



Adelaide Madera

(professore associato di Diritto ecclesiastico e Diritto canonico nell'Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

L'interazione fra esenzioni religiose e diritti *LGBT* sul luogo di lavoro: nuove traiettorie giudiziarie al crocevia fra narrative plurali *

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il frammentato quadro normativo in materia di *LGBT rights* - 3. Il caso *Bostock v. Clayton County, Georgia* - 4. L'impatto della pronuncia *Bostock* sulle istituzioni religiose - 5. La tutela offerta dal *Title VII* all'esercizio della libertà religiosa - 6. La *Section 702(a)* del *Title VII* e le questioni interpretative irrisolte - 7. Nuove letture giurisprudenziali della *Section 702(a)* - 8. L'interazione fra esenzioni religiose *ex Section 702(a)* e *sex discrimination*: possibili futuri scenari alla luce del caso *Bostock* - 9. La specificità delle istituzioni impegnate nel settore dell'istruzione - 10. La *ministerial exception* e i limiti della sua applicabilità - 11. Il *RFRA* - 12. I rischi derivanti da un utilizzo *over-expansive* del *RFRA* - 13. La *Free Exercise Clause* - 14. Le vie percorribili per recepire nuove prospettive valoriali - 15. Il mancato intervento del Congresso - 16. Principio di non discriminazione ed esercizio della libertà religiosa: un binomio incompatibile? - 17. L'esempio della legislazione sui *same-sex marriages* - 18. La tutela dell'istituzionalismo religioso e i suoi "ragionevoli" limiti - 19. Conclusioni.

1 - Introduzione

La crescente tensione fra rivendicazioni antidiscriminatorie della comunità *LGBT* ed esercizio della libertà religiosa in una pluralità di sfere del sociale è un fenomeno che accomuna il discorso giudiziario statunitense e quella europeo¹, costituendo il nuovo barometro del difficile bilanciamento fra esercizio della libertà religiosa e sue limitazioni in nome dei *third-party burdens*². Nella giurisprudenza statunitense è emerso infatti negli ultimi

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ In ambito europeo, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. IV, *Eweida and Others v. United Kingdom* (ricorsi 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10), 27 maggio 2013). In dottrina, si veda **D. ØISTEIN ENDSJØ**, *The Other Way Around? How Freedom of Religion may Protect LGBT Rights*, in *International Journal of Human Rights*, 2020, p. 2.

² Per una panoramica, cfr. **W.N. ESKRIDGE, R. FRETWELL WILSON**, *Prospects for Common Ground: Introduction*, in W.N. ESKRIDGE, R. FRETWELL WILSON (eds.), *Religious Freedom, LGBT Rights and the Prospects for Common Ground*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 15-16;



decenni un *trend* volto ad ampliare i diritti della comunità *LGBT*, che ha sancito la contrarietà con l'*Equal Protection Clause* di disposizioni legislative statali discriminatorie verso i soggetti *LGBT*³, ha ammesso il loro diritto all'intimità fisica⁴ e infine ha sancito il diritto delle coppie monosessuali di accedere all'istituto matrimoniale⁵. Il graduale processo di riconoscimento, operato per via giurisprudenziale, di una piena integrazione dei soggetti *LGBT* nello spazio pubblico, culminato nella pronuncia *Obergefell v. Hodges*⁶, non è tuttavia stato accompagnato da un eguale riconoscimento di un diritto alla non discriminazione in ambito giuslavoristico: il paradossale effetto è che "a gay person can get married on Saturday and then fired on Monday for just that act"⁷. Tale riconoscimento asimmetrico dei diritti *LGBT* ha costituito il motore di una "polarizzazione" intorno alla questione della non discriminazione avverso tale comunità in diversi contesti giuridici⁸. Siffatta questione ha assunto negli ultimi anni una connotazione politicamente divisiva, per le sue ricadute sull'esercizio della libertà religiosa dei datori di lavoro che aderiscono a una visione religiosamente orientata della sessualità e del matrimonio⁹.

Il cruciale riconoscimento del diritto alla non discriminazione in ambito giuslavoristico, che rappresentava pertanto l'ultima frontiera per una più effettiva tutela della comunità *LGBT*, sembra essersi realizzato il 15 giugno 2020 quando, in una decisione assunta con una maggioranza di 6 a 3, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha sancito che, alla luce del quadro normativo attualmente vigente (*Title VII* del *Civil Rights Act* del 1964), un trattamento discriminatorio in ragione dell'identità di genere o dell'orientamento sessuale integra una illegittima discriminazione fondata

Va ricordato che nel 2016 la U.S. Commission on Civil Rights ha pubblicato un rapporto, *Peaceful Coexistence: Reconciling Nondiscrimination Principles with Civil Rights*, 25 (2016), secondo cui le esenzioni religiose nell'ambito della normativa antidiscriminatoria vanno a indebolire i *civil rights*.

³ Cfr. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

⁴ Cfr. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁵ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

⁶ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, cit.

⁷ Cfr. *Hively v. Ivy Tech Cmty. Coll.*, 853 F.3d 339, 342 (7th Cir. 2017); *Hively v. Ivy Tech Cmty. Coll.*, 830 F.3d 698, 714 n. 6 (7th Cir. 2016).

⁸ Cfr. **I.C. LUPU**, *Moving Targets: Obergefell, Hobby Lobby and the Future of LGBT Rights*, in *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, vol. 7, 2015, p. 29.

⁹ Cfr. **D. BELTRÉ ACEVEDO**, *Employment Discrimination: How Hobby Lobby Enable a RFRA Defense Against Title VII's Protections for LGBT People in the Workplace*, in *Rev. Jur. U.P.R.*, vol. 86, 2017, p. 1194.



sul sesso¹⁰. Se da un lato l'eliminazione di tale ultima barriera¹¹ espande la portata della tutela offerta alle rivendicazioni di non discriminazione fondate sull'identità di genere e sull'orientamento sessuale, essa è potenzialmente destinata a generare nuove conflittualità fra istanze di uguaglianza della comunità *LGBT* e quella visione sempre più espansiva della libertà religiosa gradualmente affermatasi negli Stati Uniti sia a livello giurisprudenziale¹² sia normativo¹³: una visione che risulta promozionale di una sempre più estesa fruibilità di esenzioni religiosamente motivate rispetto all'osservanza delle leggi di generale applicabilità¹⁴.

La questione cruciale è se, e fino a che punto, tale comprensione della libertà religiosa, che determina l'emergere di nuovi soggetti che rivendicano una coscienza religiosa, potrà influire in futuro sull'implementazione della narrativa antidiscriminatoria¹⁵.

L'attuale tensione è acuita dall'intersezione fra discorso normativo e giurisprudenziale, al duplice livello federale e statale, per cui, per tutte le

¹⁰ Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, 590 U.S. _ (2020). "It is impossible to discriminate against a person for being homosexual or transgender without discriminating against that individual based on sex..." Il giudice Neil Gorsuch ha scritto l'opinione maggioritaria, condivisa dai giudici Glover Roberts (Chief Justice) Elena Kagan, Sonya Sotomayor, Ruth Bader Ginsburg e Stephen Breyer. Il giudice Samuel Alito ha scritto un'*opinion* dissenziente condivisa dal giudice Clarence Thomas. Il giudice Brett Kavanaugh ha scritto separatamente una *dissenting opinion*.

¹¹ Cfr. **I.C. LUPU**, *Moving Targets*, cit. p. 12.

¹² Cfr. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. 682, 134 S. Ct. 2751 (2014).

¹³ Si pensi al *Religious Freedom Restoration Act*, 42 U.S.C. § 2000bb (1993), e ai numerosi atti normativi approvati a livello di singoli stati a tutela della libertà religiosa, sul modello del *RFRA*. Fra questi, vanno ricordati il controverso *Indiana RFRA 2015*, visto come una minaccia ai diritti della comunità *LGBT* (cfr. *Religious Freedom Restoration Act of 2015*, P. L. No. 4-2015, Ind. Code §§ 34-13-9-0.7 - 34-13-9-11 (2015) e il *Protecting Freedom of Conscience from Government Discrimination Act* nel Mississippi (*Mississippi House Bill 1523* (H.B. 1523)).

¹⁴ Alcune recenti controversie hanno riguardato la possibilità per un pubblico funzionario di rifiutarsi di rilasciare licenze matrimoniali a coppie dello stesso sesso (*Miller v. Davis*, United States Court of Appeals, Sixth Circuit, Nos. 17-6385/6404), oppure la possibilità per una impresa privata, in ragione delle convinzioni religiose del proprietario, di negare alle coppie *gay* l'accesso a beni e servizi che la stessa organizzazione fornisce alla collettività. Cfr. *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. Civil Rights Comm'n.*, 138 S. Ct. 1719, 1723 (2018).

¹⁵ Cfr. **A. MADERA**, *Nuove forme di obiezione di coscienza fra oneri a carico della libertà religiosa e third-party burdens. Un'analisi comparativa della giurisprudenza della Corte Suprema U.S.A. e della Corte di Strasburgo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), pp. 1-47.



parti coinvolte, “the targets are multiplying, moving quickly, and interacting rapidly”¹⁶.

2 - Il frammentato quadro normativo in materia di *LGBT rights*

Negli Stati Uniti, la difficile conciliazione fra l’interesse pubblico al riconoscimento di una pari dignità degli appartenenti alla comunità *LGBT* e il diritto di esercitare le libertà fondamentali assicurate dal Primo Emendamento è affidata a un frammentato quadro normativo. La fonte primaria di tutela dei diritti *LGBT* va rintracciata nel quadro costituzionale (Quinto Emendamento e Quattordicesimo Emendamento), per come è stato interpretato dalla giurisprudenza della Corte Suprema. Almeno fino a oggi, i membri della comunità *LGBT* però potevano avvalersi di tale tutela nei confronti di enti governativi e dei loro dipendenti (sebbene non sia esclusa la possibilità di forme di accomodamento della libertà di coscienza e di religione di questi ultimi)¹⁷ ma tale protezione non si estendeva nei confronti degli enti privati, pure di natura religiosa. Va ricordato che le corti si sono già confrontate, nel recente passato, con fattispecie in cui si era generata una collisione fra istanze antidiscriminatorie e rivendicazioni di libertà religiosa, ove però era in gioco l’accessibilità ai servizi pubblici, o comunque sia aperti al pubblico, per la comunità *LGBT*¹⁸, ma non la libertà delle *faith-based organizations* di modulare le loro politiche relative al personale in base ai loro precetti fideistici: la questione cruciale è se, e fino a che punto, tale ambito sia coperto dall’autonomia privato-religiosa.

Per quanto concerne la materia giuslavoristica, fino all’odierno arresto della Suprema Corte, la tutela dei diritti *LGBT* si basava su una pluralità di leggi antidiscriminatorie a livello statale, data la persistente mancanza di un testo normativo a livello federale mirato a proibire le discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale o sull’identità di

¹⁶ Cfr. I.C. LUPU, *Moving Targets*, cit., p. 3.

¹⁷ Cfr. *Miller v. Davis*, cit.. A tal proposito, si veda I.C. LUPU, *Moving Targets*, cit., p. 11, che distingue fra forme di *mandatory accommodation* (che sono costituzionalmente dovute sulla base della *Free Exercise Clause*) e di *discretionary accommodation*. Queste ultime, secondo l’Autore, sono strettamente limitate da *federal constitutional concerns* e possono essere predisposte dagli Stati per via normativa, purchè non pregiudichino i diritti dei terzi.

¹⁸ Cfr. *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colo. Civil Rights Comm’n.*, cit.



genere¹⁹. Vista tale inerzia del Congresso, anche l'ampiezza della copertura offerta dal Primo Emendamento, ossia la possibilità di eccezioni a favore delle organizzazioni religiose nel settore giuslavoristico, risultava fluida²⁰.

Diversamente, a livello di singoli Stati, la sussistenza di discipline differenziate, dava luogo a una sorta di mosaico normativo composto da Stati più progressisti, che hanno adottato una disciplina antidiscriminatoria che tutela anche l'identità di genere e l'orientamento sessuale, e Stati più riluttanti ad adeguare la loro normativa, sebbene in alcuni contesti locali una tutela sia offerta da ordinanze municipali o da *executive orders* governativi. Tale complesso scenario rischia spesso di entrare in conflitto con il *competing interest* al riconoscimento di forme di esenzione religiosamente motivata, laddove atti normativi specifici²¹,

¹⁹ Cfr. **R. FRETWELL WILSON**, *Squaring Faith and Sexuality: Religious Institutions and the Unique Challenge of Sports*, in *Law and Inequality*, vol. 34, 2016, p. 410; **D. BELTRÉ ACEVEDO**, *Employment Discrimination*, cit., p. 1191 ss. Ventuno Stati e il Distretto della Columbia vietano la discriminazione sul lavoro basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere. Solo alcuni Stati proibiscono esplicitamente la discriminazione basata esclusivamente sull'orientamento sessuale, mentre i testi normativi di altri Stati vengono considerati come implicitamente inclusivi dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere fra le forme di discriminazione sessuale proibita. Alcune di queste leggi statali si applicano solo agli impiegati pubblici e alle imprese che stipulano contratti con il governo statale. Altre leggi statali si applicano alle imprese private solo qualora abbiano un certo numero di dipendenti, quindi non tutelano i dipendenti di piccole imprese. A livello di legislazione dei singoli Stati, laddove è previsto il divieto di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale in ambito giuslavoristico, le organizzazioni religiose godono di specifiche esenzioni. Cfr. **D. LAYCOCK**, *The Campaign Against Religious Liberty*, in M. SCHWARTZMAN, C. FLANDERS, Z. ROBINSON (eds.), *The Rise of Corporate Religious Liberty*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2016, p. 251.

²⁰ Cfr. **C.J. RUSSO**, *Does Religion Have a Place in the Diverse Marketplace of Ideas?*, in *Canopy Forum*, 14 Settembre 2020 (https://canopyforum.org/2020/09/14/does-religion-have-a-place-in-the-diverse-marketplace-o-ideas/?fbclid=IwAR2aDPa37p24EZGZe9gRZJYfhTs36ggHBmWo-A7a6GD_wg9wJ6netFoNgm8).

²¹ Cfr. **J. MOREAU**, *Can You Be Fired for Being Gay? Answer Depends Largely on Where You Live*, in *NBCnews*, 25 gennaio 2019 (<https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/can-you-be-fired-being-gay-answer-depends-largely-where-n962711>). Come si è anticipato, numerosi Stati si sono dotati di un *RFRA* che replica il modello adottato a livello federale, il che implica uno scrutinio più rigoroso di tutti i testi legislativi che vanno a indebolire l'esercizio della libertà religiosa. Alcuni Stati hanno invece un testo costituzionale che riconosce una ampia protezione alla libertà religiosa secondo i canoni anteriori alla pronuncia *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). Solo in alcuni Stati è stata affrontata la questione dell'interazione fra esercizio della libertà religiosa e diritti *LGBT*. La Suprema Corte del New Mexico ha sancito che il *RFRA* statale non si applica alle controversie fra soggetti privati (*Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013)), evitando il conflitto fra i diritti in



emanati a livello statale, limitano la possibilità dei soggetti pubblici di porre restrizioni all'esercizio della libertà religiosa²².

3 - Il caso *Bostock v. Clayton County, Georgia*

Sebbene molti commentatori si aspettassero una risposta conservatrice nel caso *Bostock*, e una spaccatura 5-4 delle due anime ideologiche della corte, l'approccio adottato (sia pure conservatore) ha dato luogo a un esito inaspettato. Come si è anticipato, il più recente arresto ha intercettato una forma di protezione dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere nel divieto di discriminazione sessuale contenuto nel *Title VII* del *Civil Rights Act*. L'elemento determinante nella valutazione del giudice non è stato l'intento originario del legislatore, bensì i termini utilizzati nel testo legislativo: la lettura "testualistica"²³ dell'espressione "because of sex", contenuta nel *Title VII*, e l'utilizzo della logica del precedente, hanno persuaso anche il giudice Gorsuch²⁴, consentendo all'ala liberale della

competizione. La Suprema Corte di Washington D.C. ha sancito invece che la tutela della libertà religiosa costituzionalmente prevista non può andare a minare l'osservanza di leggi che garantiscono i *civil rights* (cfr. *Ingersoll & Freed v. Arlene's Flowers, Inc.*, No. 91615-2, 6 giugno 2019 (<https://www.courts.wa.gov/opinions/pdf/916152.pdf>). Per una comparazione con il quadro normativo (altrettanto fluido), a livello di singoli Stati, riguardante l'interrelazione fra il riconoscimento del diritto al matrimonio monosessuale e la possibilità per le organizzazioni religiose di fare ricorso a esenzioni, cfr. I.C. LUPU, *Moving Targets*, cit., p. 1 ss.

²² Cfr. C.J. RUSSO, *Does Religion Have a Place*, cit.

²³ Il testualismo è un approccio coniato dal giudice conservatore Antonin Scalia, secondo cui i giudici devono attenersi al significato letterale di un testo di legge, senza sforzarsi né di risalire all'intento originario del legislatore né tantomeno di estrapolare principi dai testi normativi soggetti al loro esame. Tale approccio è mirato a restringere il margine di manovra dei giudici, talvolta inclini all'adozione di forme di interpretazione "creativa", e pertanto a frenare l'attivismo giudiziario. Tale testualismo è riscontrabile anche in precedenti *opinions* del giudice Gorsuch (ad esempio, nella sua *concurring opinion* nel caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al., v. Colorado Civil Rights Commission*, cit.). Cfr. D. BENNETT, *LGBT Rights Ruling Isn't the Beginning of the End for Religious Liberty*, in *Christianity Today*, 17 giugno 2020 (<https://www.christianitytoday.com/ct/2020/june-web-only/bostock-gorsuch-supreme-court-ruling-religious-liberty.html>).

²⁴ Nell'*opinion* maggioritaria, Gorsuch afferma che: "Those who adopted the Civil Rights Act might not have anticipated their work would lead to this particular result. ... But the limits of the drafters' imagination supply no reason to ignore the law's demands. When the express terms of a statute give us one answer and extratextual considerations suggest another, it's no contest. Only the written word is the law, and all persons are entitled to its benefit". Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, cit.



Corte di ottenere il suo appoggio. Secondo l'opinione maggioritaria della Corte, è irrilevante oggi il significato che tale espressione rivestiva nella comprensione del Congresso del 1964: la formula espressiva di ampia portata utilizzata nella previsione ricomprende nell'ambito del suo *range* di applicazione anche applicazioni "impreviste", e persino "non desiderate" originariamente dal legislatore²⁵. Sebbene infatti il legislatore, nel 1964, con tale espressione facesse riferimento unicamente a discriminazioni nell'assunzione o nel trattamento giuridico dello staff fondate sul sesso inteso in senso anatomico-biologico, la Corte riconosce che, nella società contemporanea, "it is impossible to discriminate against a person for being homosexual or transgender without discriminating against that individual based on sex"²⁶. Questa pronuncia implica che nel territorio statunitense tutti i datori di lavoro soggetti all'osservanza del *Title VII* - ossia le imprese di natura pubblica o privata che impieghino più di 15 dipendenti - non potranno più operare discriminazioni nei confronti dei dipendenti sulla base dell'identità di genere e dell'orientamento sessuale. Conformandosi all'orientamento già da tempo suggerito dall'*Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)*²⁷, e

²⁵ Cfr. **K.R. EYER**, *Statutory Originalism and LGBT Rights*, in *Wake Forest L. Rev.*, vol. 54, 2019, pp. 72-73 e pp. 91-92. Nel caso in esame, l'utilizzo di un termine linguistico dal significato ampio implica che una interpretazione che ricada nell'ambito del "significato ordinario" di tale espressione è da considerarsi protetta, indipendentemente dall'intento originario del legislatore. Cfr. **S.S. STEPHENS**, *An Employer's Conscience after Hobby Lobby and the Continuing Conflict between Women's Rights and Religious Freedom*, in *Buff. J. Gender L. & Pol'y*, vol. 24, 2015-2016, pp. 4-5, che sottolinea come tale atto fosse precipuamente indirizzato a eliminare le discriminazioni razziali sul luogo di lavoro. Poco prima che il disegno di legge venisse votato dalla *House of Representatives*, venne proposto un emendamento che introduceva anche una proibizione delle discriminazioni fondate sul sesso. Dai lavori preparatori pertanto sono ricavabili esigue informazioni sull'intento effettivo del legislatore. In ogni caso, secondo l'Autore, la proibizione dimostra "an understanding of Title VII's sex provision as a check on employment practices that reflected and reinforced traditional conceptions of men's and women's roles".

²⁶ Secondo l'opinione maggioritaria "homosexuality and transgender status are inextricably bound up with sex". Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, cit. Va ricordato che nel 1978 è stato introdotto un emendamento al *Title VII* che sembra escludere vi sia un "numero chiuso" di circostanze connesse al sesso che possono dar luogo a forme di illegittima discriminazione: "The terms 'because of sex' or 'on the basis of sex' include, but are not limited to, because of or on the basis of pregnancy, childbirth, or related medical conditions".

²⁷ Fin dal 2012 tale ente, deputato a implementare la legislazione antidiscriminatoria federale, ha sostenuto che "[s]exual orientation' [and 'gender identity'] as a concept cannot be defined or understood without reference to sex." Cfr. *Title VII. EEOC Regulations, EEOC* (<http://www.eeoc.gov/laws/regulations/index.cfm>). Cfr. pure *Baldwin v. Fox*, EEOC Appeal No. 0120133080, 2015 WL 4397641, at 4 (July 15, 2015). Da allora, la



all'interpretazione espansiva di "sex discrimination" già formulata dalla stessa Corte Suprema in alcune pronunzie risalenti (più avanti esaminate), la pronunzia ha il pregio di offrire un dirizzo giurisprudenziale unitario.

Va sottolineato che gli orientamenti diversi assunti in sede d'appello dai diversi circuiti, nei tre casi riuniti dalla Suprema Corte in *Bostock*, rispecchia la divisione che negli ultimi decenni ha caratterizzato le pronunzie delle corti d'appello federali²⁸, così come le confliggenti direttive promosse dalle due ultime amministrazioni presidenziali²⁹.

Commissione continua a sostenere le accuse mosse dai querelanti *LGBT*. Tuttavia, fino a oggi, i tribunali federali erano tenuti a seguire l'interpretazione del *Title VII* operata dall'*EEOC* solo nella misura in cui la considerano persuasiva.

²⁸ Cfr. **J.L. GROSSMAN, D.H. BRAKE**, *Gay Pride, Gay Rights*, in *Verdict*, 22 giugno 2020 (<https://verdict.justia.com/2020/06/22/gay-pride-gay-rights>).

²⁹ Sotto l'amministrazione Obama, numerose agenzie governative - compresi i Dipartimenti della Salute e dei Servizi Umani, dell'Istruzione, della Giustizia, della Edilizia Abitativa e dello Sviluppo Urbano - avevano emanato delle linee guida per chiarire il campo di applicazione della discriminazione "sessuale" al fine di includere la discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere. Cfr. D.L. FLAKE, *Using Religion to Protect Transgender Employees from Discrimination*, in *University of Illinois Law Review*, 2020, p. 853, che sottolinea che, nel 2014, l'amministrazione Obama aveva emanato direttive in cui si sollecitava il Dipartimento di Giustizia a interpretare il divieto di discriminazione sessuale contenuto nel *Title VII* come inclusivo dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere (Cfr. Exec. Order No. 13672, 79 Fed. Reg. 42,971 (July 23, 2014)). L'amministrazione Trump, tuttavia, ha emanato linee guida che rovesciano tale interpretazione, promuovendo una interpretazione letterale di tale proibizione, che non coprirebbe l'orientamento sessuale e l'identità di genere (cfr. Office of the Attorney General, Memorandum for All Executive Departments and Agencies, 6 Ottobre 2017). Inoltre, secondo le ultime direttive, le organizzazioni for profit e non profit che si ispirano a principi religiosi possono stipulare contratti con il governo federale, rimanendo esentate dalle regole antidiscriminatorie, in quanto ai *faith-based providers* deve essere consentito di competere su un piano di parità per l'accesso a tali contratti senza dover rinunciare alla loro identità religiosa. Va ricordato che durante il mese di giugno 2020 il Dipartimento della Salute e dei Servizi Umani ha emanato una direttiva, già oggetto di contestazione, che revoca le forme di protezione contro la discriminazione introdotte nell'*Affordable Care Act* (ACA) adottando una definizione ristretta di sesso, inteso in senso esclusivamente biologico. Va infine ricordato che, nell'aprile 2019, l'amministrazione Trump ha adottato una misura che proibisce agli individui transgender di far parte delle forze armate, ponendo fine alle misure adottate da Obama, che aveva consentito non solo che tali soggetti entrassero a far parte delle forze armate ma che ricevessero le cure mediche connesse al mutamento di genere. In ambito scolastico, il Dipartimento per l'Istruzione ha modificato le linee guida emanate in precedenza, vietando agli studenti transgender di utilizzare i servizi igienici in coerenza con la loro identità di genere. Cfr. **J. MOREAU**, *Supreme Court's LGBT Ruling Could Have Broad Implications, Legal Experts Say*, in *NBCnews*, 23 giugno 2020 (<https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/supreme-court-s-lgbtq-ruling-could-have-broad-implications-legal-n-1231779>).



Fino al 2017, i diversi circuiti d'appello avevano assunto un atteggiamento omogeneo di rifiuto con riguardo alla possibilità di estendere la portata del *Title VII* alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, reputando che il concetto di discriminazione sessuale in tale testo normativo si riferisse al sesso in senso esclusivamente biologico³⁰. Tali pronunzie, promuovendo una interpretazione "originalista", che faceva riferimento all'„original public meaning" dell'espressione "because of sex"³¹, avevano sostenuto che mancasse un intento del Congresso di ricomprendere l'orientamento sessuale e l'identità di genere nell'ambito delle categorie protette ai sensi del *Title VII*. Recentemente, tuttavia, alcuni circuiti d'appello hanno adottato un orientamento di maggiore apertura verso tale possibilità³²,

³⁰ Cfr. *DeSantis v. Pacific Telephone & Telegraph*, 608 F.2d 327 (1979); *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.*, 566 F.2d 659, 662 (9th Cir. 1977); *Sommers v. Budget Marketing, Inc.*, 667 F.2d 748, 750 (8th Cir. 1982), in cui le corti avevano adottato il "traditional meaning" dell'espressione "because of sex", richiamando l'intento originario del Congresso; *Ulane v. Eastern Airlines, Inc.*, 742 F.2d 1081 (7th Cir. 1984), ove la corte aveva escluso esplicitamente che l'espressione "discriminazione fondata sul sesso" potesse ricomprendere anche forme di "disordine dell'identità sessuale"; *Etsitty v. Utah Transit Authority*, 502 F.3d 1215, 1218, 1224 (10th Cir. 2007), in cui il Decimo Circuito non ha accolto l'istanza di discriminazione sessuale promossa da un dipendente *transgender* di una compagnia di autolinee, licenziato dall'impresa per il timore che usasse i servizi igienici pubblici femminili. Accogliendo una lettura tradizionale del *Title VII*, la corte aveva reputato che il dipendente non potesse reclamare di aver subito una discriminazione fondata sul sesso. Nella stessa direzione si è orientato più recentemente il Quinto Circuito, in *Wittmer v. Phillips 66 Co.*, 915 F.3d 328, 330 (5th Cir. 2019), secondo cui il *Title VII* non protegge l'identità di genere ma semplicemente "prohibits employers from favoring men over women, or vice versa".

³¹ Per una ricostruzione critica di tale approccio, cfr. **K.R. EYER**, *Statutory Originalism*, cit., p. 63 ss.

