La Corte Suprema, però, le aveva dichiarate in gran parte illegittime, e per reazione Roosevelt minacciò di «riempire» la Corte di un numero di nuovi membri di sua nomina tale da ottenere una maggioranza favorevole alle sue politiche (era appunto il c.d. *court-packing*). Il progetto di legge così ostile alla Corte sortì nel suo effetto, tanto che non ne fu mai necessaria l'approvazione, perché nei mesi e anni seguenti la Corte, messa di fronte a un simile minaccia, preferì mutare giurisprudenza e si risolse così ad approvare la legislazione sociale voluta dal Presidente.

Da allora, le tensioni tra i vari Presidenti e la Corte non avevano mai più raggiunto livelli paragonabili, e invece diversi osservatori rilevano il rischio che qualcosa di simile possa nuovamente accadere negli anni a venire. Tornano quindi a scontrarsi in modo molto evidente due posizioni forse irriducibilmente avverse.

Da un lato, la posizione che la (maggioranza della) Corte Suprema ha sposato in *Citizens United*, benché criticata da molti, sembra non far altro che portare coerentemente fino in fondo le premesse originarie di favore per la varietà e il conflitto delle diverse opinioni su cui si fonda sin dall'inizio l'ordinamento americano, e fatte proprie infatti nei c.d. *Federalist Papers*, in particolare nel n. 10, scritto da Madison¹⁰⁵. In questo saggio, Madison prende posi-

¹⁰⁵ I *Federalist Papers* sono una raccolta di articoli di giornale scritti dai

zione a favore di una società ricca di opinioni contrastanti, dal confronto e scontro delle quali si ricavi, per tentativi ed errori, il maggior interesse del maggior numero di persone. In un certo senso, Madison esprime un'idea molto vicina a quella, fondamentale per tutto il pensiero liberale, del meccanismo della «mano invisibile» di Adam Smith, secondo cui l'interesse generale nasce dal perseguimento egoistico, da parte di ciascuno, del proprio interesse individuale.

Per converso, le origini dell'idea di Obama per cui il perseguimento degli interessi personali è un fatto negativo si possono ricondurre al *Contratto sociale* di Rousseau, e alla sua idea, da cui muoveranno, invece, il pensiero socialista e socialdemocratico, della «volontà generale» come sintesi e autentico soddisfacimento degli interessi dei singoli, che in essa si annullano perché dal benessere collettivo nasce la vera realizzazione del benessere individuale.

In conclusione, sempre a proposito del disegno della Convenzione del 1787, e riprendendo l'osservazione sul possibile esito della disputa in atto, è possibile che la posizione del Presidente prevalga. Ma anche se ciò avverrà (e a maggior ragione se invece i tentativi di riforma falliranno), le difficoltà incontrate su questo cammino sembrano essere una formidabile conferma della tesi che vede nella Costituzione americana il frutto di una scelta precisa verso la limitazione del potere, l'impossibilità per il governo di stravolgere l'assetto economico-politico consolidato, la salvaguardia di un ordinamento liberale dello Stato¹⁰⁶.

Quale che sia l'opinione che uno abbia di questi valori, è molto significativo considerare gli ostacoli incontrati da Obama nel modificare le regole che governano l'attività di *lobbying*, e in generale in tutti gli altri campi in cui aveva promesso radicali riforme¹⁰⁷. Tali

padri della patria americani Hamilton, Madison e Jay, sotto il comune pseudonimo di Publius, e poi raccolti in volume, con lo scopo di convincere le tredici colonie a ratificare la Costituzione approvata a Filadelfia nel 1787. Cfr. anche, a proposito del collegamento tra la visione espressa nel *Federalist* n. 10 e il fenomeno del *lobbying*, A.S. KRISHNAKUMAR, *Towards a Madisonian, Interest-Group-Based, Approach to Lobbying Regulation*, 58 *Ala. L. Rev.* 513.

¹⁰⁶ Cfr. G. BOGNETTI, *Il pensiero federalista*, in A. ANDREATTA e E. BALDINI (a cura di), *Il pensiero politico dell'età moderna. Da Machiavelli a Kant*, pp. 401-423, e in particolare pp. 414-415.

¹⁰⁷ A cominciare da quello della sanità, in cui pure Obama è giunto infine a far approvare al Congresso il 21 marzo 2010 una legge di riforma che mo-

ostacoli sono in definitiva riconducibili all'opposizione e al freno esercitati da molte delle infinite associazioni della società civile americana, così ben descritte da Tocqueville quasi due secoli fa¹⁰⁸ e oggi organizzate per incidere sul processo politico proprio tramite l'intermediazione di chi esercita l'attività di *lobbying*: la forza di queste associazioni e la loro capacità di arginare efficacemente l'azione di un Presidente pur inizialmente molto popolare come Obama sembra un'ennesima, chiarissima riprova che il costituzionalismo americano, per via della sua storia e di come fu concepito dai Padri Fondatori¹⁰⁹, è radicalmente avverso a qualunque rivoluzione¹¹⁰.

difica in maniera estremamente significativa l'assetto consolidato. Discorso analogo vale per la riforma finanziaria, firmata da Obama il 21 luglio 2010.

¹⁰⁸ Si vedano soprattutto, della *Democrazia in America*, il capitolo 12 del primo volume, e i capitoli 5, 6 e 7 della seconda sezione del secondo volume (nel capitolo 5, compare la nota frase «*Americans of all ages, all stations of life, and all types of disposition are forever forming associations*»).

¹⁰⁹ Per via cioè del suo carattere liberale: v. a questo proposito G. BONGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, in particolare il vol. I, *La Costituzione liberale*.

¹¹⁰ Una certa maggior consapevolezza di questo, frutto verosimilmente delle difficoltà incontrate e della volontà di non creare ulteriori «strappi», sembra emergere nella decisione dell'Amministrazione di non introdurre nuove regole restrittive per il *lobbying* nella fase di attuazione della riforma sanitaria (su cui cfr. nota 107), a differenza di quanto si è visto esser stato fatto con riguardo allo *stimulus package*: la conferma è giunta da Nancy-Ann DeParle, capo del *White House Office of Health Reform*, come riporta un articolo di B. Vaida del 4 maggio 2010 pubblicato su <http://undertheinfluence.nationaljournal.com/>, *No New White House Rules On Health Care Lobbying*.