



Adelaide Madera

(associato di diritto ecclesiastico e diritto canonico nell'Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

More than a playground dispute: il caso Trinity Lutheran Church v. Pauley e le nuove traiettorie interpretative dell'Establishment Clause*

SOMMARIO: 1. Il problema della legittimità di forme di assistenza finanziaria alle organizzazioni confessionali nell'ordinamento statunitense - 2. L'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema - 3. I margini di discrezionalità dei singoli Stati - 4. Il caso *Trinity Lutheran Church v. Pauley* - 5. Le posizioni sostenute dalle parti - 6. Il confronto con il caso *Locke v. Davey* - 7. Il retaggio dei "Blaine Amendments" - 8. Il trattamento spettante alle istituzioni di natura religiosa - 9. La Corte Roberts e la clausola di separazione: nuove traiettorie interpretative.

1 - Il problema della legittimità di forme di assistenza finanziaria alle organizzazioni confessionali nell'ordinamento statunitense

Nel 1947 la Corte Suprema U.S.A. affermava che "no tax in any amount, large or small, can be levied to support any religious activities or institutions"¹. La legittimità di forme di assistenza finanziaria alle organizzazioni confessionali costituisce tuttavia ancora oggi una delle questioni che mette più a dura prova la tenuta dell'*Establishment Clause*. Per molti anni la Corte Suprema si è orientata nel considerare diverse modalità di pubblico supporto alle stesse istituzioni in contraddizione con la clausola di separazione; allo stesso tempo la giurisprudenza dell'ultimo trentennio ha subito drastici mutamenti, riconoscendo progressivamente la legittimità costituzionale di una pluralità di programmi governativi di cui le organizzazioni confessionali hanno beneficiato su un piano di parità rispetto a quelle secolari. Alla luce dell'*iter* evolutivo delle pronunzie della Corte Suprema, il problema di tali forme di finanziamento va esaminato però sotto una duplice angolazione: occorre infatti verificare non solo se le stesse siano proibite sulla base del principio separatista contenuto nel Primo Emendamento (e talora in forma addirittura più rigorosa nei testi costituzionali statali), ma anche se, alla luce della *Free Exercise Clause* e della *Free Speech Clause*, sia consentito ai soggetti pubblici escludere le istituzioni

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).



religiose da forme di finanziamento rivolte alle istituzioni secolari che offrono i medesimi servizi alla società civile².

Ora la Corte è chiamata a dare risposta alle sollecitazioni, provenienti da tali istituzioni, per l'accesso a forme di finanziamento pubblico, senza discriminatorie esclusioni determinate dalle loro finalità istituzionali: tali rivendicazioni, attualmente sottoposte all'esame della Corte, sono suscettibili sicuramente di avere un impatto sull'evoluzione interpretativa dell'*Establishment Clause*.

Il caso *Trinity Lutheran Church v. Pauley* affronta una questione vitale per il futuro delle organizzazioni religiose: l'interpretazione che offrirà la Corte Suprema è suscettibile di produrre importanti ripercussioni sulla legittimità delle restrizioni statalmente imposte alle forme di supporto pubblico di cui sono beneficiarie anche istituzioni religiosamente affiliate e può sciogliere diversi dubbi sull'ammissibilità di forme di supporto diretto alle medesime istituzioni.

2 - L'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema

La giurisprudenza della Corte Suprema ha progressivamente evidenziato come la fruizione di vantaggi derivanti dalla *public welfare legislation* non possa essere condizionata dalla connotazione religiosa di una istituzione. Invero la giurisprudenza in materia di *Establishment Clause* ha tradizionalmente oscillato fra posizioni che interpretano più rigorosamente il principio di separazione, ossia come una rigorosa proibizione di ogni forma di supporto pubblico e orientamenti più elastici, che via via hanno conquistato maggiore spazio. Le interpretazioni più intransigenti affermano che forme di *government aid* promuoverebbero indebitamente le finalità religiose delle istituzioni confessionali, precluderebbero a un trattamento disparitario fra i gruppi religiosi, comporterebbero un ingiusto onere a carico dei contribuenti (in quanto somme derivanti da introiti fiscali sarebbero utilizzate per supportare attività di gruppi religiosi cui gli stessi contribuenti non aderiscono) e minerebbero l'autonomia delle stesse istituzioni confessionali. L'altro indirizzo interpretativo sostiene che le entità religiose non possono essere discriminate rispetto agli enti secolari che forniscono i medesimi servizi di utilità sociale. Negare l'accesso a forme di finanziamento pubblico alle istituzioni confessionali pregiudicherebbe

² Cfr. T.C. BERG, D. LAYCOCK, *The Mistakes in Locke v. Davey and the Future of State Payments for Services Provided by Religious Institutions*, in *Tulsa Law Review*, vol. 40, 2004, p. 227 ss.



altresì la libera scelta dell'utenza di fruire di determinate prestazioni offerte da un *provider* religiosamente orientato.

Il conflitto fra questi due orientamenti si coglie già nelle prime pronunzie in materia, ove la semantica separazionistica si coniuga con il raggiungimento di una soluzione improntata alla neutralità³. La giurisprudenza si è rivelata successivamente ondivaga, adottando una pluralità di parametri alla luce dei quali ammettere (o negare) forme di finanziamento pubblico, sia pure indiretto, alle istituzioni confessionali⁴. In una prima fase sembra spesso prevalere un approccio orientato a negare, comunque sia, forme di supporto alle istituzioni confessionali (*no-aid theory*)⁵, ulteriormente rafforzato dall'articolazione del rigoroso *Lemon Test*⁶. La maggior parte delle pronunzie interpretano la clausola di separazione come rivolta a interdire tutte quelle forme di pubblico finanziamento che sono suscettibili di promuovere attività specificamente religiose⁷, adottando tuttavia un atteggiamento di maggiore apertura (ossia permissivo di forme di finanziamento diretto) verso quelle istituzioni di ispirazione confessionale reputate in misura minore "pervasivamente settarie" in quanto dotate di personalità giuridica separata rispetto

³ Cfr. *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947). Cfr. **D. LAYCOCK**, *Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality Toward Religion*, in *De Paul Law Review*, 1990, vol. 39, p. 993 (1990); **D. LAYCOCK**, *The Underlying Unity of Separation and Neutrality*, in *Emory Law Journal*, vol. 46, 1997, p. 43.

⁴ Cfr. **D. LAYCOCK**, *Collected Works on Religious Liberty*, Vol. 1, *Overviews and History*, 2010. Per una ricostruzione cfr. pure **W.W. BASSETT**, **W. COLE DURHAM**, **R.T. SMITH**, *Religious Organizations and the Law*, West, Eagan (Mn.), 2012, cap. 2, p. 1 ss.; **D.O. CONKLE**, *Religion, Law and the Constitution*, Leg, St Paul (Mn.), 2016, p. 153 ss.; **T.C. BERG**, *The State and Religion in a Nutschell*, West, St. Paul (Mn.), 2016, p. 31 ss.; **J. WITTE JR.**, **J.A. NICHOLS**, *Religion and the American Constitutional Experiment*, Oxford University Press, New York, 2016, p. 154 ss.; **C.H. ESBECK**, *The Establishment Clause as a Structural Restraint: Validations and Ramifications*, in *J. L. & Pol.*, 2002, vol. 18, p. 445 ss.; **G. D'ANGELO**, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 52 ss.; **F. ONIDA**, *Il fenomeno religioso nei sistemi giuridici extraeuropei*, in *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, a cura di F. Margiotta Broglio, C. Mirabelli, F. Onida, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 255-295; **V. BARSOTTI**, **N. FIORITA**, *Separatismo e laicità. Testi e materiali per un confronto fra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 19 ss.

⁵ Cfr. *Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229 (1977).

⁶ Cfr. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

⁷ Cfr. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971), ove si afferma il noto principio per cui i programmi di finanziamento pubblico devono avere un fine e un effetto secolari e non devono produrre forme di *excessive entanglement* fra lo Stato e le Confessioni: *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Nyquist*, 413 U.S. 756 (1973); *Meek v. Pittinger*, 421 U.S. 349 (1975); *Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229 (1977); *Grand Rapid School Dist. v. Ball*, 473 U.S. 373 (1985); *Aguiar v. Felton*, 473 U.S. 402 (1985).



all'organizzazione religiosa fondatrice (università, ospedali, agenzie di servizi sociali)⁸.

Successivamente la Corte sembra virare verso un atteggiamento maggiormente neutrale⁹, che assicuri un equo e non discriminatorio accesso delle istituzioni confessionali a forme di sussidio pubblico (di cui vadano a beneficiare allo stesso modo istituzioni religiose e secolari), anche per garantire la libertà dei singoli di fruire di *public welfare programs* nell'ambito dell'istituzione (religiosa o secolare) da loro prescelta (che solo indirettamente ne risulterebbe così avvantaggiata)¹⁰. In tale nuovo filone giurisprudenziale viene ad affievolirsi il rilievo attribuito al carattere confessionale di una istituzione: quando il supporto statale è neutralmente distribuito fra le diverse istituzioni in base a criteri secolari che non favoriscono né penalizzano le organizzazioni religiose e giunge a un ente di matrice confessionale in conseguenza di un atto di libera e indipendente scelta dei diretti beneficiari di una misura pubblica, non sussisterebbe il rischio di una indebita promozione del fenomeno religioso¹¹. Il principio di neutralità statale non è violato se il potenziale beneficiario ha a disposizione adeguate e ragionevolmente accessibili strutture alternative secolari per fruire di un servizio, e presceglie un'opzione religiosamente caratterizzata. Per come è andato evolvendosi, il sistema ha finito con l'assumere un atteggiamento di maggiore apertura pure verso forme di supporto diretto alle scuole confessionali¹², con l'unico divieto (applicato peraltro con modalità più indulgenti rispetto al passato) che risorse pubbliche vengano di fatto "*diverted to religious purposes*"¹³.

Se l'inclusione di istituzioni confessionali in forme neutrale di finanziamento pubblico non è più considerata rigorosamente preclusa alla luce dell'*Establishment Clause*, essa può tuttavia incontrare limiti nelle

⁸ Cfr. *Bradfield v. Roberts*, 175 U.S. 291 (1899); *Tilton v. Richardson*, 403 U.S. 672 (1971); *Hunt v. McNair*, 413 U.S. 734 (1973); *Roemer v. Bd. Of Public Works*, 426 U.S. 736 (1976); *Bowen v. Kendrick* (487 U.S. 589 (1988).

