



Greta Pavesi

(dottoranda di ricerca in Diritto ecclesiastico e canonico nell'Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria")

**Limitazioni alla libertà religiosa e principio di proporzionalità
davanti alle Corti: una prospettiva comparata ***

*Restrictions on Religious Freedom and the Principle of Proportionality
before the Courts: A Comparative Perspective **

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. "Breve durata" delle restrizioni e proporzionalità: l'interpretazione del *Bundesverfassungsgericht* - 3. Il Consiglio di Stato francese e la "question de proportionnalité" della libertà di culto - 4. "Secular gatherings" v. "secular businesses": il *tertium comparationis* nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense - 5. Emergenza sanitaria e test di proporzionalità nella giurisprudenza di Strasburgo: brevi considerazioni *de iure condendo* - 6. Conclusioni.

ABSTRACT: The emergency legislation through which the legal systems have tried to cope with the Covid-19 pandemic has necessitated new forms of balancing health protection and other fundamental freedoms, including freedom of religion. The aim of this paper is to analyse the different ways in which the superior Courts have applied the principle of proportionality, with the purpose of trying to assess the extent to which the different sensitivity of judges (especially as regards the identification of the *tertium comparationis*) has affected the effective protection of freedom of religion during the pandemic. In particular, a comparison will be made among the statements of the *Bundesverfassungsgericht*, the *Conseil d'État* and the US Supreme Court, which have balanced the right to health and religious freedom. Short concluding remarks will be addressed to the possible role of Strasbourg jurisprudence in guiding the work of national judges dealing with the proportionality test, also in a post-pandemic perspective.

1 - Introduzione

Come ormai noto, l'emergenza sanitaria innescata dalla diffusione del virus SARS-CoV-2 ha imposto ai governi nazionali la necessità di adottare misure eccezionali idonee a preservare la salute e la vita degli individui.

Naturalmente, la primazia riconosciuta al diritto alla salute non è stata (e non poteva essere) a "costo zero": essa ha imposto la compressione di numerosi diritti e libertà fondamentali, ivi incluse restrizioni che - più o



meno ovunque, seppur con differenti declinazioni - hanno interessato il pubblico esercizio del culto¹.

In conformità alle indicazioni provenienti dalla comunità scientifica, che sin dall'esordio del fenomeno pandemico ha individuato nei così detti assembramenti la principale fonte di propagazione dell'infezione, le autorità dei Paesi più colpiti sono infatti apparse da subito allineate nella scelta di sospendere (o, quantomeno, di sottoporre a condizioni particolarmente stringenti) lo svolgimento di funzioni religiose *coram populo*².

A uno sguardo generale, si può osservare come tali misure siano state inizialmente condivise dalle confessioni che, pur riconoscendo il carattere fortemente restrittivo del divieto di celebrazioni religiose, in

* Contributo selezionato dal Comitato organizzatore - Paper selected by the organizing Committee.

¹ Le misure restrittive, la cui *ratio* s'identificava con la necessità di contenere la diffusione dei contagi, hanno infatti colpito l'esercizio del diritto di libertà religiosa nella sua sola "dimensione fisica collettiva" (così **A. FERRARI**, *Covid-19 e libertà religiosa*, in *Settimana News*, 6 aprile 2020), lasciandone impregiudicata quella individuale.

² Puntuali ricostruzioni sulle modalità di gestione del fenomeno pandemico, anche in ordinamenti diversi dal nostro, sono rinvenibili nei contributi pubblicati in **A. NEGRI**, **G. MAZZONI** (a cura di), *Libertà religiosa e Covid-19: tra diritto alla salute e salus animarum*, Focus del dossier *Olir emergenza coronavirus*, Milano, 2021; **P. CONSORTI** (a cura di), *Law, religion and Covid-19 emergency*, *Diresom papers I*; **F. BALSAMO**, **D. TARANTINO** (a cura di), *Law, religion and the spread of Covid-19 pandemic*, *Diresom papers II* (queste ultime due disponibili al sito www.diresom.net). Con specifico riferimento alle limitazioni della libertà di culto adottate dal Governo italiano, vedi, tra gli altri, **N. COLAIANNI**, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 7 del 2020, p. 25 ss.; **A. LICASTRO**, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta Online*, rivista telematica (www.giurcost.org), 14 aprile 2020, p. 222 ss.; **T. DI IORIO**, *La quarantena dell'anima del civis-fidelis. L'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 11 del 2020, p. 36 ss.; **S. MONTESANO**, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: sintesi ragionata delle limitazioni introdotte in Italia per contrastare la diffusione del Covid-19*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2 del 2020, p. 255 ss.; **V. PACILLO**, *La libertà religiosa in Italia ai tempi del Covid-19. Motivazioni e bilancio di un webinar e prospettive di fronte al perdurare dell'emergenza sanitaria*, in *Dir. eccl.*, nn. 1-2 del 2020, p. 19 ss.; **A. CESARINI**, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile' collaborazione con le confessioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 18 del 2020; **D. MILANI**, *Covid-19 e libertà religiosa in Italia: lo spirito di resilienza dello Stato e della Chiesa davanti alla sfida della pandemia*, in *Ius Ecclesiae*, n. 1 del 2021, p. 89 ss. Sul "lascito del contagio da COVID-19" al settore ecclesiasticistico, vedi **G. D'ANGELO**, **J. PASQUALI CERIOLI**, *L'emergenza e il diritto ecclesiastico: pregi (prospettivi) e difetti (potenziali) della dimensione pubblica del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 19 del 2021, p. 25 ss.



diverse occasioni hanno invitato i fedeli ad attenersi alle disposizioni impartite dalle autorità di governo, promuovendo al contempo il ricorso a strumenti compensativi, come la trasmissione *in streaming* delle funzioni³.

Gli equilibri sono, però, mutati con l'approssimarsi del progressivo allentamento delle restrizioni: la persistenza del divieto di celebrazioni alla presenza dei fedeli - che, di nuovo, ha visto allineati diversi ordinamenti - ha suscitato, non solo in Italia, la reazione di alcune autorità confessionali che, alla luce del mutato quadro epidemiologico, consideravano sproporzionato il mantenimento in vigore di misure così restrittive⁴.

In generale, nell'esperienza di tutti gli ordinamenti che saranno oggetto di comparazione in questo articolo, è ravvisabile il passaggio da una prima fase (ispirata al criterio della massima precauzione⁵) a una seconda fase (coincidente con un graduale allentamento delle restrizioni) ed è proprio in essa che si sono progressivamente collocate le pronunce che hanno giudicato sproporzionata la persistenza di alcune misure restrittive⁶.

³ L'atteggiamento collaborativo delle confessioni religiose nel corso della così detta "fase 1" è evidenziato, in particolare, da **M. TOSCANO**, *Libertà di culto e collaborazione tra stato e confessioni religiose al tempo dell'emergenza sanitaria* in M. BIASI, F. FERRARO, D. GRIECO, S. ZIRULIA (a cura di), *L'emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociale. Distanza, disuguaglianza, comunicazione, responsabilità. Atti del II convegno annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", 15-18 marzo 2021, Giuffrè, Milano, 2021*, p. 145 ss.; **M. LO GIACCO**, *In Italia è in quarantena anche la libertà di culto*, in *www.diresom.net*, 12 marzo 2020, p. 3 ss., e, con riferimento al virtuoso esempio in tal senso offerto dal Regno Unito, **C. CIANITTO**, *La gestione della pandemia nel Regno Unito: un modello di collaborazione Stato-confessioni religiose*, in M. BIASI, F. FERRARO, D. GRIECO, S. ZIRULIA (a cura di), *L'emergenza Covid*, cit., p. 45 ss. Su opportunità e rischi di una "fede telematica", vedi **F. FRANCESCHI**, *L'esercizio del culto al tempo del Covid-19: la rivoluzione (forzata) della 'fede telematica', tra possibili opportunità e qualche inevitabile rischio*, in *Dir. eccl.*, nn. 1-2 del 2020, p. 117 ss.

⁴ Sul punto vedi, in particolare, **A. FERRARI**, *CEI: un'occasione mancata*, in *Settimana News*, 29 aprile 2020; **F. BOTTI**, *Bagattelle per una pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 10 del 2020, p. 11 ss.; **M. TOSCANO**, *Libertà di culto*, cit., p. 148.

⁵ Questo profilo - decisivo ai fini della legittimità delle restrizioni adottate - è stato prontamente sottolineato in dottrina: cfr. **F. ALICINO**, *Costituzione e religione in Italia al tempo della pandemia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 19 del 2020, specialmente pp. 17-18; **M. TOSCANO**, *Libertà di culto*, cit., p. 147; **M. MICETTI**, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2 del 2020, p. 526 ss., specialmente p. 545 ss.

