

Luca Pietro Vanoni

Tra storia e neutralità. Antichi problemi e recenti sviluppi del pluralismo religioso negli Stati Uniti d'America

(doi: 10.1440/113379)

Quaderni di diritto e politica ecclesiastica (ISSN 1122-0392)

Fascicolo 1, aprile 2024

Ente di afferenza:

Università degli studi di Milano Bicocca (unibicocca)

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Tra storia e neutralità

Antichi problemi e recenti sviluppi del pluralismo religioso negli Stati Uniti d'America

di Luca Pietro Vanoni

History or Neutrality? Old Problems and New Challenges of the American Religious Pluralism

The Religious Clauses' doctrines have long been defined as «a farrago of unstable rules, tests, standards, principles, and exceptions». However, in recent times, the Roberts Court seems to have embraced a new judicial approach that, distancing itself from its precedents, has replaced the principle of neutrality with reference to the country's history and traditions. Sometimes, this new approach has been judged exclusively as the result of the Supreme Court's conservative turn. Nonetheless, a closer analysis reveals how it fits within a much longer and more complex process aimed at recovering some of the original features of the so-called American experiment.

Keywords: Religious Clauses, Neutrality, History and traditions, Pluralism

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Religione e Costituzione: storia ed origini delle *Religious Clauses*. – 3. Dalla Costituzione alla Corte Suprema: il muro di separazione e la promessa di neutralità. – 4. La *Free Exercise Clause* tra *compelling interest test* e *neutrality*. – 5. Quale neutralità? Le criticità di un principio confuso. – 6. *Back to History*. Le origini religiose del costituzionalismo americano e la neutralità. – 7. La Corte Roberts tra storia e originalismo. – 7.1. *Establishment v. Free Exercise Clauses? Kennedy v. Bremerton School District*. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

«Pietra angolare della storia e dei valori d'America», la libertà religiosa costituisce fin dal principio, una «nozione profondamente ed entusiasticamente sentita» dal popolo americano (Gunn 2004, 11), capace di plasmare i lineamenti di una nazione che, ancor oggi, non teme di riconoscersi nel motto *a Nation Under God*. Dal punto di vista giuridico, gli Stati Uniti sono il primo ordinamento ad aver sancito in Costituzione il principio della separazione tra Stato e Chiesa (distinguendosi così dagli Stati-Nazione europei, nati sulle fondamenta del patto *cuius regio, eius religio*) accanto al diritto dei cittadini al libero esercizio del proprio credo.

Separatismo e libertà religiosa rappresentano oggi elementi irrinunciabili per ogni sistema che voglia definirsi democratico/secolare (Mancini, Rosenfeld 2020), ma al tempo erano il frutto di «un esperimento nuovo e persino radicale» (Smith 2017, 2) pensato per «rendere immune la nuova nazione americana dal flagello delle guerre religiose [...] e garantire la libertà religiosa a tutti e lo status di religione ufficiale a nessuno» (Witte, Latterell 2011). Codificando tale esperimento, il Primo Emendamento del *Bill of Rights* stabilisce che «il Congresso non potrà approvare nessuna legge per il riconoscimento ufficiale della religione» [*Establishment Clause*] o per proibire il libero culto [*Free Exercise Clause*]. Pensata nel solco del pensiero liberale e calata nel contesto storico del tempo, questa soluzione mirava ad erigere «a wall of separation between state and church» capace di impedire al governo di fondare, limitare, favorire una particolare confessione e di proteggere così la libertà di coscienza del popolo americano (Jefferson 1802).

Le 16 parole delle *Religious Clauses* contengono in realtà molto più di quanto espresso letteralmente. Figlie di un dibattito svoltosi per oltre mezzo secolo, esse hanno raccolto l'eredità e le idee di pensatori illuministi, repubblicani, evangelici e puritani decisi a rifiutare lo storico confessionalismo britannico per abbracciare un separatismo più (evangelici ed illuministi) o meno (puritani e repubblicani) marcato; al di là delle differenze, però, tutte e quattro le anime costituenti erano concordi nel poggiare la nuova nazione su «six foundational principles: liberty of conscience; free exercise; pluralism; equality; separation state/church and disestablishment» (Witte, Nichols, Garnett 2021, 91).

Condensando significati tanto complessi in due sole clausole costituzionali, l'applicazione del Primo Emendamento è stato oggetto negli anni di numerosissime e controverse decisioni della Corte Suprema; per usare le parole degli stessi giudici, le *Religious Clauses* «are not the most precisely drawn portions of the Constitution» dal momento che lo scopo dei *Framers* era quello di «state an objective, not to write a statute»¹. Per questa ragione, la giurisprudenza sul Primo Emendamento è stata giudicata come «a farrago of unstable rules, tests, standards, principles, and exceptions» (Horwitz 2011, 233), e divisa in (almeno) quattro, diverse, fasi (Pin, Witte 2024).

Nell'ultimo periodo, tuttavia, la Corte Suprema sembra aver abbracciato un nuovo approccio interpretativo che, distanziandosi dai suoi precedenti, ha sostituito il principio di neutralità con il riferimento alla storia e alle tradizioni del paese. Come vedremo, questo nuovo orientamento giurisprudenziale è stato talvolta giudicato esclusivamente come il frutto della c.d. svolta *conservative* dei giudici e delle contestate nomine

¹ *Walz v. Tax Comm'n of City of New York*, 397 U.S. 669 (1970).

del presidente Trump. Ma, in realtà, una analisi più attenta svela come esso si inserisca all'interno di un processo ben più articolato e complesso volto a recuperare alcuni dei tratti più tipici del c.d. esperimento americano. Senza alcuna pretesa di esaustività, il presente contributo ha lo scopo di ripercorrere la giurisprudenza sulle *Religious Clauses* della Costituzione statunitense, utilizzando come chiave di lettura il confronto/scontro tra principio di neutralità e argomento storico, nel tentativo di comprendere, più a fondo, le ragioni del nuovo orientamento della attuale Corte Suprema.

2. Religione e Costituzione: storia ed origini delle Religious Clauses

Prima di analizzarne l'evoluzione giurisprudenziale, occorre però ricostruire il significato originario del Primo Emendamento studiandolo a partire da due coordinate essenziali: il federalismo dei diritti e le origini storico-religiose della Costituzione.

In primo luogo, gli Stati Uniti sono un paese federale e il *Bill of Rights* fu originariamente pensato in chiave anti-federalista, poiché la diffidenza dei cittadini delle colonie verso il nuovo potere aveva portato all'approvazione di un catalogo di libertà che limitasse, per iscritto, i soli poteri del governo centrale. Proprio il Primo Emendamento contiene una conferma letterale di questa lettura anti-federalista dei diritti quando precisa che «Congress (dunque il Congresso federale e non le assemblee legislative statali) shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof [...]». Per molti decenni, come noto, il *Bill of Rights* è stato interpretato nel suo significato originario di freno costituzionale per il governo centrale, e solo dopo la approvazione del Quattordicesimo Emendamento le libertà costituzionali hanno cominciato, gradualmente, ad essere applicate anche alla legislazione dei singoli Stati (Amar 1998). Letta con le lenti del federalismo, pertanto, l'*Establishment Clause* ha avuto inizialmente lo scopo di dividere due livelli di governo e non di sancire una generale separazione tra Stato(i) e religione(i), ponendo «il governo federale da un lato del muro, e i governi statali e le Chiese dall'altro» (Dreisbach 2006).

In secondo luogo, comprendere il significato più profondo del separatismo americano significa ricordare il ruolo fondamentale giocato dalle religioni nella colonizzazione del continente nordamericano (*ex multis*, Onida 1967; Barsotti, Fiorita 2008; Valentini 2010). La Costituzione americana, e prima ancora l'indipendenza dall'Inghilterra, sono figlie del sacrificio di tanti dissidenti religiosi europei che, perseguitati in patria, erano sbarcati nel nuovo mondo alla ricerca di una terra promessa dove poter vivere liberamente la propria fede. Al tempo della guerra d'indipendenza, pertanto, la maggior parte delle colonie era fortemente legata

ad un particolare credo confessionale, e ogni assemblea legislativa aveva dovuto trovare – con modalità tra loro diverse – un proprio equilibrio tra politica e fede (Curry 1986; McConnel 1990). Quando l'esercito guidato da Washington sconfisse la corona inglese, i *Framers* tentarono pertanto di salvaguardare l'equilibrio faticosamente raggiunto dalle loro colonie. La *founding generation*, infatti, conosceva bene i pericoli di una vita condotta sotto il controllo di una Chiesa nazionale, e volle dunque evitare il ripetersi delle persecuzioni subite in patria: proibendo il riconoscimento ufficiale di una religione (*Establishment Clause*) e garantendone il libero esercizio (*Free Exercise Clause*) i costituenti si assicuraron che – diversamente dalla corona inglese – il neonato governo non potesse interferire negli affari delle loro Chiese (Witte, Nichols, Garnett 2021). Come ricordato da Joseph Story nei Commentari alla Costituzione americana del 1833, «the real object of the [First] Amendment was [...] to prevent any national ecclesiastical establishment, which should give to a hierarchy the exclusive patronage of the national government» (Story 1833, par. 1865-77).