⁹ Cfr. **D. LAYCOCK**, *Why the Supreme Court Changed its Mind about Government Aid to Religious Institutions: it's a lot more than just Republican Appointments*, in *BYU L. Rev.*, 2008, p. 275, secondo cui i tre principali fattori di questo cambiamento di vedute della Corte sono da imputarsi alle tensioni riconducibili alle origini della "*modern Establishment Clause doctrine*"; in particolare "*the more fundamental causes of this change are a realignment of religious conflict, the end of desegregation and massive resistance, and the emergence of a broad political coalition supporting aid to religious schools*".

¹⁰ Cfr. *Zelman v. Simon-Harris*, 536 U.S. 639 (2002).

¹¹ Cfr. *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983); *Witters v. Washington Dept. of Services*, 474 U.S. 481 (1986); *Zelman v. Simon-Harris*, 536 U.S. 639 (2002).

¹² Cfr. *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000); *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997).

¹³ Cfr. *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000).



costituzioni dei singoli Stati, che talvolta adottano una versione più rigorosa del principio separatista. Molte di queste disposizioni risultano approvate nel diciannovesimo secolo, ed erano animate (sulla base del cosiddetto “*Blaine Amendment*”, mai approvato) da un atteggiamento di ostilità verso alcuni specifici gruppi confessionali (la Chiesa cattolica), volto a ostacolare la promozione di istituzioni scolastiche alternative rispetto a quelle pubbliche¹⁴. Molte di tali previsioni costituzionali si spingono fino a proibire ogni forma di supporto pubblico alle istituzioni religiosamente affiliate, e non solo quelle rivolte a favorire attività religiose¹⁵. La dottrina si divide con riguardo al mantenimento delle *no-aid provisions* contenute nei testi costituzionali statali. Secondo alcuni autori, tali previsioni rischiano di collidere con i diritti costituzionalmente garantiti a livello federale: un trattamento equo e non discriminatorio delle istituzioni confessionali risulta non solo permesso ma addirittura imposto alla luce della *Free Exercise Clause* e della *Free Speech Clause*. La stessa Corte Suprema ha affermato che l’interesse statale “*in achieving greater separation of church and [s]tate than is already ensured under the Establishment Clause of the Federal Constitution*” è condizionato e limitato dagli effetti indotti dalla *Free Exercise Clause*¹⁶.

3 - I margini di discrezionalità dei singoli Stati

La stessa Corte Suprema ha tuttavia segnato una battuta d’arresto in tale direzione, con la pronuncia *Locke v. Davey*¹⁷. Con questa decisione la Corte ha affrontato sotto una nuova prospettiva il problema dell’accesso ai fondi pubblici da parte delle istituzioni religiose, tentando di rispondere alla domanda se costituisca una violazione della *Free Exercise Clause* l’esclusione

¹⁴ Tale emendamento alla Costituzione federale, che prende il nome dal suo proponente James G. Blaine, era diretto a proibire ogni forma di supporto economico pubblico alle istituzioni scolastiche religiosamente affiliate. Il testo proposto era il seguente: “*No State shall make any law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; and no money raised by taxation in any State for the support of public schools, or derived from any public fund therefor, nor any public lands devoted thereto, shall ever be under the control of any religious sect; nor shall any money so raised or lands so devoted be divided between religious sects or denominations*”. Esso fu respinto a livello federale, ma adottato da diversi Stati per limitare l’influenza cattolica in ambito scolastico e in altri settori di pubblica competenza. Per una ricostruzione più approfondita della questione, cfr. **S.K. GREEN**, *Understanding the Blaine Amendment and the “No-Funding” Principle*, in *First. Amend. L. Rev.*, vol. 2, 2003, p. 107 ss.

¹⁵ Cfr. *Taxpayers for Public Education v. Douglas County School Dist.*, 351 P.3d 461 (Colo. 2015).

¹⁶ Cfr. *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 276 (1981).

¹⁷ Cfr. *Locke v. Davey*, 540 U.S. 712 (2004).



delle istituzioni scolastiche confessionali da benefici economici accessibili alla generalità degli enti svolgenti la stessa attività, a causa di una forma di discriminazione nei confronti delle *religious choices*.

Con una decisione assunta a maggioranza (di sette a due), il cui esito è stato qualificato come *“highly unexpected”*¹⁸ la Corte ha riconosciuto la legittimità costituzionale di un programma dello Stato di Washington, che forniva borse di studio a studenti meritevoli provenienti da famiglie a basso reddito, ma escludeva la possibilità di accesso a tali borse per gli studenti che frequentavano un corso di laurea in *“theology from a devotional perspective”*, sulla base della previsione della Costituzione dello stesso Stato, che proibisce l'utilizzo di risorse economiche pubbliche per il culto, l'esercizio o l'istruzione religiosa. Alcuni studenti venivano a essere pertanto *“squalificati”* dalla possibilità di accedere a una forma di supporto pubblico in virtù del carattere *“devotional in nature or designed to induce religious faith”* del corso di specializzazione prescelto, venendo penalizzati a causa di una scelta individuale religiosamente connotata. In questo caso, la parte attrice sosteneva che il programma statale, prevedendo una specifica esclusione dei corsi di specializzazione in teologia, violasse il principio di neutralità statale (il cui rispetto esige la proibizione di forme di *facial discrimination against religion* e pertanto la libertà dei gruppi confessionali di accedere a benefici erogati per una pluralità di iniziative del medesimo tipo) affermato nella nota decisione *Smith*¹⁹. La parte attrice si trovava costretta altresì a scegliere fra il conseguimento della specializzazione in teologia e la fruizione della borsa di studio: ne derivava l'imposizione di un onere sostanziale all'esercizio della sua libertà religiosa. Per lo Stato convenuto, al contrario, l'esercizio della libertà religiosa non era ostacolato né sottoposto a gravami, dal momento che il provvedimento di esclusione si limitava a non sostenere economicamente una scelta

¹⁸ Cfr. K. GREENAWALT, *Religion and the Rehnquist Court*, in *Nw.U. L. Rev.*, vol. 99, 2004, p. 173: *“For me, the biggest surprise was the Chief Justice’s vote. Assuming that it reflected his convictions (not a wish to assign the Court’s opinion to himself in order to narrow its scope), that vote shows that Rehnquist deemed respect for state authority more important than any idea that the key to the religion clauses is evenhandedness. Because the opinion was written specifically in regard to financing ministerial education, it is difficult to predict whether the Court will also accede to other state restrictions on aid to sectarian education”*.

¹⁹ Cfr. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). Con questa decisione, come è noto, la Corte sancisce che la *Free Exercise Clause* non esonera il cittadino/fedele dall'osservanza delle leggi neutrali di generale applicabilità, indipendentemente dalla natura sia dell'interesse statale sia dell'onere gravante sul fedele; pertanto solo se il provvedimento normativo contestato non possiede tali caratteri graverà sul Governo dimostrare che lo stesso è indirizzato a soddisfare un *compelling state interest* ed è stato elaborato per soddisfare strettamente tale interesse.



confessionalmente orientata. Lo stringente interesse statale a negare tale forma di finanziamento risiederebbe in una norma della già citata Costituzione dello Stato di Washington secondo cui *“no public money or property shall be appropriated for or applied to any religious worship, exercise, or instruction, or the support of any religious establishment”*. La Suprema Corte ha ritenuto che l’atteggiamento statale di sfavore verso la religione presenta un carattere “blando” in quanto il programma statale *“imposes neither criminal nor civil sanctions on any type of religious service or rite. It does not deny to ministers the right to participate in the political affairs of the community. And it does not require students to choose between their religious beliefs and receiving a government benefit”*²⁰; inoltre non essendo interdetta agli studenti la possibilità di fruire di borse di studio per seguire un diverso corso di laurea presso una istituzione differente da quella in cui frequentano i corsi in teologia, la preclusione di forme di finanziamento per la frequenza dei corsi di teologia assumerebbe pertanto carattere isolato. Secondo la Corte, l’esclusione non *“requires students to choose between their religious beliefs and receiving a government benefit”*, in quanto *“promise scholars may still use their scholarship to pursue a secular degree at a different institution from where they are studying devotional theology”*²¹. Sembra tuttavia che la Corte mimimizzi l’onere gravante sullo studente, che si dovrebbe impegnare a seguire (simultaneamente o successivamente) due distinti percorsi di studio presso due distinte università, dando priorità all’interesse pubblico a prevenire ogni forma di indiretto sussidio di attività religiosamente caratterizzate. La Corte sembra così arretrare rispetto a quanto sostenuto in una precedente decisione,²² in cui aveva reputato legittima la scelta di uno studente di utilizzare una forma di supporto pubblico per seguire un corso di pastorale presso un college religioso: in questo caso la Corte aveva reputato che *“the decision to support religious education is made by the individual, not by the State”*. Inoltre, impegnare i soggetti pubblici a decidere se i corsi di studio in teologia siano improntati al fine di *“to induce religious faith”* implicherebbe quel genere di *“comprehensive, discriminating, and continuing state surveillance”*, suscettibile di configurare una forma di *“government entanglement in religious questions”*.

Nel caso *Locke*, ad avviso della Corte, la disposizione statale in esame non rivelerebbe invece ostilità verso la religione²³, in quanto *“training for religious professions and training for secular professions are not fungible”*.

²⁰ Cfr. *Locke v. Davey*, cit., 720-721.

²¹ Cfr. *Locke v. Davey*, cit., 720-721, n. 4.

²² Cfr. *Witters v. Washington Department of Services for the Blind*, 474 U.S. 481 (1986).

²³ “[T]he subject of religion is one in which both the United States and state constitutions embody distinct views—in favor of free exercise, but opposed to establishment—that find no counterpart



La Corte ha altresì chiarito che l'interesse statale in gioco, che riveste carattere storico e sostanziale, è quello volto a precludere il finanziamento pubblico del "*devotional training of clergy*"; si tratta di un'area dell'istruzione peculiare, in cui vengono in rilievo specifici "*antiestablishment concerns*"²⁴, ma ciò non suggerisce "*that the [s]tate may justify any interest that its 'philosophical preference' commands*"²⁵.

L'esclusione operata dalla legislazione dello Stato di Washington rientrerebbe nell'ambito di quel "*playing into the joints*" fra ciò che l'*Establishment Clause* permette e ciò che la *Free Exercise Clause* richiede: la *Free Exercise Clause* non esige che lo Stato sussidi la borsa di studio della parte attrice anche se l'*Establishment Clause* non lo preclude. La Corte ha respinto allo stesso tempo che si configuri un'ipotesi di discriminazione alla luce della clausola protettiva della libertà di espressione (*Free Speech Clause*): le borse di studio di cui al caso in esame sono indirizzate a dare una forma di supporto agli studenti provenienti da fasce economiche deboli, e non a creare un *forum* ove la libertà di espressione privata debba essere a tutti garantita, e la diversità delle opinioni (pure religiosamente qualificate) debba necessariamente trovare accesso²⁶.

