



**Adelaide Madera**

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

**Nuove forme di obiezione di coscienza fra oneri a carico della libertà  
religiosa e *third-party burdens*. Un'analisi comparativa della  
giurisprudenza della Corte Suprema U.S.A. e della Corte di Strasburgo \***

**SOMMARIO:** 1. Nuove rivendicazioni di differenze negli U.S.A. e in Europa: un tentativo di comparazione - 2. I conflitti generati dal *Contraception Mandate* negli U.S.A. - 3. Il caso *Zubik v. Burwell* - 4. La difficile definizione del concetto di *substantial burden* - 5. La soluzione di compromesso adottata dalla Corte Suprema - 6. Accomodazionismo religioso e nuove "battaglie culturali" - 7. Prerogative dei soggetti confessionalmente connotati e "costi sociali" del loro riconoscimento - 8. Il fenomeno delle nuove *conscience claims* - 9. La valutazione dei *third-party burdens* - 10. Il diritto all'obiezione di coscienza dinanzi alla Corte di Strasburgo - 11. La decisione *Eweida and others v. United Kingdom* e l'ampliamento della portata dell'art. 9 CEDU - 12. Il rilievo attribuito al principio di non discriminazione - 13. La valorizzazione del margine di apprezzamento - 14. Annotazioni riepilogative.

**1 - Nuove rivendicazioni di differenze negli U.S.A. e in Europa: un tentativo di comparazione**

Una delle aree di maggiore problematicità dei rapporti fra diritto e religione è la questione del *quantum* di "*religious accommodation*" debba essere assicurato alle rivendicazioni di differenze in una società liberale, democratica, multiculturale e plurireligiosa; essa costituisce pertanto un peculiare angolo prospettico alla luce del quale esaminare l'evoluzione dei rapporti fra Stato e Confessioni e l'incessante processo di ridefinizione cui sembrano oggi soggetti i contorni della tutela della libertà religiosa negli ordinamenti occidentali, alla luce di rinnovate tensioni fra la crescente diversità religiosa, l'affermazione di nuove istanze di autodeterminazione, e l'emergente diffidenza statale verso nuove rivendicazioni libertarie dei gruppi religiosi, suscettibili di destabilizzare gli attuali quadri normativi nazionali e sovranazionali<sup>1</sup>.

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> Cfr. **D.O. CONKLE**, *Religion, Law and the Constitution*, LEG, St. Paul (MN), 2016; **J.A. NICHOLS, J. WITTE Jr.**, *National Report United States of America: Religious Law and Religious Courts as a Challenge to the State*, in *Religious Law and Religious Courts as a Challenge to the*



Negli Stati Uniti, l'affermazione di una eguale libertà in materia matrimoniale e le aperture al riconoscimento dei *same-sex marriages*<sup>2</sup>, così come il controverso *Contraception Mandate* connesso a recenti provvedimenti normativi in materia sanitaria, hanno generato l'insorgere di nuove forme di obiezione di coscienza (non solo individuali ma pure collettive) e della conseguente domanda di nuove forme di accomodamento della libertà religiosa (soddisfatte allo stato in maniera inadeguata)<sup>3</sup>. Numerose controversie sono generate dal rifiuto, non solo da parte di singoli, ma pure da parte di organizzazioni religiosamente affiliate che svolgono attività di carattere sociale, fruibili dall'intera collettività, come anche da parte di enti commerciali che rivendicano una "coscienza", di fornire servizi in contraddizione con i principi etico-religiosi a cui esse improntano la loro attività<sup>4</sup>.

Molte di queste nuove istanze di libertà riguardano richieste di singoli o di istituzioni di essere esentati da atti o comportamenti che implicherebbero non una partecipazione diretta bensì una loro "complicità" nello svolgimento di attività in contrasto con i precetti religiosi a cui aderiscono.

Il preoccupante corto circuito fra un crescente atteggiamento dottrinale critico verso forme di *religious accommodationism*<sup>5</sup> e l'emergere di

---

*State. Legal Pluralism in Comparative Perspective*, a cura di U. Kischel, Mohr, Tübingen, 2016, p. 83 ss.

<sup>2</sup> Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015), secondo cui i singoli Stati non possono negare il diritto al matrimonio alle *same-sex couples*, conferendo il "right under the Fourteenth Amendment for same-sex couples to be married on the same terms as accorded to couples of the opposite sex".

<sup>3</sup> Cfr. R.F. WILSON, A.M. KREIS, *Embracing Compromise: Marriage Equality and Religious Liberty in the Political Process*, in *Geo. J. Gender & L.*, vol. 15, 2014, p. 485 ss.

<sup>4</sup> Si pensi al caso delle agenzie per l'adozione affiliate alle *Catholic Charities*, che hanno preferito in alcuni ambiti territoriali rinunciare a prestare i loro servizi alla collettività, piuttosto che soggiacere all'obbligo statalmente imposto di dare in adozione bambini pure a coppie monosessuali: cfr. P. WEN, *Catholic Charities Stuns State, Ends Adoption*, in *Boston Globe*, Mar. 11, 2006, nel sito [http://www.boston.com/news/local/articles/2006/03/11/catholic\\_charities\\_stuns\\_state\\_ends\\_adoptions/](http://www.boston.com/news/local/articles/2006/03/11/catholic_charities_stuns_state_ends_adoptions/); P. WEN, *Calif. Charity Ends Full Adoption*, in *Boston Globe*, Aug. 3, 2006, nel sito [http://www.boston.com/news/local/articles/2006/08/03/calif\\_charity\\_ends\\_full\\_adoptions](http://www.boston.com/news/local/articles/2006/08/03/calif_charity_ends_full_adoptions).

In altri Stati è stato consentito a tali agenzie di continuare a operare coerentemente con i loro principi religiosi, purché non beneficino di fondi pubblici: cfr. 2009 Conn. Acts 8 (Reg. Sess.); MD. CODE ANN., FAM. LAW §§ 2-201, 2-202 (West 2013); MINN. STAT. § 517.201 (2013); R.I. GEN. LAWS § 15-3-6.1(c)(2)(West 2013). Per le controversie generate dal *Patient Protection and Affordable Care Act*, cfr. M. GRECO, *Il caso "Hobby Lobby": la difesa della libertà religiosa di una particolare tipologia di datore di lavoro nel più recente arresto della Corte Suprema americana*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2014/3, p. 895 ss.

<sup>5</sup> Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What If Religion Is Not Special*, in *U. Chi. L. Rev.*, vol. 79,



nuove domande di libertà trova risonanza nella giurisprudenza della Corte Suprema. Da ultimo, la Corte, spesso accusata di operare come un superlegislatore, ha dato il via a un modello di tutela più ampia ed espansiva della libertà religiosa (da qualcuno considerato eccessivamente deferenziale) rispetto a quella precedentemente offerta alla luce del *balancing test* giurisprudenzialmente coniato<sup>6</sup>, asseverando per questa via un sistema di accomodamenti religiosi offerti per via legislativa<sup>7</sup>.

In ambito europeo, il diritto alla libertà di coscienza è stato recentemente valorizzato dall'art. 10.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; benché il secondo paragrafo della stessa norma enfatizzi la dimensione nazionale del riconoscimento del diritto all'obiezione sulla base delle leggi statali che ne disciplinano l'esercizio. È pur vero, infatti, che la stessa Carta prevede, all'art. 52, che potranno essere apportate limitazioni ai diritti riconosciuti dalla stessa solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui, nel rispetto del principio di proporzionalità, tanto da suggerire che anche tale diritto possa beneficiare di forme di "tutela diretta"<sup>8</sup>. La medesima chiarezza non traspare nell'art. 9 CEDU (che non menziona espressamente un diritto all'obiezione di coscienza), tanto da rendere labile l'estensione fino a cui la stessa norma possa imporre un obbligo positivo agli Stati di riconoscere eccezioni rispetto a obblighi giuridici di portata generale, e da lasciare un ampio spazio di manovra all'autonomia dei singoli Stati. Risulta particolarmente prudente l'atteggiamento verso emergenti nuove *conscience claims*: tale fenomeno non è però estraneo alla giurisprudenza europea (nazionale e sovranazionale), assumendo anche qui la duplice forma di obiezione di coscienza sia alla diretta partecipazione

---

2012, p. 1351 ss.; **B. LEITER**, *Why Tolerate Religion?*, Princeton University Press, Princeton, 2013.

<sup>6</sup> Cfr. *Shebert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

<sup>7</sup> Cfr. *Religious Freedom Restoration Act (R.F.R.A.)*, 42 U.S.C. § 2000bb-4 (1993); *Religious Land and Institutionalized Persons Act (R.L.U.I.P.A.)*, 42 U.S.C. §§ 2000cc-2000cc-5 (2000). Cfr. *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 890: "It may fairly be said that leaving accommodation to the political process will place at a relative disadvantage those religious practices that are not widely engaged in; but that unavoidable consequence of democratic government must be preferred to a system in which each conscience is a law unto itself or in which judges weigh the social importance of all laws against the centrality of all religious beliefs".

<sup>8</sup> Cfr. **V. VALENTE**, *Tutela della coscienza, fra "freedom to resign" e indeclinabilità delle funzioni pubbliche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)), n. 24/2016, pp. 1-23; **T. GROPPI**, *Art. 10. Libertà di pensiero, di coscienza e di religione*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, il Mulino, Bologna, 2001, p. 68.



a, sia alla semplice complicità in, atti in contrasto con specifiche appartenenze fideistiche, e generando anche qui una frizione fra rivendicazioni di libertà e potenziali lesioni dei diritti dei terzi.

Gli Stati Uniti hanno una lunga tradizione normativa e giurisprudenziale che si è “specializzata” nella ricerca di un bilanciamento fra rivendicazioni di diversità e leggi di generale applicabilità; pertanto l’esempio statunitense risulta illustrativo della pluralità e complessità delle situazioni coinvolte, della varietà degli interessi in gioco, della difficoltà di contemperarli in una società plurireligiosa e del crescente rischio che il giudice ricada in forme di indebita invasione di profili di stretta competenza confessionale. La Corte europea, chiamata a scrutinare la compatibilità delle rivendicazioni di libertà emergenti in specifici assetti ordinamentali, alla luce del quadro dei valori convenzionalmente identificato, si confronta invece con un orizzonte religiosamente diversificato ove ogni sistema giuridico può offrire soluzioni diverse al bilanciamento fra pretese confliggenti.

