

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa*

Chiara De Santis

SOMMARIO: 1. La libertà religiosa nella Costituzione federale e nella giurisprudenza della Corte Suprema. - 2. Il difficile rapporto tra giurisprudenza costituzionale e legislazione federale: il *Religious Freedom Restoration Act*. - 3. *The most favored right*: la libertà religiosa nelle decisioni recenti della Supreme Court. - 3.1. Da *Hosanna-Tabor* a *Hobby Lobby*: l'avvento della *corporate religious liberty*. - 3.2. La giurisprudenza in materia di obiezione di coscienza. - 3.3. Covid-19 e libertà di culto: la consacrazione del *most favored nation approach*. - 3.4. *Fulton v. Philadelphia*: quel che resta di *Smith*. - 4. Uno sguardo al futuro

1. La libertà religiosa nella Costituzione federale e nella giurisprudenza della Corte Suprema

Non è un caso che il *Bill of Rights* statunitense si apra con la solenne proclamazione della libertà religiosa, scolpita nel Primo Emendamento¹ alla Costituzione di Philadelphia, le cui radici storiche risentono, tra i tanti apporti culturali, di quello del Puritanesimo dei primi coloni americani esiliati dalla madrepatria inglese.

La tutela della *religious freedom*², declinata nell'*Establishment Clause* e nella *Free Exercise Clause*, introduce, significativamente, il catalogo americano dei

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ US Const., Amend. I: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

² Collocare queste nostre riflessioni sulla libertà religiosa nell'ambito di una ricostruzione storica ampia e generale del concetto in questione richiederebbe una digressione che è impossibile svolgere in questa sede. Sia consentito richiamare il fondamentale lavoro di F. Ruffini, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Torino, 1901; Milano, 1967, con una prefazione di A.C. Jemolo. Separatismo, comunitarismo e laicismo sono concetti tutt'altro che univoci e sottoposti alle enormi trasformazioni determinate dalla globalizzazione, dalla trasformazione degli equilibri sovranazionali, dalla capacità dei flussi

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

diritti e, insieme alla *freedom of speech*, protetta dalla medesima norma, rappresenta da sempre il terreno privilegiato di emersione del c.d. *American Exceptionalism*.

In generale, l'ordinamento statunitense accorda alla libertà religiosa latamente intesa uno status di protezione particolarmente ampio; la Costituzione, infatti, prescrive ed impone, al legislatore così come a tutti i titolari dei poteri pubblici³, la più completa neutralità rispetto alle confessioni religiose e altresì rispetto all'ateismo; com'è noto, per effetto dell'*incorporation*⁴ del *Bill of Rights*, il Primo Emendamento vincola i singoli Stati al pari del Congresso e dell'amministrazione federale.

migratori di modificare le demografie nazionali, dal multiculturalismo che è un fenomeno essenzialmente dinamico. Tali concetti vanno dunque usati a nostro sommo avviso sempre all'interno di una precisa contestualizzazione di storie e tradizioni giuridiche e costituzionali diverse.

Per quanto concerne più specificamente il contesto statunitense si vedano altresì, *ex multis*, V. Valentini, *Gli Stati Uniti e la religione: separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, Padova, 2010; M.W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 *Harr. L. Rev.* 1409 (1990); N. Feldman, *The Intellectual Origins of the Establishment Clause*, 77 *N.Y.U. L. Rev.* 346 (2002); F.M. Gedicks, *Fundamentalism, Spirituality, and Church - State Relations in the United States*, in B. Pozzo (ed.), *Multiculturalisms: Different Meanings and Perspectives of Multiculturalism in a Global World*, Durham (NC), 2008.

³ Anche se la norma menziona esplicitamente solo il Congresso, negli Stati Uniti è pacifico che essa si riferisca in generale a tutti i soggetti pubblici.

⁴ L'elaborazione da parte della Corte Suprema della c.d. *incorporation doctrine* del *Bill of Rights* rappresenta uno degli snodi fondamentali per la costruzione dell'edificio statunitense dei diritti e segna una tappa cruciale nell'evoluzione dell'interpretazione del testo costituzionale. Com'è noto, la Corte aveva tradizionalmente sostenuto ed esplicitamente affermato - nel caso *Barron v. Baltimore*, 32 US 243 (1833) - che il *Bill of Rights* (i.e. i primi dieci Emendamenti costituzionali) vincolasse soltanto il governo e gli organi federali, risultando quindi privo di cogenza nei confronti dei singoli Stati. Il detonatore per i futuri sviluppi della teoria dell'*incorporation* è rappresentato dall'adozione, dopo la Guerra Civile, del Quattordicesimo Emendamento, il cui testo ricalca, almeno in parte, la formulazione del Quinto; tuttavia, è soltanto nel corso del Novecento che la Corte arriverà a dispiegare pienamente le virtualità della nuova norma, facendo leva su un'interpretazione sostanziale - *substantive* - della *Due Process Clause* ivi contenuta. Il contesto in cui la dottrina dell'*incorporation* muove i suoi primi passi è quello della c.d. *Lochner Era* e della legislazione sociale del *New Deal*, inizialmente fortemente osteggiata dalla Supreme Court. Anche se non è possibile dar conto in questa sede di tutti gli snodi giurisprudenziali che hanno plasmato l'evoluzione dell'*incorporation*, si può dire che nel tempo il ricorso dei giudici di Washington a tale teoria abbia percorso essenzialmente due strade: la prima - a cui ci riferiamo nel testo - è quella della *selective incorporation* dei diritti sanciti dal *Bill of Rights* nei confronti degli Stati della Federazione; si è trattato, appunto, di un'integrazione operata dalla Corte in modo selettivo, senza imporre in blocco agli Stati l'intero catalogo dei diritti,

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Nelle pagine che seguono, ci concentreremo soprattutto su questioni che concernono il versante del *Free Exercise*, nella sua duplice accezione di *freedom to believe* e *freedom to act*, anche se, come vedremo, vi sono inevitabilmente dei punti di tangenza tra questa clausola e l'*Establishment Clause*, dei temi che non solo ne portano alla luce le reciproche interazioni, ma lasciano altresì emergere la difficoltà di tracciare una precisa linea di demarcazione tra le due previsioni, tra ciò che la prima clausola esige e ciò che la seconda consente (il c.d. *play in the joints*, per usare il lessico della Corte). Per il momento basti dire che, mentre la giurisprudenza sull'*Establishment Clause* si è rivelata complessivamente ondivaga e difficilmente suscettibile di una lettura univoca, quella sul *Free Exercise* ha conosciuto fasi alterne, ma estremamente riconoscibili per quanto riguarda gli orientamenti adottati dalla Corte in materia di religione.

Il tema oggetto del nostro interesse concerne specificamente l'atteggiamento della Supreme Court rispetto alle c.d. *religious exemption* o *accommodation*, cioè quelle ipotesi in cui la religione può assurgere a motivo di

ma elaborandola e articolandola per tappe successive, che corrispondono ad altrettante pronunce giurisprudenziali, enucleando puntualmente di volta in volta i diritti incorporati. Ai nostri fini, si vedano, in tema di *Free Exercise*, le sentenze *Hamilton v. Regents of the University of California*, 293 US 245 (1934) e *Cantwell v. Connecticut*, 310 US 296 (1940). Ancor più difficile è accennare soltanto alla seconda strada intrapresa dalla Corte Suprema - quella della c.d. *free incorporation* - che, valorizzando il concetto di *liberty* di cui al Quattordicesimo Emendamento, nonché le potenzialità dell'interpretazione *substantive* della clausola del *Due Process*, ha fatto di tale norma la valvola di apertura dell'ordinamento statunitense a nuovi diritti non contemplati dal testo costituzionale, *in primis* quelli afferenti all'ampissimo concetto americano di *privacy*, saldando questo metodo di *incorporation* alla dottrina della *Living Constitution* sull'interpretazione della Costituzione; sul punto si veda A. Buratti, *Western Constitutionalism. History, Institutions, Comparative Law*, Torino, 2019, p. 133 ss; nello specifico, sul tema della *privacy*, si veda A. Di Martino, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2018.

Data la vastità della letteratura sul tema dell'*incorporation*, ci limitiamo a richiamare, senza alcuna pretesa di esaustività: C. Fairman - S. Morrison, *The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights: the incorporation theory*, New York, 1970; M.K. Curtis, *No state shall abridge: the Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Durham (NC), 1986; G.E. White, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge, 2000; A. Sarat (ed.), *Human Rights and Legal Judgments: The American Story*, Cambridge, 2017; J.H. Israel, *Selective Incorporation Revisited*, 71 *Geo. L. J.* 253 (1982); A.R. Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, 101 *Yale L. J.* 1193 (1992); G.N. Magliocca, *Why Did the Incorporation of the Bill of Rights Fail in the Late Nineteenth Century?*, 94 *Minn. L. Rev.* 102 (2009); C.R. Green, *Incorporation, Total Incorporation, and Nothing but Incorporation?*, 24 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 93 (2015); A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Diritti Comparati* n. 1/2020; K.T. Lash, *Re-Speaking the Bill of Rights: A New Doctrine of Incorporation*, disponibile su www.papers.ssrn.com (2021).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

una deroga, nei confronti di un soggetto o di una categoria di individui, dall'obbedienza ad una legge o ad una normativa generalmente vincolante; la ragion d'essere della *religious exemption* è evitare che il singolo si trovi costretto a scegliere tra seguire i dettami della propria coscienza e obbedire ai vincoli che discendono dalla cittadinanza e dall'appartenenza alla comunità politica⁵. La questione si lega strettamente a quella delle discriminazioni su base religiosa, vietate ai sensi del Primo Emendamento, dal momento che, in determinate condizioni, negare al singolo l'*exemption* ed esigerne la *compliance* alla legge può concretare un'incisione del suo diritto costituzionale al *Free Exercise* e quindi una forma di discriminazione.

Per quanto ci è possibile dare conto in questa sede, si può dire che la Corte abbia attraversato una prima fase di tendenziale diffidenza verso le *religious exemption*, interpretando la neutralità che la Costituzione impone nei confronti della religione in maniera particolarmente rigida, poco incline a fornire ai singoli giustificazioni per sottrarsi al rispetto delle normative più disparate, salvo rare eccezioni⁶ e ribadendo, anche a prezzo di decisioni impopolari, la necessità di una netta separazione tra Stato e fede religiosa, nelle sue diverse declinazioni⁷.

La svolta sul fronte delle *religious exemption* si è verificata nel 1963 con la pronuncia *Sherbert v. Verner*⁸; la controversia aveva ad oggetto il diritto al sussidio di disoccupazione da parte di una persona licenziata per essersi rifiutata di lavorare il sabato, giorno di riposo secondo la propria fede. La

⁵ Sul tema delle *religious exemption* prima delle recenti svolte della Corte Suprema analizzate nel testo un'efficace panoramica d'insieme è offerta dal volume di A. Sarat (ed.), *Legal responses to religious practices in the United States: accommodation and its limits*, Cambridge, 2012.

⁶ Si pensi al brusco cambiamento di fronte tra la Corte Hughes e la Corte Stone sulla costituzionalità dell'obbligo del saluto alla bandiera, prima affermata in *Minersville School District v. Gobitis*, 310 US 586 (1940), e poi smentita, soltanto tre anni dopo, con un clamoroso *overruling*, nel caso *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943). Come esempio contrario, si consideri l'atteggiamento della Corte nei confronti delle c.d. *blue law*, le leggi che imponevano la chiusura domenicale degli esercizi commerciali a scapito dei negozianti di fede ebraica, la cui costituzionalità è stata più volte ribadita dalla Corte Warren.

⁷ Si pensi ad *Engel v. Vitale*, 370 US 421 (1962) e a *School District of Abington Township v. Schempp*, 374 US 203 (1963) con cui la Corte Warren ha sancito l'incostituzionalità, ai sensi dell'*Establishment Clause*, della preghiera e della lettura della Bibbia nelle scuole pubbliche. Si veda, però, in senso parzialmente contrario, la recentissima pronuncia *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 US _ (2022). Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte analoga a quella da noi prospettata si veda I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *The Radical Uncertainty of Free Exercise Principles: A Comment on Fulton v. City of Philadelphia*, 5 *Am. Const. Soc'y Sup. Ct. Rev.* 221 (2021).

⁸ *Sherbert v. Verner*, 374 US 398 (1963).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Corte Warren, sancendo l'illegittimità del rifiuto del sussidio, elaborò il c.d. *Sherbert test*; in sostanza, le leggi suscettibili di incidere la libertà religiosa avrebbero dovuto superare uno *strict scrutiny*, soddisfacendo essenzialmente due condizioni: la sussistenza di un *compelling interest* statale alla cui tutela la legge doveva essere finalizzata e il carattere *narrowly tailored* della legge stessa, il cui *burden* sulla *religious freedom* non doveva andare al di là di quanto strettamente necessario per proteggere il suddetto interesse pubblico⁹.

Si apriva così una stagione di maggiore propensione, da parte della Corte, ad accogliere istanze di tutela fondate su motivi religiosi e quindi una maggiore flessibilità nel riconoscere il diritto all'*accomodation* per ragioni di fede nei confronti di leggi federali e statali.

Tuttavia, l'operatività dello *Sherbert test* era destinata ad essere fortemente ridimensionata dalla sentenza *Employment Division v. Smith*¹⁰, emessa dalla Corte Rehnquist nel 1990; in questo caso, la maggioranza dei giudici, con una *opinion* a firma del Justice Scalia, esclude l'applicabilità del test *Sherbert* a fronte di una normativa neutrale e generalmente applicabile - nel caso di specie, si trattava di una norma penale incriminatrice¹¹ - che non avesse come oggetto immediato e diretto la pratica religiosa, ma si limitasse a colpire la libertà sancita dalla *Free Exercise Clause* solo in maniera incidentale e, potremmo dire, di riflesso; al singolo risultava quindi preclusa la possibilità di invocare un'eccezione alla legislazione generale in ragione della propria fede.

