

Il problema dei finanziamenti pubblici nelle scuole statunitensi: una riflessione sulle *Religion Clauses* (a partire da *Carson v. Makin*) *

ALESSIA RICCIOLI**

Nota a Supreme Court of the United States, no. 20–1088, decided June 21, 2022.
Disponibile all'indirizzo: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1088_dbfi.pdf.

Abstract (EN): *In a 6-to-3 decision, the Court discussed its own precedents once again, intervening on the relationship between the Free Exercise Clause and the Establishment Clause. In Carson v. Makin, the Court ruled about the exclusion of religious schools from a neutral benefit program guaranteed by Maine's laws. The decision was linked to other precedents such as Espinoza and Trinity, which had so far struck a balance between the Religion Clauses. This analysis focuses also on the consequences linked to the Carson decision. To better understand the issue, it seems to be helpful a comparison with a slightly later ruled case, Kennedy v. Bremerton School District, which is far more impactful in the earlier system.*

Sommario: 1. Premessa – 2. Il caso *Carson* – 3. *Background* normativo – 4. *Majority opinion* – 5. *Dissenting opinions* – 5.1 Riflessioni sulle *dissenting opinion* – 6. Il parallelismo tra *Carson* e *Kennedy*: perché le due sentenze in realtà non si assomigliano – 6.1 Il caso *Kennedy* – 6.2 *Kennedy* e il “*detenté*” – 7. Le conseguenze di *Kennedy* e *Carson* – 7.1 Le conseguenze di *Kennedy* – 7.2 Le conseguenze di *Carson* – 7.2.1 *Carson* e le *charter school* – 7.2.2. *Carson* e i suoi precedenti – 8. Considerazioni conclusive.

Data della pubblicazione sul sito: 31 gennaio 2023

Suggerimento di citazione

A. RICCIOLI, *Il problema dei finanziamenti pubblici nelle scuole statunitensi: una riflessione sulle Religion Clauses (a partire da Carson v. Makin)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2023. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Il presente contributo è stato valutato secondo la procedura di cui all'art. 6 del Regolamento della Rivista.

** Dottoranda di ricerca in Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale e comparazione giuridica nell'Università di Pisa. Indirizzo mail: a.riccioli@phd.unipi.it.

1. Premessa

La decisione *Carson v. Makin*¹ interviene sul delicato equilibrio delle *Religion Clauses*² ed incide su posizioni precedentemente consolidate in tema di finanziamento pubblico ad istituti scolastici.

Il caso *Carson* si inserisce nel lungo dibattito giurisprudenziale circa l'*Establishment Clause* e la *Free Exercise Clause*, che rappresentano, invero, un problema perenne del diritto costituzionale³.

Il discorso si inquadra nel più ampio tema della libertà religiosa, considerata un diritto inalienabile⁴. Il concetto di libertà religiosa fa riferimento non solo al diritto di scegliere un determinato credo religioso o al diritto di culto in un luogo sacro, ma comprende l'osservanza e la pratica religiosa, tale che, eccetto in circostanze eccezionali, nessuno dovrebbe essere costretto a scegliere tra vivere la propria fede o rispettare la legge. Ne consegue che, nella misura più estesa possibile, ma sempre nel limite del rispetto della legge, l'osservanza e la pratica religiosa devono essere ragionevolmente accolte in tutte le attività governative⁵.

Nella Costituzione la libertà religiosa è tutelata costituzionalmente nel *First Amendment*⁶, che descrive la *Establishment Clause* e la *Free Exercise Clause*, la cui intersezione è conosciuta come *Religion Clauses*.

¹ 142 S. Ct., 1987 (2022).

² Cfr. Cost. (U.S.A.), *Amend. I*, § 1.

³ Per uno studio empirico su come l'ideologia dei giudici influenzi decisioni circa l'*Establishment Clause* e la *Free Exercise Clause*, cfr.: M. HEISE, G.C. SISK, *Religion, Schools, and Judicial Decision Making: An Empirical Perspective*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n. 1/2012, pp. 185-212.

⁴ Cfr. J. MADISON, *Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments* (June 20, 1785), in P.B. KURLAND, R. LERNER, *The Founders' Constitution*, vol. 5, 1987, p. 82, secondo cui il dovere dell'individuo verso la sua stessa fede “*is precedent, both in order of time and in degree of obligation, to the claims of Civil Society*”.

⁵ Cfr. *Federal Law Protections for Religious Liberty* (A Notice by the [Justice Department](#), 26 ott. 2017), in *Federal Register* (*The Daily Journal of the United States Government*), disponibile all'indirizzo <https://www.federalregister.gov/documents/2017/10/26/2017-23269/federal-law-protections-for-religious-liberty#citation-1-p49668>, che elenca i venti principi che dovrebbero guidare l'azione delle “*administrative agencies*” e degli “*executive departments*” nel rispetto della libertà religiosa.

⁶ Cfr. Cost. (U.S.A.), *Amend. I*. Cfr. K.L. KARST, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 43, n. 1/1975, pp. 20-68, secondo cui i tre scopi contenuti nel Primo Emendamento sono i seguenti: (1) permettere ai cittadini di fare scelte consapevoli in una democrazia autogestita, (2) aiutare la ricerca della verità (lett. “*to aid in the search for truth*”) e (3) permettere ad ogni persona di sviluppare ed esercitare le proprie capacità, promuovendo così il senso di autostima

Nel *First Amendment* si legge che “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*”⁷.

La prima parte della disposizione descrive l’*Establishment Clause*, che impedisce al governo⁸ di sostenere direttamente un certo credo religioso⁹ e determina l’impossibilità da parte delle istituzioni pubbliche di riconoscere una religione nazionale ufficiale, ma anche di essere direttamente coinvolte in attività di carattere religioso¹⁰ (altrimenti ledendo il principio di laicità dello stato che tale clausola intende tutelare).

La seconda parte della disposizione descrive la *Free Exercise Clause*, che proibisce alle istituzioni pubbliche di adottare atteggiamenti ostili nei confronti della religione, richiedendo un atteggiamento neutrale rispetto ai “*religious beliefs*”¹¹.

In effetti, rispetto a tali clausole, il comportamento della Corte Suprema è sempre stato ispirato ad un principio di neutralità, coerentemente rapportandosi con gruppi di credenti e di non credenti¹² e definendo, sulla base di tale neutralità, alcuni principi guida nella concreta applicazione della *Establishment Clause*¹³.

Tuttavia, la Corte ha anche riconosciuto l’esistenza di un margine tra le due Clausole (c.d. “*play in the joints*”, che verrà analizzato in seguito), che dà al singolo Stato un certo margine di autonomia nello scegliere quale atteggiamento adottare nel rispetto delle clausole in questione, sebbene sempre nel segno di una

individuale. La realizzazione di questi obiettivi implica la realizzazione del “*first amendment’s equality principle*”.

⁷ Cfr. Cost. (U.S.A.), *Amend. I*, § 1.

⁸ Si intende il governo statale. Sebbene la disposizione faccia esplicito riferimento al Congresso, in via giurisprudenziale ne è stata data una lettura estensiva sulla base del Quattordicesimo Emendamento, ritenendola “*applicable to the states*”, cfr. *Everson v. Bd. of Educ.*, 330 U.S. 1, 5 (1947). Per un esplicito riferimento al governo dei singoli Stati e non solo al Congresso cfr. *Evaluating Federal Financial Assistance Under the Constitution’s Religion Clauses*, in *Congressional Research Service* (9 settembre 2020), disponibile all’indirizzo <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R46517>.

⁹ Cfr. *Everson*, 330 U.S. 15–16; *Comm. for Pub. Educ. & Religious Liberty v. Nyquist*, 413 U.S. 756, 771–72 (1973).

¹⁰ Cfr. *Comm. for Pub. Educ. & Religious Liberty v. Nyquist*, ult. cit.

¹¹ Cfr. *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. Civil Rights Comm’n*, 138 S. Ct. 1719, 1731 (2018).

¹² Cfr. *Everson*, 330 U.S. 18.

¹³ Cfr. *McCreary County v. Am. Civil Liberties Union*, 545 U.S. 844, 874 (2005), disponibile all’indirizzo https://cite.case.law/us/545/844/?full_case=true&format=html; *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 60 (1985), disponibile all’indirizzo <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep472/usrep472038/usrep472038.pdf>.

“*benevolent neutrality*” che garantisca l’esercizio della libertà religiosa e sempre “*without sponsorship and without interference*”¹⁴.

In *Carson*, la Corte mette in discussione proprio quel margine di azione riconosciuto agli Stati, dichiarando che il Maine aveva violato la *Free Exercise Clause*, avendo impedito agli studenti di utilizzare un programma di sovvenzione statale per frequentare scuole private che offrivano attività anche di carattere religioso, e invece considerando idonee scuole private di carattere “*nonsectarian*” (ovvero laiche)¹⁵. Facendo ciò, la Corte dà un’interpretazione nuova circa la distinzione tra ciò che, ai sensi della *Free Exercise Clause*, è permesso e ciò che è richiesto, sulla scia di un filone giurisprudenziale recente, che, come notato dalla giudice Sotomayor, ha comportato una rapida trasformazione delle *Religion Clauses*¹⁶. In particolare, *Carson* ha introdotto una concezione eccessivamente ampia della *Free Exercise Clause* (e, di conseguenza, una concezione asfittica della *Establishment Clause*)¹⁷.

Per comprendere al meglio la questione, è necessario innanzitutto introdurre il caso, sottolineando, in via preliminare, che la cornice normativa del caso *Carson* può essere analizzata su due fronti: da un lato le norme direttamente coinvolte nella decisione, dall’altro i precedenti della stessa Corte, dai quali lei stessa sembra starsi pericolosamente allontanando.

La sentenza in questione si pone infatti in quell’interessante nucleo di sentenze, molto recenti, approvate con il *pattern* 6-3, che sembra nel tempo starsi consolidando¹⁸.

Tuttavia, mentre *Carson* non necessariamente comporta uno stravolgimento dei precedenti, un’altra sentenza (*Kennedy v. Bremerton School District*¹⁹), di solo una settimana successiva, rischia di ottenere risultati ben più disastrosi.

¹⁴ Cfr. *Walz v. Tax Comm’n*, 397 U.S. 664, 669 (1970). Il tema verrà ripreso e approfondito più avanti nell’analisi.

¹⁵ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2002.

¹⁶ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2013, 2014 (*Sotomayor, J., dissenting*).

¹⁷ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2002 (*Breyer, J., dissenting*). La giudice Sotomayor non ha aderito alla Parte I-B dell’opinione dissenziente del giudice Breyer.

¹⁸ La sentenza più nota che dà origine a questo *pattern* è la recente decisione *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 19-1392, 597 U.S. (2022), che ha stravolto la giurisprudenza precedente in tema di vicenda abortiva.

¹⁹ 142 S. Ct. 2407 (2022).

2. Il caso *Carson*

Il caso nasce nel 2018, quando Amy e David Carson²⁰, residenti a Glenburg, nel Maine, avrebbero voluto attingere ad un programma statale di assistenza scolastica al fine di iscrivere la figlia nel complesso scolastico *Bangor Christian Schools*²¹, vedendosi però esclusi dal programma a causa del carattere religioso della scuola da loro scelta.

La Costituzione del Maine garantisce a tutti i propri cittadini un servizio scolastico pubblico²², secondo le modalità ulteriormente definite dalla legislazione statale²³, al fine di assicurare che tutti gli abitanti del Maine, in ogni distretto scolastico (SAU)²⁴, possano usufruire di questo servizio.²⁵ Tuttavia, dei 260 distretti scolastici che il Maine comprende, meno della metà riescono ad offrire un servizio pubblico di scuola secondaria.

Per far fronte a tale problematica, il richiamato Statuto prevede la possibilità di: (1) contrarre con scuole di altri distretti, sia pubbliche che private (purché siano “*approved*”) o (2) distanziare dei fondi (“*tuition assistance program*”) a scuole pubbliche o private (sempre “*approved*” dallo Stato), scelte dal nucleo familiare²⁶.

²⁰ Il caso è stato promosso dai Carson e da altre due coppie di coniugi: “*The plaintiffs are David and Amy Carson and their daughter O.C., for whom they sue as next friends; Alan and Judith Gillis and their daughter I.G., for whom they sue as next friends; and Troy and Angela Nelson and their children A.N. and R.N., for whom they sue as next friends*” cfr. *Carson v. Makin*, 979 F. 3d 26 (1st Circuit 2020).

²¹ Cfr. *Carson v. Makin*, 142 S. Ct. 1994–95 (2022). Da notare che in realtà è coinvolto anche un altro edificio scolastico, chiamato *Temple Academy* (“*a “sectarian” school affiliated with Centerpoint Community Church*”), scelto per la figlia da un’altra coppia di coniugi ricorrenti, i Nelson. *Id.*, 1996.

²² La Costituzione del Maine richiede alla legislazione statale “*to require [...] the several towns to make suitable provision, at their own expense, for the support and maintenance of public schools*”, cfr. *Me. Const.* art. VIII, pt. 1, § 1.

²³ In riferimento a *Me. Stat.* tit. 20-A.

²⁴ Da notare che il Maine si riferisce ai suoi distretti scolastici come “*school administrative units (SAUs)*”, cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 1993.

²⁵ Lo statuto prevede che siano adottate tutte le leggi “*that are necessary to assure that all school administrative units make suitable provisions for the support and maintenance of the public schools*” cosicché ogni bambino in età scolastica si veda dallo stato garantita “*an opportunity to receive the benefits of a free public education*”, cfr. *Me. Stat.* tit. 20-A, § 2(1).