⁶ Sulla gestione di un'emergenza "a più fasi", vedi **A. LICASTRO**, *Annotazioni sugli standard di tutela della libertà di culto nella seconda fase di gestione della pandemia (spunti per una comparazione fra Italia, Francia e Stati Uniti d'America)*, in *Consulta Online*, cit., 23



Il passaggio dalla “fase 1” alla “fase 2” rappresenta quindi un momento cruciale: non solo inaugura un nuovo tempo per la gestione politica della pandemia⁷, ma riporta al centro il principio di proporzionalità che consente di esigere, anche (e forse soprattutto) in situazioni eccezionali, soluzioni giuridiche che, nel bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali, valorizzino al meglio tutti gli elementi della fattispecie concreta.

Del resto, lo aveva già affermato recisamente la giurisprudenza costituzionale italiana: la qualificazione della salute come valore primario non implica che essa sia posta alla sommità di un ordine gerarchico assoluto, richiedendo, all’opposto, un “continuo e vicendevole bilanciamento con gli altri principi e diritti fondamentali”, il cui punto di equilibrio “deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”⁸.

In questo senso, spunti particolarmente interessanti provengono da alcune pronunce della Corte costituzionale tedesca e del Consiglio di Stato francese, che nell’operazione di bilanciamento tra diritto alla salute e libertà di religione sembrano dare rilevanza a fattori in parte diversi, condizionando in tal modo l’esito finale dello *screening* di proporzionalità.

Ampliando l’orizzonte oltreoceano, quest’ultimo aspetto risulta ancor più evidente nella giurisprudenza della Corte suprema statunitense, i cui giudizi sulla proporzionalità delle misure restrittive che hanno interessato l’esercizio del culto si arricchiscono di numerose opinioni ora concorrenti, ora dissenzienti, cui corrispondono inevitabilmente soluzioni di segno opposto.

dicembre 2020, p. 759 ss. e, prima ancora, **P. CONSORTI**, *Emergenza Covid-19 e libertà religiosa in Italia*, in *Dir. eccl.*, nn. 1-2 del 2020, p. 87 ss.

⁷ Che, in Italia, ha coinciso con la sottoscrizione, da parte del Governo e delle confessioni religiose, dei protocolli per la ripresa delle funzioni religiose. In argomento, vedi, tra gli altri, **A. CESARINI**, *I limiti*, cit., p. 15 ss.; **G. MACRÌ**, *Brevi considerazioni in materia di governance delle pratiche di culto tra istanze egualitarie, soluzioni compiacenti e protocolli (quasi) “fotocopia”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 11 del 2020, pp. 68 ss.; **M.L. LO GIACCO**, *I “Protocolli per la ripresa delle celebrazioni delle confessioni diverse dalla cattolica”: una nuova stagione nella politica ecclesiastica italiana*, ivi, n. 12 del 2020, p. 108 ss.; **A. TIRA**, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: il protocollo del 7 maggio 2020 concordato tra Ministero dell’Interno e Conferenza Episcopale Italiana*, in *Giustizia insieme*, 16 maggio 2020; **ID.**, *Normativa emergenziale ed esercizio pubblico del culto. Dai protocolli con le confessioni diverse dalla cattolica alla legge maggio 2020*, n. 35, ivi, 8 giugno 2020; **M. TOSCANO**, *Libertà di culto*, cit., p. 148 ss.

⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 85 del 2013, § 9 del *Considerato in diritto*.



Questo articolo si propone, quindi, di analizzare le diverse modalità attraverso cui le Corti hanno dato applicazione al principio di proporzionalità, con l'obiettivo di provare ad apprezzare in quale misura la diversa sensibilità dei giudici (soprattutto per ciò che attiene all'individuazione del *tertium comparationis*) abbia inciso sull'effettiva tutela della libertà di culto nel periodo pandemico.

In particolare, si porranno a confronto le pronunce del *Bundesverfassungsgericht*, del *Conseil d'État* e della *Supreme Court* statunitense che hanno operato un bilanciamento tra diritto alla salute e libertà religiosa.

L'interazione tra questi modelli giurisprudenziali sembra offrire preziose indicazioni relative alle circostanze che possono incidere sulla selezione dei fattori da includere nel bilanciamento tra diritti e libertà tra loro confliggenti.

Laddove la Corte costituzionale tedesca sceglie di dare rilevanza a circostanze meramente oggettive, verificando che la portata delle misure restrittive sia parametrata alle circostanze di tempo e di luogo, il Consiglio di Stato francese si spinge a estendere il proprio sindacato su un piano qualitativo, che, a parità di rischio oggettivo, accorda un trattamento più favorevole alle attività che, come quella religiosa, godono di particolari garanzie costituzionali.

Così facendo, i giudici di *Palais Royal* introducono il tema dell'individuazione del *tertium comparationis*, la cui complessità emerge con evidenza dalle pronunce della Corte Suprema statunitense.

La delicata operazione di identificazione del termine di paragone più appropriato sembra, infatti, aver determinato un conflitto tra i giudici di Washington, che si rende apprezzabile attraverso le articolate *opinions* che accompagnano le pronunce in materia di proporzionalità (e quindi legittimità) delle misure restrittive della libertà di culto.

Brevi spunti conclusivi saranno invece dedicati al possibile ruolo della giurisprudenza di Strasburgo nell'orientare l'operato delle autorità nazionali. L'imprescindibilità della proporzionalità delle misure restrittive di diritti e libertà fondamentali è stata infatti rimarcata, sin dall'inizio della pandemia, dalle istituzioni del Consiglio d'Europa, le quali, consapevoli che "the virus is destroying many lives and much else of what is very dear to us", affermano senza esitazioni: "we should not let it destroy our core values and free societies"⁹.

⁹ Così **COUNCIL OF EUROPE**, *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states*, 7 aprile 2020, p. 2.



2 - “Breve durata” delle restrizioni e proporzionalità: l’interpretazione del *Bundesverfassungsgericht*

Nella giurisprudenza costituzionale tedesca, la necessità di sottoporre le misure restrittive della libertà di culto a un rigoroso test di proporzionalità è stata affermata già dopo poche settimane dall’esordio dell’emergenza pandemica.

Con un’ordinanza emessa il 10 aprile 2020¹⁰, la Seconda Camera del Primo Senato - respingendo l’istanza cautelare con cui un cittadino cattolico richiedeva la sospensione di un provvedimento del *Land* Assia che disponeva, tra le altre misure di contenimento, il divieto di riunione nei luoghi di culto - affermava sì la prevalenza del diritto alla vita su quello di libertà religiosa, ma con una serie di precisazioni che, ai nostri fini, assumono speciale rilevanza¹¹.

Anzitutto si può osservare, quanto all’individuazione dei fattori che hanno contribuito a determinare l’esito finale del bilanciamento, che il *BVerfG* ha posto accanto al diritto alla salute, come parametro a sé stante, la tutela del sistema sanitario il quale, a fronte di un’illimitata possibilità di creare assembramenti, sarebbe certamente esposto al collasso¹².

In secondo luogo, si osservi che i giudici di Karlsruhe non esitano a qualificare la restrizione in esame come “interferenza estremamente grave nella libertà di fede”¹³, spiegando, però, di ritenerla proporzionata (e, quindi, giustificabile) in ragione del carattere temporaneo, ricordando che il termine finale di efficacia del provvedimento era fissato per il 19 aprile.

In altre parole, come afferma poco più avanti la Corte, la limitata efficacia temporale della misura ne garantirebbe il periodico aggiornamento, da svolgersi, ogni volta, con un “nuovo rigoroso esame della proporzionalità”¹⁴ che consenta di parametrare l’incisività delle limitazioni all’evoluzione del quadro epidemiologico.

¹⁰ Cfr. *BVerfG*, n. 1/BVQ/28/20.

¹¹ A commento vedi **A. LICASTRO**, *Relazione introduttiva al webinar “La libertà religiosa in Italia ai tempi del Covid-19”*, in *Dir. eccl.*, nn. 1-2 del 2020, p. 31 ss., specialmente pp. 36-37; **M. MICETTI**, *La libertà religiosa*, cit., p. 548 ss.; **S. TESTA BAPPENHEIM**, *Stato d’emergenza e libertà religiosa: lo stress costituzionale nel diritto tedesco (art. 4 GG)*, in *www.diresom.net*, 1° giugno 2020.

¹² Di “un ulteriore elemento” aggiunto al bilanciamento operato dal *BVerfG*, scrive **S. TESTA BAPPENHEIM**, *Stato d’emergenza*, cit., p. 23.

¹³ Cfr. *BVerfG*, n. 1/BVQ/28/20, § 14.

¹⁴ *Ibidem*.



Si noti che, seppure in un caso che non interessa la materia ecclesiasticistica, un richiamo alla “breve durata” è stato operato anche dalla Corte costituzionale italiana che, in tal modo, ha ritenuto la sospensione del decorso della prescrizione giustificata, sul piano della ragionevolezza e della proporzionalità, dalla finalità di tutela del bene della salute collettiva¹⁵.

L'impostazione adottata in questa prima pronuncia ha trovato conferma qualche settimana più tardi in una nuova ordinanza della Seconda Camera del Primo Senato¹⁶, che ha accolto l'istanza cautelare presentata da un'associazione islamica, sospendendo provvisoriamente il divieto di celebrazioni religiose *coram populo* imposto dal *Land* della Bassa Sassonia¹⁷.

