



Adelaide Madera

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

La Corte Roberts e la questione della "preghiera municipale" *

SOMMARIO: 1. Il paradigma dello Stato secolare e la *legislative prayer* – 2. Il precedente *Marsh v. Chambers* – 3. La frammentazione degli orientamenti delle Corti d'Appello – 4. La decisione *Town of Greece v. Galloway* – 5. Il *coercion test* e le sue diverse interpretazioni a opera dei giudici della Corte Suprema – 6. La "soft" *dissenting opinion* del giudice Elena Kagan – 7. Il parametro della "discriminazione intenzionale" introdotto dal giudice Alito – 8. Le *opinions* dei giudici Kennedy e Kagan: due approcci alla *religious accommodation* a confronto – 9. La *civil religion* nell'accezione statunitense – 10. La *legislative prayer* al crocevia fra *Free Speech Clause* ed *Establishment Clause* – 11. La *legislative prayer* come forma di *private speech*? – 12. La continuità con la giurisprudenza in materia di *religious displays* – 13. La paventata contrazione del campo di operatività dell'*Establishment Clause* – 14. Annotazioni (provvisoriamente) riepilogative.

1 - Il paradigma dello Stato secolare e la *legislative prayer*

Nella sua storica *dissenting opinion* nel caso *Marsh v. Chambers*, risalente al 1983, il giudice Brennan osservava acutamente che "*prayer is a serious business - serious theological business – and it is not a mere acknowledgement of beliefs widely held among the people of this country*"¹; e infatti ancora oggi in molti concordano che "*few topics divide the American public more than the government use of religious expressions and symbols*"².

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr la *dissenting opinion* del giudice Brennan nel caso *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983). La decisione concerne la pratica dell'organo legislativo del Nebraska di prevedere la figura di un cappellano regolarmente retribuito con gli introiti derivanti dal gettito fiscale, per tutti i mesi in cui si svolgevano le sessioni legislative e aprire le medesime sessioni con una preghiera. Tale pratica, osservata pure da altri organi legislativi statali e da entrambe le Camere del Congresso, in seguito all'azione giudiziaria di Ernest Chambers, era stata reputata in contraddizione con l'*Establishment Clause* dalla corte distrettuale; l'Ottavo Circuito della Corte d'Appello aveva confermato tale decisione, che venne successivamente ribaltata dalla Corte Suprema.

² Cfr. Z.D. SMITH, *Commandments, Crosses & Prayers: the Roberts Court Approach to Public Religion*, in *Brigham Young University Law Review*, 2015, p. 845; C.C. LUND, *Legislative Prayer*



Il controverso rapporto fra forme di pubblica visibilità della religione (fra cui si collocano istanze espressive di una “*public or civil religion*”) e il paradigma dello Stato secolare è stato più volte sottoposto all’esame della stessa Corte Suprema, chiamata a rintracciare un bilanciamento fra la “promessa di neutralità” costituzionalmente formulata (*Establishment Clause*)³ e l’irrisolta relazione fra fattore religioso e identità nazionale. Una Corte Suprema sempre meno propensa ad adottare un modello di relazioni fra Stato e Confessioni improntato a una rigorosa esclusione della religione dalla *public square* (che implicherebbe una sterilizzazione dello spazio pubblico e una compiuta “privatizzazione dell’esperienza religiosa”⁴) in una decisione del 2014, *Town of Greece v. Galloway*⁵, ha adottato anche nella materia in esame un approccio che consente un formale riconoscimento del ruolo esercitato dalla religione nello spazio pubblico. Essa ha di fatto sdoganato l’utilizzo governativo di forme selezionate di espressioni religiosamente caratterizzate (in particolare il ricorso alla “*legislative prayer*”) purché il fine dell’agire pubblico non si identifichi con quello della promozione di una religione e non vi sia l’intento di veicolare in modo preferenziale specifici messaggi confessionalmente caratterizzati, precludendo al tempo stesso l’accesso al medesimo spazio pubblico di altri valori (pure di contenuto religioso) “in competizione”.

L’equilibrio raggiunto - testimonianza dell’intrinseca difficoltà che diverse appartenenze identitarie ottengano pari accoglienza nell’ambito

and the Secret Costs of Religious Endorsements, in *Minn. L. Rev.*, vol. 94, 2010, p. 972 ss.; **R. LUTHER III**, “*Unity through Division*”: *Religious Liberty and the Virtue of Pluralism in the context of Legislative Prayer Controversies*, in *Creighton L. Rev.*, vol. 43, 2009, p. 1 ss.; **C.C. LUND**, *The Congressional Chaplaincies*, in *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, p. 2009, p. 1171 ss.; **R.J. DELAHUNTY**, “*Varied Carols*”: *Legislative Prayer in a Pluralist Polity*, in *Creighton L. Rev.*, vol. 40, 2006, p. 517 ss.; **K.A. KLUKOWSKI**, *In Whose Name We Pray: Fixing the Establishment Clause Train Wreck Involving Legislative Prayer*, in *Georgetown J. L. & Pub. Pol’y*, vol. 6, 2008, p. 219 ss.; **R. LUTHER III, D.B. CADDELL**, *Breaking Away from the “Prayer Police”*: *Why the First Amendment Permits Sectarian Legislative Prayer and Demands a “Practice Focused Analysis*, in *Santa Clara L. Rev.*, vol. 48, 2008, p. 569 ss.; **A. ABRELL**, *Note, Just a Little Talk With Jesus: Reaching the Limits of the Legislative Prayer Exception*, in *Val. U. L. Rev.*, vol. 42, 2007, p. 145 ss.; **J. G. MALLORY**, *Comment, “An Officer of the House Which Chooses Him, and Nothing More”*: *How Should Marsh v. Chambers Apply to Rotating Chaplains?*, in *U. Chi. L. Rev.*, vol. 73, 2006, p. 1421 ss.

³ Cfr. **B. LEDEWITZ**, *Could Government Speech Endorsing a Higher Law Resolve The Establishment Clause Crisis* (in http://www.works.bepress.com/bruce_ledewitz/1).

⁴ Cfr. **N. FIORITA, D. LOPRIENO**, *Introduzione*, in *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, a cura di N. Fiorita, D. Loprieno, Firenze University Press, Firenze, 2009, p. 1 ss.

⁵ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).



della *public square* - non risulta tuttavia pienamente soddisfacente: diversi nodi irrisolti sono stati oggetto di più recenti arresti giurisprudenziali da parte delle corti inferiori, a dimostrazione di come il dibattito sulla questione in esame sia tuttora vivo.

2 - Il precedente *Marsh v. Chambers*

La Corte Suprema ha assunto nel tempo una serie di approcci diversificati nei riguardi dell'*Establishment Clause*, riservandosi sempre uno spazio di manovra che le ha permesso di coniare plurali parametri alla luce dei quali esaminare le questioni riguardanti il principio di separazione che regola i rapporti fra Stato e Confessioni⁶.

Il caso della *legislative prayer* (ossia la recita di una preghiera prima dell'apertura di sessioni di organi legislativi) ha assunto una peculiare rilevanza, in quanto tradizionalmente qualificato come una "eccezione" rispetto alla giurisprudenza in materia di *Establishment Clause*⁷; la sua compatibilità rispetto al testo costituzionale è stata dalla Corte Suprema asseverata facendo leva sul radicamento di carattere storico di tale pratica⁸. Discostandosi dall'indirizzo giurisprudenziale, emerso sotto la Corte Warren e progressivamente consolidatosi - volto a scrutinare tutte le potenziali violazioni dell'*Establishment Clause* alla luce di un *three-pronged test* (*Lemon Test*), assunto quale strumento di verifica della legittimità o no di forme di interazione fra Stato e Confessioni (e mirato a scandagliare il fine dell'azione governativa, il suo principale effetto e la sua capacità di determinare inammissibili forme di coinvolgimento degli attori pubblici in profili di pertinenza confessionale)⁹ - la Corte, nel caso *Marsh v. Chambers*,

⁶ Cfr. *Leading Cases, Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 128, 2014, p. 190 ss.

⁷ Cfr. la già richiamata *dissenting opinion* del giudice Brennan nel caso *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983), 796: "The Court makes no pretense of subjecting Nebraska's practice of legislative prayer to any of the formal "tests" that have traditionally structured our inquiry under the Establishment Clause. That it fails to do so is, in a sense, a good thing, for it simply confirms that the Court is carving out an exception to the Establishment Clause, rather than reshaping Establishment Clause doctrine to accommodate legislative prayer".

⁸ Cfr. *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983).

⁹ Cfr. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971). L'Ottavo Circuito aveva reputato che la *legislative prayer* si ponesse in contrasto con tutti e tre i parametri del *Lemon Test*. Cfr. *Chambers v. Marsh*, 675 F.2d 228, 234-35 (8th Cir. 1982): "Such a practice violates all three elements of the constitutional test applicable here. The purpose of the practice as a whole must be to advance and give preference to one religious view over others [...]. The primary effect of the practice as a whole is unmistakably to advance religion and to give preference to one religious view. The state has placed its official seal of approval on one religious view for sixteen years and has stood behind



sostenne la legittimità costituzionale dell'appropriazione e della diffusione da parte dello Stato di messaggi dal contenuto religiosamente orientato (ossia la *"legislative prayer"*), facendo precipuo riferimento alla circostanza che tale prassi risaliva (e veniva osservata) dagli stessi Padri Fondatori.

In particolare, la Corte enfatizzò la quasi coincidenza temporale fra l'adozione, da parte del Primo Congresso, della prassi di assumere cappellani per aprire le sessioni legislative con una preghiera e l'approvazione dello stesso *Bill of Rights* *"three days after the appointment of paid chaplains"*.

Secondo la Corte, *"historical patterns cannot justify contemporary violations of constitutional guarantees, but there is far more here than simply historical patterns"*. Infatti, nel caso di specie, *"historical evidence sheds light not only on what the draftsmen intended the Establishment Clause to mean, but also on how they thought that Clause applied to the practice authorized by the First Congress - their actions reveal their intent"*. La Corte, facendo leva sull'elemento *"storico"*, ha pertanto focalizzato l'attenzione sull'originario intento dei costituenti, che non era favorevole a instaurare pratiche volte a realizzare forme di proselitismo né a rimettere *"the government's official seal of approval on one religious view"*; piuttosto *"the Founding Fathers looked at invocations as conduct whose [...] effect [...] harmonize[d] with the tenets of some or all religions"*¹⁰. Si reputò altresì che la pratica in esame non avesse un effetto di indottrinamento religioso, e che invocare la guida divina su un organo pubblico incaricato di produrre le leggi non costituisse una forma di *"establishment of religion or a step toward establishment"*; tale prassi rappresenterebbe solo *"a tolerable acknowledgment of beliefs widely held among the people of this country"*¹¹.

Dopo aver sostenuto su queste basi la legittimità costituzionale della pratica della *"legislative prayer"*, la Corte ebbe ulteriormente modo di rilevare come la circostanza per cui lo stesso cappellano avesse mantenuto l'incarico per sedici anni non fosse ascrivibile all'*"impermissible motive"* di realizzare una forma di promozione di uno specifico credo, ma fosse esclusivamente da collegare alle sue *"performance and personal qualities"* ricordando come la prassi di stipendiare i cappellani con somme derivanti dagli introiti fiscali fosse stata seguita dallo stesso Congresso che ha

that seal with its funds - both to compensate the minister and to publish his prayer books [...]. The prayer practice also entangles the state with religion in precisely the manner warned of in Bogen. By using state monies to compensate the same minister for sixteen years and to publish his prayer books, the state engenders serious political division along religious lines".

¹⁰ Cfr. *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983).

¹¹ Cfr. *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983).



approvato l'*Establishment Clause* e da numerosi organi legislativi statali. Infine, ad avviso della Corte, non rientra nella sfera di competenza delle autorità giudiziarie indagare "*the content of a particular prayer*"; la loro valutazione deve arrestarsi alla verifica se tale momento di preghiera venga indebitamente sfruttato per promuovere o denigrare talune credenze religiose.

3 - La frammentazione degli orientamenti delle Corti d'Appello

L'approccio storico adoperato dalla Corte è stato sottoposto a critiche (e da taluni qualificato come mezzo utilizzato dalla stessa Corte per sottrarsi al confronto con l'*Establishment Clause*¹²), ricorrendo a una pluralità di ragioni¹³.

La pronuncia ha, però, lasciato numerose questioni irrisolte: la Corte si è astenuta dal far uso di consolidati "*Establishment Clause tests*", alla luce dei quali la prassi della *legislative prayer* difficilmente avrebbe potuto essere considerata coerente con il principio di separazione¹⁴; essa inoltre non ha completamente chiarito se la fattispecie in esame, e il suo ancoraggio all'argomento storico, sia da considerare un caso *sui generis*, o costituisca l'indizio dell'emergere di un approccio più ampio applicabile pure in ambiti diversi da quello specifico della preghiera legislativa. La Corte, infatti, considera la prassi della *legislative prayer* una forma di tollerabile riconoscimento delle credenze religiose più ampiamente diffuse fra la popolazione, ritagliando però un ampio spazio per valutazioni "*fact-*

¹² Cfr. M.W. MCCONNELL, *On Reading the Constitution*, in *Cornell L. Rev.*, vol. 73, 1988, pp. 362-363; secondo il giudice Brennan, nella sua *dissenting opinion* in *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983), 800: "*the history of legislative prayer has been far more eventful – and divisive than a hasty reading of the Court's opinion might indicate*".

¹³ A tale proposito, il giudice Scalia elabora la teoria di una sorta di istinto di *self-preservation* nel caso *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), 892-893: "*What, then, could be the genuine "good reason" for occasionally ignoring the neutrality principle? I suggest it is the instinct for self-preservation, and the recognition that the Court, which has no influence over either the sword or the purse, cannot go too far down the road of an enforced neutrality that contradicts both historical fact and current practice without losing all that sustains it: the willingness of the people to accept its interpretation of the Constitution as definitive, in preference to the contrary interpretation of the democratically elected branches*"; altra dottrina compara la controversia sulla preghiera alla questione concernente l'inserimento delle parole "*under God*" nel *Pledge of Allegiance*: cfr. C.C. LUND, *The Congressional Chaplaincies*, cit., p. 1209, nota 42, secondo cui "*while precedent clearly led to the conclusion that the government's action was unconstitutional, political realities cut strongly the other way*".

¹⁴ Cfr. *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983), 797-800, Brennan, *dissenting*.



sensitive”, che possono variare a seconda del contesto in cui la preghiera si svolge e dell’*audience* a cui è rivolta. Rimangono altresì margini di incertezza relativi su quali siano le circostanze in cui forme di *legislative prayer* possono tramutarsi in indebite forme di *advancement of religion*.

Le corti inferiori hanno a lungo dibattuto le implicazioni di *Marsh*, oscillando fra un “*policy in practice approach*” e un approccio più “*deferenziale*”¹⁵. Si sono chieste, in particolare, se la decisione assunta in *Marsh* potesse estendersi a organismi pubblici ulteriori rispetto al Congresso e agli organi legislativi statali (in particolare a organi di carattere locale)¹⁶; hanno valutato in quali circostanze è possibile ravvisare forme di inammissibile discriminazione religiosa¹⁷, e se rientri nel potere delle

¹⁵ Cfr. **K.L. CAUDLE**, *Unanswered Prayers: Lund v. Rowan County and the Permissiveness of Sectarian Prayer in Municipalities*, in *First. Amend. L. Rev.*, vol 12, 2013-2014, p. 625 ss.

¹⁶ Cfr. *Pelphrey v. Cobb County*, 547 F.3d 1263 (11 Cir. 2008) secondo cui resta incerto se l’approccio contenuto in *Marsh* si possa applicare pure agli organismi legislativi a carattere locale.