La sentenza *Smith*, che sembrava porre un argine ben saldo alle *religious exception*, non solo è risultata sin da subito indigesta ad una parte non irrilevante dell'opinione pubblica e della cultura giuridica americane¹², ma

⁹ Il principio stabilito dalla Corte Warren sarebbe stato ribadito qualche anno dopo dalla Burger Court nel caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 US 205 (1972), sul diritto degli Amish a sottrarre i propri figli all'obbligo scolastico, superata una certa età, per poter completare la loro educazione secondo le prescrizioni della loro fede. Sovente, infatti, si parla anche di test *Sherbert-Yoder* per indicare lo standard tracciato dalla Corte nei due casi.

¹⁰ *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 US 872 (1990).

¹¹ Anche in questo caso la questione verteva sul diritto all'*unemployment compensation* da parte di due individui licenziati per aver fatto uso di peyote, un allucinogeno che viene regolarmente somministrato durante i riti della Native American Church cui i due soggetti appartenevano e il cui consumo era però vietato, *senza eccezioni*, ai sensi della legislazione dell'Oregon sugli stupefacenti. Pronunciandosi per la costituzionalità del divieto, la Corte Suprema ribaltò le decisioni delle corti inferiori.

¹² È impossibile dar conto integralmente del vastissimo dibattito suscitato dalla sentenza *Smith*; sia consentito richiamare, *ex multis*, D. Laycock, *The Remnants of Free Exercise*,

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

soprattutto, ha suscitato perplessità e difficoltà interpretative ed applicative anche tra quanti dividevano la sostanza della decisione. In particolare, il dibattito si è concentrato sui caratteri della neutralità e dell'applicabilità generale che avrebbero posto la legge al riparo dallo *strict scrutiny*; se la neutralità sembra alludere semplicemente ad una legge scevra di intenti discriminatori nei confronti della religione¹³, assai più problematico si è rivelato stabilire che cosa conferisca ad una normativa il requisito della *general applicability*. I detrattori di *Smith* hanno poi strumentalizzato questo requisito fino a svuotarlo di contenuto, pretendendo che una legge, per potersi definire *generally applicable*, non contenga alcuna eccezione o deroga di sorta, ipotesi estremamente difficile da riscontrare nella pratica della normazione. Quest'approccio, che, come vedremo, si va affermando prepotentemente nella più recente giurisprudenza della Supreme Court, trova la sua matrice nella sentenza del 1999 *Fraternal Order of Police v. Newark*¹⁴, la cui *majority opinion* è a firma di Samuel Alito, allora giudice della Corte d'Appello del III Circuito e oggi, forse, l'Associate Justice che, più degli altri colleghi conservatori, sta imprimendo il proprio marchio sul nuovo corso intrapreso dai giudici di Washington in tema di religione.

2. Il difficile rapporto tra giurisprudenza costituzionale e legislazione federale: il *Religious Freedom Restoration Act*

Le frizioni provocate da *Smith* non si sono di fatto mai sopite e il diffuso malcontento nei confronti di questa pronuncia è sfociato, abbastanza

1990 *Sup. Ct. Rev.* 1; M.W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 *U. Chi. L. Rev.* 1109 (1990). *Contra* si veda W.P. Marshall, *In Defense of Smith and Free Exercise Revisionism*, 58 *U. Chi. L. Rev.* 308 (1991).

¹³ Come si vedrà tra breve, anche l'interpretazione di questo requisito è cambiata nel tempo perché, se *Smith* sembrava suggerire un'analisi incentrata esclusivamente sull'*oggetto* della legge, che doveva evitare di isolare (*single out*) la pratica religiosa adottando restrizioni *ad hoc*, negli ultimi anni l'analisi della Corte si è andata sempre più spostando sul versante degli *effetti* della legislazione, prescindendo dal valutare se l'eventuale discriminazione da essa prodotta sia o meno il frutto di una reale ostilità del legislatore verso la religione.

¹⁴ *Fraternal Order of Police v. City of Newark*, 170 F.3d 359 (3d. Cir. 1999); tale sentenza riguardava la costituzionalità del regolamento del Police Department di Newark, che imponeva ai poliziotti di essere completamente sbarbati, con la sola eccezione delle ragioni di salute. La normativa era stata impugnata da un gruppo di poliziotti musulmani sunniti che rivendicavano il diritto ad un'esenzione, essendo obbligati dalla propria religione a portare la barba; i giudici del III Circuito accolsero il ricorso, negando la natura generalmente applicabile del regolamento in quanto contemplava già la *medical exemption*.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

rapidamente, in un intervento del Congresso che, nel 1993, durante la Presidenza Clinton, ha tentato di ripristinare, per quanto possibile, lo *Sherbert test*, seppure, ovviamente, solo a livello di *statutory law* e quindi di legislazione ordinaria.

Il *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) si proponeva apertamente di restituire vigenza al *compelling interest test* delineato da *Sherbert* e *Yoder*¹⁵; la sussistenza di tale interesse pubblico doveva essere dimostrata in tutti i casi in cui una legge federale o statale, pur neutrale e *generally applicable*, arrecasse un *substantial burden* alla libertà religiosa del soggetto, mentre il requisito del carattere *narrowly tailored* della legge veniva meglio esplicitato con la formula del *least restrictive means*, vale a dire l'assenza di strumenti alternativi ugualmente idonei a perseguire il suddetto interesse, ma meno invasivi della *religious freedom*. In sostanza, per le leggi suscettibili di limitare, sia pure incidentalmente, la libertà religiosa, si imponeva nuovamente lo *strict scrutiny*, a fronte del più facilmente superabile *rational basis test* indicato da *Smith*.

Vale la pena segnalare - e non è scontato come potrebbe apparire - che il RFRA, nel fornire una definizione di *exercise of religion*, faceva espressamente riferimento a come questo concetto è stato elaborato *under the First Amendment to the Constitution*.

Come già accennato, il RFRA era stato concepito, nelle intenzioni dei suoi estensori, come vincolante anche nei confronti delle leggi dei singoli Stati; tuttavia, nel 1997, la Corte Suprema, pronunciandosi sul caso *City of Boerne v. Flores*¹⁶, ha ritenuto il RFRA esorbitante dai poteri del Congresso e lesivo delle competenze statali, considerandolo quindi validamente applicabile solo in ambito federale¹⁷.

¹⁵ Cit. *supra* n. 9.

¹⁶ *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507 (1997).

¹⁷ La motivazione della Corte è in gran parte incentrata sull'abuso, da parte del Congresso, dei poteri conferitigli dall'*Enforcement Clause* di cui al Quattordicesimo Emendamento, *Sec. 5*, utilizzata come base giuridica del RFRA, e solo marginalmente sull'usurpazione del ruolo della Corte Suprema ad opera delle Camere. Questo profilo è invece valorizzato da M.A. Hamilton, *The Religious Freedom Restoration Act is Unconstitutional, Period*, 1 U. Pa. J. Const. L. 1 (1998), che opinabilmente suggerisce altresì che il Congresso abbia violato l'Art. V della Costituzione, che ne configura la procedura di revisione, introducendo, tramite il RFRA, una modifica surrettizia del dettato costituzionale. *Contra* si veda M.W. McConnell, *Institutions and Interpretation: A Critique of City of Boerne v. Flores*, 111 Harv. L. Rev. 153 (1997); D. Laycock, *Conceptual Gulfs in City of Boerne v. Flores*, 39 Wm. & Mary L. Rev. 743 (1998); entrambi sostengono che il Congresso abbia agito nel pieno delle proprie prerogative, essendo l'operato delle Camere svincolato da quel principio di *self-restraint* che invece dovrebbe guidare le decisioni della Corte.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Per tutta risposta, nel 2000 il Congresso ha varato il *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA) che si affianca al RFRA per quanto concerne la sola legislazione federale, disciplinando la tutela della libertà religiosa in alcuni specifici ambiti. Questo secondo *statute* sembra però in parte sovrapporsi al precedente, avanzando una diversa e forse più pervasiva definizione del concetto di *exercise of religion* che abbraccia «any exercise of religion, whether or not compelled by, or central to, a system of religious belief»; come vedremo, il fatto che la nuova definizione sia priva di un puntuale aggancio al Primo Emendamento ha generato, in dottrina come in giurisprudenza, non poche speculazioni circa il suo significato, che non sembra limitarsi a richiamare la prassi applicativa e interpretativa delle clausole sulla religione precedente a *Smith*.

Parallelamente, quasi la metà degli Stati della Federazione si sono autonomamente dotati di propri RFRA, ad opera delle proprie assemblee legislative, riproducendo fedelmente l'impianto dello *statute* federale dichiarato inapplicabile; in qualche altro Stato, poi, sono state le corti ad enucleare principi giurisprudenziali di contenuto equivalente al RFRA¹⁸.

È importante precisare, tuttavia, che, nonostante il clima di *favor* sempre più accentuato verso la libertà religiosa negli ultimi anni, la Supreme Court ad oggi non si è mai pronunciata per il completo *overruling* di *Smith*, a dispetto delle molte sollecitazioni ricevute in questo senso, e tale sentenza costituisce tuttora diritto vigente e applicabile nei diversi Stati che non hanno provveduto ad emanare un proprio RFRA.

3. *The most favored right*: la libertà religiosa nelle decisioni recenti della Supreme Court

Peraltro, a differenza di quanto ci si sarebbe potuti aspettare, il ridimensionamento del RFRA, avvenuto ad opera della Corte a seguito di *City of Boerne*, non è stato affatto foriero di un parallelo riposizionamento della *religious freedom* nella giurisprudenza della Corte stessa; anzi, si può dire che gli anni Duemila e il successivo decennio abbiano invece segnato una stagione caratterizzata da una lettura sempre più estensiva e pervasiva della

¹⁸ Una delle critiche più diffuse nei confronti di *Smith* è che quel tipo di *reasoning* nella pratica avrebbe finito per danneggiare le minoranze religiose più facilmente soggette a discriminazioni, specie in alcune zone del Paese; i RFRA a tutti i livelli sarebbero funzionali a prevenire un esito di questo tipo. Si veda C.C. Lund, *Religious Liberty after Gonzales: A Look at State RFRAs*, 55 *South Dakota L. Rev.* 466 (2010); *Id.*, *RFRA, State RFRAs, and Religious Minorities*, 53 *San Diego L. Rev.* 163 (2016).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

libertà religiosa nelle sue diverse declinazioni fino ad arrivare, come si vedrà, ad alcune clamorose, recenti pronunce che hanno spinto parte della dottrina statunitense a definire la libertà in questione, parafrasando il lessico proprio degli internazionalisti, *the most favored right*¹⁹. Vedremo più avanti cosa comporta questo approccio giurisprudenziale, mutuato appunto dal diritto internazionale e, in particolare, dal tipico meccanismo della clausola della nazione più favorita.

Il primo sentore di un diverso atteggiamento della Corte nei confronti della *religious freedom* si avverte già a partire dalla pronuncia del 2006 *Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*²⁰, un caso che presenta dei tratti di somiglianza con *Smith*, in quanto aveva ad oggetto la legittimità dell'uso di sostanze allucinogene nell'ambito di determinate cerimonie religiose tenute da una Chiesa brasiliana (UdV) stabilita negli Stati Uniti; tali sostanze risultavano vietate dalla legislazione federale (*Controlled Substances Act*), apparentemente senza possibili eccezioni relative all'assunzione di tali stupefacenti per ragioni legate al culto religioso.

Ebbene, l'UdV si era appellata precisamente al RFRA e una Corte unanime di otto giudici²¹ accolse le ragioni dell'ente religioso, ritenendo insussistente o comunque insufficientemente dimostrato il requisito del *compelling government interest* che avrebbe consentito all'apparato federale di vietare le pratiche culturali in questione; neppure il richiamo dell'Attorney General al rispetto dei trattati internazionali con cui gli Stati Uniti si sono impegnati a combattere il traffico e la circolazione degli stupefacenti fu ritenuto un motivo sufficiente a escludere la possibilità di contemplare una specifica eccezione per i riti religiosi.

Ad ogni modo, la sentenza appare coerente da un lato, con l'eccezione, relativa all'assunzione del peyote, normativamente stabilita dal Congresso

¹⁹ Questa tesi sta emergendo nella dottrina più recente, soprattutto a seguito delle numerose decisioni rese dalla Corte Suprema circa le restrizioni relative alle funzioni religiose dovute alla pandemia (su cui v. *infra*). Si vedano S.I. Vladeck, *The Most-Favored Right: COVID, the Supreme Court, and the (New) Free Exercise Clause*, 15 NYU J. of L. & Liberty 699 (2021-2022); V.D. Amar - A.E. Brownstein, *«Most Favored-Nation» («MFN») Style Reasoning in Free Exercise Viewed Through the Lens of Constitutional Equality*, in www.verdict.justia.com del 21 maggio 2021; A. Koppelman, *The Increasingly Dangerous Variants of the «Most-Favored-Nation» Theory of Religious Liberty, Part I: The New Law of Free Exercise*, Nw. Public Law Research Paper n. 22-01 (3 marzo 2022). Ma già all'epoca del caso *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 US __ (2012) (su cui v. *infra*) F.M. Gedicks, *Narrative Pluralism and Doctrinal Incoherence in Hosanna-Tabor*, 64 Mercer L. Rev. 405 (2013), aveva parlato di *über-rights* con un significato analogo; p. 421.

