



Angelo Licastro

(professore ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di
Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

**Normativa anti Covid vs. *Free Exercise Clause* nella giurisprudenza della
Corte Suprema USA: un ritorno alla dottrina della "neutralità"
nell'interpretazione dei principi costituzionali in materia religiosa? ***

SOMMARIO: 1. L'intervento della Suprema Corte federale americana in tema di compatibilità della normativa emergenziale con la *Free Exercise Clause* - 2. I termini della questione originariamente sollevata e la pronunzia del giudice di primo grado - 3. L'appello dinanzi alla Corte del Nono Circuito e l'opinione dissenziente del giudice Collins - 4. Il problema della costituzionalità delle misure restrittive incidenti sulla libertà di culto nei contrapposti orientamenti seguiti dalle Corti inferiori - 5. Gli argomenti posti a fondamento del ricorso alla Corte Suprema - 6. La contrapposizione tra *judicial deference* e lettura *rigorosamente neutrale* dei termini della vicenda portata all'esame dei giudici - 7. Una riproposizione dei canoni di *stretta neutralità* anche nell'interpretazione dei principi costituzionali in materia religiosa? - 8. Notazioni conclusive.

**1 - L'intervento della Suprema Corte federale americana in tema di
compatibilità della normativa emergenziale con la *Free Exercise
Clause***

Una Corte Suprema federale spaccata al suo interno praticamente a metà - con quattro giudici favorevoli all'accoglimento delle ragioni dei ricorrenti¹ e altrettanti, quelli di area liberale, contrari, ai quali ultimi ha dato l'appoggio determinante il Presidente Roberts - ha respinto la richiesta di ingiunzione presentata dalla *South Bay United Pentecostal Church and Bishop Arthur Hodges III*² contro l'esecuzione del così detto *stay-at-home order*

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Si tratta dei componenti della Corte di orientamento conservatore, ossia dei giudici Thomas, Alito, Gorsuch e Kavanaugh.

² La *South Bay United Pentecostal Church* riveste, secondo le leggi della California, lo *status* giuridico di ente non profit di pubblica utilità. Per quel che interessa in questa sede, basta considerare che è una congregazione religiosa cristiana. *Bishop Hodges* è un pastore anziano (*Senior Pastor*) e amministratore delegato della *corporation*. Anche nella fase più acuta della pandemia, la Congregazione, attraverso alcuni volontari, nel pieno rispetto



emanato dal Governatore della California che, per limitare il contagio derivante dalla diffusione del virus SARS-Cov-2, aveva disposto, fra l'altro, dapprima la chiusura degli edifici di culto, mantenendola anche per il tempo successivo all'avvio di una prima fase di progressivo allentamento delle misure emergenziali, e poi alcune restrizioni all'accesso in tali strutture³.

La pronunzia giunge all'indomani di alcune importanti decisioni assunte, prima in Germania e poi in Francia, al livello di organismi giurisdizionali superiori, su questioni, per molti aspetti, analoghe. La Corte costituzionale federale tedesca, dopo un primo intervento in cui le ragioni legate alla tutela della vita sono state considerate senz'altro prevalenti su quelle dipendenti dal diritto di libertà religiosa, anche in ragione della breve durata delle restrizioni⁴, ha alcuni giorni dopo censurato il carattere incondizionato di queste ultime, non suscettibile di patire eccezioni giustificate alla luce della situazione di pericolo concretamente esistente⁵; e anche il Consiglio di Stato francese ha ritenuto

delle misure igieniche e di distanziamento, si è impegnata in un servizio di distribuzione *drive-through* di prodotti alimentari ai bisognosi.

³ Supreme Court of the United States, *South Bay United Pentecostal Church, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.*, 29 maggio 2020, N. 19A1044, 590 U. S. _ (2020), in www.supremecourt.gov. Le ragioni contro la concessione del provvedimento ingiuntivo si ricavano unicamente dalla opinione concorrente formulata dal *Chief Justice*, alla quale si oppone l'opinione dissenziente del giudice Kavanaugh, cui hanno aderito i giudici Thomas e Gorsuch. Il giudice Alito ha semplicemente votato a favore dell'accoglimento dell'istanza.

Lo stesso giorno la Corte Suprema (*Elim Romanian Church, et al. v. Pritzker, Gov. of Il.*, 29 maggio 2020, N. 19A1046, 590 U. S.) ha respinto una analoga richiesta proveniente da due Chiese (*Elim Romanian Church* e *Logos Baptist Ministries*) contro gli *order* del Governatore dell'Illinois Jay R. Pritzker, secondo i quali «[u]nlike other Essential Activities [...] religious worship is singled out and subjected to “the limit on gatherings of more than ten people”» (*Emergency Application For Writ of Injunction Relief Requested Before May 31, 2020*, in www.supremecourt.gov, p. 5). La *COVID-19 Guidance for Places of Worship and Providers of Religious Services* del 28 maggio 2020 (in www.dph.illinois.gov) introdurrà nello Stato un limite del tutto analogo a quello che sarà stabilito, come si vedrà più avanti, dal Governatore della California e su cui si è pronunziata la Corte con la pronunzia in esame.

Lo schema che vede schierarsi, su temi eticamente sensibili, il presidente, di orientamento conservatore, con i giudici progressisti è stato da ultimo riproposto in *June Medical Services L. L. C. et al. v. Russo, Interim Secretary, Louisiana Department of Health and Hospitals*, del 29 giugno 2020, in www.supremecourt.gov, che si è pronunziata contro una legge della Louisiana sostanzialmente restrittiva della pratica dell'aborto.

⁴ Bundesverfassungsgericht 10 aprile 2020 - 1 BvQ 28/20, il cui testo è reperibile all'url www.bundesverfassungsgericht.de.

⁵ Bundesverfassungsgericht 29 aprile 2020 - 1 BvQ 44/20, *ivi*.



senz'altro fondate le lamentate violazioni della libertà religiosa, giudicando sproporzionate le misure adottate nei riguardi degli edifici di culto in rapporto alla condizione riservata ad altri luoghi frequentati dal pubblico⁶.

Puntuali comparazioni possono essere compiute soprattutto tra alcuni fondamentali snodi argomentativi presenti nella pronuncia in esame e nella decisione dell'Alta giurisdizione amministrativa francese, rendendo particolarmente interessante chiedersi se l'esito opposto, nei due casi, del giudizio non rifletta, in definitiva, diverse sensibilità o più generali processi di maturazione o evoluzione non sempre convergenti, al di qua e al di là dell'oceano, in tema di approccio ai problemi della libertà religiosa⁷.

È bene, dunque, ripercorrere i più salienti passaggi che hanno condotto all'intervento della Corte suprema, da ricostruire, ovviamente, collocandoli nel contesto delle scelte di fondo riguardanti il contrasto dell'epidemia operate oltreoceano.

2 - I termini della questione originariamente sollevata e la pronuncia del giudice di primo grado

In California, le misure di contenimento del contagio verranno introdotte con *Order of the State Public Health Officer* del 19 marzo scorso⁸.

Si tratta di un tipico *stay-at-home order*, attraverso il quale hanno preso concretamente forma alcune azioni poste in essere dalle autorità sanitarie e incidenti sulle libertà individuali nell'ambito della strategia di lotta alla diffusione del virus.

Questa strategia, anche per ragioni legate alla concreta ripartizione di competenze sussistente tra livello federale e livello statale, ha fatto sì

⁶ Conseil d'État, ord. 18 maggio 2020, nn. 440366 ss., in *www.conseil-etat.fr*. Per un primo commento, si può vedere A. LICASTRO, *La Messe est servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa*, in *Consulta Online*, 2020, II, pp. 312 ss.

⁷ Da noi il giudice amministrativo (TAR Lazio, sez. I, decr. 29 aprile 2020, n. 3453) ha stabilito che la sospensione delle cerimonie religiose (allora disposta dal D.P.C.M. 26 aprile 2020) risponde all'esigenza di "tutela della salute pubblica [...] di natura latamente discrezionale", e che "il sacrificio della pur comprensibile esigenza, prospettata dal ricorrente, di partecipare fisicamente alle cerimonie religiose può ritenersi in via temporanea compensato dalla possibilità di soddisfare il proprio sentimento religioso usufruendo delle numerose alternative offerte mediante gli strumenti informatici".

⁸ EXECUTIVE DEPARTMENT STATE OF CALIFORNIA, Executive Order N-33-20, in <https://covid19.ca.gov>.



che responsabili di gran parte delle misure di contrasto adottate siano stati i governatori i quali, in alcuni casi e specie se di estrazione democratica, hanno privilegiato linee di intervento volte al massimo contenimento della diffusione del virus, rifacendosi così a norme di precauzione che molto ricordano quelle che hanno ispirato, ad esempio, la normativa emergenziale nel nostro Paese. Questo tipo di scelte, tuttavia, si sono subito rivelate molto lontane dalle sensibilità dell'Amministrazione federale, e in particolare del Presidente Trump, propenso piuttosto a minimizzare i rischi della pandemia e a sottovalutare gli avvertimenti provenienti dall'ambiente scientifico, con conseguenti gravi ritardi nella individuazione di misure di coordinamento (particolarmente utili nelle azioni di contrasto a un fenomeno non governabile all'interno dei confini di uno Stato) e nella messa a punto degli strumenti con cui gestire la grave crisi sanitaria.

Tale sostanziale assenza di coordinamento al livello federale ha alimentato la diversificazione del tipo di risposta dei singoli Stati.

Un consistente numero di questi ha previsto vere e proprie *religious exemptions* negli *stay at home orders*, parificando l'attività di culto alle attività "essenziali". In alcuni casi, poi, questa parificazione si è accompagnata alla previsione di regole di distanziamento e di altre misure precauzionali; in altri, per le riunioni religiose, non si è introdotta alcuna restrizione.

Anche un certo numero di altri Stati ha consentito le riunioni religiose, imponendo, però, forti *limitazioni di carattere numerico* (in genere è stato fissato il tetto massimo di 10 partecipanti, ma sono stati previsti anche limiti numerici diversi)⁹.

In un quadro così diversificato e frammentato, il comportamento tenuto dalle autorità religiose non è stato sempre coerente con il tipo di approccio adottato dai provvedimenti statali, in quanto non sono mancati casi di aperta violazione dei divieti come anche di sospensione delle funzioni religiose nonostante l'assenza di qualsiasi divieto.