La Suprema Corte ha pertanto giustificato che previsioni costituzionali di singoli Stati possano erigere una barriera divisoria fra Stato e Confessioni religiose più rigida di quella pretesa dall'*Establishment Clause*. Tale margine di discrezionalità riconosciuto agli Stati implica che forme di supporto pubblico che sarebbero coerenti con la Costituzione federale incontrano tuttavia limiti nelle disposizioni costituzionali dei singoli Stati. La Corte assume una posizione di *self-restraint*, affidando ai legislatori statali il compito di risolvere le questioni in materia di esercizio della libertà religiosa, limitando al minimo il proprio ruolo supervisorio.

with respect to other callings or professions. That a State would deal differently with religious education for the ministry than with education for other callings is a product of these views, not evidence of hostility toward religion". Cfr. Locke v. Davey, cit., 721.

²⁴ Secondo la Corte, questo particolare tipo di specializzazione si differenzia dal "*training for secular professions*": "*[t]raining someone to lead a congregation is an essentially religious endeavor*"; inoltre è "*akin to a religious calling as well as an academic pursuit*." Il testo costituzionale contiene "*distinct views*" con riguardo alle attività religiose "*that find no counterpart with respect to other callings or professions... That a State would deal differently with religious education for the ministry than with education for other callings is a product of these views, not evidence of hostility toward religion*". Inoltre "*[s]ince the founding of our country, there have been popular uprisings against procuring taxpayer funds to support church leaders, which was one of the hallmarks of an 'established' religion*". Cfr. *Locke v. Davey, cit., 722*.

²⁵ Cfr. *Locke v. Davey, cit., 722, n. 5*.

²⁶ "*[T]he purpose of the Promise Scholarship Program is to assist students from low- and middle-income families with the cost of postsecondary education, not to 'encourage a diversity of views from private speakers'*". Cfr. *Locke v. Davey, cit., 720, n. 3*.



Come è stato tuttavia paventato dal giudice Scalia nella sua *dissenting opinion* in *Locke v. Davey*, “*holding is limited to training the clergy, but its logic is readily extendible, and there are plenty of directions to go*”²⁷. Il giudice Scalia ha redatto, infatti, una vigorosa *dissenting opinion* ribadendo, fra l’altro, che la fattispecie in esame configurava quel tipo di situazione, che, sulla scorta di *Smith*, va analizzata alla luce del parametro dello *strict scrutiny*. Ad avviso dello stesso giudice, il provvedimento statale infatti non presenterebbe i caratteri della neutralità e della generale applicabilità, in quanto andrebbe a escludere solo gli studenti di teologia da un beneficio pubblico altrimenti aperto alla totalità degli studenti, costituendo una forma di “*targeting religious freedom*” (ossia una di quelle limitazioni discriminatorie della libertà religiosa che alla luce di *Smith* andrebbero scrutinate più severamente). Si configurerebbe pertanto un onere sostanziale per l’esercizio della libertà religiosa, che dovrebbe essere giustificabile solo in presenza di un *compelling state interest* e in quanto tale opzione costituisca per lo Stato la *least restrictive alternative* per il perseguimento dell’interesse pubblico.

In risposta all’ammonimento del giudice Scalia, la maggioranza del Collegio ha tuttavia ribadito che “*the only interest at issue here is the State’s interest in not funding the religious training of clergy*”²⁸.

Il difficile equilibrio realizzato in questa pronuncia²⁹ ha prodotto una frammentazione degli orientamenti dei Circuiti d’Appello. Alcuni hanno ignorato lo specifico contesto in esame nel caso *Locke* e ne hanno adottato una interpretazione estensiva: viene giustificata per questa via la categorica esclusione da parte dello Stato delle scuole confessionali da programmi

²⁷ Cfr. *Locke v. Davey*, cit., 734. Secondo il giudice Scalia, inoltre, l’intento dei Fondatori era quello di proibire forme di aiuto preferenziale a favore del clero, ma non di interdire forme di supporto pubblico di cui incidentalmente vengano a beneficiare le istituzioni religiose in forza delle scelte dei soggetti privati beneficiari, qualora sia assente ogni indebita influenza pubblica: “*One can concede the Framers’ hostility to funding the clergy specifically, but that says nothing about whether the clergy had to be excluded from benefits the State made available to all. No one would seriously contend, for example, that the Framers would have barred ministers from using public roads on their way to church*” (Cfr. *Locke v. Davey*, cit., 728).

²⁸ Cfr. *Locke v. Davey*, cit., 722, n. 5.

²⁹ Cfr. **M.H. BELSKY**, *The Funding Of Religious Institutions in Light Of Locke v. Davey: Locke v. Davey: States’ Rights Meet The New Establishment Clause*, in *Tulsa L. Rev.*, vol. 40, 2004, pp. 292-293, secondo cui “*Three justices are strong proponents of more flexibility in allowing government funding of religion and in expanding state authority. To reconcile these two core principles, Chief Justice Rehnquist chose to write the Davey opinion himself. He would balance the two principles and come up with a resolution - a “play in the joints” that would allow some flexibility to the states but yet not determine how far the states could go in not funding sectarian institutions or programs*”.



secolari che prevedano forme neutrali di supporto pubblico sulla base della loro affiliazione religiosa, reputando che l'unico compito dell'autorità giudiziaria sia quello di verificare che le misure adottate non siano motivate da ostilità verso la religione³⁰. Altri Circuiti d'Appello hanno ritenuto invece, alla luce dello specifico contesto storico alla base del caso *Locke v. Davey*, che tale precedente non conferisca agli Stati una illimitata discrezionalità di escludere gli attori religiosi da benefici di carattere secolare disponibili per la generalità delle istituzioni scolastiche³¹. Il controverso rapporto fra i confliggenti principi di separazione e di "equality and private choice" continua pertanto a essere oggetto di controversie giudiziarie.

4 - Il caso *Trinity Lutheran Church v. Pauley*

³⁰ Cfr. *Eulitt ex rel. Eulitt v. Maine Department of Education*, 386 F.3d 344, 355 (1st Cir. 2004): "A[n] inquiring court must examine whether the state action in question imposes any civil or criminal sanction on religious practice, denies participation in the political affairs of the community, or requires individuals to choose between religious beliefs and government benefits...As long as no animus is present, the First Circuit conducts no further evaluation". Recentemente si è orientata in questa direzione pure la Corte Suprema del Colorado: cfr. *Taxpayers for Pub. Educ. v. Douglas Cnty. Sch. Dist.*, 351 P.3d 461, 475 (Colo. 2015). La Corte ha affermato l'illegittimità costituzionale di un programma statale volto a concedere borse di studio agli studenti che frequentavano scuole private, anche confessionalmente orientate, riscontrando in tale programma una violazione dell'art. IX, § 7, della Costituzione del Colorado. Pure in questo caso la Corte, sulla base della previsione costituzionale statale, maggiormente restrittiva rispetto all'*Establishment Clause* giustifica l'esclusione delle istituzioni confessionali sulla base del precedente *Locke v. Davey*: "By its terms, section 7 is far more restrictive than the Establishment Clause regarding governmental aid to religion, and the Supreme Court has recognized that state constitutions may draw a tighter net around the conferral of such aid". Cfr. pure *Bush v. Holmes*, 886 So. 2d 340, 362-67 (Fla. 1st Dist. App. 2004); *Gary S. v. Manchester Sch. Dist.*, 374 F.3d 15, 20-21 (1st Cir. 2004) (che ha rigettato, citando *Locke v. Davey*, l'istanza, alla luce della *Free Exercise Clause*, concernente "Congress's failure to provide to disabled children attending private religious schools the identical financial and other benefits it confers upon those attending public schools"); *Am. Jewish Cong. v. Corp. for Natl. & Community Serv.*, 323 F. Supp. 2d 44, 64-65 (D.D.C. 2004) (in cui, sulla base di *Locke v. Davey*, sono state escluse le scuole religiose da programmi pubblici che prevedevano forme di sussidio a favore degli insegnanti).

³¹ Cfr. *Colorado Christian University v. Weaver*, 534 F.3d 1245, 1254 (10th Cir. 2008): "The opinion [in *Locke*] suggests, even if it does not hold, that the State's latitude to discriminate against religion is confined to certain "historic and substantial state interest[s]," and does not extend to the wholesale exclusion of religious institutions and their students from otherwise neutral and generally available government support". Nella stessa direzione si orienta il Settimo Circuito in *Badger Catholic, Inc. v. Washington*, 620 F.3d 775 (7th Cir. 2010).



Il caso *Trinity Lutheran Church v. Pauley* rappresenta il più recente capitolo della problematica relativa all'accesso a forme di finanziamento pubblico da parte di istituzioni confessionali: la *Trinity Lutheran Church* (che gestisce un asilo nido e una scuola materna) si è vista negare la possibilità di fruire di un programma statale che offre un rimborso agli enti *non profit* per l'acquisto e l'installazione di superfici di gomma per parchi gioco realizzate con pneumatici riciclati. Il programma è finalizzato a favorire il riciclo di pneumatici consumati e ad assicurare ai bambini campi di gioco più sicuri. A tal proposito il *Missouri's Department of Natural Resources*, che gestisce le risorse, ha escluso l'ente confessionale dalla lista dei potenziali beneficiari del programma, in forza di una ormai datata disposizione contenuta nella Costituzione del Missouri (art. 1, § 7) che proibisce l'impiego di denaro pubblico sia impiegato "*directly or indirectly, in aid of any church, sect, or denomination of religion*". L'organizzazione confessionale ha agito in giudizio, sostenendo che il rifiuto statale di fornire il finanziamento richiesto costituisca una violazione sia della *Free Exercise Clause*, che proibisce al Governo di adottare misure contrarie al libero esercizio della religione, sia della *Equal Protection Clause* contenuta nel Quattordicesimo Emendamento, che vieta agli Stati di adottare trattamenti differenziati con riguardo a individui o gruppi che si trovano in situazioni simili. Per il momento, sia la Corte Federale Distrettuale sia la Corte d'Appello si sono pronunciate a favore dello Stato convenuto in giudizio, alla luce della storica tradizione statale "*of maintaining a very high wall between church and the state*"³².

L'adozione di tale approccio sembra in modo palese influenzata dalla circostanza che le entità coinvolte si caratterizzano come *church-owned institutions*, ossia entità che non godono di personalità giuridica autonoma rispetto alla Chiesa di cui costituiscono una emanazione, non sono sufficientemente destinate a finalità secolari né sono isolate dalle finalità proprie della Confessione religiosa.

