



## L'intersezione tra discorso commerciale e discorso politico: alcune questioni rilevanti<sup>1</sup>

di

Elettra Stradella\*

SOMMARIO: 1. Breve premessa metodologica: una “questione americana” di interesse comparatistico. 2. La categoria del discorso commerciale nell’ordinamento italiano: tra art. 21, Cost. e art. 41, Cost. 2.1. La disciplina del messaggio pubblicitario e le sue implicazioni quando i contenuti della comunicazione commerciale presentino profili politici, e il ruolo peculiare dell’autodisciplina. 3. *Commercial speech* e *political speech* nella ricostruzione dottrinale e nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense. 4. Un’ipotesi ricostruttiva del discorso soggettivamente commerciale ma oggettivamente politico. 4.1. La manifestazione del pensiero politico operata dal soggetto commerciale (*corporate speech?*) e il caso *Hillary the Movie*. 4.2. Azioni espressive in cui prevale l’espressione: il caso del finanziamento privato alle campagne elettorali nel sistema nord-americano. 4.3. Azioni espressive in cui prevale la natura commerciale ma con effetti indirettamente riconducibile all’alveo della tutela della manifestazione del pensiero: il recente caso dell’attribuzione di coscienza alle *corporations* nella sentenza *Hobby Lobby*.

1. Breve premessa metodologica: una “questione americana” di interesse comparatistico

Il tema del “discorso commerciale” non acquista nell’ordinamento italiano una propria rilevanza autonoma quale oggetto di indagine. Tanto che l’espressione stessa “discorso commerciale”, in quanto categoria concettuale a sé stante, non ha domicilio né nelle elaborazioni dottrinali in materia di libertà di manifestazione del pensiero, né in altri studi che fanno riferimento semmai al messaggio pubblicitario ovvero alla comunicazione commerciale (ciò che già

---

\* Ricercatrice di Diritto pubblico comparato del Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Pisa.

<sup>1</sup> Il presente lavoro è stato elaborato nell’ambito del Progetto di Ricerca di Ateneo dell’Università di Pisa, Dipartimento di Giurisprudenza, coordinato dal prof. Francesco Dal Canto.

mette in evidenza l'accostamento tra contenuto commerciale e ambito della comunicazione, piuttosto che della manifestazione del pensiero).

Insomma, il tema delle espressioni provenienti da soggetti collettivi operanti in abito economico-commerciale, e del loro problematico inquadramento quando abbiano ad oggetto questioni di natura non esclusivamente commerciale ma (anche) politica (nel senso, ampio, che si dirà in seguito), è questione prettamente nord-americana. E' in quel contesto che si sviluppa una riflessione sulla riconducibilità o meno di tali espressioni all'alveo del Primo Emendamento e sulla loro tutelabilità nelle forme e nei (pochi invero) limiti che da questo discendono.

In quello stesso contesto una particolare attenzione suscita da tempo la riconoscibilità in capo agli enti collettivi dei diritti di cui al Primo Emendamento; infatti, come si vedrà, riflessioni dottrinali specifiche affrontano il tema del c.d. *corporate speech* indagando circa l'estendibilità costituzionale della garanzia di libertà alle espressioni, e alle azioni espressive, provenienti dalle *corporations*. E proprio con riferimento alla natura e alla tipologia delle manifestazioni del pensiero, la ricchezza dell'elaborazione nord-americana in materia di *symbolic speech* e la capacità di quell'ordinamento di individuare condotte espressive in corrispondenza di comportamenti materiali, segna un discrimine significativo rispetto ad altri ordinamenti, tra cui quello italiano.

D'altra parte, la diffusione sempre più ampia di messaggi commerciali, la necessità per le imprese, anche in un contesto di crisi economica, di arricchire la comunicazione commerciale di contenuti ulteriori, potenzialmente in grado di avvicinare un numero maggiore di soggetti al prodotto le cui virtù sono oggetto di propaganda, rende a mio avviso significativa la riflessione qui proposta anche per ordinamenti diversi da quello in cui tradizionalmente ha occupato la dottrina e la giurisprudenza.

Nell'ordinamento italiano, la questione del rapporto tra libertà di manifestazione del pensiero tutelata *sub* art. 21, Cost. e comunicazione pubblicitaria ha interessato la riflessione giuridica in misura piuttosto ridotta, ma si è sviluppata a partire dagli anni Sessanta conducendo, tra l'altro, a due pronunce, in particolare negli anni Sessanta e Ottanta, della Corte costituzionale, con le quali è stata delineata la demarcazione tra le due sfere espressive secondo un criterio che ha poi sostanzialmente mantenuto la sua validità ermeneutica per lo meno in ambito giurisprudenziale, difficile dirsi quanto consapevolmente. Con le sentenze nn. 68/1965 e n. 231/1985 il giudice costituzionale ha infatti sottolineato come la libertà di espressione, la quale rinviene la propria tutela costituzionale nel dettato di cui all'art. 21, Cost., deve intendersi riferita esclusivamente alle forme di comunicazione che siano riconducibili all'ambito dell'informazione, dell'opinione e della cultura, e non invece alle forme di comunicazione che abbiano una finalità economica, come la

pubblicità, che sarebbero invece espressione della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41, Cost.

Il problema d'altra parte è che le sentenze non risolvono affatto i possibili dubbi circa il trattamento delle espressioni "di confine", rientranti in quella che si riconoscerà come una vera e propria zona grigia intermedia, distante sia dal discorso che si limita a tradurre espressivamente l'iniziativa economica privata e l'attività imprenditoriale, sia dalla "pura e semplice manifestazione del pensiero" (per di più se depurata da tutte le forme di pensiero-azione, di propaganda e genericamente di incitamento che addirittura verrebbero escluse dall'alveo della libertà di espressione se si applicasse il criterio restrittivo dei c.d. limiti logici, sul quale si tornerà in seguito).

Si pensi a quelle particolari comunicazioni pubblicitarie nelle quali l'intento promozionale viene nascosto per celarlo ai destinatari (il c.d. *product placement*), ma soprattutto ai messaggi pubblicitari/propagandistici, per i quali occorre una verifica dell'effettivo contenuto/oggetto della propaganda, al fine di comprendere quale sia l'ambito di tutela ad essi riservato. Infatti, al di là della natura propria della propaganda in quanto tale, penalisticamente individuata e individuabile in relazione al tipo di sentimenti e di reazioni che intende ed è in grado di suscitare, il trattamento da riservare all'espressione non può che essere *content-based*, come scriverebbero gli studiosi nord-americani, cioè orientato sulla base dell'oggetto proprio dell'espressione medesima, dei suoi contenuti e conseguentemente della sua maggiore o minore attinenza agli oggetti che il diritto alla libera manifestazione del pensiero protegge, o protegge con particolare intensità.

Infatti, è evidente come la qualificazione delle fattispecie per così dire intermedie in termini di libertà di espressione oppure come espressioni pubblicitarie, è tanto rilevante da incidere proprio sul tipo di tutela da apprestare alle singole fattispecie.

Tutto questo premesso, la domanda di ricerca sottesa allo studio che si intende svolgere riguarda la possibilità di costruire una proposta per una definizione complessiva dei discorsi provenienti dai soggetti collettivi aventi finalità economiche e commerciali, con un obiettivo reale, di secondo livello, rappresentato dalla qualificazione in particolare della zona di intersezione tra discorso commerciale e discorso politico, considerata e studiata con molta attenzione soprattutto nel contesto nord-americano.

Per far questo si prenderanno le mosse proprio dalla tradizionale (nel panorama degli studi giuridici statunitensi) distinzione tra *narrow commercial speech* e *enriched commercial speech*, sottolineando come in entrambi i casi, che si tratti di espressione commerciale in senso stretto oppure di un'espressione per così dire arricchita da contenuti ulteriori e maggiormente rilevanti sotto il profilo della manifestazione del pensiero, eventualmente anche politico, ci si trovi di fronte ad un discorso soggettivamente e oggettivamente commerciale,

dove cioè ad una natura commerciale del soggetto che pone in essere la comunicazione corrisponde nella sostanza una comunicazione dal contenuto commerciale. Il superamento, o meglio l'integrazione, di questa distinzione costituirà il primo passaggio del ragionamento che si proporrà.

Si aggiungerà infatti alle due tipologie segnalate una terza categoria, quella del discorso soggettivamente commerciale ma oggettivamente politico. Tale categoria, come si vedrà, comprende diverse forme espressive ed è proprio al suo interno che si pongono i maggiori problemi di regolazione della manifestazione del pensiero, perché rispetto ad essa occorrerà trovare il corretto bilanciamento tra la minor tutela apprestata, sia nell'ordinamento nord-americano sia in quello italiano, al discorso commerciale, con la speciale posizione assunta dal discorso politico tra le manifestazioni di pensiero tutelate rispettivamente dal I Emendamento e dall'art. 21, Cost.

Con riferimento ai discorsi soggettivamente commerciali ma oggettivamente politici si proporrà una distinzione tra: a) discorsi in senso proprio, quindi manifestazioni del pensiero realizzate in forma orale, o scritta, e attraverso qualsiasi mezzo di comunicazione (è il caso di un video, di un documentario o di uno scritto propagandistico a favore di un partito politico o di un particolare programma politico realizzato da un ente avente statutariamente finalità di carattere commerciale, a prescindere – si intende – in questa sede dalla specifica qualificazione giuridica dello stesso, si pensi alle considerazioni condotte dalla Corte Suprema nel noto caso, verificatosi negli Stati Uniti, del film-documentario *Hillary the movie* realizzato durante la campagna per le elezioni primarie nel 2008, su cui ci si soffermerà nella trattazione); b) azioni espressive in cui prevale l'espressione (è il caso, molto controverso ed anche recentemente oggetto di pronunce della Corte suprema nord-americana che saranno approfondite - da ultimo *McCutcheon vs. FEC* del 2014 - del finanziamento privato alle campagne elettorali); c) azioni espressive in cui prevale la natura commerciale e l'effetto è quindi solo indirettamente riconducibile all'alveo della tutela della manifestazione del pensiero (si pensi alla recente questione, affrontata dalla Corte Suprema nord-americana nel 2014 nella discussa *Burwell vs. Hobby Lobby Stores*, del riconoscimento di una sorta di libertà di coscienza a soggetti collettivi aventi appunto finalità commerciali nell'esercizio di proprie ordinarie relazioni interne ed esterne, con conseguente possibilità di deroga a regole giuridiche esistenti e normalmente applicabili alle società commerciali. Il caso, noto, su cui ci si soffermerà nella trattazione, riguarda la grande catena di distribuzione di strumenti per il fai-da-te negli Stati Uniti - impresa con 22.000 lavoratori e lavoratrici - *Hobby Lobby* e la sua vittoria nella causa intentata nei confronti del governo sull'obbligo di comprendere tra i trattamenti coperti dalle assicurazioni sanitarie, secondo quanto previsto dal c.d. Obama Care, contraccettivi ormonali e altri dispositivi anticoncezionali).

Risultato finale della riflessione dovrebbe quindi essere quello di giungere ad una ricostruzione complessiva del discorso soggettivamente commerciale ma oggettivamente, almeno in parte, politico, intendendo tale attributo come proprio di quella manifestazione di pensiero che traduce, in varie possibili forme, un progetto di azione e di trasformazione della realtà istituzionale, o della società politica più in generale. La ricostruzione, che pure molto sarà debitrice dell'approccio e del metodo utilizzato in contesto statunitense, sarà applicata anche all'ordinamento italiano, riguardo al quale ci si soffermerà in particolare sulla regolazione del messaggio pubblicitario attraverso il modello dell'autodisciplina, con le conseguenti criticità che questo possa comportare rispetto alla limitazione della libertà di manifestazione del pensiero attraverso forme essenzialmente consensuali di sanzione dei contenuti espressivi.

2. La categoria del discorso commerciale nell'ordinamento italiano: tra art. 21, Cost. e art. 41, Cost.

Neppure all'ordinamento italiano è estranea la necessità di inquadrare costituzionalmente la tutela della libertà di espressione in ambito/materia commerciale, e particolare attenzione è dedicata alla specificità dell'attività attraverso cui la libertà di manifestazione del pensiero viene in questo caso trasmessa, tale da richiedere un coordinamento tra la sfera di cui all'art. 21, Cost. e quella di cui all'art. 41, Cost.

L'esigenza individuata si pone in particolar modo per il settore della pubblicità commerciale, il quale evidentemente configura un'attività economica di impresa, le cui finalità precipue paiono essere altre da quelle puramente espressive o comunicative, ma che d'altro canto si sviluppa proprio attraverso azioni espressive e comunicative. Infatti, la pubblicità commerciale altro non è che il mezzo di comunicazione con il quale un'impresa cerca di sottoporre all'attenzione del pubblico informazioni e caratteristiche di prodotti e servizi la cui vendita intende proporre. Questa definizione di pubblicità commerciale sottolinea come da un lato, sotto il profilo soggettivo, essa è riconducibile ad un soggetto che esercita un'attività economica organizzata allo scopo di realizzare lo scambio di beni e/o servizi; dall'altro lato, sotto il profilo oggettivo, l'espressione che si realizza nella pubblicità attraverso la diffusione di notizie e informazioni sui beni e servizi oggetto dell'attività economica ha una finalità propria che è quella condurre alla vendita di quei beni e servizi. Quest'ultimo aspetto è quello che, come si vedrà, ha per un po' di tempo e nella visione di numerosi studiosi, collocato il *commercial speech*, anche nel sistema statunitense di protezione massima della libertà di espressione, ad un livello del tutto trascurabile, se non nullo, di considerazione costituzionale.

Proprio la duplice natura del messaggio pubblicitario lo colloca in una peculiare dimensione costituzionale, facendone rintracciare il fondamento nell'art. 41,

Cost., per quanto attiene il profilo soggettivo, ma insieme sottoponendone il contenuto alla protezione di cui all'art. 21, Cost. in quanto manifestazione del pensiero. La natura dell'attività dal punto di vista del soggetto che la promuove, d'altro lato, è generalmente considerata incidere per così dire sui "margini di azione" della tutela ex art. 21, Cost., in senso restrittivo: rispetto ai limiti previsti dall'art. 21 (l'unico, espresso, quello del buon costume, ma eventualmente anche gli altri costituzionalmente ricavabili), ulteriori limiti potrebbero quindi operare nei confronti di un'iniziativa economica privata che si avvale dello strumento espressivo quale elemento accessorio e strumentale alla relazione di scambio "materiale" che deve realizzarsi.

Legislativamente, è considerata pubblicità "qualsiasi forma di messaggio che è diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere il trasferimento di beni mobili o immobili, la prestazione di opere o di servizi oppure la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi"<sup>2</sup>.

Già l'utilizzo del termine messaggio inserisce il fenomeno all'interno delle forme di comunicazione, appartenenza che sembrerebbe confermata dalla natura della pubblicità come strumento di informazione, e quindi dal suo carattere relazionale in base al quale si instaura una comunicazione tra soggetti realizzatori (o, normalmente, più precisamente committenti) del messaggio pubblicitario e soggetti destinatari, in funzione del successivo instaurarsi di un rapporto di scambio, di un comportamento delle parti che si concretizza nell'acquisto di un prodotto o di un servizio del quale fruire. Se si sottolineasse questa dimensione relazionale, accentuando la strumentalità del messaggio al successivo comportamento di acquisto, anche il riferimento costituzionale all'art. 21 potrebbe indebolirsi per lasciare semmai spazio all'art. 15; in quest'ottica, natura relazionale e fine direttamente e strettamente promozionale collocherebbero la pubblicità nell'alveo dell'attività economica d'impresa fino addirittura ad escluderla completamente dalla tutela derivante dall'art. 21, Cost.