La Corte costituzionale tedesca, infatti, pur convenendo con il Tribunale amministrativo superiore sull'inopportunità di assumere come *tertium comparationis* i supermercati (l'accesso ai quali - consentito - esporrebbe a un rischio di contagio sensibilmente inferiore rispetto a quello derivante dalla partecipazione a una funzione religiosa)¹⁸, ha affermato che, a fronte di una così grave limitazione della libertà di religione, non possa ritenersi giustificabile un divieto assoluto, che escluda a priori la possibilità di eccezioni nei casi in cui, in base a una valutazione scientifica complessiva delle circostanze della fattispecie concreta, si possa ragionevolmente escludere un aumento rilevante del rischio di contagio¹⁹.

Esaurito l'esame sulla proporzionalità (e dunque sulla legittimità) della misura, il *BVerfG* ha elencato, almeno in via esemplificativa, i

¹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 278 del 2020, § 14 del *Considerato in diritto*: “da una parte, che la breve durata della sospensione del decorso della prescrizione è pienamente compatibile con il canone della ragionevole durata del processo e, dall'altra parte, che, sul piano della ragionevolezza e proporzionalità, la misura è giustificata dalla finalità di tutela del bene della salute collettiva (art. 32, primo comma, Cost.) per contenere il rischio di contagio da COVID-19 in un eccezionale momento di emergenza sanitaria”. Con specifico riferimento alle restrizioni che hanno interessato il libero esercizio del culto, cfr., invece, TAR Lazio, decreto del 29 aprile 2020: “[c]onsiderato altresì 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” (corsivo aggiunto).

¹⁶ Cfr. *BVerfG*, n. 1/BVQ/44/20.

¹⁷ Per una ricostruzione dei fatti di causa e della pronuncia del Tribunale amministrativo superiore, vedi **S. TESTA BAPPENHEIM**, *Stato d'emergenza*, cit., p. 16 ss.

¹⁸ Cfr. *BVerfG*, n. 1/BVQ/44/20, § 11.

¹⁹ Cfr. *BVerfG*, n. 1/BVQ/44/20, § 9.



parametri da includere nel bilanciamento propedeutico alla concessione di un'eventuale deroga, statuendo che

“[n]el caso di una richiesta di autorizzazione eccezionale per lo svolgimento di funzioni religiose[...], il peso dell'ingerenza nella libertà di fede associata al divieto è decisivo per la valutazione del rischio, [...], ma altrettanto rilevante è [...] la possibilità di controllare efficacemente il rispetto delle condizioni e delle restrizioni, le condizioni locali, nonché la struttura e le dimensioni della rispettiva comunità di fede e, non da ultimo, la valutazione attuale - se necessario anche in relazione alla regione - dei pericoli per la vita e per l'incolumità fisica derivanti dai contatti sociali”²⁰.

Entrambe le pronunce insistono, quindi, sulla valorizzazione delle circostanze del caso concreto, descrivendo una precisa modalità di applicazione del principio di proporzionalità, che risulta interessante porre a confronto con le soluzioni proposte, anzitutto, dal Consiglio di Stato francese.

3 - Il Consiglio di Stato francese e la “*question de proportionnalité*” della libertà di culto

Nell'esperienza francese, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nel corso dell'emergenza sanitaria è stata scandita da una serie di pronunce del *Conseil d'État* che consentono anzitutto di apprezzare il ruolo politico - volto a promuovere il consenso sociale, necessario per l'effettiva applicazione delle misure restrittive - esercitato da quest'ultimo durante la prima fase del periodo di crisi.

La giurisprudenza amministrativa francese pare, infatti, essersi evoluta coerentemente con lo stato di avanzamento della pandemia: a un primo momento (coincidente con il così detto *confinement*), in cui il Consiglio di Stato ha scelto di assecondare (legittimandola) la politica d'emergenza, ha fatto seguito il periodo concomitante con il *déconfinement*, nel corso del quale i giudici di *Palais Royal* hanno accordato una più energica protezione ai diritti e alle libertà fondamentali che risultavano ancora (irragionevolmente) limitati²¹.

²⁰ Cfr. *BVerfG*, n. 1/BVQ/44/20, § 16.

²¹ Sul punto, vedi **N. PERLO**, *La giurisprudenza del Conseil d'État e del Conseil constitutionnel: il prevalere della ragione politica su quella giuridica*, in *Consulta Online*, cit., 2 luglio 2020, p. 11. Analogamente **M.C. IVALDI**, *L'intervento del Conseil d'État come giudice del référé liberté in favore della ripresa della celebrazione dei riti religiosi in Francia*, in



La riacquisizione del ruolo giurisdizionale di garante dei diritti e delle libertà nei confronti della pubblica amministrazione ha trovato piena espressione in un'ordinanza del 18 maggio 2020 con cui il *Conseil d'État* ha sottoposto a un rigoroso test di proporzionalità le misure restrittive della libertà di culto²².

Pronunciandosi congiuntamente su una serie di ricorsi presentati da alcuni fedeli e associazioni religiose, il Consiglio di Stato ha giudicato il divieto generale e assoluto di riunioni all'interno dei luoghi di culto sproporzionato rispetto all'obiettivo di tutela della salute pubblica, oltretutto gravemente e manifestamente lesivo di una componente essenziale (quella di partecipare collettivamente alle funzioni religiose) della stessa libertà di culto.

Insistendo sull'imprescindibilità del rispetto del principio di proporzionalità, il *decisum* si concludeva con l'ordine, rivolto al Primo ministro, di modificare entro otto giorni il decreto n. 2020-548 dell'11 maggio 2020, adottando misure rigorosamente proporzionate ai rischi sanitari e adeguate alle circostanze di tempo e di luogo²³.

In estrema sintesi, quindi, sembra possibile affermare che anche i giudici di *Palais Royal* declinino il test di proporzionalità nella periodica (ri)valutazione della conformità delle misure restrittive ai criteri della "necessarietà", "congruità" e "proporzionalità" rispetto all'obiettivo di tutela della salute pubblica²⁴.

L'iter argomentativo su cui l'alta giurisdizione amministrativa francese ha costruito la propria decisione appare, però, più articolato

Dir. eccl., nn. 1-2 del 2020, p. 207 ss., specialmente pp. 211-212.

²² Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 18 maggio 2020, ricorsi nn. 440366 ss. A commento vedi **A. LICASTRO**, *La messe est servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa*, in *Consulta Online*, cit., 3 giugno 2020, p. 312 ss., specialmente p. 319 ss.; **M.C. IVALDI**, *L'intervento*, cit., p. 213 ss.; **EAD.**, *La via francese alla limitazione delle libertà e il dialogo con le religioni al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 14 del 2020, p. 69 ss., specialmente p. 101 ss.; **D. FERRARI**, *Pandemia e liturgia: la libertà di culto ai tempi del coronavirus in Francia*, in *Dir. eccl.*, nn. 1-2 del 2020, p. 189 ss., specialmente p. 196 ss.

²³ In questo modo, "il *Conseil d'État* disattende le [...] maldestre principali argomentazioni del Governo che aveva evocato i fatti di Mulhouse" (così **M.C. IVALDI**, *L'intervento*, cit., pp. 214). Invero, come osserva **D. FERRARI**, *Pandemia*, cit., i giudici sottolineano che "non si può assumere [...] che la proporzionalità di questi divieti discenda, ancora nel mese di maggio, dal fatto che fu proprio una grande celebrazione religiosa nella città di Mulhouse, nel nord-est della Francia, a provocare, tra la fine di febbraio e l'inizio di marzo, un grande numero di contagi".

²⁴ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 18 maggio 2020, cit., § 6.



rispetto a quello proposto dal *Bundesverfassungsgericht*, presentando alcuni passaggi di significativo rilievo (anche) ecclesiasticistico.

Anzitutto, dopo aver verificato la sussistenza di tutte le condizioni previste per il *référé liberté* (urgenza particolare, necessità di salvaguardare una libertà fondamentale, sussistenza di una violazione grave e manifestamente illegale)²⁵, il Consiglio di Stato afferma il carattere fondamentale della libertà di culto, di cui il diritto di partecipare collettivamente alle cerimonie, assoggettato al solo limite dell'ordine pubblico, costituisce componente essenziale²⁶.

Tuttavia, precisano i giudici, ciò non vale a escludere l'ammissibilità di restrizioni sanitarie: la libertà di culto va conciliata con l'obiettivo di valore costituzionale della tutela della salute²⁷.

In secondo luogo, l'ordinanza evidenzia il carattere sproporzionato delle persistenti restrizioni al pubblico esercizio del culto, assumendo come *tertium comparationis* il più favorevole regime previsto, tra gli altri, per i trasporti, gli esercizi commerciali e le scuole e sottolineando che, in ogni caso, i ricorrenti si erano mostrati determinati a garantire la ripresa delle celebrazioni nel pieno rispetto delle misure di contenimento²⁸.