¹⁷ Cfr. *Simpson v. Chesterfield County Board of Supervisors*, 404 F. 3d 276 (4th Cir. 2005): in questo caso un membro della religione Wiccan che chiedeva di essere aggiunto alla lista dei potenziali *prayer-givers* nelle riunioni dell’organismo locale non vedendo la sua richiesta accolta dal *County Attorney* in quanto “*non-sectarian invocations were traditionally made to a divinity that was consistent with the Judeo-Christian tradition*”, ottenne dalla corte la pronunzia secondo cui la “*policy prayer*” “*aspired to non-sectarianism ... achieved diversity*” ed è “*wide enough to include Islam*”. Proibire tale prassi “*would push localities intent on avoiding litigation to select only one minister from only one faith ... [making] America and its public events more insular and sectarian rather than less so*”. La corte non affronta tuttavia la questione principale, ossia il carattere discriminatorio del non accoglimento della richiesta della parte istante, di fatto espressamente legato alle sue particolari credenze religiose. Cfr. pure *Snyder v. Murray City Corp.*, 159 F.3d 1227 (10th Cir. 1998). In questo caso il Decimo Circuito ha considerato legittima la decisione di un consiglio municipale (che aveva in precedenza inviato una lettera di invito a offrire la disponibilità a recitare la preghiera di apertura del consesso cittadino ai gruppi confessionali presenti in ambito locale) di rifiutare la richiesta di un cittadino di recitare una invocazione in cui richiedeva alle autorità cittadine di smettere di utilizzare la religione nelle questioni di carattere pubblico in quanto “*The Establishment Clause and Marsh simply do not require that a legislative body ensure a kind of equal public access to a legislative body’s program of invocational prayers*”. Se infatti dal processo di selezione dei *prayer givers* non si evince un intento di aggressivo proselitismo o di denigrazione di specifiche appartenenze confessionali, è legittima la scelta dell’organo municipale di escludere taluni aspiranti. Cfr. pure *Wynne v. Town of Great Falls, S.C.*, 376 F.3d 392 (4th Cir. 2004). In questo caso la preghiera era recitata dagli stessi membri del consiglio cittadino in base a un criterio rotatorio e presentava sempre un’ispirazione cristiana. Le rimostranze della parte attrice non avevano condotto ad alcun cambiamento di tale prassi e avevano altresì innestato un atteggiamento discriminatorio nei suoi confronti. In questo caso la corte ha considerato la prassi cittadina costituzionalmente illegittima in quanto aveva influito sulla partecipazione della parte attrice ai processi politici democratici della comunità.



autorità pubbliche valutare il (ed eventualmente interferire nel) contenuto delle preghiere¹⁸.

L'aspetto più controverso del caso in esame concerneva la possibilità che la *legislative prayer* rivestisse o no carattere "settario": tale profilo ha determinato diversi orientamenti fra i vari circuiti d'appello, alcuni propensi a ritenere, sulla base del caso *Marsh* e di una sua peculiare lettura offerta in altri precedenti giurisprudenziali della Corte Suprema¹⁹, che le autorità governative dovessero garantire il carattere non confessionale al fine di limitare il suo possibile impatto offensivo nei confronti di gruppi religiosi minoritari²⁰; altri indirizzati a reputare, secondo una diversa

¹⁸ Cfr. *Pelphrey v. Cobb County*, 547 F.3d 1263 (11 Cir. 2008), in cui la corte ha sostenuto che la "diversity of speakers [...] support[ed] the finding that the County did not exploit the prayers to advance any one religion"; la corte citando il caso *Marsh* ha reputato non fosse in suo potere valutare e analizzare il contenuto della preghiera se non sussiste prova che l'opportunità di tale momento religioso sia stata sfruttata impropriamente, ossia al fine di svolgere attività di proselitismo o di promuovere specificamente una fede. Cfr. però *Joyner v. Forsyth County*, 653 F.3d 341 (4th Cir. 2011), secondo cui, alla luce di una diversa interpretazione di *Marsh*, l'autorità giudiziaria potrebbe rivedere il contenuto di specifiche preghiere: «[T]he dissent gives the impression that virtually any review by the majority of the invocations under challenge would constitute impermissible "parsing." Quite simply, this stark approach leaves the court without the ability to decide the case, by barring any substantive consideration of the very practice under challenge. It is to say the least an odd view of the judicial function that denies courts the right to review the practice at issue. For to exercise no review at all—to shut our eyes to patterns of sectarian prayer in public forums—is to surrender the essence of the Establishment Clause and allow government to throw its weight behind a particular faith. *Marsh* did not countenance any such idea».

¹⁹ La Corte, nella nota 14 del caso *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983), 793, ha precisato che il cappellano "removed all references to Christ after a 1980 complaint from a Jewish legislator", ma non ha pienamente chiarito il peso che tale circostanza avesse avuto sulla sua decisione. Tale aspetto è stato successivamente enfatizzato in *County of Allegheny v. American Civil Liberties Union*, 492 U.S. 573 (1989): «*Marsh* itself ... recognized that not even the "unique history" of legislative prayer can justify contemporary legislative prayers that have the effect of affiliating the government with any one specific faith or belief. The legislative prayers involved in *Marsh* did not violate this principle because the particular chaplain had "removed all references to Christ"». Cfr. pure *Turner v. City Council of Fredericksburg*, 534 F. 3d 352 (4th Cir. 2008), caso in cui un membro di un consiglio municipale contestava proprio il carattere "non settario" della *policy prayer* cittadina, in quanto la sua appartenenza confessionale gli richiedeva di pregare in nome di Gesù Cristo: in questo caso la corte ha affermato che il carattere "non settario" della preghiera non è costituzionalmente richiesto e tuttavia la scelta politica adottata dall'ente locale rientrava "within the range of conduct permitted by *Marsh*".

²⁰ Cfr. *Joyner v. Forsyth County*, 653 F.3d 341 (4th Cir. 2011). In questo caso il *Foursyth County Board of Commissioners* iniziava le sue riunioni con una preghiera recitata da un membro volontario del clero; il consiglio rintracciava i sacerdoti tramite gli elenchi telefonici e cercava di evitare che la stessa persona recitasse la preghiera di apertura per



interpretazione degli stessi precedenti, che le autorità governative non fossero tenute a una puntuale analisi dei testi di ciascuna preghiera al fine di garantirne il carattere non settario²¹. Il requisito della non-settarietà, infatti, sebbene sembri offrire una soluzione di compromesso²² (che

due riunioni consecutive; le preghiere rimanevano fondate sull'insegnamento cristiano anche dopo l'azione giudiziaria intrapresa da Joyner. La corte in questo caso ha reputato che la *prayer policy* fosse costituzionalmente illegittima in quanto presentava carattere marcatamente confessionale ed esclusivo di altre fedi: "[a]lmost four-fifths of the prayers delivered after the adoption of the policy referenced Jesus Christ. None of the prayers mentioned any other deity ... Sectarian prayers must not serve as the gateway to citizen participation in the affairs of local government. To have them do so runs afoul of the promise of public neutrality among faiths that resides at the heart of the First Amendment's religion clauses" Cfr. *pure Jones v. Hamilton County Government*, 530 Fed. Appx. 478 (6th Cir. 2013): il Sesto Circuito ha reputato che la prassi della *legislative prayer* osservata dalla *Hamilton County Commission* fosse formalmente neutrale, in quanto permetteva differenti tipi di invocazione, la partecipazione era aperta a "any bonafide religious organization", ed era prevista una notifica a colui che avrebbe recitato la preghiera (che poteva essere scelto fra i cittadini privati, i membri del clero o gli stessi membri della commissione) sulla proibizione di utilizzare tale opportunità al fine di "convert others" o "disparage any faith". Nel caso *Doe v. Tangipahoa Parish Sch. Bd.*, 494 F.3d 494 (5th Cir. 2007), invece il Quinto Circuito ha rimandato il caso alla corte distrettuale con l'istruzione di rigettarlo per mancanza del diritto di agire in giudizio (*standing to sue*) della parte attrice. Nella stessa direzione si orientava il Settimo Circuito (cfr. *Hinrichs v. Bosma*, 440 F.3d 393 (7th Cir. 2006) 394-95) in quanto "[t]he plaintiffs have not tied their status as taxpayers to the House's allegedly unconstitutional practice of regularly offering a sectarian prayer".

²¹ Cfr. *Rubin v. City of Lancaster*, 710 F.3d 1087 (9th Cir. 2013); in questo caso i sacerdoti venivano contattati telefonicamente da un impiegato cittadino per chiedere la loro disponibilità. La corte ha sottolineato che il caso *Marsh* non prevede una preclusione per le preghiere di carattere confessionale e che nel caso di specie adeguate garanzie per la salvaguardia del principio di neutralità erano assicurate dalla circostanza che il Consiglio aveva reso chiaro il carattere non obbligatorio della partecipazione alle riunioni, dalla non previsione di una retribuzione per i membri del clero, dal carattere inclusivo delle modalità di reclutamento dei ministri di culto, dal fine "non-settario" della stessa prassi: la scelta di recitare preghiere di carattere confessionale è effettuata privatamente dai membri del clero e non è un effetto delle scelte politiche cittadine; anzi una partecipazione delle autorità cittadine nella scelta delle preghiere li renderebbe responsabili della creazione di una sorta di "civil religion". Per un esame ulteriore della giurisprudenza dei diversi circuiti d'appello, Cfr. **K.L. CAUDLE**, *Unanswered Prayers*, cit., p. 625 ss.; **J.A. HILL**, *Praying for an Answer: the Constitutional Inadequacies with Legislative Prayer in Bormuth v. County of Jackson*, in *Charlotte Law Review*, forthcoming 2017, p. 1 ss. Cfr. *pure Atheists of Fla. Inc. v. City of Lakeland*, 713 F.3d 577 (11th Cir. 2013), secondo cui la pratica di selezione dei *prayer givers* adottata dalla *City Commission* non viola il Primo Emendamento anche se la maggioranza degli stessi è di estrazione cristiana, e molti includono riferimenti alla fede cristiana nelle loro preghiere.

²² Cfr. **C.C. LUND**, *Legislative Prayers and the Secret Costs of Religious Endorsement*, cit., p. 993, osserva a tal proposito che tale *standard* è invocato sia dai conservatori sia dai liberali quando risulta strategicamente utile, ossia, rispettivamente quando il governo proibisce



salvaguarda la presenza della preghiera nello spazio pubblico) e riduca il rischio di ricadute in forme di preferenzialismo religioso, implica però un coinvolgimento dei pubblici poteri in materie di pertinenza confessionale (tanto più elevato quanto più risulta labile la linea di confine fra forme di preghiera confessionale e non confessionale): essi sarebbero, infatti, impegnati nell'esercizio di una forma di censura sul contenuto delle stesse preghiere. I *prayer givers* a loro volta sarebbero posti di fronte alla scelta fra l'essere limitati nell'esercizio della loro libertà espressiva o l'essere discriminati (in quanto esclusi) in ragione del contenuto o del fatto che essi diffonderebbero un messaggio religiosamente qualificato.

Un ulteriore snodo problematico riguarda le modalità di selezione della persona deputata a recitare la preghiera, che non dovrebbero essere condizionate dalla precipua affiliazione religiosa dei *prayer givers*; tali procedure di selezione influiscono sulla valutazione di detta pratica nel suo complesso da parte di un ipotetico "*ordinary reasonable observer*" (ossia da parte di un osservatore imparziale, ma sufficientemente qualificato), deputato a valutare se l'esercizio della libertà di espressione religiosa sia suscettibile di trascinare in un'illegittima forma di favoritismo confessionale, qualora si concretizzi la circostanza per cui le invocazioni recitate "*favored or disfavored certain religious beliefs*"²³.

nettamente forme di *government sponsored religion* e nei casi in cui le ammette.

²³ Cfr. *Galloway v. Town of Greece*, 681 F.3d 20 (2d Cir. 2012): nel 1999 la città introdusse la pratica di recitare le preghiere all'inizio delle riunioni mensili del consiglio municipale, invitando i membri del clero locale a offrire la loro disponibilità. La municipalità non offriva alcuna linea guida o restrizioni ai *prayer givers* sul contenuto delle preghiere e non era previsto alcun tipo di controllo preventivo: chiunque era legittimato a recitare la preghiera ma tale opportunità non veniva pubblicamente diffusa. Prima del 2007, gli impiegati comunali responsabili di individuare i potenziali *prayer-givers* selezionavano volontari contattando le congregazioni locali entro il perimetro cittadino, facendo riferimento al registro delle organizzazioni religiose presente presso la camera di commercio, e costituendo così una lista di persone che già in precedenza avevano recitato la preghiera, ed erano disponibili a farlo in futuro. La maggior parte dei gruppi inclusi nella lista avevano un luogo di culto nel territorio cittadino. Dal 1999 al 2007 tutte le preghiere hanno rivestito carattere cristiano, in quanto tale era la maggior parte delle congregazioni presente sul territorio cittadino. In seguito ai reclami delle parti attrici, Susan Galloway e Linda Stephens, dopo il 2007 sono stati invitati anche rappresentanti della fede ebraica, Baha'i e Wiccan. Le parti attrici tentarono, tuttavia, una azione giudiziaria sostenendo che la pratica della preghiera si poneva in violazione dell'*Establishment Clause* "*preferring Christian over other prayer givers and by sponsoring sectarian prayers*", e richiedendo che le preghiere avessero carattere "*inclusive and ecumenical*". La corte distrettuale ha sostenuto che non vi fossero sufficienti prove che la città "*intentionally excluded non-Christians from giving prayers at Town Board meetings*". La natura prevalentemente cristiana delle preghiere "*reflected the fact that there are comparatively*



In ogni caso, la stessa Corte Suprema non pare disposta a riconoscere la legittimità costituzionale della diffusione di messaggi religiosamente connotati in contesti ove più forte è reputato il rischio di collisioni con il parametro separatista, dando spazio a forme di indottrinamento religioso; in particolare, nell'ipotesi della preghiera recitata da un rabbino alla cerimonia di consegna del diploma di un istituto scolastico superiore, è stato considerato più alto il rischio di esercitare una forma di (sottile e indiretta) pressione sociale, suscettibile di sfociare in un'autentica forma di "coercizione" sui potenziali partecipanti: nel contesto scolastico, gli studenti sono, infatti, più esposti all'esigenza di conformarsi alle prassi osservate dalla maggioranza; al tempo stesso il personale docente e dirigenziale detiene un maggiore livello di controllo sui contenuti e sulle modalità di svolgimento di tale cerimonia²⁴.

few non-Christian organizations in the Town". Sulla base del precedente contenuto in *Marsh*, non sarebbe infatti richiesto che le preghiere rivestano carattere "non-settario"; esse non costituivano inoltre una forma di indebito tentativo di effettuare attività di proselitismo religioso. Il Secondo Circuito ha rovesciato la decisione: secondo l'*opinion* scritta dal giudice Guido Calabresi "legislative prayer does not necessarily run afoul of the Establishment Clause,"; tuttavia preghiere che "invok[e] particular sectarian beliefs may, on the basis of those references alone, violate the Establishment Clause". La corte ha utilizzato a tal proposito l'*endorsement test*, indagando "whether the town's practice, viewed in its totality by an ordinary, reasonable observer, conveyed the view that the town favored or disfavored certain religious beliefs", arrivando alla conclusione che la pratica della preghiera, sulla base delle circostanze di fatto del caso di specie, trasmetteva il messaggio di una indebita "official affiliation" con il Cristianesimo. Secondo la corte, la preghiera non risultava sostanzialmente neutrale; in particolare la mancata ricerca di *prayer-givers* al di fuori dei confini cittadini non teneva conto che i residenti nella città potevano appartenere a gruppi confessionali non rappresentati dai luoghi di culto presenti in ambito cittadino. Secondariamente, i *prayer-givers* avrebbero dovuto essere avvisati della sussistenza della proibizione di promuovere la propria fede a discapito delle altre; infine la città non aveva adeguatamente regolato il *format* delle preghiere: esse spesso sembravano dirette al pubblico (creando l'aspettativa che questo partecipasse attivamente), piuttosto che ai membri del consiglio.