La California rientra nella lista degli Stati schierati a favore della linea maggiormente precauzionale. Il predetto provvedimento del Governatore Newsom limitava, in sostanza, la libertà di circolazione, obbligando la popolazione a rimanere a casa e autorizzando unicamente gli spostamenti motivati da particolari ragioni di necessità. Si ordina, infatti, a "all individuals living in the State of California to stay home or at their place of residence except as needed to maintain continuity of

⁹ Una mappa che riassume la situazione nei vari Stati federati alla data del 24 aprile 2020 è reperibile all'url <https://www.pewresearch.org>.



operations of the federal critical infrastructure sectors”, espressamente enumerati.

Si tratta di 16 settori considerati vitali per gli Stati Uniti, in quanto la loro continuità operativa è reputata essenziale per il mantenimento degli standard di sicurezza economica e nazionale, nonché di sicurezza e salute pubblica. Tra questi settori non risultavano inclusi i servizi di culto.

Con successivo provvedimento del 28 aprile, verrà stilato un elenco di “Essential Critical Infrastructure Workers”¹⁰, che individuava il personale considerato indispensabile per le attività svolgentesi nell’ambito di diversi di questi settori. Con riferimento a quello denominato *Government Operations and Other Community-Based Essential Functions*, si precisa, al punto 16, che i ministri di culto (*Clergy*) sono da considerare personale addetto a servizi di base, ma solo “for essential support and faith-based services that are provided through streaming or other technologies that support physical distancing and state public health guidelines”.

Intanto, a partire dal 28 aprile, si comincia a pensare alla progressiva riapertura, con la messa a punto di un apposito Piano (*Resilience Roadmap*) articolato in quattro fasi¹¹. Mentre nella prima fase (*safety and preparedness*) la regola era stata “stay at home”, con le sole eccezioni previste per le attività essenziali, già a partire dalla seconda (*lower-risk workplaces*), si avvia la graduale riapertura - nel rispetto di particolari misure di sicurezza - di alcuni luoghi di lavoro classificati a basso rischio, come i negozi di vendita al dettaglio (solo, però, per la forma di vendita che gli americani chiamano *curbside pick-up*, che non comporta l’ingresso del cliente nel negozio) e gli stabilimenti industriali (fase 2a). Con particolari precauzioni, e in un secondo momento (determinato sulla base dei dati riguardanti l’andamento del contagio), si è previsto che gli uffici (se non è possibile il telelavoro), la vendita al dettaglio all’interno del negozio e anche le scuole e i servizi per l’infanzia potessero riaprire (fase 2b). In questa fase è stato pure consentito l’esercizio fisico all’aperto¹². Sia nella prima che nella seconda fase gli edifici di culto sono rimasti, invece, chiusi.

¹⁰ Essential Workforce, 28 aprile 2020, in <https://covid19.ca.gov>.

¹¹ Si veda *Resilience Roadmap* in <https://covid19.ca.gov> e *Update on California’s Pandemic Roadmap*, in www.gov.ca.gov.

¹² Più precisamente, a San Diego, a partire dal 20 maggio, si sono potuti aprire: “Destination retail, including shopping malls and swap meets;” “Personal services, limited to: car washes, pet grooming, tanning facilities, and landscape gardening;” “Office-based businesses;” “Dine-in restaurants;” “Schools and childcare facilities;” and



La terza fase (*higher-risk workplaces*) vede la ripresa delle attività nei luoghi di lavoro e di quelle considerate ad alto rischio, a partire dai servizi alla persona (parrucchieri, ad esempio) e dall'intrattenimento (cinema, sport senza la presenza del pubblico); è in questa fase che è stata programmata anche la riapertura delle chiese. La quarta e ultima fase segna la fine dell'*Order (end of stay at home order)*, con la riapertura graduale dei luoghi di ritrovo più grandi, come i locali notturni, le sale da concerto e la ripresa degli sport con la presenza del pubblico.

Sarà proprio la condizione riservata agli edifici di culto dal "Reopening Plan" (di cui, come si è detto, si programma la riapertura solo in concomitanza dell'avvio della fase 3 e non sin dalla fase 2) a indurre i ricorrenti a lamentare davanti al Tribunale distrettuale l'intervenuta violazione della *Free Exercise Clause* del Primo Emendamento¹³.

Tuttavia, il tribunale non riterrà integrati i presupposti per la concessione del provvedimento ingiuntivo richiesto dalla Congregazione (TRO, Temporary Restraining Order)¹⁴. A fronte dell'ingiusto trattamento peggiore delle chiese lamentato dalla parte attrice, la decisione del giudice postula che il Piano di graduale riapertura tenga unicamente conto del *diverso grado di rischio* presente nei differenti luoghi di lavoro: quelli dei quali è prevista la riapertura, sin dalla seconda fase, sarebbero tutte strutture nelle quali la permanenza del pubblico è sempre transitoria e non implica rapporti ravvicinati durevoli; i luoghi, invece, considerati a più alto rischio, tra cui sono incluse le chiese, sono tali perché caratterizzati da assembramenti di persone che durano per un lungo periodo di tempo.

Stando così le cose, di una violazione della posizione di neutralità che lo Stato deve mantenere quando interviene con delle restrizioni riguardanti l'esperienza religiosa e quella secolare, potrebbe parlarsi solo

"Outdoor museums and open gallery spaces": *Emergency Application for Writ of Injunction Relief Requested by Sunday, May 24, 2020*, in <https://www.supremecourt.gov>, p. 7.

¹³ Il primo inciso del Primo Emendamento della Costituzione americana stabilisce che "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof;". Per un commento molto puntuale di tale Emendamento, si veda *Constitution annotated. Analysis and Interpretation of the U. S. Constitution*, in <https://constitution.congress.gov>. Nella dottrina italiana, per un approfondito studio monografico sull'evoluzione della giurisprudenza in materia di *Religion Clauses* e sulle tendenze più recenti, si veda G. D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni).

¹⁴ Si veda United States District Court for the Southern District of California, 15 maggio 2020, n. 20cv0865-BAS, *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Newsom et al.*, integralmente riportata nella *Emergency Application for Writ of Injunction Relief Requested by Sunday, May 24, 2020*, cit.



se la pratica religiosa in questione, come in caso di acquisto in un negozio di generi alimentari, “involves walking into a church, a few people at a time, keeping six feet apart, picking something up from the church, and going home with you”¹⁵. Dal momento però che la pratica religiosa si svolge in maniera diversa, attraverso riunioni di fedeli per un prolungato periodo di tempo all’interno degli edifici di culto, il termine di paragone per individuare il corretto livello di rischio deve essere un altro, ossia quello proprio delle strutture in cui hanno luogo riunioni di persone con queste caratteristiche. Come sottolinea la pronunzia, non viene in gioco alcun giudizio di valore, né alcuna scala di priorità tra ciò che è più o meno importante: la classificazione operata dal Piano è semplice conseguenza del più o meno elevato livello di rischio connesso con quella determinata attività.

A nulla varrà l’obiezione mossa dalla parte attrice, secondo cui il Piano include nella “fase 2” anche luoghi di lavoro caratterizzati dalla presenza non momentanea del pubblico, come le scuole e i servizi per l’infanzia, facendo legittimamente sorgere il dubbio che sulla scelta del legislatore abbia potuto pesare proprio quel diverso apprezzamento circa l’importanza di determinate attività, rispetto ad altre, in tesi escluso dal tribunale.

Né varrà precisare che la Congregazione non chiede di riprendere l’attività di culto pubblico senza rispettare i protocolli riguardanti il distanziamento sociale e le altre misure poste a tutela della salute pubblica nello svolgimento di altre attività similari. Essa, infatti, se non ritiene più sufficiente assicurare la partecipazione dei fedeli all’attività di culto soltanto da remoto, attraverso le tecnologie digitali (“live-stream services”), oppure attraverso i così detti “drive-in services”, nei quali gli appartenenti alla Congregazione assistono all’attività rituale rimanendo nella propria autovettura, non pretende che venga ripristinata la “normale” attività di culto svolta prima dell’epidemia. E resterebbe, quindi, da dimostrare perché la presenza di un gran numero di persone al chiuso in una fabbrica è consentita, mentre non lo è in chiesa, per un’ora di attività culturale, nel rispetto dei protocolli fissati dal Governo.

Per il tribunale, il Piano di riapertura è una *legge neutrale di generale applicazione* che produce, si può aggiungere, solo un effetto indiretto sulla pratica religiosa. Questo significa che la scelta di posticipare l’apertura degli edifici di culto all’avvio della “fase 3” non è collegata con la natura religiosa propria del servizio offerto, come dimostrerebbe la possibilità che viene garantita di continuare a fruire da remoto, o secondo altre modalità

¹⁵ *Ibidem*, p. 7.



non implicanti riunioni di persone, dei servizi di culto¹⁶. E tanto basta, secondo i giudici, per escludere l'ipotesi di un trattamento discriminatorio in violazione del Primo Emendamento.

3 - L'appello dinanzi alla Corte del Nono Circuito e l'opinione dissenziente del giudice Collins

In sede di appello, le parti attrici presenteranno anche una richiesta di provvedimento ingiuntivo cautelare (*preliminary injunction*) atto a consentire loro, in pendenza di giudizio, lo svolgimento in presenza dei servizi religiosi. Ma la concessione di un tale provvedimento richiede, fra vari altri requisiti, un giudizio prognostico favorevole all'accoglimento nel merito delle ragioni fatte valere, che la Corte non riterrà sufficientemente argomentato¹⁷.

Si ribadisce, sulla scorta di *Lukumi*¹⁸, che laddove l'azione dello Stato non "viola o limita le pratiche a causa della loro motivazione religiosa" e non "impone oneri solo a comportamenti motivati dal credo religioso in modo selettivo", non c'è violazione del Primo Emendamento. D'altronde - concludono i giudici - di fronte ai pericoli derivanti da una grave pandemia, bisogna mettere da parte la dogmatica e lasciare spazio a un pizzico di saggezza pratica¹⁹. Su queste basi, la concessione della misura cautelare verrà negata.

A fronte di una *opinion* della maggioranza dei giudici abbastanza stringata, spicca nella pronuncia la ben più articolata e corposa opinione dissenziente del giudice Collins, tutta tesa a dimostrare la ricorrenza dei

¹⁶ "Religious services are treated similar to other activities where large groups come together for a period of time, like movies, concerts, theater, or dance performances": *ibidem*, p. 29.