Si arriva così allo snodo fondamentale della pronuncia: andando oltre le statuizioni della giurisprudenza costituzionale tedesca, i giudici di *Palais Royal* si spingono a ricomprendere tra i fattori del bilanciamento di proporzionalità (accanto alla sempre ferma oggettiva comparabilità della situazione di rischio) il tipo di attività svolta nei diversi contesti contemplati dalla normativa emergenziale, affermando 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"²⁹.

La portata di quest'affermazione - che pare delineare una sorta di gerarchia tra le libertà fondamentali, al cui vertice si collocherebbe (anche) la libertà religiosa - non è passata inosservata alla dottrina, che in un'occasione vi ha persino ravvisato una (inattesa) "lezione di laicità positiva" per l'Italia³⁰.

²⁵ Cfr. art. L. 521-2 *Code de justice administrative*.

²⁶ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 18 maggio 2020, cit., § 11.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 18 maggio 2020, cit., § 34.

²⁹ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 18 maggio 2020, cit., § 31.

³⁰ Così G. DALLA TORRE, *La sentenza francese. Lezione di libertà di culto dalla patria della "laïcité"*, in *Avvenire.it*, 21 maggio 2020.



In definitiva, dunque, il test di proporzionalità descritto dal *Conseil d'État* sembra comporsi di due momenti.

Il primo richiederebbe una valutazione dell'oggettivo rischio di contagio in una determinata situazione, potendo (e dovendo) quindi assumere come parametro principale le indicazioni provenienti dalla comunità scientifica.

Il secondo, coniugando il principio di proporzionalità a quello di ragionevolezza, postulerebbe invece una comparazione, a parità di rischio, tra le diverse attività esercitate, rendendo "determinanti gli apprezzamenti di carattere strettamente tecnico-giuridico riservati al decisore politico e rimessi, eventualmente, al successivo sindacato del giudice"³¹.

L'attenzione riservata al tipo di attività svolta pare diretta a denunciare una "visione economico-centrica del deconfinamento", svelando una strategia governativa che nel progressivo allentamento delle restrizioni, sceglie di prediligere le attività "più strettamente connesse alla ripresa del sistema produttivo"³².

Il parallelismo con quanto accaduto nel nostro ordinamento appare evidente: anche il Governo italiano, inaugurando la così detta "fase 2" (corrispondente al *déconfinement* francese), ha riservato una disciplina più favorevole alle attività economiche, accordando così, in apparente contrasto con quanto disposto all'art. 4, secondo comma, Cost., una netta prevalenza al progresso materiale rispetto a quello spirituale, che trovava conferma nella proroga del divieto di funzioni religiose *coram populo* di cui al d.p.c.m. del 26 aprile 2020³³.

In questo senso - e al di là di ogni dissertazione intorno all'opportunità di disporre diritti e libertà fondamentali secondo una struttura gerarchica - l'unica premessa costituzionalmente conforme, a partire dalla quale assumere le decisioni finalizzate alla gestione dell'emergenza, avrebbe preteso un'eguale considerazione delle due

³¹ Così **A. LICASTRO**, *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?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 15 del 2020, p. 34 ss., specialmente, p. 59, che individua nel ragionamento dei giudici "due diversi ordini di valutazioni". Sul punto vedi anche **ID.**, *La messe*, cit., p. 320 ss.

³² Cfr. **M.C. IVALDI**, *L'intervento*, cit., p. 215.

³³ Il quale, come ricorda **M. TOSCANO**, *Libertà di culto*, cit., p. 148, "consentiva (a certe condizioni) i rituali funebri, ma proibiva - così come il decreto precedente - tutte le altre funzioni *coram populo*, con ciò tradendo le aspettative confessionali in ordine a una cauta riapertura del Governo".



“sfere”³⁴ che - al contempo, distinte e inscindibili - contribuiscono al progresso della società.

Di converso, suscita qualche perplessità il giudizio di valore operato (anche) dal Governo italiano, che si coglie a maggior ragione considerando quello “iato tra religione e cultura”³⁵, che ha determinato l’Esecutivo a destinare ai luoghi di cultura - che pure consentono quell’“elevazione spirituale” strumentale ad adempiere il dovere di cui all’art. 4, secondo comma, Cost.³⁶ - una disciplina ancor più deteriore rispetto a quella riservata ai luoghi di culto, anche al costo (accettato, almeno all’apparenza, solo qui e solo in questo caso) di un pregiudizio economico consistente.

In ogni caso, già quattro giorni dopo l’*ordonnance* del 18 maggio 2020, il Governo francese interveniva a modificare la disciplina, consentendo la ripresa delle celebrazioni, seppur, naturalmente, nel pieno rispetto delle misure precauzionali³⁷.

Tuttavia, è con il decreto n. 2020-663 del 31 maggio che l’Esecutivo si è dimostrato pienamente adesivo alle indicazioni del Consiglio di Stato, circoscrivendo la possibilità per l’autorità prefettizia di interdire le riunioni negli edifici di culto alla sola adozione di “misure strettamente proporzionate ai rischi per la salute e adeguate alle circostanze di tempo e di luogo” (art. 57, II, lett. C)³⁸.

A seguito della ripresa dei contagi³⁹, il *reconfinement* imposto con decreto il 29 ottobre 2020 reintroduceva, tra le altre misure di conteni-

³⁴ L’immagine è di **G. ZAGREBELSKY**, *Fondata sulla cultura. Arte, scienza e Costituzione*, Einaudi, Torino, 2014, p. 33 ss.

³⁵ Così **J. PASQUALI CERIOLI**, in **G. D’ANGELO, J. PASQUALI CERIOLI**, *L’emergenza*, cit., p. 75.

³⁶ Sul punto si vedano le riflessioni di **J. PASQUALI CERIOLI**, in **G. D’ANGELO, J. PASQUALI CERIOLI**, *L’emergenza*, cit., p. 75 ss.

³⁷ Nello specifico, con il decreto n. 2020-618 *complétant le décret n. 2020-548 du 11 mai prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l’épidémie de covid-19 dans le cadre de l’Etat d’urgence sanitaire*, che, modificando l’art. 10, terzo comma, del decreto dell’11 maggio, consentiva l’accesso del pubblico ai luoghi di culto, subordinandolo al rispetto delle misure di sicurezza indicate all’art. 1 dello stesso provvedimento.

³⁸ Come osserva **M.C. IVALDI**, *La via*, cit., p. 113 ss., in tale previsione “non può certo non ravvisarsi l’eco della [...] giurisprudenza del *Conseil d’État* che, proprio al criterio del bilanciamento dei diversi diritti e libertà in gioco, aveva richiamato le istituzioni governative francesi”.

³⁹ Che ha coinciso, come noto, con la fine della stagione estiva, cui si era accompagnato un generale allentamento delle misure restrittive, descritto, nei suoi passaggi più rilevanti, da **M.C. IVALDI**, *La via*, cit., p. 111 ss.



mento, il divieto di celebrazioni alla presenza dei fedeli, scatenando, come già accaduto in primavera, la reazione della *Conférence des évêques de France*, che proporrà due ricorsi all'Alta giurisdizione amministrativa⁴⁰.

La prima decisione dei giudici di *Palais Royal*, emessa il 7 novembre 2020, sembra segnare un inaspettato *revirement*: le misure adottate dal Governo sono, infatti, giudicate necessarie e non sproporzionate, in ragione, da un lato, del preoccupante innalzamento della curva epidemica, dall'altro (e qui si apprezza la simmetria con gli approdi del *Bundesverfassungsgericht*) del carattere temporaneo delle restrizioni⁴¹.

Anche in questa occasione, il Consiglio di Stato sembra riscoprire quel ruolo politico che lo aveva contraddistinto nelle prime fasi dell'emergenza, convincendolo ad avallare, secondo il criterio della massima precauzione, le decisioni dell'Esecutivo.

Il mutamento d'orientamento non trova, però, conferma nella pronuncia del successivo 29 novembre, con cui il *Conseil d'État*, richiamando le motivazioni già rese nell'ordinanza di maggio, giudica la possibilità di svolgere funzioni religiose nel limite di 30 persone - introdotta con decreto due giorni prima⁴², ma già anticipata dal Presidente Macron in un discorso ai cittadini⁴³ - sproporzionata rispetto all'obiettivo di salvaguardare la salute pubblica qualificandola, di conseguenza, come ingerenza grave e manifestamente illecita a danno di una componente essenziale (la libertà di culto) della libertà religiosa⁴⁴.

Ancora una volta, quindi, la questione della tutela della libertà di culto si pone, per mutare l'espressione cui ha fatto ricorso l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques come una "*question de proportionnalité*"⁴⁵.

⁴⁰ Sul punto, vedi **A. LICASTRO**, *Annotazioni*, cit., p. 771 ss.

⁴¹ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 7 novembre 2020, ricorsi nn. 445825 ss., § 17 ss.

⁴² Cfr. *Décret n° 2020-1454 du 27 novembre 2020 modifiant le décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*.