²⁴ Cfr. *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992); *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962). Cfr. pure *Doe v. Indian River School Dist.*, 653 F.3d 256 (3d cir. 2011), che ha considerato illegittima la preghiera prima delle riunioni degli organismi scolastici, secondo la tradizionale spiegazione per cui la decisione *Marsh* non si applica nell'ambito del contesto scolastico.; *Coles by Coles v. Cleveland Bd. Of Educ.*, 631 F. Supp. 2d 823(E.D. La. 2009), secondo cui la preghiera prima delle riunioni degli organismi scolastici non è regolata dal precedente *Marsh* ma va disciplinata alla stregua dei casi di *school prayer*; *Stein v. Plainwell Cmty. Sch.*, 822 F.2d 1406 (6th Cir. 1987), secondo cui il carattere settario delle preghiere recitate durante la cerimonia della consegna del diploma in una scuola pubblica ne determina l'illegittimità costituzionale.



4 - La decisione *Town of Greece v. Galloway*

La pronuncia della Corte Suprema *Town of Greece v. Galloway* (che ribalta l'omologa decisione del Secondo Circuito) costituisce il capitolo conclusivo della vicenda riguardante il contrastato rapporto fra un modello di neutralità inclusiva (improntato all'apertura verso tutte le appartenenze fideistiche) e un rigoroso paradigma esclusivo del fenomeno religioso dallo spazio pubblico.

Nell'ambito di una giurisprudenza insolitamente parca di pronunzie in cui si riconosca una violazione del principio di separazione (se non addirittura restia a delineare il raggio di azione della stessa clausola costituzionale) la Corte Roberts conferma l'indirizzo (che si va consolidando in tutte le sue decisioni) di non fare uso di uno degli standardizzati "tests" (in particolare l'*endorsement test* coniato dal giudice O'Connor e richiamato dal giudice Calabresi)²⁵ al fine di verificare la compatibilità della *legislative prayer* con l'*Establishment Clause*: tale ricorso non risulta, a detta della *opinion* di maggioranza, "necessario". Allineandosi con il precedente *Marsh*, infatti, la Corte afferma che la *legislative prayer* non è in contraddizione con l'*Establishment Clause*, in quanto fondata su "*historical practices and understandings*"²⁶: si tratta di una eccezione alla clausola di separazione che trova riscontro in una pratica seguita dagli stessi Padri Fondatori che sottoscrissero il Primo Emendamento. Nella preghiera viene identificato altresì un fine secolare, ossia quello "*meant to lend gravity*

²⁵ Il giudice O'Connor, utilizzò tale criterio nel caso *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984), sostenendo che quando il governo favorisce una appartenenza confessionale "*sends a message to nonadherents that they are outsiders, not full members of the political community, and an accompanying message to adherents that they are insiders, favored members of the political community*". In particolare, alla luce di questo parametro è precluso agli attori pubblici trasmettere o tentare di trasmettere il messaggio che la religione in genere o un particolare credo goda di uno *status* preferenziale. Tale parametro si basa sull'effetto che la trasmissione di uno specifico messaggio può produrre su un ipotetico "*reasonable observer*", consapevole della storia e del contesto che circonda l'azione pubblica: se tale osservatore vede in tale azione una finalità o un effetto di promozione della religione essa costituirà una violazione dell'*Establishment Clause*.

²⁶ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), 1819: "*Marsh must not be understood as permitting a practice that would amount to a constitutional violation if not for its historical foundation. The case teaches instead that the Establishment Clause must be interpreted by reference to historical practices and understandings [...]. The Court's inquiry, then, must be to determine whether the prayer practice in the town of Greece fits within the tradition long followed in Congress and the state legislatures...[i]n light of the unambiguous and unbroken history of more than 200 years, there can be no doubt that the practice of opening legislative sessions with a prayer has become part of the fabric of our society*".



to the occasion and reflect values long part of the Nation's heritage"; in tal senso la preghiera "is solemn and respectful in tone [and] invites lawmakers to reflect upon shared ideals and common ends before they embark upon the fractious business of governing"²⁷.

L'approccio "storico", che in *Marsh* assumeva il carattere di "eccezione" (con una conseguente limitazione della sua portata) rispetto all'impianto teorico che regola gli *Establishment Clause cases*, acquisisce nel caso in esame un più ampio campo di operatività, che sembrerebbe estendersi a ricoprire tutte quelle fattispecie in cui sono in gioco forme di "civil religion"²⁸.

La "legislative prayer" viene infatti identificata, ancora una volta, come una forma di "tolerable acknowledgement of beliefs widely held", e va a costituire, insieme ad altre tradizioni della "civil religion", "part of our heritage and tradition, part of our expressive idiom"; la loro messa al bando fomenterebbe il rischio di "begin anew the very divisions along religious lines that the Establishment Clause seeks to prevent"²⁹.

Scrivendo l'*opinion* di maggioranza nella decisione *Town of Greece v. Galloway*³⁰ il giudice Kennedy offre una risposta al quesito che ha prodotto una spaccatura fra i diversi circuiti d'appello: la "legislative prayer" non deve necessariamente rivestire carattere non confessionale. Richiamando le numerose circostanze in cui preghiere, invocazioni, o altre forme di osservanza religiosa hanno rivestito carattere confessionale nella storia della Nazione egli osserva che "the decidedly Christian nature of these prayers must not be dismissed as the relic of a time when our Nation was less pluralistic

²⁷ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).

²⁸ «The prayer opportunity in this case must be evaluated against the backdrop of historical practice. As a practice that has long endured, legislative prayer has become part of our heritage and tradition, similar to the Pledge of Allegiance, inaugural prayer, or the recitation of "God save the United States and this honorable Court" at the opening of this Court's sessions». Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), 1825. Cfr. PAUL HORWITZ, *The Religious Geography of Town of Greece v. Galloway*, in *Supreme Court Review*, 2014, pp. 8-9.

²⁹ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).

³⁰ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014). Come si è anticipato, in questa fattispecie il consiglio municipale della città di Greece dava inizio alle riunioni con una preghiera recitata da un ministro di culto locale che era quasi sempre di estrazione cristiana in quanto "nearly all of the congregations in town were Christian". Dopo le rimostranze di due cittadini si era deciso di invitare anche ministri di altre religioni. I due cittadini ugualmente avevano intrapreso una azione giudiziaria, affermando che tale prassi fosse in violazione dell'*Establishment Clause* "by preferring Christians over other prayer givers and by sponsoring sectarian prayers" e richiedendo una ingiunzione che circoscrivesse le preghiere a "inclusive and ecumenical ones that referred only to a generic God and would not associate the government with any one faith or belief".



than it is today". Una soluzione costituzionalmente compatibile del caso *Marsh* non richiederebbe necessariamente la neutralità del contenuto della *legislative prayer* in quanto "*content of the prayer is not of concern to judges*", purché "*there is no indication that the prayer opportunity has been exploited to proselytize or advance any one, or to disparage any other, faith or belief*". Impegnare gli attori pubblici ad assicurare tale carattere neutrale "*would involve government in religious matters to a far greater degree*", in quanto "*would force the legislatures that sponsor prayers and the courts that are asked to decide cases to act as supervisors and censors of religious speech*", producendo di fatto una forma di *government entanglement* in questioni di stretta pertinenza confessionale. L'unico limite contenutistico viene pertanto individuato nel "*denigrating nonbelievers and religious minorities, threatening damnation or preaching conversion*", perché in tal caso verrebbe oltrepassato il sottile confine della coerenza con il testo costituzionale³¹.

Nel caso di specie, il carattere prevalentemente cristiano della prassi della *legislative prayer* sarebbe "non intenzionale" e inevitabile, quale conseguenza della specifica identità della cittadina in esame e non sarebbe frutto di un preciso intento discriminatorio; nonostante tutto la città "*maintained a policy of nondiscrimination*". Infatti il consiglio municipale ha operato, ad avviso della Corte, "*reasonable efforts*" nell'individuare le figure dei ministri di culto nell'ambito delle comunità religiose cittadine e "*welcomed any prayer that a minister or layman [...] wished to give*"; il rispetto del testo costituzionale, secondo la Corte, non implica un'estensione di siffatta ricerca al di fuori dei confini comunitari al fine di rintracciare ulteriori ministri di culto di estrazione non cristiana "*in an effort to achieve religious balancing*": tale ricerca, infatti, comporterebbe, ancora una volta, un eccessivo "*government entanglement with religion*" richiedendo "*wholly inappropriate judgments about the number of religions [it] should sponsor and the relative frequency with which it should sponsor each*"³².

5 - Il coercion test e le sue diverse interpretazioni a opera dei giudici della Corte Suprema

³¹ La Corte a tal proposito ammonisce che "*If the course and practice over time shows that the invocations denigrate nonbelievers or religious minorities, threaten damnation, or preach conversion, many present may consider the prayer to fall short of the desire to elevate the purpose of the occasion and to unite lawmakers in their common effort. That circumstance would present a different case than the one presently before the Court*". Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).

³² Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).



Fatte tali premesse, il fulcro della decisione va piuttosto rintracciato in un altro elemento, ossia nella verifica volta ad accertare se la pratica in questione fosse foriera di forme di coercizione. Sulla ricorrenza di tale elemento sembra che i diversi giudici abbraccino opinioni divergenti³³: a tal fine viene effettuata una puntuale analisi del contesto in cui tale preghiera trova collocazione e dell'uditorio a cui viene rivolta.

Il giudice Kennedy compie un'indagine relativa alla presenza dell'elemento della coercizione (che non trova il supporto degli altri giudici componenti la maggioranza), sia pure incastonandola in una valutazione di carattere storico. Nel caso di specie, immedesimandosi ancora una volta nel neutrale punto di vista di un potenziale "reasonable observer"³⁴, egli sottolinea che la preghiera è rivolta esclusivamente a beneficio di un organo municipale, al fine di soddisfare le esigenze spirituali dei suoi membri, sforzandosi di riflettere i valori cui essi aderiscono come privati cittadini: la stessa preghiera ricorda loro di "set[...] the mind to a higher purpose and thereby ease[...] the task of governing [...], reflect the values they hold as private citizens [...], [and] show who and what they are without denying the right to dissent by those who disagree". In tale direzione, la Corte sottolinea che la partecipazione della cittadinanza alle riunioni del consiglio è volontaria, che i cittadini partecipanti alle riunioni non vengono sollecitati in alcun modo a unirsi al momento della preghiera, e che nessun beneficio o onere discende da tale partecipazione (o non partecipazione); attraverso un sistema di rigorose scansioni temporali il momento della preghiera viene tenuto altresì rigidamente distinto dalla "parte politica" delle riunioni³⁵.

³³ Il giudice Kennedy usa tale parametro in diverse decisioni, come *County of Allegheny v. American Civil Liberties Union Greater Pittsburgh Chapter*, 482 U.S. 659-660. Cfr. **A. BROWNSTEIN**, *Town of Greece v. Galloway: Constitutional Challenges to State Sponsored Prayers at Local Government Meetings*, UC Davis Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 365, February 2014, p. 8, secondo cui l'utilizzo di tale test se portato all'estremo può condurre a promuovere specifiche credenze religiose, così come l'uso dell'*endorsement test* può implicare una neutralizzazione della sfera pubblica da ogni elemento religioso.

³⁴ "It is presumed that the reasonable observer is acquainted with [the] tradition [of legislative prayer] and understands that its purposes are to lend gravity to public proceedings and to acknowledge the place religion holds in the lives of many private citizens, not to afford government an opportunity to proselytize or force truant constituents into the pews". Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).

³⁵ Secondo l'opinione di Kennedy "Nothing in the record indicates that town leaders allocated benefits and burdens based on participation in the prayer, or that citizens were received differently depending on whether they joined the invocation or quietly declined"; infine "should nonbelievers choose to exit the room during a prayer they find distasteful, their absence will not stand out as disrespectful or even noteworthy. And should they remain, their quiet acquiescence will not, in light of our traditions, be interpreted as an agreement with the words or ideas expressed". Cfr. *Town of*



Richiamando il caso *Lee*, Kennedy afferma pertanto come la fattispecie in esame si distingue dalla preghiera nel contesto scolastico, per la più ampia libertà di sottrarsi al messaggio religiosamente qualificato e per la composizione dell'uditorio ("*mature adults*"), meno esposto a subire forme di pressione o di indottrinamento religioso.

Il contesto sarebbe indubbiamente diverso qualora "*town board members directed the public to participate in the prayers, singled out dissidents for opprobrium, or indicated that their decisions might be influenced by a person's acquiescence in the prayer opportunity*"³⁶. L'impatto sui membri dissenzienti dell'uditorio che potrebbero sentirsi "*excluded or disrespected*" viene minimizzato in quanto "*offense [...] does not equate to coercion*".

Ancora più radicale risulta la prospettiva adottata dai giudici Thomas e Scalia, nelle loro *concurring opinions*, per cui una forma di *religious coercion* diviene costituzionalmente rilevante solo quando una pratica religiosa risulti imposta "*by force of law and threat of penalty*"³⁷.

6 - La "*soft*" *dissenting opinion* del giudice Elena Kagan

Nella sua *dissenting opinion*, il giudice Elena Kagan sottolinea, invece, che la fattispecie in esame configura una violazione del principio di uguaglianza religiosa, in quanto i gruppi minoritari verrebbero relegati al rango di *outsiders* nel momento in cui chiedono di avvalersi del diritto di esercitare

Greece v. Galloway, 134 S. Ct. 1811 (2014). Il giudice Alito, nella sua *concurring opinion*, sembra a tal proposito distinguere il livello di coercizione che può esservi durante i procedimenti legislativi rispetto a quelli giudiziari, ignorando come nel contesto di una piccola città vengano dibattute questioni che possono aver rilievo anche per piccoli gruppi di residenti, per cui la posizione del cittadino di fronte all'organo elettivo è simile a quella del soggetto che compare di fronte a un organo giudicante. *Contra* A. BROWNSTEIN, *Town of Greece v. Galloway*, cit., p. 8, sottolinea come vi sia una forma di intrinseca coercizione sia nelle procedure di selezione dei *prayer givers*, sia nella pressione esercitata sui partecipanti a conformarsi ad alcuni gesti e posture (stare in piedi, inginocchiarsi) che non sono indicativi di un secolare atteggiamento di rispetto ma sono connessi a un determinato tipo di espressione religiosa e costituiscono parte dell'esercizio di una pratica religiosa. Sebbene Kennedy affermi che "*legislative prayers ... fall within our constitutional tradition*" l'organo municipale della città non reputa necessario informare i *prayer givers* invitati sui parametri di costituzionalità della preghiera, sul carattere multireligioso della cittadinanza, sulla circostanza che non ci si può aspettare necessariamente una partecipazione attiva del pubblico, e che la preghiera non può essere offerta a nome dell'uditorio presente.

³⁶ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), 1826.

³⁷ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), 1837, Thomas *concurring*.



forme di controllo e di stimolo dell'operato dell'organo comunale. Il giudice Kagan (diversamente da quanto più radicalmente affermato dal giudice Brennan nella sua *dissenting opinion* nel caso *Marsh*) non contesta la prassi della preghiera legislativa, per come prevista in *Marsh*: viene considerato assodato che essa sia radicata nella tradizione nazionale e che la sua eliminazione esporrebbe la Corte a essere accusata di ostilità alla religione³⁸. Il punto di vista del giudice Kagan, com'è stato osservato, "*did not stake out a deep political philosophy of the relationship of religion and government to be superimposed on the Establishment Clause*"³⁹. Il suo unico intento è quello di arginare forme di preghiera settaria⁴⁰ con un approccio maggiormente soft rispetto a quello di chi reclama una *religion free zone* in considerazione del fatto che ogni forma di preghiera legislativa – confessionale o no - violerebbe l'*Establishment Clause* e non potrebbe essere "*saved either by its history or by any of the other considerations suggested in the Court's opinion*"⁴¹.

