



## Nota a Corte suprema degli Stati uniti, *Reed v. Town of Gilbert, Arizona*, 576 U.S. (2015): la Corte suprema rafforza la tutela della libertà di espressione religiosa?

di Fabiana Dal Cin

1. – Con la decisione in commento, la Corte suprema americana offre interessanti spunti di riflessione circa le tendenze della giurisprudenza statunitense in materia di tutela della libertà d’espressione religiosa. La sentenza, infatti, aggiunge un ulteriore tassello in merito alla distinzione e categorizzazione, introdotta a partire dal caso *Police Department of Chicago v. Mosley* 408 U.S. 92 (1972), tra regolazioni c.d. *content neutral* e regolazioni c.d. *content based*, indicando quale sia lo standard di controllo costituzionale più appropriato da applicare a quest’ultime ed il test per verificare se una normativa sia diretta a limitare la libertà di parola a causa del messaggio, la natura dell’argomento e il suo contenuto. In particolare, la Corte si interroga sull’impatto che, un utilizzo meccanico dello *strict scrutiny* nei confronti di tutte le regolazioni *content based*, possa avere sulla libertà d’espressione tutelata dal I emendamento.

Nel caso in esame, l’attore *Clyde Reed* chiede che il Codice che regola l’esposizione di cartelli o manifesti nella città di Gilbert (Arizona), venga dichiarato incostituzionale per violazione del I e XIV emendamento, perché chiaramente *content based*, in quanto impone restrizioni circa il tempo, il luogo e le modalità di

esposizione in base al contenuto religioso del messaggio che con questi si intende comunicare.

2. – La genericità del I emendamento ha fatto sì che la giurisprudenza nordamericana individuasse alcuni criteri generali di tutela della libertà d’espressione (R. Post, *Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence*, in *Cal. L. Rev.*, 2000, 2355). Tra i criteri elaborati, vi è la distinzione tra normative dirette al contenuto (cfr. *Carey v. Brown*, 447 U.S. 455 (1980)) e contenutisticamente neutre (*content neutral*), da cui deriva poi un diverso standard di controllo di legittimità costituzionale (cfr. G.R. Stone, *Content-Neutral Restrictions*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1987, 48). Le ultime richiamate sono presuntivamente costituzionali, a meno che non vi sia una restrizione eccessiva al libero flusso delle informazioni (cfr., *ex multis*, *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984), *Renton v. Playtime Theatres Inc.*, 475 U.S. 41 (1986), *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 791 (1989): con la prima di queste pronunce la Corte riconduce alle *content neutral restrictions* gli interventi volti a disciplinare il tempo, il luogo e le modalità di esercizio delle forme espressive).

Invece, un atto normativo che impone limitazioni ad una forma di espressione sulla base del contenuto è presuntivamente incostituzionale e quindi soggetto allo *strict scrutiny* (il più elevato dei tre standard di controllo di legittimità costituzionale delle leggi). Di conseguenza, una misura di questo tipo può essere ritenuta legittima solo se l’autorità pubblica dimostra che: a) persegue un interesse pubblico impellente e b) rappresenta il mezzo meno restrittivo per la libertà di espressione, con preciso riferimento al caso concreto.

Lo *strict scrutiny*, frutto di una progressiva elaborazione da parte della Corte Suprema a partire dalla nota *Footnote Four* della sentenza *United States v. Carolene Products Co.* 304 U.S. 144 (1938), fa venir meno la generale presunzione di validità che assiste gli atti legislativi e l’onere della prova ricade sulla parte pubblica che sostiene la validità della disposizione. Conseguentemente, stante la difficoltà di soddisfare l’onere probatorio, lo *strict scrutiny* porta nella maggior parte dei casi ad una dichiarazione di incostituzionalità: lo scrutinio è, infatti, “*strict in theory but fatal in fact*” (A. Winkler, *Fatal in Theory and Strict in Fact: an Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts*, in *Vanderbilt L. Rev.*, 2006, 802). In particolare, questo tipo di

controllo rigoroso viene applicato a tutte le misure limitative della libertà di espressione c.d. *content based o viewpoint based*, per la necessità di evitare una scelta qualitativa da parte della pubblica autorità sulle forme espressive da ammettere nel *marketplace of ideas*. La Corte, infatti, deve garantire l'eguaglianza formale dei contenuti espressivi, conservando la neutralità dello spazio pubblico rispetto ai molteplici punti di vista che emergono dal corpo sociale.