In sintesi, parallelamente alla teoria classica della secolarizzazione, nel sistema costituzionale degli Stati Uniti si fece largo, fin da subito, l'idea di favorire il pluralismo religioso, e, a questo fine, il muro di separazione fu immaginato «to protect the garden of the Church from the wildness of the world» (Miller 1963). Mentre nell'esperienza rivoluzionaria francese Chiesa e fede divennero presto nemici da combattere (Onida 1967, 17) in America la religiosità fu ritenuta un alleato dell'indipendenza, e la libertà religiosa si sviluppò innanzitutto come «una libertà *nella* religione e non *dalla* religione, allo stesso modo in cui la vera libertà civile è la libertà nella legge e non dalla legge» (Ruffini 1992, 336).

Per oltre centocinquanta anni, federalismo e religiosità hanno plasmato l'ordinamento, contribuendo a definire i tratti, unici, del *melting pot* americano. Interpretato nel suo significato originario di limite del potere centrale, il Primo Emendamento ha impedito agli Stati Uniti di sostenere una religione ufficiale, ma ha lasciato liberi i singoli Stati di riconoscere l'importanza delle eredità storiche e religiose del popolo, al punto che, ancora oggi, alcune assemblee legislative statali o certi consigli comunali o Contee iniziano i loro lavori con una preghiera o un riferimento a Dio.

Nel corso del tempo, inoltre, questa eredità religiosa si è fusa con le istituzioni politiche e le consuetudini costituzionali anche a livello federale, influenzando la vita culturale e politica di tutta la nazione. Così, ad esempio, il tradizionale motto *in God we trust* compare oggi sulle monete e sulle banconote, e costituisce un verso dell'inno nazionale. Il riferimento a Dio, del resto, è presente in molte manifestazioni della vita pubblica americana a partire dal famoso discorso di Lincoln a Gettysburg, che definì per la prima volta l'America come *a Nation under God*, fino alle comunicazioni ufficiali del Presidente, che sigilla il giuramento di insediamento pronunciando, con la mano destra sulla Bibbia, le parole *so*

Help Me God e conclude i suoi discorsi con le parole *God bless America* (da ultimo, Pagotto 2022). L'insieme di queste tradizioni ha contribuito a forgiare l'identità collettiva del paese, rappresentando il «carattere religioso» di un popolo che, da sempre, legge la propria storia come «una continua epifania della provvidenza» (Gentile 2006, 166).

3. *Dalla Costituzione alla Corte Suprema: il muro di separazione e la promessa di neutralità*

Le cose hanno cominciato a mutare quando, nella seconda metà del Novecento, i giudici hanno sancito l'incorporazione delle *Religious Clauses* nella *Due Process Clause* del XIV Emendamento, estendendo così il proprio controllo di costituzionalità non solo alle leggi federali ma anche a quelle statali. Questo cambiamento ha permesso alla Corte Suprema di divenire arbitro del sistema, ma ha anche inevitabilmente alterato l'originaria componente federalista del separatismo, trasferendo dagli Stati ai tribunali federali il compito di controllori ultimi dell'esperimento americano.

In alcuni casi, l'intervento della Corte Suprema era finalizzato a correggere «episodi di bigottismo locale» o di «palese favoritismo» nei confronti di una religione (Witte, Pin, 2024, 77), ma, in generale, il tentativo di garantire un regime uniforme su tutto il territorio nazionale ha finito inevitabilmente per confliggere con le tradizioni e le origini religiose della Costituzione. La Corte così ha dovuto misurarsi con pratiche e usanze presenti per oltre un secolo nello spazio pubblico ed istituzionale, e il c.d. deismo cerimoniale – un tempo pacificamente ammesso – ha finito per doversi confrontare con i nuovi parametri elaborati dalla giurisdizione federale.

Fin dai primi casi, la Corte Suprema ha così rimodellato il significato originario del separatismo americano offrendone una lettura ispirata alla teoria della secolarizzazione e orientata alla privatizzazione del fenomeno religioso (Neuhaus 1984), e già a partire da *Everson v. Board of Education*, la metafora del muro è stata invocata per sancire una separazione netta tra il potere politico (sia esso statale o federale) e la religione. Per il giudice Black questo muro dovrà essere «alto ed impenetrabile» e non potrà essere ammessa «alcuna crepa» perchè il Primo Emendamento:

Requires the state to be a *neutral* in its relations with groups of religious believers and nonbelievers; it does not require the state to be their adversary. State power is no more to be used so as to handicap religions than it is to favor them².

² *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1, 18 (1947).

Con *Everson* la Corte statuisce due principi congiunti che hanno fortemente influenzato la successiva giurisprudenza costituzionale; in primo luogo, la sentenza sancisce una *strict separation* che, solo un anno più tardi, è ulteriormente rafforzata dalle parole di Justice Frankfurter in *McCullom v. Board of Education*:

Separation means separation, not something less. Jefferson's metaphor in describing the relation between Church and State speaks of a "wall of separation", not of a fine line easily overstepped³

In secondo luogo, nella lettura della Corte Suprema, l'*Establishment Clause* conterrebbe «una promessa di neutralità che il governo è chiamato a garantire rispetto alle religioni» (Ledewitz 2011, 39); come ricordato *Albington Township School District v. Shempp*, lo scopo della clausola

Was broader than separating church and state in this narrow sense. It was to create a complete and permanent separation of the spheres of religious activity and civil authority by comprehensively forbidding every form of public aid or support for religion [...]. [T]he command of the First Amendment [is] that the Government maintain strict neutrality, neither aiding nor opposing religion⁴.

Separazione e neutralità hanno costituito a lungo le coordinate teoriche che hanno guidato le decisioni dei giudici sancendo, in generale, una divisione piuttosto rigida non solo tra Stato e chiesa, ma anche tra politica e religione. Utilizzando il criterio della *strict neutrality* la Corte ha così invalidato una serie di pratiche simboliche più o meno tradizionali, dichiarando, ad esempio, l'incostituzionalità delle preghiere (*Engel v. Vitale*)⁵, della lettura della Bibbia (*Albington Township School District v. Shempp*)⁶, dell'esposizione dei dieci comandamenti (*Stone v. Graham*)⁷ nelle scuole pubbliche, estendendo poi tale criterio anche alle cerimonie di rilascio dei diplomi (*Lee v. Weisman*)⁸ e alle partite di football (*Santa Fe Independent School District v. Doe*)⁹ dei college universitari.

In molti di questi casi, la Corte Suprema si è avvalsa di *test* o standard giudiziali elaborati al fine di definire l'ambito di applicazione della *Establishment Clause*; così, ad esempio, nella sentenza *Lemon v. Kurtzman* la Corte Burger ha deciso che, per superare il vaglio di costituzionalità, una legge (statale o federale) dovesse a) avere dichiaratamente uno scopo

³ *McCullum v. Board of Education*, 333 U.S. 203, 231 (1948).

⁴ *Abington School District v. Shempp*, 374 U.S. 203, 217 e 225 (1963).

⁵ 370 U.S. 421 (1962).

⁶ 374 U.S. 203 (1963).

⁷ 449 U.S. 39 (1980).

⁸ 505 U.S. 577 (1992).

⁹ 530 U.S. 290 (2000).

secolare; b) non produrre l'effetto primario di favorire o sfavorire la religione; c) non istituire un eccessivo legame governativo con la religione¹⁰. Il c.d. *Lemon test* è spesso servito ai giudici come bussola per orientarsi nell'interpretazione del separatismo americano, ma non è stato l'unico criterio utilizzato dalla Corte Suprema; durante la Corte Rehnquist, ad esempio, i giudici hanno elaborato l'*Endorsment test*¹¹ e il *Coertion test*¹², che costituiscono delle specificazioni, o delle attenuazioni, dai criteri elaborati in *Lemon*.

In definitiva, la Corte Suprema ha inizialmente utilizzato il concetto della neutralità imponendo la rimozione di pratiche simboliche religiose dalla sfera pubblica perché «armata della convinzione rigorosamente “democratica” secondo cui lo Stato dovrebbe rimanere “neutrale” nei confronti di tutte le ideologie» essa «ha spinto fino a limiti talvolta quasi estremi la sua politica di condanna dei favori statali alla religione, soprattutto quando i favori ricadevano nell'ambito scolastico» (Bognetti 2000, 69).

4. *La Free Exercise Clause* tra compelling interest e neutrality

Se, almeno in una prima fase, l'*Establishment Clause* è stata prevalentemente interpretata alla luce del criterio della *strict neutrality*, diverso è invece il percorso giurisprudenziale riservato alla seconda clausola del Primo Emendamento che tutela la libertà religiosa. L'idea di separare concettualmente le due clausole è, ancora una volta, frutto della penna del giudice Black che, in *Engel v. Vitale*, scriveva:

Although these two Clauses may, in certain instances, overlap, they forbid two quite different kinds of governmental encroachment upon religious freedom. The Establishment Clause, unlike the Free Exercise Clause, does not depend upon any showing of direct governmental compulsion and is violated by the enactment of laws which establish an official religion whether those laws operate directly to coerce nonobserving individuals or not¹³.