²⁰ *Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, 546 US 418 (2006).

²¹ Il giudice Alito non prese parte alla decisione di questa controversia.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

nel 1996 a favore dei Nativi Americani, una platea peraltro ben più vasta di quella formata dai seguaci dell'UdV negli Stati Uniti; dall'altro, con la pronuncia nel caso *Church of Lukumi*²², che precede solo di qualche mese l'approvazione del RFRA, in cui la Corte Rehnquist all'unanimità aveva ritenuto incostituzionale, ai sensi del Primo Emendamento, il divieto di sacrifici di animali durante le cerimonie religiose, divieto imposto dall'amministrazione comunale di Hialeah (Florida) destinato a colpire unicamente una costola locale della Santeria, nel cui culto sono appunto contemplate le suddette pratiche.

3.1 *Da Hosanna-Tabor a Hobby Lobby: l'avvento della corporate religious liberty*

Se *Gonzales* ha aperto la strada ad un più ampio riconoscimento delle ragioni della *religious freedom* a detrimento di interessi pubblici significativi²³, il punto di non ritorno di questo nuovo corso giurisprudenziale è generalmente individuato nella decisione, anche questa unanime, sul caso *Hosanna-Tabor*²⁴ del 2012. La controversia riguardava l'applicazione della c.d. *ministerial exception doctrine*, sulla base della quale, com'è noto, negli Stati Uniti, Chiese e congregazioni religiose non sono soggette al rispetto delle normative antidiscriminatorie nei rapporti di lavoro con i propri dipendenti, a garanzia di una totale libertà di tali enti da ingerenze statali nella selezione del proprio personale²⁵.

Nel caso specifico, la causa era stata intentata da un'insegnante di scuola elementare, Cheryl Perich, dipendente della Hosanna-Tabor Evangelical Church and School, licenziata a seguito di un congedo dovuto ad una diagnosi di narcolessia, nonostante, al termine di tale periodo, avesse ricevuto una regolare certificazione medica circa la propria ritrovata idoneità al lavoro; la docente denunciava infatti la violazione, da parte dell'ente

²² *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 US 520 (1993).

²³ Sulla reale portata di *Gonzales*, anche in rapporto con la legislazione dei singoli Stati, si veda C.C. Lund, *Religious Liberty after Gonzales*, cit., p. 466 ss.

²⁴ Cit. *supra* n. 19.

²⁵ La tesi della *ministerial exception* è stata elaborata dalle corti statunitensi statali e federali di diverso livello all'indomani dell'entrata in vigore del *Civil Rights Act* (1964), a partire dal caso *McClure v. Salvation Army*, 460 F.2d 553 (5th Cir. 1972), e poi affermata anche in relazione ad altre normative antidiscriminatorie, ma, fino al 2012, non era mai stata sottoposta al banco di prova della Corte Suprema.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

religioso, dell'*Americans with Disabilities Act* (ADA), normativa che tutela appunto i lavoratori statunitensi da questo genere di discriminazioni²⁶.

L'oggetto del contendere in merito all'applicazione della *ministerial exception* al caso di specie, rivendicata dalla Hosanna-Tabor, verteva proprio sul ruolo svolto dalla docente in questione, che insegnava in larga parte le normali materie scolastiche del *secular curriculum* e soltanto incidentalmente si trovava a svolgere alcune ore di insegnamento della religione e a guidare la preghiera degli studenti; la questione era se, in ragione di ciò, essa potesse essere effettivamente considerata ministro della Chiesa, aprendo quindi la strada all'applicazione della normativa più favorevole per l'ente, che rendeva il licenziamento della Perich assolutamente impermeabile al sindacato di qualsiasi giudice.

Il punto forse più controverso della decisione è rappresentato proprio dall'iter argomentativo seguito dalla Corte nel qualificare la posizione della Perich come ministro della Chiesa; i giudici hanno infatti adottato un approccio dichiaratamente funzionalista alla questione e non si sono accontentati del c.d. *primary duties test*, alla luce del quale, come abbiamo appena visto, le attività di carattere secolare svolte dall'insegnante apparivano largamente prevalenti. Al contrario, la Supreme Court ha accolto le considerazioni svolte dalla Hosanna-Tabor sul ruolo dei docenti nella comunità scolastica, esempio di moralità e di rettitudine per gli studenti, e sulla peculiare posizione dei c.d. *called teacher* nella Chiesa luterana, categoria a cui apparteneva appunto la Perich.

La Corte ha quindi tracciato un confine alquanto incerto e opinabile tra la qualificazione di un soggetto come ministro di una Chiesa o congregazione, aspetto su cui essa ritiene di poter legittimamente giudicare, e la *fitness for ministry*, vale a dire l'idoneità morale e intellettuale a ricoprire quel ruolo, che è appannaggio esclusivo e insindacabile dei singoli enti religiosi, una *strictly and purely ecclesiastical question* di cui, ai sensi del Primo Emendamento, nessun giudice americano è autorizzato a conoscere. Su questo punto, la dottrina, se da un lato ha evidenziato l'impossibilità di tracciare contorni netti e univoci per distinguere il ministro ecclesiastico da

²⁶ Tra le tante critiche suscitate dalla pronuncia in esame, una riguarda la natura dell'ADA come atto di legislazione *neutral and generally applicable* che, in quanto tale, avrebbe dovuto imporsi senza eccezioni di sorta, secondo il paradigma dettato dalla sentenza *Smith*; questo aspetto è stato evidenziato, in particolare, da C.M. Corbin, *The Irony of Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School v. EEOC*, 106 *Nw. U. L. Rev. Colloquy* 96 (2011); p. 103 ss.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

chi invece non riveste tale ruolo²⁷, dall'altro, ha rilevato una profonda e insanabile contraddizione tra la competenza a giudicare di questo profilo, che presuppone che la Corte applichi le norme interne proprie di ciascun ordinamento ecclesiastico e il divieto assoluto che la stessa Corte si imponesse per quanto riguarda l'applicazione di normative antidiscriminatorie, generali ed astratte, a tali fattispecie²⁸.

Come già accennato, anche in questo caso, la Corte Roberts si è schierata unanimemente a favore della *religious freedom*, lasciando inviolato il muro di impenetrabilità che cinge gli *interna corporis* delle Chiese americane e ribadendo non solo la legittimità, ma altresì la necessità della *ministerial exception* alla luce sia dell'*Establishment* che della *Free Exercise Clause*.

Proprio questa collocazione ibrida dell'*exception* a cavallo tra le due clausole ha attirato le critiche di una parte della dottrina non solo e non tanto per lo scarso rigore metodologico, quanto perché finisce per conferire all'esenzione un *surplus* di «resistenza costituzionale» tale da schermare e rendere completamente opachi i rapporti tra gli enti religiosi e il loro personale²⁹; ciò potrebbe avere conseguenze particolarmente rilevanti in casi gravi, quando ad esempio il licenziamento rappresenti una ritorsione nei confronti del dipendente intenzionato a denunciare irregolarità, illeciti o persino abusi avvenuti nell'ambito della congregazione³⁰.

²⁷ C.C. Lund, *Free Exercise Reconciled: The Logic and Limits of Hosanna-Tabor*, 108 *Nw. U. L. Rev.* 1183 (2014); p. 1188 ss.

²⁸ C.M. Corbin, *The Irony*, cit., p. 103 ss.

²⁹ Per approfondire questo profilo, si veda F.M. Gedicks, *Narrative Pluralism*, cit., p. 421 ss.; l'autore distingue, da un lato, i diritti relativi alla libertà religiosa che discendono dalla *Free Exercise Clause* che, in quanto tali, sarebbero sia rinunciabili, sia suscettibili di bilanciamento; dall'altro, i limiti strutturali che derivano dall'*Establishment Clause*, in quanto tali insuscettibili di rinuncia e di contemperamento e illustra le conseguenze, sul piano del giudizio di costituzionalità, della qualificazione bifronte attribuita alla *ministerial exception*. Su questo punto manifesta delle perplessità anche C.C. Lund, *Free Exercise Reconciled*, cit., p. 1189 ss.

³⁰ Questo rischio è stato paventato, quando il caso era ancora pendente dinanzi alla Corte Suprema, da C.M. Corbin, *The Irony*, cit., p. 105. Si veda anche F.M. Gedicks, *Narrative Pluralism*, cit., p. 433. In senso contrario, si veda I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *The Mystery of Unanimity in Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School v. EEOC*, 20 *Levis & Clark L. Rev.* 1265 (2017), che analizzano la giurisprudenza delle corti statunitensi successiva a *Hosanna-Tabor*, rilevando una certa prudenza da parte dei giudici nell'accogliere interpretazioni particolarmente estensive della *ministerial exception*; p. 1288 ss.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Va detto che la stessa Corte, in un passaggio della sentenza che ha attirato l'attenzione della dottrina³¹, sembra aver voluto delimitare la portata della propria decisione, riservando a tempi più maturi la possibilità di estenderne l'operatività ad ipotesi non immediatamente assimilabili al caso in esame³².

Ad ogni modo, il lascito più ingombrante di *Hosanna-Tabor* alla giurisprudenza successiva va ben al di là della specifica questione da essa risolta; come ha sottolineato giustamente Gedicks³³, l'esito più significativo che emerge dalla pronuncia del 2012 è la lettura della libertà religiosa in chiave, potremmo dire, collettiva, cioè come diritto dell'ente religioso, prima ancora che del singolo. Tale lettura, già di per sé inedita nella cultura costituzionale americana che tradizionalmente privilegia una dimensione individualistica dei diritti, appare tanto più innovativa se si mette a confronto con la ricostruzione della libertà religiosa individuale emersa dalla sentenza *Smith*; a ben vedere, sembra infatti che alla Chiesa o congregazione sia consentito ciò che ai singoli fedeli appariva vietato, ovvero sottrarsi all'applicazione di una legge neutrale e generale capace di ledere, sia pure incidentalmente, la *religious freedom*.

Questo profilo è stato ulteriormente sviluppato dalla Corte nel *leading case Burwell v. Hobby Lobby*³⁴, deciso nel 2014; tale pronuncia da un lato, si

³¹ Tale passaggio («We express no view on whether the exception bars other types of suits [...] There will be time enough to address the applicability of the exception to other circumstances if and when they arise») è stato evidenziato da A. Ratti, *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School, petitioner v. Equal Employment Opportunity Commission et al.: «ministerial exception» e tutela del singolo sul luogo di lavoro al vaglio della Corte Suprema*, in www.diritticomparati.it del 10 maggio 2012; nonché da L.P. Vanoni, *Discriminazione sul luogo di lavoro e autonomia delle organizzazioni religiose in USA: il caso Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, in *Rivista AIC* n. 2/2012.

³² La Corte Suprema non è nuova a questo tipo di operazioni, che V. Barsotti (*Privacy e orientamento sessuale: una storia americana*, Torino, 2005, p. 156) ha definito «autodeterminazione precedenziale»; peraltro, l'utilizzo di queste formule limitative non ha mai impedito ai giudici di Washington di trarre da un proprio *reasoning* tutte le conseguenze logicamente derivanti da esso. È avvenuto, nel caso analizzato dalla stessa Barsotti, nel passaggio dalla sentenza *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003), a proposito delle c.d. *sodomy law* - in cui, appunto, il giudice Kennedy aveva circoscritto la portata dell'opinione di maggioranza da lui redatta - alle decisioni sul matrimonio *same-sex*. Una formula analoga è stata poi utilizzata nell'ultima, eclatante pronuncia in tema di aborto, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 US _ (2022) (su cui v. *infra*), quasi a rassicurare l'opinione pubblica e la dottrina circa un eventuale *overruling* delle diverse decisioni fondative di altri diritti afferenti alla costellazione della *privacy* e del *substantive due process*.

³³ F.M. Gedicks, *Narrative Pluralism*, cit., p. 433 ss.

³⁴ *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 US _ (2014).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

colloca nell'ambito delle numerose controversie che hanno accompagnato l'entrata in vigore dell'*Affordable Care Act* (ACA), l'imponente riforma sanitaria varata dall'Amministrazione Obama nel 2010, tra polemiche e malumori di ampi settori della società americana; dall'altro, inaugura una nuova stagione di un segmento giurisprudenziale, quello dell'obiezione di coscienza su base religiosa, che ha trovato negli ultimi anni, presso la Corte di Washington D.C., spazi di tutela sempre crescenti rispetto al passato.

La questione verteva sulla legittimità del c.d. *contraceptive mandate*, la copertura assicurativo-sanitaria che l'ACA impone ai datori di lavoro a favore dei propri dipendenti che, nel caso delle lavoratrici, avrebbe dovuto includere tutti gli strumenti contraccettivi autorizzati dalla Food and Drug Administration, ivi compresi quelli c.d. d'emergenza, che impediscono allo zigote di attecchire all'utero, interrompendo, quindi, il concepimento al suo stadio iniziale.

La Hobby Lobby Stores e le altre imprese che avevano sollevato il caso si basavano sul RFRA come fonte del loro diritto all'obiezione di coscienza nei confronti di questi metodi contraccettivi, pretendendo di essere esentate dal pagamento della copertura assicurativa per la parte concernente questi farmaci, che avrebbero dovuto essere garantiti dalla compagnia di assicurazione in altro modo, senza l'apporto finanziario del datore di lavoro obiettore.

Il cuore del problema, risolto dalla pronuncia in esame, può sintetizzarsi in una domanda: possono le *corporation*, vale a dire le società con scopo di lucro, titolari di attività economiche, esercitare un proprio, autonomo diritto di libertà religiosa e quindi avvalersi della protezione garantita ai singoli dal RFRA?