Ciononostante, ad avviso del giudice Kagan, "*the prayers in Greece, addressed directly to the Town citizenry were more sectarian, and less inclusive, than anything this Court sustained in Marsh*". A tale proposito, nel verificare se la fattispecie in esame concretizzi una forma di coercizione religiosa, il giudice Kagan si appella ai medesimi parametri esaminati nell'*opinion* di maggioranza, ossia il *setting* e l'*audience*, ma ne evidenzia i precipui caratteri distintivi rispetto alla decisione *Marsh*, che differenziano la fattispecie in esame. Il fine delle preghiere durante le sessioni legislative del Nebraska era quello di offrire un beneficio spirituale agli stessi legislatori; infatti esse erano specificamente "*directed only at the legislative membership*" e prevedevano "*invoking spiritual inspiration entirely for the benefit of the*

³⁸ Cfr. Galloway, *Oral Argument*, nota 13, pp. 33-35.

³⁹ Cfr. M.O. DE GIROLAMI: *Constitutional Contraction: Religion and the Roberts Court*, in *Stan. L. and P. Review*, vol. 26, 2015, p. 385 ss.

⁴⁰ Cfr. P. DANE, *Prayer is a Serious Business: Reflections on Town of Greece*, in *Rutgers Journal of Law and Religion*, vol. 15, 2014, p. 611 ss., secondo cui la posizione del giudice Kagan finisce con l'avvicinarsi a quella dell'ex giudice della Corte Suprema O'Connor. Ella infatti teme che alcuni tipi di preghiera settaria abbiano un impatto divisivo ed esclusivo delle minoranze, sulla base dell'appartenenza confessionale, muovendosi ancora nell'ottica dell'*endorsement test*.

⁴¹ Il giudice Brennan nella sua *dissenting opinion* nel caso *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983), sosteneva che le preghiere, confessionali o no, riflettono assunti teologici, per cui se è pericoloso permettere a organismi legislativi di trasmettere messaggi che contengono una prospettiva teologica, può essere ancora più problematico che le autorità giudiziarie pretendano che la Costituzione incarni una specifica visione della preghiera. Secondo Brennan, la preghiera legislativa è costituzionalmente illegittima, ma da ciò non consegue tuttavia che sarebbe migliore l'alternativa di rendere "inoffensive" le preghiere, privandole del carattere "settario".



legislators, without directing any religious message at the citizens they lead". Nel caso di specie, le riunioni del municipio della città di Greece coinvolgono l'intera cittadinanza, spesso presente al fine di "*engage with and petition their government, often on highly individualized matters*"⁴². Le preghiere sembrerebbero pertanto indirizzate alla cittadinanza, più attivamente coinvolta e interessata alle decisioni di un organismo locale: i cittadini non sono meri spettatori o osservatori passivi (come avviene durante le deliberazioni del congresso o di organi legislativi statali⁴³), ma c'è una diretta interazione fra cittadini e membri del consiglio che rende maggiore il pericolo di una violazione dei diritti derivanti dal primo emendamento suscitando l'impressione di un preferenzialismo governativo in materia religiosa⁴⁴. Pertanto, particolare cura avrebbe dovuto essere prestata al fine di "*to ensure that the prayers offered are inclusive - that they respect each and every member of the community as an equal citizen*", nel rispetto dell'impegno di neutralità contenuto nel Primo Emendamento, in base al quale "*every citizen, irrespective of her religion, owns an equal share in her government*"⁴⁵.

Ad avviso del giudice Kagan, inoltre, nella decisione *Marsh* le preghiere, pur essendo legate alla tradizione ebraico-cristiana, avevano carattere "non settario" e non avevano intenti né di promozione della religione né di proselitismo. Diverso è il caso *Galloway*, in cui la preghiera è di carattere prevalentemente cristiano, senza che sia stato operato alcun tentativo di apertura o di inclusione verso identità diverse.

Secondo Kagan, infatti, sebbene la maggioranza della Corte affermi di impegnarsi in una "*fact sensitive inquiry*", poi si discosta sensibilmente proprio da questo tipo di analisi, e non riesce ad accertare il carattere solo formalmente non discriminatorio delle politiche adottate dal consiglio municipale. Questo insieme di circostanze "*remove this case from the protective ambit of Marsh and the history on which it relied*": ad avviso di Kagan, consentire il perpetuarsi della prassi di preghiere a contenuto precipuamente confessionale finirebbe con il "*carry the ever-present potential*

⁴² Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).

⁴³ Da ciò deriva, secondo A. BROWNSTEIN, *Town of Greece v. Galloway*, cit., p. 8 ss., un più elevato livello di coercizione sia pure di carattere indiretto

⁴⁴ Cfr. Kagan, *transcript of oral argument*, p. 24 "[W]hat troubles me about this case is that here a citizen is going to a local community board, supposed to be the closest, the most responsive institution of government that exists, and is immediately being asked, being forced to identify whether she believes in the things that most of the people in the room believe in, whether she belongs to the same religious idiom as most of the people in the room do. And it strikes me that that might be inconsistent with this understanding that when we relate to our government, we all do so as Americans, and not as Jews and not as Christians and not as nonbelievers".

⁴⁵ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).



to both exclude and divide”, e forgerebbe “a dissenting citizen’s relationship with her government, making her religious difference salient when she seeks only to engage her elected representatives”⁴⁶. La soluzione, secondo Kagan, non si identifica tuttavia nell’esclusione della religione dallo spazio pubblico, ma in una sorta di “aggiustamento” della procedura seguita dalla città: esso andrebbe rintracciato, alternativamente, o in un tipo di preghiera non settaria, e pertanto aperta ai diversi gruppi religiosi, o in un coinvolgimento maggiormente inclusivo di tutti i gruppi confessionali presenti sul territorio cittadino, che mitigherebbe il carattere coercitivo della pratica della *legislative prayer*.

7 - Il parametro della “discriminazione intenzionale” introdotto dal giudice Alito

L’*opinion* del giudice Alito si configura in sostanza come una risposta al parere dissenziente del giudice Kagan, che critica i criteri poco inclusivi di selezione dei *prayer givers* da parte della cittadina: secondo Alito, il recepimento della *opinion* della stessa Kagan renderebbe la prassi della preghiera “*legal in theory but impossible in practice*”; va escluso, invece, che alla base delle scelte di piccole unità di governo locale vi sia un *intento discriminatorio*⁴⁷.

Va segnalato come nell’*opinion* di Alito faccia la sua comparsa, quale elemento scriminante, il carattere “intenzionale” o no della discriminazione che diventa un parametro per valutare se una pratica possa reputarsi costituzionalmente illegittima⁴⁸. Com’è noto, in passato la Corte ha affermato che sussistesse una violazione dell’*Establishment Clause* quando un’azione governativa avesse il fine o l’effetto di promuovere indebitamente il fenomeno religioso. Era sufficiente, pertanto, la presenza del *disparate impact* perché una pratica religiosa fosse in contraddizione con il principio di separazione⁴⁹: l’adozione del più rigoroso parametro proposto da Alito (inclusivo dell’intenzione di produrre un effetto

⁴⁶ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).

⁴⁷ Cfr. A. BROWNSTEIN, *Constitutional Myopia: The Supreme Court’s Blindness to Religious Liberty and Religious Equality Values in Town of Greece v. Galloway*, in *UC Davis Legal Studies Research Paper Series, Research Paper n. 395*, September 2014, p. 12.

⁴⁸ Secondo Alito il mancato invito a recitare la preghiera nei confronti di sacerdoti non cristiani “*was at worst careless and...was not done with discriminatory intent*”.

⁴⁹ Cfr. *Estate of Thonton, Inc., v. Caldor*, 472 U.S. 703 (1985); *County of Allegheny v. American Civil Liberties Union*, 492 U.S. 573 (1989).



discriminatorio, e quindi di una sorta di “dolo specifico”) risulterebbe potenzialmente restrittiva della possibilità di agire in giudizio di coloro che si sentono discriminati da un messaggio religiosamente qualificato, diluendo ulteriormente la portata dell’*endorsement test*. Facendo uso di tale criterio una condotta promozionale della religione costituzionalmente indebita degrada a condotta meramente “offensiva”, soggetta al solo limite della ricaduta in forme di coercizione religiosa e andrebbe “tollerata” dalle minoranze dissenzienti in quanto ricadente nell’ambito di quel “*disagreeable speech*” protetto dalla *Free Speech Clause*⁵⁰.

Secondo parte della dottrina, tuttavia, tale condotta non è meramente offensiva della sensibilità delle minoranze, ma sembra tradire la “promessa” implicita nel Primo Emendamento per cui “*every citizen irrespective of her religion, owns an equal share in her government*”⁵¹.

Sembrerebbe, altresì, essere introdotto un parametro più severo in materia di *Establishment Clause* rispetto a quello previsto per i casi concernenti la libertà di esercizio della religione, tenendo conto del più elevato livello di protezione della stessa recentemente riconosciuto alla luce del *Religious Freedom Restoration Act*⁵²: mentre uno specifico intento discriminatorio, nell’ambito di una misura adottata dai pubblici poteri, non è necessario per invocare la protezione della stessa libertà, e un’estesa tutela è stata riservata recentemente dalla giurisprudenza della stessa Corte a coloro che richiedono esenzioni religiosamente motivate, una violazione dell’*Establishment Clause* si configurerebbe solo quanto vi sia uno specifico “*state intent to target religious minorities*” (con un arretramento della tutela delle appartenenze minoritarie a quel parametro di neutralità formalmente inteso formulato nel caso *Smith*, e successivamente disatteso dalla giurisprudenza, che ha veicolato la protezione della libertà religiosa verso strumenti altri rispetto a quelli offerti dal testo costituzionale)⁵³.

A tal proposito, la dottrina si interroga se l’uso del parametro del “*discriminatory intent*” rimarrà confinato ai casi di preghiera legislativa o sia

⁵⁰ Cfr. C.M. CORBIN, *Intentional Discrimination in Establishment Clause Jurisprudence*, in *Alabama Law Review*, 2015, p. 18.

⁵¹ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), 1842, *Sotomayor dissenting*.

⁵² Cfr. C.M. CORBIN, *Intentional discrimination*, cit., p. 1 ss.

⁵³ Cfr. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014), ove la Corte, alla luce del *Religious Freedom Restoration Act*, ha indagato se la legge contestata determinasse un onere sostanziale per l’esercizio della libertà religiosa delle parti attrici, ma non ha richiesto che questa contenesse uno specifico intento discriminatorio verso le stesse.



suscettibile di ampliarsi anche con riguardo ad altre questioni in materia di *Establishment Clause*⁵⁴.

8 - Le *opinions* dei giudici Kennedy e Kagan: due approcci alla *religious accommodation* a confronto

Le opinioni del giudice Kennedy e del giudice Kagan presentano una sorta di narrativa comune rivelando che “*government sponsored prayers are inherently problematic*”⁵⁵: entrambi sollecitano una “*fact sensitive inquiry*” e riconoscono, nel caso della *legislative prayer*, il ruolo primario svolto dalla storia e dalla tradizione (sebbene non risulti chiarito il suo rapporto con i più consuetamente frequentemente utilizzati *Establishment Clause tests*); essi hanno, tuttavia, una diversa visione del pluralismo religioso nello spazio pubblico e dei limiti costituzionalmente imposti al governo nel garantire forme di *religious accommodation* (secondo qualcuno, con potenziali ricadute anche oltre i confini tracciati dell’*Establishment Clause*)⁵⁶.

Kennedy, con un approccio indirizzato verso una “*thick form of religious diversity*”⁵⁷, reputa che il pluralismo sia meglio preservato se ogni confessione religiosa gode di libertà espressiva, purché tale garanzia sia offerta a ogni fede quando “giunga il suo turno”. Egli riconosce il carattere pubblico e sociale del fenomeno religioso; in tal senso la *legislative prayer* (non solo “tollerata” ma anche “promossa”) svolgerebbe un ruolo sociale propulsivo e unificante in quanto “*lends gravity to public business, reminds lawmakers to transcend petty differences in pursuit of a higher degree, and*

⁵⁴ Cfr. C.M. CORBIN, *Intentional Discrimination*, cit., p. 1 ss., ricostruisce la giurisprudenza in cui tale elemento è stato finora utilizzato dalla Corte, ossia principalmente casi coinvolgenti la *Equal Protection Clause* e la *Free Exercise Clause*. Nei casi che coinvolgono quest’ultima clausola, il caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), ha imposto un rigido criterio per cui non sono ammissibili eccezioni religiosamente motivate nei confronti di leggi di generale applicazione; tuttavia ha inserito la possibilità di praticare tali eccezioni rispetto a leggi neutrali di generale applicabilità quando si tratti di eccezioni espressamente previste normativamente o siano in gioco “*hybrid rights*” o specificamente si vadano a discriminare particolari orientamenti confessionali. Nel caso *Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993), infatti, viene in rilievo l’intento discriminatorio di una legge nel momento in cui una misura sia mirata a imporre un onere solo verso uno specifico gruppo confessionale.

⁵⁵ Cfr. A. BROWNSTEIN, *Constitutional Myopia*, cit., p. 1 ss.

⁵⁶ Cfr. P. HORWITZ, *The Religious Geography*, cit., p. 17 ss.; *The leading cases*, cit., pp. 196-200.

⁵⁷ Cfr. C. FLANDERS, *Religious diversity, thick and thin* (in www.scotusblog.com).



expresses a common aspiration to a just and peaceful society"⁵⁸. Secondo questa visione, il processo di selezione dei *prayers givers* dovrebbe assicurare "ragionevoli" opportunità di accesso a tutti i gruppi confessionali presenti sul territorio, e un intervento pubblico repressivo sarebbe giustificato solo qualora questo momento di preghiera venisse indebitamente sfruttato quale opportunità per denigrare le minoranze religiose o fare opera di proselitismo. In tal modo nessuno sarebbe tenuto a "*check his religion at the door*", ossia a smorzare o diluire la propria appartenenza confessionale nell'ambito dello spazio pubblico⁵⁹. Può risultare, tuttavia, talora difficoltoso concretizzare un accettabile bilanciamento fra tutti gli interessi in conflitto, ossia realizzare uno spazio pubblico ove tutte le diversità vengano effettivamente rappresentate. La *policy prayer* cittadina, secondo quest'orientamento, non è tenuta ad assicurare la massima misura di inclusività purché risulti non discriminatoria. La piena libertà di esprimere le proprie credenze nello spazio pubblico può condurre a ricadute, di fatto, in una più o meno esplicita "pubblica tutela"⁶⁰ dei soli valori in cui si riconoscono le appartenenze confessionali maggioritarie; i gruppi minoritari sarebbero quindi indotti a un atteggiamento di "tolleranza" e comprensione di quelle forme di espressione della fede maggioritaria che costituiscono parte del patrimonio culturale della collettività a cui appartengono⁶¹.

Il giudice Kagan, nel suo orientamento, enfatizza invece, alla luce dell'*Establishment Clause*, il compito dei pubblici poteri di proteggere le minoranze, in vista della prevenzione di forme di *religiously based divisiveness*, produttive del fenomeno della marginalizzazione dei gruppi più deboli e della stessa frammentazione sociale. Lungi dal richiedere l'eliminazione della religione dalla *public square*⁶², Kagan esprime una

⁵⁸ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).

⁵⁹ Cfr. C. FLANDERS, *Religious diversity*, cit.

⁶⁰ Cfr. S. DOMIANELLO, *Le garanzie della laicità civile e della libertà religiosa nella tensione fra globalismo e federalismo*, in *Federalismo fiscale, principio di sussidiarietà e neutralità dei servizi sociali erogati. Esperienze a confronto*, a cura di A. De Oto, F. Botti, Bologna, Bonomia University Press, 2007, pp. 351-385.

⁶¹ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), 1822, secondo cui le preghiere possono contenere un "*passing reference to religious doctrines*," in quanto "*tradition assumes that adult citizens, firm in their own beliefs, can tolerate and perhaps appreciate a ceremonial prayer delivered by a person of a different faith*".