¹⁷ Si veda United States Court of Appeals For The Ninth Circuit, 22 maggio 2020, n. 20-55533, 3:20-cv-00865-BAS-AHG, *South Bay Pentecostal Church v. Newsom*, integralmente riportata nell'*Emergency Application for Writ of Injunction Relief Requested by Sunday, May 24, 2020*, cit.

¹⁸ Supreme Court of the United States, *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. pp. 520 ss. (1993) (reperibile on line all'url <https://supreme.justia.com>). In quella occasione la Corte aveva censurato, per contrasto con la garanzia del *Free Exercise of Religion*, una ordinanza comunale che aveva vietato il sacrificio (anche a carattere rituale e con esclusione di quello destinato all'alimentazione) degli animali, proprio perché tale provvedimento appariva rivolto a prendere di mira le pratiche religiose di un determinato gruppo.

¹⁹ United States Court of Appeals For The Ninth Circuit, 22 maggio 2020, n. 20-55533, cit., p. 3.



requisiti richiesti per la concessione della misura cautelare. È importante riassumerne i principali passaggi, in quanto ad essa si rifaranno tutti i successivi tentativi di far valere le ragioni sottese alla tutela della libertà di culto.

Anzitutto, si contesta la coerenza con l'ordine costituzionale americano di ogni approccio al problema delle limitazioni delle libertà fondamentali, nelle situazioni di emergenza, condotto secondo lo standard di revisione "altamente deferenziale" verso l'esercizio del potere statale risultante da *Jacobson* e che talvolta è stato ritenuto applicabile dalla giurisprudenza anche nella situazione emergenziale in esame²⁰. In quella occasione, la Corte Suprema aveva ritenuto che, al momento della verifica della correttezza dell'esercizio del potere statale, sarebbe bastato accertare la buona fede e l'esistenza di una qualche base di fatto idonea a giustificare le misure. Ma, secondo Collins, è questo uno standard che non deve andare oltre il limitato campo di applicazione proprio della decisione, e, pertanto, non può legittimare una restrizione di un *qualsiasi diritto costituzionalmente garantito* che si reputasse ragionevole introdurre al fine di combattere una emergenza sanitaria. In *Jacobson* non era sorto alcun problema di tutela della libertà di esercizio della religione, quanto piuttosto il dubbio della invasione della libertà individuale di cura tutelata dal Quattordicesimo Emendamento.

²⁰ United States Court of Appeals For The Ninth Circuit, 22 maggio 2020, n. 20-55533, cit., COLLINS, Circuit Judge, dissenting, pp. 6 ss.

Jacobson v. Commonwealth of Massachusetts 197 U.S. p. 11 ss. (1905), aveva affermato la costituzionalità delle leggi statali sulle vaccinazioni obbligatorie quando fossero "necessarie per la salute pubblica o la sicurezza pubblica". La Corte aveva ribadito che un sindacato da parte del giudice sulla legittimità del potere di imposizione di regole volte a contenere la diffusione del vaiolo sarebbe stato possibile ove esso fosse risultato "arbitrary and not justified by the necessities of the case" ("Smallpox being prevalent and increasing at Cambridge, the court would usurp the functions of another branch of government if it adjudged, as matter of law, that the mode adopted under the sanction of the State, to protect the people at large was *arbitrary and not justified by the necessities of the case*. We say necessities of the case because it might be that an acknowledged power of a local community to protect itself against an epidemic threatening the safety of all, might be exercised in particular circumstances and in reference to particular persons in such an *arbitrary, unreasonable manner*, or might go so far *beyond what was reasonably required for the safety of the public*, as to authorize or compel the courts to interfere for the protection of such persons": *ibidem*, p. 28, miei i corsivi). Come si vede, fa capolino nella *opinion* della Corte l'idea di *judicial deference* verso le scelte politiche operate dall'Esecutivo, che sarà ripresa dalla Corte Suprema nella pronuncia in esame. In sostanza, la legittimità delle misure è esclusa solo quando esse non abbiano alcun "rapporto reale o sostanziale" con la tutela della salute e della sicurezza pubblica ("the means prescribed by the State to that end has no real or substantial relation to the protection of the public health and the public safety": *ibidem*, p. 31).



È, invece, alla luce della tradizionale impostazione risultante da *Lukumi* che, secondo il giudice Collins, va valutato il caso in esame²¹.

È questo, come si è visto, lo stesso approccio adottato dalla maggioranza dei componenti del collegio giudicante, tuttavia si contesta ora che il Piano di riapertura sia *davvero* una legge *neutrale di applicazione generale*.

Secondo il giudice Collins, già il semplice riferimento nominativo, esplicito, puntuale al fattore religioso indurrebbe a dubitare del carattere *effettivamente* neutrale della misura. In effetti, le norme restrittive non avevano identificato in forma neutrale come pericolosi *alcuni particolari comportamenti*, quali il mancato mantenimento del distanziamento sociale o l'eccessivo numero di persone all'interno di uno spazio chiuso: si era, invece, imposto l'obbligo di rimanere in casa, salva la previsione di specifiche eccezioni, via via destinate ad essere incrementate con la fine graduale del *lockdown*, attraverso il riferimento *nominativo a specifiche categorie di attività*. Orbene,

«[b]y explicitly and categorically assigning all in-person “religious services” to a future Phase 3 - without any express regard to the number of attendees, the size of the space, or the safety protocols followed in such services - the State’s Reopening Plan undeniably “discriminate[s] on its face” against “religious conduct”»²².

E pure la tipica frammentazione dell'intervento normativo, che si è caratterizzato anche in California per l'affastellarsi di regole puntuali e dettagliate (quasi individualizzate) volte a stabilire quali attività i cittadini possono o non possono svolgere, è un elemento che non deporrebbe favorevolmente nel senso della configurabilità del quadro normativo come un insieme di regole di generale applicabilità.

In definitiva, sempre secondo il giudice Collins, non si comprende come mai l'apertura di magazzini e impianti di produzione è consentita, a condizione che si rispettino determinate linee guida specifiche, mentre le “funzioni religiose” che si svolgano di persona - solo perché tali - non debbano essere consentite, anche se attuate nel pieno rispetto delle medesime linee guida²³.

Non manca un riferimento al test di proporzionalità, che, com'è noto, gli americani riconducono entro lo schema dello *strict scrutiny test*:

²¹ United States Court of Appeals For The Ninth Circuit, 22 maggio 2020, n. 20-55533, cit., COLLINS, Circuit Judge, dissenting, p. 9.

²² *Ibidem*, p. 13, sulla scorta di *Lukumi*, 508 U.S., p. 533.

²³ United States Court of Appeals For The Ninth Circuit, 22 maggio 2020, n. 20-55533, cit., COLLINS, Circuit Judge, dissenting, p. 15.



non si discute della ricorrenza di un *compelling* interesse dello Stato per la tutela della salute pubblica²⁴, ma si insiste nel far valere la circostanza che esso potrebbe essere soddisfatto attraverso misure restrittive incidenti sulla libertà di religione in misura meno pesante²⁵. Né può ritenersi giustificato avere un atteggiamento pregiudizialmente diffidente circa la possibilità che nei luoghi di culto siano messi in atto *controlli adeguati* a prevenire il rischio della violazione delle misure di sicurezza, non diversamente da quanto avviene nei luoghi di lavoro propriamente detti.

Tutti questi elementi, e lo stesso appuntamento festivo del 31 maggio (giorno della Pentecoste), dovrebbero indurre lo Stato a onorare il suo dovere, costituzionalmente fondato, “to accommodate a critical element of the free exercise of religion”²⁶.

4 - Il problema della costituzionalità delle misure restrittive incidenti sulla libertà di culto nei contrapposti orientamenti seguiti dalle Corti inferiori

Tra le Corti inferiori è subito emersa una netta contrapposizione di orientamenti a proposito della costituzionalità delle misure introdotte per combattere la pandemia e incidenti sulla libertà di culto²⁷.

²⁴ La ricorrenza di un interesse pubblico di questo tipo non risulta essere mai stata messa in discussione. Come pure incontestabile è il carattere indisponibile del medesimo interesse da parte dei privati cittadini. Cioè questioni come quelle in esame - secondo quanto osservato nel *Brief of Amicus Curiae Americans United For Separation of Church and State in Support of Appellees and in Opposition to Appellants’ Motion for Injunction Pending Appeal*, del 16 maggio 2020, in <https://www.au.org>, p. 21 - non potrebbero risolversi consentendo che ognuno scelga liberamente di esporre a gravi rischi la propria salute, dal momento che, un indebolimento delle misure di prevenzione, porta con sé un aumento delle probabilità di contagio per tutti coloro con i quali i fedeli vengono a contatto (con gravi conseguenze per anziani, immunodepressi ecc.).

²⁵ «By regulating the specific underlying risk-creating *behaviors*, rather than banning the particular *religious setting* within which they occur, the State could achieve its ends in a manner that is the “least restrictive way of dealing with the problem at hand”»: United States Court of Appeals For The Ninth Circuit, 22 maggio 2020, n. 20-55533, cit., COLLINS, Circuit Judge, dissenting, p. 16, dove si richiama *Roberts v. Neace* N. 20-5465, 2020 WL 2316679 (6th Cir. May 9, 2020).

²⁶ United States Court of Appeals For The Ninth Circuit, 22 maggio 2020, n. 20-55533, cit., COLLINS, Circuit Judge, dissenting, p. 18.

²⁷ Una delle elencazioni più complete di pronunzie dei tribunali statali e federali, prevalentemente orientate a negare i provvedimenti ingiuntivi richiesti, si trova nel *Brief of Amicus Curiae Americans United For Separation of Church and State in Support of Appellees and in Opposition to Appellants’ Motion for Injunction Pending Appeal*, del 16 maggio 2020,



Si deve precisare che il tenore concreto delle restrizioni differisce talvolta anche notevolmente nei vari Stati, e questo può rendere, nei singoli casi, più o meno convincenti le argomentazioni sviluppate dalle parti e lo stesso esito del giudizio. A parte, però, le peculiarità di ogni singola vicenda sottoposta al vaglio dei tribunali, si possono cogliere un po' in tutte le pronunzie alcuni tratti ricorrenti, rispetto ai quali le valutazioni dei giudici sono a volte di segno completamente opposto.