²⁶ *Me. Stat.* tit. 20-A, §§ 2701-2702, 5204(3) (per la prima ipotesi) e § 5204(4) (per la seconda ipotesi). Per essere definite *approved*, le scuole private devono presentare la relativa richiesta presso il *Maine Department of Education*. L’approvazione deve essere richiesta annualmente (cfr. *Me. Stat.* tit. 20-A, §2952). La scuola privata che richiede l’approvazione inizia il procedimento verificando che la sua stessa organizzazione sia idonea a quella richiesta dallo Stato e aggiornando le informazioni sul proprio staff nel

Il Distretto di Glenburg, nel quale abitavano i coniugi Carson, non riusciva a garantire il servizio costituzionalmente richiesto, data la scarsità della popolazione e la zona remota nel quale è locato²⁷. Né, come da Statuto, il Distretto aveva stipulato un accordo con una scuola pubblica situata nelle zone limitrofe²⁸.

Conseguentemente, la famiglia Carson effettivamente risultava possedere tutti i requisiti necessari per essere inserita nel programma di assistenza scolastica statale, di cui alla seconda ipotesi dello statuto²⁹, ma la scuola da loro scelta era qualificata come “*nonsectarian*”³⁰ (prevedendo anche insegnamenti religiosi tra quelli offerti dal suo programma scolastico³¹) e dunque non possedeva il requisito necessario per essere inserita nel programma di sovvenzione statale.

I Carson, vedendosi esclusi dall'utilizzo dei relativi fondi, hanno citato in giudizio il Maine ritenendo che l'esclusione della scuola violasse la *Free Exercise Clauses*³².

Sia il Tribunale di primo grado (“*the district court*”)³³, che la Corte di Appello (“*U.S. Court of Appeals for the First Circuit*”)³⁴ si sono pronunciate a favore dello Stato del Maine.

In particolare la Corte di Appello ha ritenuto che la disposizione statutaria in questione fosse costituzionalmente valida in quanto rispettosa della *Free Exercise Clause*, essendo la restrizione in essa contenuta legata ad un *vincolo d'uso*³⁵ dei

sistema informativo *NEO* del *Maine Department of Education*. Qualsiasi richiesta di approvazione per il ricevimento di fondi pubblici per le tasse scolastiche sarà subordinata all'approvazione della scuola di riferimento e al ricevimento del *Private School Approval to Receive Public Tuition Funds form* (anche chiamato *Form EF-M 240*). Indicazioni più specifiche sono disponibili nel sito ufficiale del relativo dipartimento: <https://www.maine.gov/doe/schools/schoolops/privatechoolapproval>, in cui è possibile notare una sezione specificatamente dedicata a *Carson v. Makin* (disponibile all'indirizzo <https://www.maine.gov/doe/carsonvmakin>), nel quale vengono spiegati in brevissima sintesi gli effetti della sentenza, spiegando che “*in other words, a sectarian school that meets all of the other requirements for approval for the receipt of public funds for tuition purposes must be approved in the same manner as a non-sectarian school*”. Per i requisiti richiesti fare riferimento a: *Me. Stat.* tit. 20-A, §2951.

²⁷ *Joint Appendix*, 16, *Carson* (No. 20-1088).

²⁸ *Id.*, 18.

²⁹ *Id.*, 18-19.

³⁰ Cfr. *FindLaw.com - Maine Revised Statutes Title 20-A. Education § 2951. Approval for tuition purposes - last updated January 01, 2019*, disponibile all'indirizzo <https://codes.findlaw.com/me/title-20-a-education/me-rev-st-tit-20-a-sect-2951.html>.

³¹ *Carson*, 142 S. Ct. 1994.

³² *Id.*, 1995.

³³ *Carson v. Makin*, 401 F. Supp. 3d 207 (D. Me. 2019).

³⁴ *Carson v. Makin*, 979 F.3d 21 (1st Cir. 2020).

³⁵ *Id.*, 35.

fondi e non al mero *status* religioso dell'istituto scolastico (infatti per la Corte l'esclusione si giustificava alla luce della volontà di impedire che i fondi venissero *utilizzati* per finanziare attività di carattere religioso, non fondandosi solo sul mero *status* religioso della scuola). Dunque, secondo la Corte, la disposizione statutaria del Maine non era sintomo di alcuna ostilità religiosa, ma rifletteva al contrario un "*legitimate concerns about excessive entanglement with religion*"³⁶. Emerge una preoccupazione della Corte circa il principio di laicità dello stato, tutelato dalla *Establishment Clause* e che definisce una linea di demarcazione tra Chiesa e Stato.

A seguito di tali risultati giudiziari, i coniugi Carson hanno deciso di appellare la decisione alla Corte Suprema, che il 2 luglio 2021 ha deciso di rivedere il caso³⁷ e che si è espressa a favore degli stessi ricorrenti³⁸.

3. *Background normativo*

"*Nonsectarian*" è la parola chiave per capire questa vicenda giudiziaria.

Il già richiamato Statuto del Maine³⁹, in tema di servizio scolastico offerto dai relativi distretti, ha definito che un istituto scolastico privato, al fine di contrarre con lo Stato o essere eventuale destinatario indiretto di determinati fondi pubblici debba essere laico (ovvero qualificabile come "*nonsectarian school*", cioè un istituto scolastico "*in accordance with the First Amendment of the United States Constitution*"⁴⁰).

L'articolo VIII della Costituzione del Maine, di cui tale requisito rappresenta un'applicazione, fa esplicito riferimento al *First Amendment*⁴¹, che, come detto, descrive le *Religion Clauses*.

³⁶ *Id.*, 40.

³⁷ *Id.*

³⁸ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2002.

³⁹ Tale riforma è intervenuta sul titolo 20-A ("*Education*"), par. 2951 ("*Approval for tuition purposes*"). Cfr. *FindLaw.com - Maine Revised Statutes Title 20-A. Education § 2951. Approval for tuition purposes*, cit.

⁴⁰ Cfr. *Me. Stat. tit. 20-A, § 2951 (2)*.

⁴¹ Cfr. Cost. (U.S.A.), *Amend. I, § 1*: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*". Cfr. K. L. KARST, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 43, n. 1/1975, pp. 20-68, secondo cui i tre scopi contenuti nel Primo Emendamento sono i seguenti: (1) permettere ai cittadini di fare scelte consapevoli in una democrazia autogestita, (2) aiutare la ricerca della verità (lett. "*to aid in the search for truth*") e (3) permettere ad ogni persona di sviluppare ed esercitare le proprie capacità, promuovendo così il senso di autostima individuale. La realizzazione di questi obiettivi implica la realizzazione del "*first amendment's equality principle*".

Sebbene l'atteggiamento della Corte Suprema rispetto a tali clausole sia sempre stato improntato sul principio di neutralità, tuttavia sono nel tempo cambiati i criteri alla luce dei quali la Corte ha definito neutrale o meno un certo approccio⁴².

Negli anni '70, infatti, la Corte ha specificato ciò che si debba intendere per "establishment" di una religione, identificandolo nel sostegno finanziario ("sponsorship, financial support, and active involvement of the sovereign") di una "religious activity"⁴³.

Già a proposito di istituti scolastici, nel 1973 la Corte aveva dichiarato l'incostituzionalità di un programma dello stato di New York che prevedeva il rimborso delle tasse scolastiche per famiglie a basso reddito i cui figli frequentavano scuole private. Il programma governativo si qualificava come finanziamento diretto perché forniva direttamente denaro alle istituzioni religiose, mancando però di assicurare che il denaro fosse usato "exclusively for secular, neutral, and nonideological purposes"⁴⁴.

In tal caso, la Corte ha utilizzato il test derivante dalla sentenza *Lemon v. Kurtzman*⁴⁵ per invalidare lo statuto⁴⁶. Il test si suddivide in tre fasi e prevede che per evitare un conflitto con la *Establishment Clause* un programma di finanziamento deve avere (1) uno scopo laico, (2) il suo effetto primario o principale non deve far progredire né inibire il sentimento religioso, e (3) non deve risultare in un'eccessiva sovrapposizione tra governo e ambito religioso⁴⁷. Se ne evince che ci sono casi in cui i governi possono essere statutariamente (o costituzionalmente) impediti a concedere fondi pubblici ad attività religiose⁴⁸.

Ben prima, nella decisione *Everson*⁴⁹, la Corte aveva affermato che "no tax in any amount, large or small" possono essere stanziati al fine di finanziare qualsiasi tipo di attività o istituto religioso "whatever they may be called, or whatever form they may adopt to teach or practice religion"⁵⁰. Tuttavia, la stessa sentenza in realtà già riconosce la legittimità di sostegni governativi ad entità religiose, purché lo

⁴² Cfr. *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793, 837–38 (2000).

⁴³ Cfr. *Walz v. Tax Comm'n*, 397 U.S. 664, 668 (1970).

⁴⁴ Cfr. *Committee for Public Education v. Nyquist* 413 U.S. 769 (1973).

⁴⁵ 403 U.S. 602 (1971).

⁴⁶ 413 U.S. 478-82.

⁴⁷ Cfr. S. TAXY, *Pressure to Pray? Thinking beyond the Coercion Test for Legislator-Led Prayer*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n. 1/2019, p. 149; *Evaluating Federal Financial Assistance Under the Constitution's Religion Clauses*, in *Congressional Research Service*, cit.

⁴⁸ Cfr. *Levitt v. Committee for Public Education and Religious Liberty*, 113 U.S. 472 (1973).

⁴⁹ Cfr. *Everson v. Board of Educ.*, 330 U.S. 18.

⁵⁰ 330 U. S. 16, disponibile all'indirizzo https://scholar.google.com/scholar_case?case=3620075287275437211&hl=it&as_sdt=0.

Stato estenda tali benefici “*to all its citizens without regard to their religious belief*”⁵¹.

Progressivamente, la posizione della Corte è divenuta più elastica, prevedendo che non fosse più necessario, anche in caso di finanziamento diretto, esplicitare il divieto di utilizzo dei fondi a scopo religioso e considerando il carattere laico delle attività sovvenzionate una presunzione relativa⁵².

Con questa prospettiva, nel 1988, la Corte, da un lato, ha ritenuto costituzionalmente valido un programma di sovvenzioni statali che non prevedeva esplicitamente un vincolo d’uso dei fondi stanziati⁵³, ma, dall’altro, ha confermato la validità implicita di quel vincolo, affermando l’impossibilità di un finanziamento diretto del governo verso attività religiose⁵⁴.

Dunque, un istituto religioso può essere finanziato sia attraverso programmi di finanziamento diretto, che indiretto. Tuttavia, nel caso di finanziamento diretto, la Corte richiede necessariamente il carattere laico dell’attività sovvenzionata⁵⁵, mentre il requisito diventa non più necessario in caso di finanziamento indiretto, come affermato nel caso *Zelman v. Simmons-Harris*⁵⁶. In *Zelman*, nel 2002 la Corte Suprema ha confermato la costituzionalità di un programma di *voucher* a Cleveland, nell’Ohio, che permetteva agli studenti provenienti da famiglie a basso reddito di utilizzare i fondi pubblici per frequentare scuole private, comprese quelle di carattere religioso, senza alcun vincolo nell’utilizzo dei fondi stanziati⁵⁷, considerando questi ultimi una forma di finanziamento indiretto e neutro.

Inoltre, la posizione della Corte, già prima di *Carson*, si era evoluta al punto da suggerire che nel momento in cui un programma statale preveda benefici non in contrasto con la *Establishment Clause*, la *Free Exercise Clause* potrebbe

⁵¹ Cfr. *Committee for Public Education and Religious Liberty et al. v. Regan, comptroller of new york, et al.* 444 U.S. 646 (1980)

⁵² Cfr. *Mitchell v. Helms*, 530 US, 857 (2000), in cui si legge: “*To establish a First Amendment violation, plaintiffs must prove that the aid in question actually is, or has been, used for religious purposes*”.

⁵³ Cfr. *Bowen v. Kendrick*, 487 US 612 (1988).

⁵⁴ *Ibidem*, 615.

⁵⁵ Cfr. *Committee for Public Education v. Regan*, cit., 659.

⁵⁶ 536 U.S. 639 (2002). Da notare che *Zelman* non venne apprezzata da molti commentatori: S.M. FELDMAN, *Religious Minorities and the First Amendment: The History, the Doctrine, and the Future*, pp. 222, 263–265, disponibile all’indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1522259; D. LITHWICK, *The Supremes Pledge Allegiance to God*, in *Slate*, 27 giugno 2002, disponibile all’indirizzo <https://slate.com/news-and-politics/2002/06/the-supremes-pledge-allegiance-to-god.html> [https://perma.cc/Q8J9-MYPB].

⁵⁷ *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639, 662–63 (2002).

comportare l'estensione di quei benefici tanto ai beneficiari religiosi che a quelli laici.

In tale ottica, nel 2017, nella sentenza *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*⁵⁸, la Corte ha ritenuto che la *Free Exercise Clause* fosse violata da un programma di sovvenzioni offerto dallo stato del Missouri che escludeva le organizzazioni religiose come possibili beneficiari, affermando che negare tale beneficio solo “*on account of religious identity*” fosse incostituzionale, a meno che tale esclusione non fosse giustificata “*only by a state interest “of the highest order”*”⁵⁹ (in specie, il finanziamento sarebbe stato utilizzato per il rifacimento di un parco giochi).