Le istituzioni più strettamente connesse alla Confessione, invero, godono di un regime giuridico (ad esempio, in ambito fiscale e giuslavoristico) specifico, che prevede una serie di esenzioni rispetto alle leggi statali di generale applicabilità, in vista della preservazione della loro

³² L'Ottavo Circuito, nella decisione *Trinity Lutheran Church v. Pauley*, No. 14382 (8th Cir. 2015), ha ricordato che la Corte Suprema, in *Lutkemeyer v. Kaufmann*, 419 U.S. 888 (1974), ha confermato una decisione di una corte distrettuale federale, secondo cui le previsioni della Costituzione del Missouri che precludono forme di supporto pubblico alle Confessioni religiose non violano l'*Equal Protection Clause* e realizzano il "*compelling interest*" di preservare la separazione fra Stato e Confessioni religiose.



identità confessionale e del perseguimento della loro peculiare *mission*³³. Le organizzazioni confessionalmente affiliate si sono tradizionalmente mosse fra le strettoie delle due clusole del Primo Emendamento: queste strutture si trovano di solito al crocevia fra il mantenimento di una identità confessionale e il bisogno di integrazione nel contesto socio-giuridico-politico in cui operano (a cui spesso è connessa l'esigenza di accedere a forme di supporto pubblico). Non mancano a tal proposito in dottrina sostenitori dell'idea che le organizzazioni confessionali, nel momento in cui operano al di fuori dei confini circoscritti dei fini e delle attività di stretta pertinenza fideistica, svolgendo un ruolo di *social-service providers*, dovrebbero ricevere un trattamento giuridico regolato dal diritto comune³⁴ in modo che si possa evitare la ricaduta su terzi dei costi dell'accomodamento delle loro istanze religiosamente qualificate; d'altra parte le stesse organizzazioni lamentano che ciò determinerebbe una ingiusta penalizzazione della identità religiosa che si estrinseca nel loro impegno sociale, minimizzando il loro contributo distintivo (ossia improntato a uno specifico patrimonio valoriale) all'articolazione di una società civile democratica e pluralista.

E' affidato ora alla Corte Suprema il compito di decidere, mediante una interpretazione congiunta delle due clausole, in relazione all'unitario fine di protezione della libertà religiosa per il quale sono delineate, "*whether the exclusion of churches from an otherwise neutral and secular aid program violates the Free Exercise and Equal Protection Clauses when the State has no valid Establishment Clause concern*"³⁵.

5 - Le posizioni sostenute dalle parti

Ad avviso dell'ente confessionale, il programma governativo di finanziamento non presenterebbe il carattere della neutralità, in quanto penalizzerebbe solo quelle istituzioni prescolastiche (asili nido e scuole materne) gestite da enti religiosi, che si vedrebbero precluso l'accesso a una forma di sussidio pubblico destinato fra l'altro solo a finalità ben diverse da quelle strettamente religiose.

³³ Cfr. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012). Cfr. **C.M. CORBIN**, *Above the Law? The Constitutionality of the Ministerial Exemption from Antidiscrimination Law*, in *Fordham Law Review*, vol. 75, 2007, p. 1965 ss.

³⁴ Cfr. **C.M. CORBIN**, *Deference to Claims of Substantial Religious Burden*, in *U. Illinois Law Review*, 2016, p. 10 ss.

³⁵ Cfr. *Trinity Lutheran Church v. Pauley, Petition for a Writ of Certiorari*, November 4, 2015.



Poiché il programma governativo risponde a obiettivi puramente secolari (la sicurezza degli spazi di gioco dedicati ai bambini in età prescolare) non sussisterebbe il rischio di una violazione dell'*Establishment Clause*. Non sarebbe altresì rintracciabile, alla luce della *Free Exercise Clause*, nel caso in esame, uno stringente interesse statale - giustificativo di una limitazione della libertà delle stesse istituzioni (*compelling interest*), e implementato mediante "*the least restrictive means*" - identificabile nel mantenimento della separazione fra Stato e Confessioni. Al contrario verrebbero minate quelle garanzie di cui le entità religiose godono alla luce della *Free Exercise Clause* e dell'*Equal Protection Clause*.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'ente confessionale, lo Stato del Missouri fa leva sulla circostanza che il programma governativo non impedisce il libero esercizio della religione né preclude ai gruppi confessionali di costruire o gestire opere di apostolato in conformità alla loro missione religiosa.

Al tempo stesso, secondo lo Stato, la questione non andrebbe analizzata alla luce di un rigoroso *strict scrutiny* (che implica che solo un *compelling state interest* possa scusare restrizioni alla libertà religiosa). Il principio di neutralità sarebbe rispettato in quanto il programma governativo non introduce un *generally available public benefit* da cui sarebbe ingiusto escludere alcune organizzazioni, solo in quanto confessionalmente caratterizzate (adducendo, a riprova di ciò, che un terzo delle richieste complessive sono state rigettate); né esso tantomeno riconosce un trattamento preferenziale solo ad alcuni gruppi confessionali rispetto ad altri.

Alla luce di queste considerazioni, il programma dovrebbe essere esaminato sulla base di una più elastica *rational basis*, che richiede alle autorità giudiziarie di verificare la sussistenza di un più tenue *legitimate government interest*: seguendo questo indirizzo, sarebbe facilmente verificabile che l'esclusione riguarda tutti i gruppi confessionali ed è motivata dall'esigenza di evitare l'instaurazione di forme di competizione fra gli stessi in vista di accedere a un pubblico finanziamento. La possibilità di attingere a forme di supporto pubblico per i gruppi confessionali sarebbe suscettibile di dare luogo infatti sia a un processo discrezionale di selezione fra aspiranti beneficiari religiosamente connotati, al fine di prescegliere i più meritevoli, con risultati probabilmente discriminatori dei gruppi religiosi minoritari³⁶, sia a una indebita interferenza statale in materie di pertinenza confessionale, al fine di assicurare che i fondi statali non siano destinati a

³⁶ Cfr. R. KATSKEE, *Religious Freedom, not Religious Discrimination*, nel sito www.scotusblog.com.



finalità religiose. Un ulteriore scopo perseguito dallo Stato sarebbe infine quello di evitare che i cittadini, mediante il pagamento delle imposte, siano indirettamente assoggettati all'onere di supportare credenze e convinzioni religiose che non condividono.

6 - Il confronto con il caso *Locke v. Davey*

Trattandosi di una di quelle ipotesi in cui il principio separatista affermato a livello statale risulta più rigoroso di quello contenuto nella Costituzione federale, il caso è stato esaminato dalle Corti inferiori alla luce del precedente *Locke v. Davey*. La Corte distrettuale ha reputato che la fattispecie in esame comportasse una forma di aiuto pubblico diretto a una istituzione "settaria", sollevando "*antiestablishment concerns that are at least as comparable to those relied on by the Court in Locke*".

A sua volta, la Corte d'Appello ha sostenuto che il caso in esame implicasse una forma di "*direct grant of public funds to churches, another of the 'hallmarks' of an 'established' religion*", nonostante l'uso secolare a cui i fondi sarebbero stati destinati.

A tal proposito, la *Trinity Lutheran Church* ha rilevato come tale precedente presentasse caratteristiche distintive rispetto al caso in esame, in quanto in *Locke v. Davey* l'obiettivo statale si focalizzava sull'intento di prevenire forme di finanziamento pubblico per la formazione del clero. Lo Stato del Missouri invece ha sostenuto l'esistenza di tratti di similitudine fra i due casi, in quanto in entrambi ciò che viene in rilievo è l'identità di coloro che chiedono di fruire del finanziamento, e che compiono una scelta confessionalmente orientata: "*here, applicants who choose to operate as a church; in Locke, students who choose to pursue theology degrees*".

Il caso in esame sembra invero presentare una pluralità di caratteri distintivi rispetto alla già esaminata fattispecie *Locke v. Davey*. In quest'ultimo, il diniego di forme di finanziamento pubblico non era connesso alla precipua appartenenza confessionale dei soggetti richiedenti il beneficio statale, bensì al generale indirizzo politico statale di non offrire forme di supporto pubblico a un particolare programma di studi. Nel caso *Locke v. Davey* veniva infatti in gioco un "*historic and substantial antiestablishment interest*": quello di prevenire l'uso di risorse pubbliche per supportare la formazione teologica dei ministri di culto. Nel caso in esame invece la finalità perseguita dallo Stato nell'attivare il programma di finanziamento pubblico è interamente secolare, in quanto indirizzata a supportare attività non ideologicamente indirizzate e non connesse con i compiti religiosamente orientati di una struttura confessionalmente affiliata. Tale profilo è ben lungi dal configurare una forma di "*religious*



*endeavor*³⁷ o una forma di “tenue disfavore verso la religione”, come quello consentito dalla Corte in *Locke v. Davey*. La legislazione del Missouri prevede una rigida esclusione delle istituzioni confessionali, in quanto tali, da un programma di finanziamento pubblico; diversamente nel caso *Locke v. Davey* le istituzioni confessionali non erano, invece, completamente escluse dal programma di supporto statale: a essere penalizzati erano esclusivamente i percorsi di specializzazione in teologia.

La stessa Corte, in *Locke v. Davey*, ha sottolineato che “*the only interest at issue here is the State’s interest in not funding the religious training of clergy*”; ha qualificato la formazione del clero come una “*distinct category of instruction*”, che differisce dal “*training for secular professions*” in quanto “*resembles worship*” ed è “*akin to a religious calling as well as an academic pursuit*”³⁸. Tali motivazioni non possono essere arbitrariamente estese a strutture confessionali rivolte a garantire una istruzione sia secolare sia religiosa (per cui risulterebbe molto più attenuato l’interesse dei contribuenti a che il denaro pubblico non vada a sovvenzionare il fenomeno religioso), e che giocano “*a significant and valuable role in raising national levels of knowledge, competence, and experience*”³⁹, a meno di non dar luogo a una forma di discriminazione impermissibile alla luce sia della *Free Exercise Clause* sia della *Free Speech Clause*.

7 - Il retaggio dei “*Blaine Amendments*”

La previsione costituzionale del Missouri rientra fra quelle disposizioni che costituiscono il retaggio dei cosiddetti “*Blaine Amendments*” risalenti al 1800. Come si è detto, si trattava di norme contenute nelle costituzioni statali volte a impedire forme di supporto pubblico alle istituzioni qualificabili come “settarie”⁴⁰. La Corte Suprema dovrà quindi pronunciarsi sulla coerenza di

³⁷ Il giudice Gruender nella sua *dissenting opinion* in *Trinity Lutheran Church v. Pauley*, cit., ha sostenuto che “[S]choolchildren playing on a safer rubber surface made from environmentally-friendly recycled tires has nothing to do with religion. If giving the Learning Center a playground-surfacing grant raises a substantial antiestablishment concern, the same can be said for virtually all government aid to the Learning Center, no matter how far removed from religion that aid may be”.

³⁸ Cfr. *Locke v. Davey*, cit., 722.

³⁹ Cfr. *Bd. of Educ. of C. Sch. Dist. v. Allen*, 392 U.S. 236, 247 (1968).