⁶² Cfr. D. TEGA, *Imperfect Symmetry. The Court of Strasbourg and the US Supreme Court on Religious Symbols in Public Spaces*, EUI Working Paper RSCAS 2016/08, p. 11: "*Today, the rift between the two groups inside the Roberts Court is manifest. On the one hand, there is an attempt to reduce the meaning of the Establishment Clause, which employs a very strict notion of coercion*".



prospettiva in cui emerge un ideale democratico-partecipatorio⁶³, per cui il rapporto individuo-Stato andrebbe più strettamente connesso al fattore cittadinanza e non dovrebbe essere influenzato dall'appartenenza confessionale del singolo⁶⁴: in tal senso le regole che disciplinano la *legislative prayer* dovrebbero avere, come si è anticipato, l'intento di parificare il trattamento di tutti i gruppi confessionali o in basso (prevedendo una preghiera non confessionale) o in alto (elaborando un meccanismo di rotazione che assicuri un effettivo pluralismo fideistico di coloro che sono deputati a recitarla).

Pertanto nell'opinione del giudice Kennedy il governo sarebbe gravato solo da obblighi di carattere negativo, ossia offrire la garanzia minima di un formale equo accesso allo spazio pubblico a tutte le appartenenze fideistiche, evitando indebite forme di interferenza in (o addirittura di censura di) materie di pertinenza confessionale. Secondo il giudice Kagan, invece, il dettato costituzionale impone un obbligo positivo ai poteri pubblici affinché si adoperino ad adottare misure protettive nei riguardi dei gruppi minoritari⁶⁵.

Entrambi gli approcci presentano pertanto dei limiti: il primo sottovaluta l'impatto esclusivo a danno delle minoranze di un tipo di preghiera di carattere confessionale in nome del suo essere parte di un presunto "*common expressive idiom*"; si tratta di un modello sicuramente rispondente a una tradizione storica, ove le varie forme di appartenenza confessionale si riconoscevano in una sorta di minimo comune denominatore, ma che oggi rischia di avere un effetto alienante delle fedi minoritarie⁶⁶. Risultano altresì poco chiari quali siano i limiti di legittimità costituzionale della preghiera legislativa, ossia come sia evitabile che essa ricada in forme di denigrazione delle altre fedi o di proselitismo se non è consentita alcuna investigazione sul suo contenuto⁶⁷.

L'alternativa posta dal giudice Kagan (o soddisfare i bisogni religiosi di tutti o non esaltare alcuna fede) sottovaluta, da un lato, le difficoltà di rintracciare un modello da cui nessuna appartenenza si senta lesa;

or appeals to the religious and historical heritage, as seen above. On the other hand, not even the liberal wing is prepared to hold that the rationale of the Establishment Clause is pursuing the neutrality of the public space, as in France".

⁶³ Cfr. *The leading cases*, cit., 197, C. FLANDERS, *Religious diversity*, cit.

⁶⁴ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), *dissenting opinion* del giudice Kagan: "When the citizens of this country approach their government, they do so only as Americans, not as members of one faith or another".

⁶⁵ Cfr. *The leading cases*, cit., 199, C. FLANDERS, *Religious diversity*, cit.

⁶⁶ Cfr. C. FLANDERS, *Religious diversity*, cit.

⁶⁷ Cfr. P. HORWITZ, *Thoughts on Town of Greece – if the kilt fits* (in www.scotusblog.com).



dall'altro, il rischio di *excessive state entanglement* in materie di pertinenza confessionale⁶⁸, in quanto non considera le difficoltà pratiche (cui andrebbero incontro gli amministratori e, in seconda battuta, i giudici) derivanti dall'imporre ai *prayer givers* restrizioni con riguardo al contenuto della *legislative prayer*⁶⁹. Il secondo indirizzo, in particolare, accede a un approccio apparentemente inoffensivo, quasi una sorta di deismo cerimoniale, spoglio di ogni riferimento a specifiche appartenenze confessionali, trascurando però l'impatto in termini di *divisiveness upon religion*⁷⁰ ascrivibile alla stessa preghiera non-confessionale⁷¹; il rischio che una *civic prayer* o preghiera non confessionale eluda in effetti il canone della neutralità⁷² (e non si traduca in una forma ancora più pericolosa di *passive aggressive sectarianism*, ossia di un assimilazionismo delle fedi minoritarie solo apparentemente innocuo) finisce con il porsi in contraddizione con quanto dalla stessa Corte affermato nel caso *Lee*, secondo cui "*suggestion that government may establish an official or civic religion as a means of avoiding the establishment of a religion with more specific creeds strikes us as a contradiction that cannot be accepted*"⁷³.

9 - La *civil religion* nell'accezione statunitense

⁶⁸ C. FLANDERS, *Religious diversity*, cit.

⁶⁹ Cfr. P. HORWITZ, *The Religious Geography*, cit., p. 21

⁷⁰ Per una ricostruzione dell'utilizzo di questo parametro nella giurisprudenza della Corte Suprema, cfr. R.W. GARNETT, *Religion, Division and the First Amendment*, Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 05-23, pp. 1-68.

⁷¹ Cfr. E.J. SEGALL, *Mired in the Marsh: Legislative Prayers, Moments of Silence, and the Establishment Clause*, in U. Miami L. Rev., vol. 63, 2009, p. 73: "Some spiritual leaders, when given the choice between offering a nondenominational, nonsectarian prayer or no prayer at all, will certainly choose the latter. This choice therefore discriminates against those clergy who want to offer sectarian prayers and those legislators who want to hear them".

⁷² Cfr. P. DANE, *Prayer is a Serious Business*, cit., p. 633 secondo cui «The ideology of "non-sectarianism" is not neutral; it embodies specific religious commitments. Quite apart from that standard meta-argument though, putatively "non-sectarian" prayer practices and other religious expressions are often steeped in the spiritual grammar, standard practices, textual nuances, and rhetorical tropes of specific, unquestionably "sectarian," faith traditions». Cfr. pure C.H. ESBECK, *Town of Greece Symposium: can Government Actively Favor a Religious Practice?* (in www.scotusblog.com): "A policy of legislative prayer is doubtlessly taking a side, and no phony pluralism dressed up as "nonsectarian" prayer – a vague theism not actually practiced by anyone – can cover up that fact".

⁷³ Cfr. *Lee v. Weisman*, cit., 590. Cfr. C. FLANDERS, *Religious diversity*, cit.



I numerosi richiami, nella pronuncia in esame, a una sorta di “*nation’s heritage*” includono sicuramente il controverso concetto di *civil religion* che, come la dottrina ha ampiamente sottolineato, si è sviluppato, nell’accezione statunitense, in connessione con il concetto d’identità nazionale, ed è volto ad attribuire ai cittadini il senso dell’appartenenza a una comunità e la condivisione di un nucleo comune di valori fondamentali⁷⁴. Esso si estrinseca “*in a set of beliefs, symbols and rituals*”, andando a costituire “*an understanding of the American experience in the light of ultimate and universal reality [...] a vehicle of national religious understanding*”⁷⁵.

Storicamente, quale elemento di coesione socio-politica, la *civil religion* assume il ruolo che durante l’età coloniale è stato svolto dalle Chiese di Stato, implementando “*the need for some sense of transcendent unity*” e fornendo “*framework within which national identity is redefined thus allowing changes to take place without beaking too sharply from the past*”⁷⁶; per tali ragioni esso è stato spesso energicamente difeso avverso potenziali tentativi di destabilizzazione. La stessa Corte Suprema si è più volte avvalsa dell’argomento del “deismo cerimoniale” al fine di “scusare” l’utilizzo pubblico di simboli, pratiche e usi, apparentemente spogli del loro originario significato teologico, per rendere più solenni pubbliche ricorrenze.

A fronte di nuove e pressanti istanze di libertà religiosa risulta però sempre più aleatorio il raggiungimento di un *overlapping consensus* su valori comuni. La connotazione giudaico-cristiana delle varie forme di *civil religion* ha di recente determinato una serie di orientamenti critici, volti a sottolineare la sua scarsa aderenza ai principi del pluralismo e al divieto di commistione dello Stato in profili di pertinenza confessionale, la sua tendenza da un lato a favorire i simboli e la terminologia esclusivamente di alcune appartenenze religiose, dall’altro a un uso profano degli stessi, contribuendo ad affievolire il loro originario significato⁷⁷.

Il graduale stemperarsi della sua primigenia connotazione inclusiva ha indotto taluni orientamenti dottrinali a sollecitare una modifica del concetto di *civil religion*. Questi indirizzi si articolano in posizioni più moderate, propense alla rimozione di ogni riferimento a specifiche

⁷⁴ Cfr. P. PAROLARI, *Culture, diritto, diritti: diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 165 ss.

⁷⁵ Cfr. R.N. BELLAH, *Civil Religion in America*, in *Daedalus*, vol. 96, 1967, p. 1.

⁷⁶ Cfr. S. FERRARI, *Civil Religion: Models and Perspectives*, in *Geo. Wash. Int’l L. Rev.*, vol. 41, 2010, p. 749

⁷⁷ Cfr. F.M. GEDICKS, R. HENDRIX, *Uncivil Religion: Judeo-Christianity and the Ten Commandments*, in *West Virginia Law Review*, vol. 110, 2007, pp. 275-305.



appartenenze confessionali dalla *public square* e in approcci più radicali, che sono giunti a porre in dubbio l'esigenza della permanenza di una tale idea⁷⁸.

10 - La *legislative prayer* al crocevia fra *Free Speech Clause* ed *Establishment Clause*

Può essere utile valutare la decisione *Town of Greece v. Galloway* alla luce di quel filone giurisprudenziale (al crocevia fra *Free Speech Clause* ed *Establishment Clause*)⁷⁹ inaugurato dalla Corte Roberts⁸⁰ volto a includere

⁷⁸ Cfr. Y. MIRSKY, *Civil Religion and the Establishment Clause*, in *Jale L. J.*, vol. 95, 1986, p. 1237 ss.; F.M. GEDICKS, R. HENDRIX, *Uncivil Religion*, cit., p. 275 ss.

⁷⁹ Cfr. S.W. GAYLORD, *When the Exception Becomes the Rule: Marsh and Sectarian Legislative Prayer Post-Summum*, in *University of Cincinnati Law Review*, in corso di pubblicazione.

⁸⁰ Cfr. *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460 (2009); *Salazar v. Buono*, 559 U.S. 700 (2010). La Corte, nel caso *Summum*, aveva asseverato il rifiuto di una città di esporre nello spazio pubblico un monumento (i Sette Aforismi) donato da un gruppo religioso minoritario (Summum), pur avendone accettato altri provenienti da appartenenze confessionali di estrazione cristiana (nella specie una raffigurazione dei Dieci comandamenti donata dal *Fraternal Order of Eagles*). Invocando la *Free Speech Clause*, la Confessione *Summum* aveva fatto ricorso alla Corte dolendosi della condotta, a suo dire discriminatoria, posta in essere dalla città nel rifiutare una forma di esercizio della libertà di espressione religiosamente qualificata accogliendone altre ispirate alle convinzioni seguite dalla maggioranza. La città aveva infatti selezionato i monumenti da collocare nello spazio pubblico adoperando "factors such as esthetics, history and local culture", limitando l'esposizione a quelli che "either 1) directly relate to the history of the city or 2) were donated by groups with longstanding ties to the city's community". L'accesso ai luoghi pubblici reputati "traditional public forums", e quindi spazi aperti all'esercizio della libertà di espressione e discussione, invece, dovrebbe essere soggetto a un severo scrutinio, non potendo essere ammesso un accesso preferenziale esclusivamente a specifici contenuti a carattere religioso o ideologico.

La Corte individua lo snodo cruciale della questione nella verifica se il governo della città "was engaging in its own expressive conduct", o "providing a forum for private speech". Pur trattandosi di una situazione "ibrida" (utilizzo governativo di risorse private per trasmettere un messaggio di rilevanza pubblica) nel caso di specie, a parere della Corte, il governo cittadino sarebbe impegnato in una propria condotta espressiva e pertanto può "select the view that it want to express": il potere pubblico è libero di promuovere un proprio messaggio senza incorrere in una illegittima *viewpoint discrimination* pur quando non offra spazio a soggetti (individuali o collettivi) promotori di diverse tendenze ideologiche; infatti "the *Free Speech Clause* restricts government regulation of private speech; it does not regulate government speech" purché le limitazioni di accesso poste nei confronti di alcuni gruppi rispondano ai parametri della ragionevolezza. La città si sarebbe appropriata nel caso di specie di uno strumento di espressione privata per veicolare un proprio messaggio,



plurali forme di espressione religiosa nell'ambito delle *government activities* a condizione che il fine primario di queste ultime non sia quello dell'*endorsement of religion*, e non vi sia l'intento di consentire l'accesso allo spazio pubblico di alcuni messaggi confessionalmente caratterizzati a discapito di altri. Secondo quest'indirizzo, inoltre, i pubblici poteri non sembrano tenuti a compiere uno sforzo ulteriore, in vista di assicurare che effettivamente tutti i gruppi confessionali siano rappresentati. Si tratta di un nuovo approccio verso la *public religion* che valorizza l'influenza esercitata dal fattore religioso nelle scelte governative senza incorrere in violazioni dell'*Establishment Clause*, in vista del perseguimento del bene comune⁸¹.

La qualificazione di un messaggio religiosamente caratterizzato come forma di espressione pubblica (*government speech*) o privata (*private speech*) ha infatti una diversa ricaduta sul piano delle garanzie, ma anche dei limiti imposti dal sistema di tutele costituzionalmente offerte⁸². A tale

independentemente dall'intento originario dei donatori e quindi per asseverare una tradizione culturale comunitaria, sia pure di estrazione confessionale.

Nel caso particolare, la circostanza che la questione sia stata esaminata alla luce della *Free Speech Clause* e non dell'*Establishment Clause* ha consentito alla Corte di non procedere all'ulteriore verifica se la condotta espressiva pubblica potesse configurarsi come una forma di promozione religiosa.

Nel caso *Buono*, la Corte ha affrontato nuovamente il problema della esposizione di un monumento religioso in uno spazio pubblico. Nella fattispecie in questione, il ricorrente Buono aveva ottenuto dall'autorità giudiziaria una ingiunzione con la quale si proibiva al Governo l'esposizione di una Croce latina in uno spazio pubblico. Le corti inferiori avevano reputato che il monumento fosse in violazione dell'*Establishment Clause* in quanto esso "*conveyed an impression of governmental endorsement of religion*". Il Congresso aveva successivamente trasferito la porzione di terra su cui era eretta la croce all'organizzazione privata che aveva installato il monumento. Buono denunciò il trasferimento come un tentativo di eludere l'adempimento dell'ingiunzione di rimozione del simbolo e ottenne un'altra ingiunzione tesa a proibire il trasferimento. La Corte Suprema, pur riconoscendo a Buono il diritto di agire in giudizio (*standing to sue*), ha affermato che il fine di "*avoiding the perception of governmental endorsement*" non impediva l'atto di trasferimento governativo a un'organizzazione privata, con il passaggio dell'attribuzione della forma espressiva simbolica all'acquirente perché "*avoiding governmental endorsement does not require eradication of all religious symbols in the public realm*", e inoltre "*the Constitution does not oblige government to avoid any public acknowledgement of religion's role in society*". Ancora una volta viene diluita la finalità religiosa del simbolo enfatizzandone quella profana di "*honor and respect those whose heroic acts, noble contributions, and patient striving help secure an honored place in history for this Nation and its people*".

⁸¹ Cfr. **Z.D. SMITH**, *Commandments, Crosses & Prayers*, cit., p. 846.