È importante sottolineare che il RFRA si riferisce in generale alle *persons* quali titolari della tutela da esso accordata; tale termine sembrerebbe quindi riferirsi ai singoli individui, escludendo quindi le imprese, siano esse grandi società di capitali o, come le aziende coinvolte in questo caso, *closely held corporation*, vale a dire attività economiche anche di grandi dimensioni, la cui gestione rimane però sostanzialmente nelle mani del gruppo familiare che le ha fondate. Com'è noto, il Dipartimento americano della Salute aveva sin da subito provveduto, con apposita regolamentazione, ad esentare dal *contraceptive mandate* i *religious employer*, vale a dire Chiese e congregazioni; agli enti religiosi senza finalità di lucro (*nonprofit organization*), come ad esempio ospedali e scuole, veniva invece richiesto di sottoporre all'assicuratore un'autocertificazione che ne comprovasse l'*eligibility* al fine di ottenere

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

un'*accomodation* che li esonerasse dal rispetto di tale normativa³⁵; un elemento non irrilevante, se si considera che proprio questo profilo ha dato origine autonomamente a ulteriori controversie dinanzi alla Corte negli anni successivi.

Il caso *Hobby Lobby* è ben lontano dalla compattezza che, come abbiamo visto, aveva caratterizzato diversi importanti precedenti della Corte in tema di libertà religiosa; al contrario, la decisione a favore delle imprese obiettrici è stata adottata con una maggioranza di cinque giudici, con l'apporto fondamentale del Justice Kennedy unitosi ai quattro giudici conservatori (Scalia, Thomas, Roberts e Alito, estensore dell'*opinion* principale); la voce del dissenso, invece, è rappresentata dalla giudice Ginsburg, la cui articolata *opinion* è stata sostanzialmente condivisa dagli altri tre giudici (Sotomayor, Breyer e Kagan).

Un solo punto fermo, profondamente radicato nella giurisprudenza della Supreme Court sul Primo Emendamento, accomuna i giudici di maggioranza ai dissenzienti: l'assoluta insindacabilità, da parte della Corte come di qualunque altro giudice, della ragionevolezza o sensatezza delle convinzioni religiose del singolo, che non possono essere in alcun modo sminuite o degradate nel contesto del *judicial review*. Pur prendendo le mosse da questo fondamentale punto di partenza, le posizioni delle due ali della Corte si divaricano nettamente.

L'*opinion* di Alito fa leva sull'interpretazione estensiva del termine *person* contenuta nel *Dictionary Act*, le «Preleggi» dello *US Code*, che ricomprende anche le *corporation*, le società e altri enti ad esse affini³⁶; forte dell'esenzione già concessa per via normativa alle Chiese e alle *religious nonprofit organization*, la Corte ritiene che sarebbe illogico non consentire alle *forprofit corporation* la facoltà di esercitare l'obiezione di coscienza per motivi

³⁵ Si tratta dell'*Employee Benefits Security Administration (EBSA) Form 700*, predisposto a tale scopo dall'Amministrazione Obama.

³⁶ 1 US Code § 1 - Words denoting number, gender, and so forth: «The words 'person' and 'whoever' include corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals». Si noti che le norme del *Dictionary Act* hanno comunque valore suppletivo («unless the context indicates otherwise») e non sono quindi regole di interpretazione autentica vincolanti in senso assoluto. In senso conforme all'interpretazione di Alito si veda, tra gli altri, D. Laycock, *Liberty and Justice for All*, in W.N. Eskridge, Jr. - R. Fretwell Wilson, *Religious Freedom, LGBT Rights, and the Prospects for Common Ground*, Cambridge, 2019, p. 24 ss.; in particolare, p. 34 ss. Si veda anche E.J. Barnet, *Hobby Lobby and the Dictionary Act*, 124 *Yale L. J. F.* 11 (2014), che auspica che la Corte adotti una *strong presumption* a favore dell'interpretazione del linguaggio usato negli *statute* in senso conforme a quanto previsto dal *Dictionary Act*.

religiosi nei confronti del *contraceptive mandate*³⁷. Inoltre, Alito valorizza particolarmente la diversa e più ampia nozione di *exercise of religion* che, come abbiamo visto, caratterizza il RLUIPA rispetto al RFRA; un orientamento che, come ha notato la giudice Ginsburg nel suo *dissent*, più che suggerire un ritorno alla giurisprudenza precedente a *Smith*, sembra invece ampliare notevolmente lo spettro di tutela accordato alla *religious freedom* fino al 1990³⁸.

La *dissenting opinion*, invece, abbraccia un'interpretazione restrittiva del termine *person* nel testo del RFRA; considerando che gli stessi giudici dissenzianti in questo caso avevano concorso alla decisione unanime di *Hosanna-Tabor*, emerge qui chiaramente come la protezione accordata dal Primo Emendamento spetti in primo luogo ai singoli individui e, tutt'al più, agli enti a vocazione strettamente religiosa, *in primis* congregazioni e Chiese, mentre chi esercita un'attività economica sotto forma di impresa non può sottrarre tale attività al rispetto della legislazione federale tramite lo schermo delle proprie personali convinzioni religiose, che peraltro non devono essere discusse né giudicate nel merito.

Il *dissent* della Ginsburg sottolinea come la soluzione adottata dalla maggioranza a favore della libertà religiosa presenti non pochi problemi sotto il profilo dell'eguaglianza, ove si consideri che, sovente, i contraccettivi orali colpiti dall'eventuale obiezione di coscienza sono prescritti e

³⁷ La questione della *personhood* delle imprese è ovviamente cruciale per la soluzione della controversia in un senso o nell'altro, motivo per cui ha alimentato molto anche il dibattito dottrinale che si è polarizzato in maniera netta; emblematico di tale contrasto è S.D. Smith - C.M. Corbin, *Debate, The Contraception Mandate and Religious Freedom*, 161 *U. Pa. L. Rev. Online* 261 (2013). Smith non solo propende per la soluzione adottata dalla Corte, ma rivendica con forza il carattere soggettivo, e pertanto insindacabile, del *burden* sulla libertà religiosa, che deve essere riconosciuto sussistente in quanto viene percepito come tale dal soggetto (sia esso persona fisica o giuridica); si veda p. 262 ss. Corbin, invece, sposa la soluzione diametralmente opposta, negando, altresì, alla radice che il *contraceptive mandate* imponga un *burden* suscettibile di incidere la libertà religiosa dei datori di lavoro; p. 272.

³⁸ Questo aspetto è stato evidenziato da E. Chiericato, *The Contraceptive Mandate Controversy and the Future of Religious Accommodations in the United States: A Study of the US Supreme Court Case of Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* (2014), 10 *Religion and Human Rights* 99 (2015); p. 118 ss. Si veda altresì F.M. Gedicks - A. Koppelman, *Is Hobby Lobby Worse for Religious Liberty than Smith?*, 9 *U. of St. Thomas J. of L. and Pub. Pol'y* 223 (2015); p. 229: «RFRA's name and legislative history notwithstanding, the Court has severed the statute from its pre-*Smith* antecedents. It rejected the argument that RFRA 'did no more than codify this Court's pre-*Smith* Free Exercise Clause precedents'. It thereby converted RFRA from the statutory restoration of an even-handed balancing test into a doctrinal revolution that has vested in federal judges the authority to craft a wholly new and demanding religious exemption jurisprudence».

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

largamente impiegati anche per scopi squisitamente terapeutici, con un'evidente lesione del diritto alla salute di milioni di donne americane in balia delle credenze religiose dei propri datori di lavoro che esse potrebbero anche legittimamente non condividere³⁹.

La sentenza lascia quindi emergere una riflessione che la dottrina avrebbe poi ulteriormente sviluppato alla luce della successiva giurisprudenza della Corte, quella sul profilo del c.d. *third-party harm*, vale a dire del danno arrecato a soggetti terzi - in questo caso, le lavoratrici - dall'esercizio dell'obiezione religiosa; su tali soggetti si riverberano le conseguenze di una lettura estensiva del *Free Exercise* e si scarica il peso delle scelte compiute dall'obiettore⁴⁰.

Quel che è certo - e lo vedremo meglio tra breve - è che *Hobby Lobby* ha lasciato un'impronta indelebile nella giurisprudenza della Supreme Court, destinata ad orientarne l'operato negli anni successivi; il combinato disposto di *Hosanna Tabor* e *Hobby Lobby* rappresenta un vero e proprio spartiacque per il diritto americano, se è vero che, all'indomani di queste due pronunce, e soprattutto della seconda, la dottrina ha iniziato ad interrogarsi sempre più spesso sui temi della *corporate religious liberty* e della *corporate conscience*⁴¹,

³⁹ *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, cit., Ginsburg, J., *dissenting*: «And the mandate secures benefits wholly unrelated to pregnancy, preventing certain cancers, menstrual disorders, and pelvic pain». È evidente che qui la giudice si riferisce non ai contraccettivi d'emergenza, oggetto dell'obiezione nel caso specifico, ma all'ipotesi in cui l'obiezione si estenda ad altri farmaci contraccettivi, cosa astrattamente possibile all'esito di *Hobby Lobby*.

⁴⁰ Si noti che i giudici di maggioranza hanno negato categoricamente la sussistenza di un danno a carico di soggetti terzi. Molto critici, rispetto a questo profilo della decisione, sono D. Nejaime - R.B. Siegel, *Religious Accommodation, and Its Limits, in a Pluralist Society*, in W.N. Eskridge, Jr. - R. Fretwell Wilson, *op. cit.*, p. 69 ss.; v. soprattutto p. 74 ss. Si veda altresì *Iid.*, *Conscience Wars in Transnational Perspective: Religious Liberty, Third-Party Harm, and Pluralism*, in S. Mancini - M. Rosenfeld (eds.), *The Conscience Wars: Rethinking the Balance between Religion, Identity, and Equality*, Cambridge, 2019, p. 187 ss. Particolarmente equilibrato è il punto di vista espresso da N. Tebbe - M. Schwartzman - R. Schragger, *How Much May Religious Accommodations Burden Others?*, in E. Sepper - H. Fernandez Lynch - I.G. Cohen (eds.), *Law, Religion, and Health in the United States*, Cambridge, 2017, p. 215 ss. Gli autori propongono di mutuare dal campo dell'*employment law* lo standard dell'*undue hardship*, elaborato dalla Corte Suprema nel caso *TWA, Inc. v. Hardison*, 432 US 63 (1977), quale limite all'ammissibilità delle *religious objection* ove esse si ripercuotano sui terzi. Si veda altresì *Iid.*, *When Do Religious Accommodations Burden Others?*, in S. Mancini - M. Rosenfeld (eds.), *op. cit.*, p. 328 ss.

⁴¹ Una ricostruzione dettagliata della progressiva emersione della *corporate religious liberty* si rinviene in M. Schwartzman - C. Flanders - Z. Robinson (eds.), *The Rise of Corporate Religious Liberty*, Oxford, 2016. Si vedano altresì E. Sepper, *Contraception and the Birth of Corporate Conscience*, 22 *Am. U. J. Of Gender Social Pol'y and L.* 303 (2014); C.M. Corbin,

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

innovando profondamente la riflessione costituzionalistica consolidata sul Primo Emendamento.

Da ultimo, la sentenza appare problematica anche sotto il profilo del rapporto tra il ruolo della Corte Suprema e quello del potere legislativo, sovrapponendosi, in maniera abbastanza invasiva, alle scelte del legislatore e all'indirizzo politico dettato dalla Presidenza; è significativo che l'*opinion* di tale pronuncia provenga da un'inedita maggioranza composta, ad eccezione di Kennedy, da quattro giudici tradizionalmente contrari al *judicial activism*. Oggi, però, guardando *Hobby Lobby* da una certa distanza, e all'indomani di *Dobbs v. Jackson*⁴², essa appare forse come il primo segnale di una nuova fase di attivismo giudiziario, sebbene di segno opposto rispetto a quello che aveva caratterizzato altre stagioni della giurisprudenza della Corte.

3.2 La giurisprudenza in materia di obiezione di coscienza

Per quanto riguarda il prosieguo delle controversie legate al *contraceptive mandate*, merita di essere menzionato il caso *Zubik v. Burwell*⁴³, deciso nel 2016; il ricorso originario e i suoi numerosi *companion case* erano stati presentati dinanzi alle corti inferiori quando *Hobby Lobby* era ancora pendente a Washington D.C. È anche per questo forse che, in questa causa, i nove giudici non si sono poi pronunciati nel merito, rimettendo i ricorsi alle corti inferiori e limitandosi ad esprimere una *per curiam opinion*. Senza addentrarci ora nei dettagli del caso, è però opportuno segnalare che, nell'ambito di questa controversia, per la prima volta, si profila la questione delle c.d. *complicity-based objection* che sarebbe poi tornata prepotentemente alla ribalta quattro anni più tardi, nel caso *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home v. Pennsylvania*⁴⁴ (su cui v. *infra*).

Com'è noto, il 2016 è stato altresì l'anno che ha visto l'ascesa di Donald Trump alla Casa Bianca; l'erosione e lo smantellamento del tanto contestato *Obamacare* sono stati pervicacemente perseguiti dal nuovo Presidente, in particolare per quanto riguarda il *contraceptive mandate*, tramite le c.d. *Interim Final Rules* (IFRs), emanate di concerto dai Dipartimenti della Salute e del Tesoro. Tali norme hanno allargato notevolmente le maglie dell'*exemption*,

Corporate Religious Liberty, 30 *Const. Commentary* 277 (2015); entrambe le autrici sono fortemente critiche nei confronti della nuova categoria elaborata dalla Corte estendendo la platea dei soggetti titolari della libertà religiosa.