Viceversa, le regolazioni che non sono connesse al contenuto sono soggette ad un livello intermedio di scrutinio (accennato per la prima volta nel caso *O'Brian v. United States* 391 U.S. 367 (1968)) in relazione a condotte a prevalenza non comunicativa (poi utilizzato in relazione al *commercial speech*). Inoltre, alle *content neutral restrictions* sono ricondotti tutti gli interventi volti a disciplinare il tempo, il luogo e le modalità di esercizio delle forme espressive (nel caso *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1994)) a cui viene applicato *l'intermediate scrutiny*. Tale standard di controllo prevede che una misura adottata dall'autorità pubblica sia considerata legittima solo se si dimostra che essa (a) non è connessa al contenuto dell'espressione, (b) persegue un interesse pubblico significativo e (c) è in grado di lasciare aperti altri canali per la comunicazione delle informazioni, da valutare caso per caso (cfr. *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 791 (1989)).

3. – Come molti enti locali negli Stati Uniti, la città di Gilbert ha adottato una normativa che regola l'esposizione di manifesti e locandine di vario tipo, dai cartelloni pubblicitari a quelli politici. In particolare, il *Land Development Code* identifica diverse tipologie di cartelli che possono essere esposti nella città, tra cui i c.d. cartelli ideologici ("*Ideological Signs*"), quelli politici, ("*Political Signs*") e i cartelli che direzionano e annunciano al pubblico il luogo e l'orario di un determinato evento. Va poi specificato che, nella terminologia del Codice, per cartello ideologico si intende un manifesto che comunica un'ideologia o un messaggio a scopi non commerciali; mentre per manifesti politico-elettorali si intendono tutti quei cartelloni utilizzati per supportare i candidati durante le elezioni o per sostenere un partito o candidato nel ballottaggio. I cartelli che indicano un determinato evento ("*Temporary Directional Signs Relating to a Qualifying Event*") sono cartelli temporanei utilizzati per indicare ai pedoni e agli automobilisti il luogo in cui viene svolto un evento

promosso da un gruppo religioso o *non-profit*; infine, per evento si intende qualsiasi assemblea, riunione o attività.

Ciò detto, occorre però evidenziare che il Codice della città impone restrizioni differenti circa il luogo, la durata dell'esposizione, le dimensioni, e il numero dei cartelli da poter rendere visibili: tali distinzioni sono operate in base al contenuto del messaggio che con quel mezzo si intende comunicare. Infatti, il Codice prevede per i c.d. "*Ideological Signs*" un trattamento di maggior favore rispetto agli altri: questi possono essere grandi al massimo 20 piedi quadrati e non hanno restrizioni né di durata né di numero e possono restare visibili per sempre. Invece, per i manifesti politico-elettorali è prevista una grandezza di 32 piedi quadrati, possono essere esposti anche per sessanta giorni prima delle elezioni e fino a 15 giorni dopo e non sono soggetti a restrizioni numeriche. Ulteriore e differente regolamentazione hanno poi i manifesti che indicano un evento organizzato da un'associazione religiosa o *non-profit*, atteso che: possono essere grandi al massimo 6 piedi quadrati, esibiti dodici ore prima dell'evento e tolti al massimo un'ora dopo e possono essere posizionati nella proprietà pubblica o privata, ma non possono essere più di quattro per singola proprietà.

4. – I fatti da cui muove la pronuncia riguardano una piccola comunità religiosa (*Good News Company*) che celebra le proprie funzioni religiose in locali presi in affitto nella città di Gilbert, utilizzando i manifesti per informare il pubblico circa il luogo e l'orario in cui si terranno le funzioni religiose domenicali. In particolare, i loro cartelli (evidentemente qualificabili come "*Temporary Directional Signs Relating to a Qualifying Event*") contengono non solo la data e il luogo in cui si tiene la celebrazione ma anche l'indicazione del sito web in cui si trovano indicate altre informazioni circa la missione e le credenze della comunità religiosa.