La sovrapposizione tra pubblicità commerciale e attività economica imprenditoriale, d'altra parte, potrebbe essere confermata dal fatto che, fino all'emanazione di una disciplina organica e generale del fenomeno della pubblicità, a questa venivano applicate le norme vigenti in materia di

---

<sup>2</sup> Cfr. art. 2, comma 1, lett. a), d. lgs. n. 145/2007 (attuativo dell'art. 14 della direttiva 2005/29/CE, a sua volta intervenuta a modificare la direttiva 84/450/CEE sulla pubblicità ingannevole), nel quale è confluita la disciplina statuale in materia di pubblicità, inizialmente introdotta nel 1992. La disciplina del 1992 era peraltro già stata abrogata dall'art. 146 del d. lgs. n. 206/2005 in materia di "Codice del Consumo", all'interno del quale era stata inserita la disciplina in materia di pubblicità. Va sottolineato che nei vari mutamenti legislativi, la definizione originaria del fenomeno pubblicitario comunque resta invariata.

concorrenza sleale<sup>3</sup>, in quanto la pubblicità veniva inquadrata quale forma di concorrenza, ovvero quale strumento utilizzato dagli imprenditori per promuovere la vendita dei propri prodotti e/o servizi rispetto a quelli dei soggetti concorrenti, differenziando, attraverso il messaggio pubblicitario appunto, il proprio prodotto da quello offerto dagli altri<sup>4</sup>. In quest'ottica, la pubblicità sarebbe tutelata in quanto declinazione della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41, sia nel suo aspetto individuale (tutela dell'imprenditore), sia nel suo aspetto collettivo (tutela del sistema economico-imprenditoriale, della concorrenza tra imprese e della qualità degli scambi commerciali nel complesso), e probabilmente lo stesso riferimento all'art. 15, Cost. non sarebbe particolarmente utile a modificare, ampliando, il tipo di trattamento ad essa riservato.

In realtà uno dei problemi che da subito si pone impedendo di ritenere del tutto soddisfacente la mera riconduzione del fenomeno all'art. 41, Cost. si desume proprio dal rapporto tra pubblicità e concorrenza: a differenza delle altre forme di concorrenza, infatti, la pubblicità non è realizzata esclusivamente da soggetti che svolgono un'attività economica a questa connessa, o fra loro concorrenti, o necessariamente per scopi promozionali in senso stretto. Senza arrivare all'esempio, comunque di qualche rilievo ai fini della presente trattazione, della pubblicità c.d. sociale, la quale presenta una derivazione per così dire istituzionale e si colloca al di fuori di qualsivoglia dinamica concorrenziale, la stessa pubblicità commerciale presenta, oggi sempre di più anche per la straordinaria varietà dei mezzi di comunicazione attraverso i quali è veicolata, una sua intrinseca "multifunzionalità". Appiattare tale multifunzionalità sull'art. 41, Cost. risulterebbe limitativo oltre che costituzionalmente quanto meno inopportuno, poiché, come è ovvio, assai diverso è lo *status* delle attività protette da questa norma costituzionale rispetto a quello delle manifestazioni del pensiero tutelate dall'art. 21, Cost.

Per esemplificare, com'è ben noto, mentre la protezione apprestata alla libertà di manifestazione del pensiero è tale da escludere la sottoposizione della stessa ad autorizzazioni e censure, già queste condizioni non sarebbero garantite alla pubblicità ove ricondotta nell'ambito di tutela di cui all'art. 41 Cost., poiché

---

<sup>3</sup> Cfr. L. Fiori, *Product placement e libertà di espressione*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato, Atti del X incontro nazionale*, a cura di G. Collura, Milano, Giuffrè, 2009, p. 177 ss.

<sup>4</sup> Sull'elemento della differenziazione, cfr. F. Cafaggi, voce *Pubblicità commerciale*, in *Digesto comm.*, vol. XI, Torino, 1995, p. 433 ss., e sulla sovrapposizione tra fenomeno pubblicitario e fattispecie della concorrenza sleale, cfr. A. Cerri, *La pubblicità commerciale fra libertà di manifestazione del pensiero, diritto di informazione, disciplina della concorrenza*, in *Dir. inform. e informatica*, 1995, p. 537 ss.; S. Gatti, Voce *Pubblicità commerciale*, in *Enc. dir.*, volume vol. XXXVII, Milano, 1988, 1058 ss.; V. Meli, *La repressione della pubblicità ingannevole*, Torino, 1994; G. Rossi, *La pubblicità dannosa*, Milano, 2000, p. 35 ss..

l'iniziativa economica privata in ogni caso "non può svolgersi in contrasto con la utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana", e l'esercizio dell'attività economica è sottoposto, all'interno della c.d. Costituzione economica, al canone dell'utilità sociale.

Proprio su questi aspetti interviene la Corte costituzionale, la quale, con due successive pronunce, stabilisce il confine tra libertà di espressione e comunicazione pubblicitaria, relegando in qualche modo il tema della protezione del discorso commerciale ad una questione chiusa. Due sentenze che pure, non solo perché risalenti nel tempo, non risolvono affatto tutte le possibili implicazioni della questione.

Come già accennato, la Corte afferma come la libertà di espressione, la quale rinvia la propria tutela costituzionale nel dettato di cui all'art. 21, Cost., debba intendersi riferita esclusivamente alle forme di comunicazione che siano riconducibili all'ambito dell'informazione, dell'opinione e della cultura, e non anche alle forme di comunicazione che abbiano un fine economico. E proprio la pubblicità, avendo invece una finalità economica, esprimerebbe così un interesse di parte, tale, dunque, da ricondurre tale forma di comunicazione all'iniziativa economica privata.

Ed è l'identificazione tra finalità economica e promozione di un interesse di parte che imporrebbe al giudice costituzionale di escludere il messaggio pubblicitario dalle forme espressive tutelabili ex art. 21, Cost. Ma che tale identificazione sempre esista, è da appurare: non possono forse esistere comunicazioni aventi finalità economiche ma in grado, per la loro natura spiccatamente informativa, di farsi promotrici di un interesse generale alla conoscenza e alla trasparenza (ci soffermerà in seguito sul rapporto tra discorso commerciale e comunicazione scientifica, v. par. 3)? Al contrario, esistono sicuramente manifestazioni di pensiero "di parte", miranti ad intenti puramente propagandistici e del tutto estranei al perseguimento di un interesse generale (in quanto, ad esempio, finalizzati a favorire l'interesse di una fazione politica, o sindacale, anche a prescindere dal dibattito pubblico su materie di interesse generale e alla proposizione di una particolare visione del mondo che si ritenga in assoluto e per tutti preferibile e auspicabile), e però del tutto estranei a finalità di tipo economico<sup>5</sup>. A questo proposito la pubblicità commerciale viene individuata da alcuni come una *species* all'interno del *genus* della propaganda, in quanto messaggio a carattere promozionale rivolto al pubblico e proveniente da un soggetto pubblico o privato che agisca nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale:

---

<sup>5</sup> Sulla propaganda...Barile



insomma, pubblicità sarebbe “il nome che la propaganda assume quando è connotata in senso economico”<sup>6</sup>.

Tornando all’ambito pubblicitario vero e proprio, non mancano forme di comunicazione che si pongono evidentemente in una “zona grigia” tra la libertà di manifestazione del pensiero e quella di iniziativa economica, per le quali discutibile sarebbe la semplice riconduzione all’art. 41, Cost.: è il caso in particolare delle comunicazioni pubblicitarie nelle quali l’intento promozionale risulti occultato per non farlo apparire come tale agli occhi dei destinatari (e quindi delle fattispecie della pubblicità redazionale, della pubblicità occulta e del *product placement*)<sup>7</sup>.

Inoltre, non si vede come possa negarsi la valenza informativa della pubblicità commerciale, considerato che in assenza di pubblicità i consumatori non “potrebbero scegliere secondo i loro gusti, perché non avrebbero modo di confrontarli con le presentazioni del prodotto, che ne anticipano i caratteri e i segni di riconoscimento”<sup>8</sup>, e, come la dottrina ha sottolineato tale natura informativa è dimostrata anche dal fatto che spesso i messaggi commerciali in quanto promozionali perseguono la finalità di condurre razionalmente il consumatore a compiere determinate scelte, ciò che li farebbe confluire verso l’alveo dell’art. 21, Cost. e della tutela della libertà di manifestazione del pensiero<sup>9</sup>. Addirittura vi è chi ha accostato la tutela costituzionale riservata al diritto di cronaca ai sensi della citata norma costituzionale al diritto di informare sull’esistenza e sulle caratteristiche dei prodotti e dei servizi che vengono commercializzati<sup>10</sup>.

Forse, proprio la combinazione tra la funzione che la pubblicità commerciale svolge nei processi commerciali, e la necessaria considerazione delle sue componenti informative, artistiche, sociali, comunque di rilevanza generale e, per così dire, comunitaria, che ne influenzano fortemente la struttura comunicativa, richiederebbe e ha richiesto, almeno nell’elaborazione dottrinale,

---

<sup>6</sup> Cfr. E. Apa, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Napoli, Jovene, 2011, p. 175.

<sup>7</sup> Cfr. L. Fiori, *Product placement e libertà di espressione*, cit.

<sup>8</sup> Cfr. G. Corasaniti, *La regolamentazione della pubblicità: profili costituzionali*, in G. Corasaniti – L. Vasselli (a cura di), *Diritto della comunicazione pubblicitaria*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 2.

<sup>9</sup> Cfr. A. Pace, *La ridotta tutela della propaganda in materia economica. La pubblicità commerciale radiotelevisiva*, in A. Pace – M. Manetti, *sub Art. 21*, Zanichelli, Bologna-Roma, 2006, spec. p. 59 ss., e anche E. Roppo, *I controlli sul contenuto della pubblicità: sviluppi, problemi, prospettive*, in P. Barile – R. Zaccaria (a cura di), *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell’informazione 1985*, Padova, Cedam, 1986, spec. p. 168 ss.

<sup>10</sup> Cfr. G. E. Vigevani, *La pubblicità commerciale*, in M. Cuniberti – E. Lamarque – B. Tonoletti – G. E. Vigevani – M. P. Viviani Schlein, *Percorsi di diritto dell’informazione*, Torino, Giappichelli, 2006, spec. p. 403 ss.

l'emergere di un'interpretazione "duplice" della stessa<sup>11</sup>: da un lato la pubblicità commerciale va intesa come manifestazione del pensiero, dall'altro essa è certamente anche espressione dell'iniziativa economica, applicandosi entrambi i parametri costituzionali nella valutazione di eventuali limitazioni al diritto di emettere comunicazioni commerciali. Evidentemente una tesi del genere, se resa effettiva, comporta che di fronte alle eventuali antinomie insorgenti tra sistemi di protezione differenti, l'uno fondato sull'art. 21, Cost. l'altro sull'art. 41, Cost., non si potrebbe che far prevalere il primo, poiché l'applicazione al discorso commerciale della più ridotta protezione offerta dal secondo equivarrebbe di fatto alla mancata considerazione della pubblicità commerciale quale manifestazione del pensiero<sup>12</sup>.

Ciò detto, risulta evidente come le sentenze della Corte non abbiano affatto esaurito la questione, in quanto carenti proprio sotto il profilo della piena e corretta considerazione del fenomeno pubblicitario e delle sue implicazioni ulteriori rispetto alla mera finalità economica perseguita dal soggetto che, appunto, soggettivamente imprime il carattere e la natura alla manifestazione del pensiero. Proprio nella classificazione che si proporrà nel par. 4 emergerà infatti come possano esistere espressioni soggettivamente commerciali, o pubblicitarie, ma oggettivamente recanti contenuti diversi, di rilevanza culturale.

2.1. La disciplina del messaggio pubblicitario e le sue implicazioni quando i contenuti della comunicazione commerciale presentino profili politici, e il ruolo peculiare dell'autodisciplina

Nell'ordinamento italiano il messaggio pubblicitario trova apposta (auto)regolamentazione attraverso l'Istituto dell'autodisciplina pubblicitaria, il quale applica un codice di autodisciplina, vincolante per aziende che si occupano di comunicazione, agenzie, consulenti, mezzi di diffusione, concessionarie e per tutti coloro che lo abbiano accettato tramite la propria associazione, o mediante la sottoscrizione di un contratto di inserzione pubblicitaria. L'adesione al Codice comporta l'impegno da parte dei relativi enti a inserire nei propri contratti, o in quelli dei propri associati, una speciale clausola di accettazione del Codice e delle decisioni autodisciplinari.

Trattandosi di organismo produttore di *soft-law*, con tutte le conseguenze che questo comporta in termini di fondamento democratico, efficacia giuridica e

---

<sup>11</sup> Cfr. L. Principato, *Il fondamento costituzionale della libertà di comunicazione pubblicitaria*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, p. 550.

<sup>12</sup> Su questo punto interessanti le considerazioni svolte da E. Apa, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, cit. spec. p. 210 ss.

generalità del diritto prodotto<sup>13</sup>, tra i problemi che si pongono vi è quello relativo alla capacità delle decisioni assunte di limitare la manifestazione del pensiero nei casi in cui il messaggio pubblicitario presenti, accanto alle (prevalenti) finalità di propaganda commerciale, anche un contenuto politico.

Ci si chiede cioè se il consenso, la trasparenza delle procedure, quella legittimazione c.d. *per outputs* che è oggi spesso richiamata con riferimento sia alle autorità indipendenti sia a quegli organismi che in vario modo operano sia in sede paragiurisdizionale sia, addirittura, attraverso la produzione di vere e proprie fonti del diritto, pur essendo sostanzialmente estranei al tradizionale circuito democratico, siano o meno sufficienti a soddisfare le riserve e le garanzie costituzionali in materia di limitazione della libertà di manifestazione del pensiero.

Certamente l'autodisciplina pubblicitaria viene promossa e "legittimata" dall'Unione Europea.

Infatti, la dir. n. 1984/450 sulla pubblicità ingannevole afferma come "i controlli volontari esercitati da organismi autonomi per eliminare la pubblicità ingannevole possono evitare azioni giudiziarie o ricorsi amministrativi e devono quindi essere incoraggiati", e la successiva dir. 2005/29 sulla pubblicità ingannevole e comparativa ritiene "opportuno prevedere un ruolo per i codici di condotta che consenta ai professionisti di applicare in modo efficace i principi della presente direttiva in specifici settori economici. Il controllo esercitato dai titolari dei codici a livello nazionale o comunitario per l'eliminazione delle pratiche commerciali sleali può evitare la necessità di esperire azioni giudiziarie o amministrative e dovrebbe pertanto essere incoraggiato".

L'ottica è evidentemente quella deflazionistica propria degli interventi normativi tesi alla riduzione del contenzioso, e dunque tali previsioni si collocano nel contesto segnato da un lato dalle varie forme di risoluzione alternativa delle controversie, quali conciliazione, mediazione o arbitrato, ben conosciute nel processo civile e commerciale, dall'altro dal tentativo operato, in ambito amministrativo, con l'istituto della difesa civica, di limitare l'utilizzo dei ricorsi amministrativi e dinanzi al giudice amministrativo favorendo una soluzione maggiormente dialogica dei conflitti tra cittadini e pubbliche amministrazioni erogatrici di servizi<sup>14</sup>.

Fatto sta che, anche a partire dal sostegno promosso a livello europeo agli strumenti dell'autodisciplina, in Italia il c.d. Codice del Consumo (d.lgs. 206/2005, recante riordino della normativa in materia di tutela del consumatore)

---

<sup>13</sup> Sul punto, cfr. *ex aliis* H. Simonetti, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Jovene, Napoli, 2009, e E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008.

<sup>14</sup> Si rinvia da ultimo al Secondo Rapporto annuale sulla Difesa civica in Italia, redatto dal Coordinamento nazionale dei Difensori civici e rinvenibile in [www.camera.it](http://www.camera.it).

contiene una norma che riconosce formalmente l'esistenza degli organismi volontari e autonomi di autodisciplina e prevede la possibilità di chiedere, tra l'altro, la sospensione del procedimento innanzi all'Autorità in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina.

L'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria (IAP), operante nel nostro ordinamento, si pone quindi in relazione diretta con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ed è sostanzialmente il soggetto chiamato a verificare, sia *ex ante* sia *ex post*, la conformità delle comunicazioni pubblicitarie rispetto a tutta una serie di parametri contenuti nel codice di autodisciplina e nei protocolli di intesa progressivamente conclusi con altri soggetti istituzionali su questioni specifiche (si dirà tra poco del Protocollo con il Ministro per le Pari Opportunità, anche per la sua rilevanza con riguardo alle comunicazioni "oggettivamente politiche"). Peraltro il valore dell'autodisciplina pubblicitaria, e quindi delle decisioni rese dai diversi organismi operanti all'interno dell'Istituto, è riconosciuto anche da numerose decisioni giurisdizionali, che nel corso degli anni hanno individuato nelle regole contenute nel Codice IAP il valore di parametri di valutazione della correttezza e della deontologia professionale, aventi la capacità di adeguare il principio di correttezza professionale all'evoluzione delle esigenze dell'attività imprenditoriale<sup>15</sup>.