⁴⁰ Nel 1821, quando il Missouri entrò a far parte degli Stati Uniti l’art. XIII, *Section 4*, della sua Costituzione vietava allo Stato di imporre ai singoli forme di forzosa contribuzione all’erezione o al mantenimento di luoghi di culto. Questa previsione è stata mantenuta nei successivi testi costituzionali e rimane immutata nell’art. I sez. 6 dell’attuale Costituzione. L’art. IX, *Section 8*, è apparso nel 1870 e prevede che lo Stato e gli enti locali



tale disposizione con il dettato costituzionale vigente a livello federale⁴¹ o, allineandosi al precedente *Locke v. Davey*, confermare che gli Stati godono di un margine discrezionale nel definire propri indirizzi in relazione all'erogazione di forme di supporto pubblico, giungendo a elevare un "muro" di separazione fra Stato e Confessioni religiose non imposto alla luce dell'*Establishment Clause*, senza incorrere in violazioni della *Free Exercise Clause*. La Corte dovrebbe offrire la propria interpretazione del caso *Locke v. Davey*, verificando, ancora una volta, se il riconoscimento della possibilità di "*playing in the joints*" fra ciò che il testo costituzionale esige e ciò che permette, attribuisca agli Stati una piena libertà, nel nome del principio di uno stretto separatismo, di prevedere un trattamento discriminatorio verso soggetti e attività confessionalmente caratterizzate. A tal fine però andrebbe effettuata da parte dei giudici una puntuale ricostruzione della storia e del contesto in cui furono emanate le *no-aid provisions*, come quella contenuta nella Costituzione del Missouri: tali previsioni, come è stato già notato, non rispondevano all'intento di acuire la separazione fra Stato e Confessioni religiose e tuttavia erano pure mirate a marginalizzare alcuni gruppi confessionali e a realizzare un compiuto processo di secolarizzazione delle istituzioni scolastiche pubbliche libere dagli influssi religiosi, in vista della realizzazione di un sistema scolastico pluralistico⁴².

L'adozione di tale metro di valutazione sarebbe in coerenza con gli indirizzi seguiti dalla Corte Roberts, spesso propensa ad avvalersi dell'argomento storico (sia pure sotto diverse angolazioni da parte del fronte liberale e di quello conservatore) quale *pivot* per favorire l'evoluzione della giurisprudenza della stessa Corte⁴³.

8 - Il trattamento spettante alle istituzioni di natura religiosa

Come si è ribadito, il programma di cui al *Trinity case* ha carattere esclusivamente secolare e non permette una diversione dei fondi pubblici

non possono utilizzare le entrate derivanti dal gettito fiscale per offrire supporto a credi religiosi, chiese o per fini "settarie". L'art. I, *Section 7*, risale al 1875 e dispone che "*no money shall ever be taken from the public treasury, directly or indirectly, in aid of any church*"

⁴¹ Cfr. Art. VI, *Section 2*, della Costituzione del Missouri, secondo cui le leggi federali sono "*the supreme law of the land...any thing in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding*".

⁴² Cfr. *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000).

⁴³ Cfr. E. BERCOT, *Forgetting to Weight: The Use of History in the Supreme Court's Establishment Clause*, in *The Georgetown Law Journal*, vol. 102, 2014, p. 846.



in vista del perseguimento di finalità religiose: non sembrerebbero esservi ragioni, alla luce dell'*Establishment Clause*, che giustifichino una esclusione di enti religiosi da benefici di carattere esclusivamente secolare. La Corte si deve pertanto confrontare con la questione se una istituzione può essere esclusa da un programma di finanziamento pubblico esclusivamente in ragione della sua natura religiosa.

Appare infatti palese che alle organizzazioni gestite dalla *Trinity Lutheran Church* sia stato pertanto precluso l'accesso a una forma di finanziamento pubblico esclusivamente in ragione della loro qualifica di istituzioni religiose. A tal proposito, va ricordato come la giurisprudenza della Corte Suprema abbia più volte ribadito che dal principio di neutralità, enucleato da una interpretazione congiunta delle due clausole del Primo Emendamento, scaturisce il principio per cui lo *status* confessionale del singolo soggetto non può incidere sui suoi diritti e doveri giuridici. A tal proposito va ricordato come in alcune pronunzie giurisprudenziali la Corte Suprema abbia sostenuto che "*government may not use religion as a basis of classification for the imposition of duties, penalties, privileges or benefits*"⁴⁴. La Suprema Corte ha altresì affermato che lo Stato non può imporre speciali disabilità sulla base delle opinioni o credenze religiose del singolo⁴⁵ e che violerebbe il requisito della neutralità statale una misura legislativa indirizzata a discriminare le condotte religiosamente motivate o a gravarle di speciali oneri o restrizioni⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. *McDaniel v. Paty*, 435 U.S. 618 (1978), secondo cui i ministri di culto non possono essere esclusi dalle cariche elettive nelle legislature statali a causa del loro *status* religioso; *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947), ove la Corte ha affermato che il Governo non può escludere "*Catholics, Lutherans, Mohammedans, Baptists, Jews, Methodists, Non-believers, Presbyterians, or the members of any other faith, because of their faith, or lack of it, from receiving the benefits of public welfare legislation*". Cfr. *Bd. Of Educ. of Kiryas Joel Vill. Sch. Dist. v. Grumet*, 512 U.S. 687, 715 (1994) (O'Connor, J., concurring).

⁴⁵ Cfr. *McDaniel v. Paty*, 435 U.S. 618 (1978); *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), ove si sancisce che il Governo non può "*impose special disabilities on the basis of religious views or religious status*"; alla luce di un principio di neutralità formale "*[t]he Free Exercise Clause protects religious observers against unequal treatment. Minimum requirement of neutrality is that a law not discriminate on its face*". Inoltre "*[a] law that targets religious conduct for distinctive treatment*" deve "*undergo the most rigorous of scrutiny*" e "*will survive strict scrutiny only in rare cases*". Cfr. in tal senso *Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

⁴⁶ Cfr. *Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993): "*legislature could not discriminate[] against some or all religious beliefs or regulate[] or prohibit[] conduct because it is undertaken for religious reasons*"; *McDaniel v. Paty*, 435 U.S. 618 (1978). Cfr. **M. RIENZI**, *Gay Rights, Religious Liberty and Tire Scraps? The Inclusive Fourteenth Amendment Path in Trinity Lutheran*, in www.scotusblog.com, secondo cui le organizzazioni confessionali vanno considerate alla stregua di quelle categorie di soggetti che necessitano di protezione alla luce del 14° Emendamento, onde evitare che subiscano discriminazioni



Tale neutralità, intesa in senso sostanziale, va ben oltre la mera non-discriminazione formale, esigendo la minimizzazione di forme di interferenza pubblica nelle scelte religiose del singolo, che si realizzerebbe qualora venissero statalmente incoraggiate o disincentivate credenze, regole e pratiche confessionalmente caratterizzate⁴⁷.

E' pur vero che, in alcune circostanze, l'adozione da parte dei soggetti pubblici di un trattamento distintivo verso il fenomeno religioso risponde a tale esigenza di neutralità sostanziale. In tal senso, forme di accomodamento dell'esercizio della libertà religiosa, riconoscendo esenzioni dall'applicazione di leggi di generale applicabilità che imporrebbero oneri gravosi per l'esercizio della libertà religiosa, non rispondono al fine di incentivare il fattore religioso, ma piuttosto a quello di implementare le possibilità di scelta autonoma dell'individuo, anche in una direzione religiosamente connotata⁴⁸.

In materia di finanziamento pubblico, il pluralismo religioso risulta favorito quando sia assicurato un uguale trattamento nell'accessibilità alle risorse finanziarie pubbliche a ciascun gruppo (religiosamente o non religiosamente caratterizzato) al fine di promuovere genuine e indipendenti scelte individuali (anche religiosamente connotate)⁴⁹, evitando forme di indebita interferenza pubblica sulle stesse (come avverrebbe qualora una scelta religiosamente caratterizzata venisse penalizzata dalla perdita di un beneficio economico altrimenti accessibile).

In ambito scolastico, marginalizzare in tal modo le scelte religiosamente ispirate avrebbe un effetto "distorsivo" sia sulle decisioni individuali (inducendo i singoli a optare per istituzioni o percorsi di studio di carattere secolare) sia su quelle delle stesse istituzioni (disincentivando il mantenimento dei loro tratti identitari peculiari, in vista di conformarsi agli obiettivi statali): lo Stato mediante i suoi processi decisionali relativi all'allocazione di risorse pubbliche opererebbe un indebito "giudizio di valore" fra il religioso e il non-religioso⁵⁰, influenzando le scelte (individuali e collettive), in quanto renderebbe più "appetibili" le alternative di carattere secolare.

in conseguenza di caratteristiche che li connotano (razza, orientamento sessuale o confessionale).

⁴⁷ Cfr. D. LAYCOCK, *Formal, Substantive, and Disaggregated Neutrality Toward Religion*, in *DePaul L. Rev.*, vol. 39, 1990, pp. 1001-1002.

⁴⁸ Cfr. *Thomas v. Review Bd. Of the Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981).

⁴⁹ Cfr. *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639, 649 (2002). See also *Zobrest v. Catalina Foothills Sch. Dist.*, 509 U.S. 1 (1993); *Witters v. Wash. Dept. of Servs. for the Blind*, 474 U.S. 481, 487-88 (1986); *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388 (1983).

⁵⁰ Cfr. *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464, 474 (1977).



Una decisione “in negativo”, oggi, si porrebbe pertanto nel solco di quell’obsoleto filone giurisprudenziale che ha tradizionalmente emarginato le organizzazioni strettamente religiose escludendole da quelle forme di supporto pubblico aperte invece a quelle strutture, pur religiosamente affiliate, che godono però di personalità giuridica separata rispetto alle Confessioni di cui pure costituiscono emanazione. Seguendo questo indirizzo, l’unico modo per poter fruire del finanziamento pubblico andrebbe ravvisato nella rinuncia da parte della chiesa a una gestione diretta della sua opera di apostolato e nell’affidamento a una entità secolare o *non profit* meno strettamente connessa alla “*core identity*” della Confessione. L’istituzione verrebbe posta pertanto di fronte all’ardua scelta “*between its religious beliefs and receiving a government benefit*”, venendo onerata di quello che, sulla base degli orientamenti giurisprudenziali più recenti, andrebbe qualificato come un “*substantial burden*”⁵¹: optare fra la compromissione della propria identità confessionale o il non poter usufruire di un beneficio disponibile alla generalità delle istituzioni operanti in quel settore del sociale con la negazione dell’accesso alle “*misure intermedie*”⁵², che rappresentano veicolo di un’autentica partecipazione, a parità di condizioni con le strutture secolari, nell’ambito del sociale ove la Confessione svolge la sua opera di apostolato.