Come abbiamo visto in precedenza, per questo tipo di segnaletica è prevista una regolamentazione molto stringente che consente la loro esposizione per un massimo di dodici ore prima dell'evento. Nel concreto, poiché la funzione viene celebrata alle nove del mattino, i cartelli possono essere affissi solamente durante la notte. Per tale ragione la piccola comunità religiosa chiama in causa la città di Gilbert davanti alla corte distrettuale, affermando che il Codice è *content based* e viola la *Free Speech Clause*

e la *Free Exercise Clause* del I emendamento, il XIV emendamento e l'*Arizona Free Exercise of Religion Act*. Il procedimento presso le corti inferiori è abbastanza complesso e tortuoso, indice delle difficoltà di definire se una disposizione sia o no *content based*.

Così, nei due procedimenti instaurati (*Reed I* e *Reed II*), sia la Corte distrettuale sia la Corte d'Appello (9° Circuito) affermano che la regolamentazione ha contenuto neutro, in quanto la distinzione operata tra le varie tipologie di segnaletica non si basa sul contenuto del messaggio che si vuole comunicare, ma si basa su dei parametri oggettivi come la tutela del decoro urbano e la sicurezza stradale, che sarebbero compromessi se ci fossero troppi segnali e cartelloni in giro per la città (cfr. *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989)). L'obiettivo della normativa secondo la Corte d'Appello è, infatti, quello di applicare misure dirette a regolare il luogo, il modo e le tempistiche dell'esposizione della segnaletica temporanea e non privilegiare un'idea a discapito di altre, incorrendo così in un'inammissibile forma di censura.

Pertanto, secondo la stessa, il codice è una misura *content neutral*. Questo impone l'applicazione dell'*intermediate scrutiny*: la Corte verifica che il Codice è stato adottato per garantire un interesse significativo per la pubblica autorità (tutelare il decoro urbano e la sicurezza stradale) e che permette alla *Good News* di utilizzare altri mezzi di comunicazione. In questo modo, la giurisprudenza di primo e secondo grado fa salva la norma impugnata. *Reed*, quindi, appella la decisione della Corte d'Appello del 9° circuito e si rivolge alla Corte Suprema che concede il *writ of certiorari*.

5. – La decisione della Corte risulta utile soprattutto per risolvere un importante problema di interpretazione relativo al primo emendamento. Infatti, essa s'interroga se una misura adottata dall'autorità pubblica, chiaramente *content based*, debba essere dichiarata incostituzionale anche se non è stata introdotta a scopo discriminatorio.

Il *certiorari* è giustificato dalle divergenze giurisprudenziali nel territorio dell'Unione. Molti Circuiti di corte d'Appello sono divisi su tale questione, ed impiegano prove distinte: in particolare, come emerge dagli atti di causa, le corti d'Appello, del 3°, 4°, 6°, 7° e 9° circuito utilizzano un criterio funzionale, il c.d. *motived based test* (cfr. *Hill v. Colorado* 530 U.S. 703 (2000); *Ward v. Rock Against Racism*,

491 U.S. 791 (1989)) secondo il quale assume centralità l'elemento soggettivo, ossia l'intento discriminatorio che ha spinto la pubblica autorità ad emanare la normativa (l'elemento costitutivo della discriminazione è l'*animus*, la volontà di discriminare). In base a questa prospettiva, le ordinanze sulla segnaletica hanno contenuto neutro se il governo adduce una mera motivazione legislativa per l'adozione della regolamentazione e dimostra di avere un puro interesse legislativo e funzionale.

Il 1°, 2°, 8°, e 11° Circuito utilizzano il c.d. *text-based test*: per verificare se una norma sia a contenuto neutro viene utilizzato quale parametro il dato testuale e quindi le motivazioni e lo scopo per i quali è stata adottata non assumono rilevanza ai fini della categorizzazione (cfr. *Simon & Schuster, Inc. v. Members of the New York State Crime Victims Board*, 502 U.S. 105 (1991)). Se un soggetto deve leggere il messaggio per far rispettare la normativa, allora questa dovrà essere ritenuta *content based* (cfr. *McCullen v. Coakley*, 134 S. Ct. 2518 (2014); *Turner Broadcasting System Inc. v. FCC* 512 U.S. 622 (1994); *City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc.*, 507 U.S. 410 (1993)).