Come si accennava, l'attività autodisciplinare si espande per così dire contenutisticamente verso un controllo *view-point based* del messaggio pubblicitario, cioè orientato non soltanto al contenuto-materia del messaggio stesso, ovvero alla sua forma espressiva e al rapporto intercorrente tra questo e i dati oggettivi che possono contribuire a qualificarlo come più o meno corrispondente alla verità, bensì rivolto a verificare la corrispondenza del messaggio a paradigmi valoriali, culturali e sociali di riferimento<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Si fa riferimento in particolare a Corte di Cassazione, Sez. I, sent. 1259/1999 con la quale la Corte ha affermato che quando anche si ritenesse che il Codice di autodisciplina pubblicitaria contenga mere norme deontologiche, cosa che comunque contrasterebbe con la soluzione espressa da alcuni giudici di merito e dallo stesso Giurì dello IAP, che hanno invece ritenuto che il Codice ponga norme giuridiche in senso stretto, in ogni caso non se ne potrebbe escludere l'incidenza sull'applicazione e l'interpretazione dell'ipotesi di scorrettezza professionale. La Corte quindi aggiunge al valore giuridico già riconosciuto al Codice la natura di parametro extra-legislativo della presenza o meno di correttezza professionale, il quale, acquistando la forza giuridica della fonte che lo richiama, trova una sorta di autolegittimazione nell'intrinseca "bontà" delle regole di correttezza professionale che esso contiene, cfr. E. Berlingieri, *Legge 2.0: il Web tra legislazione e giurisprudenza*, Apogeo, 2008.

<sup>16</sup> L'utilizzo della nozione di regolazioni *viewpoint-oriented* alla libertà di manifestazione del pensiero è proprio degli studiosi nord-americani, e sulle tipologie di regolazione del discorso cfr. in particolare G. R. Stone, *Content regulation and the First amendment*, in *William and Mary Law Review*, 15/1983, p. 189 ss., Id., *Content-neutral restrictions*, in *University of*

Un esempio è rappresentato dal [Protocollo di Intesa](#) tra il Ministro per le Pari Opportunità e l'Istituto dell'Autodisciplina Pubblicitaria in relazione alla comunicazione commerciale con contenuti "di genere", sottoscritto nel 2011 e rinnovato nei mesi scorsi dal Dipartimento per le Pari Opportunità e lo IAP, con il quale i soggetti coinvolti si pongono l'obiettivo di rendere più efficace il controllo delle pubblicità ritenute lesive della dignità.

L'attuale versione del Protocollo estende il proprio raggio di azione alla tutela della dignità della persona in tutte le sue forme ed espressioni, al fine che si eviti ogni forma di discriminazione, ed amplia la declinazione del concetto di "tutela della dignità della persona" espandendolo oltre la mera tutela dell'immagine femminile. Si prevede peraltro che vengano ridotti nella pratica i tempi del procedimento di ingiunzione di desistenza, di cui all'art. 39 del Codice, nei casi di maggiore gravità, e lo IAP si impegna (art. 1, c. 4) attraverso il proprio Comitato di Controllo, a verificare con la massima celerità le segnalazioni del Dipartimento utilizzando ove possibile, l'ingiunzione di desistenza, per inibire nel più breve tempo possibile le comunicazioni manifestamente contrarie al Codice.

Insomma la capacità di intervento dello IAP è significativa e, per quel che qui interessa, in grado di incidere su elementi del discorso commerciale che non risultano strettamente legati alle finalità economiche dello stesso, bensì attengono a concezioni ideologiche e orientamenti politici e culturali del soggetto (commerciale) che esprime il messaggio, soltanto in parte strumentali, e comunque accessori, alla comunicazione pubblicitaria in senso stretto.

L'incidenza del controllo si ravvisa ancor più se si prende in considerazione l'aspetto relativo al coordinamento tra la pronuncia resa dal Giurì dello IAP e quella dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Il decreto legislativo del 1992 in materia di pubblicità ingannevole, prevedeva, all'art. 8, una specifica norma volta a regolare il rapporto tra i due sistemi di tutela: quello amministrativo, affidato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, e quello autodisciplinare, demandato, invece, agli organi di autodisciplina pubblicitaria. E infatti l'art. 27 del Codice del Consumo, rubricato "Autodisciplina", stabilisce che le parti interessate possano richiedere che sia inibita la continuazione degli atti di pubblicità ingannevole o di pubblicità comparativa ritenuta illecita, ricorrendo ad organismi volontari e autonomi di autodisciplina, e che tale scelta possa coincidere con quella di astenersi dall'adire l'Autorità garante fino alla pronuncia definitiva da parte dell'organo di autodisciplina.

---

*Chicago Law Review*, 54, 1987, C. Sunstein, *Democracy and the problem of free speech*, New York, 1995, spec. p. 188 ss., R. Singh, *The indirect regulation of speech: a time and a place for everything?*, in *Public Law*, 1988, p. 212 ss.

Una previsione del genere è sembrata in qualche modo porre l'autodisciplina su un piano, per lo meno di "forza", non distinto da quello dell'Autorità garante, potendosi addirittura ritenere che l'intervento di quest'ultima sia così circoscritto ai casi in cui non possa, per svariate ragioni, ricorrersi allo strumento dell'autodisciplina<sup>17</sup>.

L'impostazione di *favor* nei confronti dell'autodisciplina e l'interpretazione del ruolo dell'Autorità garante come sussidiario rispetto alla prima, emerge anche dalle modifiche introdotte nel 2007 (d. lgs. 146/2007) al citato Codice del Consumo, in attuazione della citata dir. 2005/29, con cui intanto è stata introdotta una specifica disposizione, l'art. 27-*bis*, sui codici di autodisciplina, descritti come "codici di condotta che definiscono il comportamento dei professionisti che si impegnano a rispettare tali codici con l'indicazione del soggetto responsabile o dell'organismo incaricato del controllo della loro applicazione", ed inoltre è stato previsto espressamente il rapporto tra autodisciplina e Autorità garante nel senso che gli interessati possono decidere di adire preventivamente "il soggetto responsabile o l'organismo incaricato del controllo del codice di condotta relativo ad uno specifico settore per la risoluzione concordata della controversia volta a vietare o a far cessare la continuazione della pratica commerciale scorretta".

Certo, si potrebbe obiettare, che non esistono simili disposizioni in grado di limitare la possibilità di ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, ragione per cui la tutela giurisdizionale dei diritti non subirebbe alcuna limitazione dalle previsioni di coordinamento tra strumenti dell'autodisciplina e tutela esercitata dall'Autorità garante, d'altra parte la ragione effettiva per la quale i ricorsi del genere non sono previsti risiede nella circostanza per cui il controllo effettuato dal giudice ordinario in materia di messaggi pubblicitari ha un oggetto diverso e non assimilabile a quello svolto dagli organi di autodisciplina, riguardando l'accertamento della sussistenza di eventuali fattispecie di concorrenza sleale.

E' interessante comunque sottolineare come, nella prassi, sono state frequentemente invocate le decisioni rese in sede autodisciplinare quali precedenti utili a dimostrare l'infondatezza di una pronuncia di inibitoria da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ciò peraltro in assenza di qualsivoglia previsione in merito agli effetti che la pronuncia resa nell'ambito di un giudizio autodisciplinare possa avere nel diverso procedimento amministrativo<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. G. Guglielmetti, *I rapporti tra Autorità, Giurì e altri organi in materia di pubblicità ingannevole*, in *Giurisprudenza pubblicitaria*, VIII, 1997, p. 81 ss.

<sup>18</sup> Cfr. L. Fiori, *Product Placement e libertà di espressione*, cit., la quale ritiene che l'autonomia tra le fonti di disciplina dei due sistemi di controllo dovrebbe condurre ad escludere un'efficacia vincolante delle decisioni rese da uno dei due organismi su quelle dell'altro, pur nulla vietando, ed anzi essendo naturale, che la decisione resa da uno dei due organi,

Verificato così l'impatto dell'autodisciplina in termini procedurali, un esempio del *modus operandi* dello IAP e della sua capacità di incidere nei termini *viewpoint oriented* che si diceva sulla comunicazione pubblicitaria si può riscontrare nell'ingiunzione n. 37/2015, 12 giugno 2015, del Comitato dello IAP con la quale il telecomunicato "Huggies bimba e Huggies Bimbo. Per un asciutto su misura", è stato ritenuto manifestamente contrario agli art. 10 – Convinzioni morali, civili, religiose e dignità della persona – e 11 – Bambini e adolescenti – del Codice. Il messaggio pubblicitario riguardava pannolini differenziati a seconda del sesso, ma invece di soffermarsi sulle diverse esigenze di raccolta della pipì per maschio e femmina, si dilungava nella presentazione di ruoli diversi per i bambini e le bambine, con la diffusione di stereotipi di genere (la bambina pensa a "farsi bella", e a "farsi corteggiare", il bambino vuole "fare goal" e andare all'avventura).

E' interessante sottolineare come il Comitato si soffermi (pur senza evocarla espressamente) sulla natura "politica" del messaggio, che promuove una "banalizzazione della complessità umana", proponendo dei modelli cristallizzati la cui rigidità reca con sé "una carica deterministica, restrittiva e pertanto degradante". La natura politica del messaggio, a leggere l'ingiunzione del Comitato, emerge chiaramente dalla capacità di veicolare contenuti suggestivi di modelli di interpretazione e lettura della società, ciò che in ultima istanza può essere ritenuta l'"essenza" del politico.

Questo esempio sembra significativo ai fini della nostra riflessione sui confini della comunicazione commerciale rispetto all'espressione politica, e su come debbano essere strutturati i limiti alla prima quando al suo interno vi siano contenuti riconducibili alla seconda.

E' chiaro infatti che non possono essere sovrapposte presentazioni commerciali di prodotti, ad esempio considerati nocivi alla salute come le sigarette, sottoposte a determinate restrizioni, a presentazioni che veicolano contenuti ulteriori di natura politica, poiché nel primo caso il rilievo assunto dal messaggio nell'ambito della circolazione di idee e opinioni (specie politiche) è minimo, ed è perciò assolutamente ragionevole che prevalga l'altro interesse costituzionale in gioco, individuabile nella tutela della salute<sup>19</sup>.

Ma nel secondo caso, quello della trasmissione di contenuti di natura politica, anche l'idea di una tutela a cerchi concentrici della libertà di espressione, quale quella realizzata e richiesta dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti

---

ad esempio il Giurì, possa essere tenuta in considerazione dall'altro. Ciò che troverebbe conferma *in primis* proprio nella previsione legislativa che prevede la possibilità di richiedere la sospensione.

<sup>19</sup> Cfr. M. Manetti – A. Pace, *sub art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 2006, completare nota ... e E. Apa, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, cit., spec. p. 319 ss.

dell'Uomo, imporrebbe una maggiore attenzione alla natura propria dei contenuti presentati nella comunicazione commerciale, anche al fine di distinguere quelli strettamente consustanziali alla relazione di scambio che, come si è sottolineato, caratterizza il messaggio pubblicitario rispetto alle altre manifestazioni del pensiero, da quelli potenzialmente significativi degli orientamenti e delle opinioni del soggetto da cui il messaggio proviene. Il riferimento al tipo di tutela operata in sede CEDU è fatto perché anche quell'ordinamento mostra una scarsa attenzione alle comunicazioni commerciali, collocandone la tutela nel cerchio più distante dal "nucleo duro" della protezione della libertà di espressione.

Basti pensare al caso *Casado Coca*<sup>20</sup>, non recente ma particolarmente significativo, nel quale la Corte ammette *in primis* che non sono illegittime in materia di comunicazione pubblicitaria restrizioni *ex ante* necessarie a impedire la concorrenza sleale e la pubblicità ingannevole, ed *in secundis* afferma che anche la pubblicazione di messaggi pubblicitari oggettivi e veritieri può, a seconda dei casi, subire delle limitazioni tese a garantire il rispetto dei diritti altrui, o comunque giustificate dalla specificità di una determinata attività commerciale o professionale. Certo, tali affermazioni si combinano con una tutela della pubblicità commerciale *sub art. 10* della Convenzione europea, in quanto la Corte riconduce la comunicazione commerciale all'alveo della manifestazione del pensiero, attribuendole, almeno potenzialmente, una funzione non soltanto economica ma anche informativa.

---

<sup>20</sup> Il caso, verificatosi nel 1979, riguardava un avvocato, del Foro di Barcellona, che ad un certo punto inizia a pubblicare su molti giornali inserzioni pubblicitarie relative alla sua attività. Per questo è più volte sanzionato dal Consiglio dell'ordine degli avvocati che vieta la pubblicizzazione dell'attività forense. Il soggetto impugna di fronte ai Tribunali le sanzioni ma anche il ricorso diretto di fronte al Tribunal Constitucional è respinto in quanto la norma costituzionale sulla libertà di espressione non si applicherebbe alle comunicazioni commerciali. Esauriti così tutti i ricorsi interni può investire della questione la CEDU, la quale, contraddicendo la sentenza del Tribunal Constitucional dichiara che anche la pubblicità commerciale rientra nell'ambito oggettivo dell'art. 10 CEDU, in quanto la pubblicità non è esclusivamente uno strumento imprenditoriale ma costituisce per il cittadino uno strumento per conoscere le caratteristiche dei servizi e dei beni a lui offerti, ma respinge poi il ricorso in quanto non sarebbe illegittima la scelta compiuta per la sussistenza di interessi pubblici qualificati quali l'amministrazione della giustizia, la dignità professionale e il diritto dei cittadini a ricevere in questo settore notizie affidabili. Tale pronuncia è significativa dell'orientamento generale della Cedu, e si pone in coerenza con altre, tra cui *Barthold v. Germany*, 25 marzo 1983, *Market-Intern Verlag v. Germany*, 20 novembre 1989, *Stambuk v. Germany*, 22 novembre 2001, *Krone Verlag GmbH & co. KG v. Austria*, 19 settembre 2012. Cfr. M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti in una società in continua trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2014.



Proprio questa visione “europea” dovrebbe far comprendere come l’utilizzo degli strumenti autodisciplinari, del tutto opportuno ed utile, anche per le finalità procedimentali di cui si è detto e che fondano invero le scelte legislative operate, necessiti una particolare cautela quando la funzione della comunicazione commerciale sia più complessa rispetto alla mera presentazione di un prodotto o di un servizio a fini di differenziazione e conseguente promozione dello stesso per favorire il comportamento di acquisto, manifestando anche un’attitudine per così dire ideologica, possibili implicazioni culturali, ovvero, più semplicemente, intenti informativi (pur quando sulla perfetta oggettività delle informazioni trasmesse possano avanzarsi dubbi o riserve).

### 3. Commercial speech e political speech nella ricostruzione dottrinale e nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense.

Anche nell’ordinamento nord-americano non è assegnata storicamente particolare attenzione alla pubblicità commerciale<sup>21</sup>, e il primo caso in cui il *commercial speech* viene analizzato da un punto di vista costituzionale raggiungendo la Corte Suprema è *Valentine vs. Chrestensen*<sup>22</sup>, decisione nella quale si esclude che siano posti limiti al Governo, in quanto derivanti dal Primo Emendamento, nella regolazione della pubblicità commerciale pura e semplice. E questa è la statuizione che rimane di fatto ferma per più di trent’anni nel dibattito statunitense, per questo ben poco attivo sul punto. Durante questo lasso di tempo, l’unica questione teorico-dottrinale in materia che occupa la Corte Suprema è di carattere definitorio: vale a dire che di fronte alla manifestazione del pensiero in qualsiasi modo riconducibile alla dimensione commerciale, il giudice si interroga sulla possibilità di ricondurla o meno alla categoria del *commercial speech*, senza dubbio alcuno sul fatto che una volta a questo ricondotta la tutela di cui al Primo Emendamento dovrebbe per ciò steso venire esclusa.

Illustri studiosi del Primo Emendamento come Emerson e Meiklejohn<sup>23</sup> consideravano il *commercial speech* semplicemente come elemento del sistema

---

<sup>21</sup> Per una ricostruzione delle origini del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul *commercial speech*, cfr. C. Edwin Baker, *The First Amendment and Commercial Speech*, in *Indiana Law Journal*, vol. 84/2009, p. 981 ss.