Gli indirizzi giurisprudenziali delle due autorità giudiziarie (pur tendenzialmente convergenti) si inseriscono in diversi contesti istituzionali-normativi, produttivi di diversi effetti, rispettivamente, delle pronunzie delle due Corti in termini di cogenza. La Corte Suprema, quale più alta Corte federale degli U.S.A., è chiamata più strettamente a interpretare e applicare i principi costituzionali e le leggi statali. Essa si muove nell’ambito di un sistema di *common law*, in cui le norme introdotte dal legislatore sono affiancate, integrate o mutate dal diritto giurisprudenziale. Le opinioni delle Corti (e in particolar modo quelle della Corte Suprema, sebbene recentemente essa sembri propensa ad adottare un atteggiamento “*hands-off*” verso le scelte del legislatore)<sup>9</sup> interpretano, modificano e sostanzialmente creano diritto, un diritto del caso concreto, che costituisce precedente vincolante per le Corti inferiori, ma è pur sempre soggetto a possibilità di revisioni e di capovolgimenti in seguito a nuovi orientamenti giurisprudenziali. La Corte europea invece è una Corte sovranazionale, come tale tenuta al rispetto dell’assetto relativo alla disciplina del fattore religioso nei singoli Stati membri<sup>10</sup>, alla luce del parametro del margine di

---

<sup>9</sup> Cfr. **M.O. DEGIROLAMI**, *La “contrazione” costituzionale: la Corte Roberts e il diritto di libertà religiosa*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d’America*, a cura di P. Annichino, European University Institute, 2017, p. 16.

<sup>10</sup> Cfr. **S. BERLINGO**, *La condizione delle Chiese in Europa*, in *Dir. Eccl.*, CXIII, parte I, 2002, pp. 1313-1330; **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell’Unione Europea*, in **F. MARGIOTTA BROGLIO**, **C. MIRABELLI**, **F. ONIDA**, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 87-251.



apprezzamento (sia pure nel rispetto del quadro convenzionalmente delineato), sebbene oggi essa appaia meno disponibile ad accettare l'inerzia del legislatore nazionale in materia di libertà religiosa<sup>11</sup>. Essa pertanto prende in carico il delicato equilibrio fra unità e diversità, senza indebitamente interferire con le diverse identità nazionali e con i regimi giuridici riconosciuti alle Confessioni<sup>12</sup>.

## 2 - I conflitti generati dal *Contraception Mandate* negli U.S.A.

---

<sup>11</sup> Cfr. **R. MAZZOLA**, *Introduzione. La dottrina e i giudici di Strasburgo. Dialogo, comparazione, comprensione*, in *Diritto e religione in Europa. Rapporto sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di libertà religiosa*, a cura di R. Mazzola, il Mulino, Bologna, 2012, p. 22.

<sup>12</sup> Cfr. **S. FERRARI**, *La Corte di Strasburgo e l'art. 9 della Convenzione europea. Un'analisi quantitativa della giurisprudenza*, in *Diritto e religione in Europa*, cit., pp. 51-52; **M. VENTURA**, *Conclusioni. La virtù della giurisdizione europea sui conflitti religiosi*, in *Diritto e religione in Europa*, cit., p. 345; **G. CASUSCELLI**, *Convenzione europea, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e sua incidenza sul diritto ecclesiastico italiano. Un'opportunità per la ripresa del pluralismo confessionale?* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., settembre 2011, p. 17. Per una più ampia disamina della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di libertà religiosa, si vedano **M.G. BELGIORNO**, *La libertà religiosa nelle sentenze della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Nuovi studi di diritto canonico ed ecclesiastico*, a cura di V. Tozzi, Edisud, Salerno, 1990, p. 529 ss.; **S. BERLINGÒ**, *Libertà religiosa, pluralismo culturale e laicità dell'Europa. Diritto, diritti e convivenza*, in *il Regno*, n. 3/2002, p. 91 ss.; **M. CARTABIA**, *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali delle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 67-90; **J. DUFFAR**, *La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme en matière de liberté religieuse*, in *Quelle «politique» religieuse en Europe et en Méditerranée? Enjeux et perspectives*, a cura di J. Duffar, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en Provence, 2003, p. 2 ss.; **M. LEVINET**, *Société démocratique et laïcité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Laïcité, liberté de religion et Convention européenne des droits de l'homme*, a cura di G. Gonzalez, Bruylant-Nemesis, Bruxelles, 2006, p. 81 ss.; **C. EVANS**, *Freedom of Religion under the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2001; **W. FUHRMANN**, *Perspectives on Religious Freedom from the Vantage Point of the European Court of Human Rights*, in *BYU Law Review*, 2000, p. 829 ss.; **M. LUGLI**, **J. PASQUALI CERIOLI**, **I. PISTOLESI**, *Elementi di diritto ecclesiastico europeo. Principi. Modelli. Giurisprudenza*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2012; **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *La protezione internazionale della libertà religiosa nella Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, Giuffrè, Milano, 1967; **J. MARTINEZ-TORRON**, *La (non) protezione dell'identità religiosa nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritto e religione in Europa*, cit., pp. 55-85; **J. MARTINEZ-TORRON**, *Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Emory Law Journal*, vol. 19, 2005, pp. 587-636; **J. MARTINEZ-TORRON**, *La giurisprudenza degli organi di Strasburgo sulla libertà religiosa*, in *Rivista Internazionale dei diritti dell'uomo*, 1993, p. 335 ss.; **J. MARTÍNEZ-TORRÓN**, *Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2008/1, pp. 15 ss.; **M. PARISI**, *La tutela giurisdizionale del fenomeno religioso in Europa*, in *Diritto ecclesiastico europeo*, a cura di G. Macrì, M. Parisi, V. Tozzi, Editori Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 155-203.



Come è stato ampiamente analizzato dalla dottrina<sup>13</sup>, con la decisione *Hobby Lobby* la Corte Suprema U.S.A. ha esteso ad alcuni enti *for-profit* la possibilità di rivendicare il diritto a esercitare la propria libertà religiosa alla luce del *Religious Freedom Restoration Act*: tali enti hanno fatto valere la pretesa di essere sottratti al *Contraception Mandate*, un regolamento adottato dall'*US Department of Health and Human Services* sulla base del *Patient Protection and Affordable Care Act*<sup>14</sup>. Tale provvedimento normativo è finalizzato ad ampliare la copertura sanitaria pubblica, imponendo ai datori di lavoro di offrire ai loro dipendenti, all'interno del piano di assicurazione sanitaria a essi garantito nell'ambito di un rapporto lavorativo, alcuni servizi sanitari di carattere preventivo (fra cui sono inclusi i metodi contraccettivi, le procedure di sterilizzazione, i servizi di educazione e consulenza per le donne con capacità riproduttiva)<sup>15</sup>. La pronuncia di cui si è detto ha tentato di trovare un (sia pur faticoso) equilibrio fra il diritto delle donne a godere senza alcun costo di alcune prestazioni sanitarie, e la violazione della libertà di coscienza di individui e istituzioni tenuti a conformarsi al *Contraception Mandate* garantendo l'offerta di tali servizi. I conflitti generati dal *Contraception Mandate* non sono rimasti però a lungo sopiti: proprio in relazione a tale provvedimento normative controversie sono insorte, sollevate da alcune organizzazioni religiosamente affiliate (che svolgono anche attività diverse da quelle di religione e di culto), non soddisfatte dell'accomodamento governativamente offerto (e connesso alla presenza di specifici parametri)<sup>16</sup>; le decisioni conseguentemente adottate dalle autorità giudiziarie dei diversi Circuiti d'Appello hanno cercato di garantire loro la libertà di improntare il loro agire a principi confessionali, evitando però che i costi dell'esercizio di tale libertà ricadessero sui soggetti beneficiari del piano assicurativo<sup>17</sup>. Tali organizzazioni di fatto hanno

---

<sup>13</sup> Cfr. G. D'ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 137 ss.; M. PARISI, *La vicenda Hobby Lobby: un caso di difficile equilibrio tra libertà religiosa e diritto alla salute*, in *Dir Fam. Pers.*, 2016, 1, p. 378 ss.

<sup>14</sup> Cfr. *Patient Protection and Affordable Care Act*, Pub.L. 111-148, 124 Stat. 119, 23.3.2010, emendato dal *Health Care and Education Reconciliation Act*, Pub.L. 111-152, 124 Stat. 1029, 30.3.2010.

<sup>15</sup> Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

<sup>16</sup> Cfr. 45 C.F.R. § 147.131(b) 2013. Le organizzazioni possono godere di tale forma di accomodamento qualora manifestino una obiezione di coscienza di natura religiosa a fornire tutti o alcuni strumenti contraccettivi, siano organizzate e operino come enti non lucrativi, si qualificano come organizzazioni religiose e autocertifichino il possesso dei requisiti prescritti.

<sup>17</sup> Cfr. F.M. GEDICKS, R.G. VAN TASSELL, *RFRA Exemptions from the Contraception Mandate: an Unconstitutional Accommodation of Religion*, in *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 49, 2014, pp. 350-351.



sollecitato il riconoscimento di un trattamento equivalente a quello garantito alle strutture più strettamente confessionali<sup>18</sup>, che assicurasse loro la possibilità di gestire liberamente e senza interferenze pubbliche questioni, a loro dire, afferenti alle “*institutional governance, faith and doctrine*”. Tali istituzioni reclamano che le *Religion Clauses* proteggano il loro diritto di decidere autonomamente, e libere da forme di interferenza statale, le questioni concernenti l’*internal governance*, così come quelle attinenti alla fede e alla dottrina e affermano che il Governo non dovrebbe intromettersi nelle decisioni interne delle organizzazioni religiose, se queste hanno un impatto sulla *mission* delle stesse. Ogni struttura infatti ha assunto decisioni relative all’organizzazione interna dettate dalla sua affiliazione confessionale, cosicché i piani di copertura sanitaria che essa rende disponibili per i suoi dipendenti non possono sussidiare, fornire o facilitare l’accesso alle pratiche contraccettive, alle procedure di sterilizzazione e alle relative attività di informazione e consulenza. Il *Contraception Mandate* interferirebbe con le convinzioni religiose e le finalità delle istituzioni, indirizzandole a porre in essere condotte in contrasto con gli scopi che sono loro propri, e con la capacità della chiesa di assicurare che organizzazioni a essa affiliate rimangano fedeli alla sua dottrina.