L'interesse di “*achieving greater separation of Church and State*” e quindi il rispetto della *Establishment Clause*, per il Missouri giustificava l'esclusione di enti religiosi dal programma. Tuttavia, la Corte ritenne che il rispetto della *Establishment Clause* non potesse giustificare un'eccessiva compressione della *Free Exercise Clause* (in specie data dal fatto che lo Stato richiedeva esplicitamente alla *Trinity Lutheran* di rinunciare al suo carattere religioso al fine di partecipare al programma di sovvenzione menzionato)⁶⁰.

In sintesi, la Corte ha ritenuto inammissibile escludere un ente religioso per il mero fatto di essere religioso, coerentemente con quanto detto sopra, cioè con la presunzione di ritenere che i fondi siano utilizzati a scopo laico fino a prova contraria.

Per spiegare il punto, la Corte stessa ha svolto un parallelismo con un precedente, *Locke v. Davey*⁶¹, in cui aveva ritenuto legittima la decisione dello stato di Washington di proibire agli studenti di utilizzare borse di studio finanziate con fondi pubblici per conseguire una laurea in teologia⁶². In *Locke*, i fondi erano stati negati al ricorrente non “*because of who he was; he was denied a scholarship because of what he proposed to do — use the funds to prepare for the ministry*”.

⁵⁸ 582 U.S. 577 (2017).

⁵⁹ *Trinity*, 582 U.S. 582.

⁶⁰ “*The State in this case expressly requires Trinity Lutheran to renounce its religious character in order to participate in an otherwise generally available public benefit program, for which it is fully qualified*”, *Trinity*, 582 U.S. 590.

⁶¹ Cfr. *Locke v. Davey*, 540 US 712 (2004). Per un ragionamento critico su questa decisione, cfr. D.F. LAYCOCK, *The Supreme Court, 2003 Term — Comment: Theology Scholarships, the Pledge of Allegiance, and Religious Liberty: Avoiding the Extremes but Missing the Liberty*, in *Harvard Law Review*, n. 118/2004, pp. 155, 162-218.

⁶² D. F LAYCOCK, *The Supreme Court, 2003 Term — Comment*, cit., p. 725, in cui la Corte afferma che: “*Given the historic and substantial state interest at issue, we therefore cannot conclude that the denial of funding for vocational religious instruction alone is inherently constitutionally suspect*”.

In *Trinity* la questione è diversa, perché la scuola viene esclusa dalla sovvenzione “*simply because of what it is — a church*”⁶³.

In una parziale *concurring opinion*, il giudice Gorsuch, forse anticipando una posizione che prenderà successivamente, in *Kennedy* (che risulterà ai fini di questo discorso ben più problematica di *Carson*), ha spiegato che in *Locke* la Corte aveva legittimato il programma statale in virtù del margine (c.d. “*play in the joints*”⁶⁴) esistente tra il rispetto di una delle due *Religion Clauses* e la violazione dell’altra⁶⁵.

Inoltre, Gorsuch ha messo in discussione il discrimine tra “*laws that discriminate on the basis of religious status and religious use,*” affermando che in molti casi, “*the same facts can be described both ways*”⁶⁶.

La posizione della Corte in *Trinity* è stata ulteriormente sviluppata in *Espinoza*⁶⁷, che ancora riprende il binomio “*religious status*” e “*religious use*”. Nella sentenza, la Corte ha dichiarato incostituzionale l’esclusione di scuole religiose da un programma di sovvenzionamento statale essendo l’esclusione giustificata solo dallo “*status*” religioso delle scuole⁶⁸.

Si nota che *Espinoza* rimane coerente al ragionamento seguito dalla Corte anche nei suoi precedenti, perché se da un lato ha riaffermato che i governi non possono discriminare i beneficiari solo sulla base del loro carattere religioso, dall’altro ancora richiamata il limite derivato dall’impossibilità di utilizzare fondi pubblici per *usi* religiosi.

Limite che invece verrà messo in discussione in *Carson*, come vedremo.

⁶³ Cfr. *Trinity*, 137 S. Ct. 2016.

⁶⁴ L’espressione, mai citata dalla maggioranza, viene riportata nella *dissenting opinion* del giudice Breyer (spiegando che “*that “play” gives States some degree of legislative leeway*”, cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2002), ricordando implicitamente altre sentenze, cfr. *Locke v. Davey*, 540 U.S. 712, 718 (2004) (“*Although the Establishment Clause and the Free Exercise Clause [] are frequently in tension [,]... we have long said that ‘there is room for play in the joints’ between them.*” (citazione omessa) (citando *Walz v. Tax Comm’n*, 397 U.S. 664, 669 (1970))). Cfr. D. BLACK, *When Religion and the Public-Education Mission Collide*, in *The Yale Law Journal*, vol. 132 (17 nov. 2022), disponibile all’indirizzo https://www.yalelawjournal.org/forum/when-religion-and-the-public-education-mission-collide#_ftnref. Per un approfondimento sul tema, S.M. ISGUR, “*Play in the joints*”: *the struggle to define permissive accommodation under the first amendment*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, n. 31/2008, pp. 371-392 (criticando una legislazione lacunosa non chiara su cosa la *Establishment Clause* proibisce e la *Free Exercise Clause* richiede).

⁶⁵ Cfr. *Trinity*, 137 S. Ct. 2036.

⁶⁶ *Id.*, 2026.

⁶⁷ Cfr. *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 140 S. Ct. 2246 (2020).

⁶⁸ Cfr. *Espinoza*, 140 S. Ct. 2256.

4. *Majority opinion*

La decisione *Carson* è stata scritta direttamente dal Presidente Roberts, inserendosi in quel gruppo sempre più numeroso di sentenze, adottate con il voto favorevole dei sei giudici di carattere più conservatore e osteggiate dagli altri tre. La *dissenting opinion* è stata scritta dal giudice Breyer, mentre la giudice Sotomayor ha aggiunto autonomamente una parte, rievocando, in particolare, una *dissenting opinion* precedente⁶⁹.

La *majority opinion* si concentra inizialmente sulla descrizione del programma di sovvenzione previsto dalla legislazione del Maine⁷⁰, ed in particolare sul carattere “*nonsectarian*”⁷¹ che caratterizza le scuole private al fine di essere considerate idonee per ottenere il sovvenzionamento. Lo Stato considera una scuola “*sectarian*” se legata ad un particolare credo o associazione religiosa, offrendo insegnamenti di carattere religioso, promuovendo la religione a cui fa riferimento e/o interpretando il materiale oggetto di insegnamento alla luce della sua fede⁷².

Il giudice Roberts spiega nel dettaglio quali requisiti debbano possedere le scuole private per essere considerate “*approved*” dal Maine, in specie rispettare determinati requisiti curriculari, ad esempio individuando l’inglese come lingua principale nell’insegnamento scolastico offerto, prevedendo corsi sulla storia del Maine, sulla sua costituzione e sulla sua eredità culturale e mantenendo il rapporto insegnante-studente non oltre 1 a 30⁷³.

È interessante notare che il programma di finanziamento pubblico messo in discussione nella sentenza non prevede limitazioni geografiche, comprendendo quindi anche scuole fuori dallo Stato o addirittura estere⁷⁴.

In ogni caso, a differenza di una scuola pubblica e coerentemente al carattere privato delle scuole in questione, gli insegnanti non necessitano di essere certificati e sono ammesse anche scuole *single-sex*⁷⁵.

Il requisito che invece la Corte discute è il carattere “*nonsectarian*” delle scuole, introdotto solo nel 1981 e rimasto in vigore fino alla decisione *Carson*. Nella riflessione della Corte sul punto vengono richiamati più volte alcuni precedenti,

⁶⁹ “ROBERTS, C. J., delivered the opinion of the Court, in which THOMAS, ALITO, GORSUCH, KAVANAUGH, and BARRETT, joined. BREYER, J., filed a dissenting opinion, in which KAGAN J., joined, and in which SOTOMAYOR, J., joined as to all but Part I–B. SOTOMAYOR, J., filed a dissenting opinion”, cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1991.

⁷⁰ Come già sopra riportato, il riferimento è a *Me. Rev. Stat. Ann. Tit. 20-A. §2* (2008), in applicazione di *Me. Const., Art. VIII, pt. 1. §1*.

⁷¹Cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1993.

⁷² *Id.*, 1994.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

soprattutto *Zelman*, che ha permesso di definire il concetto di finanziamento neutro (come già detto, i *voucher*), permettendo alla Corte di distinguere tra finanziamenti diretti e indiretti in tema di sovvenzioni pubbliche a istituti scolastici.

Anche in *Carson* la Corte interpreta il finanziamento offerto dal Maine come neutro ed indiretto e, dunque, come in *Zelman*, non ritiene costituzionale l'esclusione di scuole dal carattere religioso, ritenendo il requisito sopra citato non rispettoso della *Free Exercise Clause*, che rappresenta una tutela contro qualunque coercizione indiretta della libertà religiosa⁷⁶.

Dopodiché, il giudice Roberts richiama due casi decisi recentemente e che per tematiche e principi applicati sembrano alla Corte affini al caso in questione: le decisioni *Trinity* ed *Espinoza* (che applicano lo stesso tipo di scrutinio), i cui “*unremarkable principles*” sono ritenuti sufficienti per determinare il caso⁷⁷.

In effetti, anche le principali argomentazioni promosse dal Maine tentano di dimostrare che *Carson* differisce da *Trinity* ed *Espinoza*. In *primis*, il Maine argomenta che il programma statale in questione era pensato per supportare un'educazione pubblica, che si presume laica⁷⁸.

Tanto nella *majority opinion*, quanto nella *dissenting opinion*, emerge la difficoltà dei giudici di comprendere appieno le modalità con cui il Maine ha inteso garantire un servizio scolastico pubblico in ogni distretto, fornendo, in alcuni casi, quel servizio pubblico anche attraverso istituti scolastici privati (purché laici). In particolare, la Corte ritiene forzata la distinzione promossa dallo stato del Maine tra scuole private laiche (le uniche poste sullo stesso piano delle scuole private in tema di sovvenzioni statali) e religiose. La Corte sottolinea le numerose differenze esistenti tra una scuola pubblica e una scuola privata (anche laica), sottolineando che il programma didattico proposto spesso differisce ampiamente (al di là del carattere religioso o meno della scuola privata), oltre ad altre differenze strutturali, che verranno successivamente affrontate più nel dettaglio.

Per questo, essendo la secolarità l'unico vero carattere per cui il Maine valuta queste due opzioni scolastiche equivalenti (scuole pubbliche e scuole laiche private), la Corte ritiene tale discriminazione solo un modo per intendere che il “*Maine does not extend tuition assistance payments to parents who choose to educate their children at religious schools.*”⁷⁹ Il Presidente Roberts respinge con forza l'idea che *Carson* richieda in qualche modo al Maine di finanziare l'istruzione privata, ritenendo che lo Stato abbia una larga fascia di possibilità per garantire un servizio

⁷⁶ *Id.*, 1996, citando *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Assn.*, 485 U. S. 439, 450 (1988).

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ *Id.*, 1999.

⁷⁹ *Ibidem.*

scolastico pubblico⁸⁰. Tuttavia, nel momento in cui sceglie di usufruire di scuole private, lo Stato “cannot disqualify some private schools solely because they are religious”⁸¹.

La seconda principale argomentazione del Maine recupera la distinzione introdotta in *Trinity* tra “*religion status*” e “*religion use*”, affermando di avere escluso scuole di carattere religioso per timore che tali fondi fossero utilizzati per scopi non laici.

Questo punto dell’*opinion* della Corte denota lo scollamento maggiore tra *Carson* e i suoi precedenti.

La Corte considera⁸² legittimo il timore del Maine circa il rispetto della *Establishment Clause*, riconoscendo che l’esclusione prevista dal Maine non facesse riferimento al mero *status* religioso dell’istituto scolastico escluso, ma piuttosto al possibile utilizzo dei fondi stanziati da parte dell’istituto religioso. Tuttavia, la Corte considera comunque questo tipo di esclusione come una violazione della *Free Exercise Clause*⁸³, quantomeno nel conteso di un “*neutral benefit program*”, che quindi non viola l’*Establishment Clause*⁸⁴.

La Corte specifica che in *Trinity* ed *Espinoza* ha sostenuto che la *Free Exercise Clause* proibisce la discriminazione basata sullo *status* religioso, ma in nessun punto di queste decisioni la Corte suggerisce che una “*use-based discrimination is any less offensive to the Free Exercise Clause*”⁸⁵.

Inoltre, la Corte ha distinto il caso *Carson* dal caso *Locke v. Davey*⁸⁶, chiamato in causa sia dal Maine che dai giudici dissenzienti, in supporto alla tesi secondo cui

⁸⁰ In tal senso, il Presidente Roberts afferma che lo Stato ha un vasto numero di opzioni da scegliere, tra cui: “(...) *expand the reach of its public school system, increase the availability of transportation, provide some combination of tutoring, remote learning, and partial attendance, or even operate boarding schools of its own*”, *Id.*, 2000.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Id.*, 2001.

⁸³ Circa la lettura particolarmente ampia della *Free Exercise Clause* data dalla Corte, alcuni Autori parlano di una sorta di “*superstatus*” attribuito alla religione: “*In short, the Court’s evolving jurisprudence suggests that even if religion has not achieved formal elevated status, as a practical matter, religious challenges just keep winning and something resembling superstatus is the next logical step*”, cfr. D. BLACK, *When Religion and the Public-Education Mission Collide*, cit. Cfr. anche: M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special?*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 79, n. 4/2012, pp. 1351-1427.

⁸⁴ “*As noted, a neutral benefit program in which public funds flow to religious organizations through the independent choices of private benefit recipients does not offend the Establishment Clause*”, cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 2006 (citando *Zelman*, 536 U. S. 652–653).