A livello di Corti di appello, il Quinto e Sesto Circuito si pronunceranno a favore della sospensione dei provvedimenti restrittivi, mentre il Settimo e il Nono Circuito (quest'ultimo nella vicenda che porterà alla pronunzia della Corte Suprema federale di cui ci stiamo occupando) ne sosterranno, al contrario, la piena compatibilità costituzionale.

In Kentucky, la Corte d'appello per il Sesto Circuito²⁸, ha concesso una misura cautelare sospensiva dei provvedimenti restrittivi incidenti sulla libertà religiosa richiesta da tre fedeli della *Maryville Baptist Church*. A far dubitare i giudici della costituzionalità delle norme emergenziali sono, anzitutto, le numerose eccezioni previste dagli *orders*, ritenute difficilmente compatibili col concetto di legge di applicazione generale²⁹; ma viene messo in evidenza anche un più specifico problema di neutralità dal punto di vista del trattamento della religione, dal momento che molte delle attività consentite porrebbero rischi per la salute equivalenti a quelli derivanti dai servizi di culto: non facendo, com'è ovvio, il virus distinzioni in base al motivo per cui diverse persone si riuniscono negli spazi destinati ad accogliere il pubblico, non si riuscirebbe a comprendere perché "the orders permit people who practice social distancing and good hygiene in one place but not another for similar lengths of time"³⁰. Per superare queste riserve, l'unica via percorribile, secondo la Corte, è la scelta delle misure meno restrittive atte a tutelare gli interessi bisognosi di adeguata composizione, che non devono, in mancanza di specifiche ragioni, essere diverse da quelle imposte alle attività secolari comparabili³¹.

cit., pp. 11-16. Altre decisioni sono intervenute in data successiva.

²⁸ United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, 9 maggio 2020, n. 20-5465, 2020 WL 2316679, *Roberts v. Neace*, in <https://law.justia.com>.

²⁹ *Ibidem*, p. 5 s.

³⁰ *Ibidem*, p. 9.

³¹ *Ibidem*, p. 8.



Anche la Corte d'appello per il Quinto Circuito³² concederà il provvedimento ingiuntivo, data l'assicurazione offerta dalla Chiesa «that it will “satisf[y] the requirements entitling similarly situated businesses and operations to reopen”».

Per converso, in una controversia simile insorta nell'Illinois, che pure vedrà, come si è già anticipato, l'intervento della Corte Suprema, lo stesso giorno della pronuncia in esame, la Corte d'appello per il Settimo Circuito³³ non ha ritenuto incostituzionali le limitazioni adottate dal Governatore dello Stato e non ha concesso la misura cautelare richiesta dalla *Elim Romanian Pentecostal Church* (et al.). Secondo i giudici, l'ordine del Governatore 2020-32 cerca di far fronte a una straordinaria emergenza sanitaria senza discriminare le attività religiose, né mostrare ostilità verso la religione. Le restrizioni per la libertà religiosa conseguono a un provvedimento neutrale e di generale applicazione: esse, infatti, oltre a essere temporanee, non valgono solo per le riunioni di culto, ma per qualsiasi tipo di analoghi incontri di carattere non religioso, come i concerti, le conferenze, le rappresentazioni teatrali, in cui si riuniscono insieme gruppi di persone per periodi prolungati, e soprattutto quando il parlare e il canto possono aumentare i rischi di trasmissione del virus. Impossibile, invece, paragonare i servizi di culto alle attività secolari consentite dall'ordine esecutivo, come gli acquisti al dettaglio, che non implicano riunioni di persone per periodi prolungati³⁴.

Al livello di tribunali di primo grado, il Tribunale del Distretto occidentale del Kentucky³⁵ si è pronunciato a favore dei ricorrenti, considerando che le misure adottate dal Governo renderebbero notevolmente più difficile la pratica religiosa in una delle festività più importanti del calendario cristiano, qual è la domenica di Pasqua. E di fronte al provvedimento del sindaco di Louisville che aveva vietato anche i così detti *church's drive-in worship services*, il Tribunale ribadirà che questi divieti sono incostituzionali, poiché il Governo “may not ban its citizens

³² United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, 22 maggio 2020, n. 20-60399 (5th Cir. May 22, 2020), *First Pentecostal Church of Holly Springs v. City of Holly Springs, Mississippi*, in <https://law.justia.com>.

³³ United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 16 maggio 2020, n. 20-1811, 2020 WL 2517094, *Elim Romanian Pentecostal Church v. Pritzker*, in <https://s3.amazonaws.com>.

³⁴ *Ibidem*, p. 2.

³⁵ United States District Court Western District of Kentucky, 11 aprile 2020, n. 2020 WL 1820249 (W.D. Ky. Apr. 11, 2020), *On Fire Christian Ctr., Inc. v. Fisher*, in <https://law.justia.com>.



from worshipping -or, in the relative safety of their cars, from worshipping together”³⁶.

Anche in un'altra controversia il medesimo Tribunale si è schierato a favore della tutela della libertà religiosa. In *Maryville Baptist Church, Inc. v. Beshear*³⁷, pervenendo a un esito opposto rispetto a una precedente decisione³⁸ che non aveva concesso la misura cautelare richiesta, si è pronunciato a favore dei ricorrenti, dopo avere preso atto che il Governatore dello Stato non era riuscito a dimostrare di avere rispettato i criteri di stretta proporzionalità nell'imposizione delle misure (*strict scrutiny standard*) e di nutrire riserve giustificate sulla presunta incapacità del gruppo religioso di far rispettare rigorose norme di sicurezza nell'esercizio in presenza del culto.

Lo stesso giorno, sarà stavolta il Tribunale per il Distretto Orientale³⁹, con una decisione dichiarata applicabile a tutte le Chiese esistenti nello Stato, a stabilire che i divieti delle riunioni religiose violano il Primo Emendamento. Nella pronuncia c'è un forte richiamo alla necessità di preservare anche in tempi difficili la Costituzione (“a value that must be protected not only when it is easy but when it is hard”)⁴⁰. E si profila pure non solo una valutazione in termini di rigorosa neutralità nel trattamento da riservare alle riunioni di massa - non apparendo convincente differenziare le interazioni sociali che si hanno nei luoghi ritenuti di semplice transito (come gli aeroporti o i negozi di generi alimentari), da quelli in cui le riunioni sono destinate invece a protrarsi nel

³⁶ *Ibidem*, p. 15.

³⁷ United States District Court Western District of Kentucky, 8 maggio 2020, n. 3:20-cv-278-DJH-RSE, 2020 WL 2393359 (W.D. Ky. May 8, 2020), *Maryville Baptist Church, Inc. v. Beshear*.

³⁸ United States District Court Western District of Kentucky, 18 aprile 2020, n. 2020 WL 1909616 (W.D. Ky. April 18, 2020).

³⁹ United States District Court Eastern District of Kentucky, Central Division Frankfort, 8 maggio 2020, n. 3:20-cv-00033-GFVT, 2020 WL 2305307 (E.D. Ky. May 8, 2020), *Tabernacle Baptist Church, Inc. v. Beshear*, in <https://firstliberty.org>.

⁴⁰ “The Constitution will endure. It would be easy to put it on the shelf in times like this, to be pulled down and dusted off when more convenient. But that is not our tradition. Its enduring quality requires that it be respected even when it is hard” (*ibidem*, p. 12).



tempo -⁴¹, ma anche una particolare sottolineatura del valore da riconoscere alla garanzia costituzionale della libertà religiosa⁴².

Anche il Tribunale distrettuale del Kansas⁴³, il 18 aprile 2020, ha pronunciato un'ingiunzione di cessazione delle restrizioni sulle riunioni religiose di più di 10 persone, richiedendo che i servizi di culto fossero trattati allo stesso modo delle riunioni comparabili ritenute rispondenti a esigenze "essenziali", esentate dai divieti. Secondo il Tribunale, i provvedimenti restrittivi non sono leggi neutrali di applicabilità generale. Prevedendo espressamente determinate limitazioni per i servizi religiosi, più onerose rispetto ad attività simili, al fine di provarne la compatibilità costituzionale si sarebbe dovuto dimostrare che le riunioni di culto presentano dei rischi per la salute *del tutto peculiari*, non presenti negli assembramenti che si hanno negli aeroporti, negli uffici e negli impianti di produzione⁴⁴. Altrimenti, un divieto del genere non si può ritenere strettamente necessario per conseguire l'obiettivo della prevenzione del contagio ove si consideri che analoghe riunioni di carattere non religioso sono sottoposte a vincoli molto meno restrittivi. E la clausola costituzionale del libero esercizio della religione non tollera che le attività religiose possano essere sottoposte a restrizioni più onerose rispetto ad attività secolari ad esse comparabili.

5 - Gli argomenti posti a fondamento del ricorso alla Corte Suprema

Dato l'esito del giudizio di appello a loro sfavorevole, gli attori presenteranno la richiesta di provvedimento ingiuntivo, per bloccare l'esecuzione dei già richiamati *stay-at-home orders*, davanti alla Corte Suprema. Come era chiaramente emerso nel giudizio di merito, la

⁴¹ Merita di essere segnalato che, secondo la normativa dello Stato, «Religious organizations were excluded from the category of "life-sustaining," except to the extent they provide "food, shelter and social services"» (*ibidem*, p. 3).

⁴² Si precisa, infatti, che "[t]here is ample scientific evidence that COVID-19 is exceptionally contagious. But evidence that the risk of contagion is heightened in a religious setting any more than a secular one is lacking. If social distancing is good enough for Home Depot and Kroger, it is good enough for in-person religious services which, unlike the foregoing, benefit from constitutional protection" (mio il corsivo): *ibidem*, p. 10.

⁴³ United States District Court for the District of Kansas, 18 aprile 2020, No. 20-1102-JWB, 2020 WL 1910021 (D. Kan. Apr. 18, 2020), *First Baptist Church. et al. v. Kelly*, in <http://www.adfmedia.org>.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 14 s.



questione da affrontare è se questi provvedimenti non introducano una arbitraria discriminazione ai danni dei luoghi di culto, in violazione della *Free Exercise Clause* del Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America.