<sup>22</sup> Cfr. *Valentine vs. Chrestensen* 316 U.S. 52 (1942).

<sup>23</sup> Si veda T.I. Emerson, *The system of freedom of expression*, New York, 1970, spec. pp. 6-54, ed il suo più citato *Toward a General Theory of the First Amendment*, New York, 1966, in gran parte ripreso nella redazione dell’opera crono logicamente successiva, e più imponente; A. Meiklejohn, in *Free speech and Its Relation to Self-Government*, New York, 1948, p. 94, ricorda

economico-commerciale, del tutto alieno dagli ideali politici del *self-government* e dalle sue conseguenti implicazioni, al punto che la mancanza di tutela a questo riservata non sembrava neppure richiedere una spiegazione, o una motivazione teorica, autogiustificandosi nella sua esemplare alterità rispetto a quel *political speech* eminentemente rappresentativo del significato che i Padri Costituenti avevano voluto assegnare alla norma-fulcro del Primo Emendamento.

Il primo ad affrontare esplicitamente la questione del rapporto tra *commercial speech* e Primo Emendamento è Redish<sup>24</sup>, il quale anticipa in qualche modo una trattazione giurisprudenziale di poco successiva, rintracciabile nel 1976. In quell'anno infatti giunge di fronte alla Corte Suprema un caso riguardante una legge che proibiva ai farmacisti di pubblicizzare il prezzo relativo alla prescrizione dei farmaci<sup>25</sup>. Chiarendo una decisione che l'anno precedente aveva protetto come libertà di espressione la pubblicità di un servizio avente ad oggetto l'interruzione volontaria della gravidanza, la Corte nella decisione del 1976 offre fondamento ad una visione moderna di un *commercial speech* tutelato dal Primo Emendamento, individuando (tassativamente) alcuni casi nei quali eventuali limitazioni alla tutela dovrebbero considerarsi legittime: in caso di *commercial speech* falso o ingannevole; di pubblicità avente ad oggetto un prodotto o una transazione contraria alla legge; oppure di restrizioni particolarmente circostanziate, vale a dire derivanti da regolazioni c.d. *time, place and manner*<sup>26</sup>.

---

che "la garanzia offerta dal Primo Emendamento non è [...] assicurata a tutti i tipi di espressione. È assicurata soltanto a quelle manifestazioni di pensiero che incidono, direttamente o indirettamente, su quello che gli elettori devono sviluppare – vale a dire soltanto a quelle opinioni aventi ad oggetto questioni di pubblico interesse". Proprio il *commercial speech* rappresenta una categoria di espressione che non inerendo al pubblico interesse risulterebbe del tutto esclusa dalla protezione costituzionale.

<sup>24</sup> Cfr. M. H. Redish, *The First Amendment in the Marketplace: Commercial Speech and the Values of Free Expression*, 39 *George Washington Law Review* 429 (1971).

<sup>25</sup> Cfr. *Va. Bd. Of Pharm. V. Citizens Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976).

<sup>26</sup> Circa le regolazioni c.d. *time, place and manner*, il riferimento va in particolare a tre casi che bene mostrano il significato di questo tipo di limitazione della libertà di espressione: *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968), *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503 (1969), e *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971). Sull'utilizzo della regolazione *time, place and manner* nella prima pronuncia cfr. J.H. Ely, *Flag desecration: a case study in the roles of categorization and balancing in first amendment analysis*, in *Harvard Law Review*, 88, 1975. La scelta "restrittiva" della libertà di espressione operata dalla Corte in *United States v. O'Brien*, è difesa da Ely il quale sostiene che "Gli interessi sui quali i pubblici poteri avevano fondato l'esigenza della regolazione erano essenzialmente connessi alla conservazione di un sistema di archiviazione efficace, che sarebbe stato comunque messo a repentaglio se la distruzione della cartolina di precetto da parte di O'Brien fosse stata completamente priva di valenza comunicativa". Questo il senso delle regolazioni *time,*

E' evidente che i casi nei quali si legittima la limitazione sono ben più a maglie larghe rispetto al ragionamento condotto negli Stati Uniti si fa per i discorsi di matrice politica.

Qualche anno dopo la Corte formula un test che darà ampi margini di manovra alle corti, le quali infatti oscilleranno per decenni tra forme più o meno ampie di protezione del *commercial speech*, consolidando in ogni caso un atteggiamento che criticamente è stato definito paternalistico<sup>27</sup>.

Infatti, nel caso *Central Hudson*<sup>28</sup> la Corte formula un test di bilanciamento in base al quale lo stato può regolare il discorso commerciale non soltanto in presenza delle tre condizioni che si sono sopra evidenziate, bensì in tutti i casi in cui sussista un interesse governativo sostanziale, qualora la regolazione sia direttamente rivolta alla salvaguardia di quell'interesse e non sia più estesa di quanto necessario a garantire la tutela.

Spesso il problema della tutela del *commercial speech* si è intersecato con quello più generale del *corporate speech*, cioè dell'attribuzione del diritto di espressione alle *corporations*, rispetto al quale negli anni del test *Central Hudson*, i *dissenters* del caso Bellotti, che si menzionerà in seguito, affermavano come "quella che è stata considerata la principale funzione del Primo Emendamento, cioè l'utilizzo della comunicazione come uno strumento di espressione di sé, di autorealizzazione e pieno sviluppo della personalità, non può essere in alcun modo perseguita dal *corporate speech*. E' chiaro infatti che la comunicazione posta in essere da soggetti aventi finalità di lucro non rappresenta una manifestazione della libertà o della scelta individuale"<sup>29</sup>.

La riserva mentale nei confronti delle espressioni aventi finalità economico-commerciali e l'atteggiamento tradizionalmente poco favorevole alla tutela pubblica delle stesse accomuna la riflessione sul *commercial speech* e quella sul *corporate speech*, entrambe segnate da un'attitudine assai poco garantistica rispetto al generale trattamento della libertà di manifestazione del pensiero<sup>30</sup>.

---

*place and manner*, indipendentemente dal fatto che si condivida o meno il giudizio di Ely sulla sentenza O'Brien: si tratta di limitazioni che non incidono sul contenuto e sulla finalità comunicativa dell'espressione, evidentemente quando trattasi di espressione simbolica, ovvero di azione espressiva, ma toccano aspetti per così dire solo eventuali e accessori della comunicazione, rispetto ai quali i pubblici poteri ben potrebbero intervenire per il perseguimento di finalità di interesse generale.

<sup>27</sup> Cfr. C. Edwin Baker, *The First Amendment and Commercial Speech*, cit.

<sup>28</sup> Cfr. *Central Hudson Gas & Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980).

<sup>29</sup> Cfr. *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978), dove si veda in particolare il dissent del giudice Rehnquist.

<sup>30</sup> Per una panoramica sul *corporate speech*, cfr. L. E. Ribstein, *Corporate Political Speech*, 49 *Washington & Lee Law Review* 109 1992.

D'altra parte, nonostante queste visioni prevalenti, non mancano in quel contesto alcune posizioni più attente al valore potenziale del *commercial speech*. Tra queste si segnala quella di Shrifin<sup>31</sup>, il quale sostiene che sebbene il *commercial speech* di regola non sarebbe meritevole di una protezione nell'alveo del Primo Emendamento, tuttavia talvolta esso rappresenta una forma di manifestazione di dissenso, ciò che in ultima istanza costituisce proprio il cuore pulsante del Primo emendamento. Insomma, dalla riflessione di Shrifin sembra potersi ricavare che pratiche commerciali in dissenso, o meglio la propaganda di queste, potrebbero forse essere tutelate con la maggiore intensità riservata al discorso politico. Ma resta da capire, e non mi pare così immediato, come possano individuarsi, e quindi differenziarsi dagli altri, i discorsi commerciali per così dire "minoritari" e "dissenzienti".

Non c'è dubbio che il successo dei detrattori del *commercial speech* poggia sull'essenziale semplicità delle ragioni che sembrano porsi ad esclusione dell'estensione della libertà di manifestazione del pensiero al *commercial speech*<sup>32</sup>: sarebbero le forze del mercato a determinare i contenuti del *commercial speech*, non la libertà e l'autodeterminazione individuale; il *commercial speech* non rappresenterebbe in nessun caso un esercizio di libertà da parte di soggetti in carne ed ossa, aventi una propria dimensione morale, bensì è attribuito ad entità giuridiche, e quindi artificiali; il *commercial speech* sarebbe per così dire viziato da una relazione integrale, totalizzante, con le transazioni che avvengono sul mercato, le quali coinvolgono strutturalmente l'esercizio di poteri e funzioni naturalmente soggette ad una regolazione da parte dei pubblici poteri (a differenza, quindi, della libertà di manifestazione del pensiero<sup>33</sup>); i diritti costituzionali in materia di libertà di espressione dovrebbero riguardare il dissenso, elemento che, se si esclude l'ipotesi di Shrifin sopra menzionata, nulla avrebbe a che fare con la comunicazione commerciale.

Bisognerà attendere diversi anni perché si inizi a distinguere tra tipologie di *commercial speech*, e per arrivare alla distinzione certamente più efficace, tra *narrow* e *enriched commercial speech*<sup>34</sup>.

Il *narrow commercial speech* consisterebbe in una comunicazione che, in primo luogo, propone o offre esplicitamente (o implicitamente, e tale precisazione di

---

<sup>31</sup> Cfr. S. H. Shrifin, *The First Amendment and Economic Regulation: Away from a General Theory of the First Amendment*, 78 NW. U. L. Rev., 1212, 1214 (1984).

<sup>32</sup> Si veda l'efficace sintesi che ne fa C. Edwin Baker, *The First Amendment and Commercial Speech*, cit.

<sup>33</sup> L'argomentazione ricorda la nota affermazione di Mill, secondo la quale il principio della libertà individuale nulla ha a che fare con la dottrina del libero commercio, cfr. J.S. Mill, *On liberty*, del 1859 (1972).

<sup>34</sup> Cfr. V. Brudney, *The First Amendment and Commercial Speech*, in *Boston College Law Review*, vol. 53/2012, p. 1152 ss.

per sé non assisterebbe molto l'interprete) una vendita o uno scambio relativo ad uno specifico bene o servizio, operata dal proponente (o da un soggetto che agisce per suo conto) come parte dei suoi affari, con la finalità propria di trarne profitto; in secondo luogo tale comunicazione, sotto il profilo contenutistico, si limiterebbe a descrivere i termini della proposta commerciale suddetta, o semplicemente a identificare il prodotto: insomma si tratterebbe dello *speech* che non fa altro che proporre una transazione commerciale.

Descritto in questi termini, sembrerebbe in effetti molto difficile individuare un qualsiasi legame tra questo tipo di discorso e la libertà di espressione per come tutelata dal Primo Emendamento.

L'*enriched commercial speech*, invece, conterrebbe espressioni aggiuntive, aggiuntive, derivanti ad esempio dalla descrizione dei benefici e delle soddisfazioni, personali o sociali, derivanti dal possedere o utilizzare il prodotto offerto, o i piaceri propri dello stile di vita al quale il prodotto in vendita è collegato, e che quindi viene proposto. Oppure potrebbe trattarsi di un discorso che promuove i prodotti o i servizi messi a disposizione dal venditore sottolineando i loro benefici effetti sulla salute e sulla sicurezza, o più in generale il loro positivo impatto sociale.

In sintesi, un *enriched commercial speech* conterrebbe espressioni che, se estrapolate dal contesto della transazione commerciale, meriterebbero di essere tutelate attraverso la protezione offerta dal Primo Emendamento.

Va sottolineato che la totale assenza di un intento, esplicito o implicito, di vendita, impedirebbe di considerare l'espressione come commerciale, ma non implicherebbe necessariamente la sua riconduzione all'ambito di cui al Primo Emendamento. D'altra parte la presenza di questo tipo di tentativo (di vendita) è in grado di trasformare un'espressione pienamente soggetta a protezione in un discorso di carattere commerciale.

Applicando questa classificazione, si risolverebbero, ad avviso dei suoi sostenitori, i problemi derivanti dal considerare come *commercial speech* comunicazioni commerciali che però si soffermano sulla relazione tra il prodotto, e le conseguenze derivanti dal suo utilizzo, e il benessere della società, o le condizioni del sistema pubblico, quando non del mondo<sup>35</sup>.

Il fatto che le affermazioni autonome di *speakers* e *listeners* (intesi come potenziali venditori o compratori) non siano abbastanza forti da sole a giustificare l'estensione al *commercial speech* della speciale protezione che il

---

<sup>35</sup> Interessante il caso *Nike, Inc. v. Kasky*, 539 U.S. 676-78 (2003) e in particolare il *dissent* del *justice* Kennedy nel quale si afferma che benché la pubblicità della Nike comprendesse un messaggio di tipo commerciale, d'altra parte le dichiarazioni della società riguardavano una materia di grande interesse pubblico e quindi erano garantite dal Primo Emendamento. Sul caso cfr. T. C. Goldstein, *Nike v. Kasky and the Definition of "Commercial Speech"*, in *Cato Supreme Court Review*, 2003, p. 63 ss.

Primo Emendamento garantisce è implicito nella giurisprudenza della Corte Suprema con la quale la protezione di cui al Primo Emendamento è estesa al *commercial speech*<sup>36</sup>.

E' innegabile che a partire da un certo momento, superata la dottrina *Valentine*, nelle sue pronunce la Corte cerca di trovare, all'interno del discorso commerciale soggetto a regolamentazione, espressioni che implicano questioni di autogoverno o politiche pubbliche, o altre materie di interesse generale o attinenti alla dimensione culturale. Se il contenuto del discorso regolato non concerne tali materie o valori, così come è assai probabile, se non certo, che accada nel *narrow commercial speech*, difficilmente il richiamo all'autonomia come limite all'interferenza del regolatore è sufficiente a giustificare la speciale protezione derivante dal Primo Emendamento. Il Primo Emendamento non è posto in gioco, e la questione della tutela o meno della comunicazione non assurge ad un livello di rilevanza costituzionale.

E invece proprio nell'*enriched commercial speech* si trovano espressioni che, se espunte dal contesto del discorso commerciale, meriterebbero certamente una protezione costituzionale.

Il problema evidentemente sta nel comprendere quanto il contesto commerciale nel quale tali espressioni sono collocate sia in grado di incidere sull'opportunità o meno di una loro copertura costituzionale attraverso il Primo Emendamento.

Secondo la proposta classificazione *narrow/enriched*, potrebbero essere distinte due ipotesi<sup>37</sup>: quella relativa ad espressioni che riguardano materie attinenti all'indirizzo politico o alle politiche pubbliche, le quali vertono sull'azione politica governativa (ovvero ovvero sull'incapacità o la mancanza di volontà delle istituzioni pubbliche di agire); e quella relativa ad espressioni che riguardano altre materie di rilievo sociale, attinenti ad esempio gli ambiti della letteratura, dell'arte, della musica, ovvero altri contenuti che implicano un riflesso sulla dimensione culturale e sociale. Tale ultimo aspetto pare di grande importanza poiché discorsi che contribuiscono alla formazione della percezione che la società ha di sé stessa, e quindi a generare la sua cultura, i suoi orientamenti, possono essere e anzi generalmente sono lontani da materie e questioni prettamente politiche e attinenti la deliberazione pubblica. D'altra parte, nonostante la loro tendenziale estraneità alla materia politica in senso stretto, tali "atti espressivi" di natura culturale realizzano una funzione fondamentale nelle società contemporanee, rendendo i comportamenti accettabili, creando condivisione su certi stili di vita, a rassicurando i soggetti i cui stili di vita sono descritti e rappresentati<sup>38</sup>. In quest'ottica il "*cultural speech*"

---

<sup>36</sup> Si veda in particolare, per i primi casi, *Bates v. State Bar of Ariz.*, 433 U.S. 350 (1977).

<sup>37</sup> Cfr. V. Brudney, *The First Amendment and Commercial Speech*, cit.

<sup>38</sup> E' la tesi sostenuta da J. Raz, *Free Expression and Personal Identification*, 11 *Oxford Journal of Legal Studies*, 303, 311 (1991).

sarebbe una sorta di bene pubblico in grado di potenziare lo sviluppo personale degli individui così come di arricchire la società nel suo complesso, e occorrerebbe prestare molta attenzione per non trovarsi a sacrificare la sua tutela quando questo si annida all'interno di comunicazioni commerciali.