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ 540 U.S. 712 (2004).

uno Stato “*may preclude parents from designating a religious school to receive tuition assistance payments*”⁸⁷.

Il caso *Locke* riguarda un piano di borse di studio offerte dallo stato di Washington al fine di sostenere gli studenti in un percorso scolastico successivo alla scuola secondaria, ritenendo coloro che intendessero conseguire una laurea in teologia inidonei ad ottenere tali borse. La Corte in *Carson* riporta quanto già definito nel precedente, ovvero di non considerare tale esclusione una violazione della *Free Exercise Clause*, ritenendo che lo stato di Washington abbia semplicemente scelto di non sovvenzionare uno specifico percorso accademico, finalizzato alla preparazione per il ministero, ma che altrimenti i fondi avrebbero potuto essere utilizzati per sovvenzionare corsi di teologia⁸⁸. In tal senso, *Locke* riconosceva meramente “*a “narrow” antiestablishment interest*” che non può essere esteso “*beyond [...] vocational religious degrees.*”⁸⁹

5. *Dissenting opinions*

L’opinione dissenziente è stata scritta dal giudice Breyer, a suo nome, del giudice Kagan e (in gran parte) della giudice Sotomayor⁹⁰.

Breyer sostiene che uno spazio troppo ampio attribuito alla *Free Exercise Clause* crei una concezione asfittica della *Establishment Clause*⁹¹.

Il giudice critica fortemente l’interpretazione del primo emendamento data dalla maggioranza, ritenendo che gli altri giudici non abbiano tenuto conto del “*play in the joints*”⁹² che nasce dalla non completa specularità delle due *Religion Clauses*, cioè tra ciò che la *Establishment Clause* proibisce e ciò che il rispetto del libero esercizio richiede. La previsione statutaria del Maine, secondo il giudice Breyer, rientrerebbe pienamente in quel margine di manovra.

Esprimendo preoccupazione per l’allontanamento da questa dottrina consolidata⁹³, il giudice ritiene che la lettura data dalla Corte sulle due clausole non

⁸⁷ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 2001.

⁸⁸ *Id.*, 2002.

⁸⁹ Cfr. *Id.*; *Locke*, 540 U.S. 725.

⁹⁰ *Carson*, 142 S. Ct., 2002.

⁹¹ *Id.*

⁹² *Id.*

⁹³ *Id.*, 2004.

riesca ad evitare quel “*religious strife*”⁹⁴ che le due disposizioni vorrebbero eliminare, affermando che quel potenziale conflitto “*is still with us*”⁹⁵.

La giudice Sotomayor ha aggiunto una propria appendice al dissenso di Breyer, per ricordare la sua (solitaria) *dissenting opinion* nel caso *Trinity*⁹⁶. A differenza dei giudici Breyer e Kagan, la giudice Sotomayor sottolinea che lei aveva colto la possibilità che la strada intrapresa nel 2017 potesse avere l’esito che ha avuto oggi. Conclude esprimendo la propria preoccupazione per il principio di laicità dello Stato, affermando: “*today, the Court leads us to a place where separation of church and state becomes a constitutional violation (...) With growing concern for where this Court will lead us next, I respectfully dissent*”⁹⁷.

5.1 Riflessioni sulle *dissenting opinion*

Analizzando l’accurato dissenso del giudice Breyer, è possibile notare come il giudice sembri eludere la distinzione tra scuole pubbliche e private, non riconoscendo che il fenomeno della coercizione religiosa necessita di essere declinato in modo diverso nell’una e nell’altra tipologia di scuola.

Il giudice, infatti, sostiene che costringere il Maine a finanziare scuole che forniscono “*the sort of religiously integrated education offered by Bangor Christian*”

⁹⁴ Si può intendere il “*religious strife*” di cui parla il giudice Breyer come un riferimento alla tensione tra l’interesse pubblico nella separazione tra Stato e Chiesa (rappresentato dalla *Establishment Clause*) e la *Free Exercise Clause*, intesa a proteggere i diritti individuali. Cfr. J. H. MCELROY, *Understanding the First Amendment’s Religion Clauses*, in *The Intercollegiate Review*, 2011, pp. 33-40, disponibile all’indirizzo <https://isiorg.b-cdn.net/wp-content/uploads/2014/10/mcelroy.pdf>, secondo cui le “*twin clauses in the First Amendment were conceived and born together, to ensure that the federal government did not interfere with the states’ reserved rights with respect to religion*”; D. MAYRL, *The Rise and Fall of Church-State Separation*, in *Canopy Forum* (13 ott. 2022), disponibile all’indirizzo <https://canopyforum.org/2022/10/10/the-rise-and-fall-of-church-state-separation/>; circa un’analisi delle due clausole e soprattutto della *Establishment Clause*, cfr.: K. GREENAWALT, *Common Sense About Original and Subsequent Understandings of the Religion Clauses*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n. 479/2006, disponibile all’indirizzo <https://scholarship.law.upenn.edu/jcl/vol8/iss3/5> e S. D. SMITH, *The Jurisdiction Establishment Clause: A Reappraisal*, in *Notre Dame L. Rev.*, vol. 81, n. 1843/2006, disponibile all’indirizzo <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol81/iss5/5>

⁹⁵ *Carson*, 142 S. Ct. 2005. Afferma poco sopra: “*I have previously discussed my views of the relationship between the Religion Clauses and how I believe these Clauses should be interpreted to advance their goal of avoiding religious strife*”, *id.*, 2004.

⁹⁶ *Carson*, 142 S. Ct. 2012 (*Sotomayor, J., dissenting*); cfr. M. SCHWARTZMAN & N. TEBBE, *Establishment Clause Appeasement*, in *Sup. Ct. Rev.*, n. 271/2019, pp. 293-95 (criticando i voti favorevoli di Breyer e Kagan in *Trinity*);

⁹⁷ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2014–15.

determina il rischio di un potenziale “*religious strife*” similmente a quello creato dall’insegnamento religioso nelle scuole pubbliche⁹⁸.

Tuttavia, è evidente la differenza qualitativa tra la pressione che potrebbe subire lo studente di una scuola pubblica che preveda insegnamenti anche di carattere religioso e quando tale insegnamento, in una scuola privata, rappresenti il frutto di una scelta dello studente o del relativo nucleo familiare⁹⁹.

Il fatto che il giudice parli esplicitamente di scuole pubbliche, in più punti¹⁰⁰, stimola una riflessione, dato che il caso *Carson* non riguarda una scuola pubblica, ma riguarda l’esclusione di una scuola privata da un programma di sovvenzione statale, elemento su cui lo stato del Maine e la Corte sembrano non essersi capiti. Il Maine ha il dovere costituzionale di offrire un servizio scolastico pubblico, ma dati i limiti di certi distretti scolastici, lo Stato ha previsto la possibilità che tale istruzione (pubblica e in quanto pubblica laica) sia offerta anche da istituti privati¹⁰¹, che attraverso certe caratteristiche vengono definiti “*approved*” dallo Stato¹⁰².

Quindi, il sistema pubblico del Maine comprende anche alcune scuole private a pagamento¹⁰³. È una nozione che evidentemente ha creato perplessità¹⁰⁴ nella Corte Suprema, che sembra non aver compreso la fluidità con cui il Maine ha voluto garantire un servizio scolastico pubblico nei relativi distretti, definendo la disposizione statutaria in questione una “*discrimination against religion*” dato che l’interesse dello Stato non dovrebbe comportare l’esclusione di alcuni dei suoi membri dal godimento di un “*public benefit*” solo in ragione del loro “*religious exercise*”¹⁰⁵.

In realtà, come alcuni Autori notano, il fatto che la Corte respinga con fermezza questa natura ibrida del sistema scolastico del Maine potrebbe anche rappresentare un vantaggio nel lungo termine.

Il punto rileva nell’ottica delle scuole *charter*, che si pongono in una ambigua zona grigia, a metà tra scuola privata e scuola pubblica e per questo comportano

⁹⁸ *Id.*, 2010 (Breyer, J., *dissenting*).

⁹⁹ “*A distinction in kind, not degree*”, cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys: Carson, Kennedy, and the Fractured Détente over Religion and Education*, in *Harvard Law Review*, vol. 136, 2022, pp. 208, 226.

¹⁰⁰ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2005.

¹⁰¹ Cfr. *Brief of Respondent at 1, Carson (No. 20-1088)*.

¹⁰² *Supra*, § 2-3.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ “*I do want to understand this theory. So... a private entity can provide a public education in Maine?*”, cfr. *Transcript of Oral Argument*, 69, *Carson (No. 20-1088)*, https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2021/20-1088_7kh7.pdf [https://perma.cc/5ALK-2H8H].

¹⁰⁵ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1998–99.

problematiche diverse sia rispetto ai *voucher* di cui si occupa *Zelman*¹⁰⁶, sia al sovvenzionamento di cui parla *Carson*.

Queste scuole sono state definite sia scuole “*quasi-public*” e “*hybrid public school*”¹⁰⁷, rappresentando una zona grigia tra scuola pubblica e scuola privata. Le scuole *charter* possono essere viste come accomunate da tre caratteristiche comuni: (1) tutte firmano un contratto con un ente governativo che conferisce loro l'autorità di funzionamento e ne valuta le prestazioni in base a vari standard¹⁰⁸; (2) sono esentate dai regolamenti e dagli statuti statali che le scuole pubbliche non *charter*, o tradizionali, devono seguire¹⁰⁹ ed infine (3) ricevono un sovvenzionamento statale diretto, proveniente principalmente da tasse statali e locali¹¹⁰.

La questione riguarda la qualifica delle scuole *charter*, ovvero se esse debbano essere considerate pubbliche (vietando così l'esistenza di scuole *charter* legate alla religione in base alla *Establishment Clause*) o essere considerate private (dovendo allora garantire anche agli istituti religiosi di poter gestire scuole *charter* in base alla *Free Exercise Clause*). Il dibattito sulla classificazione di questo tipo di scuole ha assunto maggior vigore dopo *Espinoza*, essendoci chi ha suggerito che il riconoscimento delle scuole *charter* religiose potrebbe essere costituzionalmente richiesto, sostenendo che “*assuming that charter schools are private schools, the Court's ruling [in Espinoza]... would seem to squarely apply to laws prohibiting religious charter schools*”¹¹¹.

La qualifica delle scuole *charter* è pertinente alle questioni sollevate da *Carson*, perché se si considerasse accettabile l'esistenza di una scuola pubblica all'interno di una scuola privata, si potrebbe ipoteticamente anche accettare l'idea speculare

¹⁰⁶ J. MATHEWS, *Can Charter Schools Pick the Best Students? No, But Many Believe the Myth.*, Wash. Post (Jan. 2, 2021, 6:00 AM), https://www.washingtonpost.com/local/education/charter-schools-lotteries/2020/12/31/2816a31e-4aaf-11eb-839a-cf4ba7b7c48c_story.html [https://perma.cc/QN6U-K597].

¹⁰⁷ Cfr. J.F. MEAD, *Devilish Details: Exploring Features of Charter School Statutes that Blur the Public/Private Distinction*, in *Harv. J. on Legis.*, vol. 40, 2003, pp. 349, 356-357; P.C. GREEN III, B.D. BAKER & J.O. OLUWOLE, *Having It Both Ways: How Charter Schools Try to Obtain Funding of Public Schools and the Autonomy of Private Schools*, in *EMORY Law Journal*, vol. 63, 2013, in riferimento alle “*hybrid characteristics*” delle *charter schools*.

¹⁰⁸ Cfr. J.F. MEAD, *Devilish Details*, cit., p. 350.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Cfr. P.C. GREEN III, B.D. BAKER & J.O. OLUWOLE, *Having It Both Ways*, cit., p. 303.

¹¹¹ Cfr. N.S. GARNETT, *Religious Charter Schools: Legally Permissible? Constitutionally Required?* (December 1, 2020), in *Manhattan Institute Policy Report* (December 2020), disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3744246>, p. 12.

che una scuola privata possa esistere all'interno di una scuola pubblica. Il corollario ha un'importanza fondamentale, perché indubbiamente aprirebbe un dibattito in tema di scuole *charter* e religione. Infatti, ci si potrebbe domandare, a quel punto, cosa impedirebbe alle chiese di aprire scuole *charter*¹¹².

6. Il parallelismo tra *Carson e Kennedy*: perché le due sentenze in realtà non si assomigliano

Per comprendere l'effettiva portata di *Carson*, è utile contestualizzare la decisione alla luce di un'altra sentenza, di poco successiva: *Kennedy v. Bremerton School District*¹¹³.

Queste due sentenze sono state tendenzialmente analizzate unitariamente, ma il giudizio che ne è derivato differisce in base al segno politico di chi le ha commentate.

Da un punto di vista più conservatore, queste sentenze sono state interpretate come frutto della volontà della Corte di eliminare un sentimento antireligioso interno al sistema. Al contrario, da un punto di vista più liberale, sono state maggiormente criticate, in quanto ritenute lesive del principio di separazione tra spazio religioso e spazio laico¹¹⁴.

Sicuramente, queste sentenze hanno in comune la ripartizione tra giudici favorevoli e giudici dissenzienti, che ricalca la distinzione tra liberali e conservatori all'interno della Corte. Infatti, i sei giudici nominati da Presidenti repubblicani hanno votato in blocco a favore di queste due decisioni, rivendicando un maggiore spazio della *Free Exercise Clause* rispetto ai precedenti¹¹⁵.

¹¹² Cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., 227.

¹¹³ *Supra*, cfr. nota 3.