³² Il Sesto, il Settimo e il Nono Circuito hanno reputato che il *Title VII* vieti le discriminazioni fondate sull'identità di genere. Cfr. *Evans v. Ga. Reg'l Hosp.*, 850 F.3d 1248, 1256-57 (11th Cir.), *cert. denied*, 138 S. Ct. 557 (2017), ove la corte d'appello ha reputato che il *Title VII* offra protezione contro forme di discriminazione fondate sull'orientamento sessuale. In questo caso, tuttavia, la Corte Suprema si è sottratta all'esame della questione oggetto di controversia, adottando un approccio qualificato da qualcuno come "difensivo" (cfr. **D. SHENNELL**, *A "Fresh Look": Title VII's New Promise for LGBT Discrimination Protection Post-Hively*, in *Emory Law Journal*, vol. 68, 2019, p. 1135) e negando pertanto il *certiorari*. Il Settimo Circuito ha dichiarato in maniera puntuale che il divieto di discriminazione sessuale contenuto nel *Title VII* comprende l'orientamento sessuale nel caso *Hively v. Ivy Tech Cmty. Coll. of Ind.*, 853 F.3d 339, 351-52 (7th Cir. 2017) (*en banc*). Il caso concerneva una impiegata a cui era stata più volte negata una promozione, e infine era stata licenziata a causa del suo orientamento sessuale. La corte ha raggiunto la conclusione che il trattamento discriminatorio nei confronti della dipendente aveva avuto inizio in seguito alla contrazione di un *same-sex marriage* da parte



generando una frattura fra gli orientamenti dei diversi circuiti e rendendo impellente un intervento chiarificatore dell'organo giudiziario apicale a livello federale. Non va trascurato tuttavia che, in una serie di precedenti pronunzie, la Corte Suprema abbia adottato gradualmente una interpretazione più ampia dell'espressione "sex discrimination", che

della stessa. La corte ha adottato il metodo comparativo, che implicherebbe valutare quale peso abbia rivestito il sesso della parte attrice nella decisione del datore di lavoro: nel caso di specie, è emerso che qualora la "variabile del sesso" fosse stata diversa, ossia se fosse stato coinvolto un dipendente di sesso maschile, il datore di lavoro non avrebbe adottato le stesse misure: infatti, un dipendente di sesso maschile non avrebbe subito il licenziamento per aver sposato una donna. Il secondo standard adoperato dalla corte è stato quello associativo, che implica che "a person who is discriminated against because of the protected characteristic of one with whom she associates is actually being disadvantaged because of her own traits". In dottrina si veda **D. SHERRELL**, *A "Fresh Look": Title VII's New Promise for LGBT Discrimination Protection Post-Hively*, in *Emory Law Journal*, vol. 61, 2019, p. 1114. Cfr. pure *Christiansen v. Omnicom Group, Inc.*, 852 F.3d 195 (2nd Cir. 2017), secondo cui il *Title VII* non protegge contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale; tuttavia la parte attrice ha sufficientemente dimostrato di aver subito una forma di stereotipizzazione di genere. Si vedano anche *Kastl v. Maricopa Cty. Cmty. Coll. Dist.*, 325 Fed. App'x 492, 493 (9th Cir. 2009); *Schwenk v. Hartford*, 204 F.3d 1187 (9th Cir. 2000), ove il Nono Circuito ha reputato che il *Gender-Motivated Violence Act* potesse applicarsi al caso di stupro di un detenuto *transgender* in un istituto di detenzione; *Smith v. City of Salem*, 378 F.3d 566, 567 (6th Cir. 2004), ove il Sesto Circuito ha riscontrato una discriminazione di genere nei confronti di un impiegato di sesso maschile che "was qualified for the position in question" e "would have been treated differently, on account of his non-masculine behavior and GID [gender identity disorder], had he been a woman instead of a man". La corte ha reputato che imporre una sorta di etichetta a una persona (transessuale) si traduce in una forma di discriminazione nel momento in cui tale non conformità di genere viene utilizzata per privare il soggetto della protezione offerta dal *Title VII*. Inoltre, il Primo, il Settimo e l'Undicesimo Circuito hanno reputato che altre forme di protezione a livello federale, come ad esempio il *Title IX* del *Civil Rights Act* e la *Equal Protection Clause*, vietano la discriminazione basata sull'identità di genere, suggerendo che lo stesso vale per il *Title VII*. Cfr. pure *Glenn v. Brumby*, 663 F.3d 1312 (11th Cir. 2011). In questo caso un dipendente pubblico era stato licenziato dopo aver manifestato il suo intento di sottoporsi a un intervento chirurgico per cambiare sesso. Secondo la corte, la discriminazione di un individuo *transgender* per il suo non conformarsi al suo sesso biologico costituisce una violazione dell'*Equal Protection Clause*. Cfr. pure *Whitaker v. Kenosha Unified Sch. Dist.*, 858 F.3d 1034, 1046-54 (7th Cir. 2017), caso in cui la corte ha reputato che fosse sostenibile l'azione in giudizio di uno studente *transgender* contro le regole di una istituzione relativa all'uso dei servizi igienici, alla luce del *Title IX* del *Civil Rights Act*; *Rosa v. Park W. Bank & Trust Co.*, 214 F.3d 213, 215-16 (1st Cir. 2000), secondo cui la parte attrice *transgender* può provare di aver subito una discriminazione fondata sul sesso ai sensi dell'*Equal Credit Opportunity Act* per il suo non conformarsi agli stereotipi di genere; *G.G. by Grimm v. Gloucester City Sch. Bd.*, 822 F.3d 709 (4th Cir. 2016), *vocated and remanded*, 137 S. Ct 1239 (2017), secondo cui il *Title IX* protegge contro le discriminazioni fondate sul sesso, sia pure tenendo conto di quello prescelto dalla parte ricorrente e non di quello biologicamente predeterminato.



sicuramente ha influito sulla presente decisione e sul significato attribuito a tale espressione nel caso di specie. Il rispetto di tali precedenti giudiziari pertanto ha indotto la stessa Corte a rifiutare ogni argomentazione sostenuta dalla parte convenuta al fine del riconoscimento di eccezioni alla regola derivante da una interpretazione letterale del testo³³.

³³ Cfr. **J.L. GROSSMAN, D.H. BRAKE**, *Gay Pride, Gay Rights*, cit. Nel caso *Phillips v. Martin-Marietta Corp.*, 400 U.S. 542 (1971), la Corte ha reputato che una discriminazione che colpisce una sottocategoria nell'ambito di una appartenenza sessuale (ad esempio, un divieto di assunzione di donne con figli in età pre-scolare) costituisce una illegittima discriminazione fondata sul sesso. La Corte Suprema ha stabilito che il rifiuto di assumere donne in tale situazione, in assenza di un analogo rifiuto di assumere uomini con figli in età pre-scolare, costituiva una discriminazione "a causa del sesso".

Nel caso *Los Angeles Dept. of Water and Power v. Manhart*, 435 U.S. 702 (1978), la Corte ha sancito l'illegittimità di una discriminazione fondata sulla diversità dell'aspettativa di vita fra uomini e donne, in base alla quale alle donne veniva imposto il pagamento di un premio pensionistico più elevato, presumendo una loro maggiore longevità. In *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986), la Corte ha riconosciuto che le molestie sul luogo di lavoro costituiscono una forma di discriminazione fondata sul sesso e che i pregiudizi anti-gay e anti-transgender hanno carattere discriminatorio anche se non determinano una situazione svantaggiosa per un'intera categoria sessuale, bensì solo per i transgender e gli omosessuali.

Nel caso *Bostock*, la Corte si è avvalsa del precedente *Martin-Marietta* per sostenere che non tutti i membri del sesso dell'attore devono essere coinvolti nella pratica discriminatoria oggetto di contestazione affinché questa sia proibita, ma è sufficiente che sia danneggiato un sottoinsieme; l'orientamento sessuale o l'identità di genere costituiscono un fattore aggiuntivo a una discriminazione fondata sul sesso. Viene altresì richiamato il caso *Manhart*, ove la Corte aveva ribadito che l'assenza di uno svantaggio che colpisca una intera categoria non implica una neutralizzazione della discriminazione fondata sul sesso. Lo stesso ragionamento vale per i pregiudizi contro i gay e i transgender, sebbene questi non danneggino le donne come categoria rispetto agli uomini o viceversa, ma singoli dipendenti. Sulla base di tali precedenti, inoltre, non è necessario che vi sia uno specifico intento discriminatorio da parte del datore di lavoro: ciò che rileva è l'accertamento di una disparità di trattamento che il datore di lavoro ha posto in essere in conseguenza del sesso del soggetto danneggiato.

Nel caso *Bostock*, tutte le parti in giudizio hanno altresì concordato sull'assunto che il Congresso non aveva l'intento di offrire una tutela avverso le discriminazioni fondate sull'identità di genere e l'orientamento sessuale quando ha emanato il *Title VII*. A tal proposito, l'*opinion* maggioritaria ha tuttavia richiamato (e trovato sostegno in) il caso *Oncala v. Sundowner Offshore Servs., Inc.*, 523 U.S. 75, 79-80 (1998). Qui il giudice Scalia, scrivendo l'*opinion* maggioritaria, aveva affermato che il *Title VII* offre protezione anche contro le molestie sessuali sul luogo di lavoro, includendo anche le molestie sessuali poste in essere da un soggetto dello stesso sesso della vittima, anche se l'intento originario del Congresso non era quello di tutelare gli uomini nei confronti delle molestie sessuali, tanto più se poste in essere da altri uomini. In questa pronunzia il giudice Scalia aveva sottolineato che "statutory prohibitions often go beyond the principal evil to cover reasonably comparable evils, and it is ultimately the provisions of our laws rather than the principal concerns of our legislators by which we are governed"(79).



L'orientamento della Suprema Corte, che reputa che l'espressione "because of sex" copra anche l'identità di genere e l'orientamento sessuale, si colloca nell'ambito di tale filone giurisprudenziale, in cui il sesso è il fattore chiave che determina la disparità di trattamento del dipendente. A tal proposito, nella pronuncia *Bostock* viene identificato un legame di causalità fra la decisione del datore di lavoro avversa al dipendente e il fattore sesso (inclusivo dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere), che assume un ruolo cruciale in tale decisione ("but-for approach")³⁴. Tale nesso genera l'illegittimità della decisione del datore di lavoro³⁵. L'opinione della maggioranza, purtuttavia, ha fatto riferimento ai

Ancora, nel caso *Bostock*, i convenuti hanno suggerito altresì che la non approvazione da parte del Congresso di proposte di legge (più avanti esaminate) finalizzate a modificare il *Title VII*, al fine di proteggere espressamente i dipendenti da forme di discriminazione contro l'orientamento sessuale e l'identità di genere, segnalano l'assenza di un intento attuale del Congresso di realizzare tale obiettivo. Secondo la Corte, invece, le dinamiche che muovono le scelte (o le non scelte) del Congresso non incidono sul significato di un testo che il Congresso ha già convertito in legge.

Infine, nel caso *Bostock*, i convenuti hanno sostenuto che una decisione giuslavoristica non è impugnabile a causa di una discriminazione fondata sul sesso a meno che tale discriminazione non rappresenti la sua causa unica o primaria. Ancora una volta la Corte, ha sottolineato come tale argomentazione non sia in linea né con il testo di legge oggetto di controversia né con i precedenti della stessa Corte: nel caso *Manhart*, il sesso del dipendente è stato preso in considerazione congiuntamente con la maggiore longevità delle donne; nel caso *Martin-Marietta*, l'elemento del sesso del dipendente si intrecciava con la genitorialità di bambini piccoli; nel caso *Oncale*, infine, le molestie non riguardano tutti gli uomini ma solo la parte attrice (Joseph Oncale), in base alla percezione dei molestatori che la vittima non possedesse una sufficiente virilità.

³⁴ "Consider, for example, an employer with two employees, both of whom are attracted to men. The two individuals are, to the employer's mind, materially identical in all respects, except that one is a man and the other a woman. If the employer fires the male employee for no reason other than the fact he is attracted to men, the employer discriminates against him for traits or actions it tolerates in his female colleague [...] Or take an employer who fires a transgender person who was identified as a male at birth but who now identifies as a female. If the employer retains an otherwise identical employee who was identified as female at birth, the employer intentionally penalizes a person identified as male at birth for traits or actions that it tolerates in an employee identified as female at birth. Again, the individual employee's sex plays an unmistakable and impermissible role in the discharge decision". Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, cit.

³⁵ La Corte infatti afferma che "an employer would not have discharged an employee but for that individual's sex" e che "discrimination based on homosexuality or transgender status necessarily entails discrimination based on sex". Viene ribadito altresì che "nothing in Title VII turns on the employer's labels or any further intentions (or motivations) for its conduct beyond sex discrimination". Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, cit.



precedenti della stessa Corte, per enfatizzare che le espressioni linguistiche utilizzate nel *Title VII* implicano l'illegittimità di alcune azioni dei datori di lavoro anche qualora non sussista uno stretto nesso di causalità ("a causa del sesso"), ma comunque tale elemento sia stato preso in considerazione da parte del datore di lavoro nel suo processo decisionale³⁶.

Non va trascurato che dei tre casi riuniti dalla Suprema Corte nella pronunzia oggetto di esame, due riguardano l'orientamento sessuale e uno concernente l'identità di genere³⁷. Parte della dottrina lamenta che, in tal modo, la comunità *LGBT* sia stata vista come un'„identità coesa, vincolata insieme in un modo non richiesto”³⁸. Secondo altre opinioni,

³⁶ A tal proposito, nel caso in esame, la Corte ha ricordato che il Congresso ha modificato il *Title VII* nel 1991 per chiarire che una violazione di tale legge si verifica quando il sesso (o la razza, o le altre caratteristiche) è "un fattore motivante per qualsiasi pratica lavorativa, anche se anche altri fattori hanno motivato la pratica". La Corte ha richiamato altresì la pronunzia *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), che ha introdotto una sorta di divieto di introdurre discriminazioni fondate su stereotipi socialmente diffusi in relazione al sesso, per cui alle imprese è proibito "[from taking] gender into account in making employment decisions," e "gender must be irrelevant to employment decisions" (240). Nel caso *Price*, a una donna era stata negata una collaborazione come contabile in una grande società nonostante il suo elevato livello di esperienza lavorativa, perché non camminava, parlava o si vestiva in modo abbastanza femminile. Secondo la Corte, una donna subisce una discriminazione sessuale nel momento in cui le viene imposto di conformarsi a standard di femminilità in termini di aspetto e di comportamento. A questa pronunzia si deve una interpretazione aggiornata del concetto di "sesso" che per la prima volta ricomprende anche "genere".

³⁷ Cfr. *Bostock v. Clayton Cnty. Bd. of Commissioners* 723 F. App'x 964 (11th Cir. 2018); cert. granted, 139 S.Ct. 1599 (2019); *Zarda v. Altitude Express, Inc.*, 883 F.3d 100 (2d Cir. 2018) (*en banc*), cert. granted, 139 S.Ct. 1599 (2019); *EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, 884 F.3d 560 (6th Cir. 2018), cert. granted, 139 S.Ct. 1599 (2019).

Nel primo caso, l'Undicesimo Circuito aveva rigettato l'istanza di illegittima discriminazione fondata sul sesso di Bostock. Questi sosteneva di aver subito un licenziamento discriminatorio a causa del suo orientamento sessuale, nel momento in cui il suo datore di lavoro era venuto a conoscenza che Bostock faceva parte di una associazione ricreativa di softball per uomini gay. Nel secondo caso, il datore di lavoro di Zarda lo aveva licenziato dal suo impiego di istruttore di paracadutismo poco dopo essere venuto a conoscenza del suo orientamento sessuale. Il Secondo Circuito si era pronunziato a favore di Zarda affermando che la protezione offerta dal *Title VII* si estendeva anche all'orientamento sessuale. Nel terzo caso il Sesto Circuito ha confermato la pronunzia della corte distrettuale, secondo cui l'impresa coinvolta avrebbe violato il *Title VII* per aver licenziato un dipendente *transgender*, che rifiutava di conformarsi agli stereotipi connessi al suo sesso biologico. Le implicazioni concernenti l'esercizio della libertà religiosa di questo caso verranno approfondite più avanti.

³⁸ Cfr. **J. MOREAU**, *Supreme Court's LGBT Ruling Could Have Broad Implications*, *Legal*



invece, la circostanza che i soggetti *LGBT* siano visti come una classe unitaria costituirebbe un primo passo in vista del riconoscimento della meritevolezza di un “heightened scrutiny” nelle controversie che li coinvolgono.³⁹

L’impatto di questa pronunzia è, in ogni caso, significativo, poiché allo stato circa un centinaio di leggi federali proibiscono le discriminazioni fondate sul sesso: in futuro gli appartenenti alla comunità *LGBT* in caso di discriminazioni sul luogo di lavoro potranno rivolgersi alle autorità giudiziarie federali con più elevate possibilità di successo, e ottenere che la medesima interpretazione dell’espressione “discriminazione sessuale” accolta nel caso *Bostock* sia estesa anche ad altri testi normativi a livello federale⁴⁰. A loro volta, le corti statali potrebbero estendere la portata delle norme antidiscriminatorie statali, anche se le implicazioni della pronunzia potrebbero essere diverse a livello di singoli Stati.

4 - L’impatto della pronunzia *Bostock* sulle istituzioni religiose

Non va sottovalutato l’impatto potenzialmente allarmante di questa pronunzia sulle istituzioni di matrice confessionale aderenti a modelli di etica sessuale tradizionalista, che paventano una riduzione del libero esercizio della libertà religiosa a una mera libertà di “privately believe and worship within family and religious spaces”⁴¹. Negli Stati Uniti, infatti, un elevato numero di organizzazioni religiose impiega sempre più personale laico. La libertà di operare scelte in ambito giuslavoristico in coerenza con i dettami fideistici è di rilevanza cruciale, in particolare, per le istituzioni che operano nell’ambito dell’istruzione, e sono quindi impegnate attivamente nella trasmissione di un patrimonio etico-morale religiosamente orientato⁴².

In precedenza era già emerso, nelle pronunzie di qualche circuito d’appello, come un eventuale coinvolgimento del fattore religioso in

Experts say, in *NBCnews*, 23 giugno 2020 (<https://www.nbcnews.com/feature/nbc-out/supreme-court-s-lgbtq-ruling-could-have-broad-implications-legal-n1231779>).

³⁹ Cfr. D. SHERRELL, *A “Fresh Look”*, cit., p. 1101.

⁴⁰ Cfr. D. SHERRELL, *A “Fresh Look”*, cit., p. 1106.

⁴¹ Cfr. C. STEWART, G. SCHAERR, *Why Religious Conservative Organizations and Believers should Support The Fairnes for All Act*, in *J. Legis.*, vol. 46, 2020, p. 138.

⁴² Cfr. R. FRETWELL WILSON, *Squaring Faith and Sexuality* p. 392.



questa tipologia di controversie innesterebbe ulteriori problematicità⁴³. Va sottolineato che dei tre casi riuniti in *Bostock*, tuttavia, solo uno concerne un'impresa (Harris Funeral Homes), che aveva rivendicato il diritto di godere di una esenzione religiosa alla luce del *RFRA*; tuttavia tale rivendicazione era stata rigettata in sede di appello e non è stata quindi affrontata dalla Suprema Corte⁴⁴.

La pronunzia solleva un ragionevole allarme in relazione alla possibilità, per le organizzazioni religiose, nel prossimo futuro, di continuare ad avvalersi di esenzioni religiosamente qualificate rispetto all'ordinaria disciplina giuslavoristica, ossia di poter imporre ai

⁴³ Cfr. **D. SHERRELL**, *A "Fresh Look"*, cit., p. 1105. Nel caso *Hively*, cit., il Settimo Circuito ha notato che se l'organizzazione coinvolta avesse rivendicato "that it was a religious institution and the positions it denied to Hively related to a religious mission" ciò avrebbe generato una "complication" che, allo stato, deve essere "saved for another day; in *Zarda*, cit., il Secondo Circuito ha sottolineato che la corte stava "express[ing] no view on whether some exception . . . under a different provision of Title VII . . . might immunize from liability discriminatory conduct rooted in religious beliefs".

⁴⁴ Nel caso *EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, cit., 571-74 (6th Cir. 2018), il titolare dell'impresa coinvolta aveva licenziato Amiee Stephens, un dipendente *transgender*, dopo che questi aveva manifestato l'intento di sottoporsi a un intervento di cambiamento di sesso, da maschile a femminile. Fino a quel momento, il dipendente si era presentato al lavoro indossando abiti coerenti con il suo sesso biologico. Il titolare dell'impresa ha sostenuto che l'applicazione del *Title VII* nei suoi confronti avrebbe concretizzato un onere sostanziale con riguardo alla possibilità di esercitare la sua attività commerciale in coerenza con le sue credenze religiose. In base a queste, egli considerava il sesso come un dono immutabile di Dio e non il frutto di una costruzione sociale modificabile. A questo punto, è ricaduto sull'*EEOC* dimostrare che l'onere a carico della libertà religiosa dell'imprenditore derivasse dalla sussistenza di un *compelling state interest* e che la limitazione imposta all'esercizio della sua libertà di religione costituisse il *least restrictive means* per soddisfare tale interesse.

Dinanzi al giudice distrettuale, L'*EEOC* è riuscita a dimostrare la presenza del primo elemento (individuato nell'interesse pubblico a prevenire discriminazioni fondate su stereotipi di genere), ma non è riuscita a suggerire una alternativa meno restrittiva, rispetto all'adozione di un codice di abbigliamento *gender-neutral*, al fine di accomodare le credenze religiose del datore di lavoro. Il datore di lavoro ha altresì dichiarato che egli avrebbe accettato che il suo dipendente vestisse a suo piacimento al di fuori dall'ambiente di lavoro, purchè continuasse a vestirsi secondo il suo sesso biologico sul luogo di lavoro. La corte distrettuale ha riconosciuto che il mantenimento in servizio del dipendente avrebbe implicato, per il datore di lavoro, di "support the idea that sex is a changeable social construct," e, per tale ragione, "that enforcement of Title VII [...] would impose a substantial burden on the ability of the Funeral Home to conduct business in accordance with its sincerely-held religious beliefs". Cfr. *EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, 201 F. Supp. 3d 837, 857 (E.D. Mich. 2016). Il Sesto Circuito ha rovesciato la decisione del giudice distrettuale, con una pronunzia che verrà esaminata analiticamente più avanti.



dipendenti il rispetto di regole di comportamento coerenti con l'identità religiosa del soggetto datore di lavoro, quale condizione di assunzione e di mantenimento dell'impiego, e di sanzionare l'inosservanza di tali regole. Questo nuovo approccio giudiziario pone al centro del dibattito una questione cruciale per le istituzioni confessionali: se queste potranno in futuro continuare a seguire direttive religiosamente orientate, operando le loro scelte relative al personale sulla base della condivisione degli stessi ideali e valori religiosi⁴⁵, o se alcuni standard di condotta esigiti dalle istituzioni religiose potranno in futuro essere considerati in contraddizione con la nuova lettura del *Title VII*. Ne deriva che, consequenzialmente, sarebbe a rischio il regime di eccezione di cui le organizzazioni religiosamente qualificate hanno finora beneficiato. La stessa Corte Suprema, infatti, riconosce che "complying with Title VII's requirement in cases like [Bostock] may require some employers to violate their religious convictions"⁴⁶.

La possibile frizione fra rivendicazioni antidiscriminatorie ed esercizio della libertà religiosa è oggetto di seria riflessione da parte della Corte.

La Suprema Corte, nella sua componente maggioritaria, esalta la centralità, in senso ampio, della tutela offerta alla libertà religiosa nel sistema statunitense⁴⁷, esprimendo sollecitudine verso l'esigenza "preservare la promessa del libero esercizio della religione sancito dalla nostra Costituzione", la cui garanzia costituisce il fulcro di una "società pluralistica"⁴⁸. Tale pluralismo si fonda su un difficile equilibrio fra un'ampia protezione riconosciuta a tutte le appartenenze fideistiche, senza che nessuna possa godere di forme di preferenzialismo, e un rigoroso divieto di qualsiasi forma di coercizione religiosa, e dovrebbe garantire la conciliazione della protezione della comunità *LGBT* contro ingiuste discriminazioni con un'adeguata tutela delle organizzazioni confessionali nelle loro politiche di reclutamento del personale. A tal proposito, la Corte offre una breve panoramica delle forme di protezione di cui godono le organizzazioni fideisticamente qualificate, che si fondano sia su fonti più strettamente attinenti al settore giuslavoristico sia di carattere più

⁴⁵ Cfr. **J.T. MELCON**, *Thou Art Fired: A Conduct View of Title VII Religious Employer Exemption*, in *Rutgers Journal of Law and Religion*, 19, 2018, p. 314; **S. CARLSON-THIES**, *What are Faith-Based Employers to Do After the Bostock Decision?*, June 22, 2020 (<http://irfalliance.org/what-are-faith-based-employers-to-do-after-the-bostock-decision/>).

⁴⁶ Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, cit.

⁴⁷ Cfr. **S. CARLSON-THIES**, *What are Faith-Based Employers to Do*, cit.

⁴⁸ Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, cit.



generico. Vengono richiamati dalla stessa Corte non solo il regime previsto dal *Title VII* per le organizzazioni religiose, ma anche il *RFRA*, la *ministerial exception* e le *Religion Clauses* contenute nel Primo Emendamento.

Sebbene tutte le forme di protezione sopra richiamate continuino a operare a favore delle organizzazioni religiose, in ogni caso, la Corte rinvia a future decisioni il chiarimento delle modalità di interazione fra tali strumenti di difesa e il nuovo assetto giuridico configurato nel caso *Bostock*⁴⁹: tali possibili futuri scenari richiedono pertanto una più approfondita analisi.

I giudici dissenzienti assumono, al contrario, una posizione pessimistica in relazione alle implicazioni che la pronuncia in esame potrà avere sulla preservazione della libertà religiosa delle organizzazioni confessionali. In particolare, di diverso avviso rispetto all'*opinion* maggioritaria appare il giudice Alito che, nella sua *dissenting opinion*, esprime la preoccupazione che una lettura in chiave espansiva del *Title VII* possa in qualche modo compromettere l'autonomia delle organizzazioni religiose nelle loro scelte attinenti al personale. La maggiore criticità aperta da una pronuncia che, secondo Alito, solo apparentemente costituisce una vittoria per le libertà individuali, è se in futuro tali organizzazioni saranno costrette a una duplice forzatura: assumere personale che adotta un codice di comportamento in contrasto con i dettami fideistici delle stesse organizzazioni, e trasmettere pertanto un "objectionable message"⁵⁰.

5 - La tutela offerta dal *Title VII* all'esercizio della libertà religiosa

Nell'*opinion* maggioritaria del caso *Bostock*, il giudice Gorsuch sottolinea come le preoccupazioni relative all'esercizio della libertà fideistica delle organizzazioni confessionali fossero state sollevate già all'epoca di

⁴⁹ Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, cit.: "But how these doctrines protecting religious liberty interact with Title VII are questions for future cases too. Harris Funeral Homes did unsuccessfully pursue a RFRA-based defense in the proceedings below. In its certiorari petition, however, the company declined to seek review of that adverse decision, and no other religious liberty claim is now before us. So while other employers in other cases may raise free exercise arguments that merit careful consideration, none of the employers before us today represent in this Court that compliance with Title VII will infringe their own religious liberties in any way".

⁵⁰ Secondo il giudice Alito, la pronuncia in esame andrebbe a costituire una minaccia non solo per la libertà di religione, ma pure per altre libertà di carattere fondamentale, fra cui cita la libertà di espressione, il diritto alla riservatezza e il diritto alla sicurezza.



emanazione del *Title VII* del *Civil Rights Act* del 1964: per tale ragione il Congresso aveva previsto una “express statutory exception for religious organizations in Title VII”⁵¹. La Corte però evita di precisare esattamente quali siano i limiti, ancor oggi molto fluidi, di tale eccezione.

Il *Title VII* appronta specifiche forme di salvaguardia sia a tutela dell’esercizio individuale della libertà religiosa sul luogo di lavoro sia a favore della libertà ideologica delle organizzazioni religiose. Più in generale, questa normativa è mirata a proibire le discriminazioni sul luogo di lavoro fondate sul sesso, sulla razza, sulla nazionalità e sulla religione. Il legislatore nel 1972 ha altresì dilatato la nozione di “religione” oggetto di tutela, ricomprendendo “all aspects of religious observance and practice, as well as belief”⁵².

Il *Title VII* del *Civil Rights Act* protegge pertanto il singolo lavoratore dal subire un trattamento diversificato in ragione delle sue convinzioni (o non convinzioni) e delle sue pratiche religiose, e lo tutela altresì da forme di molestia a cui egli può essere soggetto a causa del suo orientamento (o non orientamento) confessionale in tutte le fasi del suo rapporto di lavoro. Il lavoratore è altresì protetto da forme di ritorsione che potrebbe altrimenti subire qualora svolga “attività protette” ossia, ad esempio, si attivi contro forme di discriminazione religiosa.

La *Section 701(j)* del *Title VII* prevede la possibilità del riconoscimento di forme di *reasonable accommodation* delle credenze e delle pratiche religiosamente qualificate dei dipendenti purchè tale accomodamento non causi un *undue hardship* per il datore di lavoro⁵³. La giurisprudenza ha in genere offerto una interpretazione restrittiva di questa norma, reputando che il datore di lavoro non sia tenuto a un accomodamento religioso che superi la soglia del *de minimis burden* a suo carico⁵⁴.

Più articolata è la tutela offerta alla libertà religiosa nella sua dimensione organizzata. In particolare, la normativa in esame è peculiarmente attenta alle esigenze delle organizzazioni religiose⁵⁵, al fine di prevenire che le stesse organizzazioni debbano operare una scelta fra la

⁵¹ Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, cit.

⁵² Cfr. 42 U.S.C. § 2000e(j) (2012).

⁵³ Cfr. **A. MADERA**, *Le istanze di accomodamento religioso sul luogo di lavoro negli U.S.A.: un commento alla decisione E.E.O.C. v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, in E. CAMASSA (a cura di), *Democrazie e religioni. Libertà religiosa diversità e convivenza nell’Europa del XXI secolo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, pp. 171-184.