Intanto, in una lettera inviata il 19 maggio scorso al Governatore della California, il Dipartimento di Giustizia americano esprimeva "diverse preoccupazioni per i diritti civili con riguardo al trattamento riservato agli edifici di culto" dai predetti *orders* e dal Piano di riapertura. In essa si sottolineava, ad esempio, la circostanza che le interazioni personali negli uffici e negli studi di produzione cinematografica, come anche le operazioni in presenza per facilitare il commercio elettronico non essenziale, sono consentite, nel rispetto delle norme di distanziamento sociale, quando non si può ricorrere allo *smart working*, mentre le riunioni religiose, anche nel rispetto delle predette regole di distanziamento, sono vietate, indipendentemente dal fatto che si possa o no praticare il culto da remoto. Nella lettera c'è, altresì, un forte richiamo alla necessità di assicurare il pieno rispetto del principio di neutralità: qualunque sia il livello delle restrizioni che si voglia adottare, i principi costituzionali impongono l'uguale trattamento delle persone e delle attività, abbiano esse natura religiosa o secolare.

Dal canto suo, il successivo 22 maggio, nel consueto *briefing* pomeridiano con la stampa, il presidente Trump esortava i governatori a riaprire subito gli edifici di culto, in quanto "essential places that provide essential services", aggiungendo che "[i]f they don't do it, I will override the governors"⁴⁵. Non è chiaro, tuttavia, su quali basi giuridiche il Presidente ritenesse di potere fondare un suo eventuale intervento sostitutivo. Si sa che, al livello federale, si radica il potere di "dare esecuzione" ("to enforce"), con una legislazione appropriata, alle disposizioni del XIV Emendamento della Costituzione (*Enforcement Clause*)⁴⁶, riferibili, come è noto, anche alla clausola della *Free Exercise of Religion*⁴⁷. Senza addentrarsi sulla questione, delicatissima, della natura e della estensione di un tale potere, in rapporto al carattere immodificabile delle norme della Costituzione, secondo le procedure legislative ordinarie, e allo stesso ruolo della Corte federale di supremo organo cui spetta l'ultima parola nell'interpretazione delle medesime, basta rilevare che esso

⁴⁵ Cfr. Press Briefing by Press Secretary Kayleigh McEnany, Issued on: May 23, 2020, in www.whitehouse.gov.

⁴⁶ Si veda Em. XIV, § 5 della Costituzione americana.

⁴⁷ Supreme Court of the United States, *Cantwell v. Connecticut*, 310 U. S. pp. 296 ss., p. 303 (1940) (reperibile anche all'url <https://supreme.justia.com>).



competete al Congresso e non al Presidente. Solo il Congresso, quindi, potrebbe semmai intervenire in materia di libertà religiosa con proprie leggi al fine di porre rimedio, almeno secondo quanto sembra potersi desumere da *City of Boerne v. Flores*⁴⁸, a situazioni di palese violazione costituzionale; e queste leggi potrebbero prevalere sugli *orders* dei Governatori degli Stati federati.

In questo clima di contrapposizione e di confusione, molte chiese si preparavano a riaprire per la festa della Pentecoste, incuranti delle prescrizioni vigenti⁴⁹.

Molti degli argomenti che erano emersi nel dibattito politico o che erano già stati fatti valere nel giudizio di merito ed erano stati anche oggetto di analisi e riflessione da parte delle Corti inferiori, verranno riproposti nell'istanza di ricorso alla Corte Suprema presentata al giudice Kagan il 24 maggio scorso.

Pur di fronte a una situazione molto dinamica, suscettibile di rapide evoluzioni in rapporto all'andamento dell'epidemia, i ricorrenti invitavano a tenere conto non solo del danno irreparabile alla libertà religiosa per ogni giorno di ritardo nella ripresa delle celebrazioni liturgiche, ma anche dell'esigenza di chiarire gli esatti termini di una questione che potrebbe riproporsi nel caso di un riacutizzarsi, in autunno, dei contagi.

Nel mirino dei ricorrenti non finiscono le attività che sono state considerate essenziali per la salute e il benessere dei cittadini, in quanto tali classificate come prioritarie rispetto ad altre, quanto quelle da ritenere del tutto irrilevanti sotto quel profilo, e, ciononostante, autorizzate a ripartire sin dalla "fase 2", come nel caso dell'industria cinematografica e dello spettacolo.

Non bisogna dimenticare che, stando al quadro normativo in un primo tempo vigente, gli edifici di culto sono rimasti chiusi al pubblico e, pertanto, la comparazione della condizione a essi riservata, rispetto a

⁴⁸ Supreme Court of the United States, *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. pp. 507 ss. (1997) (reperibile anche all'url <https://supreme.justia.com>), è la celebre pronuncia della Corte Suprema che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il *Religious Freedom Restoration Act* del 1993.

⁴⁹ Analogamente a quanto accaduto nel Minnesota, dove i vescovi cattolici avevano comunicato con una lettera al Governatore dello Stato la loro intenzione di sfidare gli ordini emanati, in California tremila chiese hanno pure annunciato la riapertura nel giorno della Pentecoste, nonostante le misure del Governatore Newsom. Nel Mississippi, il 20 maggio, probabilmente come risposta a questo tipo di iniziative, la Prima chiesa pentecostale di Holly Springs è stata devastata da un incendio doloso, con l'effetto di rafforzare ulteriormente l'intenzione di molti gruppi di riprendere immediatamente i servizi religiosi.



quella prevista per altre strutture, fa emergere un trattamento gravemente deteriore: come si osserva nel ricorso, anche superata la prima fase dell'emergenza, in cui la stessa Congregazione ha scelto di rispettare i vincoli imposti dalle autorità, facendo la propria parte nella lotta contro la pandemia, le nuove regole incluse nel Piano di riapertura, trascurando l'importanza della dimensione comunitaria nello svolgimento dell'attività di culto, "continue making it a crime for a congregant to even step foot inside a synagogue, while permitting manufacturing, warehousing, offices, and dine-in restaurants to open"⁵⁰.

Che dietro queste scelte ci siano stati, accanto al calcolo dei rischi, degli apprezzamenti di valore, sull'importanza delle diverse attività da far ripartire, lo ha candidamente ammesso lo stesso Governatore della California, il quale, in una conferenza stampa, a chi gli chiedeva come mai le scuole e non le chiese fossero state considerate luoghi "a basso rischio", rispose che il Piano di riapertura ha bilanciato i rischi con i benefici ("reward"), dando priorità ai servizi "considerati più importanti" per la California⁵¹. E tuttavia, osservano i ricorrenti, dando priorità non solo alle attività imprenditoriali essenziali, o anche alle scuole, ma a tutte le attività di produzione manifatturiera e di stoccaggio, con l'osservanza delle regole di distanziamento sociale, si sta criminalizzando "the exact same type of gatherings, but only if motivated by religious belief"⁵². La scelta di riaprire nella "fase 2" scuole, uffici e ristoranti, relegando i servizi religiosi alla fase successiva, insieme con i cinema e i servizi alla persona resi da parrucchieri e pedicure, sembra proprio scontare una valutazione sul carattere differibile dell'attività, anziché una legata al livello di rischio dipendente dalla relazione molto ravvicinata con altre persone che si instaura in questi ultimi casi e che era stato evocato dalle autorità sanitarie.

Sul piano tecnico processuale, l'ingiunzione richiesta (a differenza di una istanza di sospensione di un provvedimento emanato da un giudice di primo grado) deve essere sorretta da una chiara e indiscutibile giustificazione, dal momento che essa non si limita a ripristinare lo *status quo ante*, ma comporta un intervento del giudice su di esso capace di alterarlo. Il che non manca di complicare ulteriormente le cose, sotto il profilo dell'onere della prova della ricorrenza di una chiara violazione delle garanzie costituzionali. Ma non mancherebbero precedenti inclini a

⁵⁰ *Emergency Application for Writ of Injunction Relief Requested by Sunday, May 24, 2020*, cit., pp. 4 s.

⁵¹ *Ibidem*, p. 5.

⁵² *Ibidem*.



valorizzare piuttosto tutte le specifiche circostanze del caso e soprattutto, ai fini della concessione del *certiorari*, l'esistenza di orientamenti difformi tra i giudici inferiori. Comunque sia, una volta assunto come precedente di riferimento *Lukumi*, si ribadisce che la lettura offerta nella sua opinione dissenziente dal giudice Collins chiarirebbe *indiscutibilmente* che i diritti dei ricorrenti sono stati violati.

Ricordo che in *Lukumi* la Corte Suprema aveva stabilito che, di fronte a una legge che pone dei limiti alla religione, bisogna distinguere due casi. Se la legge è *neutrale e di generale applicabilità* non è necessario che ricorra un "compelling government interest" per giustificarla⁵³. Se, invece, la legge *non è neutrale o di applicazione generale*, allora "must be justified by a compelling governmental interest and must be narrowly tailored to advance that interest"⁵⁴.

L'applicazione di questi ultimi principi alla materia in esame richiede, anzitutto, dal punto di vista dei ricorrenti, che sia dimostrato il carattere *non neutrale* del Piano di riapertura post *lockdown*. E la non neutralità del Piano è fatta dipendere, riprendendo la puntuale analisi risultante dall'opinione dissenziente del giudice Collins, dalla circostanza che esso impone speciali oneri ai ricorrenti *in ragione* proprio delle loro pratiche religiose.

Contro la posizione di chi, nel Governo o in giurisprudenza, afferma, invece, che gli edifici di culto sono stati trattati dalle norme emergenziali come le analoghe strutture non religiose, ci si rifà alle parole pronunciate in conferenza stampa dal Governatore, che, come si ricorderà, aveva evocato chiaramente precisi giudizi di valore sull'importanza delle attività coinvolte, accanto a valutazioni riguardanti il livello di rischio. Infatti, secondo il Governatore, i residenti in California

«may gather to manufacture products, to teach children, but *not* to worship because worship is "low reward"»⁵⁵. "Because California thinks worship is only important for relaxation, but nothing more, that is why worship is placed in Stage 3 with salons and theaters: *low reward*"⁵⁶.

⁵³ Supreme Court of the United States, *Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, cit., pp. 531 ss.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 531 s.

⁵⁵ *Emergency Application for Writ of Injunction Relief Requested by Sunday, May 24, 2020*, cit., pp. 18 s.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 19.



Una norma veramente neutrale dovrebbe semplicemente vietare tutte le riunioni di massa, introducendo dei parametri oggettivi in rapporto, ad esempio, all'ampiezza della sala.