### 3 - Il caso *Zubik v. Burwell*

L’ultimo capitolo della vicenda relativa alla controversa relazione fra l’*Affordable Care Act* e il *Religious Freedom Restoration Act* è rappresentato dal caso *Zubik v. Burwell* (che riunisce sei casi decisi in sede di appello)<sup>19</sup>. Se *Hobby Lobby* verteva principalmente sull’individuazione dei soggetti che possono qualificarsi come “persone” ai sensi del *R.F.R.A.*, e pertanto fruire dell’*accommodation* fornita dal Governo, la questione principale sottoposta alla Corte in *Zubik*, come si è anticipato, concerne lo stesso *accommodation scheme* proposto dal Governo e rifiutato dalle *non-profit organizations*, in quanto a loro avviso lesivo della libertà religiosa. In base alla regolamentazione del *Department of Health and Human Services (HHS)* le entità *non-profit* sono tenute a notificare alle compagnie assicurative o ai *third-party administrators* la loro obiezione avverso la fornitura di una

---

<sup>18</sup> Cfr. 45 C.F.R. § 147.131(a) 2013. Una piena esenzione è garantita infatti ai cosiddetti “*religious employers*”. Le organizzazioni rientranti nell’ambito di tale qualifica sono le Chiese, i loro “*integrated auxiliaries*”, le corporazioni e associazioni di chiese e gli ordini religiosi rientranti nell’ambito delle previsioni dell’*Internal Revenue Code* che definiscono le organizzazioni religiose non lucrative.

<sup>19</sup> Cfr. *Zubik v. Burwell*, 578 U.S. (2016).



copertura assicurativa alle dipendenti per le pratiche contraccettive: a tal punto spetterebbe al Governo informare le compagnie assicurative circa il loro obbligo di provvedere alla copertura senza che alcun costo gravi sugli enti *non-profit* datori di lavoro<sup>20</sup>. Secondo quanto sostenuto dal Governo, compilare il modulo appositamente predisposto (*Form 700*) o inviare la notifica direttamente all'*HHS* è un atto che non causa né facilita la copertura assicurativa delle pratiche contraccettive da parte delle organizzazioni *non-profit* coinvolte: esso costituisce "*the minimum information necessary [...] to determine which entities are covered by the accommodation, to administer the accommodation, and to implement*" la stessa forma di accomodamento e offre alle organizzazioni una via per evitare la "tragica scelta"<sup>21</sup> fra il fornire direttamente la copertura assicurativa richiesta o incorrere nelle sanzioni derivanti dall'inadempimento del *Contraception Mandate*, rimuovendo l'onere che deriverebbe dal conformarsi allo stesso a carico delle stesse istituzioni. Secondo questo orientamento, le organizzazioni sarebbero liberate da qualunque coinvolgimento in quanto "*Federal law, not the Form or notification to HHS, provides for contraceptive coverage without cost sharing to plan participants and beneficiaries*". Queste, al contrario, vedono nell'obbligo di notifica loro imposto un "*substantial burden*" sulla loro libertà religiosa, in quanto intravedono nello stesso una "complicità" nella fornitura di prestazioni sanitarie in contrasto con i precetti religiosi cui aderiscono; al tempo stesso la mancata osservanza da parte loro del *Contraception Mandate* implicherebbe il sopportare un costo per l'esercizio della libertà religiosa in termini di sanzioni economiche. Secondo gli enti coinvolti, il Governo richiederebbe loro di porre in essere una specifica attività di identificazione del soggetto sostituto per quella copertura assicurativa che gli enti religiosi

---

<sup>20</sup> Una procedura alternativa è stata introdotta dal Governo in seguito all'ordinanza *Wheaton Coll. v. Burwell*, 134 S. Ct. 2806 (2014), con cui la Suprema Corte proibiva al Governo di dare efficacia al *HHS Mandate*. In base a tale nuova procedura gli enti possono inviare una notifica diretta all'*HHS*: "*[A]n eligible organization may notify HHS in writing of its religious objection to coverage of all or a subset of contraceptive services. The notice must include the name of the eligible organization and the basis on which it qualifies for an accommodation; its objection based on sincerely held religious beliefs to providing coverage of some or all contraceptive services [...]; the plan name and type [...]; and the name and contact information of any of the plan's third party administrators and health insurance issuers*". Dopo avere ricevuto tale notifica l'*HHS* è tenuto a sua volta a notificare alla compagnia di assicurazione l'obiezione di coscienza esercitata dalle organizzazioni, per cui la compagnia assicurativa deve "*[e]xpressly exclude contraceptive coverage from the group health insurance coverage provided in connection with the group health plan[] and [...] [p]rovide separate payments for any contraceptive services required to be covered*". Una ingiunzione simile è stata adottata dalla Corte Suprema in *Little Sisters of the Poor Home for the Aged, Denver v. Sebelius*, 134 S. Ct. 1022 (2014).

<sup>21</sup> Questa espressione è utilizzata da **G. CALABRESI, P. BOBBIT**, *Tragic Choices*, W.W. Norton & Company, New York-London, 1978.





non possono fornire a causa delle loro credenze religiose: non verrebbe pertanto offerta una effettiva *religious accommodation* alle stesse. Quest'ultima dovrebbe considerarsi idonea a rimuovere un onere sostanziale a carico della libertà religiosa, solo nella misura in cui effettivamente venisse incontro alle specifiche credenze religiose del soggetto obiettore per motivi religiosi, cosa che non si verificherebbe nel caso di specie.

Nelle istanze presentate dai soggetti confessionali tuttavia alcuni Circuiti d'Appello hanno ravvisato una indebita interferenza da parte delle stesse istituzioni nelle modalità con cui un ente pubblico implementa le sue politiche, il che oltrepasserebbe il sistema di garanzie a favore della libertà religiosa dell'attuale assetto normativo<sup>22</sup>, in quanto "*party claiming the exemption is not entitled to raise a religious objection to the arrangements the government makes for a substitute [...] fair governance where the law imposes burdens on individuals would become nearly impossible*"<sup>23</sup>. L'Ottavo Circuito ha invece rilevato come le autorità giudiziarie non siano deputate a indagare sulla "ragionevolezza" o "correttezza" delle convinzioni religiose di coloro che rivendicano la possibilità di esercitare una forma di obiezione<sup>24</sup>.

#### 4 - La difficile definizione del concetto di *substantial burden*

---

<sup>22</sup> Cfr. *Priests for Life v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, 772 F.3d 229, 251 (D.C. Cir. 2014), cert. granted sub nom. *Roman Catholic Archbishop of Wash. v. Burwell*, 136 S. Ct. 444 (2015), and cert. granted sub nom. *Priests for Life v. Dep't of Health & Human Servs.*, 136 S. Ct. 446 (2015), and vacated and remanded sub nom. *Zubik III*, 136 S. Ct. 1557 (2016) (per curiam): "*RFRA does not grant [the religious nonprofits] a religious veto against plan providers' compliance with those regulations, nor the right to enlist the government to effectuate such a religious veto against legally required conduct of third parties*".

<sup>23</sup> Cfr. *Priests for Life v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, 772 F.3d 229, 246 (D.C. Cir. 2014), cert. granted sub nom. *Roman Catholic Archbishop of Wash. v. Burwell*, 136 S. Ct. 444 (2015), and cert. granted sub nom. *Priests for Life v. Dep't of Health & Human Servs.*, 136 S. Ct. 446 (2015), and vacated and remanded sub nom. *Zubik III*, 136 S. Ct. 1557 (2016) (per curiam): "*Religious objectors do not suffer substantial burdens under RFRA where the only harm to them is that they sincerely feel aggrieved by their inability to prevent what other people would do to fulfill regulatory objectives after they opt out. They have no RFRA right to be free from the unease, or even anguish, of knowing that third parties are legally privileged or obligated to act in ways their religion abhors*".

<sup>24</sup> Secondo l'Ottavo Circuito infatti "[A] religious objector is entitled to 'dr[a]w a line' regarding the conduct that his religion deems permissible, and once that line is drawn, it is not for [a court] to say that the line [...] was unreasonable". Cfr. *Sharpe Holdings, Inc. v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, 801 F.3d 927, 936 (8th Cir. 2015).



La Corte Suprema avrebbe dovuto offrire risposta ai quesiti proposti (che hanno prodotto una spaccatura fra i diversi Circuiti d'Appello<sup>25</sup> e sui quali si è a lungo soffermata la dottrina, offrendo soluzioni diversificate<sup>26</sup>),

---

<sup>25</sup> Cfr. *Little Sisters of the Poor Home for the Aged, Denver v. Burwell*, 794 F.3d 1151, 1173 (10th Cir. 2015), *cert. granted sub nom. S. Nazarene Univ. v. Burwell*, 136 S. Ct. 445 (2015) (decisione a favore del Governo), *and cert. granted in part* 136 S. Ct. 446 (2015), *and vacated and remanded sub nom. Zubik v. Burwell*, 136 S. Ct. 1557 (2016) [hereinafter *Zubik III*] (per curiam); *Priests for Life v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, 772 F.3d 229, 252 (D.C. Cir. 2014) (decisione a favore del Governo), *cert. granted sub nom. Roman Catholic Archbishop of Wash. v. Burwell*, 136 S. Ct. 444 (2015), *and cert. granted sub nom. Priests for Life v. Dep't of Health & Human Servs.*, 136 S. Ct. 446 (2015), *and vacated and remanded sub nom. Zubik III*, 136 S. Ct. at 1557; *E. Tex. Baptist Univ. v. Burwell*, 793 F.3d 449, 456 (5th Cir. 2015) (decisione a favore del Governo), *cert. granted*, 136 S. Ct. 444 (2015), *and vacated sub nom. Univ. of Dallas v. Burwell*, 136 S. Ct. 2008 (2016), *and vacated and remanded sub nom. Zubik III*, 136 S. Ct. at 1557; *Grace Schs. v. Burwell*, 801 F.3d 788, 807 (7th Cir. 2015) (decisione a favore del Governo), *vacated sub nom. Diocese of Fort Wayne-S. Bend, Inc. v. Burwell*, 136 S. Ct. 2010 (2016), *and vacated*, 136 S. Ct. 2011 (2016); *Catholic Health Care Sys. v. Burwell*, 796 F.3d 207, 218 (2d Cir. 2015) (decisione a favore del Governo), *vacated*, No. 15-1100, 2016 WL 816249 (U.S. May 23, 2016); *Geneva Coll. v. Sec'y U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, 778 F.3d 422, 437 (3d Cir. 2015) (decisione a favore del Governo), *cert. granted in part sub nom. Zubik v. Burwell*, 136 S. Ct. 444 (2015) [*Zubik II*], *and cert. granted sub nom. Geneva Coll. v. Burwell*, 136 S. Ct. 445 (2015), *and vacated and remanded sub nom. Zubik III*, 136 S. Ct. at 1557; *Mich. Catholic Conference & Catholic Family Servs. v. Burwell*, 755 F.3d 372, 390 (6th Cir. 2014) (decisione a favore del Governo), *vacated sub nom. Mich. Catholic Conference v. Burwell*, 135 S. Ct. 1914 (2015); *Eternal Word Television Network, Inc. v. Sec'y of U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, 818 F.3d 1122, 1129 (11th Cir. 2016) (decisione a favore del Governo). Cfr. anche *Sharpe Holdings, Inc. v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, 801 F.3d 927, 936 (8th Cir. 2015), *vacated sub nom. Dep't of Health & Human Servs. v. CNS Int'l Ministries*, No. 15-775, 2016 WL 2842448 (U.S. May 16, 2016): questo è il solo caso deciso a favore delle organizzazioni religiose in sede di appello.