⁵⁴ Cfr. **A. MADERA**, *Le istanze di accomodamento*, cit., pp. 175-176.

⁵⁵ Cfr. **J.T. MELCON**, *Thou Art Fired*, cit., p. 314.



fedeltà alla propria identità religiosa e l'osservanza della normativa giuslavoristica⁵⁶. Il legislatore ha predisposto infatti, nell'ambito del *Title VII*, la *Section 702(a)*. Questa consentiva originariamente alle organizzazioni religiose di assumere personale che condivideva le medesime convinzioni religiose a cui si ispiravano le stesse istituzioni, ma solo per lo svolgimento di mansioni connesse con le attività religiose delle stesse strutture. Nel 1972 il legislatore ha modificato la *Section 702(a)* in modo da rimuovere il limite delle "attività religiose"⁵⁷ ed estendere l'esenzione anche alle mansioni connesse allo svolgimento di attività secolari dell'istituzione religiosa⁵⁸. Tale modifica è stata considerata costituzionalmente legittima dalla Corte Suprema che, nel celebre caso *Corporation of the Presiding Bishop of The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, in forza della *Section 702(a)*, ha esentato da responsabilità un'organizzazione *non profit* gestita da una confessione religiosa per aver licenziato un dipendente, che non si trovava più in piena comunione con la stessa chiesa, seppure questi svolgesse mansioni secolari⁵⁹. L'opinione maggioritaria ha reputato che la versione aggiornata della *Section 702(a)* sia in piena coerenza con il celeberrimo *Lemon Test*⁶⁰, e ha statuito infatti che andrebbe a costituire "a significant burden on a religious organization to require it, on pain of substantial liability, to predict which of its activities a secular court will consider religious"⁶¹.

⁵⁶ Cfr. *Dias v. Archdiocese of Cincinnati*, No. 1:11-CV-00251, 2012 WL 1068165, 1 (S.D. Ohio Mar. 29, 2012), (caso concernente una dipendente licenziata da una scuola religiosa per aver fatto ricorso all'inseminazione artificiale).

⁵⁷ Cfr. *Spencer v. World Vision, Inc.*, 619 F.3d 1109, 1117 (9th Cir. 2010).

⁵⁸ Cfr. 42 U.S.C. Section 2000e-1(a): "This subchapter shall not apply [...] to the employment of individuals of a particular religion to perform work connected with the carrying on by such corporation, association, educational institution, or society of its activities".

⁵⁹ Cfr. *Corporation of the Presiding Bishop of The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, 483 U.S. 327 (1986). In questo caso il dipendente "failed to qualify for a temple recommend, that is, a certificate that he is a member of the Church and eligible to attend its temples".

⁶⁰ Cfr. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

⁶¹ Cfr. *Corporation of the Presiding Bishop of The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, cit., 336. Nella sua *concurring opinion*, il giudice Brennan ha altresì specificato che qualora le autorità pubbliche fossero chiamate a individuare quali attività siano "religiose" si configurerebbe un *excessive entanglement* nelle questioni interne delle confessioni religiose, in contraddizione con l'*Establishment Clause*. Cfr. **M.W. MCCONNELL, T.C. BERG, C.C. LUND**, *Religion and the Constitution*, 4^a ed., Wolters Kluwer, New York, 2016, p. 109 ss.



Siffatta tutela è integrata da una ulteriore disposizione, la *Section 703(e)(2)* del *Title VII*, che si rivolge specificamente alle istituzioni scolastiche e universitarie, ed è indirizzata a proteggere la loro libertà di assumere personale docente e non docente aderente a un “particolare credo”⁶². Tale disposizione ha un *range* di applicazione limitato, in quanto valorizza in modo particolare, al fine del godimento di questa forma di protezione, il legame giuridico che l’istituzione mantiene con la gerarchia religiosa; in alternativa l’istituzione dovrà dimostrare la sua natura religiosa o il suo impegno primario nella diffusione di uno specifico messaggio fideistico⁶³.

Va infine ricordato, in ogni caso, che il *Title VII* contiene ulteriori esenzioni di cui possono avvalersi anche le organizzazioni confessionali, qualora non si possano avvalere delle previsioni poste specificamente a tutela di entità strettamente religiose. La *Section 703(e)(1)* ricomprende la religione fra le *BFOQ* (*bona fide occupational qualifications*), insieme al genere e alla nazionalità⁶⁴. Tale norma consente pertanto a un’impresa

⁶² Cfr. 42 U.S.C. § 2000e-2(e)(2): “it shall not be an unlawful employment practice for a school, college, university, or other educational institution or institution of learning to hire and employ employees of a particular religion if such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is, in whole or in substantial part, owned, supported, controlled, or managed by a particular religion or by a particular religious corporation, association, or society, or if the curriculum of such school, college, university, or other educational institution or institution of learning is directed toward the propagation of a particular religion”.

⁶³ Cfr. *Hall v. Baptist Mem’l Health Care Corp.*, 27 F. Supp. 2d 1029, 1037 (W.D. Tenn. 1998), *aff’d*, 215 F.3d 618 (6th Cir. 2000): “[t]he purposes and programs of [Baptist Memorial’s College] are permeated with a conviction to adhere to Christian principles while providing education in Nursing and Health Sciences [...]. [The] [C]ollege has a clear relationship with the Baptist church. In light of the overwhelming evidence of the College’s religious activities and nature, the mere fact that the College only requires one three-hour course in religion is not sufficient to deprive it of its appropriate classification as a religious educational institution”.

⁶⁴ Cfr. *Civil Rights Act of 1964*, 42 U.S.C. § 2000e-2(e)(1) (2006): “[I]t shall not be an unlawful employment practice for an employer to hire and *employ* employees, for an employment agency to classify, or refer for employment any individual, for a labor organization to classify its membership or to classify or refer for employment any individual, or for an employer, labor organization, or joint labor-management committee controlling apprenticeship or other training or retraining programs to admit or employ any individual in any such program, on the basis of his religion, sex, or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise”. Si veda in dottrina **L.E. FISHER**, *A Miscarriage of Justice: Pregnancy Discrimination in Sectarian Schools*, in *Wash. & Lee J.C.R. Soc. Just.*, vol. 16, 2010, p. 551. Altre esenzioni dall’osservanza del *Title VII* sono legate alla mancanza di un numero



religiosamente affiliata la possibilità di assumere personale che condivide il medesimo orientamento confessionale dell'organizzazione, in quanto l'appartenenza religiosa rientra fra le qualifiche "reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise" per ricoprire posizioni occupazionali di carattere strettamente attinente alla *mission* dell'istituzione. Queste ultime sono in genere identificate con quelle strettamente mirate alla diffusione del messaggio religioso.

Si tratta di forme di tutela che hanno permesso, in taluni casi di bypassare la mancanza di uno stretto legame giuridico con la confessione religiosa fondatrice⁶⁵.

6 - La *Section 702(a)* del *Title VII* e le questioni interpretative irrisolte

La *Section 702(a)* è oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale con riguardo alla sua portata e alle sue finalità.

Un primo interrogativo riguarda quali organizzazioni possono usufruire di tale tutela. Questa disposizione fa riferimento all'ampia categoria delle "religious corporations, associations, educational institutions, or societies", e la Suprema Corte ha reputato che essa ricompreda anche entità *non profit* religiosamente affiliate⁶⁶: un elemento cruciale diviene quindi la definizione dei parametri che permettono di identificare il *quantum* di "religiosità" di una organizzazione⁶⁷.

minimo di 15 dipendenti o all'assenza di attività commerciali, o alla possibilità di eccepire vizi procedurali, come l'inosservanza da parte della parte attrice dei termini previsti per eccepire una violazione a suo danno della normativa giuslavoristica. Cfr. *Title VII*, 42 U.S.C. § 2000e-2 (e) (2006).

⁶⁵ Cfr. in giurisprudenza *Pime v. Loyola University of Chicago*, 803 F. 2d 351 (7th Cir. 1986): l'istituzione non è stata considerata religiosa ai sensi della *Section 702(a)* in quanto i gesuiti non sono più presenti in numero consistente nel *board of trustees*; però l'appartenenza a una specifica fede religiosa è stata considerata una *BFOQ*, tanto da giustificare la mancata assegnazione di una posizione lavorativa a un docente di fede diversa.

⁶⁶ Cfr. *Corporation of the Presiding Bishop of The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, cit., 339: "[A]n entity is eligible for the section 2000e-1 exemption, at least, if it is organized for a religious purpose, is engaged primarily in carrying out that religious purpose, holds itself out to the public as an entity for carrying out that religious purpose, and does not engage primarily or substantially in the exchange of goods or services for money beyond nominal amounts". Cfr. pure *Spencer v. World Vision, Inc.*, 633 F.3d 723, 724 (9th Cir. 2011).

⁶⁷ Cfr. **E.S. FIELDS**, *VII Divided by Four: The Four-Way Circuit Split over the Title VII "Religious Organization" Exemption*, in *Waine L. Rev.*, vol. 63, 2017, p. 55; *LeBoon v. Lancaster*



Alle corti è stato spesso affidato il difficile compito di verificare se le istituzioni rientrano nello “spettro della religiosità” e di definire i parametri di tale qualifica⁶⁸. A tal proposito, gli orientamenti giurisprudenziali non sono unanimi: alcuni hanno valorizzato in particolare il fine esclusivamente religioso dell’organizzazione⁶⁹; altri si sono avvalsi di una pluralità di standard⁷⁰: in alcune pronunzie, i giudici hanno tenuto in considerazione anche la sussistenza di un legame giuridico con un ente religioso, l’atto costitutivo, i regolamenti interni, il *mission statement*, lo svolgimento di attività di culto fra le attività dell’organizzazione, l’assenza di finalità lucrative e la presenza solo di membri di quel credo negli organismi direttivi⁷¹. In alcuni casi le corti hanno altresì attribuito rilievo agli strumenti di finanziamento di cui fruisce l’organizzazione⁷² e alle loro attività e politiche interne: deve trattarsi infatti di pratiche e politiche che trovano un solido fondamento nei dogmi e nelle dottrine confessionali e non giustificazioni di carattere estemporaneo per motivare un licenziamento altrimenti non corredato di una adeguata ragione⁷³.

Jewish Cmty. Ctr. Ass’n, 503 F.3d 217, 226 (3d Cir. 2007); *Spencer v. World Vision, Inc.*, cit., 730.

⁶⁸ Cfr. **T. BEAR, R. FRETWELL WILSON**, *When Academic Freedom Collides with Religious Liberty of Religious Universities*, in *U. St. Thomas L.J.*, 2019, vol. 15, p. 445.

⁶⁹ Secondo il Nono Circuito, l’organizzazione deve avere “a religious purpose, is engaged primarily in carrying out that religious purpose, holds itself out to the public as an entity for carrying out that religious purpose, and is not engage[d] primarily or substantially in the exchange of goods or services for money beyond nominal amounts”. Cfr. *Spencer v. World Vision, Inc.*, cit., 724.

⁷⁰ Cfr. **R.W. DYER, JR.**, *Qualifying for the Title VII Religious Organization Exemption: Federal Circuits Split over Proper Test*, in *Mo. L. Rev.*, vol. 76, 2010, p. 545 ss.; **J.A. DAVIDS**, *Religious Colleges’ Employment Rights Under the “Ministerial Exception” and When Disciplining an Employee for Sexually Related Conduct*, in *Tex. Rev. Law & Pol.*, vol. 21, 2017, p. 423 ss. Cfr. *Killinger v. Samford University*, 113 F.3d 196 (11th Cir. 1997). In questo caso a un docente di un istituto di teologia non è stato rinnovato il contratto perché non condivideva la medesima prospettiva religiosa del direttore.

⁷¹ Cfr. *Leboon v. Lancaster Jewish Comty Ctr.*, cit., 226 (3rd Cir. 2007); *Wirth v. College of the Ozarks*, 26 F. Supp. 2d 1185 (W.D. Mo. 1998), aff’d., 208 F.3d 219 (8th Cir. 2000), cert. denied, 531 U.S. 1079 (2001); *Siegel v. Truett-McConnell College, Inc.*, 13 F. Supp. 2d 1335 (N.D. Ga. 1994), aff’d, 73 F.3d 1108 (11th Cir. 1995).

⁷² Cfr. **E.S. FIELDS**, *VII Divided by Four*, cit., pp. 59-62.

⁷³ Cfr. **S. CARLSON-THIES**, *What are Faith-Based Employers to Do*, cit. La dottrina, a sua volta, ha abbracciato di volta in volta approcci oggettivi o soggettivi, tenendo conto del peso rivestito dall’elemento religioso nella vita quotidiana dell’organizzazione. Va ricordato altresì l’approccio funzionale, che va a individuare gli elementi chiave che caratterizzano le istituzioni che rivendicano uno *status* affine a quello di una confessione



L'esito di tale pluralità di parametri è che talora sono state considerate sufficientemente religiose anche organizzazioni *non profit*, mentre sono state escluse istituzioni la cui denominazione religiosa non corrispondeva alle effettive finalità perseguite e alla natura prevalentemente secolare⁷⁴.

La giurisprudenza ha tuttavia escluso che possano qualificarsi come religiose organizzazioni a carattere lucrativo, ponendo l'accento sulla necessità dello svolgimento da parte dell'organizzazione di attività religiose che rivestano carattere principale; rimangono irrilevanti invece le convinzioni religiose professate dagli *stockholders* o la circostanza che i profitti dell'attività vengano utilizzati per finalità religiose⁷⁵. Recentemente, la dottrina si chiede tuttavia se, alla luce della pronuncia *Hobby Lobby*⁷⁶, la possibilità di avvalersi dell'esenzione *ex Section 702(a)* possa estendersi pure a organizzazioni *for profit* che rivendicano una identità religiosa⁷⁷.

Tale estensione sembrerebbe tuttavia in contrasto con lo spirito che anima il *Title VII*: la graduale riduzione delle "barriere" che ostacolano

religiosa: in questa prospettiva, le chiese costituiscono l'"epicentro"; quando un'organizzazione invece opera maggiormente nella realtà secolare, tale circostanza implica il suo assoggettamento "to secular regulation proportionate to the degree of secularity of its activities and relationships". Cfr. **B.N. BAGNI**, *Discrimination in the Name of the Lord: A Critical Evaluation of Discrimination by Religious Organizations*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 79, 1979, p. 1540; **Z. ROBINSON**, *What is a "Religious Institution"*, cit., pp. 189-190. Si veda pure **M.A. HELFAND**, *What Is a "Church"?: Implied Consent and the Contraception Mandate*, in *J. Contemp. Legal Issues*, vol. 21, 2013, p. 409, che ha valorizzato l'elemento dell'*implied consent*, ossia la sufficiente presenza di elementi che permettano ai dipendenti di avere consapevolezza di interagire con un "religious employer" che persegue finalità religiose, e che un impiego presso tale organizzazione implica una implicita adesione a regole e precetti mirati alla realizzazione di tali scopi.

⁷⁴ Cfr. *EEOC v. Kamehameha, Schools/Bishop Estate*, 990 F.2d 458 (9th Cir. 1993), cert. denied, 510 U.S. 963; *Lown v. Salvation Army, Inc.*, 393 F. Supp. 2d 223, 246 (S.D.N.Y. 2005); *Spencer v. World Vision, Inc.*, cit., 724 (9th Cir. 2011); *Crotteau v. St. Coletta of Wis.*, 200 F. Supp. 3d 804, 811 (W.D. Wis. 2016) 164; *EEOC v. Presbyterian Ministries, Inc.*, 788 F. Supp. 1154, 1156 (W.D. Wash. 1992); *Saeemodarae v. Mercy Health Servs.*, 456 F. Supp. 2d 1021, 1044 (N.D. Iowa 2006); *Fike v. United Methodist Children's Home of Va., Inc.*, 547 F. Supp. 286, 290 (E.D. Va. 1982), aff'd, 709 F.2d 284 (4th Cir. 1983); 168 *EEOC v. Townley Eng'g & Mfg. Co.*, 675 F. Supp. 566, 568 (D. Ariz. 1987), aff'd in part, 859 F.2d 610 (9th Cir. 1988).

⁷⁵ Cfr. *EEOC v. Townley Eng'g & Mfg. Co.*, 859 F.2d 610 (9th Cir. 1988).

⁷⁶ Cfr. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. _ (2014).

⁷⁷ Cfr. **J.T. MELCON**, *Thou Art Fired*, cit.; **I.C. LUPU, R.W. TUTTLE**, *Religious Exemptions and the Limited Relevance of Corporate Identity*, in **M. SHWARTZMAN, C. FLANDERS, Z. ROBINSON**, *The Rise of Corporate Religious Liberty*, Oxford University Press, New York, 2016, pp. 393-395.



l'accesso al lavoro delle componenti sociali più vulnerabili, l'eliminazione di forme di segregazionismo e la promozione di ambienti di lavoro fondati sul pluralismo e l'uguaglianza⁷⁸.

Con l'intensificarsi delle *culture wars* su temi eticamente sensibili, si può notare il crescente spostamento del fulcro dell'indagine dall'accertamento della religiosità dei beneficiari dell'esenzione⁷⁹ all'analisi del significato testuale dell'espressione "of a particular religion". Tale lettura ha finito, tra l'altro, con l'attenuare sensibilmente l'importanza dell'accertamento della natura strettamente religiosa dell'istituzione che rivendica l'esenzione⁸⁰.

7 - Nuove letture giurisprudenziali della *Section 702(a)*

La questione cruciale è se, e fino a che punto, la protezione offerta dalla *Section 702(a)* implichi che le organizzazioni religiosamente qualificate possono selezionare il loro personale con riguardo non solo alla condivisione del medesimo credo, ma anche con riguardo all'adesione al codice di comportamento imposto da uno specifico sistema fideistico ai suoi aderenti⁸¹.

Secondo una interpretazione letterale, la *Section 702(a)* non assicura alle *faith-based organizations* una piena immunità dalle *civil rights laws*, ossia non consente alle stesse "otherwise to discriminate in employment on the basis of race, color, national origin, sex, age, or disability". A tal proposito, la versione originaria della *Section 702(a)*, formulata dal Congresso nel 1963, aveva una portata più ampia, ossia esentava totalmente le organizzazioni religiose da tutti i parametri previsti dal *Title VII*; tuttavia il Senato ha preferito circoscrivere l'esenzione, per cui nella sua formulazione definitiva la *Section 702(a)* prevede una "qualified exception", che consente a tali organizzazioni semplicemente di assumere personale "of a particular religion", qualora esse posseggano i requisiti

⁷⁸ Cfr. I.C. LUPU, R.W. TUTTLE, *Religious Exemptions*, cit., p. 395.

⁷⁹ Cfr. *Hall*, cit., ove la corte ha concentrato l'attenzione sull'accertamento della natura religiosa dell'istituzione (una scuola infermieristica battista), che la abilita al godimento di una esenzione religiosa. Sotto l'ombrello della *religious discrimination* ha considerato pertanto giustificato il licenziamento della parte attrice, uno specialista che forniva servizi agli studenti, a causa del suo orientamento sessuale.

⁸⁰ Cfr. J.T. MELCON, *Thou Art Fired*, cit., p. 288 ss.

⁸¹ Cfr. R.J. KROTOSZYNSKY, "The Devil is in the Details": on the Central Importance of Distinguishing the Truly Public from the Truly Private in Reconciling Equality and Religious Liberty, in W.N. ESKRIDGE, R. FRETWELL WILSON (eds.), *Religious Freedom*, cit., p. 178.



previsti dal testo normativo⁸². Il regime di eccezione varrebbe pertanto solo per eventuali azioni giudiziarie concernenti discriminazioni fondate sull'appartenenza religiosa⁸³. Tuttavia, le scelte di una impresa relative al personale, sebbene siano sostenute da motivazioni religiose, sono frequentemente suscettibili di interferire con ulteriori categorie protette alla luce del *Title VII* (genere, razza, sesso, nazionalità).

Taluni comportamenti tenuti dai dipendenti possono assumere un rilievo negativo per una istituzione religiosamente affiliata, perché disapprovati in maniera coesa dal gruppo religioso di appartenenza sulla base di sincere credenze religiose⁸⁴. Molte istituzioni, al fine di garantirsi il mantenimento dell'identità religiosa, vincolano il loro personale a un proprio codice di condotta, proibendo la trasmissione o la promozione di principi e convinzioni in contraddizione con quelli adottati dalla stessa struttura. Si pone quindi la questione se l'esenzione prevista dalla *Section 702(a)* permetta alle organizzazioni religiose di "filtrare" il personale, sulla base dell'adesione a un codice di condotta che rifletta le credenze religiose a cui si ispira l'istituzione⁸⁵, quando tali politiche abbiano ricadute negative su ulteriori categorie protette ai sensi del *Title VII*. La tenuta della *religious exemption* prevista dalla *Section 702(a)* viene in particolare messa a dura prova quando *policies* religiosamente orientate si traducano in forme di *sex discrimination*⁸⁶.

⁸² Cfr. H.R. Rep. No. 914, 88th Cong. §703 (1963). In dottrina, cfr. S.N. PHILLIPS, *A Text-Based Interpretation of Title VII's Religious -Employer Exemption*, in *Tex. Rev. Law & Pol.*, vol. 20, 2016, 301.

⁸³ Cfr. *Killenger v. Samford Univ.*, 113 F.3d 196 (11th Cir. 1997).

⁸⁴ Cfr. J.T. MELCON, *Thou Art Fired*, cit., p. 295.

⁸⁵ Cfr. R. FRETWELL WILSON, *Squaring the Faith*, cit., p. 448.

⁸⁶ Cfr. *EEOC v. Fremont Christian School*, 781 F.2d 1362, (9th Cir. 1986): le politiche giuslavoristiche della scuola, basate su una visione religiosa tradizionalista del matrimonio, prevedevano che solo agli uomini e alle donne non sposate fosse fornita l'assicurazione sanitaria, che invece non veniva garantita alle donne coniugate. La corte in questo caso ha riscontrato una discriminazione sessuale ai sensi del *Title VII*. Cfr. pure *Maguire v. Marquette Univ.*, 814 F.2d 1213 (7th Cir. 1987), caso concernente una insegnante che contestava di non essere stata assunta presso il dipartimento di teologia di una università cattolica in quanto donna. In questo caso, la corte ha reputato che il *Title VII* non consente a una istituzione religiosamente affiliata di operare discriminazioni fondate sul sesso, sulla nazionalità, sul colore della pelle o sulla razza. Tuttavia, nel caso di specie, il sesso non ha costituito il fattore motivante della mancata assunzione, che è stato identificato dalla corte precipuamente nella posizione della docente a sostegno dell'aborto, ossia in un *religious pointview* in contraddizione con quello dell'istituzione. Secondo la corte, la decisione dell'istituzione di non assumere la docente non integra pertanto una violazione del *Title VII*.



A tal proposito, i diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali oscillano fra posizioni più restrittive e più espansive⁸⁷.

L'orientamento più espansivo prevede la possibilità per l'istituzione religiosa di operare ogni tipologia di scelta relativa al personale, anche se implica discriminazioni a carico di altre classi protette ai sensi del *Title VII*, purchè alla base vi sia una motivazione religiosa. Le organizzazioni religiose sarebbero tenute a provare in giudizio solo la loro natura religiosa e la sussistenza di una motivazione religiosa a sostegno della decisione giuslavoristica⁸⁸: l'esenzione per le organizzazioni religiose verrebbe meno esclusivamente qualora sia dimostrato che il fattore fideistico venga pretestuosamente utilizzato per giustificare discriminazioni fondate su altri standard (sesso, razza o nazionalità)⁸⁹. Questo orientamento è prevalso in passato, in quanto le corti erano poco attente a investigare se il fattore religioso veniva utilizzato

⁸⁷ Per una disamina, cfr. **J.T. MELCON**, *Thou Art Fired*, cit., p 289 ss.

⁸⁸ In precedenza, le istituzioni religiose vedevano spesso accolta una istanza di giudizio sommario, sostenendo che l'eccezione ministeriale o le esenzioni previste dal *Title VII* precludevano al giudice di esaminare le ragioni che stavano alla base dei processi decisionali interni delle organizzazioni religiose, evitando così un lungo contenzioso giudiziario. Cfr. *Hall*, cit. Oggi, tuttavia, quando la parte attrice presenta una istanza fondata su un motivo diverso dalla religione, e presenta sufficienti prove (*prima facie case*), la corte non consente un giudizio sommario, anche se l'istituzione convenuta adduce una motivazione religiosa. Si aprirà pertanto il giudizio contenzioso, sia che la motivazione religiosa sia genuina sia che costituisca un pretesto per mascherare una discriminazione illecita. Cfr. *Vigars v. Valley Christian Center of Dublin*, 805 F. Supp. 802, 807 (N.D. Cal. 1992). In questo caso un'insegnante è stata licenziata da una istituzione religiosa scolastica per essere rimasta incinta fuori dal vincolo matrimoniale. Poiché in prima battuta il giudice ha negato l'istanza di rigetto presentata dall'organizzazione religiosa, riscontrando una discriminazione fondata sul sesso, la parte convenuta in sede di giudizio sommario ha alterato la ragione del licenziamento, sostenendo che questo era dovuto al compimento di un atto di adulterio, in contraddizione con le regole religiose dell'istituzione. Tale modifica ha ingenerato nella corte il sospetto che la motivazione religiosa fosse pretestuosa, per cui essa ha rifiutato l'istanza di giudizio sommario: "[t]he Supreme Court's decision [in *Amos*] [...] simply does not state that all employment decisions of a religious entity are off limits from Title VII, so that churches are free to discriminate on the basis of sex or race while other non-religious employers are not".

⁸⁹ Cfr. **C. ESBECK**, *Federal Contractors, Title VII, and LGBT Employment Discrimination: Can Religious Organizations Continue to Staff on a Religious Basis?*, in *Oxford J.L. & Religion*, vol. 4, 2015, p. 368, secondo cui "when following a religious precept and making an employment distinction adverse to a protected class are the same act, the plain language of §702(a) [...] resolve[s] the apparent conflict in favor of the religious employer". L'Autore porta ad esempio una serie di casi che coinvolgono sia la *Section 702(a)* sia la *Section 703*. Si veda in giurisprudenza *EEOC v. Mississippi College*, 626 F.2d 477 (5th Cir. 1980).



strumentalmente per mimetizzare un altro tipo di discriminazione, e sussisteva un atteggiamento largamente accomodante verso le organizzazioni religiose, a cui era indulgentemente consentito di costituire comunità costituite solo da dipendenti aderenti ai medesimi precetti fideistici, la cui condotta riflettesse i valori dell'istituzione, indipendentemente dalla circostanza che tali dipendenti fossero direttamente impegnati in attività religiose⁹⁰. In diversi casi il giudice ha evitato forme di intrusiva analisi giudiziaria, ed è stato incline a giustificare standard di condotta fideisticamente improntati.

La disamina della giurisprudenza più recente delle corti inferiori rivela tuttavia come queste stiano gradualmente prendendo le distanze dall'atteggiamento tradizionalmente benevolente verso le organizzazioni religiose, che riconosceva una pressochè totale salvaguardia dell'autonomia delle stesse istituzioni nelle loro scelte attinenti al personale.

Oggi, invece, si va affermando una posizione più restrittiva (*coreligionist view*), secondo cui il *Title VII* assicura alle organizzazioni religiose l'opzione di selezionare il loro personale in relazione all'aderenza dei dipendenti al medesimo credo a cui si ispira l'istituzione⁹¹ (ma non quella di operare scelte in base alla loro condotta⁹²), e solo quando sia

⁹⁰ Cfr. pure *Gosche v. Calvert High Sch.*, 997 F. Supp. 867 (N.D. Ohio 1998). Cfr. pure *Hall*, cit., p. 624: "The decision to employ individuals 'of a particular religion' under § 2000e-1(a) [...] has been interpreted to include the decision to terminate an employee whose conduct or religious beliefs are inconsistent with those of its employer".

⁹¹ Secondo questa lettura, il dato testuale della *Section 702(a)* del *Title VII* avrebbe una portata più limitata del *Title IX*, che offre tutela esclusivamente alle istituzioni religiose che operano nell'ambito dell'istruzione: "this section shall not apply to an educational institution which is controlled by a religious organization if the application of this subsection would not be consistent with the religious tenets of such organization". Cfr. in dottrina **J.T. MELCON**, *Thou Art Fired*, cit., p. 300. Cfr. altresì *EEOC v. Fremont Christian School*, cit.; *Boyd v. Harding Acad. of Memphis, Inc.*, 88 F.3d 410, 414 (6th Cir. 1996).