⁸² Cfr. **C.M. CORBIN**, *Mixed Speech: When Speech is Both Private and Governmental*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 2008, vol. 83, p. 605 ss.; **C.M. CORBIN**, *Commentary: Exploiting Mixed Speech, in California Law Review Circuit*, vol 6, 2015, p. 37 ss.: "*if a private person is speaking ... then*



proposito viene individuata dalla giurisprudenza una differenziazione fra la condotta statale semplicemente intesa a promuovere la libertà di espressione privata in un contesto aperto, per favorire il libero scambio di una pluralità di idee e opinioni, e l'utilizzo deliberato da parte del soggetto pubblico di risorse e personale privato per canalizzare un messaggio di rilevanza pubblica. Il governo, infatti, 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 pubblico⁸³. Possono invece sussistere limitazioni quando sia lo stesso soggetto pubblico a volere trasmettere un proprio messaggio (*government speech*), in quanto "*government speech is subject to democratic accountability*". In tale caso esso è abilitato a escludere soggetti portatori di un differente messaggio valoriale, sempre che il messaggio trasmesso non sia promozionale del fenomeno religioso, in quanto l'ente pubblico, pur essendo immunizzato dalle restrizioni della *Free Speech Clause*, tuttavia "*must comport with the Establishment Clause*"⁸⁴.

Da parte della dottrina è stata evidenziata questa innegabile antitesi, anche se sussistono ipotesi *borderline*, in quanto la riconducibilità della trasmissione di un messaggio a un attore pubblico o privato risulta connessa a una pluralità di fattori: "*who is the literal speaker, who controls the message, who pays for the speech what is the goal of the program in which the speech occurs and ultimately, to whom would a reasonable person attribute the speech*"⁸⁵.

Alla luce dell'intrinseca difficoltà di rintracciare criteri che consentano di distinguere radicalmente forme di espressione pubblica o privata, è discusso se la *legislative prayer* sia riconducibile a una forma di *private speech*, di *government speech* o configuri una figura ibrida di *mixed speech*. Può essere, infatti, difficoltosa l'individuazione dei ruoli quanto al

the Free Speech Clause protections – such as the viewpoint discrimination – apply but Establishment Clause limits on religious speech do not. If the government is speaking ... the reverse is true: free speech restrictions on view point discrimination do not apply, but Establishment Clause restrictions on religious speech do"; **C.E. HAUPT**, *Mixed Public-Private Speech and the Establishment Clause*, in *Tul. L. Rev.*, 2011, vol. 85, p. 571 ss.

⁸³ "[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.

⁸⁴ Cfr. *Pleasant Grove v. City of Summum*, 555 U.S. 460 (2009).

⁸⁵ Cfr. **C.M. CORBIN**, *Commentary: Exploiting Mixed Speech*, cit., p. 38



momento dell'iniziativa, alle fonti di finanziamento, al controllo sul contenuto del messaggio, al soggetto a cui è imputabile il messaggio diffuso. È più probabile che la *legislative prayer* possa essere valutata come una ipotesi di *government speech* nel caso in cui il messaggio venga veicolato da una figura qualificabile come *government employee* (come è il caso dei *congressional chaplains*)⁸⁶.

11 - La *legislative prayer* come forma di *private speech*?

Tornando, ora, all'esame del caso *Galloway*, sebbene la *Free Speech Clause* non sia in esso espressamente richiamata, può rilevarsi come la Corte sembri muoversi sul filo di un sottile equilibrio fra *private speech* e *government speech*. A differenza del caso di diffusione del messaggio da parte dei *congressional chaplains*, le preghiere appaiono, agli occhi di un *reasonable observer*, attribuibili sia al governo (che le promuove)⁸⁷ sia a soggetti privati (che materialmente le recitano e ne determinano il contenuto): non provenendo direttamente dallo stesso soggetto pubblico, non si configurerebbe pertanto un'ipotesi di *government speech*. Sembrerebbe dunque ravvisarsi una ipotesi di *mixed speech*, ossia la manifestazione di un messaggio religiosamente qualificato per il tramite di una sorta di *partnership* fra soggetti pubblici e privati⁸⁸.

Nel caso di specie, tuttavia, nonostante l'irrisolvibile intreccio fra *government speech* e *private speech*, l'ente pubblico sembra tentare di

⁸⁶ Si veda anche il caso *Simpson v. Chesterfield County Board of Supervisors*, 404 F. 3d 276 (4th Cir. 2005), ove il Quarto Circuito ha considerato la *legislative prayer* quale forma di *government speech*, sottratta pertanto all'applicazione della *Free Speech Clause* e soggetta solo alle prescrizioni dell'*Establishment Clause*.

⁸⁷ Nel caso *Galloway*, a sua volta, una serie di fattori dimostrano il coinvolgimento del soggetto pubblico nella veicolazione del messaggio religiosamente qualificato: esso ha istituito una specifica prassi, sceglie e invita i membri del clero deputati a trasmettere il messaggio religioso nell'ambito di riunioni di carattere pubblico, anche se spetta a questi ultimi la scelta del contenuto della stessa: risulta incerto pertanto fino a che punto gli attori pubblici mantengano una sorta di controllo ultimo sul messaggio trasmesso.

⁸⁸ Il ricorso a forme di *mixed speech*, in apparenza risolutive dei conflitti fra le esigenze della una plurale e democratica partecipazione di una pluralità di attori sociali nell'ambito dello spazio pubblico e del mantenimento di poteri di controllo e intervento pubblico in realtà risulta equivoco, perché spesso conduce all'esclusione di coloro che non sono partecipi della tradizione storico culturale della maggioranza. Di fatto esso consente la trasmissione di messaggi religiosamente qualificati la cui selezione risulta sottratta al più rigoroso scrutinio tipico ora della *Free Speech Clause*, ora dell'*Establishment Clause*, favorendo poco trasparenti bilanciamenti fra tutti gli interessi coinvolti.



dissociarsi completamente dal contenuto religioso della forma di esercizio della libertà espressiva in esame, delegandone completamente la responsabilità a soggetti privati⁸⁹. La Corte sottilmente enfatizza la natura di *private speech* dell'esercizio della libertà espressiva in esame⁹⁰, e afferma che il libero esercizio della pubblica espressione privata non può essere "censurato" con riguardo ai suoi contenuti in conseguenza del carattere "*offensive or disagreeable*" che può rivestire nei confronti delle minoranze dissenzienti, libere di sottrarsi al prendere parte alla recezione di un messaggio che non condividono: in ragione delle modalità della sua trasmissione, infatti, esso non può essere considerato forzosamente imposto dal Governo⁹¹.

Sebbene il messaggio religioso sia veicolato da soggetti privati, il fine della *legislative prayer* non è tuttavia la costituzione di un *forum* volto a stimolare un dibattito aperto al pubblico⁹², bensì quello di rendere consapevoli i legislatori della gravità del loro compito, soddisfacendo al tempo stesso le loro esigenze spirituali e consentendo addirittura loro di "*show who and what [the legislators] are without denying the right to dissent by those who disagree*"⁹³. La realizzazione di un autentico *public forum* in cui i cittadini possono liberamente esprimere le loro opinioni religiose implicherebbe invece l'offerta di una effettiva possibilità di accomodamento dell'interesse di una pluralità di gruppi (confessionali e no) di poter essere partecipi di un libero mercato di circolazione delle idee:

⁸⁹ La volontà del governo di sottolineare la natura prevalentemente privata del messaggio religiosamente qualificato, per cui la regolazione da parte degli attori pubblici del suo contenuto religioso violerebbe il diritto alla libertà di espressione, evidenzia una soluzione differente da quella perseguita con il caso *Summum* ove lo Stato si appropria formalmente di un messaggio veicolato da soggetti privati rivendicandone la natura pubblica, sfuggendo così all'applicazione della *Free Speech Clause* e alla tutela antidiscriminatoria nella stessa contenuta, e rivendicando in tal modo la possibilità di escludere dallo spazio pubblico messaggi e contenuti valoriali di contenuto maggiormente inquietante.

⁹⁰ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), 1822. "*once it invites prayer into the public sphere, government must permit a prayer giver to address his or her own God or gods as conscience dictates*".

⁹¹ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), 1826 "*The analysis would be different if town board members directed the public to participate in prayers*"; le sollecitazioni alla partecipazione non provengono dai legislatori: "*these requests, however came not from the town leaders but from the guest ministers, who presumably are accustomed to directing their congregations in this way*".

⁹² La possibilità del governo di precludere l'accesso a peculiari messaggi dipende, infatti, dalla tipologia di *forum* realizzato (*designated open, designated limited, nonpublic*). Cfr. **S.W. GAYLORD**, *When the Exception*, cit., p. 46.

⁹³ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).



in tal caso verrebbe massimizzata sia la protezione dei *prayer givers* di potere esprimere liberamente le proprie opinioni sia quella dell'uditorio, in quanto si affievolirebbe il rischio che i plurali messaggi veicolati (di carattere sia religioso sia secolare) vengano imputati al soggetto pubblico e identificati come forme di *government speech*.

L'adozione di tali parametri comporterebbe però per gli attori pubblici il prezzo di "give up virtually all control over the resulting speech"⁹⁴, perdendo la possibilità di "filtrare" la veicolazione di messaggi e contenuti valoriali meno tranquillizzanti (e non in linea con la tradizione cittadina), aprendo autenticamente lo spazio pubblico a ogni tipologia di *legislative prayer* e astenendosi dal compiere "religious choices", sia che attengano al chi abbia la possibilità di veicolare un messaggio nello spazio pubblico sia al "cosa" è consentito esprimere: tale soluzione sembra in antitesi con le finalità "unificanti" della *legislative prayer*, che implica l'esercizio di poteri di controllo da parte del soggetto pubblico, e il riconoscimento allo stesso del potere di escludere modalità di esercizio della libertà espressiva che non sono consone a tali scopi.

Nel caso *Galloway*, pertanto, la Corte massimizza esclusivamente la protezione dei *prayer givers*, facendosi carico della "tragica scelta" di selezionare la libertà "di chi" vada prioritariamente tutelata⁹⁵. La scelta di liberare i *prayer givers* da tutte le restrizioni può tuttavia contenere il rischio, come si è più volte ribadito, di rivelarsi tragicamente esclusiva delle minoranze che non si riconoscono nel messaggio che viene trasmesso, qualora il soggetto pubblico non intraprenda misure adeguate ad assicurare la tutela di tutte le diversità presenti in uno specifico ambito territoriale⁹⁶,

⁹⁴ Cfr. C.C. LUND, *Legislative Prayer and the Secret Costs of Religious Endorsements*, cit., p. 1035, secondo cui la circostanza che il messaggio religioso sia veicolato per il tramite di un soggetto terzo determina una "mimetizzazione" del ruolo del Governo (che si sgraverebbe del costo "politico" nei confronti della comunità che potrebbe derivare dalla veicolazione di uno specifico messaggio) nella trasmissione dello stesso.

⁹⁵ Secondo l'impostazione prescelta, ai ministri di culto non verrà richiesto di "set aside their nuanced and deeply personal beliefs for vague and artificial ones". Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), 1822.

⁹⁶ A tal proposito, mentre la Corte d'Appello si era soffermata sulla circostanza che non tutti i gruppi confessionali sono adeguatamente rappresentati dai luoghi di culto presenti sul territorio cittadino, il giudice Kennedy reputa che siano sufficienti i "ragionevoli sforzi" compiuti dal consiglio al fine di identificare le confessioni presenti nell'ambito della municipalità, senza indagare sulla "ragionevolezza" del considerare i confini cittadini quale limite più appropriato per un adeguato accomodamento del pluralismo religioso (nella specie, ignorando la presenza di un certo numero di residenti appartenenti alla religione ebraica, le cui sinagoghe si trovano al di fuori dei confini cittadini). L'*opinion* del giudice Alito, a tal proposito, è l'unica sensibile a "the scale of government action and to the



assicurando un uno spazio mediante criteri di selezione degli *invocational speakers* il più possibile chiari e trasparenti⁹⁷. Si garantirà altrimenti ai gruppi minoritari solo un formale diritto di dissociarsi da un messaggio che non condividono e verrà di fatto limitato il diritto di ogni sistema fideistico di esprimersi nello spazio pubblico. Soltanto nella logica di un sistema che effettivamente garantisca la coesistenza di tutti, si “neutralizza” la componente confessionale delle preghiere: l’ampiezza di un modello rispettoso di tutte le prospettive religiose e ideologiche renderebbe infatti

fact that local governments and state and federal governments are differently situated with respect to their citizens”. Alito sottolinea, in particolare, come le risorse limitate di cui dispongono gli organismi locali si riflette sulle modalità di organizzazione della *legislative prayer*. Sebbene egli riconosca che l’ente locale abbia condotto il processo di selezione in modo impreciso e informale, egli scusa l’agire del soggetto pubblico in quanto “*a unit of local government should not be held to have violated the First Amendment simply because its procedure for lining up guest chaplains does not comply in all respects with what might be termed a ‘best practices’ standard*” (cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014)). Alito afferma altresì che pure l’imposizione del carattere non settario della preghiera implicherebbe per un ente locale un onere eccessivo, ossia quello di analizzare previamente il contenuto delle preghiere, affinché queste soddisfino l’impraticabile requisito dell’accettabilità da parte dei membri di tutte le confessioni religiose; al tal proposito alla cittadina non può essere richiesto uno sforzo superiore a quello della buona fede nella selezione dei *prayer givers*.

⁹⁷ Cfr. **T.B. COLBY**, *A Constitutional Hierarchy of Religions? Justice Scalia, the Ten Commandments, and the Future of the Establishment Clause*, in *Nw. U. L. Rev.*, vol 100, 2006, p. 1128. Cfr. **A. BROWNSTEIN**, *Constitutional Myopia*, cit., p. 1 ss., secondo cui risulta dubbio, nel caso di specie, che la cittadina abbia aperto autenticamente uno spazio per il libero esercizio della libertà di espressione privata (a causa del mancato rispetto dei parametri che tipizzano l’apertura di un *forum* per l’esercizio della libertà espressiva). Secondo l’Autore, una serie di fattori concernenti la “*prayer policy*”, che avrebbero dovuto indurre la Corte a un atteggiamento di maggiore cautela avverso il rischio di favorire l’etica maggioritaria, costituirebbero invece pericolosi indizi che il governo abbia operato in assenza di linee guida precise e trasparenti ampliando i margini di discrezionalità affidati agli amministratori locali e rendendo la pratica discriminatoria: l’invito a recitare la preghiera è stato rivolto solo alle congregazioni organizzate nell’ambito del confine del territorio cittadino; non è stata resa pubblica la circostanza che la città sarebbe stata disposta ad accettare come *prayer givers* residenti non affiliati con le congregazioni insistenti sul territorio cittadino; non sono state predisposte adeguate direttive per i *prayer givers*, invitandoli a utilizzare un linguaggio il più possibile inclusivo; le procedure di selezione dei *prayer givers* hanno rivestito carattere discrezionale, discostandosi da quel parametro di neutralità che solo può svolgere una funzione “compensatoria” delle disparità dovute alle diverse percentuali numeriche della presenza delle varie fedi in un determinato contesto territoriale. Sono state pertanto ignorate le esigenze di specifiche minoranze religiose, cui viene di fatto negata la medesima possibilità di esercitare la libertà espressiva ad altri gruppi riconosciuta, così come non è effettivamente assicurata la medesima possibilità per la diffusione di messaggi di carattere secolare.



irrilevante la specifica appartenenza confessionale del singolo ai fini di del suo “*standing in the political community*”⁹⁸.

12 - La continuità con la giurisprudenza in materia di *religious displays*

La Corte si pone, apparentemente, in linea di continuità con decisioni precedenti rivolte ad ampliare la legittimazione di forme di pubbliche presenze della religione mediante un ampio riconoscimento di forme di *religious display* in ambiti di pertinenza pubblica⁹⁹: nel caso *Summum* è stata legittimata la presenza di “selettive” tipologie di simbolismo religioso, in quanto il soggetto pubblico si è fatto carico della responsabilità del messaggio veicolato, scindendolo dalla sua componente confessionale; nel caso *Buono* è stata asseverata la strategia adoperata dal soggetto pubblico di rinnegare la paternità del simbolo, trasferendolo nella sfera del libero dispiegarsi dell'autonomia privata. Enfatizzando quindi di volta in volta la natura privata o pubblica di forme di *mixed speech*, la Corte Roberts ha aperto le porte a forme di *state-sponsored religious speech* nell'ambito della *public square*.