<sup>26</sup> Cfr. **M.A. HELFAND**, *The Substantial Burden Puzzle*, in *University of Illinois Law Review*, 2016, p. 1 ss., secondo cui abilitare le autorità giudiziarie a valutare la "theological substantiality of religious burden" condurrebbe a favorire le sole religioni maggioritarie, le cui pratiche sono conosciute e rispettate, e non i gruppi minoritari, i cui usi e riti rimangono oscuri per molti. **C.M. CORBIN**, *Deference to Claims of Substantial Religious Burden*, in *University of Illinois Law Review*, 2016, p. 14, secondo cui invece "courts possess not only the ability but also the responsibility to evaluate whether burdens are substantial enough to merit accommodation under RFRA". Ad avviso della stessa Autrice, non possono essere "accommodate" quelle rivendicazioni religiose che si fondano su asserzioni in contrasto con l'evidenza scientifica: cfr. **C.M. CORBIN**, *Abortion Distorsions*, in *Wash & Lee L. Rev.*, 2014, vol. 71, p. 1175 ss. Cfr. altresì **F.M. GEDICKS**, *Substantial Burdens: How Courts May (and Why They Must) Judge Burdens on Religion under RFRA*, in *Geo. Wash. L. Rev.* 2017, pp. 28-29, secondo cui le autorità giudiziarie per valutare il carattere sostanziale dell'onere imposto alla libertà religiosa dovrebbero avvalersi di "neutral principles of secular law"; **A.S. GREENE**, *A Secular Test for a Secular Statute*, in *University of Illinois Law Review*, 2016, p. 34 ss., secondo cui il concetto di "onere sostanziale" andrebbe elaborato sulla base del significato che nel diritto secolare (e non in quello confessionale) rivestono le espressioni



concernenti il “cosa” costituisca un onere sostanziale per l’esercizio della libertà religiosa e il “chi” decide quando una misura governativa produca un “*substantial burden*” a carico dell’esercizio della libertà religiosa di tali organizzazioni, così pure avrebbe dovuto chiarire se spetti alle autorità giudiziarie il compito di “*assess the nature of a claimed burden on religious exercise to determine whether, as an objective legal matter, that burden is ‘substantial’ under RFRA*”<sup>27</sup>, ruolo che implica consequenzialmente attribuire alle stesse autorità giudiziarie il non semplice onere di “*objectively assess whether the appellees’ compliance with the self-certification procedure does, in fact, trigger, facilitate, or make them complicit in the provision of contraceptive coverage*”<sup>28</sup> (sia pure con il rischio di indebite intrusioni statali in questioni di stretta pertinenza confessionale)<sup>29</sup> o se le stesse autorità giudiziarie debbano limitarsi a verificare la sussistenza di una pressione governativa

---

“*facilitation, complicity, causation*”. Cfr. infine **A.J. SEPINWALL**, *Burdening “Substantial Burdens”*, in *University of Illinois Law Review*, 2016, p. 43 ss.

<sup>27</sup> Cfr. *Catholic Health Care Sys. v. Burwell*, 796 F.3d 207, 217 (2d Cir. 2015), *vacated*, No. 15-1100, 2016 WL 816249 (U.S. May 23, 2016); *Geneva Coll. v. Sec’y U.S. Dept. of Health & Human Servs.*, 778 F.3d 422, 442 (3d Cir. 2015) (secondo cui, poiché la Corte “*dispelled the notion that the self-certification procedure is burdensome, [it] need not consider whether the burden is substantial*”, *cert. granted in part sub nom. Zubik II*, 136 S. Ct. 444 (2015), and *cert. granted sub nom. Geneva Coll. v. Burwell*, 136 S. Ct. 445 (2015), and *vacated and remanded sub nom. Zubik III*, 136 S. Ct. at 1557. Le Corti d’Appello hanno sostenuto l’approccio “*no burden*” evocando in particolare due pronunzie della Corte Suprema: *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439 (1988), riguardante il progetto governativo di costruire una strada, attraversando una località sacra ai Nativi Americani (secondo la Corte l’azione pubblica costituiva un ostacolo per la possibilità di tale gruppo di praticare il proprio credo, tuttavia non si configurava una violazione della *Free Exercise Clause*, in quanto non veniva imposto ai Nativi Americani di violare o mutare le loro credenze religiose); *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693 (1986), in cui la Corte ha stabilito che l’uso governativo del *Social Security Number* di un bambino Nativo Americano affinché la famiglia potesse beneficiare di un programma assistenziale pubblico non viola la libertà religiosa del minore o dei suoi familiari. In entrambi i casi la Corte aveva affermato che “*religious exercise is not substantially burdened merely because the Government spends its money or arrange its own affairs in ways that petitioners find objectionable*”.

<sup>28</sup> Cfr. *Geneva Coll. v. Sec’y U.S. Dep’t of Health & Human Servs.*, 778 F.3d 422, 435 (3d Cir. 2015), *cert. granted in part sub nom. Zubik II*, 136 S. Ct. 444 (2015), and *cert. granted sub nom. Geneva Coll. v. Burwell*, 136 S. Ct. 445 (2015), and *vacated and remanded sub nom. Zubik III*, 136 S. Ct. 1557 (2016) (*per curiam*). Cfr. pure *Little Sisters of the Poor Home for the Aged v. Burwell*, 794 F. 3d 1151, 1176 (2015): “*If plaintiffs could assert and establish that a burden is “substantial” without any possibility of judicial scrutiny, the word “substantial” would become wholly devoid of independent meaning*”; *Catholic Health Care Sys. v. Burwell*, 796 F.3d 207, 218 (2015): “*The fact that a RFRA plaintiff considers a regulatory burden substantial does not make it a substantial burden. Were it otherwise, no burden would be insubstantial*”.

<sup>29</sup> Cfr. **M.O. DEGIROLAMI**, *Substantial Burdens Imply Central Beliefs*, in *University of Illinois Law Review*, 2016, p. 19 ss.



esercitata sugli enti affinché adottino una condotta lesiva di un precetto derivante dalla loro affiliazione confessionale<sup>30</sup>. La Corte avrebbe pertanto dovuto definire il *quantum* di deferenza da accordare alle rivendicazioni delle parti attrici secondo cui la misura governativa onererebbe in misura sostanziale le loro convinzioni.

A tal proposito, occorre ricordare che, in precedenti decisioni, la Corte ha più volte ribadito (e il *R.F.R.A.* e il *R.L.U.I.P.A.* hanno ribadito), che non rientrerebbe nella competenza delle autorità giudiziarie accertare il peso dell'onere sull'esercizio della libertà religiosa gravante sul singolo fedele<sup>31</sup>; esse si dovrebbero limitare a verificare se l'organo governativo stia esercitando una inappropriata pressione sugli enti religiosi affinché conducano le loro attività con modalità che violino le loro credenze religiose: l'esame si sposterebbe altrimenti da una valutazione giuridica (cosa costituisce un onere sostanziale) a una di stretta pertinenza confessionale (se l'accomodamento proposto coinvolge gli enti *non-profit* in una condotta moralmente illecita in base al loro credo)<sup>32</sup>, coinvolgendo le autorità giudiziarie in una indebita valutazione circa la ragionevolezza o la veracità delle stesse convinzioni religiose, valutazione tradizionalmente considerata dalla stessa Corte inammissibile<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Cfr. **M.A. HELFAND**, *The Substantial Burden Puzzle*, cit., p. 5. *Contra*, **E. SEPPER**, *Substantiating the Burden of Compliance*, in *University of Illinois Law Review*, 2016, p. 53 ss., che analizza una serie di precedenti giurisprudenziali da cui sarebbe deducibile che le autorità giudiziarie in passato hanno indagato sul carattere sostanziale degli oneri imposti alla libertà religiosa senza limitarsi a ratificare le affermazioni dei singoli fedeli. Cfr. pure in tale direzione **C. FLANDERS**, *Substantial Confusion about "Substantial Burdens"*, in *University of Illinois Law Review*, 2016, p. 27 ss.

<sup>31</sup> Cfr. *Thomas v. Review Bd. of Ind. Emp't Sec. Div.*, 450 U.S. 707 (1981); *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 887, nt. 16: "Judging the centrality of different religious practices is akin to the unacceptable 'business of evaluating the relative merits of differing religious claims'; *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014): "Arrogating the authority to provide a binding national answer to this religious and philosophical question . . . in effect tells the plaintiffs that their beliefs are flawed".

<sup>32</sup> Cfr. **S.C. GAYLORD**, *RFRA Rights Revisited: Substantial Burdens, Judicial Competence, and the Religious Nonprofit Cases*, in *Missouri Law Review*, vol. 81, 2016, p. 655 ss., secondo cui, in fattispecie di questo tipo, andrebbe applicato lo stesso *coercion test* coniato alla luce dell'*Establishment Clause*: così come vige la proibizione per lo Stato di imporre a singoli individui di partecipare ad attività religiosamente qualificate o di supportare contro la loro volontà la religione in genere o uno specifico credo, così lo Stato non dovrebbe poter imporre al singolo fedele di contravvenire agli obblighi che gli derivano dalla propria coscienza.