⁴² Cit. *supra* n. 32.

⁴³ *Zubik v. Burwell*, 578 US __ (2016).

⁴⁴ *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home v. Pennsylvania*, 591 US __ (2020).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

estendendola anche ai datori di lavoro obiettori in ragione delle proprie *sincerely held moral convictions*, andando quindi ben al di là del mero riferimento alla religione e stabilendo un parametro i cui contorni appaiono alquanto vaghi e sfocati.

Questa lettura così pervasiva della libertà religiosa, propugnata sia dalla Corte che dal Congresso in consonanza con gli obiettivi della Presidenza Trump, ha scatenato negli ultimi anni una serie inesausta di rivendicazioni, variamente declinate, volte ad ottenere *accomodation* che esentino l'obiettore dal rispetto delle leggi che stridono col proprio credo religioso⁴⁵.

È in questo solco che si inserisce il caso del 2018 *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*⁴⁶, in cui la Corte Suprema ha reso, con l'ampia maggioranza di sette giudici contro due, una pronuncia che traccia un inedito punto di intersezione tra il divieto di discriminazioni basate

⁴⁵ In questo stesso periodo la Corte ha affrontato anche diverse questioni relative al finanziamento indiretto di scuole di matrice religiosa, che investono principalmente l'interpretazione dell'*Establishment Clause*; i casi *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*, 582 US _ (2017) ed *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 591 US _ (2020) sono stati entrambi decisi in senso favorevole ai ricorrenti, affermando la violazione della loro *religious freedom* ad opera della parte pubblica. Si tratta però di due decisioni meno controverse di quelle da noi discusse nel testo, soprattutto nel secondo caso. *Espinoza*, infatti, chiama in causa il problema dei c.d. *Blaine Amendment* alle Costituzioni statali, vale a dire quelle previsioni costituzionali che, in taluni Stati americani, tra cui il Montana, vietano categoricamente qualsiasi forma di sovvenzione pubblica, anche indiretta, nei confronti di scuole o istituti educativi aventi una *religious affiliation*. Ebbene, la costituzionalità di tali previsioni è generalmente ritenuta dubbia, anche da parte degli studiosi meno inclini ad una lettura estensiva della libertà religiosa; si veda e.g. F.M. Gedicks, *Reconstructing the Blaine Amendments*, 2 *First Amend. L. Rev.* 85 (2003). Tanto è vero che a firmare l'opinione della Corte, in entrambi i casi, è il Chief Justice Roberts, più cauto di Alito sulla tutela della libertà religiosa e, in *Trinity Lutheran Church*, non si è neppure verificata la consueta netta contrapposizione tra le due ali della Corte, dato che il giudice Breyer ha aderito alla decisione firmando un proprio *concurring*. Sulle possibili implicazioni di questa giurisprudenza si vedano C.M. Corbin, *Is there any silver lining to Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer?*, 116 *Michigan L. Rev. Online* 137 (2018); A. Madera, *More than a playground dispute: il caso Trinity Lutheran Church v. Pauley e le nuove traiettorie interpretative dell'Establishment Clause*, in www.statoechiense.it, n. 23/2017. Molto critici nei confronti di questa pronuncia sono I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *Trinity Lutheran Church v. Comer: Paradigm Lost?*, *Am. Const. Soc'y Sup. Ct. Rev.* 2016-2017; vero è che anche questa sentenza contribuisce a sviluppare, in parallelo alle decisioni da noi esaminate, la medesima lettura del Primo Emendamento come divieto di discriminazione della religione rispetto all'ambito secolare, eclissando sempre più il profilo della *liberty* a tutto vantaggio dell'*equality*. Da ultimo, si veda anche il recente caso *Carson v. Makin*, 596 US _ (2022), deciso in senso conforme ai due precedenti.

⁴⁶ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 US _ (2018).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

sull'orientamento sessuale⁴⁷ e i diritti tutelati dal Primo Emendamento, sia sotto il profilo del *Free Exercise* della religione, sia sotto quello, ben diverso, della *freedom of speech*.

Innanzitutto, è bene ricordare che le vicende concrete che hanno dato origine a questa decisione risalgono al 2012, ad un momento, cioè, in cui la Corte non era ancora intervenuta sulla questione del *same-sex marriage*⁴⁸ e, all'interno della Federazione, diversi Stati espressamente vietavano o comunque non riconoscevano il matrimonio tra persone dello stesso sesso; tra questi, anche il Colorado, Stato in cui si collocano i fatti relativi a questa causa.

Nel 2012, appunto, Jack Phillips, titolare del Masterpiece Cakeshop di Denver, si rifiutava di preparare una *wedding cake* destinata al ricevimento nuziale della coppia formata da Dave Mullins e Charlie Craig; il diniego del pasticcere era da questi motivato sulla base delle proprie profonde convinzioni religiose che ostavano alla sua «partecipazione», seppur solo nella misura del confezionamento di una torta, a quel tipo di matrimonio, ma che, peraltro, non gli avrebbero impedito di fornire, anche in futuro, ai medesimi clienti prodotti dolciari diversi destinati ad altre occasioni d'uso. Craig e Mullins, ritenendosi vittime di una violazione, ad opera del pasticcere, del *Colorado Anti-Discrimination Act* (CADA), azionavano quindi gli strumenti di tutela predisposti da tale normativa che vieta, tra l'altro, le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale nell'accesso a beni o servizi da parte dei gestori o titolari degli esercizi commerciali che li forniscono; si tratta, in effetti, di un sistema di *administrative review* che, pur non contornato da tutte le garanzie e le forme proprie della giurisdizionalità, assicura comunque plurimi gradi di «giudizio» da parte di organi diversi. Sia la Colorado Civil Rights Commission, posta al vertice di tale sistema, sia, successivamente, la Court of Appeals del Colorado si erano pronunciate a favore dei ricorrenti, ritenendo discriminatorio il rifiuto opposto dal pasticcere Phillips, in linea con l'operato delle altre corti statali in casi analoghi, generalmente decisi a favore delle coppie omosessuali, stigmatizzando come discriminatorio il comportamento dei fornitori «obiettori» (pasticceri, fiorai, fotografi, etc.)⁴⁹.

⁴⁷ Il fondamento costituzionale di tale divieto è stato più volte ribadito dalla Corte nella sua giurisprudenza a partire dal caso *Romer v. Evans*, 517 US 620 (1996).

⁴⁸ Come poi avrebbe fatto nel 2015 con la sentenza *Obergefell v. Hodges*, 576 US _ (2015), che ha sancito il riconoscimento del matrimonio omogenerico nell'ordinamento americano.

⁴⁹ Si veda ad es. *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

La Corte Suprema, adita dal pasticciere, ha accolto e fatto proprie le ragioni di questi, seppure attraverso iter argomentativi non precisamente convergenti tra i diversi giudici. La maggioranza, infatti, coagulata intorno all'opinione del giudice Kennedy, si sfrangia poi in un articolato ventaglio di opinioni concorrenti: le prime due firmate da giudici che hanno comunque aderito alla *plurality opinion* (i giudici Kagan e Gorsuch); la terza, a firma del Justice Thomas, che non aderisce all'opinione di maggioranza e ne sottoscrive una *concurring in part* e *concurring in the judgment*. Dissentono, infine, le giudici Ginsburg e Sotomayor, che si associa al *dissent* elaborato dalla prima.

Come già accennato, Phillips censurava l'operato della Civil Rights Commission alla luce di due parametri costituzionali diversi: la *freedom of speech*, da un lato, e la *Free Exercise Clause*, dall'altro. Forse la maggiore peculiarità di questa sentenza risiede nel fatto che l'opinione di maggioranza del Justice Kennedy, nell'accedere alle ragioni del Masterpiece Cakeshop, rinunci ad avventurarsi sul sentiero, certamente scivoloso, della libertà di espressione e si limiti ad esaminare, neppure in maniera eccessivamente approfondita, solo il secondo profilo di censura, quindi analizzando la condotta sanzionatoria della Commissione nei confronti di Phillips unicamente attraverso la lente della libertà religiosa.

Peraltro, tanto l'opinione dissenziente della giudice Ginsburg, quanto le *concurring opinion* di Gorsuch e Thomas suggeriscono invece, pur con esiti diversi, una lettura della controversia maggiormente orientata in chiave di *freedom of speech* e ne approfondiscono i relativi profili.

Un posto centrale nelle argomentazioni dei giudici autori delle diverse *opinion* è poi occupato dall'analisi delle decisioni della Colorado Civil Rights Commission in tre diversi casi⁵⁰ in cui questa si era pronunciata in favore di tre pasticceri che si erano rifiutati, nei confronti del medesimo committente, di confezionare una torta apponendovi sopra immagini e messaggi (i cui dettagli sono noti e descritti nella sentenza) offensivi e denigratori nei confronti degli omosessuali e del matrimonio *same-sex*, in quanto considerati contrari alle proprie profonde ed intime convinzioni e palesemente discriminatori. In questi casi, specularmente, potremmo dire, alla vicenda di Phillips, emergeva, da un lato, la disponibilità dei pasticceri a fornire a quel cliente qualunque prodotto, purché privo di contenuti offensivi o discriminatori, dall'altro l'indisponibilità degli stessi a fornire quel particolare tipo di dolce a qualunque cliente, a prescindere da caratteristiche quali il suo orientamento sessuale o le sue convinzioni religiose.

⁵⁰ *Jack v. Gateaux, Ltd.*; *Jack v. Le Bakery Sensual, Inc.*; *Jack v. Azucar Bakery*.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

È bene precisare che, tra la vicenda di Phillips e quella dei tre pasticceri incaricati invano dal medesimo cliente di confezionare una torta a tema biblico-religioso, recante contenuti offensivi per gli omosessuali, i parametri di riferimento cambiano: nel caso di Phillips, veniva in rilievo un profilo di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale del cliente, dettata da obiezioni di carattere religioso; nel caso degli altri tre pasticceri, il cliente si riteneva oggetto di una discriminazione, basata sulla sua appartenenza ad una fede religiosa, dettata dalle convinzioni profondamente laiche (*secular*) dei *cake designer* interpellati. È proprio sulla presunta disparità di trattamento tra questi tre casi e quello del pasticcere Phillips che si concentra l'opinione di maggioranza firmata da Kennedy: da un lato, il rifiuto dei tre pasticceri di apporre su un loro prodotto messaggi denigratori era stato valutato dalla Commissione come scevro di intenti discriminatori, su base religiosa, nei confronti del committente; l'obiezione di Phillips, invece, era stata sanzionata perché considerata discriminatoria - per lo meno negli effetti, se non negli intenti - in relazione all'orientamento sessuale del potenziale cliente⁵¹; ciò avrebbe dimostrato, da parte della Commissione stessa, un atteggiamento di prevenzione e di pregiudizio, se non proprio di disprezzo, nei confronti delle convinzioni religiose del pasticcere di Denver. Quest'ultimo aspetto risulterebbe suffragato, secondo la Corte, dai verbali di alcune riunioni della Commissione, durante le quali alcuni dei suoi componenti avevano usato, parlando di obiezioni dettate dalla religione, espressioni particolarmente veementi, al limite dell'offensivo⁵².

Diversamente da Kennedy, Gorsuch, nel suo *concurring*, valorizza maggiormente il profilo della libertà di espressione. La protezione ad essa accordata dalla Costituzione federale, soprattutto nell'interpretazione che ne ha dato la Supreme Court, è la più ampia possibile; non importa quanto offensivi, scandalosi o odiosi siano i contenuti attraverso i quali tale libertà si esplica; nella stragrande maggioranza dei casi, la *freedom of speech* prevale su possibili istanze di tutela della sensibilità dell'opinione pubblica.

⁵¹ In senso contrario, che cioè il rifiuto di Phillips non costituisca discriminazione in base all'orientamento sessuale del committente, bensì l'espressione di un legittimo dissenso rispetto al matrimonio omogenerico si vedano R.T. Anderson, *Challenges to True Fairness for All: How SOGI Laws Are Unlike Civil Liberties and Other Nondiscrimination Laws and How to Craft Better Policy and Get Nondiscrimination Laws Right* e M.W. McConnell, *Dressmakers, Bakers and the Equality of Rights*, entrambi in W.N. Eskridge, Jr. - R. Fretwell Wilson, *op. cit.*; rispettivamente p. 361 ss. e p. 378 ss.

⁵² Per una ricostruzione più dettagliata dell'operato della Colorado Civil Rights Commission, nonché dell'opinione della Corte sotto il profilo della disparità di trattamento tra il caso di Phillips e gli altri tre si veda L. Kendrick - M. Schwartzman, *The Etiquette of Animus*, 132 *Harv. L. Rev.* 133 (2018); in particolare, p. 154 ss.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Non spetta al legislatore e tanto meno ai giudici, né ad un organo come la Commissione del Colorado - afferma Gorsuch - tracciare la linea di confine tra ciò che è offensivo e ciò che non lo è, tra ciò che strida con il credo religioso di un individuo e ciò che vi si può conciliare: questa valutazione - sostiene il giudice - può provenire solo dalla coscienza dell'individuo posta dinanzi alle concrete circostanze del vivere.