⁹² Cfr. **M. LEDERMAN**, *Why the Law Does Not (and Should Not) Allow Religiously Motivated Contractors to Discriminate Against Their LGBT Employees*, in *Cornerstone* (July 31, 2014). Cfr. *Herx v. Diocese of Ft. Wayne-S. Bend, Inc.*, 48 F. Supp. 3d 1168 (N.D. Ind. 2014), *dismissed on other grounds*, 772 F.3d 1085 (7th Cir. 2014). In questo caso, un'insegnante è stata licenziata da una istituzione scolastica religiosa appartenente a una diocesi in quanto aveva fatto ricorso alla fecondazione *in vitro*. La scuola ha sostenuto che il licenziamento era stato causato dalla contrarietà religiosamente motivata dell'istituzione al ricorso a tale tipo procedura. La corte ha affermato che la libertà di cui godono le istituzioni religiose è solo quella di "to employ members of their own religion without fear of being charged with religious discrimination". Si veda pure *Cline v. Catholic Diocese of Toledo*, 206 F.3d 651, 657 (6th Cir. 1999), caso concernente un'insegnante presso una istituzione religiosa, a cui non era stato rinnovato il contratto in quanto era rimasta incinta pur non essendo coniugata, a causa dell'orientamento religioso dell'istituzione,



necessario assumere personale deputato a svolgere mansioni connesse alle attività religiose della stessa istituzione⁹³. Questo orientamento potrebbe però pericolosamente indirizzare le istituzioni religiose ad assumere solo correligionari, con un devastante impatto segregazionistico sul mercato del lavoro.

Questa prospettiva si pone altresì in contraddizione sia con una lettura sistematica del *Title VII*, che, come si è anticipato, prevede una definizione ampia del concetto di religione⁹⁴, sia con una interpretazione univoca dell'intero quadro normativo in materia giuslavoristica, che dovrebbe favorire una lettura coerente anche della *Section 702(a)*⁹⁵.

contraria all'esercizio della sessualità al di fuori del vincolo matrimoniale. La corte non ha rifiutato il caso sulla base di un giudizio sommario ma ha consentito alla parte attrice di arrivare al processo, sebbene poi questa non sia riuscita a dimostrare che la discriminazione fosse fondata su una ragione illecita. Cfr. altresì *Larsen v. Kirkham*, 499 F. Supp. 960 (D. Utah 1980), *aff'd*, No. 80-2152, 1982 WL 20024 (10th Cir. Dec. 20, 1982): "it is inconceivable that the exemptions would purport to free religious schools to employ those who best promote their religious mission, yet shackle them to a legislative determination that all nominal members are equally suited to the task".

⁹³ Secondo **I.C. LUPU**, *Moving Targets*, cit., p. 40. L'Autore sostiene che la *Section 702(a)*: "permits religious entities to prefer members of their own religious community for the purposes of carrying out the organization's mission" inoltre "[b]y judicial interpretation, it extends to practices forbidden or required by religious faith". Questa lettura si fonda principalmente sulla pronuncia *EEOC v. Pacific Press Publishing Association*, 676 F. 2d 1272, 1276 (9th Cir. 1982): "although Congress permitted religious organizations to discriminate in favor of members of their faith, religious employers are not immune from liability for discrimination based on race, sex, national origin, or for retaliatory actions against employees who exercise their rights under the statute". Questa lettura sarebbe coerente con il già citato *executive order* sottoscritto da Obama nel 2014, che impediva di operare discriminazioni verso la comunità *LGBT* a tutte le imprese, anche religiose, che avessero stipulato contratti con il governo federale.

⁹⁴ Tale lettura ampia dovrebbe estendersi all'intero *Title VII* e quindi pure all'esenzione prevista dalla *Section 702(a)*. Cfr. **J.A. DAVIDS**, *Religious Colleges*, cit., p. 458. Altra dottrina ha però osservato che la *Section 702* del *Title VII* sembra focalizzarsi sull'appartenenza confessionale del singolo dipendente ("individuals of a particular religion") e non del datore di lavoro. Per una ricostruzione, cfr. **J.T. MELCON**, *Thou Art Fired*, cit., p. 289.

⁹⁵ Secondo **D. LAYCOCK**, *Liberty and Justice for All*, in W.N. ESKRIDGE, R. FRETWELL WILSON (eds.), *Religious Freedom*, cit., p. 55 ss., invece, l'*American with Disabilities Act* del 1990 (42 U.S.C. § 12101) consentirebbe di chiarire la portata della *Section 702(a)* del *Title VII*, che dovrebbe comprendere il diritto di assumere il personale anche sulla base dell'adesione a un codice di condotta religiosamente motivato. Questa interpretazione sarebbe coerente con questo ulteriore atto normativo in materia giuslavoristica, secondo cui "a religious organization may require that all applicants and employees conform to the religious tenets of such organization".



Oggi la giurisprudenza della Corte Suprema ha ribadito, inoltre, che la natura religiosa di una istituzione non può tradursi in una sorta di disabilità che impedisce alla stessa di godere di un trattamento paritario rispetto alle sue controparti secolari⁹⁶. Alla luce di una *ratio* non-preferenzialista, le istituzioni religiose non possono ricevere un trattamento privilegiario⁹⁷, ma neanche essere soggette a un trattamento deteriore rispetto alle istituzioni secolari.

Poichè queste godono della possibilità, in una certa misura, di chiedere al loro personale il rispetto dei valori chiave a cui è improntata la stessa istituzione, questa opzione non può essere drasticamente negata solo alle organizzazioni religiose, in ragione della loro identità, senza infrangere il divieto di non-discriminazione⁹⁸.

Al tempo stesso, l'organizzazione religiosa non può rivendicare una immunità assoluta, ma la sua libertà ideologica rimarrà soggetta al bilanciamento con altri interessi in competizione⁹⁹.

8 - L'interazione fra esenzioni religiose *ex Section 702(a)* e *sex discrimination*: possibili futuri scenari alla luce del caso *Bostock*

La sentenza *Bostock* interpreta l'espressione *sex discrimination* come inclusiva di forme di discriminazione fondate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, sottoponendo a uno *stress test* il sistema delle esenzioni religiose legislativamente previste¹⁰⁰. Tale pronuncia non riconosce alcun rilievo alla distinzione fra identità *LGBT* o *transgender* e comportamento fondato su tale condizione, e adotta uno standard che impone una responsabilità a carico dell'impresa per discriminazione sessuale anche quando l'orientamento sessuale o l'identità di genere costituiscano solo uno degli elementi della decisione del datore di lavoro.

⁹⁶ Cfr. J.T. MELCON, *Thou Art Fired*, cit., pp. 307-311.

⁹⁷ Cfr. *Dolter v. Wahlert High Sch.*, 483 F. Supp. 266, 269 (N.D. Iowa 1980) : "to exempt all forms of discrimination in sectarian schools would itself raise First Amendment problems since it would imply the government's special preference of sectarian schools over nonsectarian schools".

⁹⁸ Recentemente anche con riguardo alle imprese secolari è stata oggetto di controversia, la maggiore o minore ampiezza un "diritto all'immagine", che può essere ristretto solo in presenza di altri interessi costituzionalmente protetti. Cfr. *EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 U.S. (2015).

⁹⁹ Cfr. J.T. MELCON, *Thou Art Fired*, cit., p. 281 ss.

¹⁰⁰ Cfr. R. FRETWELL WILSON, *Squaring the Faith*, cit., p. 458.



In futuro, il giudice non potrà eludere discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale poste in essere da organizzazioni religiose sulla base di scelte religiosamente connotate, sostenendo che l'orientamento sessuale non rientra fra le classi protette dal *Title VII*¹⁰¹. Lo scrutinio di situazioni *borderline* implicherà una più analitica ricerca del labile confine fra scelte giuslavoristiche genuinamente fondate su principi religiosi e situazioni in cui la motivazione religiosa maschera forme di *sex discrimination*. *Policies* fideisticamente improntate potranno essere accettate solo qualora siano applicate con modalità non discriminatorie, ossia siano *gender-neutral* e non abbiano un impatto disparitario su alcune classi protette rispetto agli altri dipendenti (*Religious Conduct View*)¹⁰².

¹⁰¹ Cfr. *Pedreira v. Kentucky Baptist Homes for Children, Inc.*, 553 F. Supp. 2d 853 (W.D. Ky. 2008), aff'd in part, rev'd in part, 579 F.3d 722 (6th Cir. 2009), cert. denied, 563 U.S. 935 (2011); *Pedreira v. Ky. Baptist Homes for Children*, 186 F. Supp. 2d 757 (W.D. Ky. 2001). In questo caso una casa di accoglienza per bambini a rischio di abuso e negligenza ha licenziato una specialista di questioni familiari per il suo orientamento sessuale. La corte, dopo aver respinto la contestazione della parte attrice relativa alla discriminazione sessuale, non ha riconosciuto neanche la sussistenza di una forma di discriminazione religiosa, poiché mancherebbe l'elemento della coercizione religiosa: "Employees need not embrace the religion-based moral code which the KBHC espouses in order to comply with the conduct requirement. The code of conduct, although requiring behavior which is consistent with KBHC's values, leaves the religious freedoms of employees and potential employees unfettered. The civil rights statutes protect religious freedom, not personal lifestyle choices. There is no religious discrimination in an employment policy which does not require and does not inhibit the practice of or belief in any faith".

¹⁰² Cfr. **J.T. MELCON**, *Thou Art Fired*, cit., p. 281, che denomina così un approccio intermedio, secondo cui l'organizzazione può operare scelte non solo alla luce della sua affiliazione religiosa, ma anche del suo codice di comportamento, ma non può ledere altri status protetti dal *Title VII*. L'Autore sottolinea che un esempio di regola improntata alla neutralità con riguardo al genere potrebbe essere quella che vieta, con formula generica, le relazioni sessuali al di fuori dal vincolo matrimoniale.

In giurisprudenza, si veda *Boyd v. Harding Academy of Memphis, Inc.*, 88 F.3d 410, 412,414 (6th Cir. 1996) ove la corte ha accolto la posizione di una scuola religiosa che sosteneva che il licenziamento di una insegnante fosse fondato sul codice di condotta dell'istituzione che vietava le relazioni extraconiugali, che veniva applicato verso i dipendenti indipendentemente dal sesso, e non fosse connesso allo stato di gravidanza della docente. *Contra*, però, *McLeod v. Providence Christian School*, 408 N.W.2d 146, 150 (Mich. Ct. App. 1987). In questo caso la corte ha accolto una istanza di discriminazione sessuale contro una scuola religiosa, che non assumeva a tempo pieno donne con bambini in età pre-scolare. La scuola ha eccepito che la sua scelta godesse di tutela alla luce del Primo Emendamento come esercizio della libertà di espressione religiosa. La corte non ha riconosciuto una esenzione ai sensi del *Title VII*, in quanto "[j]ust as ending employment discrimination is a compelling state interest, elimination of discrimination on the basis of sex is a compelling state interest. [Title VII] is expressly designed to further these purposes". Si veda pure *Ganzy v. Allen Christian School*, 995 F. Supp. 340 (E.D.N.Y. 1998): "Religious codes of morality must be applied equally to male and female teachers".



La ridefinizione dell'istituto del matrimonio operata per via giurisprudenziale (con l'apertura verso le coppie monosessuali) solleciterà in futuro le corti a una difficile navigazione fra la protezione della libertà religiosa e l'implementazione di politiche pubbliche antidiscriminatorie¹⁰³: la divaricazione fra alcune prospettive religiose e quelle secolari con riguardo alle proprietà e ai fini del matrimonio, insieme con la nuova percezione del concetto di *sex discrimination* potrebbe rendere più ardua la predisposizione di standard religiosamente motivati che possano essere valutati come *gender-neutral*¹⁰⁴.

Al tempo stesso le corti, chiamate a una valutazione caso per caso di fattispecie *borderline*, potrebbero essere riluttanti a misurarsi con controversie ove sussiste un elevato rischio di violazioni del dettato costituzionale, in quanto implicano una valutazione potenzialmente intrusiva di precetti fideistici che costituiscono la "bussola morale" delle attività quotidiane delle istituzioni religiose e l'imposizione alle stesse di una visione etico-morale secolare¹⁰⁵.

Parte della dottrina, a tal proposito, invoca pure il Primo Emendamento, secondo cui un'organizzazione religiosa sarebbe autonoma di adottare propri standard di condotta fondati su dettami fideistici, che rimarrebbero sottratti a forme di scrutinio esterno¹⁰⁶. Secondo tale prospettiva, una interpretazione "testualista" della *Section 702* sembrerebbe infatti coerente con l'idea che costituisca materia di stretta pertinenza confessionale la definizione delle modalità con cui un ente religioso persegue la propria *mission*¹⁰⁷.

Va ricordato altresì che giurisprudenza datata della Corte Suprema ha voluto sgravare le organizzazioni religiose dalla responsabilità di dover tracciare una linea distintiva fra attività religiose e secolari, in quanto il timore di una possibile responsabilità in sede giudiziaria potrebbe compromettere la loro missione fideistica¹⁰⁸.

In tale prospettiva attribuire al giudice il potere di verificare se una

¹⁰³ Cfr. **R.D. MAWDSLEY**, *Employment, Sexual Orientation and Religious Beliefs: Do Religious Educational Institutions Have a Protected Right to Discriminate in the Selection and Discharge of Employees*, in *BYU L. Educ. & L.J.*, 2011, p. 298.

¹⁰⁴ Cfr. **R.D. MAWDSLEY**, *Employment, Sexual Orientation*, cit., p. 283.

¹⁰⁵ Cfr. **S.N. PHILLIPS**, *A Text-Based Interpretation*, cit., p. 318. Cfr. *NRLB v. Catholic Bishops of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979).

¹⁰⁶ Cfr. **S.N. PHILLIPS**, *A Text-Based Interpretation*, cit., p. 314.

¹⁰⁷ Cfr. **S.N. PHILLIPS**, *A Text-Based Interpretation*, cit., p. 312.

¹⁰⁸ Cfr. *Corporation of the Presiding Bishop of The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, cit., 336. Cfr. pure **M.W. MCCONNELL**, **T.C. BERG**, **C.C. LUND**, *Religion and the Constitution*, cit., p. 109 ss.



scelta giuslavoristica sia fondata su motivazioni religiose solleva la ragionevole preoccupazione di un "excessive entanglement with religion" in quanto "a judge would not understand its religious tenets and sense of mission"¹⁰⁹.

In quest'ottica, una lettura restrittiva della *Section 702(a)* rischierebbe di compromettere la finalità dell'esenzione di arginare l'interferenza pubblica sulla capacità delle organizzazioni religiose di definire e sviluppare la loro missione fideistica pure tramite il riconoscimento della possibilità di selezionare liberamente il personale più idoneo a preservare e promuovere le finalità dell'organizzazione¹¹⁰.

L'autorità giudiziaria statale infatti non sarebbe competente a indagare sui precetti religiosi a cui si ispira una istituzione, anche se l'osservanza di tali precetti è alla base di una decisione giuslavoristica avversa al dipendente. Sulla base del Primo Emendamento le corti, in passato, hanno sottratto le organizzazioni religiose all'osservanza del *Title VII*¹¹¹. Quando pertanto una controversia si focalizza sui dettami religiosi

¹⁰⁹ Cfr. *Corporation of the Presiding Bishop of The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, cit., 336. Cfr. in dottrina **T. BEAR, R. FRETWELL WILSON**, *When Academic Freedom*, cit., p. 456, che sottolineano che in passato alcuni giudici si sono avvalsi del *non-entanglement standard* per sottrarre le organizzazioni scolastiche religiose ad accuse di discriminazione sul luogo di lavoro.

¹¹⁰ Cfr. **S.N. PHILLIPS**, *A Text-Based Interpretation*, cit., p. 303, che richiama a tal proposito il caso *Corporation of the Presiding Bishop of The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, cit., 343: "We are willing to countenance the imposition of [religious criteria for employment] because we deem it vital that, if certain activities constitute part of a religious community's practice, then a religious organization should be able to require that only members of its community perform those activities".

¹¹¹ Nel caso *Curay-Cramer v. Ursuline Academy*, 450 F.3d 130 (3d Cir. 2006), una scuola religiosa ha licenziato una insegnante per aver tenuto un comportamento in contrasto con l'etica religiosa della stessa istituzione, ossia per far parte di un'associazione a sostegno dell'aborto, e per il suo ruolo attivo in tale causa. L'insegnante ha presentato una istanza in sede giudiziaria, sostenendo l'illegittimità del suo licenziamento a causa delle sue vedute pro-aborto, lamentando una disparità di trattamento rispetto a colleghi di sesso maschile che pur trovandosi in situazioni analoghe (uno era di religione ebraica, un altro si opponeva alla guerra in Iraq) erano stati trattati diversamente. Il giudice ha reputato che l'applicazione del *Title VII* a una istituzione religiosa genererebbe una inevitabile frizione con il testo costituzionale. La Corte tuttavia ha precisato l'applicabilità di tale eccezione solo al caso di specie, in quanto non tutte le situazioni in cui vengono sollevate accuse di discriminazione non-religiosa sollevano le medesime questioni di carattere costituzionale. Cfr. pure *Little v. Wuerl*, 929 F.2d 944 (3d Cir. 1991), caso concernente una docente protestante, a cui non è stato rinnovato il contratto da una istituzione scolastica religiosa, in seguito al divorzio e alla celebrazione di un nuovo matrimonio, contratto senza osservare le procedure previste dalla Chiesa Cattolica per ottenere la dichiarazione di nullità matrimoniale. Anche in questo caso, la corte ha reputato che esaminare la



a cui aderisce una istituzione fideistica, che costituiscono la “legittima” e “non-discriminatoria” ragione su cui si fonda la decisione avversa al dipendente, la corte potrà svolgere una “limited inquiry”, in quanto solo una organizzazione confessionale è deputata a definire i parametri di ciò che costituisce ortodossia¹¹².

Rimane, comunque sia, incerta la questione di come in futuro le corti potrebbero bilanciare la protezione offerta alle categorie protette alla luce del *Title VII* con la tutela offerta dal Primo Emendamento, lasciando spazio a una analisi *case-by-case*¹¹³.

Si tratta pertanto di un terreno ove più che mai sarebbe necessario uno sforzo sia normativo sia giurisprudenziale in vista dell’adozione di approcci¹¹⁴ che riescano a riconciliare l’accomodamento delle esigenze religiose con la tutela delle categorie protette dal *Title VII*¹¹⁵.

9 - La specificità delle istituzioni impegnate nel settore dell’istruzione

Questo problemi, secondo il giudice Alito, si acutizzano con riguardo alle istituzioni che operano nel campo dell’istruzione¹, il cui regime potrebbe essere sempre più spesso disciplinato dalla *Section 702 (a)* del *Title VII* con riguardo alla disciplina giuslavoristica. Oggi infatti i graduali processi di secolarizzazione di queste istituzioni, la loro costituzione come entità *non profit* distinte dagli ordini religiosi fondatori, la progressiva laicizzazione degli organismi direttivi, l’assenza di seminari o di corsi di teologia, possono crescentemente giocare a sfavore rispetto al riconoscimento dello status religioso ai sensi dell’applicazione della *Section 703(e)(2)* del *Title VII*¹¹⁶.

Sicuramente l’istruzione costituisce un’area particolarmente sensibile per le comunità fideistiche, in quanto costituisce un terreno vitale per assicurare la perpetuazione nel tempo di un gruppo religioso, e

controversia alla luce del *Title VII* comporterebbe una violazione del Primo Emendamento.

¹¹² Cfr. M. DICHIARA, *A Case Of First Impression: The Third Circuit Recognizes That Having An Abortion Is Protected By Title VII*, in *Rutgers Law Record*, vol. 33, 2009, 14-15. Si veda pure *Richardson v. Northwestern Christian University*, 242 F. Supp. 3d 1132 (2017).

¹¹³ Cfr. M. DICHIARA, *A Case Of First Impression*, cit., 14-15.

¹¹⁴ Cfr. C. ESBECK, *Federal Contractors*, cit., p. 385.

¹¹⁵ Cfr. C. ESBECK, *Federal Contractors*, cit., p. 385.

¹¹⁶ Cfr. M. JUNKER, *Ending LGBT Employment Discriminations by Catholic Institutions*, in *Berkeley J. Emp. & Lab. L.*, vol. 40, 2019, p. 426.



come tale sarebbe meritevole di regole che vadano a considerare le sue peculiarità: tale finalità richiede uno staff che condivide i medesimi impegni fideistici e le prospettive religioso-teologiche dell'istituzione¹¹⁷. Alito teme nel futuro un indebolimento delle esenzioni di cui tali organizzazioni allo stato fruiscono "with respect to the employment of individuals of a particular religion to perform work connected with the carrying on' of the 'activities' of the organization or school" e paventa che la decisione *Bostock* determinerà l'insorgere di una pluralità di pretese giudiziarie nei confronti delle istituzioni confessionali.

Molte istituzioni scolastiche confessionali prevedono infatti codici di comportamento, che devo essere seguiti dal personale docente, indirizzato a "communicate a particular way of life to its students", in quanto un comportamento in contrasto con tali prescrizioni potrebbe pregiudicare "the school's 'moral teaching'". Il messaggio religioso che l'istituzione scolastica mira a trasmettere sarebbe indebolito qualora la scuola fosse costretta ad assumere a a mantenere in servizio docenti la cui condotta non è in linea con tali precetti.

Il giudice Alito si chiede altresì se l'interpretazione del *Title VII* contenuta in *Bostock* potrà avere ripercussioni sull'applicazione *Title IX* dell'*Education Amendment Act* del 1972¹¹⁸, e se di conseguenza le istituzioni scolastiche religiosamente affiliate potrebbero essere esposte alla perdita di forme di pubblico finanziamento¹¹⁹. In questo caso, in futuro alle

¹¹⁷ Cfr. T. BEAR, R. FRETWELL WILSON, *When Academic Freedom*, cit., p. 443.

¹¹⁸ Come si è visto, infatti, non sono mancate in precedenza controversie giudiziarie in cui l'espressione "sex" è stata interpretata in senso espansivo anche alla luce del *Title IX*.

¹¹⁹ Cfr. 20 U.S.C. § 1681-§ 1688: "No person in the United States shall, on the basis of sex, be excluded from participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any education program or activity receiving Federal financial assistance". Il divieto ricomprende numerosi settori: "recruitment, admissions, and counseling; financial assistance; athletics; sex-based harassment; treatment of pregnant and parenting students; discipline; single-sex education; and employment". L'*Office of Civil Rights*, a partire dal 2014, ha incluso nella proibizione "claims of discrimination based on gender identity or failure to conform to stereotypical notions of masculinity or femininity". Cfr. OFFICE FOR CIVIL RIGHTS, U.S. DEPT OF EDUC., *Questions and Answers On Title IX and Sexual Violence 5* (2014), <http://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/docs/qa-201404-title-ix.pdf>. Il *Title IX* prevede però un regime in deroga al divieto di discriminazioni fondate sul sesso "under any education program or activity receiving federal financial assistance" per le istituzioni religiosamente affiliate. Queste devono espressamente chiedere di fruire dell'esenzione per quelle attività che sono gestite secondo principi fideistici, in quanto si qualificano come entità "controllate da organizzazioni religiose", restando altrimenti esposte al rischio di non poter più godere di forme di finanziamento pubblico: "[T]his section shall not apply to an educational institution which is controlled by a religious organization if the application of this



istituzioni scolastiche e universitarie religiosamente affiliate potranno essere contestate non solo le loro politiche interne relative alla selezione del personale, ma pure quelle concernenti i dormitori, i codici di condotta sessuale e i programmi sportivi, qualora ricevano forme di supporto pubblico. Non va sottovalutato che, nel caso *Obergefell*, è stata addirittura incidentalmente sollevata la questione se una istituzione religiosamente affiliata, che adotta politiche interne condizionate dal suo credo in merito alla sessualità e al matrimonio, sia esposta al rischio di perdere il *tax-exempt status*¹²⁰, e nella percezione pubblica sempre più le discriminazioni di genere sono considerate equiparabili a quelle razziali, con il rischio di una sensibile riduzione dello spazio di accomodamento per le istanze religiose¹²¹.

Come è noto, la questione dell'accesso a forme di finanziamento, sia pur nel mantenimento di una identità fideistica, ha costituito a lungo un terreno di battaglia per le istituzioni religiosamente affiliate, ed è stata oggetto di un lungo *iter* giurisprudenziale. La giurisprudenza della Corte Suprema si è orientata verso una graduale erosione del principio separazionistico, consentendo alle organizzazioni religiosamente affiliate di accedere a forme di pubblico finanziamento al pari di istituzioni di carattere secolare, valorizzando in diverse pronunzie i profili del divieto di discriminazione in ragione dell'identità religiosa di tali entità e della tutela della loro libertà di espressione religiosa¹²².

subsection would not be consistent with the religious tenets of such organization". Si veda *Education Amendments of 1972*, Pub. L. No. 92-318, 86 Stat. 235, 373 (così come codificato ed emendato dal 20 U.S.C. § 1681(a)(3) (2014)). Questo atto normativo rinvia a specifiche norme regolamentari affinché una istituzione possa fruire del regime di esenzione derivante dal *Title IX*. Cfr. 34 C.F.R. § 106.12(a); (2015): "[Regulations promulgated under Title IX] do[] not apply to an educational institution which is controlled by a religious organization to the extent application of this part would not be consistent with the religious tenets of such organization"; 34 C.F.R. § 106.12(b): "An educational institution which wishes to claim the exemption set forth in paragraph (a) of this section, shall do so by submitting in writing to the Assistant Secretary a statement by the highest ranking official of the institution, identifying the provisions of this part which conflict with a specific tenet of the religious organization".

¹²⁰ Cfr. *Obergefell*, cit., 2625-26 (Roberts, dissenting opinion).

¹²¹ Cfr. *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S. 574 (1983). In dottrina, si veda **R.D. MAWDSEY**, *Employment, Sexual Orientation and Religious Beliefs*, cit., p. 300.

¹²² Cfr. *Rosenberger v. Rectors and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995); *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002); *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc., v. Comer*, 582 U.S. _ (2017). Recentemente, il caso *Comer* ha permesso che tali strutture non possono essere discriminate nell'accesso a forme di supporto pubblico sulla base della loro identità religiosa, ma la Corte ha sottolineato come la portata della decisione sia ristretta alle specifiche circostanze del caso. Più recentemente la Corte ,



L'opinion del giudice Alito paventa tuttavia che le università religiose, oggi rischino nuovamente di trovarsi al centro di un *constitutional conundrum*. L'idea che il trattamento di eccezione riconosciuto alle istituzioni religiosamente affiliate (ossia il godimento di forme di esenzione religiosa all'osservanza di norme generali in contraddizione con le regole fideistiche delle istituzioni), sia conciliabile con la partecipazione a forme di pubblico supporto¹²³ è infatti tuttora oggetto di acceso dibattito giudiziario¹²⁴.

Sotto diverse presidenze lo stesso *Title IX* (come il *Title VII*) ha ricevuto letture contraddittorie¹²⁵ e le soluzioni che in futuro verranno adottate per via giudiziaria dipenderanno in buona misura dagli standard di *judicial review* verso cui le corti si orienteranno: ritorno a un più rigoroso separazionismo o riconoscimento di un *equal treatment* per le organizzazioni secolari e quelle religiosamente orientate¹²⁶.

10 - La ministerial exception e i limiti della sua applicabilità

tuttavia, nel caso *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 591 U.S. _ (2020), ha reputato che non sia lecito " To invalidate a generally available and religiously neutral student-aid program simply because the program affords students the choice of attending religious schools." E' venuto così a cadere uno dei cosiddetti Blaine Emendments: ossia una di quelle disposizioni costituzionali statali che impediscono forme di sussidio pubblico nei confronti delle istituzioni cosiddette "settarie" . La giurisprudenza della Corte Suprema ha gradualmente riconosciuto ai gruppi religiosi, al pari di quelli secolari, pure la possibilità di fruire di strutture e servizi pubblici per lo svolgimento delle loro attività. Cfr. *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981), *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District*, 508 U.S. 384 (1993), *Good News Club v. Milford Central School*, 533 U.S. 98 (2001). Si veda in dottrina **A. MADERA**, *More than a playground dispute: il caso Trinity Lutheran Church v. Pauley e le nuove traiettorie interpretative dell'Establishment Clause*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 23 del 2017, pp. 1-29.

¹²³ Cfr. **H. HOLLMAN**, *LGBT Rights and Religious Freedom*, in W.N. ESKRIDGE, R. FRETWELL WILSON (eds.), *Religious Freedom*, cit., pp. 295-306.

¹²⁴ Cfr. *Fulton v. City of Philadelphia*, 922 F.3d 140, 147 (3d Cir. 2019), cert. granted, No. 19-123, 2020 WL 871694 (U.S. Feb. 24, 2020); *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home v. Pennsylvania*, 591 U.S._ (2020).