¹¹⁴ Cfr. D. LAYCOCK, [The Many Meanings of Separation, Separation of Church and State by Philip Hamburger](#) in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, No. 4 (Autumn, 2003), pp. 1667-1701; N. FELDMAN, *Opinion, The Supreme Court Has Just Eroded First Amendment Law*, in *Bloomberg* (June 21, 2022, 4:52 PM), <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-06-21/supreme-court-aids-religious-education-and-erodes-first-amendment> [https://perma.cc/3U75-BT6V]; ID., *Opinion, Supreme Court Is Eroding the Wall Between Church and State*, in *Bloomberg* (June 27, 2022, 12:05 PM), <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2022-06-27/supreme-court-upends-church-state-law-in-case-of-praying-coach> [https://perma.cc/FC3H-LWGK].

¹¹⁵ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1992 (majority opinion written by Chief Justice Roberts and joined by Justices Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh, and Barrett); Id., 2002 (Breyer, J., dissenting) (joined by Justice Kagan in full and Justice Sotomayor in part); Id., 2012 (Sotomayor, J., dissenting); *Kennedy*, 142 S. Ct. 2415 (majority opinion written by Justice Gorsuch and joined by Chief Justice Roberts and Justices Thomas, Alito, and Barrett in full and Justice Kavanaugh in part); Id., 2434 (Sotomayor, J., dissenting) (joined by Justices Breyer and Kagan).

Entrambe le sentenze rappresentano un cambiamento, considerando che due decenni fa simili risultati sarebbero stati impensabili, avendo *Zelman* già rappresentato un cambiamento sufficientemente ampio (ammettendo i *voucher* scolastici anche a favore di scuole non laiche, ritenendo che questo non fosse lesivo della *Establishment Clause* e introducendo una distinzione tra finanziamento diretto e indiretto¹¹⁶).

La giurisprudenza della Corte sul punto si sviluppa fino a *Carson*, che introduce un cambiamento in senso lato discutibile, dato che, come detto dal giudice Breyer nel suo dissenso, una cosa è determinare che il finanziamento delle scuole religiose sia *ammissibile* in base all'*Establishment Clause* e un'altra cosa è stabilire che l'inclusione di scuole a orientamento religioso nei programmi di finanziamento sia *richiesto* dalla *Free Exercise Clause*, erodendo quel "*play in the joints*" a cui si è già accennato.

Inoltre, *Carson* elimina la consolidata distinzione tra *status* religioso e uso religioso al fine di valutare la validità di un finanziamento pubblico rivolto verso un istituto scolastico di carattere religioso¹¹⁷.

Inoltre, da *Carson* potrebbero scaturire cambiamenti legali e politici di segno opposto rispetto alle intenzioni della Corte, danneggiando, piuttosto che favorendo, l'inclusione religiosa nello spazio civile. Infatti, alcuni Stati, in cui è particolarmente forte il bisogno di rimarcare la separazione tra Stato e Chiesa, potrebbero decidere di eliminare programmi di rilevanza sociale condotti da enti religiosi¹¹⁸.

Un'altra criticità di *Carson* è la possibilità che certi istituti scolastici siano esentati dal rispetto di certe leggi antidiscriminatorie in virtù del *First Amendment*. Un esempio calzante riguarda il finanziamento di istituti scolastici che a causa del loro orientamento religioso risultano discriminatori, si pensi ad esempio ai rischi riguardanti la comunità LGBTQ¹¹⁹.

¹¹⁶ Cfr. *Zelman v. Simmons-Harris* 536 U.S. 662-663.

¹¹⁷ Cfr. D. BLACK, *When Religion and the Public-Education Mission Collide*, in *The Yale Law Journal* (17 nov. 2022), disponibile all'indirizzo https://www.yalelawjournal.org/forum/when-religion-and-the-public-education-mission-collide#_ftnref15

¹¹⁸ In tal senso, se questo "*retrenchment*" dovesse applicarsi, allora "*the increased state entanglement with religion ushered in by the Supreme Court will have led, paradoxically, to increased estrangement of religion from the public sphere — reminding us of one reason why keeping the church and the state separate was such a good idea to begin with*", cfr. R. KIM, *Under the Law: Public schools, religion, and equality after Carson v. Makin*, in *Phi Delta Kappan*, n. 104/2022, p. 61, disponibile all'indirizzo <https://doi.org/10.1177/00317217221123653>.

¹¹⁹ D. W. BLACK & R. HOLCOMBE, *Could Public Money Finance Private-School Discrimination, Religion and Fake History?*, in *USA Today* (Apr. 12,

Da questo punto di vista entrambi gli istituti scolastici coinvolti nella vicenda *Carson*, cioè la *Bangor Christian School* e la *Temple Academy*, rappresentano infelici esempi di questo rischio.

La *Bangor Christian School* richiede ai propri studenti di affermare che il matrimonio “*joins one man and one woman in a single, covenantal union*”, condannando il sesso fuori dal matrimonio e criticando ogni identità sessuale diversa dall’eterosessualità, affermando che: “*any deviation from the sexual identity that God created will not be accepted*” e che il ruolo della moglie sia di “*submit herself to the Scriptural leadership of her husband as the church submits to the headship of Christ*”¹²⁰.

La *Temple Academy*, d’altra parte, richiede che i docenti firmino una dichiarazione in cui affermano che “*homosexuals and other deviants*” sono “*perverted*”¹²¹.

Entrambe le scuole rifiutano di assumere insegnanti appartenenti alla comunità LGBTQ¹²².

Tali questioni si inseriscono nel preoccupante quadro già definito nel 2020, con la decisione *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*¹²³ (in cui la Corte ha

2021), <https://www.usatoday.com/story/opinion/2021/04/12/public-money-private-schools-religion-science-history-column/7121202002> [<https://perma.cc/5MGD-RZSB>] (sollevando l’ipotesi che *Espinoza* potrebbe aver facilitato legislazioni discriminanti degli Stati in ambito scolastico);

¹²⁰ Il riferimento è al manuale reso disponibile agli studenti della scuola (“*Student Handbook*”), liberamente consultabile sul relativo sito e disponibile all’indirizzo https://assets.speakcdn.com/assets/1940/bcs_student_handbook_2019-2020_7_30_2019.pdf.

¹²¹ Sul punto, molto interessante è il *Transcript of Oral Arguments, Carson*, (n. 20-1088), disponibile all’indirizzo https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/audio/2021/20-1088, in particolare le incalzanti domande poste dal giudice Breyer, pp. 12 ss. e dalla giudice Sotomayor, pp. 16 ss. Cfr., anche, N. LANG, *The U.S. Supreme Court Wants to Force Taxpayers to Fund Anti-Gay Schools*, in *Xtra Mag.* (Dec. 10, 2021, 3:06 PM EDT), <https://xtramagazine.com/power/supreme-court-anti-gay-schools-214548> [<https://perma.cc/3YD8-8M3F>].

¹²² Cfr. N. LANG, op. ult. cit, in cui viene riportata l’acronimo nella sua versione più completa, facendo riferimento a “*LGBTQ2S+ teachers*”.

¹²³ Cfr. *Our Lady of Guadalupe Sch. v. Morrissey-Berru*, 140 S. Ct. 2049 (2020), disponibile all’indirizzo <https://www.oyez.org/cases/2019/19-267>, la cui *majority opinion* è stata adottata con sette voti favorevoli e due contrari. L’*opinion* di maggioranza è stata scritta dal giudice Alito, mentre la *dissenting opinion* dalla giudice Sotomayor, con l’adesione della giudice Ginsburg.

riunito due casi, quello citato e un altro caso: *Kristen Biel v. St. James School*¹²⁴). Nella decisione riguardante i due casi citati, è stata definita una linea di pensiero sicuramente coerente a quella presente in *Carson*, ovvero “*the idea (...) that the government should not be able to tell a religious school how to run its business*”¹²⁵.

Nel caso in questione, la Corte ha ritenuto applicabile la “*ministerial exception*”¹²⁶ fondata sulle *Religion Clauses* del Primo Emendamento¹²⁷, negando le richieste di risarcimento avanzate dagli insegnanti di due scuole elementari cattoliche nei confronti dei loro datori di lavoro a seguito del loro licenziamento, ritenuto dalla corte legittimo poiché, sebbene nessuno degli insegnanti possedesse il titolo di *minister*, entrambi svolgevano funzioni religiose considerate vitali ed entrambe le scuole ritenevano che gli insegnanti avessero un ruolo cruciale nella realizzazione della missione religiosa dettata dalla fede a cui aderivano¹²⁸.

Come si legge nella *majority opinion* scritta dal giudice Alito, dato che “*the religious education and formation of students is the very reason for the existence of most private religious schools*”, allora è evidente che “*the selection and supervision of the teachers upon whom the schools rely to do this work lie at the core of their mission*”¹²⁹.

In tal senso, è interessante notare che il Maine, prevedendo l’*outcome* della vicenda giudiziaria, è intervenuto per evitare il finanziamento a scuole anti-

¹²⁴ *Kristen Biel v. St. James School*, No. 17-55180 (9th Cir. 2019), disponibile all’indirizzo <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca9/17-55180/17-55180-2019-06-25.html>.

¹²⁵ P. GREENE, *Private Religious Schools. The Okay To Discriminate Freely* (Jul. 16, 2020, 02:43pm EDT), in *Forbes*, disponibile all’indirizzo <https://www.forbes.com/sites/petergreene/2020/07/16/scotus-gives-private-religious-schools-the-okay-to-discriminate-freely/>.

¹²⁶ È il frutto di una riflessione dottrinale sviluppatasi negli Stati Uniti che impedisce l’applicazione di alcune leggi di carattere antidiscriminatorio al rapporto di lavoro tra un’istituzione religiosa e alcuni dipendenti (considerati dall’istituzione “*ministers*”). Il precedente storico sul punto si individua nella decisione *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & Sch. v. E.E.O.C.*, 565 U.S. 171 (2012), in cui si legge che “*the exception (...) ensures that the authority to select and control who will minister to the faithful—a matter strictly ecclesiastical—is the church’s alone*”. Se un dipendente è da qualificare come “*minister*” dipende dalle circostanze, ma questo “*is not limited to the head of a religious congregation*”, *Id.*

¹²⁷ Per una riflessione approfondita sul rapporto tra la *ministerial exception* e le *Religion Clauses*, cfr. *The Ministerial Exception to Title VII: The Case for a Deferential Primary Duties Test*, in *Harvard Law Review*, vol. 121, n. 7/2008, pp. 1779 ss, disponibile all’indirizzo https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/the_ministerial_exception.pdf.

¹²⁸ *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*, 140 S. Ct. 2055.

¹²⁹ *Ibidem*.

LGBTQ, modificando la legislazione antidiscriminatoria al fine di impedire che venisse posta in atto qualsiasi discriminazione basata sull'orientamento sessuale o l'identità di genere da parte di qualsiasi scuola privata (religiosa o laica) che accetti fondi pubblici¹³⁰.

Il comportamento encomiabile del Maine sposta il *focus*: dall'atteggiamento della Corte alla reazione degli Stati, rendendo evidente che una legislazione efficace è la miglior risposta da parte dello Stato¹³¹.

Infine, vi è un altro interessante spunto di riflessione che emerge da un'analisi di *Carson*. Una delle principali critiche rivolte alla sentenza ha riguardato il fatto che essa comportava uno spostamento di fondi dalle scuole pubbliche alle scuole private, in specie religiose¹³².

Carson in realtà non comporta veramente questo rischio, dato che il programma di sovvenzioni previsto dal Maine è concepito in modo tale che una famiglia risulta idonea a ricevere un aiuto statale per il pagamento delle tasse scolastiche solo se non c'è una scuola superiore pubblica nel suo distretto scolastico¹³³. In tal senso, il Maine svantaggia l'istruzione pubblica non attraverso il programma in questione, ma in *primis* permettendo ai distretti scolastici di scegliere di non gestire una scuola pubblica¹³⁴.

Tuttavia, se per il Maine il rischio di sottrarre fondi alle scuole pubbliche a favore di quelle private religiose in realtà non sussiste, senza dubbio ciò può accadere in altri Stati che prevedono programmi di sovvenzioni statali in ambito scolastico di tipo diverso. In teoria, *Carson* potrebbe richiedere ad alcuni di questi Stati di permettere alle scuole religiose di ricevere fondi pubblici che altrimenti sarebbero destinati al sistema scolastico pubblico¹³⁵.

¹³⁰ Cfr. *Me. Rev. Stat. Ann. tit. 5*, § 4602(1), (5)(C) (2022).

¹³¹ Cfr. A. TANG, *Who's Afraid of Carson v. Makin?*, in *The Yale Law Journal*, vol. 132 (17 nov. 2022), disponibile all'indirizzo https://www.yalelawjournal.org/forum/whos-afraid-of-carson-v-makin#_ftnref21

¹³² Ricordando quanto detto da *Alliance for Justice*: "Public money should go to public schools", cfr. N. HOWE, *This Supreme Court Case Poses a Major Threat to Public Education*, in *Alliance for Justice* (7 dic. 2021), <https://www.afj.org/article/this-supreme-court-case-poses-a-major-threat-to-public-education> [<https://perma.cc/MM3V-DD5G>].

¹³³ Cfr. *Me. Rev. Stat. Ann. tit. 20-A*, § 5204(4) (2022).

¹³⁴ Cfr. A. TANG, *Who's Afraid of Carson v. Makin?*, cit.