⁴³ Cfr. **E. MACRON**, *Adresse aux Français*, 24 novembre 2020 (<https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/11/24/adresse-aux-francais-24-novembre>).

⁴⁴ Cfr. *Conseil d'État*, ordinanza 29 novembre 2020, ricorsi nn. 446930 ss., §§ 18 e 20. A commento, vedi **A. LICASTRO**, *Annotazioni*, cit., p. 773, che, ricorda come, a seguito di una consultazione tra il Ministro dell'interno e i rappresentanti delle confessioni religiose, il decreto n. 2020-1505 del 2 dicembre avesse introdotto nuove misure, capaci di "conciliare la libertà di esercizio del culto e le esigenze sanitarie".

⁴⁵ Cfr. **OFFICE PARLEMENTAIRE D'ÉVALUATION DES CHOIX SCIENTIFIQUES ET TECHNOLOGIQUES**, *Note à l'attention des membres de l'Office. Les*



La qualificazione del “tipo di attività svolta” come ulteriore elemento da includere nel bilanciamento tra il diritto alla salute e gli altri diritti e libertà fondamentali - confermata dalla pronuncia del 29 novembre⁴⁶ - pare avere convinto anche la Corte Suprema statunitense, la cui giurisprudenza si arricchisce però delle opinioni (non di rado tra loro confliggenti) dei giudici.

Queste ultime assumono particolare rilievo ai nostri fini, dal momento che sembrano offrire preziose indicazioni su come la (diversa) sensibilità degli organi giurisdizionali nella selezione dei fattori da porre a bilanciamento (compreso il *tertium comparationis*) possa incidere sull’esito finale del giudizio di proporzionalità.

4 - “*Secular gatherings*” v. “*secular businesses*”: il *tertium comparationis* nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense

Oltreoceano, la gestione dell’emergenza sanitaria è stata rimessa, quasi totalmente, alle decisioni dei governatori degli Stati federati, che hanno contribuito a delineare un quadro normativo piuttosto variegato.

Se, infatti, nella maggior parte dei casi, gli *orders* governativi paiono aver prediletto il criterio della massima precauzione, non sono mancate specifiche eccezioni a favore delle attività religiose⁴⁷.

Quest’ultimo non è stato, però, il caso della California, dove il Governatore Newsom, con un *order* del 19 marzo 2020 (la cui efficacia si sarebbe protratta “*until further notice*”), disponeva la chiusura di tutte le attività non essenziali, senza alcuna eccezione per gli edifici di culto.

Anche il Piano di ripresa (*Resilience Roadmap*), avviato a partire dal successivo 28 aprile - che consentiva la graduale riapertura, prima, dei

cultes religieux face à l’épidémie de Covid-19 en France, p. 34 (mio il corsivo).

⁴⁶ Cfr. *Conseil d’État*, ordinanza 29 novembre 2020, cit., § 19, che richiama quanto statuito nella precedente *ordonnance* del 18 maggio: “*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*”.

⁴⁷ Sul punto, vedi A. MADERA, *Some preliminary remarks on the impact of COVID-19 on the exercise of religious freedom in the United States and Italy*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 16 del 2020, p. 70 ss., specialmente p. 87 ss.; M. FAGGIOLI, *Pandemic and religious liberty in the USA: between privatization of the church and neo-integralism*, in P. CONSORTI (a cura di), *Law, religion*, cit., p. 119 ss.; C. GRAZIANI, *Libertà di culto e pandemia (Covid-19): la Corte Suprema degli Stati Uniti divisa*, in *Consulta Online*, cit., 6 luglio 2020, p. 357 ss.



luoghi di lavoro considerati a basso rischio, poi, di uffici, negozi e scuole - non contemplava alcun allentamento delle restrizioni che avevano interessato (e continuavano a interessare) le chiese.

La riapertura dei luoghi di culto veniva, infatti, programmata in corrispondenza alla così detta *Phase 3*, congiuntamente alle attività e ai luoghi di lavoro ad alto rischio.

Anche in questo caso, come ammesso dallo stesso Newsom, la selezione delle attività cui accordare precedenza nell'allentamento delle restrizioni era fondata su giudizi di valore, in base ai quali si sceglieva di dare priorità ai servizi considerati più importanti⁴⁸.

La disciplina riservata ai luoghi di culto induceva così la *South Bay Pentecostal Church* a impugnare i provvedimenti governativi, lamentando una violazione della *Free Exercise Clause* contenuta nel Primo Emendamento⁴⁹.

A seguito del rigetto dell'istanza da parte del Tribunale distrettuale⁵⁰, i *plaintiffs* proponevano appello dinanzi alla Corte del Nono Circuito, la cui pronuncia, resa in data 22 maggio 2020⁵¹, si arricchisce della *dissenting opinion* del giudice Collins, che vale la pena di ripercorrere, seppur con riferimento ai soli passaggi più rilevanti.

Laddove l'*opinion* di maggioranza rilevava che i ricorrenti non avessero dimostrato in che modo era stata violata la *Free Exercise Clause*, l'opinione del giudice Collins era tesa, all'opposto, a dimostrare la

⁴⁸ Per una più ampia disamina della gestione dell'emergenza pandemica da parte del Governo californiano, cfr. **A. LICASTRO**, *Normativa*, cit., p. 36 ss.; **C. GRAZIANI**, *Libertà*, cit., p. 360 ss. Sulla correlazione tra apprezzamenti di valore e diversificazione della disciplina, vedi, invece, **M. STORSLEE**, *The COVID-19 Church-Closure Cases and the Free Exercise of Religion*, in *Journal of Law and Religion*, 2022, pp. 3-4, "officials likely considered a variety of factors - the risk of virus transmission, the economic health of the community, and so on. But none of that can hide the fact that, on their face, these regulations also explicitly focused on the *worth* of various activities, and thus ratcheted up regulation on worship only after making a negative judgment about its value" (corsivo dell'A.).

⁴⁹ La clausola, che con l'*Establishment clause* compone il Primo Emendamento della Costituzione americana, impedisce al Congresso di approvare leggi finalizzate a proibire il libero esercizio del culto. Sul significato delle due *religious clauses* che compongono il Primo Emendamento, vedi, tra gli altri, **G. D'ANGELO**, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015; **L.P. VANONI**, *Pluralismo religioso e Stato (post) secolare. Una sfida per la modernità*, Giappichelli, Torino, 2016, specialmente p. 17 ss.

⁵⁰ Sul punto, vedi **A. LICASTRO**, *Normativa*, cit., pp. 39-41.

⁵¹ Cfr. *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit*, 22 maggio 2020, n.20-55533, 3:20-cv-00865-BAS-AHG. A commento vedi **A. LICASTRO**, *Normativa*, cit., p. 41 ss.



sussistenza di siffatta violazione, con argomentazioni che sembrano riecheggiare nella successiva pronuncia della Corte Suprema.

In estrema sintesi, il giudice dissenziente, richiamando il precedente *Lukumi*⁵² - che aveva escluso una violazione del Primo Emendamento qualora l'azione dello Stato non avesse violato o limitato le pratiche "a causa della loro motivazione religiosa", né avesse imposto oneri "solo a comportamenti motivati dal credo religioso in modo selettivo" -, contestava il carattere neutrale e di applicazione generale delle misure contenute nel *Resilience Roadmap*.

In particolare, nell'opinione si legge che

«[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"»⁵³.

Un ruolo centrale è quindi riservato allo *strict scrutiny test*, che permette di valutare la conformità del provvedimento impugnato al principio di proporzionalità. Non vi è alcun dubbio che la tutela della salute rappresenti un *compelling interest* per lo Stato; tuttavia, si ritiene che esso possa essere soddisfatto attraverso misure meno lesive della libertà religiosa.

A introdurre il delicato tema dell'individuazione del *tertium comparationis* - che costituirà il fulcro delle *opinions* dei giudici della Corte Suprema (vedi *infra*) - interviene la contestazione secondo cui lo Stato della California "illogically assumes that the very same people who cannot be trusted to follow the rules at their place of worship can be trusted to do so at their workplace"⁵⁴.

Lo stesso giorno in cui la Corte d'appello decideva il caso, il Presidente Trump, nel corso di una conferenza stampa, definiva i luoghi di culto "essential places that provide essential services", minacciando (non è chiaro su quali basi giuridiche) di "override" i governatori che non avessero provveduto alla loro riapertura⁵⁵.

In risposta a queste dichiarazioni, il Governatore della California adottava alcune linee guida che consentivano ai fedeli di accedere

⁵² Cfr. *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508, U.S. 520, 533 (1993).

⁵³ Cfr. *U.S. Court of Appeals, cit., dissenting opinion*, pp. 16-17.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 19.

⁵⁵ Sul punto, vedi C. GRAZIANI, *Libertà*, cit., p. 362.



nuovamente alle chiese, nei limiti del 25% della capienza dell'edificio e, in ogni caso, in numero non superiore a 100 persone⁵⁶.