6. – La decisione della Corte suprema, all'unanimità, censura la tesi secondo la quale l'ordinanza municipale è configurabile quale limitazione *content neutral* e perciò soggetta allo scrutinio intermedio. Innanzitutto la Corte rileva che, nonostante la specificità legate alle loro caratteristiche, anche i manifesti e le locandine costituiscono a pieno titolo forme di espressione tutelate dal I emendamento (cfr. *MetroMedia, Inc v. San Diego*, 453 U.S. 490, (1981); *City of Ladue v. Gilleo*, 521 U.S. 43 (1994)). In particolare, i manifesti esposti dalla *Good News* sono ritenuti una forma di espressione religiosa protetta (cfr. *Good News Club v. Milford Cent. Sch.* 533, U.S. 98, 110 (2001); *Widamar v. Vincent*, 454 U.S. 263, 269 (1981)). In secondo luogo, la sentenza afferma che una misura è chiaramente *content based* quando prevede restrizioni ad alcuni discorsi (come quello religioso) in base al contenuto del messaggio, o all'idea e all'argomento che trasmettono. Alcune norme del Codice sono dunque *content based*, in quanto prevedono un diverso trattamento normativo in base al contenuto del discorso, altre normative, invece, operano questa discriminazione in maniera più velata, facendo riferimento alla funzione e all'obiettivo della normativa. Entrambe però queste regolamentazioni devono essere

considerate *content based*, indipendentemente dal fatto che l'autorità pubblica abbia adottato motivazioni neutre per la loro adozione.

La Corte all'unanimità rileva che il Codice della città privilegia chiaramente il discorso politico o ideologico rispetto a quello religioso della *Good News Company* e che per tale ragione la norma è chiaramente basata sul contenuto, nonostante la città non abbia avuto alcun intento discriminatorio per adottarla (la città invece afferma che il Codice è stato adottato per tutelare la sicurezza del traffico stradale e per garantire il decoro urbano). Secondo la Corte, la regolamentazione che impone differenti regole circa il luogo, le dimensioni, la durata dell'esposizione e il numero di cartelli visibili si basa sul messaggio che con quel cartello si intende dare – i segnali temporanei trasmettono un messaggio al pubblico circa l'evento, quelli ideologici trasmettono un'idea, quelli politici vogliono appoggiare un candidato alle elezioni. Inoltre, mentre la città afferma che la normativa è *viewpoint neutral* nel senso che non intende privilegiare una determinata idea – il Codice non ha lo scopo di privilegiare un determinato candidato o sponsorizzare un evento –, la Corte afferma che una normativa è *content based* anche se non tratta in modo discriminatorio un punto di vista a favore di altri ma se privilegia interi argomenti o idee nell'arena pubblica. Perciò, anche se una normativa è stata adottata in modo neutro e per motivi oggettivi (*content neutral "on its face"*) può prestarsi ad abusi. Questa non è condizione necessaria e sufficiente per eliminare il rischio di censura che potrebbe verificarsi per esempio, nel caso in cui un nuovo governo cittadino faccia riferimento alle norme del codice per sopprimere determinate forme espressive.

Ed ancora, la Corte censura la tesi secondo la quale le distinzioni operate del Codice sono basate su elementi neutri ossia sarebbero basate sul soggetto che esprime il messaggio e sul dove e quando un evento è organizzato. Infatti, la Corte indica che la disciplina differente non si basa sull'identità di chi emana il messaggio ma sul contenuto: se un candidato politico volesse esporre un cartello che indica un evento religioso, il cartello sarebbe soggetto alla disciplina applicata alla *Good News*.

Per tutte queste ragioni, la Corte afferma che il Codice della città di Gilbert è chiaramente *content based*, soffrendo così una presunzione d'incostituzionalità, e deve incontrare il più elevato standard di controllo, indipendentemente dalle motivazioni neutre per le quali è stata adottata la normativa. Applicando il più severo controllo

di costituzionalità (applicabile a tutte le limitazioni *content based*) la Corte afferma che la città non dimostra un interesse governativo impellente per l'adozione della misura, in quanto anche gli altri tipi di segnali, più grandi e disposti in numero maggiore e per più tempo, possono creare, allo stesso modo dei cartelli esposti da *Good News*, problemi alla sicurezza stradale e al decoro urbano, cosicché il Codice non riesce a sopravvivere al più stretto scrutinio ed è perciò incostituzionale.