¹³⁵ Come ad esempio quegli stati che non forniscono alcun tipo di sussidio alle famiglie per le rette delle scuole private, che attualmente sono ventidue: Alaska, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Hawaii, Idaho, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, Nebraska, New Jersey, New Mexico, New York, North Dakota, Oregon, Tennessee, Texas, Washington, West Virginia, and Wyoming, ottenuti attraverso la comparazione di due fonti: *50-State Comparison: Vouchers, Educ. Comm'n of the States* (Mar. 2021) disponibile all'indirizzo <https://reports.ecs.org/comparisons/vouchers->

Il discorso, allora, potrebbe essere inquadrato diversamente, focalizzandosi sulla “*educational equity*”, studiando come garantire pari opportunità educative agli studenti a prescindere dalla loro classe sociale. In quest’ottica, l’argomentazione secondo cui *Carson* minerebbe l’equità alla base del sistema educativo sottraendo fondi alle scuole pubbliche non convince, se non nella misura in cui la spesa per le scuole pubbliche - piuttosto che per i programmi che permettono alle famiglie a basso reddito di scegliere la scuola privata - migliora le prospettive educative di questi studenti. Da notare, però, che il confronto tra scuole pubbliche e private nel contesto dei programmi di *voucher* tende a evocare un’immagine idealizzata delle scuole pubbliche (cioè luoghi di inclusione che preparano tutti gli studenti al successo accademico ed economico), confrontandole con le scuole private, di cui invece vengono estremizzati i lati negativi (cioè istituzioni che antepongono il profitto al benessere degli studenti)¹³⁶. Le scuole pubbliche dovrebbero essere viste come un mezzo per raggiungere uno scopo fondamentale: opportunità educative eque¹³⁷. Se le scuole pubbliche siano il mezzo migliore per raggiungere questo fine è una questione di fatti empirici, non una questione di valori soggettivi o di ipotesi abbozzate¹³⁸.

[01 \[https://perma.cc/HH3Y-NFLB\]](https://perma.cc/HH3Y-NFLB) e *50-State Comparison: Scholarship Tax Credits*, *Educ. Comm’n of the States* (Mar. 2021) disponibile all’indirizzo <https://reports.ecs.org/comparisons/scholarship-tax-credits-01> [https://perma.cc/FU88-79GH], come riportato da A. TANG, *Who’s Afraid of Carson v. Makin?*, cit., nota 53.

¹³⁶ Cfr., tra gli altri, J.E. RYAN & M. HEISE, *The Political Economy of School Choice*, in *Yale Law Journal*, n. 111/2022, pp. 2043, 2083.

¹³⁷ C’è chi invece descrive criticamente questo approccio come “*sector agnosticism*”, indicando quell’idea per cui l’istituzione che offre l’educazione (che sia una scuola *charter*, privata o pubblica) è meno importante che il benessere delle classi di studenti più svantaggiate dal punto di vista della qualità dell’educazione loro offerta. Cfr. N.S. GARNETT, *Sector Agnosticism and the Coming Transformation of Education Law* (April 12, 2016) in *Vanderbilt Law Review* 1, n. 70/2017, disponibile all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2763673>; A. SMARICK, *The Urban School System of the Future*, Rowman & Littlefield Education, 2012.

¹³⁸ Così come sostenuto con forza da A. TANG, op. cit. Per una diversa tesi, cfr. M. BINDAS, *The Once and Future Promise of Religious Schools for Poor and Minority Students*, in *The Yale Law Journal*, vol. 132 (17 nov. 2022), disponibile all’indirizzo <https://www.yalelawjournal.org/forum/the-once-and-future-promise-of-religious-schools-for-poor-and-minority-students>, secondo cui *Carson* rappresenta un’opportunità per sviluppare un approccio di carattere pluralistico nell’offerta scolastica, che fin ora non è stato garantito, dando l’opportunità a tutti i tipi di scuole, pubbliche e private, religiose o non religiose, di partecipare. Sull’importanza delle scuole pubbliche come luogo di garanzia dei valori democratici: cfr. E.K. WILSON, *Racialized Religious School Segregation*,

Altri rischi riguardano ad esempio lo “*school funding*”, avendo alcuni autori espresso preoccupazione circa un possibile futuro in cui l’educazione religiosa venga finanziata direttamente dai contribuenti¹³⁹. Tuttavia, il rischio principale riguarda in particolare le scuole *charter*, sulle quali varrà la pena spendere qualche parola.

Tuttavia, sebbene le problematiche sollevate da *Carson* non siano irrilevanti, certo esse non rischiano di comportare le disastrose conseguenze che invece potrebbe causare la sentenza *Kennedy*, il cui caso risulta di particolare interesse ai fini di questa analisi.

6.1 Il caso *Kennedy*

In *Kennedy*, il caso è scaturito dal comportamento di un allenatore di *football* che durante un evento sportivo del relativo istituto scolastico, a fine partita, si è inginocchiato per pregare al centro del campo, venendo per questo licenziato dallo stesso istituto presso il quale l’uomo lavorava. La Corte ha ritenuto che il comportamento sanzionatorio della scuola abbia violato il diritto di libero esercizio e di libertà di parola dell’individuo¹⁴⁰.

La Corte ha concentrato la propria riflessione soprattutto sulle “*three prayers that resulted in [Coach Joseph Kennedy’s] suspension*”¹⁴¹, che sono state relativamente brevi e non hanno riguardato i suoi giocatori, benchè egli avesse già chiesto alla squadra di pregare negli spogliatoi e avesse tenuto sermoni post-partita ai giocatori a metà campo¹⁴².

Il giudice Gorsuch¹⁴³, che ha scritto la *majority opinion*, si è rifiutato di riconoscere la tensione giuridica esistente tra le due clausole, affermando, invero, che le tre preghiere pronunciate dal Coach Kennedy erano garantite dalla *Free*

vol. 132 (17 nov. 2022), disponibile all’indirizzo <https://www.yalelawjournal.org/forum/racialized-religious-school-segregation>.

¹³⁹ In tal senso, “*to the extent that charter, voucher, and other subsidy programs destabilize the funding of public-school systems, we can now predict the acceleration of these effects as more religious schools seek to be included in these programs*”, *Id.*, 60; M. SCHWARTZMAN, N. TEBBE, *Establishment Clause Appeasement*, cit., pp. 293-295; E. GRAHAM, *Educators Push Back Against School Voucher Legislation*, in *neaToday* (17 feb. 2022), <https://www.nea.org/advocating-for-change/new-from-nea/educators-push-back-against-school-voucher-legislation> [<https://perma.cc/2Q6J-3JKB>].

¹⁴⁰ Cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct., 2433.

¹⁴¹ *Id.*, 2424-2425.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Il giudice Kavanaugh ha riformulato l’opinione di maggioranza del giudice Gorsuch dalla parte III. B (cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct., 2415). I giudici Thomas e Alito hanno entrambi scritto una breve *concurring opinion*. *Id.*, 2433 (Thomas, J., *concurring*); *Id.* (Alito, J., *concurring*).

Exercise Clause e non proibite dalla *Establishment Clause*¹⁴⁴ e che le due clausole fossero tra loro complementari¹⁴⁵.

Il dissenso della giudice Sotomayor¹⁴⁶ ha criticato il ragionamento della Corte, ritenendo che essa abbia considerato il comportamento del Coach Kennedy in modo completamente isolato da qualsiasi contesto, in particolare non tenendo conto del suo ruolo all'interno dell'istituzione scolastica¹⁴⁷, del fatto che l'uomo avesse posto in essere un comportamento di carattere religioso evidentemente finalizzato ad ottenere visibilità presso gli studenti e senza contare che la persona coinvolta, già in precedenza, durante alcuni eventi scolastici, aveva chiesto agli studenti di prendere parte ad un momento di preghiera¹⁴⁸.

Inoltre, Sotomayor si è opposta con forza¹⁴⁹ al superamento del test derivante da *Lemon v. Kurtzman*¹⁵⁰. Il giudice Gorsuch, infatti, sembra aver definitivamente superato il tanto criticato test dell'*Establishment Clause*, sostituendolo con un test guidato da “*historical practices and understandings*” che devono essere coerenti “*with history and faithfully reflect the understanding of the Founding Fathers*”¹⁵¹

¹⁴⁴ Cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct., 2433 (*majority opinion*).

¹⁴⁵ *Id.*, 2426.

¹⁴⁶ Cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct., 2428 (virgolette interne omesse) (citando *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. 565, 576 (2014)), 2434 (Sotomayor, J., *dissenting*). I giudici Breyer e Kagan si sono uniti al dissenso. *Id.*

¹⁴⁷ *Id.*, 2444.

¹⁴⁸ *Id.*, 2453

¹⁴⁹ *Id.*, 2447 (Sotomayor, J., *dissenting*) (rimpiangendo che la Corte “*completely repudiates the test established in Lemon*”). In realtà, il ripensamento di *Lemon test* era già stato preannunciato nel giugno 2019, nella decisione *American Legion v. American Humanist Association* (588 U.S. 1717 (2019)) che dette alla Corte l'opportunità di ripensare la propria giurisprudenza sulla *Establishment Clause*, almeno riguardo l'utilizzo di simboli religiosi in un contesto governativo. Tuttavia, la maggioranza non riuscì ad indicare un test che dovesse in futuro sostituire il precedente nella risoluzione delle controversie circa la clausola in questione. Per un approfondimento sulla giurisprudenza in questione cfr. *No More Lemon Law? Supreme Court Rethinks Religious Establishment Analysis*, in *Congressional Research Service* (21 giugno 2019), disponibile all'indirizzo <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10315>; J. DRIVER, *The schoolhouse gate: public education, the supreme court, and the battle for the american mind*, 2018, p. 399, notando che il *Lemon test* perde sempre più rilievo a favore di una “*anticoercion idea*”. Cfr. sul punto S. Taxy, *Pressure to Pray? Thinking beyond the Coercion Test for Legislator-Led Prayer*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 86, n. 1/2019, pp. 143-186 (“*the coercion test is frequently used to determine whether prayers sponsored by the government or provided in government fora violate the Establishment Clause*”).

¹⁵⁰ 403 U.S. 602, 612–13 (1971).

¹⁵¹ Cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct. 2428 (virgolette interne e citazioni omesse).

che, se effettivamente seguito, promette di ribaltare il sistema scolastico pubblico americano¹⁵².

Infine, *Kennedy* non riporta un precedente che potrebbe valere la pena richiamare: nel caso *Santa Fe Indep. Sch. Dist. v. Doe*¹⁵³ la Corte ha dichiarato incostituzionale il comportamento di alcuni studenti che avevano guidato le preghiere durante le partite di football delle scuole superiori pubbliche a Santa Fe, in Texas, violando la *Establishment Clause*¹⁵⁴.

Ne consegue, logicamente, che le preghiere guidate da un funzionario scolastico – come in *Kennedy* – dovrebbero risultare una violazione ancora più lampante della clausola. Inoltre, *Santa Fe* è stata una decisione importante anche dal punto di vista delle indicazioni che ha dettato per valutare l'esistenza di una violazione dell'*Establishment Clause*, richiedendo di considerare sempre un “*fact-specific context*”¹⁵⁵.

6.2 *Kennedy* e il “*détente*”

Nell'analisi delle conseguenze di *Kennedy* e *Carson*, non si può mancare di notare che l'impatto di *Kennedy* risulta ben più drammatico, a causa della frattura che ha creato nel c.d. “*détente*” (lett. distensione¹⁵⁶), che la giurisprudenza della Corte aveva raggiunto circa il rispetto delle *Religion Clauses* in ambito scolastico.

Infatti, è importante considerare che le scuole pubbliche sono spesso state un ambiente in cui la garanzia di certi diritti costituzionali è risultata lacunosa (ad esempio per quanto riguarda il rispetto del *Fourth Amendment*¹⁵⁷ o riguardo la *Due*

¹⁵² Cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., 239.

¹⁵³ 530 U.S. 290 (2000).

¹⁵⁴ 530 U.S. 290, 310–12 (2000).

¹⁵⁵ Cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., 236.

¹⁵⁶ Si preferisce il termine “*détente*”, piuttosto che “*peace*” per descrivere il rapporto tra la religione ed istruzione scolastica. Cfr. J. DRIVER, *The schoolhouse gate: public education, the Supreme Court, and the battle for the American mind*, 363 (2018), affermando che “*these various developments have introduced a period of détente — even if not absolute peace — into the ‘culture wars’ arguments that have long predominated legal discussions involving religion and education*”. Mentre il termine *détente* denota “*the relaxation of strained relations or tensions*”, il concetto di pace va ben oltre, descrivendo uno stato di “*tranquility or quiet*”.

Confrontando il termine “*Détente*”, v. MERRIAM-WEBSTER, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/detente> [https://perma.cc/677Y-HFY2], con il termine “*Peace*”, v. MERRIAM-WEBSTER, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/peace> [https://perma.cc/4BFQ-296N].

¹⁵⁷ Non ricevendo gli studenti una protezione dalle perquisizioni scolastiche anche in assenza di una “*probable cause*” e facendo riferimento al più leggero standard di “*reasonable suspicion*”, cfr. *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325, 345 (1985).

Process Clause, che assume una forma più diluita rispetto ad altri contesti non scolastici¹⁵⁸).

Al contrario, per quanto riguarda le tematiche religiose, la Corte si è spesso espressa in una forma particolarmente garantista, ritenendo che le problematiche legate alla *Establishment Clause* fossero “most pronounced” nel “context of schools,” e che quindi “prayer exercises in public school carry a particular risk of indirect coercion”¹⁵⁹ essendo gli studenti “young and impressionable”¹⁶⁰.