La tutela della libertà religiosa si struttura quindi attorno ad un rigido divieto per il potere pubblico (dapprima federale, poi anche statale) di limitare l'esercizio libero di tale diritto. Già nel 1940 in *Cantwell v.*

¹⁰ *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 612-613 (1971). «First, the statute must have a secular legislative purpose; second, its principal or primary effect must be one that neither advances nor inhibits religion; finally, the statute must not foster an excessive government entanglement with religion».

¹¹ *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668-687 (1984).

¹² *Allegheny County v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989).

¹³ *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421, 430 (1962).

Connecticut la Corte Suprema aveva scomposto la *Free Exercise Clause* in libertà di credere («freedom to believe») e in libertà di professare («freedom to act») chiarendo che mentre la prima è una libertà assoluta e incompressibile, la seconda trova necessariamente dei limiti perché «freedom to act in the exercise of religion is subject to regulation for the protection of society»¹⁴. La Corte Suprema ha precisato che il governo deve esercitare il suo potere normativo con cautela, e comunque in modo da «non violare indebitamente la libertà religiosa»¹⁵ dei cittadini, e pertanto una legge che, anche indirettamente, grava su un credo religioso non è categoricamente proibita, ma è certamente soggetta al controllo di costituzionalità.

A partire da questo momento, l'applicazione della *Free Exercise Clause* si è strutturata attorno alle seguenti domande: quale criterio consente di giudicare uniformemente la legalità delle limitazioni governative alla pratica religiosa? Che tipo di *level of judicial scrutiny* (o *standard of review*) è richiesto al governo per superare il vaglio di costituzionalità alla luce del Primo Emendamento? (Witte, Nichols, Garnett 2021). Nel corso degli anni la Corte ha risposto in vari modi a questi quesiti, ma in termini generali due sono gli approcci prevalenti che possono essere tracciati analizzando la sua giurisprudenza.

Inizialmente, i giudici sembrano aver fornito una protezione robusta alla libertà religiosa saggiando i confliggenti interessi statali alla luce dei parametri dell'*intermediate* e (soprattutto) dello *strict scrutiny*. In *Sherbert v. Verner*¹⁶, in particolare, i giudici supremi hanno per la prima volta elaborato un *test* particolarmente stringente statuendo che, per superare il vaglio di costituzionalità, qualsiasi legge che gravasse sull'esercizio religioso dovesse necessariamente servire un interesse statale impellente (*compelling interest test*) e costituire il mezzo meno restrittivo (*least possible intrusion*) per raggiungere lo scopo prefisso. Perfezionato qualche anno più tardi in *Wisconsin v. Yoder*¹⁷, il *Sherbert/Yoder test* ha orientato le decisioni sulla *Free Exercise Clause* per più di 25 anni (Feldman 2022, 526), incidendo trasversalmente su leggi che regolavano aree riguardanti, ad esempio i rapporti di lavoro¹⁸, o il settore dell'educazione¹⁹, o il servizio militare²⁰ e definendo un orientamento che, gravando sul governo l'onere di provare che l'interesse fosse effettivamente *compelling*, ha reso più difficile per quest'ultimo giustificare le proprie politiche.

¹⁴ *Cantwell v. Connecticut* 310 U.S. 304 (1940).

¹⁵ *Ivi.*

¹⁶ *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

¹⁷ 406 U.S. 205 (1972).

¹⁸ Ad es. *Thomas v. Review Review Bd., Ind. Empl. Sec. Div.*, 450 U.S. 707 (1981).

¹⁹ Ad es. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

²⁰ *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986).

A partire dagli anni '90, tuttavia, la Corte Suprema si è allontanata da questo atteggiamento di favore per la libertà religiosa per abbracciare un approccio meno rigoroso nei confronti di leggi generalmente applicabili. Fa qui capolino, sotto una diversa veste, il principio della neutralità, già utilizzato dai giudici nel definire un paradigma omogeneo nei casi sul separatismo; come stabilito in *Employment Division v. Smith*:

the right of free Exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with a valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes)²¹.

Con *Smith*, i giudici hanno ritenuto di non dover applicare lo *strict scrutiny* nei casi in cui la legge statale – pur incidendo in modo anche significativo sulle pratiche religiose di alcuni credenti – abbia una finalità generale valida per la collettività. Così facendo, la Corte «has moved away from affording religion “special” treatment [...] and has moved toward a position of neutrality (or equality) on church-state issues» (Choper 2000, 1772). L'effetto del principio di neutralità sulla *Free Exercise Clause*, tuttavia, è diverso da quanto avvenuto nei casi riguardanti la *Establishment Clause*: il *neutrality test* di *Smith* ha infatti indebolito tale clausola (Witte, Nichols, Garnett 2021), perché essa non più in grado, da sola, di proteggere i credenti da leggi che «[are] not specifically targeting religion, but was simply enforcing a law equally applicable to all» (French 2002, 11-12).

A ben guardare, in realtà, la giurisprudenza *Smith* non ha disposto il definitivo superamento del *compelling interest test*, che continua a operare qualora leggi statali e federali non siano realmente neutrali²², o quando – in combinato disposto con la *Free Exercise Clause* – i ricorrenti lamentino una violazione di altre libertà contenute nel Primo Emendamento²³. Ma, in generale e in particolar misura per le minoranze, la protezione della libertà religiosa ha subito una contrazione (De Girolami 2015), e *Smith* è stata a lungo letta in contrapposizione al criterio delle *religious accommodations* (Epstein, Posner 2021).

²¹ *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, 879 (1990).

²² Come precisato da *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah* 508 U.S. 520 (1993): «Neutrality and general applicability are interrelated, and, as becomes apparent in this case, failure to satisfy one requirement is a likely indication that the other has not been satisfied. A law failing to satisfy these requirements must be justified by a compelling governmental interest and must be narrowly tailored to advance».

²³ Si tratta della c.d. teoria degli *hybrids rights* elaborata da Scalia in *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 881: «The decisions in which we have held that the First Amendment bars application of a neutral, generally applicable law to religiously motivated action have involved not the Free Exercise Clause alone, but the Free Exercise Clause in conjunction with other constitutional protections, such as freedom of speech and of the press».

5. *Quale neutralità? Le criticità di un principio confuso*

Pur seguendo percorsi diversi, il principio della neutralità religiosa ha finito per costituire uno dei cardini del pluralismo religioso americano, diventando – almeno in teoria – il criterio di collegamento della giurisprudenza sulle due *Religious Clauses*. L'idea di leggere congiuntamente le due clausole alla luce della *religious neutrality* era già stata avanzata negli anni '60 da autorevole dottrina, secondo cui «religion may not be used as a basis for classification for purposes of governmental action» (Kurtland 1961, 5). Partendo da tale intuizione, la neutralità è con il tempo divenuta il principio astratto attraverso cui leggere «the Establishment Clause to prohibit the distribution of government benefits and the Free Exercise Clause to prohibit the distribution of government burdens, on the basis of religious classifications» (Gediks 2010, 961). In realtà, tuttavia, la *religious neutrality* non è riuscita a risolvere tutti i problemi legati ad una applicazione uniforme delle *Religious Clauses*, e molte sono le criticità sollevate sia sotto il profilo teorico che pratico.

In primo luogo, nell'idea della neutralità assunta dai giudici riecheggia in parte la teoria della giustizia di Rawls (Del Bo 2013) che – tuttavia – non trova riscontro nel testo Costituzionale e, in generale, poco ha a che fare con le peculiari origini storiche dell'esperimento americano. La dottrina, inoltre, ha più volte messo in dubbio l'efficacia del principio perché «any determinate politics must necessarily rely upon and promote some contestable scheme of values» (Galston 1991, 92) e pertanto, soprattutto se trasformata in principio-parametro, «the idea of neutrality can stand for so many different political conceptions that standing alone it cannot resolve any actual controversy, about religion or anything else» (Koppelman, 2004, 636-637). La ricerca della neutralità, pertanto, rischia ridursi al tentativo di «grasp an illusion» (Smith 1995, 96) paragonabile al mito della fatina dei denti: «like children who want the tooth fairy to visit, we want [neutrality] to be real or at least for something to stand-in for it to make us believe it is real» (Ravich 2012, 260).

Le critiche alla neutralità, inoltre, non sono rimaste confinate al piano teorico-dottrinale. La sentenza *Smith*, ad esempio, ha scatenato la reazione della politica federale e statale che – nel tentativo di resistere a tale nuovo orientamento – ha prontamente introdotto nel sistema numerose leggi al fine di ripristinare, per via legislativa, i criteri ideati in *Sherbert*. Il Congresso, in particolare, ha approvato il *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) nel 1993 e il *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA) nel 2000, e oltre la metà degli Stati ha adottato la propria versione del RFRA o analoghe disposizioni contenenti standard giudi-

ziali molti simili²⁴. L'opposizione a *Smith* ha coinvolto tanto i legislatori conservatori quanto quelli democratici (Epstein, Posner 2021), al punto che non è azzardato affermare che, all'inizio del nuovo secolo, il combinato disposto di leggi statali e federali abbia fornito una protezione della libertà religiosa più ampia e strutturata della stessa *Free Exercise Clause*, anche se non applicabile all'intera nazione.