Ma il Piano di riapertura, sempre secondo i ricorrenti, *non* è neppure espressione di una *legge di applicazione generale*. Come aveva chiarito il giudice Collins, la stessa previsione di numerose eccezioni è incompatibile con la natura di legge di applicazione generale. È vero, come pure si era affermato in *Lukumi*⁵⁷, che tutte le leggi sono in qualche misura selettive e non devono essere universali per essere considerate di applicazione generale⁵⁸, ma resta fermo che lo Stato non può prevedere esenzioni per le strutture secolari in considerazione del loro carattere "essenziale", negando parallele esenzioni alle chiese, nonostante esse assicurino l'adozione di analoghe misure di prevenzione del rischio di contagio.

Alla luce dei principi fissati da *Lukumi*, dal momento che la legge in esame non sarebbe una legge neutrale e di applicazione generale (nel qual caso sarebbe bastato una *rational basis review*, ossia la verifica della ricorrenza di uno scopo razionale perseguito dalla legge), l'incidenza sulla *Free Exercise Clause* è ammessa solo se essa è in grado di superare lo *strict scrutiny test*.

Ma la tesi dei ricorrenti è che il Piano non sia stato strettamente concepito per contenere la pandemia. Non si dubita che il Governo abbia un *compelling interest* a frenare la diffusione del contagio, però il Piano sembrerebbe andare oltre quanto strettamente necessario per raggiungere questo obiettivo⁵⁹. Del resto, la stessa Congregazione si è impegnata a seguire puntualmente i protocolli di sicurezza, senza chiedere alcun trattamento privilegiato o speciale.

Quanto al lontano precedente di *Jacobson*, esso non solo non riguarda, in maniera specifica, la libertà religiosa, ma c'è anche il dubbio che possa trovare applicazione nel caso in esame, essendo di molto antecedente ai primi interventi della Corte che avevano ritenuto di dovere comprendere, nell'ambito del concetto di libertà incorporato nel XIV

⁵⁷ Supreme Court of the United States, *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, cit., p. 542.

⁵⁸ Per la sottolineatura di questo profilo, si veda il *Brief of Amicus Curiae Americans United For Separation of Church and State*, cit., p. 6.

⁵⁹ "[T]here is no compelling interest that requires the shuttering only of places of worship but not other facilities": *Emergency Application for Writ of Injunction Relief Requested by Sunday, May 24, 2020*, cit., p. 24.



Emendamento, le libertà garantite dal Primo Emendamento⁶⁰. Ove si ammetta l'applicazione alla materia in esame dei principi fissati in *Jacobson*, come si ricorderà, le misure adottate dallo Stato dovranno considerarsi illegittime solo se prive di qualsiasi "real or substantial" relazione con la protezione della salute pubblica. Ma, si chiedono i ricorrenti, la California non ha mai dimostrato perché lasciar sedere un gran numero di persone insieme al chiuso per otto ore in una fabbrica o in una scuola, senza consentire che ciò possa accadere per un'ora di attività di culto, fornisca un beneficio "reale o sostanziale" per combattere la pandemia. Infine, i casi in cui i servizi di culto hanno effettivamente portato alla diffusione del contagio rappresenterebbero pur sempre una piccolissima percentuale rispetto alla totalità delle funzioni religiose che si svolgono in America, non giustificando pertanto che le restrizioni prevalgano sull'interesse volto a preservare i principi fondamentali della Costituzione.

6 - La contrapposizione tra *judicial deference* e lettura rigorosamente neutrale dei termini della vicenda portata all'esame dei giudici

La pronunzia della Corte Suprema è priva di motivazione. Le ragioni contro l'accoglimento del ricorso di cui si dà in essa esplicitamente conto sono, dunque, soltanto quelle formulate nella opinione concorrente del *Chief Justice*, ma si deve ricordare che, almeno nella normalità dei casi, una *opinion* di questo tipo serve a indicare motivazioni diverse e/o aggiuntive a sostegno della decisione, di cui non necessariamente si condivide il ragionamento seguito per raggiungerla.

Intanto, per precisare i termini esatti della questione su cui si è pronunciata la Corte, bisogna ricordare che, dopo qualche giorno dalla presa di posizione del Presidente Trump, il Governatore della California emanava un documento contenente le linee-guida per la riapertura degli edifici di culto e per la ripresa dei servizi e delle cerimonie religiose in presenza⁶¹. Pur raccomandando che venisse ancora facilitata, per le persone più a rischio, la fruizione dei servizi di culto da remoto, e ribadendo che gli edifici di culto comportano rischi relativamente più elevati di diffusione del virus, nonostante il rispetto delle regole di

⁶⁰ Com'è noto, l'acquisizione si fa risalire a U.S. Supreme Court, *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S., pp. 296 ss. (1940).

⁶¹ *Covid-19 Industry Guidance: Places of Worship and Providers of Religious Services and Cultural Ceremonies*, del 25 maggio 2020, in <https://covid19.ca.gov>.



distanziamento personale, viene previsto, per un periodo transitorio di 21 giorni, che l'ingresso in queste strutture debba essere limitato al *valore più basso tra il 25% della capienza e il tetto di 100 persone*. Non appena trascorso questo periodo, le autorità sanitarie avrebbero rivalutato la situazione, fornendo ulteriori indicazioni per una graduale ripresa delle attività nei luoghi di culto⁶².

A seguito della mutata cornice giuridica entro cui inquadrare la questione controversa, le parti depositeranno un *Supplemental Brief* a supporto del ricorso già prodotto e in vista dell'ottenimento di un provvedimento d'urgenza che consentisse di tenere le funzioni religiose della domenica di Pentecoste (31 maggio)⁶³.

Le doglianze, a questo punto, non possono che indirizzarsi sulla penalizzazione in termini di capienza numerica degli edifici di culto rispetto ai locali dei diversi tipi di aziende industriali e commerciali⁶⁴, per i quali è previsto il solo requisito del distanziamento: infatti, gli unici due settori con un limite prestabilito di capienza massima sono quelli del commercio al dettaglio e degli edifici di culto, senza considerare che il

⁶² Le linee guida enunciano anche una serie molto dettagliata di misure da rispettare nella frequentazione degli edifici di culto, che includono, fra l'altro, il controllo della temperatura e/o dei sintomi all'ingresso e l'utilizzo di disinfettante e mascherina. Si scoraggia la condivisione degli oggetti (come libri di preghiere, cuscini, tappeti da preghiera, ecc.), invitando a fornire copie monouso o digitali; si raccomanda di valutare se sia il caso di fornire copriesedili usa e getta; previsto, altresì, il lavaggio degli indumenti religiosi dopo ogni funzione, l'allestimento di sistemi per la raccolta delle offerte che evitino ogni genere di contatto con le mani, la segnalazione degli spazi dove ci si possa inginocchiare per separarli dai luoghi di passaggio, l'areazione dei locali durante le funzioni, anche ricorrendo eventualmente a sistemi di ventilazione. Ancora: si chiede di abbreviare la durata delle funzioni e di chiudere gli edifici di culto per le visite al di fuori delle riunioni programmate, facendo anche ricorso a sistemi di prenotazione e alla eventuale previsione di orari aggiuntivi, al fine di ridurre la contestuale presenza di un numero elevato di fedeli. Consigliata la sospensione di canti, di recitazioni di gruppo e di altre pratiche similari, oppure la limitazione del numero di persone che recitano o cantano, l'ampliamento della distanza interpersonale, l'eventuale svolgimento di queste pratiche all'esterno. Infine, c'è l'invito a considerare anche la possibilità di modificare le pratiche rituali di particolari tradizioni religiose che potrebbero incentivare la diffusione del virus (evitando, ad esempio, il bacio di oggetti rituali o l'uso di coppe comuni, distribuendo la comunione in mano ecc.).

⁶³ *Supplemental Brief in Support of Emergency Application for Writ of Injunction Relief Requested by Sunday, May 31, 2020*, in <https://pandemicreligion.org>.

⁶⁴ Una elencazione che dà una idea molto precisa dei locali e delle strutture aziendali aperte è presente nella stessa pronunzia della Suprema Corte in esame, all'interno della *dissenting opinion* del giudice Kavanaugh: "factories, offices, supermarkets, restaurants, retail stores, pharmacies, shopping malls, pet grooming shops, bookstores, florists, hair salons, and cannabis dispensaries".



tetto massimo di 100 persone (previsto solo per questi ultimi) appare del tutto arbitrario (in quanto non commisurato alla ampiezza dei locali) e l'altro limite è fissato alla metà di quello valido per i primi (25% e non 50%). Né si può ritenere che le predette linee guida facciano venire meno l'interesse dei ricorrenti a una decisione, dal momento che essi rivendicano un trattamento simile a quello riservato agli stabilimenti industriali, e considerato anche che le stesse linee guida prevedono ogni 21 giorni la rivalutazione da parte delle autorità sanitarie delle condizioni epidemiologiche, senza, quindi, alcuna garanzia contro un eventuale ripristino delle originarie restrizioni. C'è, infine, da considerare che le linee guida hanno continuato a dettare una regolamentazione specifica e più restrittiva per gli edifici di culto, con tutti i conseguenti dubbi sul carattere neutrale dell'intervento.

Premesso che, come si è già detto, il tipo di azione proposta presuppone una *evidente* ("indisputably clear") violazione delle norme costituzionali invocate, nella *concurring opinion* del Presidente Roberts si ribadisce che le restrizioni riguardanti gli edifici di culto non contrastano con la Clausola della *Free Exercise of Religion* del Primo Emendamento, in quanto si applicano a ogni forma di riunione nella quale numerosi gruppi di persone stanno nelle immediate vicinanze per lunghi periodi di tempo, come nel caso delle conferenze, dei concerti, del cinema, degli sport con presenza del pubblico e degli spettacoli teatrali. In altri termini, gli edifici di culto sarebbero stati considerati dall'*order* alla stregua di una qualsiasi altra struttura dove hanno luogo *assembramenti* che coinvolgono un alto numero di persone e che normalmente sono destinati a protrarsi *per un lungo periodo* di tempo. Impossibile, quindi, rivendicare il medesimo trattamento riservato ai negozi di generi alimentari, alle banche o alle lavanderie *self service*, in cui pure si accoglie il pubblico, ma non si formano grandi assembramenti, e i contatti ravvicinati tra persone, pur se presenti, non sono prolungati.

Ma forse il punto veramente cruciale è un altro, ed è la posizione di *judicial deference* che, secondo Roberts, sulla scorta di *Jacobson*, si deve assumere quando si tratta di affrontare questioni come quelle sottoposte all'esame della Corte.