Una particolare attenzione al rischio di coercizione indiretta può originariamente individuarsi già in alcune sentenze degli anni '60. Merita una menzione il caso *Engel v. Vitale*¹⁶¹, in cui la Corte valutò che la preghiera composta dal *New York State Board of Regents* violasse la *Establishment Clause*¹⁶². Come spiegato dal giudice Black, in questo caso il rischio di coercizione indiretta è legato alla pressione di conformarsi alla religione approvata ufficialmente, che

¹⁵⁸Come emerge in *Goss v. Lopez*, 419 U.S. 565, 579–82 (1975), così come notato da J.E. RYAN, *The Supreme Court and Public Schools*, in *Virginia Law.Rev.*, vol. 86, 2000, pp. 1338, 1364.

Nel caso in questione la Corte ha affermato, con una maggioranza di 5 a 4, che gli studenti avessero il diritto di ricevere “some kind of notice and some kind of hearing” prima di essere sospesi per ragioni disciplinari (*Id.*, 579).

La Corte ha affermato che gli studenti hanno un interesse a ricevere un'educazione (*Id.*, 573–74, oltre che a proteggere il loro “good name, honor, or integrity,” *Id.*, 574–75).

La Corte, nel decidere, ha proceduto ad una attenta analisi del contesto (da notare che la già citata sentenza *Santa Fé* è dello stesso anno), al fine di soddisfare “the competing interests involved” (*Id.*, 579, citando *Cafeteria Workers v. McElroy*, 367 U.S. 886 (1961) and *Morrissey v. Brewer*, 480 U.S. 471, 481 (1982)), cioè l'interesse dello studente ad evitare una “unfair or mistaken exclusion from the educational process, with all of its unfortunate consequences” (*Id.*) e l'interesse del governo nel mantenimento della disciplina, che la Corte ha ritenuto essenziale affinché fosse garantita la funzione educativa (*Id.*, 580).

Il bilanciamento della Corte ha richiamato strumenti abbastanza rudimentali, chiedendo agli ufficiali scolastici e insegnanti di fornire almeno un avviso orale delle accuse e presentare prove a sostegno della loro versione, dando allo studente la possibilità di rispondere (*Id.*, 583).

¹⁵⁹Cfr. *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 592 (1992) (citando *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962); *Sch. Dist. of Abington Twp. v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963) e *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 573, 661 (1989) (Kennedy, J., ha concorso nel giudizio e dissentito in parte)).

¹⁶⁰Cfr. J. E. RYAN, *The Supreme Court and Public Schools*, cit., p. 1382, a proposito della decisione *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578, 5884 (1987).

¹⁶¹Cfr. *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

¹⁶²Cfr. *Engel*, 370 U.S. 424.

potrebbero subire le minoranze religiose qualora si ammettesse un finanziamento governativo rivolto verso una religione specifica¹⁶³.

Oltre *Engel*, varie sentenze hanno rafforzato questo indirizzo della Corte, continuando a proteggere gli studenti delle scuole pubbliche dallo spettro delle preghiere approvate dal governo negli ultimi sessant'anni. All'indomani della sentenza *Engel*, la Corte ha invalidato la lettura della Bibbia sponsorizzata dalle scuole in *School District of Abington Township v. Schempp*¹⁶⁴.

Nel 1980, la Corte, nella causa *Stone v. Graham*¹⁶⁵, ha vietato agli Stati di affiggere copie dei Dieci Comandamenti nelle aule delle scuole pubbliche¹⁶⁶. Dodici anni dopo, la Corte, nella causa *Lee v. Weisman*¹⁶⁷, ha impedito alle scuole pubbliche di scegliere membri del clero per recitare le preghiere durante le cerimonie di consegna dei diplomi delle scuole pubbliche¹⁶⁸. Similmente, nel 2000, nel richiamato caso *Santa Fe*, la Corte ha proibito agli studenti di tenere preghiere ufficiali durante le partite di football delle scuole pubbliche¹⁶⁹.

Allo stesso tempo, negli ultimi decenni si sono verificati tre importanti sviluppi che hanno contribuito alla distensione: in primo luogo, la magistratura ha chiarito che le scuole pubbliche non sono in alcun modo delle “*God-free zone*”¹⁷⁰. Le scuole pubbliche sono, anche all'indomani della *Wallace v. Jaffree*¹⁷¹, invitate ad osservare momenti di silenzio, dando, agli studenti che lo ritengano opportuno, la possibilità di prendersi un momento per pregare¹⁷². Questo sviluppo, insieme a una decisione della Corte Suprema che riconosceva la legittimità dei club religiosi curricolari¹⁷³, ha rassicurato i genitori sul fatto che i loro figli non debbano limitare la loro identità religiosa all'interno della scuola pubblica¹⁷⁴.

¹⁶³*Id.*, 431. Per un'argomentazione a supporto dell'esclusione di entità religiosa da programmi di carattere governativo: Cfr. N. TEBBE, *Excluding Religion*, in *U. Pa. L. Rev.*, vol. 156, 2008, disponibile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1010152.

¹⁶⁴ 374 U.S. 203, 223 (1963).

¹⁶⁵ 449 U.S. 39 (1980) (*per curiam*); “one of the most underappreciated cases in American constitutional law” secondo J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., p. 219.

¹⁶⁶ *Stone*, 449 U.S. 42–43.

¹⁶⁷ 505 U.S. 577 (1992).

¹⁶⁸ *Id.*, 599.

¹⁶⁹ 530 U.S. 290, 312–13 (2000).

¹⁷⁰ Cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., p. 221.

¹⁷¹ 472 U.S. 38 (1985).

¹⁷² *Id.*, 60-61.

¹⁷³ Cfr. *Bd. of Educ. v. Mergens*, 496 U.S. 226, 253 (1990) (in sostegno dell' *Equal Access Act*).

¹⁷⁴ Cfr. J. DRIVER, *The schoolhouse gate*, cit., p. 395.

Gli altri due fenomeni che hanno contribuito alla creazione di questo clima distensivo sono, da un lato, il notevole aumento dell'*homeschooling* tra le famiglie particolarmente devote a partire dagli anni Novanta¹⁷⁵ e dall'altro la già richiamata sentenza *Zelman*, la quale ha sancito la possibilità di supportare le famiglie che si rivolgano a istituti scolastici non laici attraverso finanziamenti indiretti come i *voucher*.

7. Le conseguenze di *Kennedy* e *Carson*

7.1 Le conseguenze di *Kennedy*

Rispetto a *Carson*, quindi, *Kennedy* risulta ben più lesiva di quella "*neutrality toward religion*"¹⁷⁶ che lo stato dovrebbe dimostrare, rappresentando una frattura di quel clima distensivo a lungo mantenuto dalla Corte nell'interpretazione delle *Religion Clauses*. Tale distensione è stata in parte inficiata dalla scorretta, ma consolidata interpretazione circa il comportamento della Corte per la difesa della *Establishment Clause*, come se essa volesse garantire il rispetto di tale clausola attraverso l'eliminazione di ogni espressione religiosa nelle scuole pubbliche. In effetti, anche gli stessi giudici in *Kennedy* hanno adottato questo punto di vista, sia nella *majority* che nella *dissenting opinion*.

Il giudice Gorsuch, ad esempio, ha affermato che permettere alla scuola di *Bremerton* di sanzionare il Coach Kennedy per le preghiere da lui pronunciate avrebbe permesso alle entità governative di minacciare la "*religious expression as second-class speech*"¹⁷⁷. Ma anche il dissenso del giudice Breyer non è da meno, affermando, in rapida successione, che *Engel* sancisse "*no prayers in public schools*", la sentenza *Schempp* "*no Bible readings in public schools*", quella *Weisman* "*no prayers during public school graduations*" e quella *Santa Fe* "*no prayers during public school football games*"¹⁷⁸. Tuttavia, non può si può mancare di notare come ci sia una grande differenza tra vietare la preghiera nelle scuole e vietare le preghiere sponsorizzate dalle scuole. Quando la preghiera è il frutto di un atto della volontà del singolo nessuna disposizione costituzionale può vietarla, in virtù della *Free Exercise Clause*. Diverso, certo, è quando la preghiera è rappresentativa di un ente pubblico (ed ecco che in tal senso la preghiera promossa da chi rappresenta l'istituto scolastico, come il Coach Kennedy, o comunque promossa durante eventi scolastici, è un elemento diverso che riguarda piuttosto

¹⁷⁵ J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., 400.

¹⁷⁶ *Ivi*, p. 216, nota 50.

¹⁷⁷ Cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct. 2425.

¹⁷⁸ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 2003 (Breyer, J., *dissenting*).

l'*Establishment Clause*¹⁷⁹). Forse proprio in questo sta il più grande fallimento di *Kennedy*, che ha tradito l'interpretazione della Corte in materia di *Establishment Clause* non solo ignorando il contesto peculiare degli ambienti sportivi, ma anche (mal) interpretando la *Bremerton High School* come semplicemente un altro ente governativo¹⁸⁰.

7.2 Le conseguenze di *Carson*

La sentenza *Carson*, nonostante le sue criticità, comporta conseguenze meno drammatiche rispetto a quelle che potrebbe comportare *Kennedy*, sempre che, come accennato, il ragionamento in essa contenuto non venga esteso alle scuole *charter*.

Carson, inoltre, risulta più rispettosa dei precedenti rispetto a *Kennedy*.

7.2.1 *Carson* e le *charter school*

Parlando delle conseguenze che *Carson* potrebbe comportare, è interessante innanzitutto concludere il ragionamento circa l'influenza che tale sentenza potrebbe avere sulla regolazione delle *charter school*, come accennato in precedenza.

Dato che *Carson* prevede che la *Free Exercise Clause* addirittura *richieda* che i benefici di un programma indiretto di sovvenzione statale siano estesi a tutti gli enti, anche quelli religiosi, è ipotizzabile, estremizzando il ragionamento, che in nome del rispetto della stessa clausola, possa essere *richiesto* – o quantomeno non escluso – che gli enti religiosi, ad esempio, gestiscano l'amministrazione delle scuole *charter*¹⁸¹.

¹⁷⁹ La sanzione contenuta in *Engel* certo non riguarda preghiere che lo studente svolge individualmente prima di sostenere un esame importante. Si veda *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421, 435 (1962).

Schempp ha impedito ai funzionari scolastici di imporre l'insegnamento della Bibbia, ma non ha certo proibito la presenza della Bibbia nei locali scolastici. Si veda *Sch. Dist. of Abington Twp. v. Schempp*, 374 U.S. 203, 223 (1963).

Allo stesso modo, *Weisman* e *Santa Fe* hanno impedito che alcune preghiere divenissero ufficiali per l'ente di riferimento (cfr. *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577, 599 (1992); *Santa Fe Indep. Sch. Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 313 (2000)) ma sicuramente i genitori e gli studenti - ed anche gli educatori - possono recitare preghiere individuali alle cerimonie di laurea e alle partite di football senza violare l'*Establishment Clause*. Cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., 253.

¹⁸⁰ Cfr. *Kennedy*, 142 S. Ct., 2433 (descrivendo "the school district" come "a government entity").

¹⁸¹ Cfr. N.S. GARNETT, *Religious Charter Schools: Legally Permissible? Constitutionally Required?* (December 1, 2020). *Manhattan Institute Policy Report* (December 2020), disponibile all'indirizzo <https://media4.manhattan->

Circa la questione principale legata alle scuole *charter*, ovvero il già citato problema della loro qualificazione come scuole di carattere pubblico o privato, è possibile, in effetti, riconoscere l'ambiguità di *Carson* sul punto, potendo la sentenza essere utilizzata a favore dell'una e dell'altra tesi.

Il dubbio non è casuale – come nota il Presidente Roberts in *Carson* - perché se è vero che, da un lato, le scuole *charter* hanno delle caratteristiche che certo le differenziano dalle scuole private, ovvero il fatto di non essere selettive nella scelta degli studenti¹⁸² e di non richiedere una retta¹⁸³ - essendo finanziate con fondi statali-, tuttavia certo hanno anche rilevanti aspetti in comune con le scuole private, quali, ad esempio, il *curriculum* evidentemente diverso dalle scuole pubbliche¹⁸⁴, la possibilità di assumere anche insegnanti non certificati¹⁸⁵ e la possibilità di prevedere classi *single-sex*¹⁸⁶, caratteristiche certo più vicine ad una scuola privata.

Il Presidente Roberts conclude questa comparazione, affermando, in poche parole, che non vi è ragione per cui le scuole private ammesse nel programma del Maine dovrebbero offrire un'educazione simile a quella delle scuole pubbliche¹⁸⁷.

Dunque, non è inverosimile che la decisione venga interpretata in un senso favorevole anche ad una futura apertura delle *charter school* ad enti religiosi, ma è necessario riflettere sugli effetti certo devastanti che questo avrebbe circa il rispetto della *Establishment Clause*. Basterebbe anche solo pensare al tipo di finanziamento che queste scuole ricevono, dato che, se si ammettesse questa apertura religiosa delle *charter*, si perderebbe quella consolidata distinzione tra finanziamento diretto ed indiretto tracciato dalla Corte in *Zelman* (rimarcando il fatto che i *voucher* fossero rivolti alle famiglie e non direttamente alle scuole¹⁸⁸).

institute.org/sites/default/files/religious-charter-schools-legally-permissible-NSG.pdf [https://perma.cc/3Z7V-AXM2]. Per la dottrina che esplora il tema dello *status* legale delle *charter school*, cfr. J.F. MEAD, *Devilish Details*, cit., pp. 349, 356-357; P.C. GREEN III, B.D. BAKER, J.O. OLUWOLE, *Having It Both Ways*, cit.

¹⁸² Cfr. *Carson*, 142 S. Ct. 1999.