A seguito di tale intervento, la pronuncia del Nono Circuito veniva impugnata davanti ai giudici di Washington, lamentando il carattere discriminatorio dei precedenti *orders* e delle linee guida, dal momento che per tutte le altre attività non era imposto alcun limite di capienza. Di quest'ultimo si contestava, inoltre, l'irragionevolezza, poiché non veniva concessa la possibilità di parametrare il numero massimo di accessi alle dimensioni dell'edificio.

Assumendo una posizione improntata al criterio della massima prevenzione, che ricorda quella fatta propria dal *Conseil d'État* nel corso delle prime fasi dell'emergenza, la Corte Suprema⁵⁷, con cinque voti contro quattro, ha rigettato l'istanza, operando un "*self-restraint* per deferenza verso il decisore politico"⁵⁸, in conformità al dettato costituzionale che rimette la tutela della salute pubblica ai funzionari *politically accountable*, escludendo un ulteriore sindacato da parte del giudice federale.

Alla mancanza di motivazione del *decisum* sopperiscono le *opinions* confliggenti del Chief Justice Roberts e del giudice Kavanaugh, il cui *reasoning* è tutto strutturato sull'individuazione del *tertium comparationis* cui fare riferimento per valutare la proporzionalità delle misure contestate.

Nello specifico, l'opinione concorrente del primo considera le linee guida coerenti con la *Free Exercise Clause*, poiché analoghe restrizioni si applicano ai così detti *secular gatherings*, in occasione dei quali numerosi gruppi di persone si riuniscono a distanza ravvicinata per un periodo di tempo prolungato⁵⁹.

All'opposto, la *dissenting opinion* di Kavanaugh ritiene assimilabili ai luoghi di culto i così detti *secular businesses* (e.g. supermercati, ristoranti, farmacie) che non incontrano il limite del 25% della capienza.

In particolare, secondo il giudice, la California non avrebbe provato la sussistenza di una "*compelling justification*" per distinguere tra "*religious worship services*" e "*the litany of other secular businesses that*

⁵⁶ Cfr. *Covid-19 Industry Guidance: Places of Worship and Providers of Religious Services and Cultural Ceremonies*, 25 maggio 2020.

⁵⁷ Cfr. *South Bay United Pentecostal Church et al. v. Gavin Newsom, Governor of California et al.*, 590 U.S. (2020).

⁵⁸ Così N. COLAIANNI, *Il sistema delle fonti costituzionali del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, in *Dir. eccl.*, nn. 1-2 del 2020, p. 95 ss., specialmente p. 97.

⁵⁹ Cfr. *South Bay*, cit., *concurring opinion Roberts*, p. 2.



are not subject to an occupancy cap”, integrando così una violazione del Primo Emendamento⁶⁰.

Il *reasoning* di questa seconda opinione sembra essere modulato sul consueto schema del principio di proporzionalità: dopo aver accertato la violazione del Primo Emendamento, il giudice ha indagato la configurabilità di un (contro)interesse pubblico meritevole di tutela, verificando, da ultimo, la possibilità di pervenire al medesimo esito con misure meno lesive della libertà di culto⁶¹.

L’individuazione del “most appropriate secular comparator” quale “crucial issue”⁶² trova conferma anche nella giurisprudenza successiva.

Nel caso *Calvary Chapel*⁶³, deciso il 24 luglio 2020, la Corte Suprema ha respinto l’istanza presentata avverso una direttiva del Governatore del Nevada che fissava al 50% della normale capienza l’accesso a luoghi quali casinò, palestre o ristoranti, stabilendo invece il limite massimo di 50 persone per gli edifici di culto⁶⁴.

La decisione, non motivata, è accompagnata da tre *dissenting opinions*.

La prima è quella del giudice Alito che insiste, anzitutto, sulla necessità di operare un equo bilanciamento tra gli interessi in gioco, soprattutto nel contesto di un fenomeno, quello pandemico, che pare destinato a protrarsi nel tempo. In altre parole, “a public health emergency does not give Governors and other public officials *carte blanche* to disregard the Constitution for as long as the medical problem persists”⁶⁵.

L’attenzione del giudice si sposta poi sul carattere discriminatorio della disciplina riservata ai luoghi di culto, che subiscono un trattamento deteriore rispetto ad altri contesti (sottoposti al più favorevole limite del 50% della normale capienza) che pure implicano “extended, indoor gatherings of large groups of people”.

⁶⁰ Cfr. *South Bay*, cit., *dissenting opinion Kavanaugh*, pp. 2-3.

⁶¹ In questo senso, vedi C. GRAZIANI, *Libertà*, cit., pp. 364-365, cui si rinvia per un commento alle *opinions* dei giudici. Sul punto, cfr. anche A. LICASTRO, *Normativa*, cit., p. 56 ss.; A. MADERA, *Some preliminary*, cit., p. 106 ss.

⁶² Così A. MADERA, *Reconciling the Protection of Public Health with Religious Freedom: The Viability of Shared Responses*, in F. BALSAMO, D. TARANTINO (a cura di), *Law, religion*, cit., p. 213 ss., specialmente p. 216. Sul frequente richiamo ai “secular comparators” nella giurisprudenza della Corte Suprema statunitense, vedi M. STORSLEE, *The COVID-19*, cit., p. 6 ss.

⁶³ Cfr. *Calvary Chapel Dayton Valley v. Steve Sisolak, Governor of Nevada*, 591 U.S. (2020).

⁶⁴ Per una ricostruzione dei fatti di causa, vedi A. MADERA, *Reconciling*, cit., p. 217 ss.

⁶⁵ Cfr. *Calvary Chapel*, cit., *dissenting opinion Alito*, p. 3.



Un'ulteriore contestazione colpisce l'argomentazione dello Stato secondo cui la diversificazione della disciplina troverebbe giustificazione nel fatto che la sorveglianza sul rispetto delle misure di contenimento sarebbe più efficace all'interno dei casinò: non solo la ripresa delle celebrazioni era subordinata a precise condizioni, quali, ad esempio, il distanziamento sociale e l'uso delle mascherine, ma non vi erano altresì ragioni di ritenere che all'interno dei luoghi di culto tali prescrizioni non venissero fatte osservare.

Il carattere discriminatorio del provvedimento, con conseguente violazione del Primo Emendamento, è ravvisato anche nella stringata *dissenting* del giudice Gorsuch.

Ben più articolata è, invece, l'opinione, anch'essa dissenziente, del giudice Kavanaugh che, dopo aver ripreso alcune delle argomentazioni del collega Alito, ammette la legittimità, con riferimento alla gestione di una pandemia, di un più ampio margine di discrezionalità in capo alle autorità amministrative, precisando però che "COVID-19 is not a blank check for a State to discriminate against religious people, religious organizations, and religious services"⁶⁶.

A giudizio del dissenziente, le ragioni sottese alla scelta del Governatore Sisolak sono tutte riconducibili ad apprezzamenti di tipo economico, che qualificano le "for-profit assemblies" più importanti e meritevoli di una tutela più intensa rispetto ai "religious gatherings". Di qui, la manifesta violazione del Primo Emendamento: "the Constitution does not tolerate discrimination against religion merely because religious services do not yield a profit"⁶⁷.

Attorno al valore intrinseco delle attività interessate dalle restrizioni sembra essere costruita anche la più recente pronuncia relativa al caso *Roman Catholic Diocese of Brooklyn*⁶⁸, con cui la Corte Suprema, nella nuova composizione a maggioranza conservatrice, accoglie l'istanza di *injunctive relief* presentata dai ricorrenti⁶⁹.

La contestazione aveva a oggetto l'*Executive Order* con cui il Governatore di New York aveva suddiviso il territorio dello Stato in tre

⁶⁶ Cfr. *Calvary Chapel*, cit., *dissenting opinion Kavanaugh*, cit., p. 10.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁶⁸ Cfr. *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York*, 592 U.S. (2020).

⁶⁹ A commento vedi A. LICASTRO, *Annotazioni*, cit., p. 766 ss.; M.M. PORCELLUZZI, *Senza celebrazioni non si può vivere: la libertà religiosa in tempo di covid-19 e la Corte suprema americana*, in *diritticomparati.it*, 3 dicembre 2020; M. STORSLEE, *The COVID-19*, cit., p. 14 ss.



differenti aree di rischio, in corrispondenza delle quali venivano graduati, tra gli altri, i limiti di accesso ai luoghi di culto.

Sulla scorta di *Lukumi*, l'opinione di maggioranza, resa *per curiam*, insiste sulla necessità di sottoporre le misure contestate - a giudizio della Corte prive di carattere neutrale e di applicazione generale - allo *strict scrutiny test*.

L'esito di tale valutazione è, però, negativo, in quanto la Corte - che pur riconosce alla salute pubblica la natura di "compelling interest" - ritiene di poter ravvisare soluzioni egualmente efficaci, ma meno lesive della libertà religiosa, tra cui, in particolare, la possibilità (non contemplata nel provvedimento impugnato) di parametrare il numero massimo di fedeli alle dimensioni dell'edificio⁷⁰.