Diversamente, la Corte potrebbe orientarsi a seguire l’indirizzo in base al quale lo Stato non può negare benefici di carattere pubblico, concessi a una pluralità di soggetti collettivi svolgenti attività di interesse sociale, sulla base di parametri di carattere neutrale e non discriminatorio, ove manchino i rischi di indottrinamento religioso, della distrazione di fondi pubblici per usi religiosi o di canalizzazione di forme di supporto di cui vadano a beneficiare in misura sproporzionata enti confessionali. La disamina della giurisprudenza della stessa Corte ha rivelato che sempre più spesso i programmi di aiuto secolare a una vasta gamma di soggetti beneficiari non sono reputati in contraddizione con il principio di separazione. Né il sistema del finanziamento indiretto delle istituzioni confessionali, derivante da una forma di *private choice* dei singoli beneficiari diretti del supporto pubblico, costituisce l’unica ipotesi di affievolimento del muro divisorio fra Stato e Confessioni. Non sono mancate infatti pronunzie in cui la Corte ha affermato la legittimità di programmi neutrali di cui beneficino direttamente anche istituzioni confessionali, in cui non interviene alcuna forma di *private choice*, quando il supporto pubblico non promuove finalità religiose e lo svolgimento da parte dello stesso ente di

⁵¹ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S._ (2015).

⁵² Cfr. F.M. GEDICKS, *The Recurring Paradox of Groups in a Liberal State*, in *Utah L. Rev.*, 2010/1, pp. 47-54.



attività religiose si riveli di carattere minimo⁵³. La maggioranza dei giudici dovrebbe pertanto asseverare il processo di evoluzione cui è stata soggetta l'interpretazione dell'*Establishment Clause*, alla luce del quale l'inclusione di un'istituzione religiosa in un programma di finanziamento quale quello in esame non pregiudica la stessa clausola di separazione (allineandosi ai propri precedenti in tale direzione) e incoraggiare forme di collaborazione statale (mediante programmi religiosamente neutrali) con istituzioni religiosamente connotate che svolgono attività secolari, pure aderendo a quell'insieme di valori e principi non negoziabili che fanno parte del loro patrimonio assiologico⁵⁴.

Allo stesso modo, la giurisprudenza ha ratificato il principio secondo cui il parametro della neutralità sostanziale esige del pari che gli attori pubblici siano impegnati ad assicurare il carattere non religiosamente orientato di forme di *government speech*, ma che debbano astenersi dal discriminare forme di esercizio della libertà di espressione privata nel momento in cui un contesto viene aperto per favorire il libero scambio di una pluralità di idee e opinioni⁵⁵. Anche in questo caso, non si configurano privilegi a favore del fenomeno religioso, ma si evita l'imposizione di speciali disabilità gravanti altrimenti sull'esercizio della libertà religiosa.

La Corte Suprema ha infatti affermato che il Governo, nel momento in cui rende disponibile uno spazio pubblico consentendo nello stesso l'esercizio della libertà espressiva da parte di soggetti privati (*public forum*) non può imporre restrizioni relative alle opinioni (pure religiosamente qualificate) che vengono in esso manifestate, in quanto tale libertà espressiva rientra sotto la tutela della *Free Speech Clause* e tutti i punti di vista devono fruire di uguale libertà di accesso allo spazio pubblico⁵⁶: per tale via essa sembra aver affievolito ulteriormente la proibizione di forme di supporto pubblico diretto alle organizzazioni confessionali.

⁵³ Cfr. *Comm. for Pub. Educ. v. Regan*, 444 U.S. 646, 656–59 (1980): “[T]here does not appear to be any reason why payments to sectarian schools to cover the cost of specified activities would have the impermissible effect of advancing religion if the same activities performed by sectarian school personnel without reimbursement but with state-furnished materials have no such effect.”

⁵⁴ Cfr. **R.W. GARNETT**, *Confronting a Nativist Past; Protecting School-Choice's Future*, nel sito www.scotusblog.com.

⁵⁵ Cfr. *Bd. of Educ. of Westside Community Schs. v. Mergens*, 496 U.S. 226 (1990): “[T]here is a crucial difference between government speech endorsing religion, which the Establishment Clause forbids, and private speech endorsing religion, which the Free Speech and Free Exercise Clauses protect”.

⁵⁶ “[T]he [Establishment Clause]’s guarantee of neutrality is respected, not offended, when the government, following neutral criteria and evenhanded policies, extends benefits to recipients whose ideologies and viewpoints, including religious ones, are broad and diverse”. Cfr. *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995), 839.



La *Equal Protection Clause* richiede a sua volta che “*all persons similarly situated should be treated alike*”. La stessa giurisprudenza della Corte è del resto sempre più orientata a tutelare le scelte identitarie individuali, proibendo al Governo politiche di isolamento di alcuni gruppi⁵⁷, e sembrerebbe pertanto giustificare lo stesso atteggiamento protettivo pure verso la libertà di autodeterminazione in materia religiosa, reprimendo forme di negazione della possibilità di eguale partecipazione ai programmi governativi.

Nel caso di specie, la convergenza fra la tutela offerta dalla *Free Exercise Clause* e dalla *Equal Protection Clause* dovrebbe implicare una tutela rafforzata a favore dell'istituzione confessionale coinvolta: la loro lettura congiunta implica altresì che quando una misura legislativa interferisce con un diritto fondamentale essa vada esaminata alla luce di uno “*strict judicial scrutiny*” e non di una semplice “*rational basis review*”, come reputato dall'Ottavo Circuito.

In tal senso, gli orientamenti dello Stato del Missouri, indirizzati a precludere l'accesso a una forma di supporto pubblico in ragione del patrimonio assiologico religiosamente connotato che determinate istituzioni riflettono, in vista dell'interesse “*in achieving greater separation of church and state than is already ensured under the Establishment Clause*”⁵⁸, non troverebbero supporto nell'*Establishment Clause* e andrebbero a confliggere con la *Free Exercise Clause*.

9 - La Corte Roberts e la clausola di separazione: nuove traiettorie interpretative

Alla luce di una disamina della giurisprudenza, e in particolare di quella relativa alla tutela della libertà religiosa, la Corte Roberts è stata accusata di scarso attivismo, a causa della sua poca propensione a discostarsi da prospettive consolidate e a offrire approcci innovativi, e della sua inclinazione sia ad adottare un atteggiamento deferenziale verso le scelte del legislatore, sia a minimizzare il suo compito di “*judicial review of legislation*”. È stato osservato pure che tale attitudine della Corte non si evidenzia esclusivamente nell'ambito della protezione del fattore religioso, ma si iscrive nel contesto di una più ampia comprensione del quadro costituzionale nel suo complesso⁵⁹. L'impostazione adottata, se da un lato

⁵⁷ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015).

⁵⁸ Cfr. *Widmar v. Vincent*, cit., 276.

⁵⁹ Cfr. A. PIN, *Quando la storia decide il caso. La Libertà religiosa ai tempi della Corte Roberts*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, a cura di P.



rivela una certa riluttanza al formale superamento di quei *test* standardizzati conati in passato al fine di misurare il carattere secolare dell'azione pubblica, al tempo stesso manifesta la tendenza a focalizzare l'attenzione sulle specifiche circostanze del caso concreto (e sugli argomenti presentati dalle parti), pur movendosi in linea di continuità con i precedenti giurisprudenziali (sebbene non vengano rinnegati gli elementi di novità presenti nelle fattispecie sottoposte al suo scrutinio), ed enfatizzando spesso i risvolti di carattere procedurale dei casi esaminati (che vengono a fungere da filtro alle pretese giudiziarie presentate dinanzi alla Corte)⁶⁰. L'interpretazione "minimalista" del ruolo della Corte (che spesso ha consentito di rintracciare sensibili equilibri fra le sue componenti conservatrici e liberali) rivela la sua riluttanza a indirizzarsi a sostituire le vedute politiche dei giudici a quelle dei legislatori, e la preoccupazione di rispettare rigorosamente i confini della sua sfera di attività⁶¹, attenuando quella funzione di "super-legislatura"⁶² che in passato ha spesso svolto, evitando al tempo stesso l'esercizio di un potere "suppletorio" di altri poteri. Ne deriva la crescente esigenza di una complessa operazione di integrazione fra "interpretazione costituzionale, giurisprudenza e legislazione" che mette a dura prova le tecniche e gli strumenti adoperati da un organo giurisdizionale abituato a operare in un contesto di *common*

Annicchino, European University Institute, 2017, p. 3 ss.; **M.O. DEGIROLAMI**, *La "contrazione" costituzionale: la Corte Roberts e il diritto di libertà religiosa*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 16; **K.E. WITTINGTON**, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, in *Notre Dame Law Review*, vol. 5, 2014, p. 2220 ss. *Contra*, si veda **E. CHEMERINSKY**, *Supreme Court-October Term 2009 Foreword: Conservative Judicial Activism*, in *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 44, 2010, p. 863 ss.; **G. NICHOL**, *Trumping Politics: The Roberts Court and "Judicial" Review*, in *Tulsa Law Review*, vol. 46, 2011, p. 422, n.8.

⁶⁰ Si fa riferimento alla maggiore attenzione riservata allo *standing to sue* non solo nei casi *Hein v. Freedom from Religious Foundation*, 551 U.S. 587 (2007), e *Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn*, 131 S. Ct. 1436 (2011), ma pure in *Salazar v. Buono*, 559 U.S. 700 (2010). Cfr. in particolare *Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn*, 131 S. Ct. 1436 (2011): "In an era of frequent litigation, class actions, sweeping injunctions with prospective effect, and continuing jurisdiction to enforce judicial remedies, courts must be more careful to insist on the formal rules of standing, not less so".

⁶¹ Cfr. *Arizona Christian School Tuition organization v. Winn*, 131 S. Ct. 1436 (2011): "the Federal Judiciary is vested with the "Power" to resolve not questions and issues but "Cases" or "Controversies." This language restricts the federal judicial power "to the traditional role of the Anglo-American courts"... Few exercises of the judicial power are more likely to undermine public confidence in the neutrality and integrity of the Judiciary than one which casts the Court in the role of a Council of Revision, conferring on itself the power to invalidate laws at the behest of anyone who disagrees with them".

⁶² Cfr. **R. HIRSCHL**, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2004, p. 169.



*law*⁶³. Non sfugge al tempo stesso come le decisioni (o non decisioni) della Corte, frutto spesso di delicati equilibri fra posizioni maggioritarie e minoritarie, siano influenzate dagli orientamenti politici degli stessi giudici⁶⁴, che si riflettono sulla loro comprensione del fattore religioso e sul ruolo di quest'ultimo nello spazio pubblico⁶⁵.