¹⁸³ In tal senso Roberts distingue le scuole *charter* dalle scuole private incluse nel programma del Maine, dato che queste ultime richiedevano una retta che il Maine si impegnava a pagare, cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1999. Circa il finanziamento delle scuole *charter* v. J.F. MEAD, *Devilish Details*, cit., p. 367.

¹⁸⁴ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1999.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ Cfr. *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 649.

7.2.2 *Carson* e i suoi precedenti

Tra i precedenti da richiamare, merita una menzione particolare la decisione *Meyer v. Nebraska*¹⁸⁹. Sebbene il Presidente della Corte Suprema Roberts non abbia menzionato questa storica sentenza, le due decisioni sembrano tra loro particolarmente coerenti, soprattutto nell'ottica di garantire quel "détente" a cui sopra accennato, confermando l'idea che *Carson*, ben più di *Kennedy*, risulti in realtà coerente ai propri precedenti¹⁹⁰.

Oggi *Meyer* è ricordata per aver invalidato uno statuto xenofobo che vietava alle scuole del Nebraska l'insegnamento di lingue diverse dall'inglese a causa di un forte sentimento anti-tedesco che aveva fatto seguito alla Prima guerra mondiale¹⁹¹.

Il caso scaturì dal fatto che il signor Robert Meyer, che teneva un insegnamento sulla Bibbia, aveva scelto di spiegare la materia in tedesco e non in inglese e fu per questo denunciato da un funzionario del Nebraska che, nel 1920, si affacciò all'ingresso della sua classe nella *Zion Parochial School*¹⁹². Meyer si giustificò affermando che, a suo parere, era particolarmente importante per i suoi studenti imparare a conoscere la materia religiosa nella lingua natia¹⁹³.

La Corte Suprema invalidò lo statuto del Nebraska, considerandolo in contrasto con la *Due Process Clause*¹⁹⁴ contenuta nel Quattordicesimo

¹⁸⁹ 262 U.S. 390 (1923).

¹⁹⁰ Cfr. *Carson*, 142 S. Ct., 1993–2002, con *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

¹⁹¹ Cfr. *Meyer*, 262 U.S. 403.

¹⁹² Cfr. *Id.*, 396–97.

¹⁹³ Cfr. W.G. ROSS, *Forging new freedoms: nativism, education, and the constitution 1917–1927*, Lincoln: University of Nebraska Press, 1994, pp. 3-4.

¹⁹⁴ La *Due Process Clause* è stata fondamentale per il riconoscimento, in via giurisprudenziale, di una lunga serie di diritti che altrimenti non avrebbero avuto protezione costituzionale. Essa introduce, da un lato, garanzie procedurali che garantiscono il giusto processo e la tutela di diritti individuali elencati nel *Bill of Rights* (la c.d. *procedural due process*) e diritti fondamentali non specificatamente indicati nella Costituzione (coerentemente al Nono Emendamento che prevede che i diritti meritevoli di tutela costituzionale non si esauriscano nella Costituzione, potendone essere riconosciuti "others retained by the people", cfr. *U.S. Const., Nine Amend.*) Questo secondo filone, definito come *substantive due process*, originariamente giustifica la tutela di libertà di tipo prevalentemente contrattuale. Il riferimento è, in *primis*, alla storica sentenza che fondava questa interpretazione: la decisione *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), disponibile all'indirizzo <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/198us45>. Tale clausola era, infatti, inizialmente definita come *economic substantive due process*.

Successivamente, la Corte si distaccherà da questa sentenza, come si dirà meglio in seguito. Cfr. N.S. CHAPMAN, K. YOSHINO, *The Fourteenth Amendment Due Process Clause*, in *National Constitution Center*, disponibile all'indirizzo <https://constitutioncenter.org/the-constitution/articles/amendment-xiv/clauses/701>.

Emendamento¹⁹⁵. Il giudice McReynolds concluse la *majority opinion* affermando che: “*the statute as applied is arbitrary and without reasonable relation to any end within the competency of the state*”¹⁹⁶, previamente specificando che: “*mere knowledge of the German language cannot reasonably be regarded as harmful*”¹⁹⁷. Facendo riferimento alla *Due Process Clause*, la Corte recuperò il ragionamento già sviluppato in *Lochner v. New York*¹⁹⁸, ma estendendone la logica al di là della sfera economica.

Secondo la Corte, la libertà protetta dalla clausola in questione includeva il diritto “*to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men*”¹⁹⁹.

Mentre la Corte si è nel tempo distaccata da precedenti quali la sentenza *Lochner*,²⁰⁰ *Meyer*, invece, si è consolidato come precedente rilevante (venendo, ad esempio, recuperato nel celebre *Footnote 4*²⁰¹ della decisione *United States v.*

¹⁹⁵Cfr. U.S. Const., *Fourteenth Amend.* Circa l’interpretazione secondo cui *Meyer* è stato un precedente importante per lo sviluppo della *Due Process Clause* (in specie della *substantive due process*), cfr. D. E. BERNSTEIN, *Meyer v. Nebraska* (1923), in *The First Amendment Encyclopedia* (originariamente pubblicato nel 2009), disponibile all’indirizzo <https://mtsu.edu/first-amendment/article/786/meyer-v-nebraska>. Per una riflessione più approfondita e che adotta un atteggiamento critico sulla giurisprudenza della Corte sviluppatasi intorno alla clausola in questione, cfr. R. A. BROWN, *Due Process of Law, Police Power, and the Supreme Court*, in *Harvard Law Review*, vol. 40, n. 7/1927, pp. 943-968. Per un’analisi storica sul punto: P. J. RAMSEY, *The War against German-American Culture: The Removal of German-Language Instruction from the Indianapolis Schools, 1917–1919*, in *Indiana Magazine of History*, vol. 98, n. 4/ 2002, p. 302.

¹⁹⁶ Cfr. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 403 (1923)

¹⁹⁷ Cfr. *Id.*, 400.

¹⁹⁸ Cfr. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905): “*There is no reasonable ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker [...] to the common understanding the trade of a baker has never been regarded as an unhealthy one*”, *Id.*, 45, 57, 59.

¹⁹⁹ Cfr. *Meyer*, 262 U.S. 399.

²⁰⁰ Esplicitamente discostandosene in *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

²⁰¹ Disponibile all’indirizzo <https://mtsu.edu/first-amendment/article/80/gitlow-v-new-york>, considerato fondamentale perché ha rappresentato un cambiamento nell’atteggiamento della Corte Suprema verso la tutela dei diritti, passando da una protezione rivolta prevalentemente ai diritti reali verso la protezione di altri diritti individuali, come quelli definiti nel *First Amendment*. Così, cfr. D. SCHULTZ, *Carolene Products Footnote Four*, in *Amendment Encyclopedia* (originariamente pubblicato nel 2009), disponibile all’indirizzo <https://mtsu.edu/first-amendment/article/5/carolene->

*Carolene Products*²⁰²). Successivamente *Meyer* divenne un precedente importante per lo sviluppo della giurisprudenza intorno alla *substantive due process*, riconoscendo diritti nuovi rispetto a quelli esplicitamente previsti nella Costituzione, in casi storici come *Griswold v. Connecticut* e *Roe v. Wade* (1973)²⁰³.

In conclusione, non può che essere rimarcata l'importanza di *Meyer* in quanto decisione che ha voluto garantire il rispetto della *Free Exercise Clause*, impedendo allo stato del Nebraska di questionare le scelte didattiche della *Zion Parochial School*.

Anche in *Carson* può ravvisarsi uno scopo simile, avendo eliminato l'incentivo per le scuole private a orientamento religioso a diventare laiche nel tentativo di qualificarsi idonee per il programma offerto dal Maine, utilizzando la *Free Exercise Clause* per impedire al Maine di interferire con la capacità delle scuole religiose di gestire i loro affari nel modo che ritengono opportuno.

Questa interpretazione di *Carson* la distingue da *Kennedy*. Entrambe le decisioni sanciscono la violazione della *Free Exercise Clause*, determinata nel primo caso dall'esclusione delle scuole private di carattere religioso da programmi di finanziamento pubblico e nel secondo caso dalla sanzione prevista da un istituto scolastico verso un insegnante che ha posto in essere un comportamento di carattere religioso durante un evento scolastico.

Tuttavia, le due sentenze affrontano due questioni tra loro ben distinte: *Kennedy*, a differenza di *Carson*, affronta il rapporto insegnante-studente, non riconoscendo il ruolo educativo che il primo riveste verso il secondo e non considerando il luogo in cui il loro rapporto prende forma: non certo in un luogo di culto, ma nella scuola pubblica²⁰⁴

[products-footnote-four](#). Per un approfondimento: B.A. ACKERMAN, *Beyond "Carolene Products"*, in *Harvard Law Review*, vol. 98, n. 4/1985, pp. 713-746.

²⁰² Cfr. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

²⁰³ Rispettivamente: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) e *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), disponibile all'indirizzo <https://www.oyez.org/cases/1971/70-18>. *Griswold* è la sentenza attraverso cui la Corte ha riconosciuto l'esistenza del diritto alla *privacy*, nella cui *penumbras* verranno successivamente riconosciuti una lunga lista di diritti fondamentali non esplicitamente inseriti nella Costituzione, ma tutelati in via giurisprudenziale, tra cui, ad esempio, il diritto a scegliere di abortire sancito nella decisione *Roe* (e messo in discussione proprio in tempi recentissimi, attraverso un *overruling* che ha stravolto la precedente giurisprudenza in tema di vicenda abortiva: cfr. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 1392 (2022)). Cfr. P.G. KAUPER, *Penumbrae, Peripheries, Emanations, Things Fundamental and Things Forgotten: The Griswold Case*, in *Michigan Law Review*, vol. 64, n. 2/1965, pp. 235-258.

²⁰⁴ Cfr. J. DRIVER, *Three Hail Marys*, cit., p. 234.

8. Considerazioni conclusive

In tema di legislazione federale, già dopo *Trinity* ed *Espinoza*, il Dipartimento di Giustizia aveva espresso preoccupazione per la costituzionalità di alcuni programmi federali, in particolare per un programma²⁰⁵ che esclude alcune istituzioni di carattere religioso dal finanziamento destinato a “*historically black colleges and universities*”²⁰⁶ e un secondo programma²⁰⁷ che esclude le istituzioni religiose da un programma di sovvenzioni per le scuole *charter*.

In effetti, *Carson*, da questo punto di vista, può rendere ancora più complesso escludere istituzioni religiose attraverso il vincolo d’uso fondi sanzionati.

Tuttavia, una distinzione fondamentale tra queste disposizioni federali e quelle del Maine è che queste disposizioni federali sembrano trattare di finanziamento diretto.

La sentenza che davvero mette in discussione anche questo consolidato confine tra finanziamenti diretti e indiretti non è *Carson* ma *Kennedy*, che ha abbandonato il precedente rappresentato da *Lemon* su cui si basava l’approccio della Corte circa il finanziamento delle attività religiose.

Non è chiaro quale effetto avrà questa sentenza sui tribunali, seguendo la direzione della Corte Suprema nel non applicare più il test di *Lemon*. *Carson*, emessa una settimana prima di *Kennedy*, suggerisce in realtà che la Corte Suprema potrebbe continuare ad utilizzare lo schema, utilizzando sempre il consolidato test.

Ne consegue che, ad oggi, non vi è certezza su come i programmi di aiuto finanziario potranno in futuro essere esaminati²⁰⁸.

In ogni caso, pensando al modo in cui meglio rispondere alle incertezze derivanti da queste decisioni di carattere antiprogressista della Corte Suprema, alcuni autori distinguono tra due casistiche: in una, gli effetti delle sentenze in questione possono essere mitigati da un’efficace attività legislativa, nell’altro caso no.

²⁰⁵ Cfr. *Memorandum Opinion for the acting General Counsel Department of Education*, Re: *Religious Restrictions on Capital Financing for Historically Black Colleges and Universities* (15 agosto 2019).

²⁰⁶ Cfr. *Carson v. Makin: Using Government Funds for Religious Activity*, *Congressional Research Service*, (6 luglio 2022), disponibile all’indirizzo <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10785>.

²⁰⁷ Cfr. *Memorandum Opinion for the Principal Deputy General Counsel Department of Education*, Re: *Exclusion of Religiously Affiliated Schools from Charter-School Grant Program* (18 febbraio 2020).

²⁰⁸ *Carson v. Makin: Using Government Funds for Religious Activity*, *Congressional Research Service*, (6 luglio 2022), disponibile all’indirizzo <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10785>, p. 5.

In tal senso, alcune clamorose sconfitte sono in realtà ben più sopportabili di altre, proprio grazie alla possibilità di intervento legislativo. In effetti, la Corte ha già in precedenza applicato questo tipo di ragionamento in tutta una serie di sentenze²⁰⁹, basandosi sul “*least harm principle*”, pronunciandosi a favore della parte con minor capacità di proteggere i suoi interessi.

Carson è coerente con questo principio. E forse proprio questa è la risposta migliore ad una decisione di chiaro segno conservatore: una “*good, old-fashioned progressive lawmaking*”²¹⁰.

²⁰⁹ Cfr. A. TANG, *Consequences and the Supreme Court*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 117 (in pubblicazione nel 2023), <https://ssrn.com/abstract=4081462> [https://perma.cc/R5MF-PUNY]; *Id.*, *Harm-Avoider Constitutionalism*, in *Calif. L. Rev.*, vol. 109, 2021, pp. 1847, 1854, 1878-79.

²¹⁰ Cfr. A. TANG, *Who's Afraid of Carson v. Makin?*, cit.