¹²⁵ Cfr. **B.J. HILL**, *God and Man and Religious Exemptions in the Modern University*, in W.N. ESKRIDGE, R. FRETWELL WILSON (eds.), *Religious Freedom*, cit., pp. 344-358, che richiama il già citato *Executive Order*, sottoscritto da Obama e volto a emendare gli ordini precedenti, in base al quale tutte le istituzioni universitarie, anche religiose, qualora rivestano anche il ruolo di *federal contractors*, non possono operare discriminazioni fondate sul genere e sull'orientamento sessuale. Tale lettura ampia del *Title IX* è stata tuttavia ribaltata dalle direttive già menzionate emanate sotto l'amministrazione Trump.

¹²⁶ Cfr. **A. BROWNSTEIN**, *Constitutional Basic Values*, in *Canopy Forum*, 16 Settembre 2020 (<https://canopyforum.org/2020/09/16/constitutional-basic-values-and-the-religion.clauses/?fbclid=IwAR0WfzW137uIXEOVgk02787W2wPH3BrHLhgDnTiSxE9wYSxteWH56NgAIQk>).



Le questioni che la pronunzia *Bostock* solleva sembrerebbero trovare una parziale risposta nel richiamo alla cosiddetta *ministerial exception*.

A tal proposito, l'*opinion* maggioritaria sostiene che la pronunzia oggetto di esame non vada a intaccare le prerogative delle organizzazioni di carattere strettamente religioso, che godono di altre forme di tutela giuridica, almeno con riguardo alle loro decisioni concernenti *internal matters*.

L'eccezione ministeriale è stata coniata per via giurisprudenziale, a implica un atteggiamento di peculiare sollecitudine verso l'autonomia delle organizzazioni fideistiche, al fine di prevenire forme di *excessive entanglement* e interferenza statale in materie di stretta pertinenza confessionale. Con la decisione *Hosanna-Tabor*¹²⁷, la Corte Suprema per la prima volta ha confermato la vigenza di tale eccezione, la cui definizione era rimasta in passato piuttosto fluida, collegandola a entrambe le clausole del Primo Emendamento, e l'ha sottratta alle strette interpretative del caso *Smith*.

La Corte Suprema, a tal proposito, ha sottolineato la distinzione fra atti esterni (*outward physical acts*) e decisioni interne (*internal church decisions that affect the faith and mission of the church itself*) di una confessione: queste ultime sono sottratte a forme di supervisione da parte del giudice statale¹²⁸.

Non andrebbe in ogni caso offuscata la distinzione fra le finalità dell'eccezione ministeriale e quelle della *Section 702(a)*: la prima è mirata a consentire alle chiese di avere completa libertà nella scelta dei loro *leader* spirituali, mentre la *Section 702(a)* consente ai datori di lavoro religiosi di assumere persone le cui convinzioni sono coerenti con i precetti religiosi del datore di lavoro, costituendo un baluardo a tutela dei processi decisionali delle organizzazioni confessionali quando sono in gioco mansioni lavorative non qualificabili come "ministeriali".

Alle istituzioni religiose viene infatti riconosciuta piena autonomia di "select their own leaders, define their own doctrines, resolve their own

¹²⁷ Cfr. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U.S. 171 (2012). Cfr. in precedenza *NLRB v. Catholic Bishop*, cit., ove la Suprema Corte ha sancito che l'applicazione del *National Labor Relation Act* alla Chiesa Cattolica, alle sue organizzazioni sussidiarie e ai suoi dipendenti solleverebbe "difficult and sensitive questions arising out of the guarantees of the First Amendment Religion Clauses".

¹²⁸ Cfr. A. MADERA, *Il principio di autonomia confessionale: baluardo di una effettiva libertà di autodeterminazione? Una analisi comparativa delle pronunzie della Corte Suprema USA e della Corte di Strasburgo*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico*, vol. XXX, 2014, pp. 565-570.



disputes, and run their own institutions”¹²⁹. Questo implica che, quando è in gioco una posizione ministeriale le altre circostanze altrimenti rilevanti nella fattispecie in esame (razza, genere, orientamento sessuale, età, disabilità) non possono essere valutate dalla corte sotto il profilo della normativa antidiscriminatoria¹³⁰.

Nella sua *dissenting opinion* nel caso *Bostock*, Alito puntualizza che non in tutti i casi è possibile sollevare tale eccezione, perché non tutti i dipendenti possono qualificarsi come ministri di culto.

Il raggio di operatività della *ministerial exception* infatti ricomprende solo quei dipendenti che siano rivestano ruoli ministeriali¹³¹, ossia tutti i soggetti preminentemente deputati alla diffusione di uno specifico messaggio fideistico, ma non tutela qualunque soggetto impiegato presso una organizzazione religiosa¹³². Il caso *Hosanna-Tabor* tuttavia non chiarisce pienamente l'estensione dell'„eccezione ministeriale” - ossia “chi” possa essere considerato ministro di culto ai fini di fruire di tale eccezione - per il timore di interferire in una materia di afferenza strettamente religiosa¹³³. Essa si limita a specificare che l'eccezione non è limitata a chi ricopre ruoli apicali nell'ambito di un gruppo fideistico¹³⁴.

La questione cruciale è la misura in cui il dipendente deve svolgere “importanti funzioni religiose” per essere considerato equiparabile a un ministro di culto e se anche la qualifica e la formazione di tale dipendente devono risultare coerenti con tali funzioni. In tal senso, la Corte ha infatti affievolito l'importanza dello standard dei “primary duties”, in precedenza sfruttato dalle corti inferiori, senza dare alle stesse nuove linee guida. Si è creata pertanto una divisione a livello di corti inferiori con

¹²⁹ Cfr. *Corp. of Presiding Bishop of Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, cit., 341.

¹³⁰ Cfr. **L. GRIFFIN**, *Good Rights News Now, Bad Rights News Later*, in *Verdict*, 18 giugno 2020, <https://verdict.justia.com/2020/06/18/good-rights-news-now-bad-rights-news-later>.

¹³¹ Cfr. *Christian Legal Soc’y Chapter of the Univ. of Cal., Hastings Coll. of the Law v. Martinez*, 561 U.S. 661, 669 (2010).

¹³² Cfr. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & Sch. v. EEOC*, 565 U.S. 171, 132 S. Ct. 694, 710 (2012). “The case before us is an employment discrimination suit brought on behalf of a minister, challenging her church’s decision to fire her. Today we hold only that the ministerial exception bars such a suit”. Si veda però *EEOC v. Miss. Coll.*, cit., 489, in cui la corte ha escluso che un college potesse essere equiparato a una chiesa e che il suo personale docente e amministrativo svolgesse ruoli ministeriali.

¹³³ In dottrina, si veda **S. CARLSON-THIES**, *What are Faith-Based Employers to Do*, cit.

¹³⁴ Cfr. *Hosanna*, cit., 707.



riguardo ai parametri da utilizzare¹³⁵. La scelta di siffatti parametri si riflette inevitabilmente sui risultati dell'indagine giudiziaria, determinando una interpretazione espansiva o restrittiva della stessa eccezione ministeriale¹³⁶. Le corti hanno infatti talora interpretato con una certa apertura il parametro delle "funzioni religiose" per coloro che lavorano alle strette dipendenze di enti di natura religiosa¹³⁷. Tale indirizzo è stato seguito in particolare con riguardo alle istituzioni che operano nell'ambito dell'istruzione, qualora i docenti fossero dedicati all'insegnamento della religione¹³⁸ o fossero, comunque sia, rivestiti di "compiti religiosi"¹³⁹.

¹³⁵ Cfr. *Penn v. N.Y. Methodist Hosp.*, 884 F.3d 416, 424-26 (2d Cir. 2018); *Winbery v. La. Coll.*, 124 So. 3d 1212, 1215 (La. Ct. App. 2013); *Herzog v. St. Peter Lutheran Church*, 884 F. Supp. 2d 668, 673 (N.D. Ill. 2012).

¹³⁶ Cfr. *Winbery v. La. Coll.*, cit.; *EEOC v. Miss. Coll.*, 626 F.2d 477, 479, 488 (5th Cir. 1980); *EEOC v. Catholic Univ. of Am.*, 83 F.3d 455, 463-65 (D.C. Cir. 1996); *Scharon v. St. Luke's Episcopal Presbyterian Hosps.*, 929 F.2d 360, 362 (8th Cir. 1991).

⁸⁵ Cfr. *Shaliesabou v. Hebrew Home of Greater Wash., Inc.*, 363 F.3d 299, 310 (4th Cir. 2004).

¹³⁷ Cfr. *Morgan v. Cent. Baptist Church of Oak Ridge*, No. 3:11-CV-124-TAV-CCS, 2013 WL 12043468, at 20 (E.D. Tenn. Dec. 5, 2013); *McCallum v. Billy Graham Evangelistic Ass'n*, No. 3:09CV381-RLV, 2012 WL 4756061, at 5-6 (W.D.N.C. Oct. 5, 2012); *Patsakis v. Greek Orthodox Archdiocese*, 339 F. Supp. 2d 689, 695-97 (W.D. Pa. 2004); *Davis v. Baltimore Hebrew Congregation*, 985 F. Supp. 2d 701, 711 (D. Md. 2013); *Musante v. Notre Dame of Easton Church*, No. Civ. A. 301CV2352MRK, 2004 WL 721774, at 6 (D. Conn. Mar. 30, 2004); *Preece v. Covenant Presbyterian Church*, No. 8:13CV188, 2015 WL 1826231, at 5 (D. Neb. Apr. 22, 2015); *Bryce v. Episcopal Church in Diocese of Colo.*, 121 F. Supp. 2d 1327, 1341-42 (D. Colo. 2000); *Skrzypczak v. Roman Catholic Diocese of Tulsa*, 611 F.3d 1238, 1243-46 (10th Cir. 2010); *DeBruin v. St. Patrick Congregation*, 343 Wis.2d 83, 92-93 (Wis. 2012); *Alicea-Hernandez v. Catholic Bishop of Chi.*, 320 F.3d 698, 704 (7th Cir. 2003); *Sterlinski v. Catholic Bishop of Chi.*, 319 F. Supp. 3d 940, 950 (N.D. Ill. 2018); *Demkovich v. St. Andrew the Apostle Parish, Calumet City*, No. 1:16-cv-11576, 2017 WL 4339817, at 3 (N.D. Ill. Sept. 29, 2017).

¹³⁸ Cfr. *Fisher v. Archdiocese of Cincinnati*, 6 N.E.3d 1254, 1260-62 (Ohio Ct. App. 2014); *Fratello v. Archdiocese of N.Y.*, 863 F.3d 190, 206 (2d Cir. 2017); *Nolen v. Diocese of Birmingham in Ala.*, No. 5:16-cv-00238-AKK, 2017 WL 3840267, at 4 (N.D. Ala. Sept. 1, 2017); *Ginalski v. Diocese of Gary*, No. 2:15-CV-95-PRC, 2016 WL 7100558, at 8 (N.D. Ind. 2016); *Morrissey-Berru v. Our Lady of Guadalupe School*, No. 2:16-cv-09353-SVW-AFM, 2017 WL 6527336, at 2 (C.D. Cal. Sept. 27, 2017); *Ciurleo v. St. Regis Parish*, 214 F. Supp. 3d 647, 650-53 (E.D. Mich. 2016); *Grussgott v. Milwaukee Jewish Day Sch., Inc.*, 882 F.3d 655, 658-62 (7th Cir. 2018); *Biel v. St. James School*, 911 F.3d 603, 611 (9th Cir. 2018).

¹³⁹ Cfr. *Kirby v. Lexington Theological Seminary*, 426 S.W.3d 597, 611-14 (Ky. 2014); *119 Kant v. Lexington Theological Seminary*, 426 S.W.3d 587, 591-96 (Ky. 2014); *Lishu Yin v. Columbia Int'l Univ.*, 335 F. Supp. 3d 803, 815-18 (D.S.C. 2018); *Richardson v. Nw. Christian Univ.*, 242 F. Supp. 3d 1132, 1145-46 (D. Or. 2017); *Sumner v. Simpson Univ.*, 27 Cal.App.5th 577, 587-89 (Cal. Ct. App. 2018).



A livello giurisprudenziale, l'eccezione ministeriale viene vista sempre più come un baluardo che consente di preservare nella massima misura possibile la protezione dell'autonomia delle organizzazioni religiose. Oggi è legittimo interrogarsi se essa fornisca immunità assoluta alle entità religiose avverso ogni forma di *employment claim*¹⁴⁰, ossia se le sottragga *in toto* all'applicazione della legislazione federale antidiscriminatoria e se pertanto il riconoscimento di tale autonomia religiosa comprenda anche l'accettabilità di una lettura religiosamente orientata dei concetti genere e sessualità da parte delle *faith-based organizations*¹⁴¹.

Sicuramente la recente pronuncia *Our Lady of Guadalupe* si pone in questa direzione, offrendo una interpretazione della *ministerial exception* inclusiva di una gamma più ampia di dipendenti: nel caso in esame, si è reputato che i docenti di una scuola primaria cattolica svolgano un ruolo chiave nel perseguimento della *mission* religiosa dell'istituzione¹⁴².

Il quadro costituzionale sembra, pertanto, approntare adeguate forme di protezione alle organizzazioni genuinamente religiose affinché esse possano scegliere liberamente il proprio personale adibito a funzioni religiose.

Non va trascurato che sussistono inoltre strumenti normativi (come la sopra menzionata *Section 703(e)(1)*) che vanno ad aggirare i più o meno rigorosi standard di applicabilità della *ministerial exception*, offrendo alle organizzazioni fideistiche forme alternative di tutela: in tal caso, tuttavia, il mancato rispetto degli standard di condotta imposti dall'istituzione (i quali dovranno, in ogni caso, avere un impatto *gender-neutral*¹⁴³) non rileverà sul piano costituzionale ma solo come una generica violazione di una clausola contrattuale.

La possibilità di ampliare la protezione dell'esercizio della libertà religiosa fino a includere soggetti *for profit* che reclamano una coscienza religiosa va invece valutata con molta cautela.

¹⁴⁰ Cfr. A.H. FRIEDMAN, *Litigating Employment Discrimination Cases*, James Publishing, Costa Mesa (CA), 2018.

¹⁴¹ Cfr. D. SHENNEL, *A "Fresh Look"*, p. 1126.

¹⁴² Cfr. *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Borru*, 591 U.S. _ (2020).

¹⁴³ Cfr. *Dolter v. Wahlert High School*, 483 F. Supp. 266, 271 (N.D. Iowa 1980), in cui la corte ha sostenuto che "[D]efendant's asserted bfoq appears [to] relate to more religious and/or moral qualifications than to sexual qualifications. To that extent, even where such code of conduct truly constitutes a legitimate religious bfoq, the law nonetheless requires that it not be applied discriminatorily on the basis of sex; that is, unequally to defendant's male and female lay teacher employees".



11 - II RFRA

Nella pronuncia *Bostock*, l'opinione maggioritaria richiama altresì il *Religious Freedom Restoration Act (RFRA)*, che "prohibits the federal government from substantially burdening a person's exercise of religion unless it demonstrates that doing so both furthers a compelling governmental interest and represents the least restrictive means of furthering that interest"¹⁴⁴. In base a questo atto normativo, la valutazione della legittimità delle restrizioni all'esercizio della libertà religiosa rimane soggetta a severi parametri di *judicial review (strict scrutiny)*. L'opinione maggioritaria enfatizza infatti come l'approvazione da parte del Congresso del *Religious Freedom Restoration Act* abbia costituito un passo ulteriore a favore della libertà religiosa, la cui tutela costituisce il fulcro di una società pluralistica. A tal proposito, tale testo viene definito "as a kind of super statute, displacing the normal operation of other federal laws [that] might supersede Title VII's commands in appropriate cases"¹⁴⁵. Alcuni commentatori paventano le implicazioni di quella che sembra non essere una semplice scelta linguistica¹⁴⁶.

La Corte sembra infatti ammettere la possibilità che un ente religiosamente orientato si possa avvalere del *RFRA* per ottenere una esenzione dall'osservanza del *Title VII* con riguardo al divieto di operare discriminazioni sessuali, intese oggi in senso così ampio da ricomprendere anche discriminazioni fondate sull'identità di genere e orientamento sessuale, e sembra incline ad ammettere che in taluni casi il *RFRA* possa giungere a forzare lo schema di tutela predisposto dal *Title VII*, offrendo alle imprese uno strumento di garanzia dell'accomodamento delle loro credenze religiose¹⁴⁷. Tale strumento costituirebbe una tutela addizionale rispetto alle disposizioni del *Title VII*, che già garantiscono alle

¹⁴⁴ Il *RFRA* ha permesso di riconoscere la legittimità dell'atteggiamento legislativo "accomodante" verso le specifiche esigenze delle organizzazioni religiose in un ampio spettro di settori. Si pensi a tal proposito alle numerose eccezioni previste nel *Patient Protection and Affordable Care Act*, 124 Stat. 119, a favore delle organizzazioni religiose. Cfr. **R. FRETWELL WILSON**, *When Governments Insulate Dissenters from Social Change: What Hobby Lobby and Abortion Conscience Clauses Teach About Specific Exemptions*, in *U.C. Davis L. Rev.*, vol. 48, 2014, p. 726.

¹⁴⁵ Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, cit.

¹⁴⁶ Cfr. **M. HAMILTON**, *The Scope of Bostock v. Clayton County's Contribution to LGBTQ Rights Is Not as Broad as You Might Think: Beware the "Super Statute" RFRA*, in *Verdict*, 18 giugno 2020 (<https://verdict.justia.com/2020/06/18/the-scope-of-bostock-v-clayton-countys-contribution-to-lgbtq-rights-is-not-as-broad-as-you-might-think>).

¹⁴⁷ Cfr. *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. _ (2014).



organizzazioni, che rientrano nello spettro della religiosità, ampia protezione della loro possibilità di adottare scelte e politiche giuslavoristiche religiosamente motivate.

A tal proposito, la dottrina teme che il *RFRA* venga inteso come uno strumento che consente a una ampia pluralità di organizzazioni che rivendicano una identità religiosa di sottrarsi all'osservanza della normativa antidiscriminatoria federale religiosa nel settore giuslavoristico¹⁴⁸.

Come si è anticipato, nel caso *Bostock*, la Corte Suprema non si è tuttavia dovuta confrontare con la questione della potenziale conflittualità fra esercizio della libertà religiosa del datore di lavoro e la tutela del lavoratore contro forme di discriminazione in quanto né la *Harris Funeral Homes* né nessuna altra delle parti coinvolte ha sollevato una *religious liberty claim* in questa fase del giudizio¹⁴⁹. La questione che la Corte ha lasciato aperta è quella della problematica interazione fra questa lettura del *Title VII* e il *RFRA*, in quanto non analizza i risvolti di una possibile futura collisione i due atti normativi. La questione era stata però ampiamente sviscerata in sede di appello, in quanto nel caso *Harris Funeral Homes*, la parte convenuta in giudizio aveva tentato di utilizzare il *RFRA* al fine di erodere le garanzie offerte dal *Title VII* a favore dei dipendenti¹⁵⁰.

Il caso *Harris Funeral Homes* sembra pertanto concretizzare i timori del giudice Ginsburg, che, nella sua *dissenting opinion* nella pronuncia *Hobby Lobby* paventava il rischio che il riconoscimento di una "employer conscience exemption" andasse a minare quella "promessa di uguaglianza"¹⁵¹ su cui si fonda la legislazione antidiscriminatoria nel settore giuslavoristico (generando una estensione incontrollata del numero delle imprese *for profit* confessionalmente orientate, anche in forma attenuata, che avrebbero cercato di sottrarsi all'applicazione del *Title VII*, e avrebbero tentato di giustificare politiche interne discriminatorie alla luce di una motivazione religiosa), e suggeriva maggiore cautela nella definizione di quali soggetti potessero accedere a forme di esenzione religiosa ai sensi del *RFRA*¹⁵².

¹⁴⁸ Cfr. *Francis v. Mineta*, 505 F.3d 266 (3d Cir. 2007).

¹⁴⁹ Si rinvia alla nota 49. Va ricordato tuttavia l'intervento del *U.S. Department of Justice* nel caso in esame, che aveva sollecitato una interpretazione del *Title VII* che non includesse la protezione dell'identità di genere.

¹⁵⁰ Cfr. *EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, cit., 591-92 (6th Cir. 2018).

¹⁵¹ Cfr. **S.M. STEPHENS**, *An Employer's Conscience*, cit., p. 39.

¹⁵² Cfr. *Burwell v. Hobby Lobby*, cit., 2801 (*dissenting opinion*, Ginsburg), secondo cui questo orientamento espansivo sarebbe in contraddizione la giurisprudenza precedente: "[n]o tradition, and no prior decision under RFRA, allows a religion-based exemption



Come si è anticipato, il caso *Harris Funeral Homes* riguardava l'istanza di una esenzione religiosa rispetto alla ordinaria disciplina giuslavoristica da parte di una organizzazione *for-profit*, che rivendica una "coscienza religiosa".

Il paventato rischio di esenzioni religiose *over-inclusive*, a vantaggio di entità la cui identità religiosa è affievolita, che porrebbe a rischio le garanzie offerte dal *Title VII* a favore della comunità *LGBT*, è stato tuttavia rigorosamente contenuto dalla pronuncia della corte d'appello¹⁵³, che sembra ridimensionare la portata di *Hobby Lobby*¹⁵⁴.

L'interpretazione offerta dal Sesto Circuito ha sottolineato le differenze fra il caso in esame e la pronuncia *Hobby Lobby*, inibendo pertanto a una organizzazione *for profit* la possibilità di svincolarsi arbitrariamente dall'osservanza del *Title VII* e di operare una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale sulla base di una identità religiosa "debole"¹⁵⁵. La corte d'appello ha applicato lo *strict*

when the accommodation would be harmful to others". Viene richiamato a tal proposito il caso *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982), 261 "[w]hen followers of a particular sect enter into commercial activity as a matter of choice, the limits they accept on their own conduct as a matter of conscience and faith are not to be superimposed on the statutory schemes which are binding on others in that activity..."). Secondo il giudice Ginsburg sono fonte di preoccupazione pure le significative ricadute negative di tale esenzione su soggetti terzi che non condividono le medesime credenze religiose dell'impresa coinvolta: permettere a una impresa commerciale di godere di una esenzione religiosa significa "to impose the employer's religious faith on the employees" (cfr. *Burwell v. Hobby Lobby*, cit., 2804).

¹⁵³ Cfr. *EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, cit., 571-74. Cfr. **D. BELTRÉ ACEVEDO**, *Employment Discrimination*, cit., p. 1217.

¹⁵⁴ Cfr. **D. LAYCOCK**, *Liberty and Justice for All*, cit., p. 66, e relativi richiami bibliografici. Secondo l'Autore la stessa Suprema Corte, nella pronuncia *Hobby Lobby*, ne circoscriveva la *ratio* alle circostanze di fatto dello specifico caso, negando l'intento di introdurre una esenzione generalizzata a favore delle organizzazioni lucrative. Alcune espressioni usate nel caso *Hobby Lobby* rivelano, del resto, che la sua *ratio* non sia agevolmente estensibile a fattispecie in cui sia in gioco l'accesso a una posizione lavorativa". La Corte Suprema ha sostenuto infatti che "the Government has a compelling interest in providing an equal opportunity to participate in the workforce", pertanto la pronuncia *Hobby Lobby* "provides no such shield" per quanto concerne "discrimination in hiring ... cloaked as religious practice".

¹⁵⁵ Innanzitutto l'impresa coinvolta non è stata considerata dal giudice "sufficientemente religiosa" da poter fruire della protezione offerta dal *RFRA*. La corte ha osservato che, a differenza dell'impresa coinvolta nel caso *Hobby Lobby*, alcuni fattori (dichiarazioni adottate dal consiglio di amministrazione, impegni di natura religiosa da parte dei membri della società) sono completamente assenti nel caso in esame. La *Harris Funeral Homes* non risulta affiliata o parte di una chiesa e nel suo atto costitutivo non è prevista alcuna finalità religiosa; solo nel *mission statement* può rintracciarsi il richiamo a



scrutiny approntato dal *RFRA*: questo tuttavia non garantisce una assoluta immunità a tutte le istanze di libertà religiosa, poichè queste rimangono soggette a un complesso meccanismo di bilanciamento fra opposti interessi¹⁵⁶. Nel caso *Harris Funeral Homes*, il fulcro dell'analisi è stato la verifica della sussistenza di un *compelling state interest* in relazione alla tutela antidiscriminatoria, e la possibilità di individuare una *least restrictive alternative* per perseguire tale interesse. In questa prospettiva, è innegabile che l'applicazione del *Title VII* sia volta a realizzare il *compelling state interest* alla prevenzione di ogni forma di discriminazione in ambito lavorativo, in quanto tale atto normativo è espressamente mirato a realizzare tale interesse. Il Sesto Circuito ha richiamato a tal proposito la giurisprudenza della Corte Suprema, che ha più volte sancito che la protezione di alcune classi svantaggiate (come la comunità *LGBT*) avverso forme di discriminazione nell'ambiente di lavoro, per come è garantita dal *Title VII*, integra un *compelling state interest* e realizza pertanto una di quelle situazioni in cui la realizzazione di un preminente interesse pubblico consente delle limitazioni all'esercizio della libertà religiosa¹⁵⁷. Il *compelling state interest* perseguito da tale atto normativo non è inoltre solo riconducibile alle sue finalità immediate e dirette ma coinvolge ulteriori interessi pubblici indirettamente promossi dal medesimo atto e dalle politiche pubbliche in generale (uguaglianza di genere, eliminazione di stereotipi fondati sul genere)¹⁵⁸. In ambito giuslavoristico, inoltre, per il giudice non è agevole individuare un'alternativa meno restrittiva per l'esercizio della libertà religiosa che consenta altresì di realizzare

una appartenenza fideistica.

¹⁵⁶ Cfr. **R. FREWELL WILSON**, *Squaring Faith and Sexuality*, cit., p. 393.

¹⁵⁷ Cfr. **I.C. LUPU**, *Moving Targets*, cit., p. 21. Nel caso *Hobby Lobby*, invece, il giudice non si è soffermato particolarmente sulla valutazione del *compelling state interest* perseguito dal *Contraceptive Mandate*, bensì ha sottolineato come il governo avrebbe potuto realizzare tale interesse senza andare a limitare l'esercizio della libertà religiosa della *corporation* coinvolta, estendendo alla parte convenuta lo stesso accomodamento già previsto per i soggetti *nonprofit*. Pertanto si è reputato che il governo potesse sostituirsi al soggetto obiettore nello svolgimento delle prestazioni richieste (la copertura assicurativa per prestazioni di carattere contraccettivo) per evitare ricadute sui terzi dell'obiezione esercitata dall'impresa coinvolta. Va ricordato altresì che recentemente la Corte Suprema nel caso *Little Sisters of the Poor v. Pennsylvania*, cit., ha considerato coerenti con il *RFRA* le ampie esenzioni di carattere sia religioso sia morale introdotte dall'amministrazione Trump, indebolendo ulteriormente il carattere "compelling" dell'interesse pubblico sotteso al *Contraceptive Mandate*. Cfr. *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home for Pennsylvania*, 591 U.S., 140 S. Ct. 2367 (2020). Si veda già in precedenza *Zubik v. Burwell*, 136 S. Ct. 1557, 1560 (2016).

¹⁵⁸ Cfr. **I.C. LUPU**, *Moving Targets*, cit., p. 21.



l'interesse pubblico a evitare discriminazioni avverso l'orientamento sessuale e le discriminazioni di genere¹⁵⁹. Infine, il giudice ha reputato che l'applicazione del *Title VII*, nella fattispecie in esame, non abbia determinato un onere sostanziale per l'esercizio della libertà religiosa del datore di lavoro¹⁶⁰. Si è ravvisata pertanto una alterazione dell'equazione costruita in *Hobby Lobby*, poiché sono stati soddisfatti gli *standard* indicati dal *RFRA* come legittimi fattori limitativi dell'esercizio della libertà religiosa¹⁶¹.

Alla luce dei più recenti arresti della Suprema Corte, indirizzati verso una protezione ampia della dimensione organizzata della libertà religiosa, non è certo però che questa, se fosse entrata nel merito di siffatta controversia, avrebbe confermato la decisione della corte d'appello: ciò rivela una pericolosa discrasia fra gli orientamenti dei circuiti d'appello e quello dell'organo giudiziario apicale, sempre più incline ad adottare posizioni conservatrici.

12 - I rischi derivanti da un utilizzo *over-expansive* del *RFRA*

Fra tutte le forme di protezione della libertà religiosa, quella offerta dal *RFRA* è quella maggiormente suscettibile, in futuro, di collidere con la normativa antidiscriminatoria nel settore giuslavoristico. La giurisprudenza della Corte Suprema ha infatti adottato una interpretazione espansiva del presente testo normativo sia con riguardo al

¹⁵⁹ Cfr. **M.G. ROBB**, *Pluralism at Work: Rethinking the Relationship between Religious Liberty and LGBTQ Rights in the Workplace*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 54, 2019, p. 941, che sottolinea che le alternative proposte dall'impresa convenuta in giudizio (il governo potrebbe assumere il dipendente licenziato dall'impresa convenuta, potrebbe pagargli un salario finché non trova un'altra analoga posizione lavorativa, o potrebbe fornire incentivi ad altre imprese per assumerlo) non risultano adeguate, in quanto comportano un indebito onere a carico del governo (con un impatto negativo sulla "least-restrictive-means analysis") e non soddisfano l'interesse pubblico. Quest'ultimo non si identifica nel trovare una posizione lavorativa, equivalente a quella ormai perduta, per il dipendente che ha subito il licenziamento, ma nello sradicare ogni forma di discriminazione sul luogo di lavoro.