L'inconsistenza della *religious neutrality*, inoltre, è svelata ancor più chiaramente dalle controversie sorte sulla base della *Establishment Clause*. In primo luogo, giudici della Corte Suprema hanno accolto per lo meno tre differenti concezioni di neutralità (Movsesian 2012)²⁵ e, in diversi casi, «justices in the majority and dissenting opinions claimed to be relying on the same or similar principle of neutrality, yet they reached the opposite conclusions» (Ravitch 2007, 13). Neppure i *tests* giudiziali elaborati dalla Corte, del resto, sono serviti a comporre un comune indirizzo giurisprudenziale e la storia del *Lemon test* testimonia al contrario una sostanziale incertezza; già criticato dalla dottrina (Laycock 1986; Stokes Paulsen 1993), esso ha finito con il tempo per essere considerato superfluo o fuorviante da alcuni degli stessi giudici che, sarcasticamente, lo hanno paragonato a «some ghoul in a late-night horror movie [...]. It is there to scare us and the audience [...] but we can command it to return to the tomb at will»²⁶. In modo non troppo dissimile, anche gli altri *test* elaborati dalla Corte non hanno saputo realizzare un orientamento uniforme²⁷; in definitiva, come da ultimo ricordato da Justice Breyer in una famosa *concurring opinion*:

Where the Establishment Clause is at issue, tests designed to measure «neutrality» alone are insufficient, both because it is sometimes difficult to determine when a legal rule is «neutral», and because [as Justices Goldberg and Harlan pointed out] «untutored devotion to the concept of neutrality can lead to invocation or approval of results which partake not simply of that noninterference and noninvolvement with the religious which the Constitution commands, but

²⁴ La necessità di replicare anche a livello statale il RFRA del 1993 è originata dalla sentenza *City of Boerne v. Flores* 521 US 507 (1997) in cui la Corte Suprema ha stabilito che l'applicazione di tale legge dovesse limitarsi alle azioni federali e non potesse invece essere applicata a quelle statali o locali.

²⁵ Seguendo la ricostruzione svolta da Movsesian, «The Justices have not always agreed on what neutrality requires [and] three conceptions appear in their decisions [...] neutrality as non-proselytism; [...] neutrality as non-sectarianism [...] neutrality as 'absolutist' position» (341).

²⁶ *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School Dist.* 508 US 398.

²⁷ L'*Endorsment test*, in particolare, è stato letto dalla dottrina più come una specificazione del *Lemon test* che come un autonomo criterio interpretativo (Conkle 2003, 124), mentre il *Coertion test* (probabilmente elaborato da Justice Kennedy per temperare il rigido meccanismo di *Lemon*) è stato poi oggetto di interpretazioni contrastanti da parte degli stessi giudici (Laycock 1991).

of a brooding and pervasive devotion to the secular and a passive, or even active, hostility to the religious»²⁸.

6. *Back to History. Le origini religiose del costituzionalismo americano e la neutralità*

Le parole del giudice Breyer riportate alla fine del precedente paragrafo rivelano non solo l'inconsistenza del principio, ma anche il rischio che un «acritico attaccamento» alla neutralità possa portare ad una «un'ostilità secolare passiva, o addirittura anche attiva, verso la religione»²⁹.

Non si tratta, in realtà, di un tema nuovo, tanto che la *opinion* di Breyer cita, esplicitamente, quanto già denunciato da Justice Goldberg e Harlan nel 1963. La realizzazione di una neutralità-secolare intesa come privatizzazione del fenomeno religioso, inoltre, è più figlia delle vicende europee (e in particolare della *laïcité* francese) che del pluralismo americano, tanto che la stessa Corte Suprema ha più volte ricordato che la Costituzione proibisce «ogni ostilità» nei confronti delle religioni dal momento che «we are a religious people whose institutions presuppose a Supreme Being»³⁰.

E così, accanto al parametro della neutralità, la Corte ha cominciato a guardare alle origini dell'esperimento americano, ricavando dalla sua storia indizi utili a risolvere casi a lei sottoposti. L'argomento storico è stato inizialmente invocato nei ricorsi riguardanti la legittimità di tradizioni esplicitamente ammesse dai *Framers* al momento della adozione della *Establishment Clause*; in *Marsh v. Chamber*, ad esempio, la Corte Suprema ha giustificato l'usanza di aprire le sessioni legislative statali con una preghiera ricordando che una simile pratica era stata adottata già durante formazione del primo Congresso federale, ovvero sia da coloro che avevano poi votato il *Bill of Rights*; rigettando il ricorso, Justice Burger ha osservato che

In light of the history, there can be no doubt that the practice of opening legislative sessions with prayer has become part of the fabric of our society. To invoke divine guidance on a public body entrusted with making the laws is not, in these circumstances, a violation of the Establishment Clause; it is simply a tolerable acknowledgment of beliefs widely held among the people of this country³¹.

La sentenza *Mash* è stata a lungo giudicata come una anomalia accanto a decisioni che utilizzavano i parametri della neutralità e della *strict sepa-*

²⁸ *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 699 (2005) (J. Breyer concurring).

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306, 313 (1952).

³¹ *Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983).

ration. Nel tempo, però, l'argomento storico ha cominciato a emergere nelle argomentazioni dei giudici al punto che, dapprima timidamente e poi in modo sempre più marcato, esso ha finito per assumere il ruolo di antagonista della *religious neutrality*. Inizialmente, i giudici americani hanno fatto appello alle tradizioni storiche per salvare il motto *in God we Trust* presente sulle monete e sulle banconote³² o per legittimare la presenza dei presepi o altre tradizioni natalizie nei luoghi pubblici³³. Ma negli ultimi anni l'utilizzo di tale parametro è cresciuto tanto da permettere ai giudici supremi di svelare un inevitabile paradosso della neutralità che è ben descritto dalle parole di Justice O'Connor:

Certain ceremonial references to God and religion in our Nation are the inevitable consequence of the religious history that gave birth to our founding principles of liberty. It would be ironic if this Court were to wield our constitutional commitment to religious freedom so as to sever our ties to the traditions developed to honor it³⁴.

Così, ad esempio, il Chief Justice Rehnquist ha ritenuto non costituzionale il riferimento a Dio presente nel *Pledge of Alligiance*, un giuramento di fedeltà alla bandiera americana recitato dagli studenti nelle scuole, rilevando come l'uso istituzionale delle parole *Under God* non costituisca una invocazione religiosa, quanto piuttosto una tradizione patriottica fortemente radicata nel paese fin dai tempi di Washington³⁵. Pochi anni più tardi, inoltre, il Chief Justice ha fissato nuovi confini ermeneutici legati all'applicazione della *Establishment Clause* osservando che:

Our cases, Januslike, point in two directions in applying the Establishment Clause. One face looks toward the strong role played by religion and religious traditions throughout our Nation's history [...] The other face looks toward the principle that governmental intervention in religious matters can itself endanger religious freedom. [...]. Reconciling these two faces requires that we neither abdicate our responsibility to maintain a division between church and state nor evince a hostility to religion by disabling the government from in some ways recognizing our religious heritage³⁶.

Per molti decenni, questi due volti hanno faticosamente convissuto, e i giudici supremi si sono divisi tra una interpretazione della *Establishment Clause* maggiormente orientata verso la neutralità e il separatismo, e

³² *Aronow v. United States*, 432 F.2d 242 (9th Cir. 1970).

³³ *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984); *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573 (1989).

³⁴ *Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow* 542 U.S. 1 (2004) (Justice O'Connor concurring).

³⁵ Così *Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow* 542 U.S. 19 (2004).

³⁶ *Van Orden V. Perry*, 545 U.S. 677 (2005).

un'altra che guardava invece alla storia e alle origini religiose del paese. La tensione tra queste due posizioni ha visto il suo apice il 25 giugno 2005 quando la Corte Suprema ha risolto in modo opposto due casi apparentemente identici³⁷. Entrambi i ricorsi riguardavano l'esposizione di monumenti o targhe recanti l'iscrizione dei dieci comandamenti in luoghi pubblici, e in particolare all'interno delle aule di giustizia del Kentucky (*McCreary County v. ACLU*) e di fronte al Texas State Capitol di Austin (*Van Orden v. Perry*), ma «two sharply divided opinions» hanno dichiarato l'incostituzionalità dei monumenti in Kentucky, e la legittimità di quello in Texas, «sending a conflicting message» circa la interpretazione della *Establishment Clause* (Witte, Nichols, Garnett 2021).