<sup>33</sup> Cfr. *Thomas v. Review Bd. of Ind. Emp't Sec. Div.*, 450 U.S. 707, 716 (1981): "it is not within the judicial function and judicial competence to inquire whether the petitioner or [the courts] more correctly perceive[] the commands of [the plaintiff's] faith" because "[c]ourts are not arbiters of



Una risposta coerente con quanto dalla stessa Corte recentemente affermato in *Hobby Lobby e Holt v. Hobbs*<sup>34</sup> avrebbe comportato pertanto il riconoscimento della sussistenza di un onere sostanziale a carico della libertà religiosa se il Governo avesse imposto al singolo fedele una scelta fra l'adeguarsi alle pubbliche direttive (ponendo in essere una condotta in violazione delle sue sincere credenze religiose) o il contravvenire alle stesse sopportando le sanzioni statalmente imposte. Diversamente, le Corti inferiori hanno sostenuto che *"The accommodation in this case consists in the organization's [...] washing its hands of any involvement in contraceptive coverage, and the insurer and the third-party administrator taking up the slack under compulsion of federal law"*<sup>35</sup>.

## 5 - La soluzione di compromesso adottata dalla Corte Suprema

Una Corte composta da soli otto giudici (in seguito al decesso del giudice Antonin Scalia) ha ricercato una soluzione di compromesso in una *per curiam ruling*: attribuendo adeguato rilievo a *"the gravity of the dispute"*, essa ha richiesto un *supplemental briefing* alle parti, ponendo il quesito *"whether contraceptive coverage could be provided to petitioners' employees, through petitioners' insurance companies, without any such notice from petitioners"*. Le parti attrici hanno confermato che la loro libertà religiosa non sarebbe lesa qualora *"They need to do nothing more than contract for a plan that does not include coverage for some or all forms of contraception"*. A sua volta il Governo ha affermato che le procedure oggetto di contesa *"for employers with insured plans could be modified to operate in the manner posited in the Court's order while still ensuring that the affected women receive contraceptive coverage seamlessly, together with the rest of their health coverage"*.

La Corte ha pertanto accertato che *"[b]oth petitioners and the Government now confirm that [providing contraceptive coverage to petitioners' employees through petitioners' insurance companies but without notice from petitioners] is feasible"*; tuttavia anziché dirimere su queste basi la controversia ha rimandato la questione ai vari Circuiti d'Appello, al fine di offrire alle parti

---

*scriptural interpretation"*; cfr. pure *Emp't Div., Dep't of Human Res. of Or. v. Smith*, 494 U.S. 872, 886 (1990): *"Repeatedly and in many different contexts, we have warned that courts must not presume to determine the place of a particular belief in a religion or the plausibility of a religious claim"*.

<sup>34</sup> Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015).

<sup>35</sup> Cfr. *Univ. of Notre Dame v. Sebelius*, 743 F.3d 547, 557 (7th Cir. 2014), *vacated sub nom. Univ. of Notre Dame v. Burwell*, 135 S. Ct. 1528 (2015)).



*“an opportunity to arrive to an approach going forward that accommodates petitioners’ religious exercise while at the same time ensuring that women covered by petitioners’ health plans ‘receive full and equal health coverage, including contraceptive coverage’”.*

La Corte ha rimarcato che essa stessa *“expresses no view on the merit of the cases”*; in particolare ha posto l’accento sul suo intento di non decidere *“whether petitioners’ religious exercise has been substantially burdened, whether the Government has a compelling interest, or whether the current regulations are the least restrictive means of serving that interest”*<sup>36</sup>. Spetterà quindi alle Corti d’Appello (abilitate a riconsiderare i casi in esame nel merito) precisare il *quantum* di tutela di libertà religiosa, in base al quadro normativo e costituzionale, spetti a istituzioni (ospedali religiosi, scuole religiose, opere di apostolato gestite da ordini religiosi) che, pur non potendo rientrare a stretto titolo nella definizione di *religious employers*, risultano comunque essere organizzazioni religiosamente affiliate (e prive di finalità lucrative)<sup>37</sup>.

## 6 - Accomodazionismo religioso e nuove “battaglie culturali”

Il fenomeno dell’accomodazionismo religioso, ossia la possibilità per i cittadini/fedeli di ottenere in forza della *Free Exercise Clause* esenzioni da obblighi giuridici confliggenti con il loro credo, ha spesso generato forme di tensione con le regole di portata generale; di tali tensioni la Corte Suprema si è resa interprete, articolando plurali parametri, più o meno

---

<sup>36</sup> Nella sua *concurring opinion*, il giudice Sotomajor specifica che *“The opinion does not, by contrast, endorse the petitioners’ position that the existing regulations substantially burden their religious exercise or that contraceptive coverage must be provided through a “separate policy, with a separate enrollment process.” Such separate contraceptive-only policies do not currently exist, and the Government has laid out a number of legal and practical obstacles to their creation. Requiring standalone contraceptive-only coverage would leave in limbo all of the women now guaranteed seamless preventive-care coverage under the Affordable Care Act. And requiring that women affirmatively opt into such coverage would “impose precisely the kind of barrier to the delivery of preventive services that Congress sought to eliminate”*. Cfr. *Zubik v. Burwell*, 578 U.S. (2016).

<sup>37</sup> Il 23 maggio 2016 la Corte Suprema ha reinviato altri due casi alle rispettive Corti d’Appello affinché li rivalutassero alla luce delle decisioni *Zubik: Catholic Healthcare System v. Burwell* (Second Circuit Court of Appeals) e *Michigan Catholic Conference v. Burwell* (Sixth Circuit Court of Appeals). Il 21 giugno 2016 l’amministrazione Obama ha richiesto un lasso di tempo di 65 giorni affinché il Governo potesse interpellare soggetti terzi su tutti gli aspetti giuridici della disputa, e con un appello pubblicato nel *Federal Register* ha invitato *“all interested stakeholders”* a esprimere opinioni e consigli sulle possibili vie alternative per conciliare l’esercizio dell’obiezione di coscienza delle organizzazioni religiosamente affiliate con il diritto delle donne a ottenere gratuitamente la copertura assicurativa per i servizi contraccettivi.



stringenti, al fine di assicurare protezione ai comportamenti religiosamente motivati e delineando una sorta di percorso binario fra due tipologie di accomodamento: le *mandatory accommodations* (o *constitutionally compelled accommodations*) garantite dalla stessa Corte Suprema alla luce della *Free Exercise Clause*, e le *discretionary accommodations* (ossia non costituzionalmente imposte alla luce della *Free Exercise Clause* ma assecondate dal Congresso o dai legislatori statali in vista di ridimensionare gli oneri che altrimenti graverebbero sulla libertà religiosa)<sup>38</sup>. La riluttanza ad accogliere istanze di accomodamento religioso (ammettendo, comunque sia, quelle di carattere individuale)<sup>39</sup> risulta in una prima fase coerente con l'affermazione di una concezione forte dell'*Establishment Clause*: la clausola di separazione ha infatti spesso frenato il riconoscimento di forme di *discretionary accommodation*, al fine di prevenire sia una indebita promozione della religione, sia il riconoscimento di vantaggi sostanziali a favore degli appartenenti a un determinato credo<sup>40</sup>. Il suo ruolo è stato però successivamente marginalizzato per via giurisprudenziale<sup>41</sup>. Sebbene

---

<sup>38</sup> L'utilizzo del parametro dello *strict scrutiny*, circoscritto per via giurisprudenziale nel 1990 con la decisione *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), vide una riespansione della sua portata nel 1993 con l'adozione del *Religious Freedom Restoration Act*, il cui fine precipuo era quello di restaurare, mediante uno strumento di carattere normativo, i parametri del *substantial burden*, del *compelling interest* e del *least restrictive means*; tuttavia, successivamente, è stata preclusa per via giurisprudenziale l'applicazione di tale atto normativo a livello dei singoli Stati. Cfr. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997). Ventuno Stati hanno approvato testi legislativi a tutela della libertà religiosa sul modello del R.F.R.A.

<sup>39</sup> Cfr. G.P. MAGARIAN, *The New Religious Institutionalism Meets the Old Establishment Clause*, in *The Rise of Corporate Religious Liberty*, a cura di M. Schwartzman, C. Flanders, Z. Robinson, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 441 ss. L'A., alla luce di un esame analitico della giurisprudenza pre-*Smith*, ha osservato come solo in poche circostanze il parametro dello *strict scrutiny* introdotto in *Sherbert v. Verner* sia stato applicato in maniera rigorosa, offrendo una effettiva tutela alle istanze di tutela della libertà religiosa: con riguardo alle *mandatory accommodations*, pertanto, la Corte ha rigettato una pluralità di rivendicazioni di libertà, reputando che non sussistesse un onere sufficientemente gravoso a carico della libertà religiosa tale da superare *strict scrutiny* o che l'interesse statale in gioco fosse così rilevante da giustificare limitazioni alla libertà religiosa.

<sup>40</sup> Cfr., tuttavia, la storica eccezione *Corporation of the Presiding Bishop v. Amos*, 483 U.S. 327 (1987), con cui la Corte ha affermato la legittimità costituzionale di una normativa federale che esentava i datori di lavoro confessionalmente caratterizzati dall'osservanza del divieto di discriminazione religiosa in ambito giuslavoristico. Alla luce dell'*Establishment Clause*, la Corte ha riconosciuto il carattere secolare dell'interesse statale ad "*alleviating significant governmental interference with the ability of religious organizations to define and carry out their religious missions*".

<sup>41</sup> Con la decisione *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), la Corte, se da un lato ha ristretto ulteriormente (se non addirittura neutralizzato) la possibilità di ottenere forme di *mandatory accommodation* alla



diverse pronunzie giudiziarie lascino trasparire, anche successivamente, che forme di *discretionary accommodation* possono porsi in contraddizione con l'*Establishment Clause*, non tutte le implicazioni del rapporto fra clausola di separazione e riconoscimento legislativo di forme di *religious exemptions* vengono dalla stessa Corte compiutamente approfondite<sup>42</sup>.