Ancora una volta, le opinioni dei giudici sembrano focalizzarsi prevalentemente sull'individuazione del *tertium comparationis*, facendo ricorso ad argomentazioni per lo più adesive a quelle già avanzate nelle precedenti pronunce.

Da segnalare è, però, la *dissenting opinion* del giudice Sotomayor che, assumendo come criterio principale quello dell'oggettività della situazione di rischio, evidenzia come la disciplina riservata ai luoghi di culto sia in realtà più favorevole rispetto a quella prevista per i così detti *secular comparators*, quali, ad esempio, i teatri⁷¹.

Tuttavia, con un'argomentazione che ricorda molto quella dell'ordinanza del Consiglio di Stato francese di cui si è trattato, l'opinione *per curiam*, nel solco di quanto già affermato dal giudice Kavanaugh nel caso *Calvary Chapel*, sembra riconoscere alle funzioni religiose, riconducibili al "cuore" della *Free Exercise Clause*,

"una pregevolezza intrinseca [...] che le rende meritevoli di una tutela (sicuramente non deteriore, ma anche) più intensa rispetto ad altre attività secolari e non strettamente correlata, pertanto, al solo dato dei livelli di rischio ad esse connessi"⁷².

Il nuovo orientamento inaugurato dalla maggioranza conservatrice sembra destinato a un rapido consolidamento: il 5 febbraio 2021, la Corte Suprema, nell'ambito del caso *Harvest Rock Church*, ha accolto il ricorso avverso un provvedimento della California che assoggettava i luoghi di culto a una disciplina deteriore rispetto ad altre "secular activities"⁷³.

⁷⁰ Cfr. *Roman Catholic*, cit., p. 4.

⁷¹ Cfr. *Roman Catholic*, cit., *dissenting opinion Sotomayor*, p. 3.

⁷² Così A. LICASTRO, *Annotazioni*, cit., p. 776.

⁷³ Cfr. *Harvest Rock Church, et al. v. Newsom, Governor of California*, 5 febbraio 2021



Anche nella giurisprudenza oltreoceano sembra quindi possibile individuare alcuni elementi di continuità con le pronunce delle Corti apicali europee prese in esame.

In particolare, la necessità di ricorrere a un bilanciamento degli interessi in gioco ispirato al principio di proporzionalità si avverte nel passaggio tra la prima fase, più rigorosa e improntata al criterio della massima precauzione, e quella successiva, volta al progressivo allentamento delle restrizioni.

La diversificazione delle misure, che contraddistingue questa fase (non propriamente) intermedia, rende imprescindibile la corretta individuazione del *tertium comparationis*; operazione - come dimostra il persistente contrasto in seno alla Corte - particolarmente delicata, da cui, tuttavia, dipende la tenuta, su un piano logico-giuridico, della decisione finale dei giudici.

5 - Emergenza sanitaria e test di proporzionalità nella giurisprudenza di Strasburgo: brevi considerazioni *de iure condendo*

L'impatto che la pandemia di COVID-19 ha avuto sulla tutela (non solo della salute, ma più in generale) della maggior parte dei diritti e delle libertà fondamentali ha inevitabilmente determinato il coinvolgimento, a vario titolo, delle istituzioni del Consiglio d'Europa.

Anzitutto, la Segretaria generale, nel tentativo di guidare l'azione dei Governi in una direzione convenzionalmente orientata, ha diffuso il 7 aprile 2020 un documento informativo⁷⁴, che "affronta le principali questioni relative agli *standard* di forma e contenuto che le misure emergenziali dovrebbero garantire", insistendo sull'importanza del ruolo dei Parlamenti, chiamati a (ri)valutare periodicamente l'attività di governo, verificandone "a intervalli di tempo ragionevole" la persistente giustificatazza⁷⁵.

Già all'interno di questo documento - che subordina, tra le altre, le limitazioni all'accesso ai luoghi di culto al rispetto dei principi di legalità e

(order in pending case), 592 U.S. Conformi i successivi *Gateway City Church, et. al v. Newsom, Governor of California*, 26 febbraio 2021, (order in pending case), 592 U.S. e *Ritesh Tandon, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.*, (9 aprile 2021), 593 U.S.

⁷⁴ Cfr. **COUNCIL OF EUROPE**, *Respecting democracy*, cit.

⁷⁵ Cfr. **R. LUGARÀ**, *Emergenza sanitaria e articolo 15 CEDU: perché la Corte europea dovrebbe intensificare il sindacato sulle deroghe ai diritti fondamentali*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3 del 2020, p. 342 ss., specialmente p. 343.



proporzionalità - si affermava la necessità che le misure di contenimento rimanessero “proportional to the threat posed by the spread of the virus”, nonché “limited in time”⁷⁶.

In secondo luogo, alcuni Stati membri (per la quasi totalità precedentemente appartenuti al così detto “blocco orientale”) hanno ritenuto di attivare la procedura di cui all’art. 15 della Convenzione⁷⁷, che “in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione” consente alle Alte Parti contraenti di adottare delle misure in deroga agli obblighi in essa previsti, “nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale”.

Tale clausola derogatoria ha dunque una valenza giuridica distinta rispetto ai limiti normalmente contemplati dalle disposizioni convenzionali, quali, ad esempio, per quanto attiene alla libertà di pensiero, coscienza e religione, quelli tassativamente elencati all’art. 9. 2 (tra cui, come noto, è annoverata la salute pubblica)⁷⁸.

Questi ultimi - da considerarsi quali “[limits to] the scope of permissible limitations” e non già come “general permissions to impose limitations to human rights”⁷⁹- sono, infatti, ammissibili a regime ordinario; al contrario, la deroga di cui all’art. 15 CEDU può essere attivata solo in situazioni eccezionali, a cui, pur se non espressamente menzionata, è stata unanimemente ricondotta la crisi pandemica⁸⁰.

In ogni caso, lo stesso diritto di deroga non è illimitato, ma può essere esercitato solo “nella stretta misura in cui la situazione lo richieda” (corsivo aggiunto).

Il richiamo implicito al principio di proporzionalità appare evidente; tuttavia, con riferimento alle circostanze descritte dall’art. 15 CEDU, i giudici di Strasburgo sembrano riconoscere un ampio di margine

⁷⁶ Cfr. **COUNCIL OF EUROPE**, *Respecting democracy*, cit., p. 2.

⁷⁷ Sul punto, vedi **M. ARGENTINI**, “Fase 1” di contrasto al Covid-19, ordinamento italiano e tutela dei diritti umani alla luce della CEDU, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2 del 2020, p. 153 ss., specialmente p. 175 ss.

⁷⁸ Sulla distinzione tra *limitations* e *derogations*, vedi **A. KELLER, M.E. SALERNO**, *DPCM anti-Covid tra Costituzione e CEDU: marginali, ma non trascurabili, profili di illegittimità delle misure di contenimento ed irrilevanza penale delle false autodichiarazioni*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 5 del 2021, specialmente p. 16 ss.

⁷⁹ Così **H. BIELEFELDT**, *Limiting Permissible Limitations: How to Preserve the Substance of Religious Freedom*, in *Religion and Human Rights*, n. 15 del 2020, p. 3 ss., specialmente p. 18.

⁸⁰ In questo senso, **M. ARGENTINI**, “Fase 1”, cit., p. 172.



di apprezzamento agli Stati membri, convinti che “laddove è la sopravvivenza stessa dell’ordinamento a essere in gioco la responsabilità (e dunque il potere) degli Stati si esprime al massimo grado”⁸¹.

Da un punto di vista qualitativo, la valutazione di proporzionalità operata dalla Corte con riferimento all’esercizio della deroga *ex art. 15 CEDU* non differisce dal sindacato normalmente esercitato nell’ambito del bilanciamento tra diritti e libertà confliggenti.

Il primo *step* richiederà dunque di valutare l’adeguatezza della misura e, quindi, se la gestione dell’emergenza (in questo caso pandemica) avrebbe potuto essere operata con il ricorso a strumenti ordinari. In particolare, si è sostenuto che ai fini della legittimità dell’adozione di misure emergenziali è necessario che - sulla base delle argomentazioni del Governo, cui spetta l’onere della prova - queste risultino indispensabili, essendo insufficiente la loro mera utilità.

Successivamente, si provvederà a verificare la necessità della misura e la sua proporzionalità in senso stretto.

Con riferimento a questi due ulteriori momenti si coglie, però, una differenza da un punto di vista quantitativo, dal momento che, rispetto a quanto accade nel corso dell’ordinario screening di proporzionalità, il controllo della Corte risulta qui meno invasivo, attraverso la concessione di un ampio margine di apprezzamento⁸².