Ci sarebbero due elementi che sconsigliano, infatti, una rigorosa rivalutazione da parte del giudice delle misure adottate dalle autorità governative a tutela della sicurezza e della salute dei cittadini: il *carattere estremamente dinamico* della situazione di rischio e il *disaccordo esistente su come affrontarla*. In questi casi, sono gli organi dello Stato *politicamente responsabili* (perché democraticamente eletti), e non i giudici, a doversi fare carico del compito di assumere i provvedimenti ritenuti necessari, con un *marginale di discrezionalità particolarmente ampio* date le gravi incertezze di



carattere medico e scientifico sulla evoluzione della pandemia e, soprattutto, nel momento in cui ci si sta concretamente attivando per adattare le misure alla mutevole situazione di fatto.

Di avviso del tutto opposto il giudice Kavanaugh che, nella sua *dissenting opinion*, richiama, anzitutto, l'orientamento giurisprudenziale contrario ad ammettere che la religione possa essere, di per sé, causa di imposizione di "duties, penalties, privileges or benefits". Ammissibile, certamente, una restrizione per le attività religiose, ma solo in presenza di un *compelling interest* (di cui nessuno contesta la ricorrenza) e a *condizioni non più onerose* per le attività non religiose comparabili. In definitiva, occorre "a compelling justification for distinguishing between (i) religious worship services and (ii) the litany of other secular businesses that are not subject to an occupancy cap"⁶⁵. In mancanza di una tale giustificazione, "the State may not take a looser approach with, say, supermarkets, restaurants, factories, and offices while imposing stricter requirements on places of worship"⁶⁶. Un tale comportamento si rivela discriminatorio nei confronti della religione, perché chiaramente incompatibile col Primo Emendamento.

7 - Una riproposizione dei canoni di stretta neutralità anche nell'interpretazione dei principi costituzionali in materia religiosa?

Come si vede, anche l'opinione dissenziente di Kavanaugh si muove nell'ambito di una lettura *rigorosamente neutrale* dei termini della vicenda portata all'esame dei giudici. I termini veri del dissenso con la *opinion* di Roberts vertono sulla *effettiva comparabilità* tra le situazioni messe a confronto: per il Presidente della Corte il giusto termine di comparazione sono le attività che si svolgono, ad esempio, in un teatro, mentre per Kavanaugh possono, senz'altro, esserlo quelle dei ristoranti o degli stabilimenti industriali. In questo si esaurisce, in fin dei conti, la verifica volta a stabilire la ricorrenza di un eventuale trattamento discriminatorio⁶⁷.

⁶⁵ Supreme Court of the United States, *South Bay United Pentecostal Church, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.*, 29 maggio 2020, cit., KAVANAUGH, J., dissenting, p. 2.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 3.

⁶⁷ Lo sottolinea giustamente anche qualcuno tra i primi commentatori che hanno favorevolmente accolto la pronuncia della Corte: «For both justices, the relevant question was the same: what should church gatherings during a pandemic be compared to? The



Sotto questo profilo, lo stesso riferimento a *Smith*⁶⁸, invocato a supporto delle ragioni dell'Esecutivo, non sembra del tutto perspicuo, in quanto la Congregazione non chiedeva di essere dispensata dall'osservanza di una legge di applicazione generale, ma di non essere maggiormente onerata rispetto ad attività secolari (ritenute) comparabili.

Si può solo aggiungere - a ulteriore commento della *opinion* del *Chief of Justice* - come l'approccio maggiormente deferenziale verso le scelte dell'Esecutivo, fondato sul riesumato⁶⁹ precedente di *Jacobson*, assicuri alla tesi sostenuta da Roberts un certo margine di oscillazione, che è, invece, precluso alla luce delle considerazioni della *opinion* di minoranza. Quel margine, in definitiva, consente di "assorbire" (entro certi limiti) alcune possibili "deviazioni", nelle scelte operate dal Governatore, dal parametro della stretta comparabilità oggettiva e neutrale delle diverse situazioni messe a confronto. In sostanza, Roberts rinuncia così a dare dimostrazione dell'ipotizzato più elevato livello di rischio che consentirebbe, senza violare le garanzie costituzionali, di differenziare *in peius* il trattamento riservato agli edifici di culto rispetto a quello fatto ai ristoranti o ai centri commerciali.

Neppure l'*opinion* di Kavanaugh proverà, dunque, a valorizzare, in qualche modo, la pregevolezza intrinseca della libertà religiosa come diritto fondamentale dell'uomo garantito dalla Costituzione (Primo

appropriate comparison for Chief Justice Roberts was to "lectures, concerts, movie showings, spectator sports, and theatrical performances" - the secular gatherings that were not exempted - since, like religious gatherings at churches, they involved "large groups of people gather[ing] in close proximity for extended periods of time." For Justice Kavanaugh, meanwhile, the correct comparison was to "supermarkets, restaurants, [and] hair salons," where numerous patrons sometimes gather and remain for long periods of time» (Z. ROTHSCHILD, *Free Exercise in A Pandemic*, in *University of Chicago Law Review Online*, giugno 2020, 1, il quale, peraltro, sembra trascurare che le varie situazioni sono oggettivamente comparabili - con quanto ne consegue al livello di divieto di trattamenti discriminatori - perché vengono sempre in rilievo misure restrittive di *aggregazioni*, più o meno numerose, di *individui*).

⁶⁸ Si veda, ad esempio, il *Brief of Amicus Curiae Americans United For Separation of Church and State*, cit., p. 6, che richiama il notissimo precedente della Corte Suprema *Employment Division v. Smith*, 494 U. S. pp. 872 ss. (1990) (reperibile anche in <https://supreme.justia.com>).

⁶⁹ È stato osservato, nell'atto introduttivo del ricorso relativo alla controversia insorta nell'Illinois (*Emergency Application For Writ of Injunction Relief Requested Before May 31, 2020*, cit., p. 30) che «the concept of "compelling interest" was not introduced to First Amendment jurisprudence until over 50 years after *Jacobson*, in Justice Frankfurter's concurrence in *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U. S. 234, 65 (1957) (Frankfurter, J., concurring), and strict scrutiny was not applied in its current form until 60 years after *Jacobson*, in *Sherbert v. Verner*, 374 U. S. 398 (1963)».



Emendamento), sviluppando eventualmente uno spunto in tal senso presente in qualche pronunzia dei tribunali inferiori⁷⁰.

È piuttosto sorprendente che un tale tentativo sia stato compiuto e abbia dato i suoi frutti in Francia, dove il Consiglio di Stato non ha ritenuto sufficiente superare i dubbi di violazione delle garanzie relative alla libertà religiosa limitandosi alla mera comparabilità oggettiva e neutrale della situazione di rischio tra strutture, aperte all'accesso del pubblico, *ritenute similari sotto il profilo del tipo di riunione di persone* che vi si svolgono, ribadendo che *“les activités qui y sont exercées ne sont pas de même nature et les libertés fondamentales qui sont en jeu ne sont pas les mêmes”*⁷¹. La massima giurisdizione amministrativa francese ha dimostrato che la soluzione del problema in esame dipende da due diversi ordini di valutazioni, ossia, per un verso, dalla effettiva assimilabilità *in punto di fatto* delle differenti situazioni oggetto di comparazione, ma anche, per altro verso, dalla ragionevolezza *in punto di diritto* dell'assoggettamento al medesimo trattamento riservato, in una situazione di emergenza, a situazioni (ritenute) oggettivamente comparabili. E se sotto il primo aspetto, sono preziose (se non decisive) le indicazioni provenienti dagli esperti, sotto il secondo, diventano, piuttosto, determinanti gli apprezzamenti di carattere strettamente tecnico-giuridico riservati al decisore politico e rimessi, eventualmente, al successivo sindacato del giudice.

Se si vuole, l'intervento del Consiglio di Stato francese traccia le nuove frontiere della “laicità positiva” o “ouverte”, ma la stessa Corte costituzionale tedesca⁷² si era dimostrata assai sensibile alle rivendicazioni legate alle esigenze del culto, smentendo il Tribunale amministrativo superiore della Bassa Sassonia⁷³, che, come fa ora la Corte Suprema americana, aveva ritenuto (senza possibili eccezioni, anche avuto riguardo alle misure precauzionali adottate) non equiparabile il potenziale di rischio legato alla frequentazione dei supermercati, con quello derivante dalla partecipazione alle cerimonie religiose, causa il loro protrarsi per un lungo periodo di tempo e la simultaneità della preghiera e del canto.

Anche la Corte Suprema avrebbe potuto trovare, nei più recenti sviluppi della sua stessa giurisprudenza relativa all'interpretazione delle clausole del Primo Emendamento, tutte le risorse per non arrestarsi sulla

⁷⁰ Cfr. United States District Court Eastern District of Kentucky, Central Division Frankfort, 8 maggio 2020, cit., p. 10.

⁷¹ Conseil d'État, ord. 18 maggio 2020, nn. 440366 ss., cit., p. 31 (miei i corsivi).

⁷² Bundesverfassungsgericht 29 aprile 2020, cit.

⁷³ Oberverwaltungsgericht 23 aprile 2020 - 13 MN 109/20.



soglia di un approccio a queste ultime limitato a tenere conto dei vincoli derivanti dall'atteggiamento "neutrale" dello Stato verso il fenomeno religioso (in rapporto alle attività secolari *strutturalmente* comparabili).

Pure all'interno di una linea generale molto prudente adottata dalla Corte Roberts nell'interpretare il proprio ruolo di giudice della costituzionalità delle leggi⁷⁴, sono state, infatti, rintracciate, nella sua giurisprudenza, alcune tendenze rivolte a valorizzare "una tutela espansiva della libertà religiosa sia in forma individuale sia collettiva, che ha facilitato l'accoglimento di istanze di libertà di gruppi religiosi tanto maggioritari quanto minoritari"⁷⁵. Se questo processo ha riguardato materie non coincidenti con quella in esame (ad es. casi di obiezione di coscienza) e ha trovato spesso sostegno nello sviluppo delle norme di produzione legislativa⁷⁶, verso le quali la Corte mantiene, come si diceva, un atteggiamento tutt'altro che severo, se non addirittura mite, esso può ritenersi comunque espressione di una più generale tendenza, conforme alle sensibilità di una parte significativa della società americana, favorevole a riconoscere alle religioni o al fenomeno religioso in generale un certo *favor* rispetto agli interessi secolari, e che, traducendosi in corrispondenti scelte assunte (per via legislativa o dalle corti) in ambito strettamente giuridico, non sono state giudicate dalla stessa Corte Suprema in contraddizione con i principi costituzionali in materia religiosa del Primo Emendamento.