Il soddisfacimento delle crescenti domande di libertà religiosa è oggi reso più complesso dall'emergere di nuovi profili, in conseguenza dell'aumento di istanze di accomodamento in un'epoca di "battaglie culturali"<sup>43</sup> in cui il diritto al dissenso è rivendicato non più esclusivamente da gruppi religiosi minoritari (quale mezzo per controbilanciare, in sede giudiziaria, istanze non convenzionali di libertà trascurate da una legislazione solo formalmente religiosamente neutrale) ma dalle Confessioni più largamente radicate a tutela di aspetti del loro patrimonio assiologico reputati non negoziabili, finendo con l'imporre le loro convinzioni (secondo una parte della dottrina, con sacrificio delle libertà altrui)<sup>44</sup>. Tali dinamiche vengono da qualcuno considerate una strategia ricorrente nei processi politici per consentire una "*preservation through transformation*": gli attori religiosi qualora non riescano più a "*to speak as majority*", ossia nel caso fallisca il loro intento di influenzare i processi politici democratici (in quanto non riescono a ottenere leggi di portata

---

luce della *Free Exercise Clause*, dall'altra ha però ridimensionato il ruolo dell'*Establishment Clause* nei casi concernenti forme di *discretionary accommodation*, incoraggiando la possibilità della concessione per via legislativa di eccezioni rispetto a leggi di generale applicazione.

<sup>42</sup> Con il caso *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005) la Corte affronta più direttamente il rapporto fra clausola di separazione e l'esercizio della libertà religiosa, riconoscendo la legittimità costituzionale del *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, 42 U.S.C. § 2000cc et seq., in quanto tale atto normativo "*alleviates exceptional government-created burdens on private religious exercise*" e lo stesso "*does not differentiate among bona-fide faiths*". La decisione concerne però esclusivamente l'esercizio della libertà religiosa negli istituti penitenziari e si occupa solo dell'accomodamento di istanze di libertà individuali. Con la decisione *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet*, 512 U.S. 688 (1994), concernente la dimensione collettiva della libertà religiosa, la Corte invece ribadisce come l'*Establishment Clause* mantenga la sua vitalità quale clausola che consente di esercitare un controllo sulla discrezionalità governativa di riconoscere forme di *religious accommodation*. Nel caso di specie, ad avviso della Corte, violava la clausola di separazione una legge dello Stato di New York che costituiva uno specifico distretto scolastico per gli aderenti a un gruppo religioso minoritario (Satmar Hasidim): la misura statale "*singles out a particular religious sect for special treatment*", determinando una lesione del principio di neutralità che dovrebbe improntare l'agire pubblico.

<sup>43</sup> Cfr. **D. LAYCOCK**, *Religious Liberty and the Culture Wars*, in *University of Illinois Law Review*, 2014/3, p. 839 ss.; **D. NEJAIME, R.B. SIEGEL**, *Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics*, in *The Yale Law Journal*, vol. 124, 2015, p. 2516 ss.

<sup>44</sup> Cfr. **D. LAYCOCK**, *Religious Liberty and the Culture Wars*, cit., p. 839 ss.





generale coerenti con le loro convinzioni morali e religiose) finiscono con il “*to speak as minorities*”, ossia si avvalgono degli strumenti tradizionalmente predisposti a tutela dei gruppi minoritari (appellandosi al pluralismo e alla non discriminazione), per rivendicare ampie esenzioni rispetto ad atti normativi in contrasto con la morale tradizionale, al fine di restringerne la portata applicativa<sup>45</sup>.

## 7 - Prerogative dei soggetti confessionalmente connotati e “costi sociali” del loro riconoscimento

Questo fenomeno è enfatizzato dall’emergere di un nuovo (e, secondo parte della dottrina, preoccupante) “istituzionalismo religioso”<sup>46</sup> che traspare nelle più recenti decisioni della Corte Roberts (improntate a una valorizzazione del ruolo degli soggetti collettivi religiosi come facilitatori dell’esercizio della libertà religiosa individuale, e a una più matura consapevolezza della rilevanza del loro contributo sia nei processi di promozione di una sorta di morale civica sia nello svolgimento di funzioni sociali). Si riattiva in tal modo la mai sopita tensione fra *accomodation* e *non-establishment*, che pone oggi le prerogative dei soggetti confessionalmente connotati (in peculiar modo quelle dei soggetti svolgenti pure attività secolari), al centro di un vivo dibattito politico e giurisprudenziale, di fronte all’insorgere di nuove rivendicazioni di forme di “*corporate conscience*” in relazione a questioni eticamente sensibili. L’idea che l’*Establishment Clause* non limiti ma anzi rafforzi la protezione offerta alle istituzioni religiose è

---

<sup>45</sup> Cfr. D. NEJAIME, R.B. SIEGEL, *Conscience Wars*, cit., p. 2516 ss.; G.M. LIPPER, *The Contraceptive-Coverage Cases and Politicized Free-Exercise Lawsuits*, in *University of Illinois Law Review*, 2016, p. 1331 ss.; D. NEJAIME, R.B. SIEGEL, *Conscience Wars in Transnational Perspective: Religious Liberty, Third-Party Harm, and Pluralism*, in *The Conscience Wars: Rethinking the Balance Between Religion, Identity and Equality*, a cura di S. Mancini, M. Rosenfeld, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, in corso di pubblicazione; S. MANCINI, *Tra obiezione di coscienza e complicità: Hobby Lobby e Conestoga Wood*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d’America*, cit., p. 89.

<sup>46</sup> Cfr. G.P. MAGARIAN, *The New Religious Institutionalism*, cit., p. 441 ss., secondo cui l’emergente *religious institutionalism* si porrebbe in contraddizione con il principio di neutralità, in quanto mediante il riconoscimento di forme di accomodamento di istanze collettive si viene a creare un trattamento differenziato fra gli stessi gruppi confessionali e fra le istituzioni religiose e quelle secolari: l’accomodazionismo fa inoltre aumentare il *religious institutional power*, innestando forme di promozione statale della religione e la difficoltà di dissociare i fini pubblici da quelli religiosi, in contrasto con un approccio separazionistico, che richiede invece che l’azione governativa non abbia né il fine né l’effetto di promuovere la religione.



stata sostenuta dai moderni fautori del *religious institutionalism*<sup>47</sup>; tuttavia non manca chi consiglia maggiore cautela nell'offrire soddisfacimento a istanze di accomodamento religioso di carattere collettivo, dovendo le stesse confrontarsi, ancora una volta, con i limiti posti dall'*Establishment Clause*<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> C.H. ESBECK, *The Establishment Clause as a Structural Restraint on Governmental Power*, in *Iowa Law Review*, vol. 84, 1998, pp. 1-113, ha sottolineato da tempo il ruolo "in negativo" di tale clausola, non quale strumento per l'esercizio di rivendicazioni individuali ma quale limite strutturale all'azione governativa: in tal senso sarebbe possibile una interpretazione coordinata delle due clausole, che opererebbero congiuntamente per prevenire interventi pubblici negli spazi di autoregolazione riconosciuti alle Confessioni religiose.

Tale convergenza fra le due clausole sembra consacrata nel caso *Hosanna Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012), ove la Corte ha affermato che l'*Establishment Clause* non vieterebbe anzi promuoverebbe alcune forme di *institutional accommodation*. Dall'interpretazione congiunta delle due clausole del Primo Emendamento deriverebbe pertanto una *mandatory accommodation*, che assicura agli enti confessionali un ampio spazio di autonomia con riguardo alla nomina e alla revoca dei ministri di culto: infatti la *Free Exercise Clause* "protects a religious group's right to shape its own faith and mission through its appointments" mentre l'*Establishment Clause* "prohibits government involvement in such ecclesiastical decisions". L'*Establishment Clause* è pertanto invocato a favore dell'autonomia ecclesiastica in quegli ambiti che sono di stretta pertinenza delle Confessioni. Con riguardo al caso in esame, la dottrina si divide tuttavia fra coloro che vedono in questa decisione una apertura incondizionata alle forme di *institutional accommodation*, con il ridimensionamento ulteriore dell'*Establishment Clause* e coloro che la reputano solo una eccezione circoscritta (la cosiddetta *ministerial exception*), con un ritorno a quell'atteggiamento di prudenza nel riconoscere forme di *mandatory accommodation* proprio della giurisprudenza pre-Smith.

Nella successiva decisione *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014), come si è anticipato, la Corte ha invece riconosciuto una forma di *discretionary accommodation* alla luce del *Religious Freedom Restoration Act*, permettendo ad alcune organizzazioni *for-profit* di godere di una eccezione rispetto all'applicazione del *Contraception Mandate*. Sebbene l'*opinion* di maggioranza non richiami l'*Establishment Clause*, parte della dottrina ha sottolineato come la clausola di separazione si ponga in contraddizione con l'interpretazione del R.F.R.A. adottata nell'*opinion* di maggioranza: il caso *Hobby Lobby*, infatti, sancendo un ampliamento dei soggetti che possono sollevare rivendicazioni di libertà religiosa, espande la possibilità dell'accomodamento religioso al di là dei limiti finora conosciuti, sollevando preoccupazioni relative all'impatto in materia di *Establishment Clause*, con particolare riguardo ai rischi di significative ricadute su una specifica classe di soggetti, e di preferenzialismo verso talune *politically favored institutions*. Cfr. G.P. MAGARIAN, *The New Religious Institutionalism*, cit., p. 441 ss.

<sup>48</sup> Cfr. F.M. GEDICKS, R.G. VAN TASSELL, *Of Burdens and Baselines: Hobby Lobby's Puzzling Footnote 37*, in *The Rise of Corporate Religious Liberty*, cit., p. 323 ss., secondo cui la più recente giurisprudenza, e in particolare la decisione *Hobby Lobby*, si pone in contraddizione con quella tendenza che ha permeato tradizionalmente le decisioni della Corte in materia di accomodamento della religione, indirizzata a massimizzare il valore



Le organizzazioni confessionalmente affiliate si sono tradizionalmente mosse fra le strettoie delle due clausole del Primo Emendamento; ma oggi il riconoscimento di forme di accomodamento religioso a favore dei gruppi diviene sempre più controverso, soprattutto in quelle circostanze in cui collide con i diritti individuali di autodeterminazione, il che si verifica frequentemente quando tali organizzazioni si aprono a un contesto pluralistico con riguardo all'utenza che fruisce dei loro servizi.