Il problema diventa da teorico a pratico quando, una volta stabilito che esistono giustificazioni costituzionali per un trattamento del *commercial speech* diverso da quello riservato alle altre forme di espressione, individuati alcuni attributi significativi del *commercial speech* che fondano il suo particolare trattamento, si tratti di determinare le differenze ammissibili sotto il profilo della sua protezione costituzionale.

In questo senso il punto cruciale starebbe nell'individuazione di un test in grado di distinguere tra regolazioni che coinvolgono il Primo Emendamento, quelle che attengono aspetti informativi della pubblicità, e quelle invece che riguardano parti del discorso del tutto non soggette al Primo Emendamento in quanto di natura contrattuale.

Secondo alcuni, proprio la particolare natura del *commercial speech* (non *narrow*, si intende), combinando insieme *speech* e *nonspeech*, elementi puramente discorsivi e altri non comunicativi in senso proprio, renderebbe opportuno l'utilizzo del ben noto test formulato dalla Corte Suprema in *United States v. O'Brien*<sup>39</sup>.

Insomma il *commercial speech* potrebbe essere trattato come uno "*speech mixed with conduct*", ciò che peraltro si collega al tentativo di ricostruzione che sarà operato nei paragrafi successivi, dove la dimensione soggettivamente commerciale dell'espressione si accompagnerà a possibili manifestazioni concrete, e in termini di condotta, di intenti solo parzialmente commerciali.

Questa linea di analisi conduce ad un approccio binario ai casi che riguardano il *commercial speech*, peraltro corrispondente alla natura ambivalente di questo tipo di discorso, messa in luce anche con riferimento all'ordinamento italiano.

Se gli interessi richiamati a giustificare una restrizione del discorso sono collegati agli aspetti contrattuali del discorso medesimo, la validità della restrizione potrebbe essere giudicata attraverso il test *O'Brien*, nel quale si propone un sistema a doppio binario. Sul primo binario procedono i casi in cui l'intento della regolazione non è collegato al contenuto del messaggio che essa ha ad oggetto, e per i quali quindi deve essere usato un approccio fondato sul bilanciamento. Il secondo binario si percorre per i casi nei quali l'interesse pubblico è invece collegato proprio al contenuto del messaggio. In tali circostanze dovrebbe essere utilizzato un approccio classificatorio, teso alla categorizzazione, in base al quale il discorso risulterebbe protetto a meno che

---

<sup>39</sup> E' il caso delle cartoline di precetto di *United States v. O'Brien* 391 U.S. 367 (1968), già citato. La posizione è espressa da D. A. Farber, *Commercial speech and First Amendment Theory*, 74 New York University Law Review, 372 1979-1980.

non ricada in una delle ristrette categorie di discorso non protetto *ex ante*. Il test per distinguere i due binari è almeno apparentemente semplice: si tratta di capire se i valori che l'ordinamento cerca di promuovere attraverso la regolazione sarebbero ugualmente minacciati da una condotta simile ma assolutamente priva di una componente espressiva/comunicativa.

Se le giustificazioni addotte per un diverso trattamento non fossero collegate alla natura contrattuale del *commercial speech*, non ci sarebbe ragione per deviare dai test utilizzati per le altre tipologie di discorso, tutti comunque generalmente includenti il principio della *content neutrality*, sul quale ci si è in precedenza soffermati.

D'altra parte il *commercial speech* è più simile alla condotta di quanto non lo siano altre forme di *speech* per l'immediata integrazione dello stesso con il contratto: atto, oggetto, elemento materiale.

Oltre ad essere un mezzo per trasferire, comunicare informazioni, il *commercial speech* è anche un mezzo per sollecitare degli impegni che sono potenzialmente parte di un contratto di compravendita<sup>40</sup>.

Se il trattamento del *commercial speech* come *speech mixed with conduct* consente di identificare la *ratio* propria della regolazione pubblica del discorso, salvaguardando gli elementi espressivi non direttamente riconducibili allo scambio commerciale, esso dovrebbe secondo alcuni prestare una particolare attenzione ai casi, frequenti, in cui il *commercial speech* riguarda prodotti che incidono sulla salute<sup>41</sup>. In questi casi non soltanto si porrebbe la questione del trattamento di espressioni che attengono, per così dire, un bene di interesse generale, quale quello appunto della tutela della salute, ma si presenterebbe anche un interrogativo circa l'atteggiamento da riservare alle ipotesi di intersezione tra *commercial speech* e *scientific expression*.

La questione si pone e si è posta poiché, nonostante la protezione assegnata dalle teorie tradizionali sul Primo Emendamento alle affermazioni scientifiche, quando quelle stesse asserzioni sono parte della promozione commerciale di un prodotto, gli orientamenti mutano completamente.

Negli Stati Uniti infatti, a causa sia del forte desiderio da parte dell'opinione pubblica di ricevere informazioni sull'utilizzo o il consumo di prodotti che possono interessare la salute, e della spesso incerta, controversa e mutevole natura della scienza medica, il governo, in numerose occasioni, ha regolato le affermazioni in materia di salute fatte nell'ambito della pubblicizzazione di vari prodotti commerciali. E lo ha fatto "come se" *nulla quaestio* si ponesse rispetto

---

<sup>40</sup> Cfr. anche D. Lively, *The Supreme Court and Commercial Speech: New Words with an Old Message*, 72 *Minnesota Law Review* 289 1987-1988.

<sup>41</sup> Affront il tema mettendo in rilievo numerosi e interessanti profili critici M. H. Redish, *Product Health Claims and the First Amendment: Scientific Expression and the Twilight Zone of Commercial Speech*, 43 *Vanderbilt Law Review* 1433 1990.



alla protezione che il Primo Emendamento indiscutibilmente riserva alle manifestazioni di pensiero aventi contenuti scientifici.

E così agenzie governative, come la *Federal Trade Commission* (FTC) e la *Food and Drug Administration* (FDA), esercitano poteri regolativi che si spingono fino ad intervenire sulla libertà di espressione, e in molti casi la ridotta protezione riconosciuta all'espressione commerciale si estende così ad affermazioni di carattere scientifico riguardanti un prodotto contenute all'interno di una pubblicità commerciale.

La peculiarità di tale trattamento sta nel fatto che nel sistema nord-americano, come noto, il movente personale del soggetto che pone in essere l'espressione generalmente non è considerato in grado di influenzare il livello di protezione assegnata al discorso, e il suo utilizzo è difficilmente (se non per nulla ...) razionalizzabile e contestualizzabile nell'ambito delle teorie del Primo Emendamento. Sarebbe invece proprio il movente commerciale del soggetto che si esprime a penalizzare irrimediabilmente l'espressione scientifica.

Nessuno sostiene che le affermazioni scientifiche contenute nella pubblicità commerciali meritino una protezione assoluta, o comunque paragonabile a quella che l'ordinamento riconosce alle materie "specialmente protette", quale quella politica *in primis*. D'altra parte quello che viene definito come *scientific-commercial speech*<sup>42</sup> dovrebbe ricevere lo stesso livello di protezione costituzionale assegnato all'espressione scientifica pura e semplice, salvo il fatto che la verifica del giudice, secondo lo schema interpretativo già suggerito, dovrebbe spingersi a valutare se le medesime affermazioni, poste in essere nei confronti dei medesimi destinatari, ma da un soggetto mancante di un movente fondato sul profitto, sarebbero confermate.

Certamente una visione del genere non sarebbe del tutto compatibile con l'idea, veicolata in diverse pronunce della Corte ma particolarmente evidente nell'*opinion* del giudice Rehnquist in *Posadas de Puerto Rico*<sup>43</sup>, con la quale è confermato il divieto parziale posto nei confronti della pubblicizzazione di una sala da gioco legale, secondo la quale "il più grande potere di vietare completamente [una condotta o un'attività, nel caso di specie si trattava del gioco d'azzardo] necessariamente include il minore potere di vietare la pubblicità della stessa".

Generalizzando questa logica potrebbe sostanzialmente essere eliminata qualsivoglia protezione derivante dal Primo Emendamento per il *commercial speech*, poiché il potere governativo di proibire un'attività commerciale è, a fini pratici, pieno, salvo il limite costituzionale della razionalità/ragionevolezza dell'intervento, fondato sul requisito del *due process of law*, aspetto su cui non è possibile soffermarsi in questa sede.

---

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism co. of Puerto Rico*. 478 U.S. 328 (1986).

D'altro canto, ben pochi commentatori e studiosi della libertà di espressione troverebbero costituzionalmente tollerabile un ampio e diffuso sistema di soppressione/limitazione pubblica dell'opinione scientifica, anche quando tale opinione differisca significativamente da quelle sulle quali prevale un consenso scientifico diffuso.

L'idea che affermazioni scientifiche perdano automaticamente il loro pieno livello di protezione costituzionale quando espresse all'interno di una pubblicità commerciale da un soggetto che ha fabbricato un prodotto richiederebbe infatti un solido fondamento teorico, ma non sembra per nulla immediata la sua individuazione.

Quando l'impatto di un prodotto sulla salute si caratterizza come una questione di interesse pubblico, il soggetto collettivo, pur avente finalità commerciali, dovrebbe vedersi riconosciuto il diritto di affermare le sue posizioni sull'argomento, anche perché quelle promosse sulla medesima questione, all'interno del dibattito pubblico, dagli altri soggetti, ovviamente godranno della massima protezione in quanto non incluse in una comunicazione commerciale.

4. Un'ipotesi ricostruttiva del discorso soggettivamente commerciale ma oggettivamente politico.

Se certamente la visione unitaria e indifferenziata della comunicazione commerciale propria del contesto italiano (v. par. 2) non può risultare soddisfacente ai fini di un'analisi delle zone di intersezione tra discorso commerciale e discorso politico, anche l'ampio dibattito statunitense di cui si è dato sommariamente conto (v. par. 3) non sembra inquadrare in maniera completa le possibili combinazioni tra discorso commerciale e discorso *lato sensu* politico, quando la natura commerciale della comunicazione sia determinata dal soggetto che la pone in essere, e solo parzialmente dai suoi contenuti. In Italia, lo si è rimarcato, manca proprio un'estesa sensibilità dottrinale e giurisprudenziale sulla libertà di manifestazione del pensiero del soggetto collettivo svolgente attività di carattere commerciale, e ciò deriva anche, almeno in parte, dall'origine individualistica della libertà di manifestazione del pensiero. Ma anche negli Stati Uniti, dove la questione del c.d. *corporate speech* possiede un'autonoma rilevanza ed è oggetto di elaborazione dottrinale nonché terreno fertile per il dibattito giurisprudenziale, il tema del diritto all'espressione dei soggetti collettivi è spesso affrontato separatamente dal tema del *commercial speech*, risentendo il secondo della storica chiusura dell'ordinamento nei confronti del riconoscimento di una operatività della libertà di espressione anche in ambito commerciale e pubblicitario.

Per questa ragione si tenterà nei paragrafi seguenti di esemplificare ciò che si intende con discorso soggettivamente commerciale ma oggettivamente politico, mettendo in luce le diverse possibili declinazioni di tale “categoria”.

A questi fini la ricostruzione proposta distinguerà i “discorsi commerciali” sia in base al contenuto più o meno commerciale degli stessi, che comunque non potrà che essere solo parzialmente commerciale, poiché in caso contrario rientrerebbe nella comunicazione commerciale pura e semplice dove profilo soggettivo e oggettivo si sovrappongono perfettamente, generando minori problemi per quanto concerne la tutela della libertà di manifestazione del pensiero; sia in base alla forma espressiva posta in essere. Si terrà cioè conto del livello espressivo, in un’ipotetica linea pensiero-azione, proprio della comunicazione posta in essere dal soggetto commerciale, il quale può evidentemente partecipare al dibattito pubblico attraverso manifestazioni del pensiero vere e proprie, realizzate in forma orale, o scritta, e attraverso qualsiasi mezzo di comunicazione, ovvero attraverso azioni espressive in cui prevalente è l’elemento espressivo, cioè l’intento di comunicare un messaggio ovvero di contribuire ideologicamente alla trasformazione della società, ma può anche esprimere la propria identità attraverso azioni che non esulano dalla dimensione commerciale dell’attività svolta, ma il cui effetto è indirettamente riconducibile all’alveo della tutela della manifestazione del pensiero.

#### 4.1. LA MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO POLITICO OPERATA DAL SOGGETTO COMMERCIALE (*CORPORATE SPEECH?*) E IL CASO *HILLARY THE MOVIE*.

Può attribuirsi ad un soggetto collettivo la titolarità di una libertà che non si concretizza nell’esercizio di un’azione, o nell’ottenimento di un vantaggio materiale, bensì nella facoltà di tradurre il pensiero, o la propria coscienza, in forma espressiva?

Questo è l’interrogativo di fondo che si pongono gli studiosi, nord-americani soprattutto, come si è precisato, nel dibattito circa il c.d. *corporate speech*. L’intreccio tra questa riflessione e quella sul *commercial speech* si realizza nella prima categoria di *commercial speech*, quello esclusivamente soggettivo, indicata nel par. 1, vale a dire nelle manifestazioni di pensiero orali o scritte pubblicizzate attraverso qualsiasi mezzo di comunicazione da un soggetto avente finalità commerciali con l’intento di comunicare contenuti che esulano dalla sua attività di tipo commerciale.

Negli Stati Uniti la questione della titolarità collettiva della libertà di espressione è particolarmente sentita, e si è sviluppata, anche a livello giurisprudenziale, lungo diversi filoni che in qualche modo sono rappresentati nella classificazione che qui si intende proporre: quello, doppiamente articolato, dell’applicazione del Primo Emendamento alle *corporations* che si ritengano libere di manifestare il proprio pensiero (anche) attraverso la partecipazione,

effettivamente espressiva oppure materiale/simbolica attraverso la messa a disposizione di fondi e risorse, alle campagne elettorali e quindi all'agone politico federale e statale, e quello dell'attribuzione della libertà di coscienza alle *corporations*, che si configura, nella nostra analisi, come tutela di azioni materiali rilevanti nell'ambito contrattuale e quindi economico-commerciale, ma aventi un contenuto espressivo meritevole di una tutela indiretta.

Circa la prima ipotesi, quella più "lineare" relativa alla manifestazione del pensiero del soggetto collettivo, un esempio significativo è costituito dal noto caso, approdato alla Corte Suprema, relativo al film-documentario *Hillary the Movie*. Nel caso di specie il soggetto collettivo esercitante il diritto all'espressione non ha natura commerciale, trattandosi di organizzazione *no profit*, ma le norme chiamate in causa e le caratteristiche della questione mostrano come la stessa vicenda potrebbe facilmente declinarsi in presenza di un protagonista con le caratteristiche richieste dal discorso soggettivamente commerciale o oggettivamente politico.

Soffermandoci sulle principali tappe della vicenda, la *Citizens United*, un'organizzazione di area conservatrice, intendeva trasmettere in televisione brevi trailer commerciali con i quali promuovere il film *Hillary: The Movie*, una sorta di film-documentario, o meglio, forse, una versione animata e televisiva di un pamphlet di critica politica, avente ad oggetto la senatrice Hillary Clinton.

Nel gennaio 2008, la Corte stabilisce che le presentazioni del film violavano la previsione del *McCain-Feingold Act* che limita le "comunicazioni di propaganda elettorale" operate nei 30 giorni precedenti le elezioni primarie, poiché nel caso di specie queste non avevano palesemente altro intento se non quello di gettare discredito sulla Clinton, mentre la *Citizens United* aveva sostenuto che il film era basato sull'affermazione oggettiva di fatti e per questa ragione non poteva considerarsi fazioso<sup>44</sup>.

La Corte suprema iscrive il caso nel registro delle sentenze per il giorno 18 agosto 2008, e ascolta le parti il 24 marzo 2009, ma la complessità del caso e della relativa decisione, che evidentemente comporta un pronunciamento determinante rispetto al bilanciamento tra libertà di espressione politica, libertà di associazione e comunicazione politica operato nella assai nota *Buckley v. Valeo*, e in altri (numerosi) precedenti giurisprudenziali, causa un notevole prolungamento dei tempi, basti considerare che la decisione, inizialmente attesa per l'inizio dell'estate del 2009, giunge infine il 21 gennaio 2010<sup>45</sup>. Un elemento

---

<sup>44</sup> Si legga il *Memorandum Opinion, Citizens United v. Federal Elections Commission*, U.S. District Court for the District of Columbia, January 15, 2008.