In questa logica, come è stata consentita nel caso *Summum* l'installazione sullo spazio pubblico di monumenti al fine di celebrare l'identità cittadina, purché la stessa fosse consentita anche ad altri monumenti che avessero una connessione con la religione sulla base di criteri definiti dall'ente municipale, così un organo legislativo può permettere a un ministro di culto di aprire una sessione legislativa purché il fine precipuo della preghiera sia quello di rendere consapevoli i legislatori della importanza del loro compito e siano rispettati alcuni parametri minimi di coerenza con il testo costituzionale.

Il caso di specie costituisce però un ulteriore sviluppo: la Corte (che non si sottrae questa volta a un esame della controversia alla luce dell'*Establishment Clause*), pur facendo ricorso ampiamente all'argomento “storico”, non rinnega il carattere religioso¹⁰⁰ della preghiera legislativa (sia pure non enfatizzandolo), individuando la linea di demarcazione della legittimità costituzionale della stessa nella mancanza dell'intento

⁹⁸ Cfr. S.W. GAYLORD, *When the Exception*, cit., p. 49.

⁹⁹ Cfr. *Pleasant Grove City v. Summum*, 129 S. Ct. 1125 (2009); *Salazar v. Buono*, 559 U.S. (2010).

¹⁰⁰ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).



denigratorio di altre fedi o del fine di proselitismo¹⁰¹. Se i casi *Summum e Buono*, infatti, pongono l'accento sul significato secolare dei simboli religiosi, nel caso in esame la Corte rintraccia, sia pure a fatica, un equilibrio fra lo scopo secolare-cerimoniale della preghiera e il suo significato religioso¹⁰².

Alla luce delle svariate finalità "legittime" attribuite dalla Corte alla preghiera legislativa¹⁰³, il mantenimento di questa preghiera sembra per la Corte quasi una scelta obbligata, in quanto operare diversamente "*would create new controversy and begin anew the very divisions along religious lines that the Establishment Clause seeks to prevent*", facendo virare la neutralità religiosa costituzionalmente formulata in una sorta di ostilità verso la religione, e oltrepassando i limiti del suo compito di "*developing and deploying, in a not particularly ambitious way, rules and doctrines that reflect and protect reasonably well - not perfectly - but reasonably well - the meaning of the relevant legal provision or prohibition*"¹⁰⁴.

¹⁰¹ Queste forme di preghiera "*acknowledg[e] the central place that religion, and religious institutions, hold in the lives of those present*" riconoscendo che "*many Americans deem that their own existence must be understood by precepts far beyond the authority of government to alter or define*". Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).

¹⁰² Mediante la *legislative prayer* il governo trasmette non solo il suo desiderio di "*solemniz[e] public occasions, express[] confidence in the future, and encourag[e] the recognition of what is worthy of appreciation in society*" (Cfr. *Lynch*, cit., p. 693, O'Connor, concurring), ma pure un messaggio di "*tolerable acknowledgment of beliefs widely held among the people of this country*". Cfr. *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983), 792.

¹⁰³ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014). Il giudice Kennedy ha proposto differenti opzioni con riguardo al significato secolare della preghiera in *Galloway*. Egli ha sostenuto che esse erano "*intended to place town board members in a solemn and deliberative frame of mind, invoke divine guidance in town affairs, and follow a tradition practiced by Congress and dozens of state legislatures*". Al tempo stesso egli rammenta che la *legislative prayer* "*lends gravity to public business, reminds lawmakers to transcend petty differences in pursuit of a higher purpose, and expresses a common aspiration to a just and peaceful society*" e che "*reflect[s] values long part of the Nation's heritage*".

Altrove egli però afferma che le preghiere "*accommodate the spiritual needs of lawmakers and connect them to a tradition dating to the time of the Framers*". La finalità viene pure identificata nel "*acknowledge the place religion holds in the lives of many private citizens*", e nel riconoscere "*the central place that religion, and religious institutions, hold in the lives of those present*". Secondo il giudice Kagan le preghiere sono invece "*directed squarely at the citizens*", e "*the chaplain leads, as the first part of a town meeting, a highly intimate (albeit relatively brief) prayer service, with the public serving as his congregation*".

¹⁰⁴ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), 1819. Cfr. **R.W. GARNETT**, *Religious Pluralism, Civic Unity, and the Judicial Role* (in www.scotusblog.com), il quale osserva: "*The Justices in the majority are not crafty theocrats or insensitive majoritarians bent on dismantling the wall that should separate church and state, but are simply, and appropriately, reluctant to strike for the list of allowable actions one whose roots go as deep as this one ... do*".



Lungi dal riflettere su possibili alternative secolari alla *legislative prayer* (pure auspicate dalla dottrina)¹⁰⁵ la chiave dell'approccio della Corte è quindi quella che permette sia a tutti i gruppi confessionali di godere di visibilità nello spazio pubblico, valorizzando, con un atteggiamento benevolmente deferenziale, il ruolo storico-culturale del fenomeno religioso, sia di evitare di promuovere lo stesso a scapito di altre ideologie o credenze che esercitano un ruolo egualmente importante nella *public square*. Per il tramite della via così tracciata la Corte concilia, secondo parte della dottrina, "*religious pluralism and civic unity*"¹⁰⁶, ossia il rispetto del pluralismo con la presenza di forme di pubblica espressione della religiosità, senza ricadere nei due opposti pericoli di dover rintracciare sempre nuove e talora poco plausibili vie per giustificare l'inclusione di simboli e terminologie religiosi in chiave secolare o di escludere completamente la religione dalle forme di *government expression*: ne risultano ampliati i limiti entro i quali le forme di pubblica ostensibilità della religione si muovono nell'ambito di un orizzonte di compatibilità costituzionale.

13 - La paventata contrazione del campo di operatività dell'*Establishment Clause*

La pronuncia *Galloway* è stata accolta con un certo allarme da una parte della dottrina, che si interroga sull'impatto di questa decisione sul futuro dell'*Establishment Clause* e sullo stesso ruolo della Corte Suprema, alternativamente accusata di eccessivo "*activism*" o "*restraint*" in tale processo di riconfigurazione¹⁰⁷. Tale indirizzo dottrinale si interroga sul perché la Corte abbia deciso di riconsiderare la questione della preghiera legislativa dopo 30 anni dalla decisione *Marsh*¹⁰⁸. Per molti anni la Corte ha

¹⁰⁵ Cfr. **N.C. ROBERTS**, *The Rising None: Marsh, Galloway and the End of Legislative Prayer*, in *Indiana Law Journal*, vol. 90.1, 2015, p. 438; **E.J. SEGALL**, *Silence Is Golden: Moments of Silence, Legislative Prayers, and the Establishment Clause*, in *Nw. U. L. Rev. Online*, vol. 108, 2014, p. 230, il quale propone di sostituire la *legislative prayer* con un momento di silenzio: "*The only possible objection a person could make to this moment of silence solution is that it deprives people of speaker-led, overtly religious, organized prayers at governmental hearings*".

¹⁰⁶ Cfr. **R.W. GARNETT**, *Religious Pluralism, Civic Unity, and the Judicial Role*, cit.

¹⁰⁷ Cfr. **R.W. GARNETT**, *Religious Pluralism, Civic Unity, and the Judicial Role*, cit.

¹⁰⁸ Cfr. **J. HILL**, *Town of Greece v. Galloway: What is the Supreme Court up to?* (in www.scotusblog.com).



infatti oscillato fra una visione “esclusivista”¹⁰⁹ e una “inclusivista”¹¹⁰ del fattore religioso nella sfera pubblica: oggi la composizione maggiormente “inclusivista” della Corte sembra prevalere, consentendo un approccio maggiormente deferenziale verso il ruolo della religione nello spazio pubblico. Come si è più volte ribadito, la Corte si sforza di svolgere una *fact sensitive inquiry*, attenendosi a una puntuale analisi delle specifiche circostanze del caso di specie¹¹¹, che garantisce quella peculiare attenzione a “both the setting in which the prayer arises and the audience to whom it is directed”, che nessun *test* standardizzato può assicurare. Alla luce del *Lemon test*, infatti, una indagine volta a focalizzare l’attenzione sul *secular purpose* che andrebbe perseguito dagli attori pubblici ne avrebbe rivelato l’intrinseca debolezza, in considerazione della difficoltà di scindere l’elemento religioso della *legislative prayer* dalla componente storico-culturale.

In vero, nella pronuncia in esame anche l’*endorsement test* coniato dal giudice O’Connor (volto a verificare che le azioni del soggetto pubblico non determinino una indebita promozione del fenomeno religioso) sembra essere definitivamente superato¹¹², per essere rimpiazzato da una più elastica *coercion analysis*, secondo cui una violazione dell’*Establishment Clause* si configura solo allorquando l’agire pubblico degeneri in forme di artificiosa persuasione¹¹³, con l’utilizzo dell’apparato pubblico volto a veicolare una sorta di forzosa omogeneità confessionale¹¹⁴. Il parametro

¹⁰⁹ Cfr. *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

¹¹⁰ Cfr. *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306 (1952).

¹¹¹ Come pure si verifica nel caso *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012).

¹¹² Cfr. **S. SMITH**, *The End of “No Endorsement”?* (in www.scotusblog.com); **E. RASSBACH**, *Symposium: Desperate Measures in Town of Greece* (in www.scotusblog.com). Questa soluzione è avversata da **N. TEBBE, M. SCHWARTZMAN**, *Symposium: The Puzzle of Town of Greece v. Galloway* (in www.scotusblog.com), secondo cui: “Without a constitutional prohibition on government expression that effectively embraces a particular faith, American lawmakers will consider themselves able to celebrate monotheism or even Christianity as such, despite the presence of numerous religious minorities and nonbelievers who hold beliefs outside those traditions”.

¹¹³ A tal proposito il giudice Kennedy afferma che le preghiere possono essere recitate durante la “cerimonial part of the town’s meeting”, ossia nel momento in cui i membri del consiglio non sono “engaged in policy making”; egli osserva inoltre che una preghiera che preveda una “lengthy disquisition on religious dogma” oltrepasserebbe i parametri della tradizione della preghiera legislativa così come approvata in *Marsh*. Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014).

¹¹⁴ Cfr. **I.C. BARTRUM**, *The Curious Case of Legislative Prayer: Town of Greece v. Galloway*, in *Northwestern University Law Review Online*, vol. 108, 2014, p. 218 ss. secondo cui tale stato



della *coercion analysis* ha visto il suo impiego limitato in passato a ipotesi relative a contesti particolarmente sensibili, ove più elevato è il pericolo del configurarsi di forme di *religious indoctrination*, in vista di esaminare le potenziali conseguenze di forme di intersezione fra Stato e Confessioni; l'estensione del suo raggio di operatività a fattispecie diverse risulta produttivo del rischio di una "contrazione"¹¹⁵ delle tipologie di atti e comportamenti suscettibili di compromettere la neutralità statale. Si teme, altresì, che i giudici favorevoli all'utilizzo del *coercion test* cercheranno di ampliare tale approccio ad altri casi che coinvolgono l'*Establishment Clause* che non riguardano la preghiera legislativa, influenzando gli indirizzi dei vari circuiti d'appello, erodendo gradualmente il principio di separazione¹¹⁶ e smantellando "*the wall that should separate church and state*"¹¹⁷.

Parte della dottrina rintraccia infatti in tale pronunciamento della Corte l'intento di "*raise the bar*" con riguardo alle *Establishment violations*, anche rispetto alla soluzione adottata in *Marsh*: tale fine si rifletterebbe pure nel dissenso più "debole" del giudice Kagan (che comunque riconosce la legittimità costituzionale della preghiera legislativa), nel caso in esame, rispetto alla più decisa *dissenting opinion* del giudice Breyer in *Marsh*, a testimonianza di un indebolimento della componente liberale della Corte.

Risulta, infatti, incerto dove la Corte intenda fissare il limite di coerenza con il dettato costituzionale, in quanto le espressioni dalla stessa Corte usate sembrano talora non perfettamente coerenti fra loro¹¹⁸.

di cose rischia di rendere superflua una delle due clausole del Primo Emendamento: il ruolo dell'*Establishment Clause* diventerebbe quello di rafforzare la protezione offerta dalla *Free Exercise Clause* avverso forme di eccessiva ingerenza statale.

¹¹⁵ Per l'uso di questa espressione, cfr. **M.O. DE GIROLAMI**, *Constitutional Contraction*, cit, p. 385 ss., secondo cui tale contrazione si esplica sotto tre profili: "*judicial review*", "*rating of voting patterns*" e "*coverage*".

¹¹⁶ Cfr. **N.C. ROBERTS**, *The Rising None: Marsh, Galloway and the End of Legislative Prayer*, cit., p. 427. Tuttavia Alito, nella sua *concurring opinion* nel caso *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), ha specificato che "*Nothing could be further from the truth ... All that the Court does today is to allow a town to follow a practice that we have previously held is permissible for Congress and state legislature*"

¹¹⁷ Cfr. **E. CHEMERINSKY**, *Dismantling the wall that should separate church and state* (in www.scotusblog.com).

¹¹⁸ Cfr. **C.C. LUND**, *Leaving Disestablishment to the Political Process*, in *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 2014, p. 52, che osserva come la Corte condanna pratiche che "*denigrate nonbelievers or religious minorities, threaten damnation, or preach conversion*", ma poi afferma che una violazione emerge quando "*a pattern of prayers that over time denigrate, proselytize, or betray an impermissible government purpose*." Altrove la Corte sottolinea che "*if town board members directed the public to participate in the prayers, singled out dissidents for opprobrium, or indicated that their decisions might be influenced by a person's acquiescence in the*



L'assenza di parametri rigorosi alla luce dei quali scrutinare potenziali ipotesi di illegittimità costituzionale accentuerebbe l'orientamento volto a indagare aspetti specifici delle varie forme di *legislative prayer*, garantendo un più ampio spazio di manovra alle scelte delle amministrazioni locali, talora confortate dalle ondivaghe risposte delle corti inferiori. Ne deriverebbe che, sebbene alcune tipologie di preghiere legislative potrebbero continuare a risultare compatibili con il dettato costituzionale, diverrebbe più difficile definire i confini della legittimità costituzionale di tale forma di espressione religiosa con un effetto "paralizzante" di future azioni giudiziarie¹¹⁹. Ci si chiede, in particolare, in quali circostanze l'interazione fra una pluralità di elementi faccia emergere più spiccatamente il rischio del raggiungimento di quel "livello di coercizione" considerato inammissibile nel caso *Town of Greece*¹²⁰.

prayer opportunity"; poi riformula la stessa preoccupazione con diverse parole, chiedendo se il Governo "allocated benefits and burdens based on participation in the prayer", "received [citizens] differently depending on whether they joined the invocation", "signal[ed] disfavor toward nonparticipants", o "suggest[ed] that their stature in the community was in any way diminished" in relazione alla non partecipazione.

¹¹⁹ Cfr. C.C. LUND, *Town of Greece v. Galloway Going Forward* (in www.scotusblog.com), secondo cui l'uso di differenti espressioni linguistiche nel caso in esame, rispetto al caso *Marsh*, come *course and practice* e *over time, denigration* invece di *disparagement, damnation* invece di *advancement, preaching* e *conversion* invece di *proselytizing* sembrerebbero indicative di un atteggiamento di maggiore cautela della Corte anche nell'uso del linguaggio rispetto a *Marsh*, al fine di suggerire che vi sono tipologie di preghiere che oltrepassano la soglia della legittimità costituzionale.