Queste strutture tradizionalmente si trovano al crocevia fra il mantenimento di una identità confessionale e il bisogno di integrazione nel contesto socio-giuridico-politico in cui operano (a cui spesso è connessa l'esigenza di accedere a forme di supporto pubblico). A tal proposito, parte della dottrina ha sottolineato nuove problematiche relative ai gruppi religiosi *partially acculturated*, che occupano una posizione intermedia fra quelli completamente allineati alla cultura dominante (che difficilmente rivendicano eccezioni religiosamente motivate rispetto a leggi di portata generale) e quelli che invece propongono rispetto alla stessa un patrimonio assiologico antitetico: rispetto a questi ultimi, paradossalmente, sussiste un più ampio consenso in relazione alle loro specifiche esigenze di accomodamento, il cui costo spesso risulta diluito e ha pertanto un impatto minimo e indiretto su un ampio e indeterminato numero di soggetti terzi<sup>49</sup>.

Non mancano a tal proposito in dottrina sostenitori dell'idea che le organizzazioni confessionali, nel momento in cui operano al di fuori dei confini circoscritti dei fini e delle attività di stretta pertinenza fideistica, svolgendo un ruolo di *social-service providers*, dovrebbero ricevere un trattamento giuridico regolato dal diritto comune<sup>50</sup> in modo che si possa evitare la ricaduta su terzi dei costi dell'accomodamento delle loro istanze religiosamente qualificate; d'altra parte le stesse organizzazioni lamentano che ciò determinerebbe una ingiusta penalizzazione della loro identità religiosa in ragione del loro impegno sociale. Non va trascurato, infine, che

---

dell'accomodamento per i beneficiari minimizzando però i costi della libertà religiosa a carico dei non beneficiari.

<sup>49</sup> Cfr. **T.C. BERG**, *Partly Acculturated Religious Activity: A Case for Accommodating Religious Nonprofits*, University of St. Thomas School of Law, Legal Studies Research Paper No. 16-09, nel sito <http://papers.ssrn.com>. Si veda da ultimo *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015), ove il giudice Ginsburg, nella sua *concurring opinion*, ha precisato che "*accommodating petitioner's religious belief in this case would not detrimentally affect others who do not share petitioner's belief*". Cfr. *pure Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).

<sup>50</sup> Cfr. **C.M. CORBIN**, *Deference to Claims of Substantial Religious Burden*, in *Illinois Law Review*, 2016, p. 10 ss, sottolinea come il *Contraception Mandate* prevedeva, nella sua prima versione, una esenzione solo a favore degli enti strettamente confessionali.



il regime maggiormente favorevole tradizionalmente riconosciuto alle organizzazioni religiosamente affiliate<sup>51</sup>, con la relativa protezione da pregnanti forme di controllo statale, è passibile di subire forme di affievolimento quanto più se ne tenta una problematica espansione a organizzazioni che perseguono finalità lucrative, come è avvenuto in *Hobby Lobby*<sup>52</sup>.

## 8 - Il fenomeno delle nuove *conscience claims*

Le *conscience claims* riguardano crescentemente, come si è anticipato, forme di obiezione di coscienza non solo rispetto alla partecipazione diretta del fedele ad attività in contrasto con il proprio credo, ma anche a forme di coinvolgimento indiretto in tali condotte (*complicity-based claims*)<sup>53</sup>. Nell'ordinamento statunitense, esse hanno trovato spesso accoglimento per via legislativa, grazie al riconoscimento di forme di *discretionary accommodation*.

---

<sup>51</sup> Si pensi alle eccezioni, in materia giuslavoristica, prevista dal *Title VII* del *Civil Rights Act* a favore delle organizzazioni confessionali e del regime di favore di cui le stesse godono in materia fiscale in base all'*Internal Revenue Code*.

<sup>52</sup> Cfr. P. HAMBURGER, *More is Less*, in *Va. L. Rev.*, vol. 90, 2004, p. 835 ss. Un esempio di tale paventabile atteggiamento di chiusura statale è riscontrabile nell'*Executive Order* n. 11246 (Exec. Order No. 13,672, 79 Fed. Reg. 42,971 (July 21, 2014)), con il quale sono stati inclusi l'orientamento sessuale e l'identità di genere fra le forme proibite di discriminazione sul luogo di lavoro da parte di persone o imprese che stipulano contratti con il Governo federale: non è infine stata introdotta alcuna esenzione, pur sollecitata, a favore delle entità religiose *non-profit*, al fine di prevenire richieste di estensione del medesimo trattamento anche a soggetti con finalità lucrative. Cfr. *Ocean Grove Camp Meeting Ass'n of the United Methodist Church v. Vespa-Papaleo*, 339 Fed. Appx. 232, 235 (3d Cir. 2009), in cui un'organizzazione religiosa ha rifiutato di rendere disponibili locali di sua proprietà per la celebrazione di una unione civile, e ha perso pertanto le esenzioni fiscali sui beni immobili di cui era titolare. In *Catholic Charities of Maine, Inc. v. City of Portland*, 304 F. Supp. 2d 77 (D. Me. 2004), un ente caritatevole ha perso l'accesso a forme di finanziamento pubblico in seguito al suo rifiuto di estendere alcuni benefici ai *partners* di dipendenti impegnati in relazioni monosessuali.

<sup>53</sup> Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al., Petition for Writ of Certiorari* at 10, *Little Sisters of the Poor Home for the Aged v. Burwell*, No. 15-105 (U.S. July 23, 2015): "These organizations do not merely object to paying for or being the direct provider of contraceptive coverage; they object to facilitating, or being complicit in, access to contraceptives; to paving the way for contraceptives to be provided under their plans; and to directly transferring their own obligations onto others. Being forced to "comply" with the mandate via the regulatory "accommodation" is no more compatible with their religious beliefs than being forced to comply with that mandate directly".



Un esempio emblematico è offerto dalla normativa in campo sanitario: in seguito al riconoscimento del diritto costituzionale all'aborto<sup>54</sup> entrarono in vigore una serie di previsioni normative, a livello sia federale sia statale, volte a riconoscere a soggetti individuali e collettivi (religiosi e secolari, pubblici e privati, con finalità lucrative e non lucrative) la possibilità di sottrarsi al compimento di atti in contraddizione con le loro convinzioni morali e religiose, arginando per tali soggetti il rischio dell'insorgere di potenziali conflitti di lealtà. Tali esenzioni sono state successivamente estese non solo al personale sanitario e parasanitario ma anche a una più ampia gamma di soggetti più indirettamente coinvolti nelle pratiche abortive (e, successivamente, in quelle di sterilizzazione, contraccezione e di fine-vita)<sup>55</sup>, i quali, per ragioni di coscienza, non desiderano facilitare lo svolgimento di tali procedure e ad attività più indirettamente connesse alle stesse. Dette previsioni normative sono talora strutturate in modo da non agevolare i pazienti nella ricerca di una struttura alternativa ove poter fruire delle prestazioni sanitarie negate loro per ragioni di coscienza dal *provider* religioso<sup>56</sup>. L'accesso a siffatte prestazioni,

---

<sup>54</sup> Cfr. *Roe v. Wade*, 410 U.S.113 (1973).

<sup>55</sup> Per un'ampia disamina, cfr. **K.M. BOOZANG**, *Deciding the Fate of Religious Hospitals in the Emerging Health Care Market*, in *Hous. L. Rev.*, Vol. 31, 1995, p. 1429 ss. Cfr. **E. SEPPER**, *Healthcare Exemptions and the Future of Corporate Religious Liberty*, in *The Rise of Corporate Religious Liberty*, cit., p. 321, che ricorda come in molti Stati le *conscience claims* sono state formulate in modo ampio, così da permettere a ogni entità coinvolta in campo sanitario (comprese le compagnie assicurative) di declinare la sua partecipazione, ma pure di offrire consulenze o di dare informazioni relativamente ad alcuni servizi sanitari per ragioni di coscienza.

<sup>56</sup> La legge federale che per prima ha previsto tali esenzioni in campo sanitario è il cosiddetto *Church Amendment*, che costituiva parte del *Health Programs Extension Act* del 1973, Pub. L. No. 93-45, § 401(b)-(c), 87 Stat. 91, 95. Essa prevedeva che la ricezione di fondi pubblici non costituiva il presupposto per richiedere al personale medico o paramedico "to perform or assist in the performance of any sterilization procedure or abortion if his performance or assistance in the performance of such procedure or abortion would be contrary to his religious beliefs or moral convictions". Inoltre nessuna "entità" poteva essere costretta a "make its facilities available for the performance of any sterilization procedure or abortion if [such] performance . . . is prohibited by the entity on the basis of religious beliefs or moral convictions". In seguito ventotto Stati hanno regolamentato il diritto all'obiezione di coscienza del personale sanitario e parasanitario, tra cui ventisette hanno esteso la stessa previsione alle strutture sanitarie. Le strutture sanitarie e i medici che esercitano l'obiezione non sono tenuti, in alcuni Stati, a fornire consulenze o informazioni relative alla presenza di istituzioni sanitarie alternative ove l'accesso ai trattamenti sanitari "obiettati" è disponibile. Alcuni Stati hanno esteso le esenzioni anche ai farmacisti, con riguardo al diritto all'obiezione avverso forme di contraccezione. Nel tempo, e con l'evoluzione dell'organizzazione del sistema sanitario, il diritto all'obiezione è stato esteso alle compagnie assicurative, alle *health maintenance organizations*, e ai *managed care providers*. Cfr. *Balanced Budget Act 1997*, Pub. L. No. 105-33, § 1852(j)(3)(B), 111 Stat. 251, 295 (42 U.S.C. § 1395w-22(j)(3)(B) (2012)). Oggi emergono



in determinati ambiti territoriali, può essere reso ulteriormente difficoltoso dalla realizzazione di fusioni o *partnership* fra *providers* religiosamente affiliati e no, e la ricerca di soluzioni sembra di fatto dipendere dalle variabili delle condizioni del mercato della sanità, in assenza di forme di pubblica supervisione su una pluralità di fattori (la presenza di altri fornitori delle medesime prestazioni o la concentrazione di ampie quote di mercato nelle mani di pochi *providers*, la possibilità di chiusura o di vendita delle strutture sanitarie), volte ad assicurare un equilibrio fra accessibilità ai servizi sanitari e tutela della libertà religiosa.