La Corte Roberts sembra recentemente aver inaugurato un filone giurisprudenziale indirizzato verso una tutela espansiva della libertà religiosa sia in forma individuale sia collettiva, che ha facilitato l'accoglimento di istanze di libertà di gruppi religiosi tanto maggioritari quanto minoritari. In tale direzione essa potrebbe estendere (ancora una volta⁶⁶) la tutela alla dimensione collettiva della libertà religiosa avverso

⁶³ Cfr. A. PIN, *Quando la storia decide il caso. La Libertà religiosa ai tempi della Corte Roberts*, cit., p. 6.

⁶⁴ Cfr. P. ANNICCHINO, *Introduzione*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 2.

⁶⁵ Il 13 aprile 2017 il Governatore del Missouri Eric Greitens ha annunciato con un comunicato stampa che lo Stato ha mutato il suo indirizzo politico, in modo da consentire al *Department of Natural Resources* di concedere sussidi ai gruppi religiosi non solo per realizzare superfici di gomma per parchi gioco, ma pure per organizzare gite scolastiche ai parchi nazionali e programmi per promuovere il riciclo e il controllo dell'erosione. L'ente confessionale potrebbe quindi ora presentare una nuova istanza per accedere al finanziamento pubblico. Per tale ragione la Corte Suprema ha successivamente richiesto a entrambe le parti coinvolte nel caso in esame di "submit their views on whether this case is affected by the press release relating to access to Missouri grant programs issued by Governor Greitens". Entrambe le parti si sono dichiarate d'accordo sulla prosecuzione della controversia. La *Trinity Lutheran Church*, in particolare, ha sostenuto che la decisione governativa non ha alcuna influenza sul caso in esame e che la Corte federale conserva la sua competenza a pronunciare la sua decisione, a meno che lo Stato non possa dimostrare che la condotta contestata non abbia più modo di verificarsi e i suoi effetti siano stati "completely and irrevocably eradicated". La parte attrice ha osservato altresì che, sebbene l'indirizzo governativo sia mutato, rimane in vigore la previsione costituzionale che ha dato origine allo stesso, e pertanto non è preclusa la possibilità che il nuovo indirizzo politico venga contestato in sede giudiziaria. Le motivazioni sostenute dalla parte convenuta per richiedere la prosecuzione del giudizio sono molto simili: nulla impedisce agli enti governativi di ripristinare il precedente indirizzo politico e non sussistono garanzie che l'organizzazione confessionale possa accedere al finanziamento, in quanto le nuove direttive potrebbero essere impugnate per via giudiziaria. Il 19 aprile 2017, in sede di discussione orale, la maggioranza dei giudici è sembrata incline a consentire la prosecuzione del giudizio e ad appoggiare la posizione dell'organizzazione confessionale, con l'eccezione dei giudici Ruth Bader Ginsburg e Sonia Sotomayor. In particolare quest'ultima sembrerebbe orientata a tentare di convincere gli altri giudici a respingere il caso, in quanto ormai privo di ogni effetto pratico con riguardo alla fattispecie in esame (alla luce delle nuove direttive governative), malcelando l'intento di evitare una decisione nel merito a favore dell'organizzazione confessionale.

⁶⁶ In *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014), la Corte Suprema ha reputato che alcune *closely-held corporations*



quei “*substantial burdens*” ossia quelle forme di pressione che impongono al fedele l’alternativa fra una scelta religiosamente connotata (e il sopportarne i costi) o il subire un *vulnus* al proprio assetto valoriale⁶⁷.

Questo implica il riconoscimento, da parte della Corte, che il (già controverso)⁶⁸ concetto di onere sostanziale all’esercizio della libertà religiosa possa identificarsi in un “costo” rappresentato non dalla sottoposizione a una sanzione⁶⁹ bensì dalla mancata fruizione di un beneficio economico disponibile alla generalità (dei *providers* che operano nello stesso settore del sociale).

A un più attento esame, la Corte tuttavia sembra essersi attestata su un orientamento volto a veicolare la protezione della libertà religiosa verso

con fini di lucro, i cui proprietari siano ispirati da principi religiosi, possono fruire della tutela della libertà religiosa offerta dal *Religious Freedom Restoration Act* e godere di una esenzione rispetto all’osservanza del cosiddetto “*Contraception Mandate*”, un regolamento adottato dal U.S. *Department of Health and Human Services* sulla base del *Patient Protection and Affordable Care Act*. Tale provvedimento normativo è mirato a estendere la copertura sanitaria pubblica, prescrivendo ai datori di lavoro di garantire ai loro dipendenti, nell’ambito del piano di assicurazione sanitaria loro assicurato all’interno di un rapporto lavorativo, alcuni servizi sanitari di carattere preventivo (fra cui sono compresi i metodi contraccettivi, le procedure di sterilizzazione, i servizi di educazione e consulenza per le donne con capacità riproduttiva). Per un commento, cfr. **M. GRECO**, *Il caso “Hobby Lobby”: la difesa della libertà religiosa di una particolare tipologia di datore di lavoro nel più recente arresto della Corte Suprema americana*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2014/3, pp. 895-908; **M. PARISI**, *La vicenda Hobby Lobby: un caso di difficile equilibrio tra libertà religiosa e diritto alla salute*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2016/1, p. 378 ss.; **V.P. HORWITZ**, *The Hobby Lobby Moment*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 128, 2014, p. 154 ss.

⁶⁷ Cfr. **F.M. GEDICKS**, *The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief in the United States*, in *Emory International Law Review*, vol. 19, 2005, p. 1187 ss.

⁶⁸ La giurisprudenza più recente, con riferimento alla nozione di “onere sostanziale” contenuta in alcuni atti normativi (*R.F.R.A.* e *R.L.U.I.P.A.*) ha qualificato come tale ogni forma di sostanziale pressione esercitata su un fedele in forza di una regola di portata generale affinché questo modifichi il suo comportamento, finendo con il violare un precetto derivante dalla sua appartenenza confessionale; non va tuttavia dimenticato che, in tempi non lontani, dottrina e giurisprudenza si sono poste l’interrogativo relativo alla definizione del concetto di “*substantial burden*”, oscillando fra orientamenti volti a circoscriverne la portata (ossia riconnettendo la sussistenza di un onere sostanziale rispetto all’esercizio della libertà religiosa solo a quei limiti imposti a pratiche religiose che rivestirebbero un ruolo centrale all’interno di uno specifico sistema fideistico) e posizioni più restie ad attribuire alle autorità giudiziarie la competenza a valutare il rilievo che un onere rivestirebbe all’interno di un sistema confessionale, perché ciò implicherebbe una ingerenza in ambiti di stretta pertinenza delle Confessioni. Cfr. **R.W. GARNETT**, *The Political (and Other) Safeguards of Religious Freedom*, in *Cardozo Law Review*, vol. 32, 2011, p. 1815 ss. Cfr. pure **P.A. HAMBURGER**, *A Constitutional Right of Religious Exemption: An Historical Perspective*, in *George Washington Law Review*, vol. 60, 1992, p. 915 ss.

⁶⁹ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015); *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).



strumenti di carattere normativo a livello federale⁷⁰ e statale⁷¹ (che la Corte appare scarsamente incline ad aggredire), un'orientamento avviatosi all'indomani del caso *Smith*. E' infatti da questa decisione che deriva un atteggiamento di *self-restraint* della Corte, per cui "*Free Exercise questions were now largely for the legislature to resolve, with only limited constitutional review*"⁷². La pronuncia *Smith* è stata esplicitamente convalidata dalla Corte Roberts⁷³ e sembra che tutti i giudici della Corte considerino tale precedente vincolante in direzione di una interpretazione "ristretta" della *Free Exercise Clause*⁷⁴.

Una applicazione generalizzata di tale logica minimalista (con una estensione dei principi affermati in *Locke v. Davey* ad altre fattispecie in cui sia in gioco l'accesso da parte di istituzioni confessionali a forme di accesso pubblico) implicherebbe una attribuzione alla competenza del legislatore statale (e alle procedure necessarie per emendare le disposizioni costituzionali) il bilanciamento fra i valori in contrasto fra di loro⁷⁵. Non va sottovalutata a tal proposito la valorizzazione da parte della Corte del "pluralismo territoriale" e il frequente utilizzo dell'"argomento del federalismo e dell'autonomia statale"⁷⁶

In materia di *Establishment Clause*, occorre però ricordare che già la Corte Rehnquist aveva permesso maggiori forme di supporto pubblico alle organizzazioni religiose così come forme di *sponsorship* statale di manifestazioni espressive religiosamente caratterizzate, restringendo i limiti che tradizionalmente l'*Establishment Clause* imponeva a forme di intervento pubblico⁷⁷. Come si è detto, l'interpretazione di tale clausola di separazione ha tradizionalmente oscillato fra prospettive più restrittive, che l'hanno considerata come una forma di prevenzione di forme di preferenzialismo statale a favore di alcuni gruppi confessionali, e letture più

⁷⁰ Si fa riferimento al *R.F.R.A.* e al *R.L.U.I.P.A.*.

⁷¹ Sul modello del *R.F.R.A.*, numerosi testi normativi in materia di libertà religiosa sono stati emanati a livello di legislazione statale.

⁷² Cfr. J. WITTE JR., J.A. NICHOLS, *Religion and the American Constitutional Experiment*, cit., p. 137.

⁷³ Cfr. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012).

⁷⁴ Cfr. M.O. DEGIROLAMI, *La "contrazione" costituzionale: la Corte Roberts e il diritto di libertà religiosa*, cit., p. 30.

⁷⁵ Cfr. D. LAYCOCK, *Theology Scholarships, the Pledge of Allegiance and Religious Liberty: Avoiding the Extremes but Missing the Liberty*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 118, 2004-2005, p. 155 ss.

⁷⁶ Cfr. A. PIN, *Quando la storia decide il caso. La Libertà religiosa ai tempi della Corte Roberts*, cit., p. 11.

⁷⁷ C.M. CORBIN, *Ceremonial Deism and the Reasonable Religious Outsider*, in *University of California Law Review*, vol. 57, 2010, p. 1545 ss.



flessibili, che l'hanno identificata con un principio di neutralità statale nei confronti del fattore religioso in generale. La visione moderata sostenuta dalla Corte Rehnquist esigeva l'astensione statale da interventi volti a favorire specifici gruppi confessionali, ma consentiva la promozione o il supporto del fenomeno religioso inteso in senso ampio. Questa prospettiva "non-preferenzialista" ha consentito un riequilibrio fra il trattamento dei gruppi minoritari e quello di fatto goduto dalle Confessioni maggioritarie.