<sup>45</sup> Per una ampia trattazione giornalistica delle vicende processuali, A. Liptak, "Sotomayor Faces Heavy Workload of Complex Cases", *New York Times*, 6 agosto 2009; R. Barnes, "«Hillary: The Movie» to Get Supreme Court Screening", *The Washington Post*, 15 marzo 2009; L. Ross, "March 24: Hillary Clinton Film Challenged", *Fox News*, 18 marzo 2009; J. J. Holland, "Now showing at Supreme Court: «Hillary: The Movie»", *Associated Press*, 21

in particolare che sembra aver contribuito alla scelta della Corte di ridiscutere il caso, è rappresentato dalla posizione, sulla quale torneremo in seguito, espressa dal rappresentante della Commissione elettorale federale, secondo la quale il governo dovrebbe avere il potere di proibire addirittura la distribuzione di libri e di testi scritti, qualora questi costituiscano una espressa propaganda. Nella discussione orale, la *Citizens United* pone un interrogativo che sembra dirimente, e cioè se, per la soluzione del caso, la Corte suprema possa o debba rovesciare *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*<sup>46</sup>, una decisione del 1990 che aveva confermato i limiti alle spese delle associazioni per il supporto o l'opposizione a candidati ad elezioni politiche, affermando così la legittimità della Sezione 203 del *Bipartisan Campaign Reform Act*, come modificato nel 2002. In quella decisione la Corte aveva sostenuto che il *Michigan Campaign Finance Act*, il quale proibiva alle associazioni, alle fondazioni, insomma a tutti gli enti morali di utilizzare il loro patrimonio per sostenere candidati nell'ambito di competizioni elettorali, non violava il Primo e il Quattordicesimo Emendamento, in quanto "la ricchezza delle associazioni poteva ingiustamente influenzare le elezioni", e la legge del Michigan consentiva ancora, e comunque, alle associazioni di raccogliere ed erogare contributi attraverso fondi distinti e vincolati.

Un altro punto di riferimento, però, era rappresentato dal più remoto precedente di *Buckley v. Valeo*, in cui la Corte, in una decisione *per curiam* del 1976, aveva confermato la validità di limiti normativi ai contributi individuali da parte delle associazioni, così come degli obblighi di pubblicizzazione periodica. D'altra parte, i limiti alle spese per le campagne elettorali, alle spese indipendenti fatte da singoli e da gruppi, ed alle spese fatte dai candidati sui propri fondi personali, erano stati dichiarati incostituzionali in quanto ponevano gravi restrizioni alla libertà di espressione e di associazione come costituzionalmente tutelate, mancando un contrapposto, e insopprimibile, interesse pubblico idoneo a fondare le restrizioni stesse.

Sebbene la decisione avesse confermato la legittimità delle restrizioni volte a contenere le dimensioni dei contributi alle campagne elettorali, poiché invece aveva censurato i limiti alle spese da parte di alcuni si era fin da subito

---

marzo 2009; A. Liptak, "Justices Consider Interplay Between First Amendment and Campaign Finance Laws", *The New York Times*, 25 marzo 2009; R. Barnes, "Justices to Review Campaign Finance Law Constraints", *The Washington Post*, 30 giugno 2009; "Anti-Hillary dispute to be re-heard", *Associated Press*, 29 giugno 2009, in [www.firstamendmentcenter.org](http://www.firstamendmentcenter.org); "US supreme court weighs campaign spending limit change", *Associated Press*, 9 settembre 2009; E. Rodriguez, "Hillary: The Oral Argument", *Southern Economic Association*, 8 settembre 2009. Sul caso si consenta di rinviare anche a E. Stradella, *Comunicazione elettorale e freedom of speech. "Hillary the Movie" al vaglio della Corte Suprema*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, vol. 42/2009, 163-164, p. 109 ss.

<sup>46</sup> Cfr. *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990).

sostenuto che questo precedente avrebbe consentito ai soggetti depositari di significativi patrimoni di neutralizzare l'opinione dei singoli, comuni, cittadini. Tra i critici della decisione della Corte emerge l'opinione particolarmente qualificata di John Rawls, il quale all'epoca aveva scritto che la decisione della Corte rischiava di fare emergere l'idea per cui una "buona" rappresentanza è una rappresentanza che deriva dalla quantità di influenza effettivamente esercitata<sup>47</sup>. Su una linea per alcuni aspetti differente si pone invece il giudice White, dissenziente, il quale sostiene che l'intera legge avrebbe dovuto essere "salvata", coerentemente con la particolare consapevolezza ed esperienza del Congresso nella trattazione della materia.

La questione certamente si colloca nella più ampia problematica del finanziamento da parte di soggetti privati delle campagne elettorali, la quale, invero, da decenni segna il dibattito politico, dottrinale e giurisprudenziale nordamericano, caratterizzandosi come una delle figure sintomatiche del complesso rapporto tra libertà, eguaglianza e democrazia.

Il dilemma, di carattere eminentemente costituzionale, è se l'assenza di regole relative al finanziamento delle campagne elettorali, anche indipendentemente dalla natura delle regole stesse e dalle tipologie di intervento del "denaro privato" nell'arena pubblica, sia caratterizzata da vizi intrinseci tali da determinare la sopraffazione dell'interesse pubblico alla democrazia da parte di un'eterogenea congerie di interessi privati.

Le tesi, da alcuni già ben schematizzate<sup>48</sup>, sono sostanzialmente sette: quella che chiama in causa il principio dell'eguaglianza nel voto (a), e quella, direttamente correlata, della corruzione (a-bis), quella della distorsione (b), quella relativa alla deterritorializzazione del consenso politico (c), quella del diversivo (d), la tesi della qualità del dibattito politico (e) e infine la tesi del *vulnus* alla competitività (f).

Le tesi saranno ripercorse rapidamente, per sottolineare come il rapporto tra denaro e manifestazione del pensiero sia affrontato quando si tratti di espressione evidentemente politica, e, conseguentemente, come la natura del soggetto che chiede tutela nell'alveo del Primo Emendamento incida sull'effettiva tutela anche quando non vi siano dubbi sulla qualificazione del contenuto espressivo. Peraltro, le considerazioni qui riportate valgono

---

<sup>47</sup> Si vedano le considerazioni raccolte in J. Rawls, *The law of peoples, with "The idea of public reason revisited"*, Harvard University Press, 2001, in cui cita peraltro anche la critica di Dworkin all'errore della Corte in *Buckley*, in *United States Supreme Court Reports*, 424 (1976): R. Dworkin, *New York Review of Books*, pp. 21-24. C. R. Smith, "Buckley v. Valeo", in R. A. Parker (a cura di), *Free Speech on Trial: Communication Perspectives on Landmark Supreme Court Decisions*, Tuscaloosa, University of Alabama Press, 2003, spec. pp. 203-217.

<sup>48</sup> Si veda in particolare K. M. Sullivan, *Political Money and Freedom of Speech*, 30 *U. C. Davis Law Review*, 663, 1996-1997, 671 ss., come ripresa in E. Stradella, *Comunicazione elettorale e freedom of speech ...*, cit.

parimenti per la seconda ipotesi che sarà presa in considerazione (par. 4.2), e che riguarderà propriamente il finanziamento alla politica come azione espressiva, molte di queste infatti non sembrano operare un effettivo distinguo tra manifestazione del pensiero nella forma orale o scritta e azione espressiva, e in ultima analisi guardano all'evento concreto che viene in rilievo: quello dell'utilizzo di denaro per favorire o meno, nel dibattito pubblico, alcune opinioni rispetto ad altre.

La prima questione prende corpo nella posizione di chi sostiene che la previsione di limiti al finanziamento (privato, naturalmente, sempre di questo si tratta) delle campagne elettorali contribuisce a realizzare il diritto soggettivo all'eguaglianza politica tra gli elettori in una competizione elettorale.

Tale argomentazione si origina nel principio dell'eguaglianza formale di voto ben incarnata nell'icastica espressione "una testa, un voto", corrispondente al principio, conosciuto nella Costituzione italiana, dell'eguaglianza ma anche della personalità del diritto di voto, che non è delegabile.

Negli Stati Uniti il principio emerge in particolare nella giurisprudenza della Corte suprema sul *reapportionment*, vale a dire nei casi relativi alla ripartizione delle circoscrizioni elettorali<sup>49</sup>.

Proprio la personalità del voto, e la necessità che il voto individuale sia in quanto tale capace di influenzare o predeterminare l'esito della competizione politica, comporta una distinzione netta tra la sfera elettorale e quella del mercato, "in cui beni e servizi, diversamente dai suffragi, sono fungibili, misurabili, e possono essere fatti oggetto di scambio"<sup>50</sup>. All'americano *free marketplace of ideas* non si potrebbe dunque accostare un *free marketplace of suffrages*, proprio in quanto la stretta personalità del voto sembrerebbe determinare una certa staticità del voto stesso, e l'emergere di esigenze di protezione del circuito che lo trasforma in rappresentanza.

Secondo alcuni, quindi, partendo dalla eguaglianza nel voto, si potrebbe o dovrebbe assumere uno speculare principio di eguaglianza applicato, in funzione *pro democracy*, alla libertà di espressione politica nelle campagne elettorali, tale da determinare la costituzionalità di limiti al finanziamento sulla base della finalità, legittima, di garantire l'eguale partecipazione dei cittadini alle elezioni, che sarebbe lesa da pratiche incontrollate di investimento

---

<sup>49</sup> Cfr. in particolare *Reynolds v. Sims*, 377 U. S. 533, 561-68 (1964), nella quale la Corte suprema sostiene che la legislazione statale relativa alla suddivisione delle circoscrizioni elettorali lede la *Equal Protection Clause* di cui al XIV Emendamento; e *Baker v. Carr*, 369 U. S. 186, 208-37 (1962).

<sup>50</sup> Cfr. K. M. Sullivan, *Political Money and Freedom of Speech*, cit., spec. p. 671.

monetario nella politica le quali creerebbero una sorta di circuito elettorale parallelo e occulto<sup>51</sup>.

D'altra parte, l'accostamento tra contributo dei privati alla politica attraverso il denaro e espressione del voto viene messo in dubbio da chi ritiene che un più corretto parallelismo possa essere individuato tra contributo economico e *political speech*, per come configurato e protetto proprio dal Primo Emendamento: poiché nel discorso politico e dunque nella libertà di esprimerne contenuti e forme, la Costituzione nord-americana non comprende una regola di eguaglianza ma semmai concorrenziale, rifiutando qualsivoglia ispirazione ad una definizione pubblica di pari valore o dignità delle idee espresse, così come di preferenza verso una piuttosto che l'altra, ugualmente il contributo economico dei privati alla politica dovrebbe potersi manifestare liberamente, senza vincoli pubblici predeterminati. Sarebbe quindi la portata del Primo Emendamento a segnare il rapporto tra libertà ed eguaglianza nell'arena politica in favore della prima, sia quando si tratti di discorso politico in senso sostanziale, sia quando si tratti di contributo al dibattito politico messo in atto attraverso risorse economiche, siano esse individuali o di gruppo.

Il problema rimarrebbe però quello della relazione tra concorrenza per il mercato e concorrenza nel mercato, ove la prima può richiedere l'applicazione del principio di eguaglianza proprio in funzione della sua concreta realizzazione: in questo caso l'eguaglianza diverrebbe strumentale alla libertà, più che contrapporsi ad essa. Come questo possa trovare applicazione con riguardo al finanziamento delle campagne elettorali non è però di immediata comprensione, e l'idea di confinare il principio di eguaglianza al discorso politico espressamente prodotto dai candidati o dai loro comitati elettorali durante periodi formalmente individuati come di campagna elettorale, e definiti in riferimento ad alcuni particolari momenti precedenti le consultazioni elettorali, si scontra con la problematicità legata alla definizione dei periodi rilevanti, almeno in parte analoga a quella che riguarda la distinzione tra

---

<sup>51</sup> In questo ambito si va dalle posizioni più estreme di chi ritiene che dovrebbe essere garantita una effettiva, e, per così dire, "letterale" eguaglianza nella assegnazione di finanziamenti così come a ciascuno spetta un eguale diritto elettorale, cfr. B. Ackerman, *Crediting the Voters: A New Beginning for Campaign Finance*, *Am. Prospect*, 1993, spec. 71-72, a visioni che intendono invece soprattutto rileggere il rapporto tra comunicazione politica e libertà di manifestazione del pensiero nella norma di cui al Primo Emendamento, cfr. D. A. Strauss, *Corruption, Equality, and Campaign Finance Reform*, *94 Columbia Law Review*, 1369-1383, 1994, in cui si sottolinea che il principio "una testa, un voto" costituisce una decisiva dimostrazione dell'infondatezza dell'idea per cui l'aspirazione e portare eguaglianza nel political speech si estranea al Primo Emendamento, o C. R. Sunstein, *Political Equality and Unintended Consequences*, *94 Columbia Law Review* 1390-1392, 1994, per il quale tale principio esemplifica proprio l'impegno all'eguaglianza politica, dal quale deriverebbe necessariamente la previsione di limiti alle spese nelle campagne elettorali.



tipologie di comunicazione politica, da considerarsi più o meno “elettoralmente orientate”.

Altrettanti problemi crea la tesi *sub (a-bis)*, che si sofferma sull’aspetto speculare a quello dell’eguale incidenza degli elettori sui risultati elettorali, segnalando il problema della non eguale responsabilità degli eletti nei confronti dei cittadini una volta assunti i relativi incarichi. In questo caso viene evidenziata la capacità del finanziamento non controllato alla politica di discriminare i cittadini non tanto nella capacità di esprimere le loro preferenze politiche, bensì nella capacità di incidere sugli esiti politici in termini di politiche pubbliche concretamente poste in essere dai titolari delle cariche elettive. Effetto che, con tutta evidenza, sembra peraltro scomparire una volta rimossa la diseguaglianza del tipo *sub (a)*<sup>52</sup>. Non trattandosi qui di corruzione nel senso penalmente rilevante, bensì piuttosto di alterazione della rappresentanza politica in senso tradizionale, le obiezioni alla tesi – oltre a quelle di natura per così dire empirica che da taluni vengono sollevate<sup>53</sup> – riguardano in particolare la configurabilità di limiti alla libertà di espressione (e di partecipazione politica) tutelata dal Primo Emendamento che si fondino sul valore assegnato ad uno specifico modello di rappresentanza, inteso come migliore e superiore agli altri.

Per esemplificare, se si impedisce alle *corporations* di partecipare alla comunicazione politica in campagna elettorale a favore di un candidato, o di finanziarla, o ne limitiamo *ex ante* la portata del contributo che queste potranno offrire, in quanto riteniamo che una volta eletto quel candidato tenderà a promuovere l’attuazione delle idee e degli obiettivi dei soggetti finanziatori, agiamo limitando l’espressione e la partecipazione politica per garantire la preservazione di una “forma di democrazia” che riteniamo costituzionalmente meritevole di tale tutela in quanto costituzionalmente incarnata. Ma agiamo comunque a tutela di alcuni valori, e di un *viewpoint* in materia di democrazia e

---

<sup>52</sup> Come sostenuto da D. A. Strauss, *What is the Goal of Campaign Finance Reform?*, in *University of Chicago Legal Forum*, 141-144, 1995.

<sup>53</sup> Ci si riferisce in particolare all’affermazione per cui il fatto che molte associazioni e molti PACs tendano a finanziare partiti diversi e candidati diversi, sarebbe significativo dell’incertezza che questi hanno circa l’effettiva capacità di ottenere risultati in termini di politiche pubbliche da parte dei beneficiari dei loro contributi. Inoltre, un ruolo significativo sarebbe rappresentato dalle attività di *lobbying*, che più dei flussi di finanziamento inciderebbero sulle decisioni assunte, cfr. J. R. Wright, *Contributions, Lobbying and Committee Voting in the U.S. House of Representatives*, 84 *American Political Science Review*, 417, 433-35, 1990, e le considerazioni di inquadramento svolte in K. M. Sullivan, cit., spec. p. 678 ss. Certamente si potrebbe controbattere a questa tesi che il “finanziamento schizofrenico” da parte di molte associazioni può essere letto proprio come sintomo dell’assenza di idealità nella partecipazione alle campagne elettorali attraverso il sostegno economico ai candidati in lizza, e del mero investimento operato nella logica del potere.

rappresentanza politica, incidendo in questo modo proprio sul nucleo duro della democrazia.