Il tema della *freedom of speech* diventa poi protagonista dell'opinione concorrente di Clarence Thomas, che si sforza di sviscerare alcune questioni particolarmente vischiose che altrimenti avrebbero rischiato di rimanere sullo sfondo; le medesime questioni, seppure più sinteticamente trattate e ovviamente risolte in senso opposto, riaffiorano anche nel breve *dissent* delle giudici Ginsburg e Sotomayor. Come già accennato, al di là della condivisibilità del suo punto di approdo, l'aspetto che rende l'opinione di maggioranza di questa pronuncia alquanto claudicante e carente dal punto di vista dell'argomentazione risiede proprio nella scelta di ignorare il versante del *Free Speech*, che pure risulta centrale nelle difese del pasticciere. Thomas, invece, fa ruotare il proprio *concurring* intorno al perno della nozione di *expressive conduct*, elaborata dalla Corte in funzione, potremmo dire, estensiva della stessa *freedom of speech*; è questa nozione che consente al giudice di accedere alle tesi del Masterpiece Cakeshop e di considerare l'attività di Phillips come una vera e propria forma di espressione artistica, che pertanto non può essere fatta oggetto di limitazioni o costrizioni quanto ai messaggi da veicolare⁵³.

Nonostante la giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *expressive conduct* mostri una casistica ampia e variegata, è opinabile, a parere di chi scrive, la tesi che una torta possa costituire una forma di esercizio della libertà di espressione e che essa possa effettivamente integrare una sorta di messaggio che, in questo caso, secondo la difesa di Phillips e secondo la lettura del Justice Thomas, equivarrebbe ad una manifestazione di approvazione e di sostegno nei confronti del matrimonio egualitario⁵⁴; e, anche acquisendo questa prospettiva, non appare così scontata la risposta alla domanda se il messaggio in tal modo veicolato sia da attribuirsi, nel caso

⁵³ Sull'*opinion* di Thomas e sul concetto di *expressive conduct* si veda, in particolare, la ricostruzione proposta da L.P. Vanoni, «*It is (not) a piece of cake*»: libertà di espressione e politiche antidiscriminatorie in America. Note a margine del caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, in www.statoechiense.it, n. 29/2018, p. 18 ss.

⁵⁴ In senso conforme a quanto da noi prospettato nel testo si veda J.C. Pizer, *It's Not About the Cake: Against «Altaring» the Public Marketplace*, in W.N. Eskridge, Jr. - R. Fretwell Wilson, *op. cit.*, p. 385 ss.; in particolare, p. 397.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

di specie, al *cake designer* piuttosto che al committente⁵⁵. Quanto al confronto con gli altri tre casi verificatisi in Colorado, non sembra che sussista una contraddizione nel considerare diversamente, anche per quanto riguarda il legame tra il produttore e il prodotto, il caso di un dolce commissionato appositamente per veicolare un messaggio di odio o di discriminazione da quello di una torta nuziale, i cui dettagli peraltro non hanno mai formato oggetto di discussione tra le parti e sulla quale, con ogni probabilità, non sarebbe stata apposta nessuna particolare scritta e nessun messaggio di valenza religiosa o politica.

Si può dire che *Masterpiece Cakeshop* sia una sentenza che, più che risolvere problemi o sciogliere dubbi, finisce per sollevarne di nuovi. Innanzitutto, ripiegandosi sulla libertà religiosa, la Corte ha rinunciato a scrivere una pagina significativa della sua giurisprudenza, in un senso o in un altro, per quanto riguarda il divieto di discriminazioni e, in particolare, di quelle basate sull'orientamento sessuale. Mentre per quanto riguarda il parametro razziale, la Corte è sempre stata categorica nel sottoporre le relative discriminazioni ad uno scrutinio stretto⁵⁶, sin dai tempi della sentenza *Romer*⁵⁷ i giudici di Washington D.C. non hanno saputo o voluto chiarire quale tipo di standard sia applicabile alle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, mantenendo, da questo punto di vista, una giurisprudenza abbastanza ondivaga⁵⁸.

Da ultimo, segnaliamo come il tema della *complicity*, pur rimanendo sotto traccia, si rilevi anche in questa pronuncia, in particolare per ciò che concerne il rapporto tra il fornitore, il proprio prodotto e il messaggio che esso potrebbe veicolare.

⁵⁵ In questo senso si veda F.M. Gedicks, *Dignity and Discrimination*, 46 *BYU L. Rev.* 961 (2021); p. 965. L'autore ricostruisce la controversia in chiave di collisione tra soggetti portatori di dignità diverse, la dignità della coscienza religiosa incarnata dal pasticciere e la *dignity of citizenship* propria dei committenti.

Sul rifiuto della maggioranza della Corte di affrontare la questione sul versante del *Free Speech* si veda altresì L. Kendrick - M. Schwartzman, *op. cit.*, p. 163 ss.

⁵⁶ Una ricostruzione particolarmente illuminante dei rapporti tra la giurisprudenza sul *Free Exercise* e quella in materia di *Equal Protection* per quanto concerne il parametro razziale si rinviene in L. Portuondo, *Effecting Free Exercise and Equal Protection*, 72 *Duke L. J.* (2023 *Forthcoming*): l'autrice individua un parallelismo tra i due segmenti giurisprudenziali a partire, rispettivamente, dalla sentenza *Smith* e dalla sentenza *Washington v. Davis*, 426 US 229 (1976). In entrambi i casi, la Corte aveva elaborato uno schema tutto incentrato sul *purpose* della legge per cui, se essa si pone come neutrale e scevra di intenti discriminatori (a seconda dei casi, nei confronti della religione o di un gruppo etnico) la sua costituzionalità non sarebbe inficiata dal fatto che i suoi *effetti* risultino forieri di discriminazioni in concreto.

⁵⁷ Cit. *supra* n. 47.

⁵⁸ In questo senso L. Kendrick - M. Schwartzman, *op. cit.*, p. 160 ss.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Più in generale, si può dire che *Hobby Lobby* prima e *Masterpiece Cakeshop* poi abbiano portato alla luce il tema del bilanciamento della libertà religiosa del singolo nei rapporti orizzontali e nello scontro con altri diritti costituzionali o, per usare la formula di Gedicks⁵⁹, nella collisione tra dignità diverse; in questa prospettiva, la religione è sempre meno una libertà da opporre al potere coercitivo dell'apparato pubblico e sempre più una questione su cui si misura il «price of citizenship in a pluralistic society»⁶⁰. Con quest'ultima decisione, che di fatto configura un diritto all'obiezione di coscienza rispetto al matrimonio *same-sex*, la Corte ha evidentemente posto, senza offrire una soluzione definitiva, la questione dei confini del divieto di discriminazioni nei rapporti interpretati e del peso specifico da attribuire a tale divieto a livello orizzontale.

Come già accennato, nel 2020 la Corte è tornata a pronunciarsi sul *contraceptive mandate*, nel caso *Little Sisters v. Pennsylvania*; la sentenza ripropone in larga parte la medesima maggioranza sette contro due di *Masterpiece Cakeshop*, con il giudice Kavanaugh subentrato al dimissionario Kennedy, Thomas in veste di estensore dell'opinione della Corte e il *dissent* della giudice Ginsburg sottoscritto dalla collega Sotomayor.

Le summenzionate IFRs emanate dall'Amministrazione Trump avevano di fatto marginalizzato il procedimento di concessione dell'*accomodation*; ampliando a dismisura l'ambito di operatività dell'*exemption* e trasformando il requisito della *self-certification* in una pratica meramente facoltativa rimessa alla volontà dell'obiettore, l'intero *contraceptive mandate* era di fatto diventato lettera morta per moltissime lavoratrici americane.

In questo caso, infatti, i ricorsi di primo grado erano stati avviati dagli Stati della Pennsylvania e del New Jersey che contestavano la competenza della Health Resources and Services Administration (HRSA), l'agenzia del Dipartimento della Salute da cui effettivamente promanavano le IFRs; in effetti, la pronuncia della Corte Suprema, che ribalta quelle delle corti

⁵⁹ V. *supra* n. 55.

⁶⁰ L.C. McClain, *The Rhetoric of Bigotry and Conscience in Battles over «Religious Liberty v. LGBT Rights»*, in W.N. Eskridge, Jr. - R. Fretwell Wilson, *op. cit.*, p. 213 ss.; p. 231.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

federali di primo e secondo grado⁶¹, presenta non pochi e rilevanti profili di diritto amministrativo, più che di diritto costituzionale⁶².

Qui ci soffermeremo, quindi, sugli aspetti della decisione più significativi ai nostri fini, i quali risiedono soprattutto nell'accoglimento, da parte dei giudici di Washington, delle prospettazioni del soggetto ricorrente, la Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home, ordine religioso che gestisce numerose case di riposo per anziani a basso reddito in tutti gli Stati Uniti⁶³; tale attività, secondo il disegno originario dell'*Obamacare*, non era considerata di stampo puramente religioso e avrebbe dovuto essere assoggettata al regime dell'*accommodation* e non a quello dell'*exemption*.

La difesa dell'ente, soccombente nei precedenti gradi di giudizio, è tutta incentrata sul tema della *complicity-based objection*: in sostanza, il requisito della *self-certification*, previsto ai fini dell'*exception*, avrebbe reso il datore di lavoro obiettore comunque *complice* nel favorire e nell'assicurare alle proprie dipendenti l'accesso agli strumenti contraccettivi; in altre parole, poiché non se ne condivide l'utilizzo e l'intento del datore di lavoro è, quanto meno, di non avallarlo, se non proprio di scoraggiarlo, anche l'onere di presentare l'autocertificazione rappresenterebbe un *excessive burden* che incide illegittimamente la libertà religiosa del soggetto in questione. È appena il caso di sottolineare che l'accoglimento di tale doglianza da parte della Corte indirettamente avvalorava la tesi del carattere soggettivo del *substantial burden*.

L'opinione della Corte, firmata da Thomas, si segnala per la lettura spiccatamente testualista avanzata in merito alle normative di cui si discute, *in primis* lo stesso ACA, che avrebbe legittimato l'amplissima discrezionalità esercitata dall'amministrazione, al punto di prevedere finanche quella che Ruth Ginsburg, nel suo *dissent*, definisce una *blanket exemption*. Con una

⁶¹ Per una ricostruzione dettagliata delle complesse vicende giudiziarie che hanno interessato le IFRs prima di arrivare alla Corte Suprema, si veda N. Palazzo, *Stop alle esenzioni morali e religiose al «contraceptive mandate» introdotte dall'amministrazione Trump*, in www.dpceonline.it del 23 gennaio 2018, che mette in luce anche le implicazioni e le ricadute della controversia per ciò che concerne l'atteggiarsi del federalismo e del principio della separazione dei poteri nell'attuale contesto statunitense.

⁶² Sui profili di diritto amministrativo, e non sul versante meramente procedurale, è incentrato, in particolare, il *concurring in judgment* della giudice Kagan che, pur riconoscendo la piena titolarità della discrezionalità in capo ai Dipartimenti summenzionati, contesta l'uso che di tale discrezionalità essi hanno fatto con le IFRs, definendo le loro scelte normative *arbitrary and capricious* e contrarie al principio di ragionevolezza (*reasoned decisionmaking*) che invece avrebbe dovuto guidarne l'operato, evitando, ad esempio, di accordare l'*exemption* perfino alle *publicly traded corporation*.

⁶³ Si noti che si tratta del medesimo ente che aveva tentato uno dei ricorsi confluiti nella pronuncia *Zubik* del 2016.

dubbia operazione interpretativa, si deduce che il legislatore *minus dixit quam voluit*, quando ha delegato alle agenzie federali il compito di individuare quali trattamenti o esami rientrino nell'ambito della *preventive care and screenings* che l'*Obamacare* intendeva assicurare alle lavoratrici; così facendo, avrebbe quindi rimesso alle medesime agenzie il compito di prevedere eventuali *exemption* agli obblighi imposti dalla copertura sanitaria.

Un ulteriore scarto di prospettiva che, a parere di chi scrive, ha ipotizzato pesantemente le successive pronunce della Corte in tema di *religious freedom*, emerge dal *concurring* del giudice Alito; questi, rovesciando il criterio dettato dal RFRA sul modo in cui lo Stato può tutelare un *compelling interest*, afferma che lo strumento per proteggere la libertà religiosa non soggiace al medesimo criterio del *least restrictive means* e può anzi inverarsi nel mezzo più ampio e pervasivo possibile⁶⁴.

Assistiamo, quindi, alla negazione radicale del *balancing test* come la Supreme Court lo ha lungamente praticato e della sua stessa ragion d'essere; che vi siano, cioè, interessi *parimenti* degni di attenzione e di tutela da contemperare in maniera tale da assicurarne il reciproco minor sacrificio possibile⁶⁵. Nelle parole di Alito si intravede una sorta di gerarchia, istituita almeno da una parte della Corte, che pone la libertà religiosa in posizione di primazia rispetto ad altri diritti costituzionali che, anziché concorrere su un piano di parità, sembrano destinati inevitabilmente a soccombere ogniqualvolta si profili un conflitto con la *religious freedom*, insuscettibile di tollerare un sia pur minimo sacrificio.

Infine, vale la pena segnalare che l'8 luglio 2020, lo stesso giorno in cui si pronunciava sul caso *Little Sisters*, la Corte si è espressa anche in merito alla causa *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*⁶⁶; proprio in ragione di tale concomitanza, tale decisione è stata forse in parte oscurata dalla precedente, rispetto alla quale ha avuto minore risonanza. E tuttavia non deve essere sottovalutata nella sua portata, ove si consideri che si tratta di una sentenza in cui la Supreme Court ha ampiamente confermato la lettura forte della *ministerial exception* elaborata in *Hosanna-Tabor*; peraltro, in un caso

⁶⁴ *Little Sisters v. Pennsylvania*, cit., Alito, J., *concurring*: «[...] While RFRA requires the Government to employ the least restrictive means of furthering a compelling interest that burdens religious belief, it does not require the converse - that an accommodation of religious belief be narrowly tailored to further a compelling interest. [...] Nothing in RFRA requires that a violation be remedied by the narrowest permissible corrective».