In *McCreary*, i cinque giudici di maggioranza hanno fatto largo uso del concetto della *religious neutrality*, definita come «the touchstone of our analysis», giudicando contrastante con il «secular purpose» richiesto da *Lemon* un'istallazione che è invece «unmistakably religious»³⁸. Assumendo un approccio radicalmente opposto, la maggioranza in *Van Orden* ha ritenuto di dover invece guardare al significato che il decalogo ha indiscutibilmente assunto nella storia e nelle tradizioni del Paese, rilevando come un «simbolo passivo» da molto tempo presente nel parco di Austin (e, in braccio alla statua di Mosè, anche sul frontone della stessa Corte Suprema) non possa essere ritenuto contrario alla *Establishment Clause* per il solo fatto di avere un significato «anche» religioso³⁹.

Per quanto i due ricorsi presentino alcune differenze fattuali⁴⁰, il diverso approccio ermeneutico seguito dai giudici per ricavare il «corretto»

³⁷ Le questioni costituzionali sollevate dai ricorrenti erano molto simili: «Do Ten Commandments displays in public schools and in courthouses violate the First Amendment's establishment clause, which prohibits government from passing laws "respecting an establishment of religion?" (McCreary). Does a Ten Commandments monument on the grounds of a state capitol building violate the First Amendment's establishment clause, which barred the government from passing laws "respecting an establishment of religion?" (Van Orden)». Per questo, come notato da Morrison (2007), «many observers viewed these cases as offering the Court an opportunity to clarify its analytical approach, not only in the realm of Ten Commandments cases, but also to the Establishment Clause generally».

³⁸ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005).

³⁹ *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005).

⁴⁰ È infatti utile ricordare che i casi gemelli sui dieci comandamenti presentano alcune differenze rispetto allo svolgimento dei fatti e al contesto. Da un lato in *McCreary*, l'esposizione dei Dieci Comandamenti è stata ordinata dal legislativo delle contee, ed è stata accompagnata da una cerimonia condotta da un famoso pastore di una chiesa locale, che, per l'occasione, ha avallato il significato religioso dell'esposizione testimoniando «l'esistenza di Dio come giudice supremo». Dall'altro, nel caso *Van Orden*, il contestato decalogo era stato donato, per ragioni storiche, più di 40 anni prima da un'organizzazione laica (*Fraternal Order of Eagles*) e si trova in un grande parco vicino a molti altri monumenti storici progettati per illustrare gli ideali di coloro che si stabilirono in Texas e negli Stati Uniti. È abbastanza comprensibile pertanto che, soprattutto a causa del

significato del decalogo mostra, in modo paradigmatico, una marcata divisione all'interno del collegio. Da un lato vi è chi poggia le sue valutazioni sulla neutralità, e tende così ad escludere dalla piazza pubblica ogni simbolo che abbia significati esplicitamente religiosi; dall'altro, invece, chi abbraccia le ragioni dell'accomodamento storico, ritenendo compatibile l'esposizione pubblica di tali simboli in ragione del loro legame con le origini religiose del costituzionalismo americano. Due posizioni, queste, che – soprattutto a seguito dei casi menzionati – hanno a lungo interrogato la dottrina (Chemerinsky 2005; Larsen 2006; Harwood 2006) e che, come vedremo, condizionano anche oggi l'approccio della Corte Roberts.

7. La Corte Roberts tra storia e originalismo

Le pagine che precedono costituiscono l'eredità giuridica a partire dalla quale la Corte Roberts è stata chiamata a prendere posizione. Raggiunto il suo apice con i casi *McCreary* e *Van Orden*, il conflitto tra storia e neutralità ha però visto gli attuali giudici supremi propendere decisamente per la prima opzione, al punto da scalzare *Lemon*, e – secondo alcuni – da definire addirittura un vero e proprio *legal test* che la Corte ha applicato anche al di fuori dei casi relativi al ruolo delle religioni nella piazza pubblica (Barnett, Solum 2023).

Le ragioni di tale nuovo orientamento giurisprudenziale sono molteplici. Innanzitutto, l'ascesa dell'argomento storico avvenuta durante la Corte Rehnquist ha reso sempre più difficile trovare un punto di equilibrio ragionevole tra due approcci ormai troppo diversi. In secondo luogo, un ruolo significativo ha giocato il cambiamento della composizione del collegio, avvenuto prima con la sostituzione di Rehnquist e O'Connor con Roberts e Alito (Harwood 2006, 324) e in un secondo momento di Scalia con Kavanaugh e – soprattutto – di Justice Ginsburg con Justice Barrett. Soprattutto quest'ultima, contestatissima, nomina (*ex multis*, Sunstein 2020) ha modificato l'equilibrio in Corte, con conseguenti ricadute sulle decisioni riguardanti il Primo Emendamento (anche, peraltro, in riferimento alla *Free Speech Clause* – Stone 2021). Parte della dottrina ha letto questa trasformazione in chiave esclusivamente politica, denunciando il

comportamento dei funzionari del Kentucky, nel caso *McCreary* la Corte abbia concluso che «the reasonable observer could only think that the Counties meant to emphasize and celebrate the Commandments' religious message» 545 U.S. 844 (2005). Ma questo argomento non è adatto al caso del Texas, dove «the physical setting of the monument, moreover, suggests little or nothing of the sacred» e i 40 anni di esposizione continua del monumento «suggests that the public visiting the capitol grounds has considered the religious aspect of the tablets' message as part of what is a broader moral and historical message reflective of a cultural heritage», *Van Orden v. Perry* 545 U.S. 677 (2005) (Breyer concurring).

conservatorismo sistemico della maggioranza del collegio (Chemerinsky, Gillman 2020), o addirittura legandolo al credo (in maggioranza cattolico) professato dagli attuali giudici (Coyle 2022). Per quanto concerne la nostra analisi, tuttavia, questo argomento appare fuorviante per almeno due ordini ragioni. In primo luogo, come visto in precedenza, critiche alla neutralità come criterio interpretativo delle *Religious Clauses* erano state avanzate anche in precedenza, perché riguardano problematiche costituzionali che afferiscono alle specificità dell'esperimento americano. In secondo luogo, relativamente alla *Establishment Clause*, il voto decisivo che differenzia i case *Van Orden* e *McCreary* è quello del giudice Breyer, nominato da Bill Clinton e a lungo considerato tra i massimi esponenti dell'area liberal in Corte, mentre è alla penna di Justice Scalia – campione del conservatorismo giudiziale – che dobbiamo l'introduzione del criterio della neutralità nella giurisprudenza sulle *Free Exercise Clause* sancito dalla, contestata, decisione *Smith*.

Più che al presunto posizionamento politico, il cambiamento della Corte Roberts si deve allora alla metodologia interpretativa abbracciata dalla maggioranza dei giudici, oggi decisamente orientata alla ricerca dell'*original public meaning* delle disposizioni costituzionali. È pertanto all'originalismo, più che al conservatorismo⁴¹, che dobbiamo volgere lo sguardo per comprendere le decisioni della attuale Corte. Per quanto le diverse dottrine afferenti a tale dottrina possano differire tra loro, tutte condividono la tendenza ad utilizzare la storia come elemento essenziale per individuare il corretto significato delle clausole costituzionali; la ricerca dell'*original public meaning* presuppone necessariamente una conoscenza del linguaggio (c.d. *Historical Language*) e del periodo storico (c.d. *Originalist Immersion*) in cui le norme costituzionali sono state approvate e ratificate, al fine di comprenderne sotto il profilo semantico l'esatto contenuto normativo (Solum 2017).

Si comprende così perché la maggioranza dei giudici supremi abbia preferito rivolgere il suo sguardo alla storia e alle tradizioni del paese per risolvere i casi riguardanti, in particolare, l'*Establishment Clause*. La Corte Suprema ha sancito la costituzionalità di una pratica della cittadina di Greece dello stato di New York di iniziare le proprie assemblee con una preghiera, ritenendola «un'usanza profondamente radicata nel paese» che ha contribuito, nei secoli, «a costruire la nostra società». Nel decidere il caso, Justice Kennedy recupera il precedente *Marsh v. Chamber* che, per lungo tempo, era stato ritenuto come «una eccezione ritagliata all'interno della giurisprudenza», perché «non sostenuta» da alcun *legal test*; criticando tale lettura, la Corte ritiene invece che:

⁴¹ Spesso, soprattutto in Europa, la dottrina originalista è intesa come sinonimo della politica conservatrice (Caruso 2022) ma in realtà negli Stati Uniti tale equivalenza è quanto meno fuorviante come ho provato a spiegare in altro scritto (Vanoni 2021).

The Court in *Marsh* found those tests unnecessary because history supported the conclusion that legislative invocations are compatible with the Establishment Clause⁴².