Circa l'argomentazione *sub (b)*, con la quale si afferma che un impiego diseguale di risorse nelle campagne elettorali determina l'elezione delle persone sbagliate, distorcendo le reali preferenze degli elettori<sup>54</sup>, va sottolineato che più di altre è stata fatta propria dalla Corte suprema, quando ha confermato la validità di una previsione statale per la quale gli enti privati (con esclusione di quelli organizzati per esclusive finalità di tipo ideologico) possono effettuare spese per fini politici soltanto da fondi distinti, vincolati e a questo tipo di attività destinati, e non traendole dal loro patrimonio generale<sup>55</sup>. Secondo il ragionamento della Corte, infatti, la richiesta di fondi separati si fonderebbe proprio sull'interesse pubblico a prevenire la "distorsione" dell'intensità e della forza delle preferenze politiche, in quanto i fondi raccolti per finalità politiche espresse e destinati ad un apposito fondo distinto dal patrimonio generale dell'ente, definito PAC, rappresenterebbero meglio la popolarità delle idee e delle posizioni politiche sostenute.

Naturalmente il problema dell'effetto distorcente dei finanziamenti privati può, e dovrebbe – per lo meno a livello argomentativo, al di là delle conclusioni che poi se ne vogliono trarre – spingersi oltre il nesso logico individuato dalla Corte, per arrivare a porsi più in generale nell'interrogativo se una distribuzione non omogenea delle risorse nelle campagne elettorali possa o meno condurre ad una rappresentazione falsata delle effettive preferenze politiche e della loro intensità. Le tesi contro l'effetto distorcente, o per lo meno critiche nei confronti della individuazione di una correlazione lineare tra libertà nel finanziamento delle campagne elettorali e alterazione delle genuine preferenze popolari, fanno riferimento intanto al fatto che la capacità di un candidato di attrarre risorse non può essere del tutto scissa dalla sua popolarità, e poi al paradosso insito nel ritenere che il finanziamento privato sia in grado di condurre i candidati ad assumere posizioni inaccettabili per la stragrande maggioranza (per lo meno calcolata in assoluto, senza riguardo al "peso specifico" economico ... ) degli elettori, che non sono anche contributori. Ma il problema forse centrale è più ampio, e si pone nel dubbio se possano davvero esistere preferenze (politiche) che non siano distorte, ovvero se si possa davvero ritenere qualsiasi preferenza politica come scaturente in maniera spontanea e non condizionata dall'elettore. È vero che la risposta che si potrebbe offrire è che proprio un controllo in

---

<sup>54</sup> Cfr. in particolare D. H. Lowenstein, *On Campaign Finance Reform: The Root of All Evil in Deeply Rooted*, 18 Hofstra Law Review, 301, 1989.

<sup>55</sup> Si fa riferimento in particolare alla già citata *Austin v. Michigan Chamber of Commerce* del 1990; da segnalarsi, con riguardo alla eccezione indicata, *FEC v. Massachusetts Citizens for Life, Inc.*, 479 U. S. 238, 256.

funzione di riequilibrio in senso egualitario della comunicazione politica e di tutto quello che è in grado di influenzare la spontanea formazione delle idee da parte degli elettori, anche oltre la questione dei finanziamenti elettorali, servirebbe a rendere sempre più prossimo allo zero il livello di distorsione delle preferenze; d'altra parte si ripresenterebbe a quel punto il problema di stabilire entro quali limiti sia legittimo intervenire riequilibrare la comunicazione politica, nello spirito del Primo Emendamento.

Più limitate le altre argomentazioni che possono e sono state svolte a favore della limitazione dei finanziamenti elettorali, come quella *sub* (c), secondo la quale il denaro, muovendosi liberamente attraverso i confini degli Stati, altera la consistenza dell'unità fondamentale della rappresentanza, che è e dovrebbe restare di tipo geografico. E quella *sub* (d), secondo la quale le attività di *fundraising* occuperebbero troppo tempo dei candidati sottraendolo alla politica vera e propria<sup>56</sup>, alla quale si potrebbe d'altra parte contestare il fatto che proprio il *fundraising* comporterebbe invece principalmente una attività permanente di condivisione e verifica su posizioni politiche assunte o che si intende assumere. Ancora, la critica *sub* (e), ben argomentata tra gli altri da Ronald Dworkin, e sorretta da evidenze oggettive, poggia sul fatto che l'impatto dell'ingente ruolo dei patrimoni privati nella comunicazione politica determinerebbe un significativo svuotamento del dibattito pubblico, il quale si esaurirebbe in spot elettorali brevi e privi di contenuti "autenticamente" politici e in una superficiale rincorsa alla elaborazione di messaggi efficaci quanto potenzialmente fuorvianti: anche in questo caso, d'altra parte, il limite rappresentato dal Primo Emendamento alla restrizione (anche indiretta) della comunicazione sulla base delle forme, sostanzialmente rilevanti, attraverso le quali si esprime, porta a ritenere questo tipo di osservazioni, pur all'apparenza del tutto condivisibili, difficilmente compatibili con la tutela costituzionale riservata alla libertà di espressione politica. Che *Hillary the Movie* non sia un capolavoro della cinematografia non ci sono dubbi, basta guardarlo ... Altra cosa è che si limiti l'accesso al dibattito pubblico ai soggetti collettivi, soprattutto se aventi natura commerciale, sulla base di considerazioni che attengono alle modalità o alla tipologia di discorsi che tali soggetti sono in grado o hanno interesse a proporre all'interno del dibattito pubblico.

Infine, un'ultima questione sollevata *sub* (f) è quella dell'incidenza dell'assenza di regolazione sulla competitività elettorale: secondo alcuni le pratiche di massicci finanziamenti privati nelle campagne elettorali determinano posizioni di vantaggio in favore dei titolari uscenti delle relative cariche, i quali possono utilizzare il potere di cui dispongono per divenire beneficiari di maggiori contributi economici rispetto ai candidati "nuovi", causando così uno scarso

---

<sup>56</sup> Cfr. V. Blasi, *Free Speech and the Widening Gyre of Fund-Raising: Why Campaign Spending Limits May Not Violate The First Amendment After All*, 94 *Columbia Law Review*, 1281, 1994.

ricambio generazionale e un tendenziale immobilismo della politica. Tale posizione non tiene conto, d'altro canto, dei significativi vantaggi di natura non economica di cui gli *incumbents* comunque si trovano a godere, per la maggiore riconoscibilità di cui possono beneficiare, e la pubblicità (gratuita) che la stampa concede loro semplicemente dando conto delle attività pubbliche da questi poste in essere; vantaggi che, semmai, possono forse risultare attenuati proprio dalla promozione del *fundraising* da parte degli sfidanti. Certamente l'ultima tesi, come le altre, è significativamente influenzata da una visione negativa del rapporto tra politica e denaro, o meglio del rapporto tra *corporation* e libertà di manifestazione del pensiero. Una visione che buona parte della dottrina nord-americana ha maturato non a caso, ma alla luce dell'effettiva e dimostrata capacità delle grandi imprese e dei soggetti commerciali più rilevanti all'interno del Paese di condizionare in maniera significativa la rappresentanza politica attraverso una partecipazione sia diretta (come nel caso del film su *Hillary Clinton*), sia indiretta (è il caso più comune dei finanziamenti alle campagne elettorali su cui ci soffermerà nel paragrafo che segue) al dibattito pubblico. Una distinzione tra piano costituzionale e piano politico, d'altro canto, impedisce di liquidare la questione, come viene fatto per il *commercial speech* in senso stretto, mettendo in campo l'idea che *a corporation has no soul* (affermazione sulla quale si tornerà anche nel par. 4.3), e negando a priori la domiciliabilità costituzionale dell'attribuzione di diritti di libertà per così dire ideologica e morale a enti collettivi. I problemi pratici del riconoscimento in capo ai soggetti commerciali in particolare di una libertà di espressione che esuli dalle forme e dai contenuti della comunicazione commerciale in senso proprio, e che sia tutelata attraverso il Primo Emendamento, andrebbero affrontati nelle specifiche scelte regolative, chiamate ad intervenire, con ragionevolezza, per conciliare la garanzia della libertà con la salvaguardia della rappresentanza politica, del diritto di voto e della trasparenza politico-amministrativa.

In nessun caso la manifestazione del pensiero realizzata dal soggetto commerciale in ambito prettamente politico, o politico-elettorale, potrebbe essere *de plano* sovrapposta alla natura economico-commerciale delle finalità proprie dello *speaker*, conducendo così ad escludere l'esistenza una garanzia costituzionale per la stessa, ferma restando poi la valutazione circa le modalità e i limiti di quella garanzia, se non altro per le considerazioni esposte nel precedente paragrafo.

4.2. Azioni espressive in cui prevale l'espressione: il caso del finanziamento privato alle campagne elettorali nel sistema nord-americano.

Sulla traccia di quanto affrontato nel precedente paragrafo, una particolare attenzione va dedicata al tema della partecipazione politica delle *corporations* attraverso il finanziamento, come attività protetta dal I Emendamento,

configurabile quale azione espressiva del soggetto commerciale in cui prevale l'elemento espressivo. Ciò non solo per finalità classificatorie ma per la sua stretta attualità derivante dai recenti pronunciamenti della Corte Suprema, che, *overruling* decisioni precedenti e rilevanti come *Austin* e *McConnell*<sup>57</sup> hanno prima dichiarato incostituzionale l'art 441b del *Federal Election Campaign Act* (FECA, 1971), così come modificato dal *Bipartisan Campaign Reform Act* (2 US §441b, BCRA 2002), in quanto vietava alle *corporations* e alle *unions* di utilizzare direttamente i propri fondi per finanziare *electioneering communications*, nonostante tale divieto non fosse assoluto, riconoscendosi la possibilità di creare appositi fondi distinti ed autonomi, i c.d. PAC, soggetti a stringenti obblighi di trasparenza, con l'unica e specifica finalità di finanziare messaggi politici durante le campagne elettorali<sup>58</sup>, e poi sono tornati sull'art. 441 per eliminare anche il tetto alle donazioni dei privati per le campagne elettorali (c.d. "aggregate limits")<sup>59</sup>, indirettamente potenziando ancora il ruolo delle *corporations* e le loro possibilità di agire come soggetti collettivi e attraverso gli individui posti al loro interno in posizioni egemoniche (considerato che gli appartenenti alle società sono liberi di effettuare spese politiche a titolo individuale).

La Corte Suprema utilizza alcune linee argomentative che risultano interessanti ai fini di questa riflessione, e che sono bene individuate dal giudice Stevens nel suo *dissent* in *Citizens*: intanto, nonostante la legislazione vigente prevedesse la possibilità di formare PACs, operanti attraverso fondi separati, per il finanziamento dei messaggi politici, la Corte ritiene comunque tale soluzione eccessivamente limitativa per le *corporations*, in quanto comportante oneri aggiuntivi (per quanto, evidentemente, non così gravosi da scoraggiare un'associazione che agisca sotto forma di *corporation*). La Corte quindi denuncia una sorta di *silencing* delle *corporations*, che verrebbero censurate dalla commissione federale che si occupa di comunicazione politica elettorale (la FEC appunto) attraverso strumenti di restrizione della libertà di espressione politica. La seconda linea argomentativa della Corte è quella che ritiene la legge illegittima in quando introduce restrizioni basate sull'identità dello *speaker*. In sintesi: il limite è posto in quanto il soggetto che si esprime è collettivo.

Stevens obietta tale posizione sulla scorta dei precedenti della Corte Suprema con i quali sono state ammesse già in passato differenze di trattamento basate

---

<sup>57</sup> Si tratta di *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990) e *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 93 (2003).

<sup>58</sup> E' il caso *Citizens United vs. Federal Election Commission* 558 U.S. 310 (2010), citato nel precedente paragrafo, sul quale si consenta comunque di rinviare a E. Stradella, *Comunicazione elettorale e freedom of speech. "Hillary the Movie" al vaglio della Corte Suprema*, cit.

<sup>59</sup> Cfr. *McCutcheon v. Federal Election Commission* 572 U.S. (2014).

sull'appartenenza a determinate categorie, come ad esempio gli studenti, i carcerati o i membri delle forze armate: l'elemento centrale sarebbe quello della presenza di un interesse governativo effettivo, ed intenso, tale da giustificare la restrizione per una particolare categoria di *speakers*. Nel caso delle *corporations* si pone in evidenza una peculiare struttura, il rischio derivante dalle loro capacità economiche e dalla scarsa rappresentatività delle opinioni dei cittadini, e, come sottolineato nella *dissenting opinion*, il fatto stesso che le *corporations* non sono persone: ma la Corte Suprema sembra sottolinearne la natura di enti morali, ed in quanto tali di soggetti portatori di istanze ed aspirazioni politiche.

La *dissenting opinion* quindi individua nel "combinato disposto", per così dire, tra capacità, finalità economica del soggetto e natura di ente artificiale/non persona fisica, il possibile fondamento al limite all'applicazione della garanzia costituzionale di cui al Primo Emendamento. Non rileverebbe neppure, quindi, il contenuto dell'attività espressiva, ovvero la speciale protezione costituzionalmente riservata alla materia politica, bensì la dimensione soggettiva sarebbe in grado di travolgere quella oggettiva sovrapponendo di fatto l'azione espressiva, anche di contenuto politico, al *commercial speech* in quanto tale privo di rilevanza costituzionale.

Da ultimo, con la sentenza *McCutcheon et al. v. Federal Election Commission*<sup>60</sup>, la Corte Suprema riscrive parzialmente la sentenza *Buckley c. Valeo*. In particolare, come si accennava sopra, è dichiarata incostituzionale la norma del FECA (*Federal Election Campaign Act*, 1971) che fissa un tetto alle donazioni economiche per campagne elettorali da parte dei privati, norma che mirava ad impedire finanziamenti indiscriminati alla generalità dei candidati da parte di soggetti privati, considerata da *Buckley v. Valeo* funzionale ad impedire l'elusione del limite più stretto previsto dalla legge, ovvero il tetto massimo di contribuzione a favore del medesimo soggetto politico, che sarebbe stato facilmente aggirabile attraverso il finanziamento plurimo a soggetti collegati con il candidato sostenuto.

La misura è censurata in quanto troppo invasiva della libertà di espressione protetta dal Primo Emendamento, e quindi cedevole di fronte al *rigorous standard of review* a cui tali limitazioni sono sottoposte. Scrive il *Chief Justice Roberts*, estensore dell'opinione di maggioranza: "The Government may no more restrict how many candidates or causes a donor may support than it may tell a newspaper how many candidates it may endorse".

La Corte, in particolare, ritiene che il divieto non rappresenti né una ragionevole forma di protezione contro la corruzione politica, né un elemento

---

<sup>60</sup> *Ibidem*. Sulla sentenza, si vedano i commenti di A. Buratti, *Il "Free Marketplace of Ideas" verso il Far West. La Corte Suprema prosegue nello sgretolamento delle garanzie del processo elettorale (McCutcheon et al. v. Federal Election Commission)*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 4 aprile 2014, e M. Rospì, *La Corte Suprema riscrive le regole del finanziamento delle campagne elettorali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2014.

coessenziale alla norma che stabilisce il tetto massimo alle donazioni a favore del medesimo soggetto: in continuità con i precedenti più vicini, la Corte afferma che la sola corruzione apprezzabile quale fenomeno illecito, il cui rischio meriti di essere prevenuto, è lo scambio corruttivo (“*quid pro quo corruption*”), mentre l’intento di acquisire una “*general influence*” sugli attori politici non rappresenterebbe di per sé un comportamento illecito.

La decisione fa evidentemente riferimento al precedente, su cui ci si è già soffermati, rappresentato da *Citizens United v. Federal Election Commission*, del 2010, ma in quella sentenza il principio di fondo richiamato e su cui si fondava l’apertura alle *corporations* era quello, tradizionale nord-americano, del *free marketplace of ideas*, per cui l’opinione pubblica ha il diritto di avere accesso a tutte le informazioni possibili e di determinare autonomamente la rilevanza e il valore delle informazioni che riceve. *McCutcheon* invece completa la deregolamentazione del mercato delle idee, rinunciando anche agli obblighi di trasparenza che consentirebbero di aprirlo e renderlo agibile a concorrenti con disponibilità economiche differenti, e sembra così avvantaggiare significativamente i monopolisti economici, così da potenzialmente renderli o consolidarli come monopolisti della comunicazione politica oltre che commerciale.