⁷⁴ Si veda **K.E. WHITTINGTON**, *The Least Activist Supreme Court in History? The Roberts Court and the Exercise of Judicial Review*, in *Notre Dame Law Review*, n. 5, 2014 (reperibile all'url <https://ssrn.com>). Cfr. pure **A. PIN**, *Quando la storia decide il caso. La libertà religiosa ai tempi della Corte Roberts*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, a cura di P. ANNICCHINO, European University Institute, 2017, pp. 3 ss. Per una comparazione tra Corte americana e Corte europea di Strasburgo, cfr. **P. ANNICCHINO**, *La religione in giudizio. Tra Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Il Mulino, Bologna, 2018.

⁷⁵ **A. MADERA**, *More than a playground dispute: il caso Trinity Lutheran Church v. Pauley e le nuove traiettorie interpretative dell'Establishment Clause*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 23 del 2017, p. 24 s.

Si deve osservare che la tendenza a ritenere compatibile con la clausola dell'*Establishment* l'attività di promozione della religione in generale (fermo restando il divieto di scelte preferenziali a favore di alcune confessioni) non è nuova, ma era già emersa anche durante la precedente presidenza Rehnquist: si veda Supreme Court of the United States, *Agostini v. Felton*, 521 U. S. pp. 203 ss. (1997); *Mitchell v. Helms*, 530 U. S. pp. 793 ss. (2000) e *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U. S. pp. 639 ss. (2002).

⁷⁶ ... che, nella materia ecclesiastica, si ispirano al modello del RFRA del 1993, il quale, dopo la dichiarazione di illegittimità pronunciata dalla Corte nel 1997, si ritiene che resti applicabile nei confronti dei soli atti federali.



Ma, come si è detto, delle motivazioni di fondo e degli effetti⁷⁷ dell'affermarsi, pur con le crescenti riserve espresse in diversi ambienti, della dottrina costituzionale del *religious accomodationism* come chiave di lettura delle clausole dell'*Establishment* e del *Free Exercise of Religion* del Primo Emendamento⁷⁸ non vi è traccia alcuna o riflesso nelle due *opinion* che danno corpo alla pronuncia in esame della Corte Suprema.

8 - Notazioni conclusive

È vero che i precisi termini della questione prospettata nel ricorso, dopo le modifiche all'*order* californiano introdotte con le nuove linee guida del 25 maggio scorso, forse non avrebbero più giustificato un intervento di urgenza come quello richiesto dalla Congregazione attrice. Ma tutta la complessa vicenda, come le analoghe che hanno interessato alcuni Paesi europei, inducono a riflettere sul concreto significato che conserva la libertà religiosa in molte democrazie occidentali.

È, intanto, a mio parere inutile nascondere che, un po' dappertutto, a guidare dapprima le scelte sulle chiusure (o le limitazioni) di molte attività e poi quelle sulle progressive riaperture non sia stato solo il loro *carattere essenziale* (nel senso, molto spesso, di "vitale") per la popolazione (ad esempio, filiera alimentare, servizi sanitari e quelli legati alla tutela dell'ordine pubblico), il *livello di rischio* per la salute (ad esempio, i servizi alla persona rispetto all'attività fisica solitaria all'aperto) e la possibilità della *prosecuzione da remoto* (si pensi, ad esempio, allo *smart working*), in quanto si è anche tenuto conto, in molti casi, dell'*importanza intrinseca* di determinate attività.

Esclusa, cioè, la prima categoria di attività essenziali e indifferibili, a parità di livello di rischio, si è alcune volte scelto di portare avanti, o di riavviare prima, attività ritenute intrinsecamente più importanti di altre.

⁷⁷ Cfr. V. BARSOTTI, N. FIORITA, *Separatismo e laicità. Testo e materiali per un confronto tra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 51, i quali segnalavano come "la giurisprudenza vada aprendosi alla richiesta [...] di supportare una vera e propria riscoperta della religiosità e la traduca nella riproposizione della religione quale fenomeno da privilegiare rispetto ad altri fenomeni sociali e suscettibile di giustificare deroghe più o meno estese alla legislazione generale".

⁷⁸ Possono considerarsi espressioni del nuovo orientamento, Supreme Court of the United States, *Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, 546 U. S. pp. 418 ss. (2006); *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U. S. pp. 682 ss. (2014); *Equal Employment Opportunity Commission v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 U. S. _ (2015), *Zubik v. Burwell*, 578 U. S. _ (2016), tutte reperibili on line all'url <https://supreme.justia.com>.



Nel nostro caso, come si ricorderà, è stato lo stesso Governatore della California a rivelare che si è fatto un calcolo tra costi e benefici dipendenti dall'attività considerata.

È dubbio, tuttavia, che questo tipo di valutazione, sull'*utilità intrinseca* della religione, possa essere compiuta da un ordinamento liberale, tanto più se rigorosamente separatista. L'importanza da dare alla religione non può che dipendere dalle scelte personali di ognuno, senza che lo Stato possa intromettersi formulando giudizi di valore validi per tutti. Altrimenti, si può finire con l'assimilare (come in effetti era avvenuto sulla base dell'originaria versione del *Reopening Plan* californiano) l'attività religiosa all'attività di *pedicure*, rispettabilissima anch'essa, ovviamente, ma di certo non circondata delle medesime garanzie costituzionali di cui è circondata la prima.

Sembrerebbero, inoltre, venire al pettine in questa vicenda i nodi di ogni approccio meramente neutrale ai problemi della libertà religiosa, certo non ignoti agli stati separatisti "puri".

Se bene ci si riflette, pur con una certa approssimazione, si potrebbe quasi dire, ragionando secondo gli schemi e le garanzie desumibili dal nostro ordinamento costituzionale, che la vicenda in esame, da noi, sarebbe stata risolta non tanto applicando l'art. 19 Cost., bensì alla luce del parametro di cui al successivo art. 20 (il carattere ecclesiastico di una associazione non può essere causa di *speciali* limitazioni legislative per ogni sua forma di attività)⁷⁹.

Una legge neutrale e di applicazione generale a rigore consente di escludere ogni *trattamento discriminatorio*, mentre non consente di fare emergere una eventuale eccessiva ingerenza in una libertà fondamentale. Ma, nel nostro caso, è anche difficile considerare legge neutrale e di applicazione generale una normativa che, sebbene indubbiamente destinata a condizionare tantissime attività umane - perlomeno in una fase transitoria di più o meno lunga durata - "tipizza" alcune di esse, attraverso una disciplina "esplicita" e specifica che le riguarda. Non significa nulla, da questo punto di vista, che manchi qualsiasi intento odioso verso la religione e le sue manifestazioni, bastando il dato oggettivo dell'esplicito trattamento differenziato. E, di fronte a una legge non neutrale e non generale, già in *Lukumi* si era bene chiarito come, per

⁷⁹ Non è un caso se, nella controversia insorta nell'Illinois, sia stata invocata la garanzia prevista dal *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* ("RLUIPA"), secondo cui "[n]o government shall impose or implement a land use regulation in a manner that imposes a substantial burden on the religious exercise of a person, including a religious assembly or institution" (cfr. *Emergency Application For Writ of Injunction Relief Requested Before May 31, 2020*, cit., p. 36).



giustificare una restrizione della libertà religiosa, fosse necessario non solo un *compelling interest*, ma anche uno *scrutinio particolarmente rigoroso* delle scelte operate dai pubblici poteri. A queste condizioni, la libertà religiosa, in determinate situazioni, potrebbe *subire anche oneri più pesanti di altre libertà*, come dovrebbe ammettersi nel nostro caso, *qualora fosse dimostrato che sia molto più pericoloso ritrovarsi in chiesa anziché nei ristoranti, senza che ci sia la possibilità di contenere il rischio con adeguate misure di sicurezza*.

Quest'ultima notazione ci porta al criterio, centrale nella materia in esame, della *proporzionalità* delle restrizioni e dei possibili *accomodamenti* utili a contenerle.

In fondo, il RFRA del 1993 - pur se costituente un intervento normativo *ultra vires*, tanto da apparire come una sorta di atto contenente una interpretazione autentica di norme costituzionali resa, ovviamente, non dal medesimo organo autore dell'atto interpretato, e come tale giustamente giudicato incostituzionale dalla Corte Suprema - provando a restaurare la situazione pre-*Smith*⁸⁰, vincolava proprio gli Stati federati a ricercare le restrizioni *meno invasive* della libertà garantita dal Primo Emendamento⁸¹ (sempre se giustificate da un interesse pubblico *compelling*), proprio secondo la tipica logica della *proporzionalità*.

Nel nostro caso, ove si fosse valorizzato quest'ultimo criterio, lo spazio di operatività così riconosciuto alla *Free Exercise Clause* del Primo Emendamento non sarebbe entrato in alcun modo in tensione con l'altra clausola dello stesso Emendamento (la *Establishment Clause*) - anche perché la ricerca di misure in grado di consentire una ripresa in sicurezza delle attività ha riguardato tantissimi settori della vita sociale e la Congregazione ricorrente non ha mai preteso di riaprire il proprio edificio di culto senza adottare analoghe precauzioni - e avrebbe, piuttosto, contribuito a preservare il senso e la *ratio* della stessa solennità della proclamazione di quella che, per gli americani, è sempre stata *the First Freedom*.

⁸⁰ Supreme Court of the United States, *Employment Division v. Smith*, cit.

⁸¹ Sec. 3 (a) IN GENERAL. - Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b).

(b) EXCEPTION. - Government may substantially burden a person's exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person - (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.



Anti-Covid Law vs. Free Exercise Clause in US Supreme Court Case Law: is it a Return to the Doctrine of “Neutrality” in the Interpretation of Religious Clauses of the First Amendment?

The paper analyzes the question of whether the Stay-at-Home Order and the Reopening Plan that were issued by the State of California to combat the Covid-19 pandemic discriminate against places of worship in violation of the Free Exercise Clause of the First Amendment to the United States Constitution. In *South Bay United Pentecostal Church vs. Newsom*, the Supreme Court of the United States upholds California’s guidelines for places of worship that limit religious worship services to 25% of a building’s capacity or a maximum of 100 attendees, because similar restrictions apply to comparable secular gatherings.

Stay-at-Home Order; Free Exercise Clause; California’s guidelines for places of worship