7. – L'unanimità della decisione è comunque un punto di raccolta di opinioni diverse tra i *Nine*, giacché alcuni membri della Corte hanno proposto di allentare la stretta sulle *content-based restrictions*. Il giudice Breyer nella sua *concurring opinion*, propone uno schema di scrutinio diverso, che non associa sempre lo *strict scrutiny* e *content-based law*. Secondo il giudice, molte norme, infatti, comportano una discriminazione basata sul contenuto, ma non sono soggette al più elevato standard di controllo di costituzionalità. Così considera una serie di leggi che coinvolgono inevitabilmente il contenuto ma per le quali non vi è stata la presunzione di incostituzionalità: ad esempio la legge sulla riservatezza tra medico e paziente, 38 USC §7332 (che richiede la riservatezza di taluni cartelle cliniche, ma permette ad un medico di rivelare che il paziente ha l'HIV al coniuge del paziente o partner sessuale); o la normativa economico fiscale, 26 USC §6039F (che richiede ai contribuenti di fornire informazioni sulle transazioni straniere ricevute se l'importo complessivo supera \$10.000). L'approccio migliore secondo lo stesso, pertanto, è quello di trattare con attenzione le *content based restrictions*, senza associarvi tuttavia l'applicazione di uno scrutinio rigoroso: ammettere un utilizzo meccanico di queste categorizzazioni sarebbe pericoloso e permetterebbe ai giudici di interferire nelle decisioni legislative del governo.

Anche il giudice Kagan nella sua *concurring opinion* propone dei limiti all'utilizzo dello *strict scrutiny*, dissociandolo dalle *content-based regulations*. Helena Kagan fa notare questo connubio tra contenuto e *strict scrutiny*: la maggior parte delle ordinanze comunali che regolamentano la segnaletica saranno dichiarate incostituzionali e dovranno essere riformulate in base ai principi affermati dalla sentenza, con notevoli costi per i Comuni. Questo nuovo approccio, fa notare Kagan, non cambierebbe la decisione, poiché il Codice non avrebbe passato nemmeno l'*intermediate scrutiny*.

8. – In tale contesto frammentato, nonostante l’elaborazione di standard di controllo siano stati affinati nel corso dell’esperienza giurisprudenziale nord americana, è possibile rilevare, anche alla luce di tale sentenza, una serie di incertezze legate all’esatto contenuto dei presupposti per l’attivazione del controllo più rigoroso e dei singoli test che lo compongono. Spingendo la critica più a fondo, è stata segnalata l’incapacità di sviluppare, in sede giurisprudenziale, approcci argomentativi teoricamente compiuti rispetto ai diritti e i loro conflitti (cfr. C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema Americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, 2011, 253). In questa sentenza la maggioranza affina la definizione di *content based restrictions* lasciando inalterato il test di verifica della loro legittimità, mentre le *concurring opinions* si focalizzano sul tipo di test da applicare. Si tratta di questioni di indubbia importanza, dal momento che la scelta del livello di scrutinio è decisiva ai fini dell’esito del giudizio.

I numerosi spunti problematici evidenziati dalla decisione in commento, lungi dal rendere necessario l’abbandono degli schemi in esame, testimoniano la ricchezza e la fecondità del dibattito nordamericano, in cui giurisprudenza federale e dottrina cercano di dialogare in modo fecondo ed in cui il punto di vista rilevante è sempre quello dello *speaker*, che deve poter dare il suo contributo alla creazione del discorso pubblico senza restrizioni.

In realtà, dietro l’insistenza sul divieto di interventi *content o viewpoint based* si cela l’assunto che attribuisce al I emendamento la funzione di far convivere culture eterogenee presenti nella società e in questo contesto, il discorso pubblico deve mantenersi neutrale perché rappresenta uno spazio minimo di condivisione che dà forma alla stessa comunità politica, fornendo, una comune identità pubblica capace di assorbire i contrasti sociali.

Il fine del primo emendamento, secondo gli insegnamenti della giurisprudenza americana, rimane quello di promuovere lo scambio incondizionato di idee per portare avanti i cambiamenti politici e sociali desiderati dal popolo (cfr. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)).