Poggiando interamente la sua argomentazione sul criterio storico, la Corte ha cominciato così a distanziarsi dai *legal test* astratti elaborati in precedenza: chiaro è qui il riferimento costituzionale alle origini religiose dell'esperimento americano che lungo il corso del tempo hanno fatto nascere, e in alcuni casi favorito, pratiche di deismo cerimoniale. Tale approccio, inoltre, non è rimasto confinato ai casi riguardanti tradizioni istituzionali, ma ha cominciato a incidere anche sulla giurisprudenza relativa alla presenza di simboli religiosi sul suolo pubblico; negli anni la Corte ha sostenuto la costituzionalità della esposizione di simboli cristiani quali i dieci comandamenti nei parchi pubblici (*Pleasant Grove v. Summum*)⁴³ o di grosse croci erette in prossimità di cimiteri, o per celebrare i caduti delle guerre mondiali (*Salazar v. Buono*; *American Legion v. American Humanist Assn*)⁴⁴. Gli argomenti utilizzati dalla Corte Suprema per risolvere questi casi sono diversi l'uno dall'altro, ma in tutte queste sentenze emerge l'importanza attribuita dai giudici alle tradizioni storiche; così, ad esempio, in *American Legion*, Justice Alito ha ricordato che

Even if the original purpose of a monument was infused with religion, the passage of time may obscure that sentiment. As our society becomes more and more religiously diverse, a community may preserve such monuments, symbols, and practices for the sake of their *historical significance* or their place in a *common cultural heritage*⁴⁵.

Questo nuovo approccio ha riguardato, seppur con modalità diverse, anche la risoluzione dei casi relativi alla *Free Exercise Clause*. In alcuni casi, la Corte ha risolto controversie riguardanti la discriminazione sul luogo di lavoro offrendo un'interpretazione particolarmente estesa della separazione tra ordine temporale e ordine spirituale che, attraverso la c.d. *ministerial exception doctrine*, consente alle organizzazioni religiose di licenziare i propri ministri contravvenendo alle norme federali specifiche (EEOA; ADEA) anche quando essi svolgono, prevalentemente, compiti di insegnamento in scuole confessionali (*Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church And School v. Eeoc*; *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*)⁴⁶. La Corte Roberts ha inoltre ampliato l'interpretazione delle eccezioni religiose contenute nel RFRA, ritenendo che tale legge

⁴² *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565 573, (2014).

⁴³ 555 U.S. 460 (2009).

⁴⁴ Rispettivamente 559 U.S. 700 (2010); 588 U. S._ (2019).

⁴⁵ *American Legion v. American Humanist Assn.*, 588 U. S._ (2019).

⁴⁶ Rispettivamente 565 U.S. 171 (2012); 591 U.S. _ (2020).

(e le sue modifiche) autorizzi le organizzazioni religiose (*Little Sisters of the Poor v. Pennsylvania*)⁴⁷ ma anche alcune *corporations* private a partecipazione familiare (*Burwell v. Hobby Lobby*)⁴⁸ ad essere esentate dalla applicazione di norme federali che impongono ai datori di lavoro di provvedere alla copertura assicurativa dei propri dipendenti rispetto a prestazioni mediche eticamente controverse, quali, ad esempio, le pratiche abortive o contraccettive.

In tutti questi casi (e in altri ancora) la Corte sembra aver ridotto in modo significativo l'utilizzo del *neutral and general applicable law test* elaborato da *Smith*: in parte ciò è dovuto all'applicazione dei nuovi criteri contenuti nell'RFRA, ma ciò non ha mancato di suscitare le critiche di chi, anche all'interno del collegio, ha visto in queste decisioni una compressione di altri diritti civili⁴⁹. In ogni caso, più di una volta, alcuni giudici hanno dichiarato di volersi di volersi allontanare da *Smith*, statuendo, ad esempio, che tale precedente «remains controversial in many quarters»⁵⁰.

L'occasione per superare definitivamente *Smith* si è, infine, presentata alla Corte a seguito della decisione della città di Philadelphia di revocare il permesso di operare come agenzia pubblica per l'affidamento dei minori ad una associazione cattolica che si era rifiutata di svolgere tale mansione a favore di famiglie adottive omosessuali. Investita del caso in *Fulton v. City of Philadelphia*, la Corte ha dovuto chiarire se le politiche antidiscriminatorie municipali fossero contrastanti con i convincimenti religiosi della agenzia protetti dalla *Free Exercise Clause* o se invece, sulla scorta di *Smith*, tale politica potesse essere considerata come a *valid neutral and generally applicable law*.

Con una decisione insolitamente unanime, i giudici hanno giudicato la disposizione di Philadelphia «non neutrale» né «suscettibile di applicazione generale» perché la concessione di esenzioni ai requisiti antidiscriminatori era lasciata alla discrezionalità dei *Commissioner* municipali; esclusa la applicabilità dello *Smith test*, la Corte ha così analizzato la misura contestata alla luce dello *strict scrutiny*, rilevandone l'incostituzionalità per violazione della *Free Exercise Clause*. Ma al di là della decisione finale, le argomentazioni di *Fulton* ruotano attorno al possibile *overruling* di *Smith*, evocato dai ricorrenti, fortemente sostenuto da Alito, Gorsuch e Thomas, ma alla fine neutralizzato dal *distinguishing* di

⁴⁷ 591 U.S. _ (2020).

⁴⁸ 573 U.S. 682 (2014).

⁴⁹ Così in particolare la *dissenting opinion* di Justice Ginsburg in *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682 (2014): «reading RFRA to require extension of religion-based exemptions [...] is not grounded in the pre-Smith precedent Congress sought to preserve».

⁵⁰ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. _ (2018) (J. Gorsuch *concurring*).

Roberts (Lupu, Tuttle 2021) e – soprattutto – dalla posizione “attendista” assunta da Amy Coney Barrett⁵¹.

7.1. *Establishment v. Free Exercise Clauses? Kennedy v. Bremerton School District*

Nonostante i casi ora ricordati traccino in modo piuttosto chiaro la rotta interpretativa intrapresa dalla attuale Corte, la decisione che più di ogni altra ne svela approccio circa il conflitto tra storia e neutralità è forse *Kennedy v. Bremerton School District*.

La controversia era nata dal ricorso presentato da Joseph Kennedy, coach di football liceale sospeso dal suo distretto scolastico per aver più volte recitato con la squadra una preghiera di ringraziamento alla fine delle partite. Sollecitato più volte ad interrompere tale pratica, coach Kennedy si era rifiutato, giustificando la sua azione come un atto di preghiera personale a cui gli studenti partecipavano liberamente, figlio anche di una tradizione scolastica già in uso da tempo e comunque prima della sua assunzione. Dal canto suo, il Bremepton School District ribatteva che recitare una preghiera comune durante l'attività scolastica rappresenta una violazione della *Establishment Clause* e di quella *religious neutrality* che, a lungo, ha costituito il parametro utilizzato dalla Corte per risolvere controversie sorte, in particolar modo, nelle scuole pubbliche.

Rovesciando il verdetto del Ninth Circuit – secondo il quale «Establishment Clause violation trumps Mr. Kennedy's rights to religious exercise» – la Corte Suprema ha accolto le ragioni del ricorrente, sostenendo che, in assenza di prove che indichino che gli studenti sono stati obbligati a partecipare alla preghiera, nulla – e tantomeno il Primo Emendamento – impedisce a Mr. Kennedy di professare, anche in pubblico, il proprio credo. Le argomentazioni di Justice Gorsuch, in particolare, si soffermano a lungo sui precedenti della *Establishment Clause*, rilevando come:

⁵¹ *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. (2021). La *concurring* di Alito è particolarmente ferma nel sostenere le ragioni di un *overruling* di *Smith* «without further delay» dal momento che «It can't be squared with the ordinary meaning of the text of the Free Exercise Clause or with the prevalent understanding of the scope of the free-exercise right at the time of the First Amendment's adoption» e «has not provided a clear-cut rule that is easy to apply, and experience has disproved the Smith majority's fear that retention of the Court's prior free-exercise jurisprudence would lead to "anarchy"». Al contrario, Justice Barrett ha ritenuto di dover rinviare ad un altro momento la decisione sull'*overruling* di *Smith* perché, anche se tale precedente pone più di un dubbio interpretativo sia sotto il profilo storico che testuale, «we need not wrestle with these questions in this case, though, because the same standard applies regardless whether *Smith* stays or goes».

the District asks us to adopt the view that the only acceptable government role models for students are those who eschew any visible religious expression. Such a rule would be a sure sign that our Establishment Clause jurisprudence had gone off the rails. In the name of protecting religious liberty, the District would have us suppress it. Rather than respect the First Amendment's double protection for religious expression, it would have us preference secular activity⁵².

Pur deciso poco più di un anno fa, *Kennedy v. Bremerton School District* rappresenta un importante precedente per provare a comprendere i futuri sviluppi della giurisprudenza americana. In primo luogo, la Corte chiarisce che l'utilizzo di un parametro giuridico troppo rigido nella lettura del principio separazionista può portare i giudici al paradosso di utilizzare l'*Establishment Clause* per sopprimere la *Free Exercise Clause*: sotto questo profilo, pertanto, l'*opinion* di maggioranza decreta il (definitivo?) superamento del *Lemon test* definendolo come un «ahistorical, atextual approach» che «this Court has abandoned»⁵³.