¹⁵⁹ Cfr. *EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, cit., 589: "Rost may sincerely believe that, by retaining Stephens as an employee, he is supporting and endorsing Stephens's views regarding the mutability of sex. But as a matter of law, bare compliance with Title VII - without actually assisting or facilitating Stephens's transition efforts - does not amount to an endorsement of Stephens's views".

¹⁶¹ Cfr. **D. SHENNELL**, *A "Fresh Look"*, cit., p. 1121.



concetto di “persona”¹⁶² titolare del diritto all’esercizio della libertà religiosa, sia con riferimento al concetto di *state actor* titolare di un *compelling state interest*¹⁶³. Il RFRA inoltre non offre una definizione del concetto di “onere sostanziale” (che sussisterebbe qualora il cittadino fedele sia costretto a scegliere fra l’adesione ai precetti della propria fede e l’osservanza della legge statale, e tale legge imponga al singolo di adottare comportamenti che non sono in linea con i dettami della sua fede¹⁶⁴)¹⁶⁵ né

¹⁶² Cfr. *Burwell v. Hobby Lobby*, cit.

¹⁶³ La giurisprudenza si è divisa con riguardo alla questione se l’applicazione del RFRA richiedesse che una delle parti coinvolte fosse un soggetto governativo o se tale atto normativo fosse applicabile pure alle controversie fra soggetti privati. Cfr. **S.M. STEPHENS**, *An Employer’s Conscience*, cit., p. 20. Secondo l’interpretazione accolta in alcuni circuiti, il RFRA può costituire una forma di tutela per le organizzazioni religiose solo qualora l’onere all’esercizio della libertà religiosa sia imposto un soggetto governativo, ma non può trovare applicazione nelle controversie che coinvolgono solo soggetti privati. Cfr. *General Conference Corp. v. McGill*, 617 F.3d 402 (6th Cir. 2010); *Listecki v. Comm. of Unsecured Creditors*, 780 F.3d 731 (7th Cir. 2015); *Hankins v. Lyght*, 441 F.3d 96 (2d Cir. 2006). Non tutti i circuiti d’appello concordano su questo: alcune corti ammettono un’interpretazione più espansiva, permettendo il ricorso al RFRA quando un soggetto governativo sia strettamente coinvolto nella condotta di una delle parti in giudizio, tanto che quest’ultima può qualificarsi come *state actor*. Il requisito fondamentale della *state action* richiede infatti che la parte attrice dimostri la titolarità del suo diritto ad agire in giudizio (*standing to sue*) per la violazione di una legge: ciò si verifica se viene provato che il responsabile della violazione è un soggetto pubblico. Si tratta di una analisi *context-sensitive*, in cui le corti federali valutano attentamente le circostanze che consentono di considerare una entità privata come un soggetto pubblico. In tale analisi vengono in gioco la natura dell’attività in esame, il rapporto che intercorre fra il governo e il soggetto privato, ossia se quest’ultimo vada a costituire una sorta di *alter ego* del soggetto pubblico, se il governo ha incoraggiato implicitamente una determinata condotta da parte del soggetto privato. In alcuni casi le corti hanno fatto ricorso al parametro del “reasonable observer”: se un ragionevole osservatore, da una serie di elementi contestuali, può ragionevolmente ricavare la percezione che l’entità privata stia operando come uno “state actor”. Cfr. **R.J. KROTOSZYNSKI**, “*The Devil is in the Details*”, cit., pp. 195-196. Questa interpretazione implica un’espansione ulteriore del raggio di applicazione di tale atto normativo. Cfr. *Sutton v. Providence St. Joseph Med. Ctr.*, 192 F.3d 826, 834 (9th Cir. 1999). Cfr. in dottrina **S. LUNSFORD KOHEN**, *Religious Freedom in Private Lawsuits: Untangling When RFRA Applies to Suits Involving Only Private Parties*, in *Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics J.*, vol. 10, 2011 pp. 54-55. Cfr. pure **D. BELTRÉ ACEVEDO**, *Employment Discrimination*, cit., p. 1211, secondo cui la preclusione dell’utilizzo del RFRA quando siano in gioco solo *private lawsuits* può in ogni caso essere agevolmente aggirata se una parte coinvolge un soggetto pubblico (ad esempio, l’EEOC), incaricandolo di promuovere l’azione giudiziaria per suo conto.

¹⁶⁴ Cfr. **D. SHENNELL**, *A “Fresh Look”*, cit., p. 1119.

¹⁶⁵ Ricordiamo che alla luce del RFRA e del RLUIPA l’esercizio della libertà di religione include ogni forma di convinzione o pratica religiosa, indipendentemente dal suo carattere obbligatorio o centrale all’interno di uno specifico sistema fideistico.



tanto meno le corti sono competenti a valutarne la gravità, perché invaderebbero un terreno di stretta pertinenza religiosa¹⁶⁶: tali profili hanno favorito una graduale interpretazione giurisprudenziale volta a offrire un elevato livello di protezione anche a oneri di carattere più attenuato o indiretto¹⁶⁷.

Un utilizzo eccessivamente espansivo del *RFRA* rischia di minare il delicato equilibrio fra regole ed eccezioni nel settore giuslavoristico, con peculiare riguardo a quelle disposizioni che costituiscono un baluardo per le categorie più vulnerabili.

In passato, la tutela della libertà religiosa in tale ambito era regolata solo dalla legislazione a livello federale, che predispose, come si è visto, esenzioni specifiche, che individuano con precisione quali soggetti possono godere di esenzioni religiosamente qualificate. Tali eccezioni non erano considerate soggette ad alcuna forma di bilanciamento con altri interessi in competizione. Tale tutela si coniugava con quella offerta dai legislatori statali, i quali hanno tradizionalmente sempre manifestato sensibilità non solo verso le esigenze di accomodamento dei ministri e dei luoghi di culto, ma pure verso le organizzazioni *nonprofit* religiosamente affiliate. Tale faticoso equilibrio era coerente con il dettato costituzionale, e si fondava sull'esclusione non solo di forme di interferenza pubblica nelle questioni interne delle organizzazioni confessionali, ma pure di esenzioni religiose a favore dei pubblici dipendenti (soggetti, come si è detto in precedenza, a diverso regime, per cui l'accomodamento dei loro bisogni religiosi non deve implicare forme di discriminazione o di *dignitary harms* a carico di terzi), delle attività secolari e di quelle *for profit*, che non rientravano nel novero dei settori che ricadevano sotto la protezione del Primo *Emendamento*.

L'impatto politico del *RFRA* (nella lettura offerta da *Hobby Lobby*) è quello di aver sdoganato l'idea della *religious exemption*, facilitando l'emergere di nuovi attori che si autoqualificano come religiosi, ma di fatto affidando la definizione del labile confine fra regole ed eccezioni e la tutela dei terzi non beneficiari all'arena giudiziaria¹⁶⁸.

La polarizzazione politica generata da *Hobby Lobby* determina un duplice timore. Da una parte, il crescente conflitto culturale potrebbe generare una estensione incontrollata delle esenzioni religiose, che immunizzerebbe una pluralità di soggetti dalle proibizioni generali in

¹⁶⁶ Cfr. *Thomas v. Review Board of Indiana Employment Security Division*, 450 U.S. 707 (1981).

¹⁶⁷ Cfr. *Burwell v. Hobby Lobby*, cit.

¹⁶⁸ Cfr. I.C. LUPU, *Moving Targets*, cit., p. 32.



materia di discriminazione, sia pure alla luce di fievoli ragioni religiose, e renderebbero il contesto giuslavoristico altamente discriminatorio. Dall'altra, tale corto circuito fra opposte istanze potrebbe determinare una improvvida generalizzata chiusura verso il riconoscimento di ogni forma di esenzione a favore delle entità religiose o *nonprofit* religiosamente affiliate, per prevenire il rischio che la concessione di eccezioni indebolisca la portata e la generalità di *compelling government interests*, e renda le misure pubbliche vulnerabili nei confronti di aggressive istanze di libertà religiosa provenienti da organizzazioni a carattere lucrativo. Nella seconda ipotesi, i rischi maggiori graverebbero sulle organizzazioni religiosamente affiliate che operano nel sociale, tradizionalmente considerate come forme di apostolato, che rischierebbero di vedere compromesso l'equilibrio faticosamente raggiunto fra il mantenimento della loro identità religiosa e la possibilità di accedere a forme di provvidenza pubblica.

A tale proposito, il Sesto Circuito, nel caso *Harris Funeral Homes*, sembra aver realizzato un accettabile compromesso¹⁶⁹, che ridimensiona le aspettative generate dalla pronuncia *Hobby Lobby*. Quando la rivendicazione proviene da un'impresa a carattere lucrativo, le corti dovrebbero assumere un atteggiamento più "rigoroso" sia verso la "sincerità" di credenze religiose che si traducano in politiche discriminatorie verso categorie vulnerabili, sia verso la sussistenza di "oneri sostanziali" imposti all'esercizio della libertà religiosa¹⁷⁰. E' auspicabile che tale logica venga recepita anche da altri circuiti d'appello, supportando la possibilità che la Corte Suprema, in futuro, realizzi un bilanciamento che conduca a un ragionevole soddisfacimento di tutti gli interessi in gioco.

13 - La *Free Exercise Clause*

Nella pronuncia *Bostock*, anche il richiamo da parte della Corte Suprema alla *Free Exercise Clause* suscita qualche spunto di riflessione. Tale clausola, nel tempo, è stata oggetto di interpretazioni alternativamente estensive e restrittive. Mentre la corte Warren aveva sancito che le restrizioni alla libertà religiosa dovevano essere assoggettate a uno *strict scrutiny*¹⁷¹, in base allo standard giudiziario successivamente imposto dal caso *Smith*,

¹⁶⁹ Cfr. *EEOC v. R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc.*, cit., 600.

¹⁷⁰ Cfr. **I.C. LUPU**, *Moving Targets*, cit., p. 17.

¹⁷¹ Cfr. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).



non sono necessarie forme di accomodamento della libertà di esercizio della religione quando una restrizione, che imponga un onere sostanziale all'esercizio della religione, derivi da una legge religiosamente neutrale dotata di generale applicabilità¹⁷². Tale pronunzia, come è noto, ha innestato una reazione legislativa volta a restaurare lo *strict scrutiny*, culminata nell'emanazione del *RFRA*¹⁷³. Sebbene la portata del *RFRA* sia stata depotenziata da un intervento della Corte Suprema¹⁷⁴, numerosi legislatori statali sono intervenuti al fine introdurre atti normativi in grado di offrire alla libertà religiosa a livello statale un livello di protezione pari a quello garantito dal *RFRA*. Non va trascurato inoltre che lo standard affermato in *Smith* prevede il riconoscimento del potere discrezionale del governo di adottare forme di *discretionary accommodation* a favore delle *faith-based organizations*¹⁷⁵.

Il difficile equilibrio fra regole generali ed eccezioni religiosamente motivate rischia tuttavia di essere compromesso, in quanto i gruppi religiosi conservatori non riescono più a influenzare i parametri etico-morali che informano i processi legislativi, sempre più improntati al secolarismo contemporaneo, e si sono mossi alla ricerca di forme di tutela compensatoria per via giudiziaria, alla ricerca di sempre più ampie esenzioni religiose, innestando battaglie culturali su plurali temi etici altamente controversi¹⁷⁶.

La Corte Suprema dovrà a breve pronunziarsi sul caso *Fulton v. City of Philadelphia*¹⁷⁷. Essa dovrà affrontare la questione cruciale se un'agenzia religiosa, una volta che stipula un contratto con un soggetto pubblico, sia tenuta a rispettare la normativa antidiscriminatoria, mirata a realizzare un *compelling state interest* (ossia l'eliminazione di ogni forma di

¹⁷² Cfr. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872, 890 (1990).

¹⁷³ Cfr. 42 USC2000bb (1993).

¹⁷⁴ Cfr. *Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

¹⁷⁵ Cfr. **C. STEWART, G. SCHAERR**, *Why Religious Conservative Organizations*, cit., p. 182.

¹⁷⁶ Cfr. **A.C. CARMELLA**, *Progressive Religion and Free Exercise Exemptions*, in *U. Kan. L. Rev.*, vol. 68, 2020, p. 552; **A. MADERA**, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, cit., pp. 16-17, con i relativi richiami bibliografici.

¹⁷⁷ Cfr. *Fulton v. City of Philadelphia*, 922 F3d 140 (3d Cir. 2019), *cert. granted*, 24 February 2020. Il caso concerne un norma locale della città di Filadelfia che impone alle agenzie di affido religiosamente orientate di fornire i loro servizi anche alle coppie dello stesso sesso (in violazione alla dottrina della chiesa) come condizione per partecipare al sistema municipale di affido. La parte attrice nel caso in esame chiede di essere esentata dalla regola generale a causa della sua affiliazione religiosa.



discriminazione)¹⁷⁸, o se i *providers* religiosi, che contribuiscono all'implementazione di servizi rilevanti per la comunità, siano meritevoli di forme di accomodamento della loro identità religiosa.

La Corte avrà quindi l'opportunità di rivedere il caso *Smith*, ed eventualmente di ripristinare l'originaria portata della clausola che salvaguarda la libertà di esercizio della religione¹⁷⁹. La Corte dovrà pertanto scegliere quale standard giudiziario utilizzare quando sono in gioco controversie concernenti l'esercizio della libertà religiosa: potrà confermare la *rational-basis review* utilizzata in *Smith*¹⁸⁰ o potrà avallare il ritorno a uno *strict scrutiny* secondo cui, come è noto, una misura pubblica che generi un onere sostanziale a carico dell'esercizio della libertà religiosa sarà considerata legittima solo qualora il governo dimostri la sussistenza di un *compelling state interest* e di aver utilizzato il *least restrictive means* per realizzare tale interesse¹⁸¹. Non va trascurato che la giurisprudenza della Corte Suprema ha infatti riconosciuto un certo livello di autonomia alle organizzazioni religiose, considerandole meritevoli di una peculiare sollecitudine¹⁸², ma, secondo parte della dottrina, non ha chiarito se esse rimangono soggette alle leggi religiosamente neutrali e di generale applicabilità o se tale autonomia implichi il riconoscimento di un livello aggiuntivo di protezione rispetto a quello riconosciuto alla libertà religiosa individuale¹⁸³.

Sicuramente gli esiti della pronuncia *Smith* hanno generato, nel lungo periodo, un eguale senso di insoddisfazione da parte dei sostenitori di opposte linee ideologiche¹⁸⁴. Tale decisione ha sottratto la tutela delle

¹⁷⁸ Cfr. C. STEWART, G. SCHAERR, *Why Religious Conservative Organizations*, cit., p. 186.

¹⁷⁹ Cfr. A. MADERA, *Some Preliminary Remarks on the Impact of COVID-19 on the Exercise of Religious Freedom in the United States and Italy*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, cit., n. 16 del 2020, p. 126.

¹⁸⁰ In tal senso si è orientata in fase di appello la corte d'appello del Terzo Circuito: cfr. *Sharonell Fulton, et al., v. City of Philadelphia, et al.*, 922 F3d 140 (3d Cir. 2019), che ha affermato che le politiche antidiscriminatorie della città di Philadelphia sono delle leggi neutrali e generalmente applicabili, che pertanto non danno diritto ad alcuna eccezione a favore di organizzazioni religiosamente affiliate.

¹⁸¹ Cfr. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

¹⁸² Cfr. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, cit.

¹⁸³ Cfr. M. HELFAND, *Implied Consent to Religious Institutions: a Primer and a Defense*, in *Connecticut Law Review*, vol. 50/4, 2018, p. 885.

¹⁸⁴ Cfr. V.C. BRANNON, *Banning Religious Assemblies to Stop the Spread of Covid-19*, in *Congressional Research Service*, 1 giugno 2020, pp. 1-5, <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB10450>; Cfr. A. MADERA, *Some Preliminary Remarks*, cit., p. 126.



minoranze alla più pervasiva supervisione giudiziaria, affidandola a processi politici, che sono spesso indirizzati a favorire le logiche maggioritarie¹⁸⁵. Alcuni giudici dell'attuale Corte hanno già implicitamente manifestato la loro ansia di riesaminare la *ratio* che sottende al caso *Smith*¹⁸⁶, in vista di una interpretazione maggiormente promozionale della libertà religiosa, e l'amministrazione Trump ha sollecitato che la Suprema Corte si pronunciasse a favore dell'agenzia di adozione cattolica coinvolta nel caso *Fulton*¹⁸⁷. Questo dovrebbe implicare il ritorno a un rigoroso apprezzamento del tripartito test *compelling state interest/substantial burden/least restrictive means*, ma non implica necessariamente una *over-inclusive* protezione della libertà religiosa. Da una accurata disamina giurisprudenziale pre-*Smith*, risulta che il *compelling interest* fosse uno standard "exceptionally demanding"¹⁸⁸, e che il giudice vagliasse con estrema attenzione la sussistenza di un onere sostanziale per l'esercizio della libertà religiosa. Le istanze di libertà religiosa riuscivano a prevalere in giudizio solo qualora il cittadino/fedele fosse stato altrimenti forzato a scegliere fra l'aderenza ai precetti della sua appartenenza fideistica e l'osservanza della legge statale¹⁸⁹. Tale atteggiamento giurisprudenziale è difficilmente avvicicabile all'attuale *trend* indulgente verso istanze di libertà religiosa di carattere più attenuato, che ha

¹⁸⁵ In tal senso, recentemente, cfr. *Ricks v. Idaho Contracting Board*, on petition for a writ of certiorari to the Idaho Court of Appeals, n. 19-66. Brief for Amici Curiae Ten Legal Scholars in Support of Petitioner

¹⁸⁶ Cfr. *Kennedy v. Bremerton School District*, 586 U.S. _ (2019). Cfr. in dottrina **A. MADERA**, *Some Preliminary Remarks*, cit., pp. 126-131.

¹⁸⁷ Cfr. *Sharonell Fulton, et al., v. City of Philadelphia, et al.*, Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners.

¹⁸⁸ Cfr. *Burwell v. Hobby Lobby*, cit., 2780.

¹⁸⁹ Cfr. **W.P. MARSHALL**, *Bad Statutes Make Bad Laws: Hobby Lobby v. Burwell*, in *Sup. Ct. Rev.*, 2014, p. 1 ss., osserva come, nella giurisprudenza pre-*Smith*, solo in pochissimi casi la Corte Suprema abbia decretato la prevalenza dell'esercizio della libertà religiosa su altri stringenti interessi pubblici in competizione. Anche nella giurisprudenza delle corti inferiori, del resto, l'esito delle pretese sollevate alla luce del *RFRA* non è affatto scontato e tali rivendicazioni sono state spesso respinte quando l'onere a carico della libertà religiosa non rivestisse carattere sostanziale, e hanno prevalso solo qualora l'interesse pubblico non fosse *compelling*. Cfr. *United States v. Christie*, 825 F.3d 1048 (9th Cir. 2015); *Kaemmerling v. Lappin*, 553 F.3d 669 (D.C. Cir. 2008); *Navajo Nation v. United States Forest Serv.*, 535 F.3d 1058 (9th Cir. 2008); *Korte v. United States HHS*, 912 F. Supp. 2d 735 (S.D. Ill 2012); *United States v. Adeyemo*, 624 F. Supp. 2d 1081 (N.D. Cal 2008); *United States v. Quaintance*, 471 F. Supp. 2d 1153 (D.N.M. 2006); *Smith v. Fair Emp't & Hous. Comm'n*, 913 P.2d 909 (Cal 1996); *Abdur-Ra'ouf v. Dept. of Corrections*, 562 N.W.2d 251 (Mich. App. 1997).



gradualmente esacerbato la collisione fra interessi religiosi, politici ed economici¹⁹⁰.

Parte della dottrina reputa che tale cambiamento passi necessariamente attraverso una restrizione della portata del *Religious Freedom Restoration Act*, circoscrivendo i soggetti che possono fare ricorso allo stesso, e ridefinendo la nozione di “onere sostanziale”¹⁹¹.

Un indizio preoccupante circa l’orientamento dell’organo giudiziario apicale potrebbe però trarsi da un suo recente arresto, in cui la Corte ha riscontrato nelle politiche adottate da un ente governativo statale (*Colorado Civil Rights Commission*) una “chiara ostilità” verso le sincere credenze religiose che stavano alla base dell’obiezione del proprietario un’impresa privata, che si rifiutava di fornire beni e servizi a membri della comunità *LGBT*. In tale fattispecie, tuttavia, la Corte non è entrata nel merito della questione, ossia della sussistenza di un diritto al godimento di esenzioni religiose da parte di una impresa commerciale che rivendicava un accomodamento a tutela della coscienza religiosa del suo titolare¹⁹².

La questione in esame nel caso *Fulton v. City Philadelphia* presenta altresì diverse peculiarità, in quanto la controversia non riguarda il rapporto fra due parti private ma c’è un più diretto coinvolgimento di un soggetto pubblico (la città di Philadelphia), che è implicato strettamente negli accordi di affidamento di minori, stipulati in base a contratti in cui il soggetto pubblico è parte coinvolta.

Al di là della risposta alla specifica fattispecie, si auspica che la Corte chiarisca se e in qual misura le rivendicazioni di esenzioni alla generali e neutralmente applicabili regole antidiscriminatorie dovranno essere analizzate attraverso le “lenti protettive” della *Free Exercise Clause*¹⁹³ e fino a che punto i valori sottesi alle clausole costituzionali in materia di libertà religiosa meritano protezione, quando implicano il sacrificio di “other interests of admittedly high social importance”¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Cfr. **W.P. MARSHALL**, *Bad Statutes Make Bad Laws*, cit., p. 1 ss.

¹⁹¹ Cfr. **A.J. LUCHENITSER**, *A New Era of Inequality? Hobby Lobby and Religious Exemptions from Antidiscrimination Laws*, in *Harvard Law and Policy Review*, vol. 9, 2015, p. 63 ss.

¹⁹² Cfr. *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al., v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. _ (2017)

¹⁹³ Cfr. **R.D. MAWDSEY**, *Employment, Sexual Orientation*, cit., p. 292.

¹⁹⁴ Cfr. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 210 (1972).



14 - Le vie percorribili per recepire nuove prospettive valoriali

Due vie si sono profilate per l'ordinamento statunitense al fine di recepire una nuova prospettiva valoriale oggi moralmente accettata dalla società civile: la via normativa, ovvero l'emanazione di un nuovo atto legislativo da parte del Congresso, o la via giudiziaria, ossia una interpretazione estensiva della preesistente legislazione che proibisce forme di discriminazione fondate sull'identità di genere e l'orientamento sessuale. A tal proposito, a lungo la dottrina si è interrogata se il cambiamento avrebbe dovuto essere portato avanti dal giudice o dal legislatore. È emersa pertanto l'esigenza di una seria riflessione sull'interazione fra "constitutional adjudication" e "political deliberation"¹⁹⁵, in vista di una più ampia comprensione del difficile rapporto fra *LGBT rights* e tutela della libertà religiosa.

La pronuncia *Bostock* solleva l'interrogativo se, e fino a che punto, essa abbia compiutamente realizzato l'intento delle correnti *pro-gay rights*. Ci si chiede se tale intento possa identificarsi nel "bypassare i processi legislativi" mediante una "reinterpretazione del Title VII" (come di fatto è avvenuto), superando la situazione di stallo a livello legislativo, dovuta alla difficoltà di raggiungere un equo bilanciamento fra libertà religiosa e normativa antidiscriminatoria, in quanto nessuno dei due interessi in competizione può essere assolutizzato¹⁹⁶. Tale pronuncia costituisce, in ogni caso, un "inevitabile passo" che sollecita il Congresso a uno sforzo più efficace in vista di trovare un ragionevole compromesso fra gli interessi in competizione nel prossimo futuro¹⁹⁷ in quanto, come si è anticipato, non sussiste una adeguata disciplina a livello normativo federale con riguardo alle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Cfr. A. BROWNSTEIN, *Constitutional Basic Values*, cit.

¹⁹⁶ Cfr. D. BENNETT, *LGBT Rights Ruling*, cit.; D. LAYCOCK, *Liberty and Justice for All*, cit., p. 65.

¹⁹⁷ Cfr. D. BENNETT, *LGBT Rights Ruling*, cit.; D. LAYCOCK, *Liberty and Justice for All*, cit., p. 65.

¹⁹⁸ Allo stato, gli unici mutamenti operati a livello congressuale riguardano alcuni atti normativi che comportavano forme di discriminazione mirate a colpire la comunità *LGBT*. Si pensi all'abrogazione nel 2011 della cosiddetta legge *Don't Ask, Don't Tell* (legge concernente le discriminazioni della comunità *LGBT* nelle forze armate) sotto l'amministrazione Obama. In seguito all'invalidazione della *Section 3* del *Defence of Marriage Act* (che definiva il matrimonio come l'unione fra un uomo e una donna) in *U.S. v. Windsor*, 570 U.S. (2013), è stato altresì modificato il *Family and Medical Leave Act*, per consentire anche ai *partners* di unioni monosessuali di godere di permessi in caso di malattia del coniuge.



Non è la prima volta che la Corte Suprema si è resa anticipatrice di nuovo sentire comune, di una nuova “ortodossia morale” che ha trasfuso nella propria pronuncia¹⁹⁹. Nel caso in esame, un giudice conservatore come Gorsuch hanno trovato un punto di convergenza con l’approccio liberale adottato da altri giudici della Corte: questo connubio ha generato una lettura “testualista” ma al tempo stesso “progressista” del registro linguistico adottato dal legislatore nel 1964, che ha il pregio di offrire tutela a una minoranza altamente vulnerabile²⁰⁰. Il testualismo (così come l’originalismo) si rivela pertanto un approccio interpretativo neutrale e flessibile, che può essere di utilizzato a supporto sia di argomentazioni sia progressiste sia conservatrici²⁰¹.

Come si è visto, la pronuncia *Bostock* costituisce il naturale precipitato del proficuo dialogo creatosi fra i diversi circuiti d’appello e l’EEOC in vista di una interpretazione aggiornata del *Title VII*, volta a promuovere una nozione di sesso che assumerebbe i contorni di un costruito sociale più che di un dato biologico, e a sancire che l’identità di genere e l’orientamento sessuale non possono comportare irragionevoli forme di pregiudizio o di stereotipo che determinano limitazioni o discriminazioni in ambito lavorativo²⁰². Questi indirizzi hanno recepito pure gli impulsi provenienti da alcune corti statali (che hanno creato e consolidato un filone giurisprudenziale con riguardo a discriminazioni dovute all’orientamento sessuale) e dai legislatori di alcuni stati, che sono riusciti a mitigare la tensione fra le rivendicazioni di libertà religiosa e quelle di eguale protezione avverso forme di discriminazione. La stessa Corte Suprema, come si è visto, aveva già in passato sostenuto che il concetto di discriminazione previsto dal *Title VII* andasse applicato uniformemente con riguardo a tutte le classi protette²⁰³, orientando e

¹⁹⁹ Cfr. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Obergefell v. Hodges*, cit.

²⁰⁰ Cfr. **K. EYER**, *Progressive Textualism and LGBTQ Rights*, in *Scotusblog*, 16 giugno 2020 (<https://www.scotusblog.com/2020/06/symposium-progressive-textualism-and-lgbtq-rights/>), che richiama a tal proposito la *dissenting opinion* del giudice Gorsuch in *Baxter v. Bracey*, 590 U.S. (2020). In questa, alla luce di una interpretazione testualista del *Civil Action For Deprivation of Rights Act* (42 U.S.C. § 1983), Gorsuch sollecitava restrizioni alla *qualified immunity*, che consente ai pubblici ufficiali di essere esenti da responsabilità di carattere personale qualora commettano violazioni costituzionali.

²⁰¹ Si veda, a tale riguardo, la *dissenting opinion* del giudice Kavanaugh nel caso *Bostock*, secondo cui la Corte avrebbe dovuto tenere in considerazione la percezione del Congresso e della collettività nel 1964 per individuare il “significato ordinario” dell’espressione “because of sex”.

²⁰² Cfr. **I.C. LUPU**, *Moving Targets*, cit., pp. 26-27.