Certo, le provocazioni che il *dissent* lancia sono acute e sfidanti: posto che il *right to vote*, secondo giurisprudenza consolidata, altro non è che una forma di espressione (politica), allora la mancanza di diritto di voto in capo alle *corporations* si porrebbe in conflitto con il Primo Emendamento! Fino a che punto la libertà di espressione può diventare diritto a titolarità collettiva?

Negli Stati Uniti è l’approccio per così dire progressista ad escludere che un soggetto collettivo possa pretendere la stessa libertà di espressione spettante alle persone fisiche, in quanto creazioni artificiali, e a sottolineare come proprio un’interpretazione originalista della Costituzione (tradizionalmente promossa dai giudici conservatori) dovrebbe mettere in luce che i Costituenti non si ponevano certo problemi a distinguere i soggetti collettivi dagli essere umani, ragione per cui quando il Primo Emendamento è stato scritto faceva riferimento alla libertà di espressione degli Americani, intesi come individui.

Inutile nascondere che le ragioni delle scelte compiute dalla Corte Suprema vanno ben oltre i profili strettamente costituzionalistici delineati: lo scontro ha a che fare soprattutto con la portata dei finanziamenti privati alla politica, la regolazione o meno dell’influenza delle lobby sui processi decisionali, la storica contrapposizione tra conservatori e progressisti sul rapporto tra politica e denaro.

Resta il fatto che allo stato attuale nell’ordinamento nord-americano si riconosce la libertà di espressione come diritto spettante ad entità dotate di consapevolezza e, potremmo dire, di una qualche forma di razionalità, sia essa individuale ovvero collettiva (e quindi diversa da una sommatoria di singole

razionalità e opinioni)<sup>61</sup>. E tale libertà di espressione comprende le manifestazioni del pensiero vere e proprie così come le azioni espressive (quale ad esempio il finanziamento alla propaganda politica) dotate di contenuti politici.

4.3. Azioni espressive in cui prevale la natura commerciale ma con effetti indirettamente riconducibile all'alveo della tutela della manifestazione del pensiero: il recente caso dell'attribuzione di coscienza alle corporations nella sentenza Hobby Lobby.

La terza ipotesi sulla quale ci si soffermerà comprende le azioni poste in essere da soggetti commerciali produttive di effetti almeno indirettamente riconducibili alla tutela di cui al Primo Emendamento. L'ipotesi riguarda peraltro il problema, anche recentemente affrontato dalla Corte Suprema statunitense, relativo alla libertà di coscienza delle *corporations*.

Per rispondere all'interrogativo se le *corporations*, intese come enti collettivi con finalità di tipo economico, possano esercitare la libertà religiosa, e, soprattutto, se lo Stato possa esentarle da regole normalmente imposte ai soggetti che popolano l'arena economica qualora fossero dirette da individui che presentano convinzioni religiose individuali, occorre partire dalla seconda parte del Primo Emendamento, e in particolare dalla c.d. *Free Exercise Clause*: il divieto assoluto e totale per il governo di regolare le convinzioni religiose, la cui espressione deve essere libera e non condizionata<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Sul fatto poi che il contributo economico sia identificabile con una manifestazione di pensiero, ciò che forse più colpisce la sensibilità europea, va ricordato, senza ovviamente soffermarvisi, la particolare forza con cui negli Stati Uniti è tutelata l'espressione simbolica.

<sup>62</sup> Divieto interpretato dalla Corte Suprema nel senso che il governo non può in nessun caso interferire con la convinzioni religiose, costringendo gli individui ad affermare credenze che risultino inaccettabili alla loro coscienza, o penalizzando e discriminando direttamente un cittadino per le sue convinzioni, quando queste siano diverse o contrarie a quelle degli altri. La Corte peraltro elaborò il c.d. Sherber-Yoder test (così definito per le due pronunce nel quale venne elaborato, *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972)), attraverso il quale l'attore avrebbe dovuto dimostrare che il governo aveva posto, con il suo intervento, un sostanziale ostacolo alla sua libera professione religiosa. Per parte sua il Governo era chiamato a dimostrare il "*compelling interest*" a limitare quel diritto e il fatto che il suo intervento fosse il meno restrittivo possibile. Nel 1990 il test viene modificato nel caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), nel quale si elimina il requisito della dimostrazione governativa del *compelling interest* e si chiede la valutazione della neutralità e della generalità della legge regolativa della libertà religiosa, riservandosi uno *strict scrutiny* soltanto agli interventi normativi che non rispettano tali caratteristiche. Il punto si rivela in realtà da subito piuttosto dolente tanto che il Congresso "risponde" alla Corte Suprema con l'approvazione di una legge (*Religious Freedom Restoration Act – RFRA*) con la quale ripristina il controllo più penetrante.



Attualmente, dopo un percorso giurisprudenziale e legislativo non lineare, esistono nell'ordinamento nord-americano due forme di tutela della libertà religiosa e di coscienza, che trovano due differenti fondamenti normativi: la libertà religiosa propria della costituzionale *Free Exercise Clause*, che è tutelata attraverso un controllo sugli eventuali atti limitativi più "morbido", e tale da consentire l'intervento di leggi purché generali e non *viewpoint oriented*, quindi tendenzialmente neutrali; l'esercizio della libertà religiosa e di coscienza nei termini previsti dalla legge in materia del 1993 (RFRA), tutelato da un controllo più stringente, in base al quale è posto in capo al Governo l'onere di dimostrare l'interesse sostanziale e impellente che ha determinato la limitazione della libertà<sup>63</sup>.

Il caso che presenta a mio avviso profili rilevanti nella riflessione sulla titolarità individuale o collettiva delle libertà afferenti, per così dire, alla coscienza, è il noto caso "*Hobby Lobby*", riguardante la grande catena di distribuzione di strumenti per il fai-da-te negli Stati Uniti (impresa con 22.000 lavoratori e lavoratrici), e la sua vittoria nella causa intentata nei confronti del governo sull'obbligo di comprendere tra i trattamenti coperti dalle assicurazioni sanitarie, secondo quanto previsto dal c.d. Obama Care, contraccettivi ormonali<sup>64</sup>.

La ben nota riforma del sistema sanitario promossa dal governo del Presidente Obama, infatti, ha previsto che ogni ente datore di lavoro sia tenuto a finanziare ai propri dipendenti piani assicurativi che includano una copertura per la contraccezione, senza far riferimento ad eventuali esenzioni dall'obbligo per ragioni connesse al credo religioso del proprietario o dei proprietari dell'azienda.

La Corte Suprema, con una sentenza del giugno 2014 (espressa con decisione raggiunta 5-4) ha stabilito che tutte le compagnie *closely-held*, ovvero di proprietà di non più di cinque persone, potranno chiedere l'esenzione dalla copertura assicurativa su contraccettivi e strumenti di contraccezione considerati sostanzialmente equiparabili all'aborto (pillola del giorno dopo e spirale intrauterina), per motivi di coscienza o religiosi.

L'elemento del *closely-held* certo non può essere trascurato: in questo caso, a differenza che nel precedente, la soggettività plurale sembra corrispondere più ad una sorta di propagazione di quella individuale che non alla costituzione di

---

<sup>63</sup> Cfr. K.S Benedict, *When Might Does Not Create Religious Rights: For-Profit Corporations' Employees and the Contraceptive Coverage Mandate*, 26 *Colum. J. Gender & L.* 58 (2013). E anche A.C. Carmella, *State Constitutional Protection of Religious Exercise: An Emerging Post-Smith Jurisprudence*, *B.Y.U. L. Rev.* 275 (1993).

<sup>64</sup> Sul caso si veda da ultimo E. Chieragato, *The Contraceptive Mandate Controversy and the Future of Religious Accommodations in the United States: A Study of the US Supreme Court Case of Burwell vs. Hobby Lobby Stores, Inc.* (2014), in *Religion and Human Rights* 10 (2015) p. 99 ss.

un soggetto collettivo autonomamente titolare di un diritto alla libertà di espressione o di coscienza. La proprietà da parte di un numero particolarmente limitato di individui rende l'impresa (che pure di per sé non ha necessariamente finalità né implicazioni oggettive di tipo etico) una sorta di emanazione degli individui che attraverso di essa, parallelamente all'attività di tipo economico, esercitano le proprie libertà espressive. Peraltro, la sentenza della Corte fonda la libertà religiosa della *corporation* non tanto sul Primo Emendamento bensì, secondo il doppio binario al quale si faceva sopra riferimento, sul *Religious Freedom Restoration Act* del 1993. E' lo stesso giudice Alito a spiegare come una *corporation* sia semplicemente una forma organizzativa utilizzata dagli esseri umani per perseguire le finalità desiderate, ragione per la quale proteggere i diritti attinenti alla libertà religiosa e di coscienza di questi soggetti (collettivi) significa proteggere la libertà religiosa degli individui che sono proprietari di tali compagnie e su di esse esercitano un controllo. Sembra tornare l'idea della tutela a cerchi concentrici riferita alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, di cui si diceva nei primi paragrafi dello scritto.

Il vero problema, con riguardo al *contraceptive mandate*, stava però nel comprendere quanto la sua previsione (potenzialmente limitativa della libertà protetta dalla legge citata) rispettasse quei canoni di neutralità e generalità che si è detto rappresentano l'elemento discriminante nel test di legittimità al quale le leggi potenzialmente lesive devono essere sottoposte.

Se la neutralità è intesa sotto il profilo di una *viewpoint based discrimination*, pare che la legge Obama non possa non essere considerata neutrale, in quanto non ha ad oggetto la limitazione di comportamenti o pratiche sulla base della loro motivazione di carattere religioso<sup>65</sup>, e si applica a tutti i datori di lavoro e lavoratori, senza un particolare riferimento alla loro appartenenza ad una piuttosto che all'altra (o ad alcuna) confessione religiosa, ciò che di per sé farebbe salvo l'intervento normativo alla luce della consolidata giurisprudenza con cui la Corte Suprema ha ritenuto che una legge neutrale e generale che incidentalmente produca una limitazione nei confronti del libero esercizio di una particolare pratica o credo religioso non presenta profili di illegittimità rispetto alla tutela della libertà religiosa<sup>66</sup>.

Qualche perplessità in più potrebbe essere sollevata sulla neutralità rispetto al *content*, indipendentemente dal *viewpoint* assunto o meno (e in questo caso non assunto) dalla legge. Infatti la questione attiene di per sé una sfera "sensibile" dal punto di vista etico-religioso, e lo fa consapevolmente, introducendo infatti numerosi eccezioni: quella relativa al datore di lavoro religioso, eccezioni individuali, elementi tali da far mettere in discussione (da parte della Corte) la

---

<sup>65</sup> *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

<sup>66</sup> *Employment Div., Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

generale applicabilità della regola, che sembra invece articolarsi in diversi casi e situazioni.

Certo, com'è stato sottolineato dalla dottrina<sup>67</sup>, le esenzioni introdotte non contrasterebbero con lo standard della generalità in quanto non attribuiscono situazioni di vantaggio ai datori di lavoro per così dire laici, e la Corte Suprema, nella sua giurisprudenza, ha affermato che una legge non può essere considerata generale qualora impedisca una particolare condotta soltanto, o primariamente, in quanto questa abbia un fondamento di natura religiosa<sup>68</sup>; d'altra parte la previsione stessa di eccezioni pone il problema di tutto quello che nelle eccezioni non rientra, e delle ragioni oggettive e soggettive per le quali non vi rientra.

E qui viene in rilievo la questione della natura giuridica delle *corporations* alle quali la sentenza *Hobby Lobby* estende l'esenzione, e della titolarità dei diritti di coscienza.

La Corte viene chiamata a chiarire se l'RFRA si applichi o meno alle *corporations*, e se queste possano essere considerate come persone che esercitano la libertà religiosa come prevista dalla legge.

Il punto è evidentemente molto controverso. Alcuni ritengono che né un'impresa né i suoi proprietari possano essere esentati dal *Contraception Mandate* in base al RFRA, in quanto una *corporation* sarebbe una sorta di finzione giuridica, alla quale dunque non potrebbe essere attribuito un elemento spirituale, volitivo, un *animus*, e poiché la fede religiosa, e la sua espressione, sarebbero esercizio di una personalità intrinseca all'essere umano, esse non potrebbero in alcun modo essere riconosciute ad un soggetto giuridico collettivo (avente finalità lucrative)<sup>69</sup>.

Altri invece ritengono che alle *corporations* spetti il diritto alla libertà religiosa, e ciò che è più interessante è che questo viene oggi sostenuto soprattutto facendo riferimento a *Citizens*, e quindi all'attribuzione della libertà di espressione alle *corporations* effettuata dalla Corte Suprema nel caso su cui mi sono in precedenza soffermata. Proprio in questo caso viene meno la distinzione tra soggetti con finalità di lucro e soggetti non-profit, e secondo tale visione, confermata dalla Corte nel caso *Hobby Lobby*, ad entrambi può essere

---

<sup>67</sup> Si veda tra gli altri F. M. Gedicks – R. G. Van Tassel, RFRA Exemptions from the Contraception Mandate: ad Unconstitutional Accommodation of Religion, 49 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review (CR-CL) 343 (2014), e anche K. S. Benedict, When Might Does Not Create Religious Rights: For-Profit Corporations' Employees and the Contraceptive Coverage Mandate, in 26 Columbia Journal of Gender and Law 1 (2013).

<sup>68</sup> *Lighthouse Institute for Evangelism, Inc. v. City of Long Branch*, 510 F.3d 253 (2007).

<sup>69</sup> Cfr. C.M Corbin, *Corporate Religious Liberty*, SSRN Working Paper series, January 24, 2014 (2014); T.E. Rutledge, *A Corporation Has No Soul—The Business Entity Response to Challenges to the Contraception Mandate*, WM. & Mary Bus. L. Rev., 2014.

riconosciuta una tutela di diritti tradizionalmente applicati nella sfera individuale.

Se addirittura l'obiezione di coscienza, intesa come esenzione giustificata e consentita dall'applicazione di un obbligo normativo, e realizzata come astensione dell'individuo dal perseguimento dell'interesse pubblico, è riconosciuta in capo ad enti collettivi del tutto indipendentemente dalle finalità per le quali, in quanto enti collettivi, si sono costituiti, a maggior ragione il raggio d'azione della coscienza, in tutte le sue multiformi esplicitazioni, sembra perdere una dimensione strettamente individuale per diventare strumento collettivo.

Chiaramente l'attribuzione ai soggetti collettivi commerciali di una dimensione morale, tale addirittura da consentirgli di agire, pur nell'ambito di relazioni economiche e lavorative, attraverso emanazioni della propria coscienza, travolge l'impostazione tradizionale in materia di *commercial speech*, poiché da un lato il profilo soggettivo perde rilevanza, dall'altro quello oggettivo viene letto anche nelle pieghe di azioni che sarebbero linearmente riconducibili all'attività commerciale del soggetto ma che sono indirettamente idonee a manifestare un pensiero, esprimere posizioni ideologiche o tradurne l'identità culturale, religiosa, morale.

E' vero che il riferimento, che la sentenza opera, alla tipologia del soggetto, alla sua organizzazione, elementi dai quali deriverebbe o meno la possibilità di configurarlo, pare, più come una sommatoria di persone fisiche che non come persona giuridica ovvero soggetto "artificiale", potrebbe essere ritenuto determinante e quindi tale da inficiare un argomento generale circa il progressivo superamento dell'idea di negazione dell'identità soggettiva delle *corporations*. D'altra parte non sembra esservi nulla che vieta invece di considerare le affermazioni della Corte come di sostegno al riconoscimento di una vera e propria categoria di condotte espressive riconducibili in capo ai soggetti commerciali, e, come le altre, in grado di allontanare sempre di più l'idea tradizionale di un *commercial speech* in cui profilo soggettivo e profilo oggettivo si sovrappongono dalla concreta applicazione del Primo Emendamento ai soggetti che esercitano attività commerciali.