⁶⁵ Sul punto si veda E. Chieragato, *La Corte Suprema e gli ultimi episodi della Culture War su aborto e contraccezione: un commento a Little Sisters of the Poor v. Pennsylvania* (2020), in www.diritticomparati.it del 10 settembre 2020.

⁶⁶ *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*, 591 US _ (2020).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

in cui le circostanze di fatto lasciavano più di qualche dubbio sulla possibilità di qualificare come *minister la respondent*, un'insegnante che lamentava il carattere discriminatorio del proprio licenziamento; proprio per questo, diversamente da quanto avvenuto nel 2012, non abbiamo assistito ad una decisione unanime, con le giudici Ginsburg e Sotomayor ancora una volta a rappresentare la voce del dissenso.

3.3 Covid-19 e libertà di culto: la consacrazione del most favored nation approach

Particolarmente rilevante ai nostri fini, soprattutto per lo schema di ragionamento che propone, è poi la sentenza *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*⁶⁷, pronunciata in piena pandemia e concernente proprio la costituzionalità di quelle misure di contrasto alla diffusione del Covid-19 dettate da atti di normazione d'urgenza; nello specifico, si trattava, dell'*executive order* 202.68 emanato dall'allora Governatore dello Stato di New York Andrew Cuomo nell'ambito del sistema, largamente utilizzato anche nei Paesi europei, delle «zone a colori» volto a suddividere i territori urbani o statali in aree diverse a seconda del grado di incidenza e di diffusione del Coronavirus, associandovi misure di contenimento via via più restrittive in base al livello di allerta. In particolare, la controversia riguardava le restrizioni alla partecipazione alle funzioni religiose che, nelle zone c.d. rosse e arancioni, la normativa d'urgenza aveva drasticamente limitato, prescindendo da qualsiasi considerazione circa le dimensioni e la capienza dei luoghi di culto e, quindi, della possibilità di attuare misure di distanziamento sociale, accogliendo comunque un maggior numero di persone.

La Corte Suprema, adita in via cautelare (*injunctive relief*) dalla Diocesi Cattolica di Brooklyn e dall'Agudath Israel of America, la comunità ebraica ortodossa, si è espressa con una *per curiam opinion* a favore degli enti religiosi con un'esigua maggioranza di cinque giudici (dissenzienti i giudici Breyer, Kagan, Sotomayor e il Chief Justice Roberts). Dal momento che tale decisione appartiene allo *shadow docket*⁶⁸ della Supreme Court connesso

⁶⁷ *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 592 US _ (2020).

⁶⁸ S.I. Vladeck, *op. cit.*, analizza diffusamente l'*emergency docket* della Corte Suprema connesso alle restrizioni anti-Covid all'esercizio del culto nelle sue varie forme (non solo la partecipazione alle funzioni, ma ad es. anche riunioni di preghiera o di lettura della Bibbia in abitazioni private). Oltre al caso newyorchese, le pronunce della Corte hanno colpito la

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

all'emergenza pandemica, non si tratta di una pronuncia dettagliata per quanto riguarda i profili di merito e tuttavia ci consente di analizzare, da una prospettiva privilegiata, l'approccio più recentemente adottato dai giudici di Washington in tema di *religious freedom*, il punto di approdo della giurisprudenza dell'ultimo decennio in materia.

I giudici di maggioranza - e, in particolare, Gorsuch e Kavanaugh, ciascuno autore di un *concurring* - hanno basato il proprio ragionamento sul fatto che, nelle medesime zone rosse e arancioni, l'*executive order* consentiva a numerosi esercizi commerciali e attività *secular*, appartenenti a segmenti merceologici piuttosto disparati ed eterogenei, di rimanere aperti senza neppure subire particolari limitazioni relativamente agli accessi o alla capienza, in quanto considerati *essential* anche nel contesto pandemico. Il termine di paragone è quindi rappresentato dalle *comparable secular activities* che, secondo i giudici, sono trattate più favorevolmente delle *religious activities*, partendo dal presupposto - errato e altresì discriminatorio - che queste ultime manchino del carattere di essenzialità che si riconosce invece alle prime⁶⁹; la decisione estende quindi alle pratiche culturali il trattamento *più favorevole* applicato alle attività secolari. Si tenga presente, tuttavia, che alle attività secolari considerate *non essenziali* era riservato un trattamento

normativa del Nevada (*Cabvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 591 US _ (2020)) e soprattutto le restrizioni imposte dallo Stato della California, dal caso *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 592 US _ (2021) a *Tandon v. Newsom*, 593 US _ (2021) (su cui v. *infra*). Vladeck ha evidenziato come la Corte abbia fatto un uso per lo meno disinvolto del proprio *shadow docket*, *in primis* allargando a dismisura le maglie dell'*emergency relief* (si ricordi che, anche nel caso della Diocesi di Brooklyn, i presupposti d'urgenza della misura cautelare erano alquanto dubbi, trattandosi di provvedimenti soggetti a modifiche continue in base all'andamento della pandemia e già mutati al momento della decisione della Corte). L'autore segnala poi come la Corte sia venuta meno ad un principio costante della propria giurisprudenza, quello di non attribuire a questo tipo di pronunce valore di precedente vincolante per le corti inferiori, trattandosi di decisioni che non investono il merito, all'esito di procedimenti caratterizzati dalla sommarietà per quanto riguarda la cognizione della Corte e l'integrazione del contraddittorio e che sovente non rivestono neppure la forma della sentenza (come quelle summenzionate), ma quella di *unsigned emergency order*; al contrario, nelle ultime pronunce di questo filone, la Corte ha rimesso i casi alle corti inferiori, rimproverandole per non aver provveduto direttamente applicando il *reasoning* - se così si può dire - delle proprie ordinanze cautelari precedenti; v. p. 28.

⁶⁹ C.M. Corbin, *Religious Liberty in a Pandemic*, 70 *Duke L. J. Online* 1 (2020) enuclea dalla giurisprudenza delle corti statunitensi sulle restrizioni anti-Covid i due criteri, non necessariamente cumulativi, che qualificano un'attività come essenziale. Tali criteri sono identificati nel carattere *necessary to life* dell'attività in questione e nell'assenza di possibili alternative (*no alternative available*); v. p. 15 ss.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

deteriore rispetto a quello dei luoghi di culto, dal momento che di tali attività si prescriveva semplicemente la chiusura o l'interruzione.

Come abbiamo accennato in precedenza, lo schema sotteso a questo ragionamento è sostanzialmente identico a quello che presiede al funzionamento della clausola della nazione più favorita nel diritto internazionale e, ogniqualvolta ci si trovi di fronte ad una pretesa violazione del *Free Exercise*, tale meccanismo comporterebbe l'estensione alle pratiche religiose della disciplina più favorevole dettata in relazione ad attività o ad una condotta di carattere laico ritenute analoghe.

In queste ultime pronunce della Corte stiamo quindi assistendo ad una progressiva erosione della portata di *Smith* come precedente vincolante; e ciò, nonostante tale sentenza non abbia (ancora) subito un formale *overruling*; se è vero che alla luce di *Smith* non era sempre facile stabilire se una legge mirasse direttamente o meno ad incidere la libertà religiosa, ad oggi però appare evidente come la Corte abbia superato una valutazione basata sull'oggetto della normativa a favore di una valutazione in termini di *effetti* della legge sulla libertà religiosa, trasformando sempre più spesso il giudizio sulla *religious freedom* in un giudizio triadico di eguaglianza, in cui però è insito il rischio, abbastanza concreto, che la scelta del *tertium comparationis* possa anche rivelarsi arbitraria o strumentale.

Come ha sottolineato giustamente Laura Portuondo, le categorie che attualmente muovono il *reasoning* della Corte in materia di religione sono quelle della *devaluation* e dell'*underinclusion*, ormai svincolate da quello che potremmo chiamare l'*animus discriminandi*; la volontà o persino la consapevolezza, da parte del legislatore, di perpetrare una discriminazione a danno della libertà religiosa non sono più considerate, evidentemente, elementi rilevanti ai fini della valutazione di costituzionalità della Corte, cosa che invece il perimetro della legge neutrale e genericamente applicabile fissato da *Smith* sembrava presupporre.

Sostiene Portuondo che nulla, in queste ultime decisioni, lascia intendere «*that devaluation entails a specific desire to discount religious interests; an unconscious failure to consider religious interests is sufficient. [...] Mere underinclusivity is sufficient to trigger heightened scrutiny, even if the protected class is not the only group burdened by a regulation*»⁷⁰; per inficiare la costituzionalità di una legge, diventa allora sufficiente l'*insufficient appreciation or consideration of religious interests at stake*»⁷¹.

La giurisprudenza cautelare sulle restrizioni Covid alla libertà di culto ha rappresentato la vera parabola ascendente del *most favored nation approach*

⁷⁰ L. Portuondo, *op. cit.*, p. 33 ss.

⁷¹ *Ivi*, p. 39.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

e la dottrina ha individuato il suo apogeo in *Tandon v. Newsom*⁷², la più recente tra queste pronunce, in cui la Corte⁷³ ha affermato: «Government regulations are not neutral and generally applicable, and therefore trigger strict scrutiny under the Free Exercise Clause, whenever they treat any comparable secular activity more favorably than religious exercise»⁷⁴.

3.4 Fulton v. Philadelphia⁷⁵: *quel che resta di Smith*

Ancor meno lineare, se possibile, è la sentenza *Fulton v. Philadelphia*, emessa dalla Supreme Court nel giugno 2021; la controversia aveva ad oggetto l'attività di collocamento dei minori presso famiglie affidatarie e la relativa funzione di selezione e di certificazione di idoneità delle famiglie che aspirino, appunto, ad accogliere un minore. Tale attività, nella municipalità di Philadelphia, come in altre città americane, si avvale dell'opera di numerose agenzie private, che interagiscono con gli organi pubblici e costituiscono il cardine principale su cui ruota il *foster-care service* nella sua interezza; tra queste, la Catholic Social Services (CSS), ente direttamente dipendente dalla diocesi di Philadelphia, impegnata da moltissimi anni nello svolgimento del servizio in questione.

Le ragioni dell'attrito tra la CSS e le istituzioni cittadine risiedevano nel rifiuto da parte dell'organizzazione cattolica di certificare, come possibili famiglie affidatarie, quelle composte da persone sposate dello stesso sesso nonché - è bene evidenziarlo - quelle formate da coppie, anche eterosessuali, non sposate; la città della Pennsylvania aveva quindi tentato di forzare la mano della CSS, prima imponendo tra le clausole contrattuali un divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e poi, a fronte dell'inottemperanza dell'ente, sospendendo qualsiasi rapporto di collaborazione con la CSS, inibendole quindi lo svolgimento di ogni attività nell'ambito dei servizi di affidamento dei minorenni.

La pronuncia dei giudici di Washington D.C., adottata all'unanimità, ribalta le sentenze delle due corti federali inferiori, che avevano entrambe

⁷² Cit. *supra* n. 68. Si vedano S.I. Vladeck, *op. cit.*, p. 30; J. Oleske, *Tandon Steals Fulton's Thunder: The Most Important Free Exercise Decision Since 1990*, in www.scotusblog.com del 15 aprile 2021.

⁷³ Si tratta anche in questo caso di una *per curiam opinion* che ripropone la medesima maggioranza del caso relativo allo Stato di New York; il Chief Justice Roberts si è nuovamente associato al dissenso dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor.

⁷⁴ *Tandon v. Newsom*, cit., *per curiam*.

⁷⁵ *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 US _ (2021).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

deciso il caso in senso favorevole alle ragioni della municipalità di Philadelphia.

Contrariamente a quanto forse si potrebbe supporre, la decisione è totalmente imperniata sul parametro della *Free Exercise Clause*; il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale non ha avuto accesso, neppure marginalmente, alle prospettazioni delle parti né, tanto meno, al *reasoning* della Corte. La consonanza dei nove giudici intorno alle rivendicazioni della CSS si è in realtà sfrangiata in quattro diverse *opinion*, quella della Corte, a firma del Chief Justice Roberts, e tre *concurring*, sottoscritti, rispettivamente, dalla giudice Barrett e dai Justice Alito e Gorsuch, questi ultimi in aperto contrasto con l'opinione principale sotto il profilo dell'iter argomentativo.

In effetti, si può dire che il caso *Fulton* ruoti sostanzialmente intorno al possibile *overruling* di *Smith*, evocato dai ricorrenti, caldeggiato dai giudici Alito, Gorsuch e Thomas, ma arginato dal Chief Justice e dai giudici che hanno aderito all'opinione principale.

Lungi dallo smentire definitivamente *Smith*, la Corte fa leva sul requisito della *general applicability* che, come abbiamo visto, è considerato carente qualora la legislazione lesiva della libertà religiosa contempni un meccanismo per garantire *individualized exception*.

Forzando le maglie della normativa statale vigente in materia e delle clausole contrattuali che regolavano i rapporti tra la municipalità di Philadelphia e la CSS, Roberts ha evidenziato come la possibilità di un'esenzione dal divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale fosse, in realtà, astrattamente prevista, escludendo quindi la natura *generally applicable* delle norme in questione e sancendo l'illegittimità della condotta adottata dagli organi di Philadelphia e, in particolare, del loro rifiuto di stipulare nuovi contratti con la CSS in relazione ai servizi di affidamento, qualora l'ente cattolico non avesse acconsentito a certificare come famiglie affidatarie anche quelle *same-sex*.