In secondo luogo, Gorsuch riconferma l'argomento storico come il principale criterio di interpretazione della *Establishment Clause*, ricordando che:

this Court has instructed that the Establishment Clause must be interpreted by «reference to historical practices and understandings». [T]he line that courts and governments «must draw between the permissible and the impermissible» has to «accor[d] with history and faithfully reflec[t] the understanding of the Founding Fathers»⁵⁴.

Nel definire questo parametro, infine, la Corte Suprema ha voluto forse risolvere i conflitti tra *Establishment* e *Free Exercise Clauses* a favore di quest'ultima (Ruello 2023); riaffermando – in puro stile originalista – un intendimento dei *Founding Fathers*, i giudici hanno voluto ricordare che entrambe le clausole del Primo Emendamento sono state pensate per garantire il pluralismo (e la presenza) pubblico/a di tutte le religioni all'interno del territorio delle ex colonie e che pertanto il muro di separazione eretto in nome del separatismo americano è funzionale, innanzitutto, ad assicurare la protezione della libertà dei cittadini da ogni, indebita, ingerenza governativa.

⁵² *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. _ (2022).

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

8. Conclusioni

Una recente ricerca statistica condotta da Lee Epstein ed Eric Posner sulle decisioni della Corte Roberts mostra un significativo incremento dei ricorsi decisi a favore delle organizzazioni religiose (oltre l'80%) rispetto alla giurisprudenza precedente (in media il 53%) (Epstein, Posner 2021, 1). Almeno in parte, questi dati sono il frutto di una modifica dell'approccio assunto dai giudici che hanno ormai abbracciato una lettura storica del Primo Emendamento volto a recuperare le origini religiose del costituzionalismo americano e a orientare così il principio del separatismo a favore della presenza pubblica delle religioni.

Alcuni autori hanno salutato tale trasformazione come un «doctrinal clean-up» teso a restituire un approccio «more coherent and also more consonant both with historical practice and the judicial role» (Garnett 2020). Per altri, decisamente più critici, l'attuale trasformazione rappresenterebbe piuttosto «the crumbling» (Chemerinsky 2017) o addirittura «the sledgehammer demolition» (Feldman 2022, 556) del muro di separazione voluto da Jefferson. In ogni caso, l'approccio della Corte Roberts non è di per sé esente da problematiche interpretative che meritano di essere analizzate e risolte; poggiare interamente l'interpretazione del Primo Emendamento sulla storia e sulle tradizioni di un paese che nasce per consentire la pacifica convivenza tra confessioni cristiane può finire per favorire, «the nation's long history of de facto Christianity» (Feldman 2022, 556) a danno delle religioni di minoranza o del sentimento dei non credenti (Tushnet, 2016).

Questa considerazione è parzialmente motivata se guardata alla luce dei casi relativi all'*Establishment Clause*: l'argomento storico ha il merito di riconciliare la clausola del separatismo con le pratiche cerimoniali e simboliche del paese che, però, rimandano quasi esclusivamente alla cristianità. Soprattutto quando è utilizzato come un rigido *legal test*, pertanto, esso rischia di produrre effetti contraddittori. Se infatti una tradizione simbolico-religiosa può continuare a occupare la sfera pubblica solo quando il suo significato si è storicamente secolarizzato, i giudici sono chiamati ad avventurarsi in una complicata operazione ermeneutica sul significato dei simboli (passivi/attivi; secolari/religiosi) che esula dal loro compito: dopo quanto tempo, ad esempio, un simbolo religioso può entrare a far parte delle tradizioni del paese? E in forza di quali ragioni?

Diverso è, invece, se il criterio storico funge da metodologia interpretativa volta a riscoprire il significato originario dell'esperimento americano, che fu pensato per porre fine alla accesa conflittualità tra quaccheri, puritani, cattolici, evangelici e così via; sebbene queste confessioni ci appaiano oggi tutto sommato omogenee, al tempo le loro differenze dogmatiche furono la causa delle guerre di religione che infiammarono il continente europeo. L'analisi storica delle *Religious Clauses* deve quindi

essere orientata a riguadagnare le ragioni profonde del pluralismo americano, per poi adattare alle sfide e agli attori che convivono nelle nostre attuali società post-moderne.

L'accusa di favorire la cristianità rispetto alle altre religioni appare, invece, meno fondata se riferita alla recente giurisprudenza sulla *Free Exercise Clause*. Già nel 2015, infatti, la Corte Suprema aveva accolto il ricorso di una commessa musulmana cui era stata rifiutata l'assunzione perché la policy aziendale vietava di indossare – per ragioni di immagine – veli o copricapi, risolvendo abbastanza agevolmente un conflitto che, in Europa, è ancor oggi oggetto di aspre contese (*ex multis* Marchei 2019; Weiler 2017). Più di recente, la maggioranza della Corte ha sancito l'uguale trattamento di tutte le religioni presenti nel paese, ritenendo irragionevolmente discriminatorio il trattamento riservato da alcune misure anti-covid a chiese, moschee e sinagoghe rispetto ad esercizi ludico-commerciali⁵⁵, e ritenuto contrastanti con la Costituzione analoghe politiche governative che limitavano la celebrazione della Quaresima ma anche della festa di Passover o del Ramadam⁵⁶.

In conclusione, per quanto non completamente esente da critiche, l'approccio della attuale Corte pare orientato a sciogliere alcuni nodi interpretativi che, a lungo, hanno imbrigliato la giurisprudenza americana (Pin, Witte 2024). I giudici sembrano aver abbandonato la pretesa di risolvere i casi a partire da un principio astratto come quello della neutralità; come già saggiamente suggerito da Justice Golberg nel 1963, infatti, l'applicazione «meccanica» di un unico «standard costituzionale» costituisce una «fallace semplificazione»⁵⁷ della complessità insita nelle *Religious Clauses*. In materia di libertà religiosa, infatti, l'analisi

⁵⁵ *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 141 S. Ct. at 66 (2020).

⁵⁶ *S. Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 141 S. Ct. 716, 720 (2021). Più che riguardare le religioni di minoranza, a mio avviso, le future sfide sulla *Free Exercise Clause* riguarderanno piuttosto il contrasto tra la libertà religiosa e altri diritti civili, in particolare dopo che – riconoscendo matrimonio omosessuale a livello federale – la sentenza *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. 644 (2015) ha statuito che «those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned». Il dissenso nato a seguito di tale pronuncia, del resto, è sfociato in numerose controversie (spesso abilmente «costruite» da dall'uno o dall'altro schieramento) originate dal rifiuto «religiosamente orientato» di esercizi commerciali matrimoniali a servire coppie omosessuali. In *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. _ (2018) la Corte Suprema ha potuto evitare di pronunciarsi sul tema, perché ha risolto il caso sulla base di una errata (e discriminatoria) valutazione compiuta dagli organi amministrativi statali. Più di recente in *303 Creative LLC v. Elenis*, 600 U.S. _ (2023) la Corte si è invece pronunciata a favore dei ricorrenti, utilizzando però la *Free Speech Clause*. Tale tematica è tuttavia ancora molto sentita nel paese, ed è facile immaginare che in futuro la Corte sarà ancora chiamata a pronunciarsi anche a causa dell'uso spregiudicato della *strategic litigation*.

⁵⁷ *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 374, 309 (1963) (Justice Goldberg concurring).

del contesto diventa cruciale, e «non appare troppo saggio assumere un approccio giuridico rigido e categorico» (Movsesian 2013, 6). Il lavoro che i giudici sono chiamati a svolgere, pertanto, è quello di accertare i reali pericoli della libertà religiosa distinguendoli dai casi pretestuosi in cui la neutralità è invocata come puro imperativo categorico. Proprio in questa prospettiva, però, la sfida che i giudici supremi sono ora chiamati a raccogliere è quella di evitare di cristallizzare il criterio storico in un nuovo, rigido, *legal test*; al contrario, invece, esso potrà servire come bussola interpretativa per riscoprire le radici dell'esperimento costituzionale americano al fine di garantire la libertà religiosa a tutti e lo status di religione ufficiale a nessuno.

Luca Pietro Vanoni

Dipartimento di Diritto Pubblico Italiano e Sovranazionale

Università degli Studi di Milano

Via Festa del Perdono 7

I-20158 Milano

luca.vanoni@unimi.it

<https://orcid.org/0000-0003-3992-4721>

Riferimenti bibliografici

- Amar, Akhil R. 1998. *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*. New Haven: Yale University Press.
- Barsotti, Vittoria, e Fiorita Nicola. 2008. *Separatismo e laicità*. Torino: Giappichelli.
- Bognetti, Giovanni. 2000. *Lo spirito del costituzionalismo americano. La costituzione democratica*. Torino: Giappichelli.
- Caruso, Corrado. 2022. «Originalismo e politicità della Corte Suprema degli Stati Uniti» (Lettera AIC, Luglio 2022) www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/la-lettera/07-2022-originalismo-e-costituzione.
- Chemerinsky, Erwin, e Gillman Howard. 2020. «Symposium: The unfolding revolution in the jurisprudence of the religion clauses» (SCOTUSblog, Aug 6, 2020), <https://perma.cc/43BS-KQAS>.
- Chemerinsky, Erwin. 2017. «Symposium: The crumbling wall separating church and state» (SCOTUSblog Jun. 27, 2017), www.scotusblog.com/2017/06/symposium-crumbling-wall-separating-church-state/.
- Chemerinsky, Erwin. 2005. «Why justice Breyer was wrong in van orden v. perry». *William & Mary Bill of Rights Journal* 14(1): 1-16.
- Choper, Jesse H. 2000. «A Century of Religious Freedom». *California Law Review* 88(6): 1709-41.
- Conkle, Daniel O. 2003. *Constitutional Law: The Religion Clauses*, New York: Foundation Press.