²⁰³ Cfr. *Oncale v. Sundowner Offshore Servs., Inc.*, cit., 79.



indirettamente incoraggiando alcuni circuiti d'appello ad adottare una interpretazione che ricomprendesse anche l'orientamento sessuale fra i motivi proibiti di discriminazione²⁰⁴. L'interpretazione espansiva del concetto di discriminazione sessuale previsto dal *Title VII* oggi adottata incoraggia altresì a estendere tale lettura anche ad altri testi normativi a livello federale che proibiscono genericamente discriminazioni di carattere sessuale.

La decisione in esame mette purtuttavia in luce come, allorquando il legislatore federale non offra direttive mirate a superare il frammentato e spesso inadeguato quadro legislativo a livello statale, vengano sempre più frequentemente ricercate risposte per via giudiziaria²⁰⁵.

L'esperienza statunitense rivela pertanto che, quando il legislatore si sottrae al suo compito di effettuare una "mediazione" fra gli interessi in competizione (libertà religiosa e uguaglianza) creando un "vuoto", il discorso giudiziario diviene protagonista, giungendo a definire la portata, i limiti e i soggetti beneficiari di esenzioni religiose, a incidendo sul livello di protezione offerta avverso condotte potenzialmente discriminatorie²⁰⁶.

Tutti i giudici della Corte sono stati consapevoli che l'interpretazione adottata vada sicuramente oltre l'intento perseguito dal legislatore nel 1964, realizzando una forma di "judicial interpretive updating"²⁰⁷. Al tempo stesso la stessa Corte, nella sua composizione maggioritaria, ha tentato di mitigare l'impatto della sua pronuncia, indicando la via della conciliazione fra libertà religiosa e uguaglianza, in vista di una società "religiosamente aperta e pluralista"²⁰⁸.

Il giudice Alito, tuttavia, nella sua *dissenting opinion*, critica aspramente come l'opinione maggioritaria abbia, a suo parere, usurpato "the constitutional authority of the other branches". Abusando del potere interpretativo del dato normativo che essa abitualmente esercita²⁰⁹, la

²⁰⁴ Cfr. *Hively e Zarda*, cit.

²⁰⁵ Cfr. **D. BENNETT**, *LGBT Rights Ruling*, cit.

²⁰⁶ Cfr. **P.T. BABIES**, *Ministerial Exceptions, Religious Exemptions, and Anti-Discrimination Legislation: Reciprocal Lessons from America and Australia*, in *Canopyforum*, 19 agosto 2020 (https://canopyforum.org/2020/08/19/ministerial-exceptions-religious-exemptions-and-anti-discrimination-legislation/?fbclid=IwAR2ZhLugSU7_IvLlffGFQIs80L2_d5T6zS-h7X36bgRex9M1xoJ-dKD-Bw).

²⁰⁷ Cfr. *Hively v. Ivy Tech Cmty. Coll. of Ind.*, cit., 353 (Posner, concurring opinion).

²⁰⁸ Cfr. **A. BROWNSTEIN**, *Constitutional Basic Values*, cit.

²⁰⁹ A tal proposito anche il giudice Scalia, in *Lawrence v. Texas*, cit., 602-603, aveva lamentato che il giudice ha crescentemente "taken sides in the culture war, departing from its role of assuring, as neutral observer, that the democratic rules of engagement are observed".



Corte avrebbe finito con il creare un nuovo diritto costituzionalmente protetto “under the guise of statutory interpretation.” Secondo Alito, invece, compito della corte è interpretare il dato testuale con riguardo all’intento originario del legislatore, senza discostarsi da questo, indipendentemente dalla circostanza che quel testo normativo necessiti di essere ripensato in un’ottica aggiornata²¹⁰. Anche parte della dottrina lamenta che il compito di “riscrivere le leggi” non spetta a un organo giudiziario “unelected”, bensì al Congresso, unico soggetto, in grado di mediare con modalità democratiche il cambiamento legislativo con l’introduzione di eccezioni a favore di coloro che altrimenti sopporterebbero le ricadute di tali alterazioni²¹¹.

15 - Il mancato intervento del Congresso

Viene da più parti sollecitato un intervento del Congresso volto a chiarire quale sia il limite che distingue il legittimo esercizio, da parte di un datore di lavoro religiosamente orientato, di operare scelte condizionate dal suo credo, dalle ipotesi in cui si configuri una illegittima discriminazione fondata sulla identità di genere e sull’orientamento sessuale²¹². I sostenitori degli *LGBT rights* sono consapevoli dell’impatto che avrebbe, anche sul discorso giudiziario, un atto normativo aggiornato del Congresso volto a proibire esplicitamente discriminazioni fondate sull’identità di genere e sull’orientamento sessuale, quale legittimo esito di un processo democratico.

D’altro canto, i sostenitori della libertà religiosa, temendo una futura esposizione del *RFRA* all’interazione con atti normativi specificamente rivolti a tutelare le esigenze dei gruppi *LGBT*, sollecitano

²¹⁰ Cfr. *Bostock v. Clayton County, Georgia*, cit. (Alito, *dissenting*): “[...] our duty is to interpret statutory terms to ‘mean what they conveyed to reasonable people *at the time they were written*.’ If every single living American had been surveyed in 1964, it would have been hard to find any who thought that discrimination because of sex meant discrimination because of sexual orientation--not to mention gender identity, a concept that was essentially unknown at the time [...]. Many will applaud today’s decision because they agree on policy grounds with the Court’s updating of Title VII. But the question in these cases is not whether discrimination because of sexual orientation or gender identity *should be* outlawed. The question is *whether Congress did that in 1964*. It indisputably did not”. Alito ribadisce che, in base al dato testuale, “it is quite possible for an employer to discriminate” sulla base dell’orientamento sessuale o dell’identità di genere “without taking the sex of an individual applicant or employee into account”.

²¹¹ Cfr. **C.J. RUSSO**, *Does Religion Have a Place*, cit.

²¹² Cfr. **S. CARLSON-THIES**, *What are Faith-Based Employers to Do*, cit.



l'introduzione per via legislativa di più specifiche esenzioni, con una chiara indicazione dei soggetti che ne possono fruire e delle regole generali contro le quali tali esenzioni possono essere invocate²¹³.

Tuttavia, tutti i tentativi del Congresso di introdurre atti legislativi mirati a modificare il *Title VII*, e a offrire una efficace guida ai giudici nell'interpretare la normativa antidiscriminatoria, si sono rivelati fallimentari: oggi, per varie ragioni, risulta sempre più improbabile che un radicale cambio di paradigma avvenga per via normativa²¹⁴.

²¹³ Cfr. R. FREWELL WILSON, *Squaring Faith and Sexuality*, cit., p. 393.

²¹⁴ Va ricordato, a tal proposito, l'*Equality Act*, S. 1006, H.R. 2282, 15th Congress (presentato il 2 maggio 2017), sostenuto dalla componente democratica, che ha superato l'esame della Camera ma è attualmente arenato al Senato. Questo disegno di legge estende la tutela antidiscriminatoria fino a includere l'orientamento sessuale e l'identità di genere nei settori del lavoro, dell'istruzione, del credito e del diritto all'abitazione, senza prevedere alcuna esenzione categorica per le organizzazioni religiose, e contiene una espressa esclusione della possibilità di ricorrere al *RFRA* per sottrarsi alla normativa antidiscriminatoria. Tale testo normativo si contrappone al *Fist Amendment Defense Act*, H.R. 2802, 14th Congress (presentato il 17 giugno 2015) volto a prevenire una penalizzazione delle organizzazioni religiose nel bilanciamento fra gli interessi in competizione. Quest'ultimo disegno proibisce al governo "any discriminatory action against a person, wholly or partially on the basis that such person believes or acts in accordance with a religious belief or moral conviction that marriage is or should be recognized as the union of one man and one woman, or that sexual relations are properly reserved to such a marriage". Fra le azioni indicate come discriminatorie verso le organizzazioni religiose rientrano la perdita del *tax exempt status* ai sensi della *Section 501(c) (3)* dell'*Internal Revenue Code* e il divieto di accedere a "any federal grant, contract . . . license, certification, accreditation, employment, or other similar position or status from or to such person" in conseguenza della loro identità religiosa. Il concetto di persona è inclusivo di "any [...] person regardless of religious affiliation or lack thereof, and regardless of for-profit or nonprofit status". Questo disegno di legge è stato riproposto nel 2018 (s. 2525, 15th Congress, 2nd session 2018). Tornando indietro nel tempo va ricordato, altresì, che nel 2013 il Senato si era pronunziato in favore di un disegno di legge, l'*Employment Nondiscrimination Act (ENDA)*, che cercava di risolvere la tensione fra *LGBT rights* ed esercizio della libertà religiosa, riconoscendo una totale esenzione alle organizzazioni religiose; tuttavia la Camera a maggioranza repubblicana ha bocciato tale disegno. Cfr. S. CARLSON-THIES, *What are Faith-Based Employers to Do*, cit. Inoltre, risale al 2016 un ulteriore disegno di legge, il *Do Not Harm Act*, che si proponeva di emendare la *Section 3* del *RFRA* al fine di preservare i *civil rights*, e più in generale i diritti dei terzi, che potevano essere altrimenti lesi dall'esercizio altrui della libertà religiosa: "(b) PRECLUSION - Section 3(c) of the Religious Freedom Restoration Act of 1993 is amended, in the first sentence, by striking 'judicial proceeding' and all that follows and inserting 'judicial proceeding to which the government is a party and obtain appropriate relief against that government.'" Un approccio volto a contemperare le opposte esigenze nel rispetto di una società pluralistica sembra essere stato nuovamente riproposto dal *Fairness for All Act*, H. R. 5331, 116th Cong., 1st Sess. (2019). Tale disegno di legge modifica il *Title VII* sancendo l'illegittimità delle discriminazioni fondate



L'affidamento integrale di tali questioni alle scelte legislative viene visto oggi con crescente diffidenza, dato l'attuale clima politico-sociale culturale sempre più polarizzato, che giunge a influenzare anche il linguaggio dei diritti umani²¹⁵. I più recenti orientamenti politici statunitensi rivelano il preoccupante emergere di forme di nazionalismo religioso, la ricerca di una sempre più stretta connessione fra identità nazionale e religioni maggioritarie e una crescente politicizzazione del fattore religioso²¹⁶. Le politiche presidenziali, in particolare, non rispecchiano il carattere pluralista della società statunitense: tali politiche hanno "ricalibrato" numerose scelte compiute dall'amministrazione Obama²¹⁷ segnalando una transizione da una "strategia inclusiva" a un "impegno conservatore"²¹⁸ e sembrano orientati a realizzare una "nuova architettura" dei diritti costituzionalmente protetti, ove la libertà religiosa (di cui viene enfatizzata solo una dimensione giudaico-cristiana) viene collocata al vertice di una astratta gerarchia dei diritti della persona,

sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, e garantendo al contempo la protezione alle scelte religiosamente orientate delle organizzazioni religiose, al fine di prevenire l'insorgere di conflitti fra *LGBT rights* e esercizio della libertà religiosa. Questo disegno preserva altresì il *RFRA* (a differenza dell'*Equality Act*); tutela i luoghi-chiave dove i fedeli esercitano in comune pratiche religiose; chiarisce quali organizzazioni godrebbero di esenzioni religiose, (*religious corporations, associations, educational institutions, societies*), includendo anche le entità *non profit* che sono almeno in parte "owned, supported, controlled, or managed" da una "religious organization" e quelle le cui attività e finalità sono prevalentemente religiose; costruisce in senso ampio la definizione di religione (proteggendo sia le credenze sia le pratiche religiose, indipendentemente dalla loro centralità all'interno di un sistema fideistico) e non pone a rischio il *tax exempt status* delle organizzazioni religiose. Il disegno prevede altresì forme di conciliazione fra l'accesso ai fondi pubblici e il mantenimento dell'identità religiosa: l'applicazione della normativa antidiscriminatoria sarebbe "limited to any specific program or activity, or part thereof, that receives federal financial assistance". Infine, regole peculiare sono previste per le istituzioni che operano nel campo dell'istruzione. Cfr. C. STEWART, G. SCHAERR, *Why Religious Conservative Organizations*, cit., p. 159.

²¹⁵ Cfr. D. SHENNEL, *A "Fresh Look"*, cit., p. 1141; J. HAYNES, *Donald Trump, 'Judeo-Christian Values,' and the 'Clash of Civilizations'*, in *The Review of Faith & International Affairs*, vol. 15, 2017, pp. 66-75; J. HAYNES, *From Huntington to Trump. Thirty Years of the Clash of Civilizations*, Lexington Books, Lanham/Boulder/New York/London, 2019.

²¹⁶ Cfr. S. RABINOVITCH, *What is Wrong with Tolerance*, nel sito <https://aeon.co/essays/reciprocity-not-tolerance-is-the-basis-of-healthy-societies?fbclid=IwAR1WuXyb9PpsDdSlzM8pFn0hboqpiZmLIT9oLPosNuu-xIoDUHtwpe0YBwE>.

²¹⁷ Cfr. W.N. ESKRIDGE, R. FRETWELL WILSON, *Prospects for Common Ground: Introduction*, cit., p. 16.

²¹⁸ Cfr. S. CASEY, *How the State Department Has Sidelined Religion's Role in Diplomacy*, in *Religion & Politics*, 5 September 2017 (<https://religionandpolitics.org/2017/09/05/how-the-state-department-hassidelined-religions-role-in-diplomacy> - accessed on 23 June 2020/).



marginalizzando il ruolo di altri diritti, pur di carattere fondamentale (uguaglianza, libertà dalla discriminazione, e tutela delle minoranze)²¹⁹.

D'altra parte, non si può negare che siffatta polarizzazione si rispecchi anche all'interno della Corte Suprema, che risulta spesso inabile a fornire direttive chiare e condivise da un'ampia maggioranza, enfatizzando il rischio che i singoli giudici si facciano influenzare dalle loro prospettive valoriali individuali²²⁰.

Oggi si lamenta frequentemente da più parti una eccessiva espansione della protezione della libertà religiosa, con esiti difficili da prevedere²²¹. Al tempo stesso, non va sottovalutato che l'attuale peculiare sollecitudine verso l'esercizio della libertà religiosa da parte della Corte si fonda su una precaria maggioranza conservatrice, cui si contrappone una vibrante minoranza liberale: quest'ultima considera allarmante una eccessiva espansione di tale libertà quando sono in gioco questioni eticamente sensibili ed è disponibile a recepire le pressioni comunitarie a favore dell'eliminazione progressiva delle disparità di trattamento *LGBT* in tutte le aree del vivere sociale²²². Particolarmente preoccupante appare come, in vista delle elezioni presidenziali, fazioni diverse considerino la promessa della nomina di nuovi giudici (conservatori o progressisti) uno degli elementi portanti della loro campagna elettorale: il sistema giudiziario rischia di divenire sempre più politicizzato, andando a promuovere gli interessi sostenuti dalla maggioranza che sarà al governo, a pregiudizio dei diritti delle voci minoritarie.

²¹⁹ Cfr. **J. HAYNES**, *Trump and the Politics of International Religious Freedom*, in *Religions*, 11/2020, p. 385.

²²⁰ Cfr. **I.C. LUPU**, *Moving Targets*, cit., p. 57, che sottolinea come la controversa pronuncia *Hobby Lobby* abbia generato incertezze circa lo scopo e il significato dei principi affermati nella stessa pronuncia e che sarebbe opportuno che i legislatori federali non operassero alla luce di principi tuttora incerti. Lo stesso Autore mette in luce come, a livello di singoli Stati, tale arresto abbia efficacia "persuasiva" ma non vincolante: pertanto le corti statali nell'applicazione di *RFRA* statali dovrebbero valutare che *Hobby Lobby* non tiene adeguatamente conto dei costi che possono ricadere sui terzi, di preesistenti limiti all'esercizio della libertà religiosa sanciti dalla giurisprudenza precedente, e dell'interesse pubblico a sradicare ogni forma di discriminazione: un utilizzo incontrollato della *ratio* su cui si fonda tale arresto renderebbe l'atmosfera ancora più "tossica".

²²¹ Cfr. **M.A. HAMILTON**, *Religious Entities Flex Their Muscles Through the Roberts Court, Playing Both the Sides of the Discrimination Coin*, in *The Verdict*, 4 agosto 2020 (<https://verdict.justia.com/2020/08/04/religious-entities-flex-their-muscles-through-the-roberts-court-playing-both-sides-of-the-discrimination-coin>); **C. STEWART**, **G. SCHAERR**, *Why Religious Conservative Organizations*, cit., p. 138.

²²² Cfr. **A. BROWNSTEIN**, *Constitutional Basic Values*, cit.



16 - Principio di non discriminazione ed esercizio della libertà religiosa: un binomio incompatibile?

Oggi talune prospettive politiche che si vanno affermando nel contesto statunitense hanno tuttavia un impatto negativo sia sul diritto di libertà religiosa sia sul principio di non discriminazione. Da un lato, alcuni orientamenti politici enfatizzano una lettura del principio di non discriminazione che genera ostilità verso ogni istanza promozionale dell'esercizio della libertà religiosa, d'altro canto rivendicazioni di "sicurezza nazionale" mimetizzano linee politiche volte a promuovere esclusivamente talune appartenenze fideistiche maggioritarie a i loro obiettivi²²³.

A tal proposito, oggi sempre più voci sollecitano un superamento dell'attuale sterile polarizzazione fra "conservatorismo religioso" e "secolarismo liberale", che conduce a una riduttiva identificazione della libertà religiosa esclusivamente con cause conservatrici, e rischia di minimizzare l'impegno delle organizzazioni religiose nei confronti delle categorie più vulnerabili e nella promozione dei diritti fondamentali della persona e di una più effettiva giustizia economica e sociale: tale impegno fa riflettere sul più autentico significato del riconoscimento di una primazia della libertà religiosa e sollecita la ricerca di soluzioni di compromesso fra le plurali narrative in gioco, in vista della realizzazione di un più compiuto pluralismo, che tenga conto dei bisogni essenziali non solo dei cittadini/fedeli, ma anche di coloro che non condividono tali convinzioni²²⁴, e che rifugga sia da forme di intransigenza secolare sia da "exaggerated and overreaching" accomodamenti della libertà religiosa²²⁵.

²²³ Cfr. **T. BERG**, *Religious Freedom and Nondiscrimination*, in *Loyola University Chicago Law Review*, vol. 50, 2018, p. 182, che fa l'esempio sia delle recenti politiche repubblicane, mirate a limitare l'esercizio della libertà religiosa della minoranza islamica, sia di quegli orientamenti progressisti, che faticano a comprendere le istanze di accomodamento dei cristiani conservatori. Si può pensare altresì alle recenti *anti-sharia laws*, che vogliono espellere qualunque ricorso alle regole islamiche dagli atti di esercizio dell'autonomia privata e dall'arbitraggio delle controversie. Si veda anche l'ordine esecutivo sottoscritto da Trump, nella sua ultima versione asseverata dalla Corte Suprema (*Trump v. Hawaii*, 138 S. Ct. 2392, 2423 (2018), ossia l'Exec. Order No. 9645, 82 Fed. Reg. 45,161 (Sept. 24, 2017) con cui è stato limitato l'ingresso negli Stati Uniti ai soggetti provenienti da cinque stati islamici. Si pensi infine al *Religious Liberty Guidance Document* con cui l'*Attorney General* invitava il *Department of Justice* a promuovere un'ampia protezione della libertà religiosa: tale documento è stato utilizzato dall'amministrazione Trump soprattutto per supportare il riconoscimento di forme di obiezione di coscienza a favore di organizzazioni *for profit*. Cfr. **A.C. CARMELLA**, *Progressive Religion*, cit., p. 561.

²²⁴ Cfr. **D. LAYCOCK**, *Liberty and Justice for All*, cit., p. 70; **D. NEJAIME, R.B. SIEGEL**, *Religion Accommodation, and its Limits in a Pluralistic Society*, in W.N. ESKRIDGE, R.



Diverse opinioni dottrinali oggi si sforzano di rintracciare una relazione fra esercizio della libertà religiosa e principio di non discriminazione, improntata a una mutua interferenza che non deve essere necessariamente conflittuale. Il principio di non discriminazione costituisce infatti un aspetto essenziale del principio di libertà religiosa²²⁶. Al tempo stesso, la riduzione del principio di libertà religiosa a un divieto di discriminazione (ossia a una libertà religiosa negativa) implica l'affermazione di un principio di neutralità formale che ne limita l'esercizio, con ricadute negative soprattutto sui gruppi minoritari²²⁷.

Acuta dottrina sottolinea altresì la "triste ironia" della tensione fra le istanze contigue di libertà religiosa e di non discriminazione della comunità *LGBT*²²⁸: entrambe sono strettamente connesse a profili essenziali e immutabili dell'identità di ogni individuo²²⁹, il quale aspira a poter tenere una linea di condotta coerente con la propria identità e a non subire limitazioni nello spazio pubblico²³⁰.

In entrambi i casi, la connotazione di identità "minoritaria" comporta il rischio della soggezione a forme di intolleranza derivanti da regole ingiustamente oppressive imposte dal contesto esterno²³¹.

Non mancano ulteriori suggestioni provenienti da chi, in dottrina, riconduce i diritti *LGBT* nell'alveo della libertà religiosa in negativo (come diritto di non professare alcun credo, di una libertà "dalla" religione), per cui la loro collisione con l'esercizio della libertà religiosa andrebbe considerata come "a question of freedom of religion versus freedom of religion"²³², ed entrambi gli interessi in competizione esigerebbero forme

FRETWELL WILSON (eds.), *Religious Freedom*, cit., p. 162.

²²⁵ Cfr. *Brief of Baptist Joint Committee for Religious Liberty as Amicus Curiae in Support of Respondents*, 6; *Zubik v. Burwell*, 136 S. Ct. 1557 (2016) (Nos. 14-1418, 14-1453, 14-1505, 15-35, 15-105, 15-119, 15-191), 2016 WL 692850.

²²⁶ Cfr. *Larson v. Valente*, 456 U.S. 228, 245 (1982).

²²⁷ Cfr. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, cit.

²²⁸ Cfr. **D. LAYCOCK**, *Liberty and Justice for All*, cit., p. 55.

²²⁹ Cfr. **J. WM. FRIEDMAN**, *Gender Nonconformity and the Unfulfilled Promise of Price Waterhouse v. Hopkins*, in *Duke J. Gender L. & Pol'y*, vol. 14, 2007, pp. 208-09.

²³⁰ Cfr. **T. BERG**, *Religious Freedom and Nondiscrimination*, cit., pp. 196-198.

²³¹ Cfr. **T. BERG**, *Religious Freedom and Nondiscrimination*, cit., p. 198.

²³² Cfr. **D. ØISTEIN ENDSJØ**, *The Other Way Around?*, cit., p. 7. Cfr. pure **M.G. ROBB**, *Pluralism at Work*, cit., p. 927: "Stephens did not allege religious discrimination, but she could have brought a claim alleging she was fired because she did not share her employer's religious belief about the immutability of sex".



di *religious accommodation*²³³.

In ambito giurisprudenziale, del resto, l'affinità del registro linguistico utilizzata dal legislatore nel *Title VII* con riguardo a entrambe le categorie protette (*because of sex/ because of religion*) non è sfuggita a taluni giudici, che recentemente hanno proposto di considerare come "processi comparabili" la conversione religiosa e il *transgenderism*²³⁴.

Anche sotto il profilo della tutela di una genuina libertà di espressione, religiosa e secolare, è sempre più avvertita l'esigenza della prevenzione di forme di "distorsione del mercato delle idee", che si verificherebbero qualora i poteri pubblici si facessero promotori di specifiche posizioni ideologiche, a detrimento di una autentica inclusiva partecipazione di voci plurali nella sfera pubblica²³⁵.

²³³ **M.G. ROBB**, *Pluralism at Work*, cit., p. 935: "Title VII requires employers to accommodate the religious beliefs of LGBTQ employees, which include their rejection of those religious beliefs holding that LGBTQ identities are sinful".

²³⁴ Cfr. **D.L. FLAKE**, *Using Religion to Protect Transgender Employees*, cit., p. 856, che sottolinea che, in entrambi i casi, la scelta individuale riguarda un cambiamento di *status*, che sarebbe meritevole di protezione avverso forme di illegittima discriminazione. Secondo lo stesso Autore, l'attenzione riservata all'analogia fra il *transgenderism* e la conversione religiosa ha consentito a talune corti di offrire una più ampia tutela all'identità di genere, bypassando l'annosa questione dell'interpretazione dell'espressione "because of sex" (p. 867). In tal senso, si vedano *Schroer v. Billington*, 577 F. Supp. 2d 293, 306-08 (D.D.C. 2008); *Macy v. Holder*, No. 0120120821, 2012 WL 1435995 (EEOC Apr. 20, 2012) (caso in cui la corte ha deferito all'EEOC l'interpretazione del Title VII); *Fabian v. Hospital of Central Connecticut*, 172 F. Supp. 3d, 509, 527 (D. Conn. 2016); *Board of Education of the Highland Local School District v. U.S. Department of Education*, 208 F. Supp. 3d 850, 868-69 n.8 (S.D. Ohio 2016). Questo approccio è stato ripreso dal Sesto Circuito nel caso *Harris Funeral Homes*. La Corte, dopo aver valutato quanto l'elemento del sesso abbia influito sulla decisione di licenziamento, ha richiamato la comparazione fra *transgenderism* e conversione religiosa, facendo riferimento al caso *Schroer*. La logica seguita sarebbe che, come un imprenditore che discrimina il dipendente che muta la propria appartenenza fideistica va a violare la proibizione contenuta nel *Title VII (because of religion)*, allo stesso modo un imprenditore che discrimina un dipendente *transgender* pone in essere una condotta proibita ai sensi dello stesso *Title VII (because of sex)*. L'impresa convenuta in giudizio ha tentato inutilmente di contestare tale analogia, facendo leva sulla circostanza che il sesso, diversamente dalla religione, sia caratterizzato dall'immutabilità, essendo legato a tratti genetici, indipendentemente dal fatto che una persona oggi possa alterare il suo aspetto, anche sottoponendosi a un intervento chirurgico di cambiamento di genere. Questo infatti può solamente incidere su caratteristiche secondarie, ma non può alterare la sua natura biologicamente determinata. Tale motivazione è stata considerata dalla corte come intrinsecamente debole, in quanto il *Title VII* mira a tutelare neutralmente caratteristiche mutabili e immutabili, considerandole ugualmente meritevoli di protezione. Cfr. **D.L. FLAKE**, *Using Religion to Protect Transgender Employees*, cit., p. 877.

²³⁵ Cfr. **C.J. RUSSO**, *Does Religion Have a Place?*, cit.; **A. BROWNSTEIN**, *Constitutional*



La sfida è quindi la ricerca di risposte giuridiche che non interferiscano con i codici di condotta strettamente connessi con i profili identitari di entrambe le appartenenze identitarie²³⁶, affinché rivendicazioni apparentemente in conflitto possano essere temperate, in vista di una minimizzazione dei conflitti sociali che la loro collisione è destinata altrimenti a generare²³⁷.

L'adozione di una "legislazione di compromesso"²³⁸ viene vista, dai più, nel lungo periodo, come l'unica via strategica che consentirebbe di salvaguardare il regime di favore fruito dalle organizzazioni fideistiche, e di temperare la loro libertà di osservare i loro precetti fideistici con il rispetto di altri valori costituzionalmente protetti²³⁹. Si va sviluppando infatti una crescente consapevolezza che la traiettoria del pluralismo, della riconciliazione e del mutuo rispetto appaia nel lungo periodo quella più sostenibile²⁴⁰, che la promozione della diversità ideologica e della tolleranza reciproca debbano costituire "two-ways streets"²⁴¹, e che in definitiva la sopravvivenza delle società democratiche è strettamente connessa alla reciproca "tolleranza" dei gruppi in competizione²⁴².

Si tratta di una traiettoria nella quale tuttavia il ruolo del legislatore si interseca inevitabilmente con quello del giudice, in vista di sviluppare nuove sinergie volte a prevenire o almeno arginare quelle forme di "radicalizzazione" degli interessi in conflitto che abbiano devastanti effetti esclusivi verso minoranze altamente vulnerabili²⁴³.

Basic Values, cit.

²³⁶ Cfr. **W.N. ESKRIDGE, R. FRETWELL WILSON**, *Prospects for Common Ground: Introduction*, cit., p. 22.

²³⁷ Cfr. **A. MADERA**, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, cit., pp. 23-24; **T.C. BERG**, *What Same Sex Marriage and Religious Liberty Claims Have in Common*, in *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, vol. 5, 2010, p. 206 ss.

²³⁸ Cfr. **C. JOHNSON**, *Equality Act Introduced with Great Fanfare*, in *Wash. Blade*, 23 luglio 2015 (<http://www.washingtonblade.com/2015/07/23/equality-actintroduced-with-great-fanfare/>).

²³⁹ Cfr. **C. STEWART, G. SCHAERR**, *Why Religious Conservative Organizations*, pp. 203-204.