È questo un aspetto di indubbia criticità della decisione della Corte, che i giudici Alito e Gorsuch non hanno mancato di sottolineare nelle rispettive *opinion*; in effetti, nell'elaborazione del Chief Justice, la questione non viene risolta, bensì aggirata⁷⁶, lasciando al soggetto pubblico la possibilità di evitare future censure di costituzionalità riformulando la normativa e il regolamento contrattuale in senso coerente al dettato della sentenza *Smith*, con il rischio che la controversia tra le parti si riapra su nuove basi,

⁷⁶ In questo senso I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *The Radical Uncertainty*, cit., p. 3.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

protraendosi *sine die*, non diversamente da quanto avvenuto con la scelta di rimettere gli atti alle corti inferiori nel caso *Zubik*.

Il *concurring* di Alito contiene una minuziosa ricostruzione della libertà religiosa nel contesto costituzionale statunitense e ciò non soltanto con riferimento alla giurisprudenza della Supreme Court, ma anche con particolare attenzione al modo in cui tale diritto è stato elaborato in chiave storica e diacronica, partendo dalle Carte coloniali per arrivare alle Costituzioni degli Stati odierni. Certo, l'indagine del Justice Alito è indubbiamente guidata da un intento di matrice testualista e originalista, finalizzata al recupero dell'*original public meaning* del Primo Emendamento e, più precisamente, della *Free Exercise Clause*, snaturato - secondo il giudice - dalla sentenza *Smith* e da una parte della giurisprudenza ad essa successiva.

Alito rileva come la storia dell'applicazione del Primo Emendamento sia, anche e soprattutto, la storia della giurisprudenza sulle esenzioni da determinati obblighi di legge che i singoli possono invocare a tutela della propria libertà religiosa; così è avvenuto, ad esempio, per quanto riguarda l'obbligo di prestare giuramento così come per l'obbligo del servizio militare e in numerose altre fattispecie, puntualmente individuate dal giudice; i casi in cui invece un'esenzione da un obbligo di legge veniva negata sono, tendenzialmente, quelli in cui la condotta del singolo avrebbe rappresentato una minaccia per la pace o la sicurezza pubblica o l'ordine pubblico⁷⁷.

Si ravvisa una certa contraddittorietà, nelle parole del Justice Alito, quando correttamente evidenzia come la libertà religiosa negli Stati Uniti non si limiti, storicamente, a parlare il linguaggio della non discriminazione, vale a dire che tale diritto, nel contesto americano, non implica meramente l'aspirazione alla parità di trattamento della condotta dettata dalla fede religiosa rispetto alla condotta che potremmo definire laica o secolare⁷⁸; e

⁷⁷ La ricostruzione in chiave storica del *Free Exercise* proposta da Alito viene aspramente confutata da I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *The Radical Uncertainty*, cit., p. 13 ss.

⁷⁸ Peraltro, che il Primo Emendamento funzioni *anche* come principio di eguaglianza e di non discriminazione è opinione comune, anche tra coloro che non sono *religious liberty's advocate*. Si veda C.M. Corbin, *Religious Liberty*, cit., p. 10: «In fact, the Free Exercise Clause often functions as an equal protection clause for religion by prohibiting discrimination on the basis of religion». Si veda altresì I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *The Radical Uncertainty*, cit., p. 22: «[...] Both the Establishment Clause and the Free Exercise Clause have anti-discrimination components». Del resto, anche *Smith* è risultata funzionale a questo schema; si veda L. Portuondo, *op. cit.*, p. 43: «[...] The neutrality and general applicability rules themselves vindicate equality rather than liberty interests. As *Smith's* critics have recognized, the triggering rules that *Smith* set out promote religious equality, not religious liberty».

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

tuttavia è proprio la più recente giurisprudenza della Corte in materia, a cui Alito contribuisce personalmente, che sta progressivamente trasformando il Primo Emendamento in una sorta di super-principio di eguaglianza della condotta religiosa e la *religious freedom* in un diritto *più eguale degli altri* - per dirla con Orwell⁷⁹ - pressoché impermeabile a qualsiasi forma di bilanciamento, a detrimento, tra l'altro, della componente della *liberty* che pure è insita nella norma stessa e che la Corte, in altri tempi, non ha mancato di coltivare.

Alito, poi, rivendica alle Corti il ruolo di custodi della *religious liberty*, in maniera incongruente rispetto all'impianto testualista da cui il suo ragionamento ha preso le mosse; *Smith*, al contrario, aveva avuto proprio l'intento di radicare questa funzione nel processo politico e nelle mani del legislatore, coerentemente con i principi cardine dell'Originalismo professato da Scalia, autore dell'*opinion* principale nel 1990.

È inevitabile, poi, che, tanto nell'opinione di Alito, quanto in quella di Gorsuch faccia la sua comparsa il fantasma, neppure troppo evanescente, di *Masterpiece Cakeshop*; peraltro, a parere di chi scrive, i due casi non sono sovrapponibili, in primo luogo perché diversissima è, nelle due fattispecie, la cornice normativa.

In secondo luogo, è ben diverso obbligare un privato, fornitore di beni o servizi, a non discriminare tra i propri clienti in base all'orientamento sessuale, ove la sua prestazione non implica alcuna adesione alle scelte di vita o ai valori morali del committente che il fornitore non condivide; altro è pretendere che un ente che rappresenta a tutti gli effetti una costola della Chiesa cattolica certifichi l'idoneità di famiglie affidatarie composte da persone dello stesso sesso, atto che certamente implicherebbe, quanto meno, il riconoscimento di quelle unioni in aperto contrasto con i principi della dottrina cattolica. Non si dimentichi che la CSS di Philadelphia non certificava neppure l'idoneità di coppie eterosessuali non sposate, mentre nella valutazione dell'affidamento a persone singole prescindeva da qualsiasi indagine in merito all'orientamento sessuale. Diversa sarebbe stata l'ipotesi in cui un'agenzia effettivamente laica avesse negato la certificazione alle coppie *same-sex* obiettando per motivi religiosi; allora la fattispecie sarebbe stata certamente assimilabile al caso del pasticciere di Denver e una

In generale, per una corretta ricostruzione del Primo Emendamento in chiave di *equal liberty of conscience*, sia consentito richiamare, almeno, M.C. Nussbaum, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, 2008.

⁷⁹ Il riferimento è evidentemente a G. Orwell, *La fattoria degli animali*, Milano, 1947, trad. di B. Tasso.

soluzione che negasse la sussistenza della discriminazione sarebbe stata parimenti incongrua.

Vero è che, in questa sentenza, con cui la Corte non ha certamente scritto una delle sue pagine più efficaci, è comunque prevalsa la voce prudente del Chief Justice Roberts, evidentemente sempre meno allineato ai colleghi conservatori per ciò che concerne la libertà religiosa e altri temi particolarmente divisivi per la società americana, come si evince dal suo posizionamento nelle ultime decisioni da noi analizzate; peraltro, con i giudici di nomina trumpiana destinati a rimanere a lungo sugli scranni della Corte, è certo che Roberts continuerà a rappresentare l'ago della bilancia su queste e su altre questioni sempre più spesso negli anni a venire.

Forse la strada per una soluzione equilibrata di questo tipo di controversie potrebbe essere quella suggerita da Ira Lupu e Robert Tuttle che, confutando la ricostruzione di Alito in *Fulton*, distinguono tra *exercise of religion*, protetto dal Primo Emendamento, e *religiously motivated conduct*, che può esplicarsi in ambito civile o secolare, ma non rientra nello spettro di tutela predisposto dalla Costituzione⁸⁰; è indubbio però che, ovunque si scegliesse di porre il confine tra le due fattispecie, rimarrebbe sempre e comunque una zona grigia in cui tali confini risulterebbero sfumati, lasciando all'interprete un compito non facile da portare a termine.

4. Uno sguardo al futuro

Il decennio tra il 2010 e il 2020 e questi ultimi due anni sono stati, negli Stati Uniti, forieri di grandi cambiamenti e di trasformazioni sociali e politiche che hanno posto più volte in discussione il ruolo delle istituzioni democratiche e finanche della Corte Suprema, mettendo a dura prova la tenuta di certi equilibri che apparivano saldamente consolidati e, soprattutto per quanto riguarda la libertà religiosa, sono emerse linee di tensione, se non proprio di frattura, estremamente profonde e difficili da ricomporre, quanto meno nel breve periodo, con altri diritti costituzionali di più recente affermazione.

Una prima fonte di attriti tra le diverse componenti della società americana si rinviene indubbiamente nel movimento per i diritti delle persone LGBT che, nell'arco di relativamente pochi anni, ha portato dalla pronuncia di incostituzionalità del reato di sodomia all'imposizione, anche agli Stati più riottosi, del matrimonio egualitario, sempre ad opera della

⁸⁰ I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *The Radical Uncertainty*, cit., p. 21.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Supreme Court che non si è mai trincerata dietro il facile paravento del *judicial restraint*.

L'elezione di Trump alla Casa Bianca nel 2016, con tutto ciò che ne è seguito, anche per quanto riguarda la composizione della Corte Suprema e l'inevitabile, radicale mutamento dei suoi equilibri, come abbiamo visto, ha riaperto e inasprito tensioni, di carattere religioso, ma anche razziale, mai sopite nella società statunitense; basti pensare, a titolo esemplificativo, alla vicenda del *Travel Ban* e al braccio di ferro che ne è scaturito tra la Presidenza, la Corte e altri giudici di diversi Stati e livelli. Al periodo trumpiano appartiene anche la vicenda, non propriamente commendevole, dei *First Amendment Defense Act* (FADA), normative che, con scarso successo, si è tentato di introdurre sia a livello federale che statale; più che fondare *religious accomodation*, tali atti rappresentavano un vero e proprio salvacondotto per chiunque volesse discriminare contro le persone LGBT, negando loro l'accesso a beni o servizi; la loro portata discriminatoria era tale che, in tanti casi, persino i governatori repubblicani si sono rifiutati di firmare *bill* depositati da rappresentanti e senatori del medesimo partito⁸¹.

Da ultimo, pochi mesi fa, la pronuncia *Dobbs v. Jackson*, che ha sancito l'*overruling* di *Roe v. Wade*⁸², cancellando l'aborto dal catalogo dei diritti costituzionali, ha rinfocolato un dibattito che sicuramente influenzerà anche le prossime tornate elettorali; un tema, quello dell'aborto, che, anche se non chiama in causa il Primo Emendamento, ha indubbe tangenze con le questioni religiose e con le c.d. *Culture Wars* e che di certo non è destinato ad esaurirsi con *Dobbs*.

Tanti i nodi da sciogliere che si addensano sui giudici di Washington: archiviata la questione dell'obiezione religiosa all'obbligo vaccinale per il Covid, che la Corte ha rifiutato di giudicare⁸³, resta sul tavolo, ad esempio, *303 Creative LLC v. Elenis*⁸⁴, un caso pendente dinanzi alla Corte Suprema che presenta forti analogie con *Masterpiece Cakeshop* e che difficilmente potrà essere deciso in senso difforme dal precedente, ma che potrebbe riservare delle sorprese quanto alla motivazione e al modo in cui si andrà a comporre, o a sfrangiare, la maggioranza.

⁸¹ Si veda *Barber v. Bryant*, 193 F. Supp. 3d 677 (S.D. Mi ss. 2016), che riguardava il FADA del Mississippi. V. anche M.A. Hamilton, *Mississippi, the First Amendment Defense Act, Accomodation, and Apartheid*, in www.verdict.justia.com del 7 luglio 2016.

⁸² *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

⁸³ *Dr. A v. Hochul*, 595 US _ (2022), *cert. denied*; v. anche *Does v. Mills*, 595 US _ (2021), *appl. for injunctive relief denied*.

⁸⁴ *303 Creative LLC v. Elenis*, *pending*. Il caso è stato discusso dinanzi alla Corte Suprema il 5 dicembre 2022.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

L'atteggiamento tenuto dalla Corte nelle più recenti decisioni in tema di religione le ha attirato, da una parte della dottrina, la poco invidiabile accusa di *Free Exercise Lochnerism*⁸⁵, una forma di *religious laissez-faire* che eleva un solo diritto al di sopra di tutti gli altri, nella migliore delle ipotesi, destinati ad una perenne soccombenza; nella peggiore, neppure riconosciuti come tali. Non resta che aspettare e vedere se la Supreme Court rimarrà sorda ai richiami provenienti dalla dottrina e dalla società civile o se, invece, riacquisterà consapevolezza del proprio ruolo contromaggioritario e saprà ricondurre (anche) la *religious freedom* nei prudenti binari del *balancing test* in cui di certo *più favorita* è la legittimazione della Corte stessa.

ABSTRACT: The essay is about the last developments of the American Supreme Court's jurisprudence about religious freedom. After *Employment Division v. Smith*, the Congress had reinstated the *Sherbert test*, at least at the statutory level, enacting the Religious Freedom Restoration Act.

In the last decade, especially since the *Hosanna-Tabor* case in 2012, the Court has adopted an increasingly broader interpretation of religious freedom, consistent with that one advocated by RFRA. In its most recent decisions, in particular the cases involving Covid-19 restrictions of religious practices, the Court has openly adopted the so-called «most favored nation approach» to solve cases in which religion is at stake.

KEYWORDS: First Amendment - religious freedom - religious freedom - Restoration Act - religious objection - most favored nation approach

Chiara De Santis – Dottoressa di ricerca in Diritto Pubblico, Sapienza – Università di Roma (chiara.desantis@uniroma1.it)

⁸⁵ Si veda e.g. E. Sepper, *Free Exercise Lochnerism*, 115 *Colum. L. Rev.* 1453 (2015); per un'analisi delle radici storiche del fenomeno si veda J.K. Kessler, *The Early Years of First Amendment Lochnerism*, 116 *Colum. L. Rev.* 1915 (2016).