Allo stesso modo la Corte Roberts sembra intenzionata ad ampliare ulteriormente la possibilità di coinvolgimento pubblico nei delicati ambiti sia del finanziamento pubblico delle Confessioni religiose sia dell'esposizione di simboli religiosi nello spazio pubblico, producendo una ulteriore contrazione del raggio di azione dell'*Establishment Clause*.

Sul fronte della clausola di separazione, la Corte è intervenuta infatti con riguardo alla legittimità della "*legislative prayer*"⁷⁸ (con una peculiare valorizzazione dell'approccio storico). Essa si è posta in linea di continuità con la giurisprudenza precedente permettendo l'utilizzo governativo di forme selezionate di espressioni religiosamente caratterizzate. Non va trascurato che essa ha altresì esteso la legittimazione di forme di pubbliche presenze della religione (mediante un ampio riconoscimento di forme di *religious display* in ambiti di pertinenza pubblica)⁷⁹, così come ha riconosciuto, sulla base di una interpretazione congiunta delle due clausole del Primo Emendamento, "speciale sollecitudine" verso i diritti delle organizzazioni religiosamente qualificate: essa ha enfatizzato la loro "unicità" alla luce della tutela costituzionalmente garantita, asseverando la sottrazione di quegli aspetti pertinenti alle questioni di governo interne alle Chiese a orientamenti esegetici indirizzati ad affievolire l'autonomia ecclesiale⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).

⁷⁹ Cfr. *Salazar v. Buono*, 559 U.S. 700 (2010). Cfr. altresì *Pleasant Grove City v. Summum*, 129 S. Ct. 1125 (2009): quest'ultimo caso, concernente la possibilità per una cittadina di precludere l'installazione di un monumento di natura religiosa in un parco pubblico che già ospitava un monumento raffigurante i Dieci Comandamenti quale specchio dell'identità storica della stessa città, è stato affrontato dalla Corte alla luce della *Free Speech Clause*; tuttavia i giudici Thomas e Scalia, nelle loro *concurring opinions*, hanno richiamato l'*Establishment Clause*, sostenendo che l'installazione della raffigurazione dei Dieci Comandamenti rispetta il *secular purpose test*. Cfr. **D. TEGA**, *Le Religion Clauses nella Corte Roberts. Un commento alle pronunzie Pleasant Grove City v. Summum, Salazar v. Buono e Town of Greece v. Galloway*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 55 ss.

⁸⁰ Cfr. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012). Cfr. **M. VENTURA**, *L'eccezione ministeriale in Hosanna Tabor. Dall'ingerenza visibile all'ingerenza invisibile*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 66 ss.



Sul piano dell'assistenza finanziaria alle istituzioni religiose, le sue pronunzie sono state esclusivamente rivolte a negare lo *standing to sue* ai singoli contribuenti, ossia a restringere la possibilità di singoli di agire in giudizio avverso forme di supporto pubblico alla religione. Gli interventi (o non interventi) della Corte in tale direzione sono stati interpretati come un tentativo di ridurre quantitativamente la possibilità del singolo di impugnare quelle violazioni dell'*Establishment Clause* che si estrinsecano in forme di (indiretto) supporto pubblico a favore delle istituzioni religiose⁸¹. In tal senso, tali recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte Roberts segnalano sempre più decisamente come sia in atto un processo di ripensamento dell'*Establishment Clause*, la cui interpretazione sembra aver virato da un più rigoroso separazionismo verso una più elastica neutralità religiosa, fino a una "permissiva" ristrutturazione della clausola di separazione, che potrebbe altresì condurre a una svolta in direzione di un "*soft constitutionalism*" e di un "*transfer of nonestablishment concerns to institutions other than the judiciary, and to the people*"⁸².

⁸¹ Cfr. *Hein v. Freedom from Religious Foundation*, 551 U.S. 587 (2007); *Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn*, 131 S. Ct. 1436 (2011). Tali pronunzie vanno a circoscrivere la portata dell'eccezione introdotta con la pronunzia *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968), con cui era stata operata una deroga alla regola che inibiva forme di *taxpayer standing*, imponendo così un limite al *Congress's taxing and spending power*. Con una decisione presa a maggioranza (di 5 giudici a fronte di 4 contrari), in *Hein v. Freedom from Religion Foundation*, la Corte ha stabilito che i cittadini non hanno la capacità di agire in giudizio per una presunta violazione dell'*Establishment Clause* da parte di programmi governativi finanziati mediante *appropriations for general administrative expenses*, sancendo una distinzione fra spese del Congresso espressamente autorizzate legislativamente e le *appropriations* effettuate dagli organi del potere esecutivo. Nel caso *Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn* un gruppo di contribuenti aveva impugnato una legge statale che fornisce crediti fiscali a coloro che effettuano donazioni a organizzazioni che forniscono borse di studio agli studenti frequentanti scuole private, ivi comprese quelle di natura confessionale. Dalla Corte, anche in questo caso con decisione 5 contro 4, ai cittadini è stata disconosciuta la capacità di agire in giudizio per una presunta violazione dell'*Establishment Clause*. In questa seconda fattispecie la Corte ha operato sulla base di una distinzione fra la concessione di crediti fiscali (che si concretizzano solo a seguito delle scelte di soggetti privati), e gli interventi governativi diretti. Cfr. **F.M. GEDICKS**, *La Corte Roberts e il business della religione*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 40.

⁸² Parte della dottrina, a tal proposito, prevede che "*a contraction in standing may shift more Establishment Clause adjudication out of the federal courts, including the Supreme Court, and into the state courts. This shift would mean that different interpretations of nonestablishment might come to prevail in different jurisdictions ... But the administration of nonestablishment by state courts would not only be non-uniform; it would also be, in some states at least, lax. Many state court judges are elected, or are subject to electoral recall, and the political unpopularity of many Establishment Clause claims may well make state judges reluctant to apply existing constitutional principles with vigor. Consequently, a reduction in standing might make for less judicial*



Tali nuove proiezioni interpretative sono suscettibili di ulteriori ricadute sui *government aid programs*, nella misura in cui è consentito potenzialmente all'autorità giudiziaria di "aggirare" quel requisito di neutralità formale (imposto dalla Corte Rehnquist) per sdoganare l'estensione di forme di supporto pubblico alle istituzioni religiosamente affiliate⁸³. Tale requisito di neutralità formale, infatti, non preclude la possibilità di effetti sostanziali di carattere distorsivo, poiché non risulta perimetrabile un eventuale impatto disparitario dei *government aid programs* sui diversi gruppi confessionali. Tale impatto è infatti connesso con elementi variabili quali le specificità demografiche e confessionali delle singole aree geografiche e il ruolo più o meno incisivo delle Confessioni religiose nelle diverse aree del sociale (ad esempio, nel settore dell'istruzione). Proprio per questo, come si è già accennato, la Corte ha assunto tradizionalmente un atteggiamento di astensione, reputando di non essere in condizione di monitorare quelle fluttuanti condizioni che favoriscono la canalizzazione delle risorse finanziarie pubbliche a favore dell'uno o dell'altro gruppo confessionale⁸⁴.

enforcement of nonestablishment norms overall". Cfr. **S.D. SMITH**, *Religious Legal Theory: Nonestablishment, Standing and the Soft Constitution*, in *St. John's Law Review*, vol. 85, 2011, pp. 441-442. Con riguardo alla possibilità che nell'ambito della Corte Roberts maturi un "cambiamento di paradigma" nell'interpretazione dell'*Establishment Clause*, in direzione di un approccio "integrazionista" (che smantellerebbe gradualmente il separazionismo), cfr. **S.G. GEY**, *The Religion Clauses in the 21st Century: Life after the Establishment Clause*, in *West Virginia L. Rev.*, vol. 110, 2007, p. 1 ss. Parte della dottrina vede addirittura, nei recenti orientamenti della Corte, un intento di "de-incorporation" dell'*Establishment Clause*, per cui "The most obvious change - and perhaps for most observers, also the most troubling one - would see states freed to govern matters of religion within their respective borders and according to their own state constitutional rules". Cfr. **R. ALBERT**, *The Future of Establishment Clause in Context: Neutrality, Religion or Avoidance? The Constitutional Politics of the Establishment Clause*, in *Chicago-Kent L. Rev.*, vol. 87, 2012, p. 897. Per i rischi connessi all'immunizzazione dei singoli Stati dalle interferenze federali in materia di *Religious Establishment*, cfr. **F.M. GEDICKS**, *Incorporation of the Establishment Clause Against the States: A Logical, Textual, and Historical Account*, in *Indiana Law Journal*, vol. 88, 2013, p. 669 ss.

⁸³ Cfr. **B.P. MCDONALD**, *Democracy's Religion: Religious Liberty in the Rehnquist Court and into the Roberts Court*, *Pepperdine University School of Law, Legal Studies Research Paper Series*, 2015/19, p. 153, ove l'Autore, sulle basi delle risultanze dei casi *Hein* e *Arizona Christian School Tuition Organization*, cit., reputa che "Theoretically, then, an aid program benefitting religious schools or other organizations need not even comply with the facial neutrality requirement (i.e., it could funnel benefits exclusively to such organizations, and even on a sectarian basis) so long as it is formulated and implemented by an executive branch official or agency rather than the legislative branch, or the legislative branch crafts the program to provide benefits passed through tax credits or deductions rather than direct spending".

⁸⁴ Cfr. *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002).



Non va tuttavia sottovalutato il rischio che il parametro apparentemente neutrale di accesso a forme di pubblico finanziamento, combinato con le nuove restrizioni imposte allo *standing to sue*, porti la Corte a discostarsi da quell'approccio moderato (che aveva caratterizzato la Corte Rehnquist) volto a consentire forme di supporto pubblico del fenomeno religioso su una base rigidamente non preferenziale e si traduca nell'attribuzione di un indebito beneficio alle appartenenze confessionali maggioritarie in determinati contesti geo-politici, mentre alle appartenenze minoritarie, che assistono al contrarsi della tutela offerta dall'*Establishment Clause*, verrebbero negati gli strumenti compensatori di tutela che sono tradizionalmente affidati a (o rafforzati dalla) arena giudiziaria.

Lo sforzo della Corte dovrebbe pertanto essere indirizzato a calibrare il superamento di ormai datati atteggiamenti di ostilità verso le organizzazioni confessionali in quanto tali, che svantaggerebbe le stesse considerandole gli unici soggetti operanti nel sociale a cui verrebbe precluso l'accesso a forme di pubblico finanziamento, con l'adozione di *standard* che consentano un più elevato livello di supporto pubblico alla religione, così da assicurare compiutamente una non discriminatoria partecipazione alla vita pubblica di tutte le formazioni sociali su un piano paritario, garantendo la salvaguardia dell'identità confessionale delle istituzioni confessionali, e prevenendo al tempo stesso che i costi dell'*anti-establishment liberty* ricadano con modalità regressive sui gruppi minoritari.