- Coyle, Marcia. 2022. «The Justices' faith and their Religion Clause decisions» (National Constitutional Center Blog, July 15, 2022), <https://constitutioncenter.org/blog/the-justices-faith-and-their-religion-clause-decisions>.
- Curry, Thomas J. 1986. *The First Freedoms: Church and State in America to the Passage of the First Amendment*. New York: Oxford University Press.
- DeGirolami, Marc O. 2015. «Constitutional Contraction: Religion and the Roberts Court». *Stanford Law & Policy Review*: 385-409.
- Del Bo, Corrado. 2013. «John Rawls e l'idea di neutralità». *Biblioteca della libertà* XLVIII, 206: 97-111.
- Dreisbach, Daniel. 2006. «The Mythical "Wall of Separation": How a Misused Metaphor Changed Church-State Law, Policy, and Discourse». *First Principles Series* 6 (23 giugno) www.heritage.org/.
- Epstein, Lee, e Posner Eric A. 2021. «The Roberts Court and the Transformation of Constitutional Protections for Religion: A Statistical Portrait». *Supreme Court Review*: 315-347.
- Feldman, Stephan M. 2022. «The Roberts Court's Transformative Religious Freedom Cases: The Doctrine and the Politics of Grievance». *Cardozo Journal of Equal Rights and Social Justice* 28(3): 507-558.
- French, David A. 2020. *Fire's Guide to Religious Liberty on Campus*. Philadelphia: Foundation for Individual Rights in Education.
- Galston, William A. 1991. *Liberal purposes: goods, virtues, and diversity in the liberal state*, Cambridge New York: Cambridge University Press.
- Garnett, Richard. 2020. «Symposium: Religious freedom and the Roberts court's doctrinal clean-up», SCOTUSblog (Aug. 7, 2020), <https://perma.cc/7P5E-HP4Z>.
- Gedicks, Frederick M. 2010. «Undoing Neutrality?: From Church-State Separation to Judeo-Christian Tolerance». *Willamette Law Review* 46, 2010: 691-706.
- Gentile, Emilio. 2006. *La democrazia di Dio. La religione americana nell'era dell'impero e del terrore*. Bari: Laterza.
- Gunn, Jeremy. 2004. «Under God but not the Scarf: The Founding Myths of Religious Freedom in the United States and Laïcité in France». *Journal Of Church & State* 46: 7-22.
- Harwood, Christopher B. 2006. «Evaluating the supreme court's establishment clause jurisprudence in the wake of van orden v. perry and mcreary county v. aclu». *Missouri Law Review* 71(2): 317-366.
- Horwitz, Paul. 2011. *The Agnostic Age*. New York: Oxford University Press.
- Jefferson, Thomas. 1802. *Danbury Baptists Association* in *Thomas Jefferson Writings*, a cura di Merrill D. Peterson, New York: Literary Classics 1984: 38-41.
- Koppelman, Andrew. 2004. «The Fluidity of Neutrality». *The Review of Politics* 66: 633-648.
- Kurland, Philip. 1961. «Of Church and State and the Supreme Court». *University of Chicago Law Review* 29: 1-96.
- Larsen, Brett B. 2006. «No closer to clarity: the establishment clause and the supreme stumble in van orden v. perry». *Marquette Law Review* 90(1): 155-172.

- Laycock, Douglas. 1986. «A Survey of Religious Liberty in the United States». *Ohio State Law Journal* 47: 409-452.
- Laycock, Douglas. 1991. «"Noncoercitive" support for a Religion: Another False Claim About the Establishment Clause». *Valparaiso University Law Review* 26: 37-69.
- Ledewitz, Bruce. 2011. *Church, State, and the Crisis in American Secularism*. Bloomington: Indiana University Press.
- Lupu, Ira C., e Tuttle Robert W. 2021. «The Radical Uncertainty of Free Exercise Principles: A Comment on *Fulton v. City of Philadelphia*». *American Constitution Society, Supreme Court Review 2020-2021*: 221-256.
- Mancini, Susanna, e Rosenfeld Michel. 2020. «Nationalism, Populism, Religion, and the Quest to Reframe Fundamental Rights» *Cardozo Law Review* 42: 101-169.
- Marchei, Natascia. 2019. «La libertà religiosa nella giurisprudenza delle Corti europee». *Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (www.statoechiese.it) 33: 46-80.
- McConnell, Michael W. 1990. «The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion». *Harvard Law Review* 103(7): 1409-1517.
- Movesian, Mark. 2012. «Crosses and Culture: State-Sponsored Religious Displays in the U.S. and Europe». *Oxford Journal of Law and Religion* 1: 338-353.
- Movesian, Mark, 2013. «State-Sponsored Religious Displays in the U.S. and Europe. Introduction». *Journal of Catholics. Legal Studies* 52(1): 1-6.
- Neuhaus, Richard J. 1984. *The Naked Public Square: Religion and Democracy in America*. Grand Rapids: William B. Eerdmans Publishing Company.
- Onida, Francesco. 1967. *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense*. Milano: Giuffrè.
- Pagotto, Tania. 2022. «Il motto statunitense "In God We Trust" alla luce della storia e della tradizione del Primo Emendamento». *Chiese e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (www.statoechiese.it) 20: 101-164.
- Perry, Miller. 1963. *Complete Writings of Roger Williams*. New York: Russell & Russell.
- Pin, Andrea, Witte John. 2024. *Libertà religiosa e diritti umani. Origini e futuro tra Europa e Stati Uniti*. Bologna: Il Mulino.
- Ravitch, Frank S. 2007. *Master of illusion. The Supreme Court and the religious clauses*. New York: New York University Press.
- Ravitch, Frank S. 2012. *Judicial Interpretation, Neutrality and the US Bill of Rights, in Freedom of Religion under Bills of Rights*, a cura di Paul Barbie, Neville Rochow. Adelaide: University of Adelaide Press, 253-284.
- Ruello, Jack. 2023. «Looking Forward After *Kennedy v. Bremerton School District*», *Louisiana Law Review* 83(1), <https://lawreview.law.lsu.edu/>.
- Ruffini, Francesco. 1992. *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*. Bologna: Il Mulino.
- Smith, Steven D. 1995. *Foreordained Failure: The Quest for a Constitutional Principle of Religious Freedom*, Oxford, New York: Oxford University Press.

- Smith, Steven D. 2017. *The Rise and Decline of American Religious Freedom*. Cambridge London: Harvard University Press.
- Solum, Lawrence B. 2017. «Triangulating Public Meaning: Corpus Linguistics, Immersion, and the Constitutional Record». *Brigham Young University Law Review* 6(13): 1621-1681.
- Solum, Lawrence B., e Barnett Randy E. 2023. «Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The Role of History and Tradition». *Northwestern University Law Review* 118: 433-494.
- Stokes, Paulsen Michael. 1993. «Lemon is Dead». *Case Western Reserve Law Review* 43: 795-853.
- Stone, Geoffrey R. 2021. «Introductory Remarks: The Roberts Court and the First Amendment: An Introduction». *Brooklyn Law Review* 87(1): 133-143.
- Story, Joseph. 1833. *Commentaries on the Constitution of the United States – The Founders' Constitution Volume 5, Amendment I (Religion), Document 69*. Boston: Little, Brown, and Company (1873 ed.).
- Sunstein, Cass R. 2020. «What's at stake in a new Supreme Court». *The Boston Globe*, Sept. 19, www.bostonglobe.com.
- Tushnet, Mark. 2016. *Religion and the Roberts Court: The Limits of Religious Pluralism in Constitutional Law*, in *The Rise of Corporate Religious Liberty*, a cura di Micah Schwartzman, Chad Flanders and Zoë Robinson. Oxford, New York: Oxford University Press.
- Valentini, Valentina. 2010. *Gli Stati Uniti e la Religione. Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*. Padova: Cedam.
- Vanoni, Luca P. 2021. «La Corte Suprema tra polarizzazione politica e interpretazione costituzionale: alla ricerca di un nuovo equilibrio?». *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2: 499-508.
- Weiler, Joseph H.H. 2017. «Je Suis Achbita». *European Journal of International Law* 28(4): 989-1018.
- Witte, John, Nichols Joel A., Garnett Richard W. 2021. *Religion and the American Constitutional Experiment*. New York: Oxford University Press.
- Witte, John, Latterel Justin. 2011. «Al di là del muro tra Chiesa e Stato». *Oasis* 14, www.oasiscenter.eu/it/al-di-la-del-muro-tra-chiesa-e-stato.