²⁴⁰ Cfr. **C. STEWART, G. SCHAERR**, *Why Religious Conservative Organizations*, cit., p. 145, osservano che nonostante l'amministrazione Trump possa infatti temporaneamente ritardare l'espansione dei diritti *LGBT*, nel lungo periodo non possa frenare domande pubbliche sempre più pressanti e supportate da sempre più ampie maggioranze.

²⁴¹ Cfr. **C.J. RUSSO**, *Does Religion Have a Place*, cit.

²⁴² Cfr. **S. LEVITSKY, D. ZIBLATT**, *How Democracies Die*, Crown, New York, 2018.

²⁴³ Cfr. **I.C. LUPU**, *Moving Targets*, cit., p. 1 ss., che ipotizza che le fazioni conservatrici manterranno un atteggiamento di chiusura verso i *LGBT rights* più in sede politica che in quella giudiziaria, rivendicando nella prima un regime di eccezioni sempre più esteso



17 - L'esempio della legislazione sui *same-sex marriages*

La recente esperienza normativa in materia di *same-sex marriages* costituisce un esempio emblematico di come le nuove istanze di progresso sociale trovino più agevolmente accoglienza qualora venga approntato un ragionevole *quantum* di libertà religiosa. In questo settore, la conciliazione degli interessi in competizione è stata facilitata dall'introduzione, per via normativa, di regole di "praticabile compromesso"²⁴⁴, che tutelano le rivendicazioni *LGBT* ma che introducono, allo stesso tempo, appropriate esenzioni per le organizzazioni religiose, approntando forme di accomodamento religioso prefigurato in modo tale da sminuire le sue ricadute sulla società civile, prevedendo all'uopo eventuali misure correttive²⁴⁵. Si delineano così forme di equo contemperamento fra il soddisfacimento delle rivendicazioni *LGBT* e il riconoscimento un adeguato spazio all'esercizio della libertà religiosa. La strada della negoziazione sembra quella più

rispetto alla normativa anti-discriminatoria; **A. MADERA**, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, cit., p. 24.

²⁴⁴ Cfr. **C. STEWART, G. SCHAERR**, *Why Religious Conservative Organizations*, cit., p. 155.

²⁴⁵ Cfr. **R. FRETWELL WILSON**, *Bargaining for Religious Accommodations. Same-Sex Marriage and LGBT Rights After Hobby Lobby*, in **M. SCHWARTZMAN, C. FLANDERS, Z. ROBINSON**, *The Rise of Corporate Religious Liberty*, Oxford University Press, New York, 2016, p. 257 ss., che esamina il bilanciamento realizzato fra le componenti conservatrici e quelle progressiste in diversi Stati in materia di *same-sex marriages*. In particolare, la legislazione dello Utah, il cosiddetto *Utah Compromise*, ha affrontato una serie di questioni critiche per la protezione dei diritti della comunità *LGBT*. Cfr. *Utah Code Ann.* § 34A-5-102(o). Tale legislazione, anche in ambito giuslavoristico, è riuscita a conciliare le rivendicazioni *LGBT* con la preservazione di esenzioni a favore di confessioni religiose organizzazioni religiosamente affiliate e scuole confessionali. Sono state emanate previsioni atte a evitare la discriminazione contro la comunità *LGBT* in ambito lavorativo, prevedendo specifiche misure di accomodamento a loro favore volte a preservare la dignità e la *privacy* di tutti i lavoratori. Questo atto replica le protezioni offerte a determinate classi in ambito giuslavoristico dal *Title VII*, e nel 2015 è stato emendato per ricomprendere l'orientamento sessuale e l'identità di genere. Tuttavia, è prevista una esenzione totale delle organizzazioni religiose e delle loro *integrated subsidiaries* dalla definizione di "employers". Tale previsione include anche scuole e associazioni religiose, "councils, chapters and subsidiaries", alla luce della loro stretta connessione con la comunità fideistica maggioritaria dello Utah. Cfr. **C. STEWART, G. SCHAERR**, *Why Religious Conservative Organizations*, in *J. Legis.*, vol. 46, 2020, p. 152. Cfr. però **T. BERG**, *Religious Freedom and Nondiscrimination*, cit., p. 203 ss., che osserva che il modello dello Utah (*Utah Code Ann.* § 34A-5-112 (West 2015)) presenta sue specifiche caratteristiche, difficilmente ripetibili in altri scenari, in virtù del peso rivestito dalla Chiesa Mormone in quello specifico contesto geografico.



proficua per entrambe le parti in vista del raggiungimento di scelte normative “accettabili” per tutte le parti coinvolte, come è avvenuto a livello di singoli Stati²⁴⁶. A tale livello, diversi atti normativi rivelano la tenuta nel lungo periodo di soluzioni normative di compromesso, che hanno preservato ragionevoli garanzie per l’esercizio della libertà religiosa²⁴⁷.

La legislazione in materia di *same-sex marriages* rivela però pure l’esigenza di distillare accuratamente le circostanze in cui sia opportuno il ricorso a tecniche di protezione della libertà religiosa di carattere specifico e di carattere generico²⁴⁸: tale doppio binario consente di predisporre un equo accomodamento delle istanze di libertà religiosa, sia che provengano dai gruppi religiosi tradizionali, che oggi costituiscono “nuove” minoranze (le cui pretese vanno ragionevolmente tutelate) in un discorso pubblico crescentemente secolarizzato, sia che promanino da appartenenze minoritarie idiosincratiche, che difficilmente riescono a veder soddisfatte le loro istanze nell’ambito dei processi democratici²⁴⁹. Al tempo stesso l’accorto utilizzo di entrambe le tecniche consente di realizzare una più efficace interazione fra diritto politico e diritto giudiziario, mitigando gli eccessi dell’uso di entrambi i poteri: poiché i due strumenti implicano il riconoscimento infatti di un diverso margine di manovra all’autorità giudiziaria, la loro sinergica interazione preserva un ragionevole spazio di negoziazione, arginando il già menzionato rischio di

²⁴⁶ Cfr. **W.N. ESKRIDGE, R. FRETWELL WILSON**, *Prospects for Common Ground: Introduction*; in **W.N. ESKRIDGE, R. FRETWELL WILSON** (eds.), *Religious Freedom*, cit., p. 15; **A. BROWNSTEIN**, *Choosing among Non-negotiated Surrender, Negotiated Protection of Liberty and Equality, or Learning and Earning Empathy*, ivi, p. 33 ss.

²⁴⁷ Cfr. **C. STEWART, G. SCHAERR**, *Why Religious Conservative Organizations*, cit., p. 203.

²⁴⁸ Cfr. **R. FRETWELL WILSON**, *Bargaining for Religious Accommodations*, cit., pp. 261-262.

²⁴⁹ Cfr. **A. MADERA**, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, cit., p. 44, con i relativi richiami bibliografici; **R. FRETWELL WILSON**, *Bargaining for Religious Accommodations*, cit., p. 257 ss.; **ID.**, *When Governments Insulate Dissenters from Social Change: What Hobby Lobby and Abortion Conscience Clauses Teach About Specific Exemptions*, in *University of California Davis Law Review*, vol. 48, 2014, p. 702 ss. Cfr. pure **A.C. CARMELLA**, *Progressive Religion*, cit., pp. 536-537, che fa riferimento alle numerose battaglie sociali progressiste portate avanti dalle organizzazioni religiose, e alla loro vicinanza verso le componenti sociali più vulnerabili. La tutela offerta dal *RFRA* e dal *RLUIPA* ha costituito lo strumento di cui sono avvalse diverse organizzazioni religiose per promuovere talune azioni che, sebbene costituiscano un elemento integrante della loro fede, talora comportano forme di disobbedienza civile verso la normativa statale o le ordinanze locali, e in particolare di opposizione alle recenti politiche anti-immigratorie presidenziali.



una polarizzazione fra narrative in conflitto²⁵⁰.

La fruizione di tale doppio canale consente di predisporre specifiche *rules* vavevoli in specifici contesti normativi in cui siano identificabili prevedibili potenziali conflitti di lealtà fra regole promotrici di forme di cambiamento sociale a i precetti di alcuni gruppi religiosi. In tali circostanze è più facile intervenire *ex ante* mediante l'introduzione di un regime di eccezione dotato di trasparenza e conoscibilità al pubblico, che circoscrive però in maniera chiara classi ristrette di beneficiari e prerogative e obblighi loro spettanti²⁵¹.

Non va trascurata però l'utilità di forme di tutela generica predisposte per via normativa (*RFRA*, *RLUIPA*) che dispiegano le loro precipue finalità ogni qualvolta emergano nuovi e imprevisi conflitti di lealtà fra l'osservanza della legge statale e gli imperativi provenienti dalla coscienza. Le forme di tutela più generica della libertà religiosa articolano *standard* più elastici che permettono al giudice di intervenire *ex post* per ricercare sensibili bilanciamenti fra gli interessi in competizione, in seguito a un accurato esame *ad hoc* delle specifiche circostanze di fatto. Tali forme di tutela generica permettono pertanto di accomodare pure le istanze religiose degli ordini minoritari, sottraendoli all'osservanza di leggi di generale applicabilità²⁵²: esse consentono alla *judicial review* di svolgere un ruolo critico rispetto a politiche pubbliche inclini a favorire le narrative maggioritarie, e favoriscono l'attivazione di meccanismi correttivi volti mitigarne gli effetti di tali politiche nei confronti delle minoranze²⁵³.

In un'era in cui aumentano i conflitti su temi eticamente sensibili, è proprio in sede giudiziaria infatti che emerge l'adeguatezza dei meccanismi, predisposti in sede legislativa, mirati ad arginare non solo

²⁵⁰ Cfr. **D. LAYCOCK**, *Liberty and Justice for All*, cit., p. 62, nota come in materia di *same-sex marriages* l'interazione fra iniziative legislative progressiste a livello di singoli stati e arresti giudiziari (*United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013)) ha facilitato il riconoscimento di tali unioni da parte del governo federale in misura maggiore di quanto sarebbe potuto accadere se la Corte Suprema avesse trovato supporto solo in pronunzie giudiziarie di alcune giurisdizioni statali.

²⁵¹ Cfr. **A. MADERA**, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, cit., p. 44; **R. FRETWELL WILSON**, *Bargaining for Religious Accommodations*, cit., p. 257 ss.; **ID.**, *When Governments Insulate Dissenters from Social Change: What Hobby Lobby and Abortion Conscience Clauses teach About Specific Exemptions*, in *UC Davis Law Review*, Vol. 48, No. 2, 2014, cit., p. 703 ss.

²⁵² Cfr. *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006), *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709, (2005), *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. 352 (2015).

²⁵³ Cfr. **A. MADERA**, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, cit., p. 44, **R. FRETWELL WILSON**, *Bargaining for Religious Accommodations*, cit., p. 257 ss.; **ID.**, *When Government Insulate Dissenters*, cit., p. 702 ss.



l'impatto delle politiche pubbliche sull'esercizio della libertà religiosa, ma pure i costi degli accomodamenti religiosi sui terzi non beneficiari (la cui valutazione oggi costituisce una fase ineludibile dello *strict scrutiny test*)²⁵⁴. La mancanza di tali strumenti compensatori infatti produce un elevato rischio di indebolire la capacità dei soggetti pubblici sia di perseguire finalità di pubblico interesse pur nella salvaguardia del valore primario della libertà religiosa, sia di rintracciare quella *least-restrictive alternative* che consenta realizzare l'interesse pubblico a un costo il più possibile prossimo allo zero²⁵⁵. Al tempo stesso, l'esperienza giurisprudenziale mette in luce che i *third-party burdens* non possono essere assolutizzati, se non a rischio di una transizione di tale parametro da una forma di valutazione delle concrete circostanze di fatto a uno scrutinio di valori che verrebbero astrattamente lesi, con una radicale compressione di ogni forma di libertà di esprimere la propria religiosità²⁵⁶.

Il riconoscimento di forme di *religious accommodation* dovrebbe essere improntato alla implementazione di uno spazio sociale pluralistico ove possano confrontarsi differenti assetti valoriali e non una riduzione della libertà religiosa alla sfera esclusivamente privato/individuale²⁵⁷. Così come la comunità *LGBT* va tutelata in quegli spazi giuridico-sociali dove essa è maggiormente vulnerabile, allo stesso modo le comunità religiose esigono protezione in quei contesti dove esse necessitano in maggiore misura di margini di autoregolazione²⁵⁸. Tuttavia, in quei contesti giuridici in cui si intersecano la sfera secolare e quella religiosa sorgeranno esigenze di calibrare narrative in competizione sulla base di plurali fattori²⁵⁹.

18 - La tutela dell'istituzionalismo religioso e i suoi "ragionevoli" limiti

La presente disamina rivela che nell'ordinamento statunitense sussiste un articolato sistema di tutele a favore dei soggetti collettivi beneficiari di

²⁵⁴ Cfr. D. NEJAIME, R.B. SIEGEL, *Religion Accommodation*, cit., p. 149.

²⁵⁵ Cfr. D. NEJAIME, R.B. SIEGEL, *Religion Accommodation*, cit., p. 156; A. MADERA, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, cit., pp. 28-29, con il relativo apparato bibliografico.

²⁵⁶ Cfr. R.J. KROTOSZYNSKY, "The Devil is in the Details", cit., p. 181.

²⁵⁷ Cfr. D. NEJAIME, R.B. SIEGEL, *Religion Accommodation*, cit., p. 162.

²⁵⁸ Cfr. C. STEWART, G. SCHAERR, *Why Religious Conservative Organizations and Believers should Support The Fairness for All Act*, cit., p. 134.

²⁵⁹ Cfr. C. STEWART, G. SCHAERR, *Why Religious Conservative Organizations and Believers should Support The Fairness for All Act*, cit., p. 197.



protezione dell'esercizio della libertà religiosa. A proposito del significativo ruolo che viene riconosciuto alla dimensione collettiva della libertà religiosa, parte della dottrina parla addirittura "istituzionalismo religioso"²⁶⁰.

Il quadro costituzionale riconosce alle istituzioni religiose una sfera di autonomia con riguardo alle materie di stretta pertinenza confessionale, e ha affermato la proibizione di forme di interferenza giudiziaria in tali profili, in forza di una sorta di "adjudicative disability"²⁶¹.

Discostandosi dalle logiche del bilanciamento che spesso animano i suoi processi decisionali, la Corte Suprema riconosce che in taluni casi la protezione dell'identità religiosa dell'istituzione potrà assumere pertanto carattere "assoluto". In tali casi, le istanze religiose infatti sembrano sottratte a ogni forma di bilanciamento con altri interessi in competizione (incluse le *civil rights laws*). Il margine di autoregolazione riconosciuto agli spazi precipuamente religiosi²⁶² permette il configurarsi di esenzioni religiose che assumono i contorni di una difesa affermativa (*affirmative defence*) più che di una eccezione giurisdizionale (*ministerial exception*)²⁶³.

A tal proposito, la giurisprudenza si è sforzata sia di identificare le "first-order religious institutions" in quelle organizzazioni che "fulfill the unique constitutional functions of religion qua religion" (il cui ruolo peculiare nell'ambito di un quadro costituzionale connotato dai principi del pluralismo e della democrazia le rende meritevoli di una salvaguardia connotata dall'eccezionalismo²⁶⁴), sia di individuare quelle funzioni

²⁶⁰ Cfr. P. HORWITZ, N. TEBBE, *Religious Institutionalism - Why Now?*, in M. SCHWARTZMAN, C. FLANDERS, Z. ROBINSON, *The Rise of Corporate Religious Liberty*, cit., p. 207.

²⁶¹ Cfr. I.C. LUPU, R.W. TUTTLE, *Courts, Clergy, and Congregations: Disputes Between Religious Institutions and Their Leaders*, in *Geo. J.L. & Pub. Pol'y*, vol. 7, 2007, pp. 122-123.

²⁶² Cfr. C. STEWART, G. SCHAERR, *Why Religious Conservative Organizations and Believers should Support The Fairness for All Act*, cit., p. 134.

²⁶³ Cfr. M.A. HELFAND, *Religion's Footnote Four: Church Autonomy as Arbitration*, in *Minn. L. Rev.*, vol. 97, 2013, p. 1892.

²⁶⁴ Cfr. Z. ROBINSON, *What is a "Religious Institution"*, in *Boston College Law Review*, vol. 55, 2014, p. 206 ss, identifica tali istituzioni in quelle dotate di ordinamenti autonomi per le materie di stretta pertinenza religiosa, indirizzate a facilitare l'esercizio della libertà religiosa individuale e dotate di funzioni sociali "democraticamente desiderabili": con questa ultima espressione l'Autrice intende che le istituzioni religiose devono facilitare l'impegno sociale dei loro membri ma al tempo stesso promuovere il valore democratico della separazione fra Stato e confessioni religiose.



religiose precipuamente mirate al culto e alla formazione religiosa, che sono vitali per la perpetuazione delle comunità fideistiche²⁶⁵.

Le esenzioni religiose previste dal legislatore in specifici atti normativi (*Sections 702-703 del Civil Rights Act*), la cui coerenza con il testo costituzionale è stata riconosciuta dalla Suprema Corte, riguardano tutti i dipendenti che svolgono funzioni non-ministeriali. Tali esenzioni non assicurano una immunità assoluta, ma hanno una portata circoscritta, legata alla sussistenza delle circostanze previste dallo stesso atto normativo, che andrà accertata caso per caso in sede giudiziaria. Le corti a tal proposito ricorrono a test multifattoriali e dottrine flessibili per individuare le entità beneficiarie di tali esenzioni. La protezione offerta da tali previsioni normative sembra intesa non limitatamente alla possibilità di assumere soggetti aderenti alla stessa fede bensì come inclusiva, in una certa misura, della possibilità di richiedere il rispetto di *standard* di condotta fideisticamente motivati (purchè questi siano resi preventivamente conoscibili ai dipendenti), volti a forgiare l'identità di una comunità religiosa²⁶⁶. Alla luce di un approccio egualitario, le organizzazioni religiose non possono, in ogni caso, essere soggette a un trattamento deteriore rispetto a quelle secolari.

Le corti dovranno operare un appropriato bilancio fra l'interesse pubblico alla minimizzazione di forme di discriminazione fondata sul sesso e l'interesse costituzionalmente protetto a evitare forme di interferenza nei processi decisionali interni delle organizzazioni religiose²⁶⁷. In tal senso, l'adozione di codici di condotta *gender-neutral* facilita una analisi giudiziaria improntata alla ragionevolezza.

Tale idea aperta di pluralismo non implica una rigorosa esclusione delle *faith-based organizations* dall'accesso a forme di supporto pubblico, se appositi percorsi normativi e giurisprudenziali vengono individuati al fine di riconciliare l'efficacia della loro attività di servizio verso la collettività con la promozione del loro messaggio religioso²⁶⁸.

Il valore del pluralismo e dell'autonomia religiosa risultano meritevoli di ampia salvaguardia; tuttavia stringenti interessi pubblici

²⁶⁵ Cfr. C. STEWART, G. SCHAERR, *Why Religious Conservative Organizations and Believers should Support The Fairnes for All Act*, cit., p. 147.

²⁶⁶ Cfr. J.A. DAVIDS, *Religious Colleges'*, cit., p. 461.

²⁶⁷ Cfr. S.N. PHILLIPS, *A Text-Based Interpretation*, cit., p. 340.

²⁶⁸ Cfr. C. STEWART, G. SCHAERR, *Why Religious Conservative Organizations and Believers should Support The Fairnes for All Act*, cit., p. 182, che fa riferimento al *Fairness for All Act*, in precedenza esaminato, che riesce a trovare un compromesso fra le opposte esigenze di tutela dei diritti LGBT e di protezione della libertà religiosa.



possono impedire il soddisfacimento di alcune istanze, che pur si ammantano della qualifica della religiosità, in quanto i “costi” di un incontrollato numero di pretese religiosamente auto-qualificate non possono essere sottovalutati: una sovra-espansione della qualifica della religiosità rischia infatti di indebolire la protezione costituzionalmente offerta alle organizzazioni religiose in senso stretto²⁶⁹.

Acuta dottrina ha osservato che quando un diritto divenga *over-inclusive*, rischia di divenire “politicamente vulnerabile”, in quanto più facilmente verrà sollecitata l’introduzione di limitazioni al suo accesso²⁷⁰. In questo senso, un ampliamento della protezione costituzionalmente offerta alle organizzazioni religiose, al fine di includere istituzioni *borderline*, rischia di indebolire tale tutela a detrimento di quelle strutture a cui le *Religion Clauses* specificamente si indirizzano, diluendo il carattere della specialità delle garanzie costituzionalmente offerte²⁷¹.

Considerare tutte le istituzioni che hanno una minima componente religiosa come istituzioni fideistiche non realizzerebbe i fini che il testo costituzionale si propone di perseguire²⁷². Un riconoscimento di una “assoluta sovranità” a un numero eccessivamente ampio di soggetti non risulta infatti democraticamente sostenibile: come il caso *Smith* ha ampiamente dimostrato, forzare i giudici a riconoscere che ogni soggetto può essere “a law unto oneself”, può implicare una reazione giudiziaria di allarmato livellamento in basso del *budget* di protezione garantita, con un consequenziale azzeramento di ogni regime di esenzioni.

Una limitazione delle istituzioni che possono qualificarsi come religiose non implica tuttavia sottrarre alle stesse ogni forma di tutela, in senso ampio, di cui queste possono godere ai sensi delle *Religion Clauses*. La Suprema Corte, del resto, non ha mai dato una definizione della nozione di religione, accogliendo una pluralità di credenze e convinzioni non solo religiose, ma pure filosofiche, sotto l’ombrello delle *Religion Clauses*, e reputandole talora meritevoli di accomodamento²⁷³.

Tuttavia, quegli spazi in cui la religiosità è maggiormente attenuata (come le imprese commerciali), sebbene non debbano essere soggetti a forme di neutralizzazione religiosa e restino luoghi dove l’appartenenza

²⁶⁹ Cfr. Z. ROBINSON, *What is a “Religious Institution”*, cit., p. 231.

²⁷⁰ Cfr. Z. ROBINSON, *What is a “Religious Institution”*, cit., pp. 232-233.

²⁷¹ Cfr. Z. ROBINSON, *What is a “Religious Institution”*, cit., pp. 232-233.

²⁷² Cfr. Z. ROBINSON, *What is a “Religious Institution”*, cit., pp. 232-233.

²⁷³ Cfr. *Torcaso v. Watkins*, 367 U.S. 488, 495 (1961); *Frazee v. Illinois Department of Employment Security*, 489 U.S. 829 (1989); *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965); *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970).



fideistica può godere di libertà espressiva, non potranno essere immuni all'osservanza di regole di carattere generale²⁷⁴. Tali istituzioni godranno semplicemente di un minore livello di protezione, che rimane esposta a uno *standard* di *judicial review* meno stringente, che implica una più elevata possibilità di soccombere di fronte a stringenti interessi pubblici.

Il ritorno a criteri più rigorosi nella valutazione delle istanze di tutela della libertà fideistica nella sua dimensione associativa implicano pertanto una drastica riduzione della possibilità che le organizzazioni *for profit* possano beneficiare di esenzioni religiose, qualora la loro natura confessionale non risulti agevolmente percepibile.

19 - Conclusioni

La promozione di un siffatto modello, che riesca a conciliare le esigenze di libertà religiosa con quelle di non discriminazione, richiede un forte impegno collaborativo fra tutti gli attori sociali, in vista della promozione dei valori del pluralismo e della democrazia, che implicano il rispetto di tutte le forme di diversità e dell'eguale libertà espressiva di tutti i soggetti ideologicamente orientati. L'ordinamento statunitense non dovrebbe discostarsi dalla tradizionale logica del ragionevole accomodamento, che spesso ha consentito la gestione della diversità religiosa e l'integrazione di identità plurali che non condividono il medesimo patrimonio assiologico. E' necessaria, a tal fine, una rinnovata consapevolezza pubblica del ruolo sociale rivestito dalle organizzazioni religiose, che molto spesso hanno cooperato per assicurare la sostenibilità del *welfare system*. Il riconoscimento del loro fattivo contributo alla realizzazione di finalità condivise implica non costringere tali istituzioni a rinunciare alla loro identità religiosa al fine di continuare a promuovere le loro opere di apostolato²⁷⁵.

L'esclusione di enti religiosamente affiliati (scuole, ospedali e agenzie di adozione religiosamente affiliate) da numerosi settori del sociale non facilita la realizzazione di interessi pubblici, bensì riduce il numero degli attori sociali che operano in un determinato settore, con una inevitabile riduzione della quantità dei servizi accessibili alla comunità²⁷⁶.

²⁷⁴ Cfr. C. STEWART, G. SCHAERR, *Why Religious Conservative Organizations and Believers should Support The Fairnes for All Act*, cit., p. 149.

²⁷⁵ Cfr. *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc., v. Comer*, cit.

²⁷⁶ Cfr. A. MADERA, *The Impact of Coronavirus on Public Funding of Religious Organizations*, in *Canopy Forum*, 2 ottobre 2020, "Law, Religion, and the Coronavirus in the United States: A Six Month Assessment" (<https://canopyforum.org/2020/10/02/the-impact-of->



Al tempo stesso, la nuova sfida per numerose organizzazioni religiosamente affiliate potrebbe essere quella della diffusione del proprio patrimonio assiologico senza assumere atteggiamenti “esclusivi” verso peculiari categorie, bensì garantendo un rispettoso mantenimento delle distanze dalle scelte etico-morali di carattere privato del loro personale, che non metta a repentaglio la loro identità religiosa. Tale apertura delle *faith-based organizations* verso tutte le componenti della società civile andrebbe operata non per evitare la perdita potenziale di possibili benefici giuridico-economici (come l’accesso a forme di pubblico finanziamento) bensì per muoversi in maggiore coerenza con il loro ruolo sociale e per cogliere una preziosa occasione di manifestare il loro impegno alla promozione della diversità e del pluralismo²⁷⁷.

L’irrigidimento su posizioni conservatrici al contrario aumenta il rischio di un progressivo isolamento rispetto alla società civile e di un graduale affievolimento della loro influenza morale²⁷⁸. Al contrario, una ragionevole accoglienza di narrative liberali e progressiste implica un “responsabile” uso della libertà religiosa riconosciuta nell’ambito del “free exercise space”²⁷⁹, può arricchire il dibattito pubblico e favorire nuove dinamiche sociali, in vista di un più fattivo contributo degli aggregati religiosamente connotati a una compiuta integrazione di tutte le minoranze in una società che si professa genuinamente inclusiva²⁸⁰.

coronavirus-on-public-funding-of-religious-organizations/).

²⁷⁷ Cfr. R. FRETWELL WILSON, *Squaring Faith and Sexuality*, cit., p. 393 e pp. 476-477.

²⁷⁸ Cfr. R. FRETWELL WILSON, *Squaring Faith and Sexuality*, cit., pp. 476-477.

²⁷⁹ A.C. CARMELLA, *The Protection of Children and Young People: Catholic and Constitutional Visions of Responsible Freedom*, in *Boston College Law Review*, vol. 44, 2003, p. 1031.

²⁸⁰ A tal proposito, gli ordinamenti confessionali sono dotati di intrinseche risorse che consentono in una certa misura il dinamismo e la flessibilità dell’insegnamento religioso e che li inducono a relazionarsi con la realtà secolare, facilitando il dialogo e la comunicazione con le narrative dominanti nel contesto sociale esterno. Cfr. D. ØISTEIN ENDSJØ, *The Other Way Around?*, cit., p. 4, che osserva che le narrative religiose non hanno un atteggiamento uniforme di chiusura verso l’identità di genere e l’orientamento sessuale, bensì rivelano una pluralità di sfumature. Molte materie eticamente sensibili sono oggetto di un processo di ripensamento nell’ambito di diverse tradizioni religiose, in vista di una rinnovata sollecitudine verso tutte le situazioni di vulnerabilità. Alcuni gruppi religiosi non hanno una visione univocamente condivisa in materia di sessualità e al loro interno si sviluppano anche correnti maggiormente progressiste. Cfr. A.C. CARMELLA, *Progressive Religion*, cit., p. 544 e p. 575 ss., che sottolinea come prima che la Corte Suprema si pronunziasse a favore delle unioni monosessuali e venissero legalizzate le unioni fra persone dello stesso sesso, diversi gruppi confessionali (Battisti, Luterani, Universalisti Unitari) hanno anticipato la legislazione statale, solennizzando o impartendo benedizioni a tali unioni (al fine di manifestare vicinanza a tali coppie), o



hanno addirittura chiesto in giudizio la dichiarazione di illegittimità delle proibizioni contenute nella legislazione di alcuni Stati. Per una ricostruzione dell'atteggiamento della Chiesa Cattolica, improntato a una progressiva apertura verso la comunità *LGBT*, e con peculiare riguardo alla sollecitudine manifestata da Francesco verso tutti coloro che si trovano in situazioni di periferia esistenziale, cfr. **J. GRAMMICK**, *From Conflict to Cohesistence*, in W.N. ESKRIDGE, R. FRETWELL WILSON (eds.), *Religious Freedom*, cit., p. 254.