¹²⁰ In particolare, la giurisprudenza della Corte Suprema non ha affrontato direttamente la questione del "chi" può considerarsi legittimato a recitare la "legislative prayer", ossia se tale compito deve essere necessariamente affidato a un ministro di culto (retribuito o volontario) o possa essere svolto direttamente da *government officials*, e se questa ultima ipotesi determinerebbe un eccessivo coinvolgimento di soggetti che incarnano organismi governativi in materie strettamente confessionali, in quanto si avrebbe una coincidenza soggettiva fra coloro che "sponsor prayers" e coloro che dovrebbero "act as supervisors and censors" (Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), 1822). Cfr. *Bormuth v. County of Jackson*, 116 F. Supp. 3d 850 (E.D. Mich. 2015): in questo caso la preghiera è recitata prima di ogni incontro del *Jackson County Board of Commissioners* da parte dei singoli membri di tale organo, a rotazione. Né la Contea né il Board autorizzano il o sono coinvolti nel contenuto delle specifiche preghiere. All'inizio di tali incontri è prevista la presenza di bambini che recitano il *Pledge of Allegiance*. Il giudice distrettuale ha reputato che la natura confessionale in sé della preghiera non implica una violazione costituzionale; è irrilevante anche la circostanza che la Commissione sia composta solo da membri di estrazione cristiana in quanto "their personal beliefs are [...] a reflection of the community's own overwhelmingly Christian demographic", e nulla preclude in futuro che soggetti di diversa appartenenza confessionale entrino nella commissione. Inoltre, il contenuto delle preghiere non è denigratorio di altre confessioni né mirato a svolgere un'opera di proselitismo sui



Praticando una sorta di “*self-restraint*” della Corte, la decisione sembra infatti restringere la possibilità “*for plaintiffs challenging legislative prayers*”, che implementerebbe il rischio dell’emergere di sempre nuove situazioni *borderline*¹²¹ (ulteriormente aggravato dall’ampliamento del numero dei soggetti pubblici a cui viene permesso di predisporre forme di *legislative prayer*, che trascura i rischi connessi a una dimensione municipale della stessa preghiera)¹²².

14 - Annotazioni (provvisoriamente) riepilogative

non credenti. Secondo il giudice distrettuale, non risulta presente l’elemento della coercizione in quanto l’uditorio è composto da adulti, e quindi poco incline a subire forme di indottrinamento religioso o di pressione; inoltre i membri dissidenti possono allontanarsi senza che ciò abbia ripercussioni negative. Anche nel caso *Lund v. Rowan County*, No. 15-1591 (4th Cir. 2016), la Corte d’Appello ha asseverato la prassi del *Board of Commissioners of Rowan County*, North Carolina, di aprire le riunioni con una preghiera recitata da un membro della Commissione, su base rotatoria. Il contenuto della preghiera è interamente a discrezione del membro designato e il *board* non ha alcun ruolo nella selezione della preghiera o del suo contenuto. La maggioranza delle preghiere risulta essere di estrazione cristiana. Nonostante la Corte distrettuale avesse considerato cruciale la circostanza che la preghiera fosse recitata da un membro di un organismo elettivo e non da un ministro di culto, differenziando la fattispecie in esame dal caso *Town of Greece*, secondo il Quarto Circuito tale circostanza è irrilevante e la *legislative prayer* va considerata coerente con gli *standards* costituzionali. Ininfluyente è pure la circostanza che la preghiera sia rivolta non solo ai membri del corpo elettivo ma anche alla cittadinanza, in quanto non sufficiente a integrare l’elemento della coercizione: “*no reasonable person would interpret the commissioners’ commonplace invitations as government directives commanding participation in the prayer*”. Recentemente il 4° Circuito ha annunciato una *en banc review* della decisione.

¹²¹ Cfr. C.C. LUND, *Leaving Disestablishment to the Political Process*, cit., p. 53.

¹²² Cfr. P. HORWITZ, *The Religious Geography*, cit., p. 11 e pp. 33 e 34, rammenta che, in seguito alla pronuncia *Galloway*, tale possibilità si estende non solo al Congresso e agli organi legislativi statali, ma a una pluralità di organismi operanti a livello locale; con l’aggravante che i medesimi criteri di verifica vengono considerati applicabili indipendentemente dalla tipologia e dalla misura dell’entità territoriale coinvolta senza tener conto di “*the role of the local in the doctrine and discourse of religious liberty*” (Cfr. R. SHRAGGER, *The Role of the Local in the Doctrine and Discourse of Religious Liberty*, in *Harv. L. Rev.*, vol. 117, pp. 1816-1817). Tale orientamento sottovaluterebbe l’esigenza di un più accurato esame dell’effettivo “pluralismo geografico” delle varie realtà locali (per cui più che di un unico pluralismo religioso si dovrebbe parlare di una molteplicità di pluralismi religiosi), frutto di diverse tradizioni coloniali, che sono ciascuna dotata di proprie specificità demografiche, confessionali e politiche, la cui “varietà” religiosa risulta foriera di peculiari tensioni e conflitti.



È da ascrivere sicuramente alla Corte Roberts il merito di un indirizzo (già parzialmente delineato dalla Corte Rehnquist) volto a valorizzare l'esercizio della libertà religiosa in forma sia individuale sia collettiva.

Dopo la graduale erosione della proibizione di forme di sussidio finanziario pubblico a organizzazioni religiosamente affiliate e la contrazione della possibilità del singolo di esercitare il diritto di agire in giudizio (*standing to sue*) verso quelle presunte violazioni dell'*Establishment Clause* che si traducono in forme di supporto pubblico della religione¹²³, un atteggiamento maggiormente tollerante è stato assunto verso ipotesi di uso governativo di forme espressive religiosamente connotate. Se *Marsh* aveva relegato la "*legislative prayer*" al rango di eccezione, la Corte Roberts appare più decisa nell'agevolare le combinazioni fra *Establishment Clause* e *Free Speech Clause*, rintracciando nuove vie in vista di garantire un più elevato livello di garanzia a forme di accomodamento religioso nella sfera pubblica. Tale approccio, come si diceva, si pone in linea di continuità con quello adottato dalla Corte Rehnquist che, facendo riferimento al principio di neutralità, aveva implementato la tutela della libertà di espressione religiosamente qualificata, consentendo anche ai gruppi religiosamente orientati di avere accesso a fondi e risorse di carattere pubblico su un piano di parità rispetto alle organizzazioni di carattere secolare, senza incorrere nella censura di aver violato il principio di separazione¹²⁴. La Corte Rehnquist aveva altresì consentito di aprire breccie sul principio di neutralità per come formulato dal caso *Lemon*, giustificando tali eccezioni in nome del carattere pure secolare di talune manifestazioni espressive simboliche¹²⁵, fornendo la struttura di base mediante la quale la Corte Roberts ha più decisamente accantonato il *Lemon test* in favore di un indirizzo che consente agli attori pubblici di ammettere talune forme espressive di valori religiosi purché il messaggio religiosamente qualificato sia veicolato con motivazioni non "proselitizzanti" o denigratorie di specifiche fedi, precludendo al tempo stesso ogni forma di supervisione o monitoraggio pubblico sui contenuti dell'espressione religiosa.

La preghiera legislativa, del resto, difficilmente avrebbe potuto superare una rigorosa verifica alla luce del *government endorsement test* per la difficoltà, da parte del soggetto pubblico, di prendere completamente le distanze dal messaggio trasmesso. Seguendo un approccio sensibile alle specifiche circostanze del caso esaminato, la Corte Roberts focalizza invece

¹²³ Cfr. *Hein v. Freedom from Religious Foundation*, 551 U.S. 587 (2007); *Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn*, 131 S. Ct. 1436 (2011).

¹²⁴ Cfr. *Good News Club v. Milford Cent. Sch.*, 533 U.S. 98 (2001)

¹²⁵ Cfr. *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005)



l'attenzione sull'intento perseguito dal soggetto pubblico nella estrinsecazione di uno specifico messaggio, pure religiosamente qualificato (che trova un limite solo nei "motivi impermissibili" sopra indicati), e non sull'impatto che la trasmissione di tale messaggio produce su un "osservatore ragionevole" (alla luce del quale parametro gli attori pubblici dovrebbero sottoporre il messaggio veicolato a un più rigoroso "filtro di neutralità")¹²⁶.

In tal modo l'*anti-coercion approach* originariamente adottato con esclusivo riguardo agli *school prayer cases* (che sostanzialmente avalla la legittimità costituzionale di forme di *government sponsored prayer* in contesti dove è più basso il rischio del concretizzarsi di forme di forzosa partecipazione ad attività religiose)¹²⁷ ha fornito lo strumento per consentire forme di pubblico sostegno di attività religiosamente connotate al di fuori del contesto scolastico. I più recenti orientamenti giurisprudenziali segnalano sempre più decisamente come sia in atto un processo di ripensamento dell'*Establishment Clause*, la cui interpretazione sembra avere virato da un più rigoroso separazionismo (cui faceva da contrappeso il riconoscimento di una pluralità di *constitutionally compelled exemptions* che garantivano un regime protettivo della religione alla luce della *Free Exercise Clause*) verso una più elastica neutralità religiosa, fino a una "permissiva" ristrutturazione della clausola di separazione che legittima una promozione statale di *civil religious practices*, purché non oltrepassino il confine della legittimità costituzionale definito dal divieto di imposizione di forme di coercizione religiosa¹²⁸.

Rimane, per altro, incerto se la pronunzia *Galloway* si ponga semplicemente in "rafforzata continuità" con l'eccezione "storica" al canone di neutralità articolata in *Marsh* con riguardo esclusivo alla *legislative prayer*¹²⁹, o riveli un più recondito proposito di applicare canoni più flessibili ad altre fattispecie rientranti nell'ambito di regolazione dell'*Establishment Clause*¹³⁰. In base a questa seconda interpretazione, sempre più agevolmente

¹²⁶ Cfr. **S.W. GAYLORD**, *When the Exception*, cit., p. 33. Cfr. *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983), 795: "We do not doubt the sincerity of those, who like respondent, believe that to have prayer in this context risks the beginning of the establishment the Founding Fathers feared. But this concern is not well founded".

¹²⁷ Cfr. *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992); *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000).

¹²⁸ Cfr. **F.M. GEDICKS**, *Undoing Neutrality? From Church State Separation to Judeo-Christian Tolerance*, in *Willamette Law Review*, Vol. 46:4, 2010, p. 691ss.

¹²⁹ Cfr. **G. D'ANGELO**, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 108.

¹³⁰ Cfr. *Town of Greece v. Galloway*, 134 S. Ct. 1811 (2014), ove si afferma che "it is not



troveranno legittimo ingresso nello spazio pubblico plurali forme di esercizio della libertà di espressione pure religiosamente qualificate, dispensate dall'osservanza del limite della non-confessionalità, purché sussistano forme di convergenza con interessi di carattere secolare e con le tradizioni nazionali¹³¹. Tale *trend* accomodazionista si sviluppa in parallelo, sul fronte della libertà di esercizio della religione, al controverso riconoscimento di un sempre più garantista regime delle esenzioni religiosamente qualificate, in forza dello spettro di protezione offerto pure mediante atti di carattere normativo¹³².

La Corte Roberts sembra pertanto discostarsi dall'approccio più moderato (che aveva caratterizzato quella Rehnquist) volto a consentire forme di supporto pubblico del fenomeno religioso su una base rigidamente non preferenziale¹³³: con la sua riluttanza a definire trasparenti parametri che regolino forme di *government-sponsored religious expression*, essa sembra talora sottrarsi alla difficile scelta fra l'accettazione di valori autenticamente plurali (che implica l'accoglienza anche di quelle credenze e convinzioni condivise da pochi) e la neutralizzazione dello spazio pubblico pure da quelle forme di esercizio della libertà espressiva largamente approvate dalla maggioranza¹³⁴, non riuscendo a prevenire completamente il rischio di distorsioni cui è soggetto il libero dispiegarsi di un *marketplace of ideas* solo apparentemente deprivato di forme di pubblica supervisione. L'intento pubblico di accettare determinate forme di esercizio della libertà espressiva da parte di soggetti privato-religiosi non può infatti considerarsi una innocua promozione di un messaggio valoriale condiviso dall'intera collettività o a "bassa carica conflittuale"¹³⁵.

necessary to define the precise boundary of the Establishment Clause where history shows that the specific practice is permitted". Cfr. C.C. LUND, Town of Greece v. Galloway Going Forward, cit., secondo cui l'opinione del giudice Kennedy sembra suggerire un intento di "riconfigurare" l'Establishment Clause, ma al tempo stesso evita di suggerire che la pronunzia in esame possa avere ricadute sulla giurisprudenza in materia di preghiera scolastica o di supporto finanziario alle organizzazioni religiose.

¹³¹ Cfr. E. RASSBACH, *Symposium: Lemon Wins a Reprieve, but the End is Near* (in www.scotusblog.com).

¹³² Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014); *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015).

¹³³ Cfr. B.P. MCDONALD, *Democracy's Religion: Religious Liberty in the Rehnquist Court and in the Roberts Court*, in *Illinois Law Review*, 2016, p. 2179 ss.

¹³⁴ Cfr. C.M. CORBIN, *Commentary: Exploiting Mixed Speech*, cit., p. 44.

¹³⁵ Cfr. S. DOMIANELLO, *Le garanzie della laicità civile*, cit., p. 358.



Alla luce del rinnovato dibattito politico e costituzionale che ancora oggi coinvolge le *religion clauses*¹³⁶, e più specificamente le numerose controversie in cui è in gioco la libertà espressiva religiosamente qualificata, e della crescente sfiducia pubblica verso le politiche di accomodamento religioso (avversate da chi propugna pregnanti forme di “*legal egalitarianism*”)¹³⁷ il ruolo della *judicial review* della Corte Suprema (lungi dall’indirizzarsi a sostituire le vedute politiche dei giudici a quelle dei legislatori, ma anche dal ratificare passivamente le scelte di questi ultimi) andrebbe pertanto identificato nel ricalibrare attentamente (in base a una puntuale analisi delle circostanze dello specifico caso) gli equilibri fra maggioranze e minoranze in vista della realizzazione di un più sensibile bilanciamento fra gli interessi in competizione e della prevenzione di forme di ingiusta discriminazione e di effettiva vulnerazione della libertà religiosa¹³⁸. È quanto sollecitato nelle *dissenting opinions* dei giudici Kagan e Breyer: non un rigoroso bando di tutte le forme di espressione religiosamente qualificata dallo spazio pubblico (e quindi la regressione verso un ideale rigorosamente separatista che ormai appare irrimediabilmente superato), ma un più elevato livello di “accomodamento” al fine di promuovere la libertà di religione in una chiave che assicuri il più compiutamente possibile la presenza nello spazio pubblico di individui e formazioni sociali su un piano di parità, in vista della realizzazione di una apertura societaria autenticamente inclusiva, e in linea con le esigenze di una comunità effettivamente liberale e pluralista.

¹³⁶ Cfr. L. VANONI, *Pluralismo religioso e Stato (post)secolare: una sfida per la modernità*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 55.

¹³⁷ Cfr. P. HORWITZ, *The Hobby Lobby Moment*, in *Harv. L. Rev.* vol. 128, 2014, p. 170.

¹³⁸ Cfr. R.W. GARNETT, *Legislative Prayer and Judicial Review* (in www.scotusblog.com): “in a healthy and decent constitutional democracy, the majority does and should sometimes decide to limit itself by taking certain matters off the table of ordinary politics and entrenching certain protections for minorities and the vulnerable. Judicial review is one important mechanism for enforcing these self-constraints, for holding later majorities to the earlier deal, and for delivering on the promises that earlier majorities made to later minorities”. Cfr. A. GARFIELD, *And the Walls Comes Tumbling Down: How the Supreme Court is Striking the Wrong balance Between Majority and Minority Rights in Church and State Cases*, in *Arkansas Law Review*, vol. 205, 2015, p. 788 ss.