Fino alla diffusione del virus SARS-CoV-2, il ricorso alla deroga *ex art. 15 CEDU* era stato esercitato prevalentemente quale mezzo di contrasto al terrorismo o ad altre minacce alla sicurezza interna di un determinato ordinamento; circostanze con riferimento alle quali risultava difficile equiparare le situazioni dei diversi Stati membri, con conseguente impossibilità di assumere come parametro decisionale l’esistenza di un eventuale consenso tra questi. Coerentemente con ciò, si attribuiva particolare rilevanza al così detti *better placed argument*, che, nell’ambito di avvenimenti di precipuo interesse nazionale, riconosce alle autorità statali competenze di valutazione e d’intervento più raffinate di quelle a disposizione del giudice internazionale⁸³.

Tuttavia, l’emergenza sanitaria pare aver cambiato, anche sotto il profilo giuridico, lo scenario di partenza.

⁸¹ Così **R. LUGARÀ**, *Emergenza*, cit., p. 359.

⁸² La distinzione tra la dimensione qualitativa e quella quantitativa nel sindacato di proporzionalità operato dai giudici di Strasburgo è colta da **R. LUGARÀ**, *Emergenza*, cit., p. 360 ss.

⁸³ **R. LUGARÀ**, *Emergenza*, cit..



Infatti, da una parte, come osservato in dottrina, la Corte europea non appare

«disposta a riconoscere agli Stati alcuna discrezionalità quando si tratti di restrizioni generali, indiscriminate e automatiche [caratteristiche che hanno accomunato molti dei provvedimenti volti a limitare la propagazione dell'infezione] apportate a diritti convenzionali di importanza vitale (senza, peraltro, che sia mai stato definito il confine che separa i "diritti di importanza vitale" da quelli che non lo sono)»⁸⁴;

d'altra parte, però, il carattere trasversale del fenomeno pandemico, che ha colpito senza distinzioni tutti gli Stati membri, sembra indicare la via per un sindacato di proporzionalità più rigoroso, al quale la Corte di Strasburgo (data la tendenziale uniformità delle politiche emergenziali adottate dalle autorità nazionali) non potrà facilmente sottrarsi invocando l'inesistenza di un consenso diffuso⁸⁵.

Quest'ultimo punto è di speciale importanza, poiché idoneo a orientare l'operato della Corte, di cui lo *screening* di proporzionalità costituisce uno degli strumenti principali, anche al di fuori dei casi in cui venga invocato l'art. 15 CEDU.

Di più. La prospettiva di un sindacato maggiormente incisivo potrebbe addirittura scoraggiare il ricorso alla deroga di cui all'art. 15 CEDU, che riacquisirebbe così la propria natura di *ultima ratio*, restituendo, di converso, piena operatività ai limiti (impliciti o espliciti) già contemplati dalle disposizioni convenzionali, il cui fine ultimo sarebbe quello di preservare "the substance of human rights provision in complicated situations, when a human rights-based interest collides, or seems to collide, with important public goods or with the rights and freedoms of others"⁸⁶, esattamente com'è accaduto (e continua ad accadere) nel corso dell'emergenza sanitaria.

Non resta dunque che attendere le future pronunce della Corte europea, nella consapevolezza che gli orientamenti adottati costituiranno

⁸⁴ Così **M. TOSCANO**, *Il fattore religioso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Itinerari giurisprudenziali*, ETS, Pisa, 2018, p. 184.

⁸⁵ Sulla relazione inversamente proporzionale tra la sussistenza di un consenso diffuso tra gli Stati membri e l'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto a questi ultimi dalla Corte europea, vedi **M. TOSCANO**, *La sentenza Lautsi e altri c. Italia della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2011, p. 6.

⁸⁶ Cfr. **H. BIELEFELDT**, *Limiting*, cit., p. 4.



“un importante banco di prova per la tenuta del sistema convenzionale”⁸⁷, destinato ad acquisire un rilievo ancor più tangibile per il diritto ecclesiastico che, come dimostrano le più recenti pronunce giurisprudenziali (nazionali e non), è continuamente chiamato a rispondere a esigenze di bilanciamento.

6 - Conclusioni

La diffusione del virus SARS-CoV-2, che in un primo momento sembrava riguardare esclusivamente la tutela della salute (e della vita) degli individui, ha finito ben presto per coinvolgere (comprimendoli) la maggior parte dei diritti e delle libertà fondamentali.

Sebbene inizialmente la scelta (quasi ovunque condivisa) di adottare una politica emergenziale ispirata alla massima precauzione sia stata considerata l'unica strategia possibile per contenere il dilagare dell'infezione, l'evoluzione della situazione epidemiologica, accompagnata dall'acquisizione di nuovi dati scientifici, ha reso altrettanto evidente l'urgenza di porre a bilanciamento tutti i diritti e le libertà coinvolti, scongiurando quello che in dottrina è stato definito - con riferimento all'assoluta primazia riconosciuta al diritto alla salute - «“winner takes it all” approach»⁸⁸.

La necessità d'individuare soluzioni giuridiche improntate al principio di proporzionalità è emersa con chiarezza nelle pronunce di alcune corti apicali, chiamate a valutare la legittimità delle misure restrittive del pubblico esercizio del culto e quindi a operare un bilanciamento tra diritto alla salute e diritto di libertà religiosa.

Nello specifico, questo contributo ha provato a porre a confronto gli approdi della giurisprudenza costituzionale tedesca, del Consiglio di Stato francese e della Corte Suprema statunitense.

Nel primo caso, i giudici costruiscono il sindacato attorno a una valutazione meramente quantitativa, che, enfatizzando le circostanze di tempo e di luogo, lega il giudizio di proporzionalità e di legittimità delle misure impugnate alla loro coerenza con l'evoluzione del quadro epidemiologico.

⁸⁷ Così **R. LUGARÀ**, *Emergenza*, cit., p. 373.

⁸⁸ Così **G.A. DU PLESSIS**, *COVID-19 and Limitations to the International Right to Freedom of Religion or Belief*, in *Journal of Church and State*, n. 4 del 2020, p. 619 ss., specialmente p. 634.



Il *Conseil d'État* sembra compiere un passaggio ulteriore, arricchendo la propria valutazione di un piano qualitativo: a parità di rischio oggettivo, occorrerà accordare un trattamento più favorevole a quelle attività che - come quella religiosa, circondata da particolari garanzie costituzionali - devono considerarsi essenziali.

Oltre a denunciare una strategia politica di ripresa economicamente orientata - che aveva spinto il Governo francese (e non solo) a considerare essenziali, ai fini del progressivo allentamento delle restrizioni, le sole attività che avrebbero contribuito maggiormente alla ripartenza del settore produttivo - il Consiglio di Stato introduce il delicato tema dell'individuazione del *tertium comparationis*, che trova fisiologico sviluppo nelle articolate *opinions* dei giudici della Corte Suprema statunitense.

Le pronunce esaminate si compongono infatti di numerose opinioni, per lo più di segno opposto, il cui *reasoning* è strutturato sull'individuazione del più appropriato termine di paragone.

Naturalmente - come ha dimostrato il *revirement* successivo alla nomina della giudice Barrett, che ha definitivamente spostato gli equilibri della Corte a favore di una netta maggioranza conservatrice - la diversa sensibilità dei giudici nella selezione dei fattori da includere nel bilanciamento assume un ruolo determinante quanto all'esito dello stesso⁸⁹.

Si comprendono allora i timori avanzati da quella dottrina che - a partire dalla possibilità (riconosciuta dall'art. 15 CEDU) di derogare, in casi eccezionali, ai diritti e alle libertà fondamentali, seppur nei limiti dello "strettamente necessario" - ragiona dell'opportunità d'introdurre, quanto meno con riferimento alle controversie riconducibili alla situazione emergenziale in atto, un sindacato di proporzionalità più rigoroso.

Invero, se, da un lato, come ben ha evidenziato il *Bundesverfassungsgericht*, la valutazione di proporzionalità impone la massima valorizzazione di tutte le circostanze della fattispecie concreta, escludendo qualsiasi tipo di bilanciamento in astratto; dall'altro, anche sulla scorta delle indicazioni provenienti da Washington, sembra profilarsi il rischio di una tutela puntiforme dei diritti e delle libertà fondamentali, che renderebbe difficile mantenere, a emergenza conclusa, «una rappresentazione significativa sia del modo in cui si distribuiscono i

⁸⁹ Sulla rilevanza che il mutamento della composizione della Corte ha assunto nella (ri)definizione degli orientamenti della stessa, vedi J. BLACKMAN, *The "Essential" Free Exercise Clause*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n. 3 del 2021, p. 637 ss.



“punti”, sia del “luogo”, definito da coordinate giuridiche, in cui se ne concentra la maggior parte»⁹⁰.

⁹⁰ Cfr. **M. TOSCANO**, *Il fattore*, cit., p. 287. Il rischio di un “false sense of objectivity” con riferimento al sindacato di proporzionalità, i cui esiti potrebbero dipendere in misura eccessiva dalla sensibilità dei giudici, era già stato evidenziato da **L. VICKERS**, *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 230, secondo cui “the fact that these decisions are so fact-sensitive, and dependent on the context in which the requests are made, can leave the law open to the charge that the decisions merely reflect the personal views and political opinions of those who judge them, even though they are dressed up in the objective language of proportionality”.