Il medesimo meccanismo riscontrato con riguardo alle *healthcare conscience objections*, in seguito alla decisione della Corte Suprema *Obergefell v. Hodges*<sup>57</sup>, potrebbe proiettarsi nel campo dei *same-sex marriages*. A tal proposito, comincia a essere saggiata la possibilità di prefigurare per via legislativa un sistema di accomodamenti religiosi strutturato con modalità tali da minimizzare il suo impatto sulla società civile<sup>58</sup>. Il nodo problematico

---

nuove forme di obiezione che hanno ricadute sui *LGBT rights* anche in ambito ospedaliero, come il rifiuto di fornire i servizi di riproduzione assistita o di inseminazione artificiale a coppie monosessuali. Cfr. *N. Coast Women's Care Med. Grp., Inc. v. San Diego Cnty. Superior Court*, 189 P.3d 959 (Cal. 2008); in questo caso alcuni medici della California affermavano che la tutela della libertà religiosa offerta dal testo costituzionale della California consentiva loro di sottrarsi all'osservanza della legge statale che proibiva di negare l'inseminazione artificiale a una donna impegnata in una relazione monosessuale: la Corte Suprema della California ha pronunciato una decisione avversa ai sanitari per inadempienza all'obbligo statalmente imposto, e su di essi gravante, di fornire la prestazione sanitaria richiesta.

<sup>57</sup> Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015).

<sup>58</sup> Cfr. **R. FRETWELL WILSON**, *Bargaining for Religious Accommodations. Same-Sex Marriage and LGBT Rights After Hobby Lobby*, in *The Rise of Corporate Religious Liberty*, cit., p. 257 ss., descrive nuovi equilibri raggiunti fra le posizioni conservatrici e quelle progressiste mediante l'adozione di una legislazione in materia di *same-sex marriages* (costituente una "ragionevole estensione della più generica normativa antidiscriminatoria") che assicura forme di tutela ai cosiddetti *LGBT rights* e al contempo prevede specifiche esenzioni per gli individui e per le organizzazioni confessionalmente affiliate che aderiscono a una visione eterosessuale del matrimonio, assicurando: che le chiese e le istituzioni religiosamente affiliate possono compiere scelte religiosamente orientate per quanto concerne il loro personale; che i gruppi religiosi possono negare l'utilizzo dei loro edifici di culto per celebrazioni matrimoniali in contrasto con il loro credo, e che gli ufficiali di stato civile possono negare la loro cooperazione alla celebrazione di unioni di un certo tipo in ragione delle loro convinzioni religiose. Un esempio è costituito dalla legislazione dello Utah, che ha riconosciuto il diritto all'obiezione di coscienza sia ai singoli ufficiali di stato civile (articolando un sistema che comunque garantisca la possibilità della celebrazione anche di unioni monosessuali) sia alle organizzazioni confessionali. Laddove invece non sono state rintracciate soluzioni volte a contemperare il soddisfacimento dei *LGBT rights* con il riconoscimento di forme di obiezione di coscienza individuali e collettive i disegni legislativi in materia di *same-sex marriages* rimangono in una situazione di stallo. In



non è più quello del “se” riconoscere una forte protezione alla libertà religiosa, ma del “come” bilanciare quest’ultima con le istanze di *marriage equality* (oggi corroborate dal recente arresto già citato della Corte Suprema)<sup>59</sup> affinché rivendicazioni apparentemente confliggenti (quelle di

---

particolare, quando il diritto di obiezione è stato garantito, in modo restrittivo, solo ai ministri di culto, i progetti legislativi spesso non sono stati approvati. La stessa legislazione antidiscriminatoria rivela nuovi risvolti, potendo, in assenza di adeguate misure di salvaguardia a favore dei soggetti obiettori (individuali o collettivi), rappresentare potenzialmente un veicolo per “punire” coloro che per ragioni di coscienza rifiutano di “facilitare” le unioni fra persone dello stesso sesso (prevedendo la perdita di benefici fiscali e dell’accesso a forme di finanziamento pubblico): per tali ragioni, oggi, negli Stati che prevedono una normativa antidiscriminatoria a tutela anche dell’orientamento sessuale (nell’accesso all’impiego, ad alloggi in affitto o in vendita, ai locali pubblici) sono state richieste forme di ampliamento delle esenzioni religiosamente motivate già previste legislativamente; negli Stati privi di una normativa antidiscriminatoria che copra l’orientamento sessuale, i legislatori si stanno attivando per restringere la portata dei futuri obblighi di non-discriminazione, onde prevenire il loro impatto sull’esercizio della libertà religiosa in forma sia individuale sia collettiva. Allo stato le leggi antidiscriminatorie statali contengono esenzioni a favore dei ministri e dei luoghi di culto; alcune prevedono esenzioni a favore delle organizzazioni *non-profit* religiosamente affiliate; nessuna normativa prevede forme di accomodamento religioso anche a favore di organizzazioni con finalità lucrative. Per una disamina dello stato dell’arte della legislazione nei singoli Stati (volta a esentare le organizzazioni religiose dall’obbligo di “provide services, accommodations, advantages, facilities, goods, or privileges” (or similar) for solemnization”, o più genericamente, di garantire consulenze, coperture assicurative o alloggi a coppie monosessuali, gli enti di assistenza sociale religiosamente affiliati dal dovere di consentire le adozioni anche a persone dello stesso sesso, e i celebranti non-chierici dal compito di celebrare le unioni fra persone dello stesso sesso), cfr. **R. FRETWELL WILSON**, *When Governments Insulate Dissenters from Social Change: What Hobby Lobby and Abortion Conscience Clauses Teach About Specific Exemptions*, in *University of California Davis Law Review*, vol. 48, 2014, p. 702 ss.; **R.F. WILSON, A.M. KREIS**, *Embracing Compromise*, cit., p. 485 ss.

Del resto, anche con riguardo al *Patient Protection and Affordable Care Act*, la tecnica utilizzata dai soggetti pubblici è stata quella di ritagliare delle forme di esenzioni o di *religious accommodation* a favore di specifiche categorie di enti (chiese, enti *non-profit* e, con le *Final Rules* del 2015, *closely-held corporations*) che al tempo stesso circoscrivessero le potenziali ricadute su soggetti terzi dell’esercizio di forme di obiezione di coscienza. Cfr. **I.C. LUPU**, *Moving Targets, Obergefell, Hobby Lobby and the Future of LGBT Rights*, in *Ala. Civ.Rts. & Civ. Liv. L. Rev.*, vol. 7, 2015, p. 1 ss., secondo cui i fautori della libertà religiosa più facilmente si faranno promotori di un regime di “esenzioni specifiche”, mentre i sostenitori degli *LGBT rights* preferiranno un regime di accomodamenti raggiunti per via giudiziaria.

<sup>59</sup> Cfr. **R. FRETWELL WILSON**, *Marriage of Necessity: Same-Sex Marriage and Religious Liberty Protections*, in *Case Western Reserve Law Review*, vol. 64, 2014, p. 1161 ss. Con riguardo ai possibili futuri sviluppi sia della legislazione a livello federale, in vista di garantire una sempre più ampia tutela ai *LGBT rights* e di introdurre forme di più rigorosa proibizione di discriminazioni fondate sull’orientamento sessuale, sia delle pluriformi dinamiche a



libertà religiosa e quelle di non discriminazione fondata sull'orientamento sessuale) si muovano lungo traiettorie parallele che consentano la conciliazione delle opposte pretese e la riduzione dei conflitti sociali<sup>60</sup>. Si tratta di un percorso lungo il quale si sviluppano rapidamente e vengono a interagire le finalità dei testi legislativi (federali e statali) concernenti la libertà religiosa e il diritto antidiscriminatorio, e risulta ancora incerto se e in quale misura decisioni (o non-decisioni) come *Hobby Lobby* e *Zubik* possano influire sull'evoluzione di tale processo e se possano effettivamente condurre a una "radicalizzazione" della tutela della libertà religiosa<sup>61</sup>.

A tal proposito qualcuno teme che sempre nuove *complicity-based conscience claims* in ambito sanitario e matrimoniale possano trovare supporto, pur in assenza di previsioni legislative che dispongano esenzioni specifiche, nei testi legislativi (federali e statali) posti a tutela generica della libertà religiosa in senso ampio (come il *Religious Freedom Restoration Act* e gli atti legislativi emanati a livello statale su quel modello), provocando una incontrollata espansione del campo dei potenziali obiettori (da coloro che sono direttamente partecipi a coloro che sono solo in misura attenuata coinvolti nelle presunte condotte immorali)<sup>62</sup> e innestando devastanti effetti di esclusione sociale di alcune categorie di soggetti deboli. Secondo tale orientamento, queste pretese sono sicuramente suscettibili di enfatizzare il

---

livello di singoli Stati fra testi legislativi protettivi della libertà religiosa (approvati, come si è anticipato, in 21 Stati sul modello del *R.F.R.A.*) e disposizioni legislative che proibiscono discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale (in vigore in 22 Stati), cfr. **I.C. LUPU**, *Moving Targets*, cit., p. 1 ss.

<sup>60</sup> Cfr. **T.C. BERG**, *What Same Sex Marriage and Religious Liberty Claims Have in Common*, in *Northwestern Journal of Law & Social Policy*, vol. 5, 2010, p. 206 ss.

<sup>61</sup> Cfr. **I.C. LUPU**, *Moving Targets*, cit., p. 1 ss., secondo cui *Hobby Lobby* avrà ricadute più sul piano politico che sul piano giuridico, in quanto le parti conservatrici continueranno a opporsi all'espansione dei *LGBT rights*, sollecitando sempre più ampie esenzioni dagli obblighi derivanti dalla normativa anti-discriminatoria. L'Autore cita a tal proposito un disegno di legge (*First Amendment Defence Act*), finalizzato a prevenire che il Governo federale possa intraprendere azioni contro il singolo individuo "on the basis that such person believes or acts in accordance with a religious belief or moral conviction that: (1) marriage is or should be recognized as the union of one man and one woman, or (2) sexual relations are properly reserved to such a marriage". Disegni di legge in tale direzione sono stati presentati anche in singoli Stati.

<sup>62</sup> Parte della dottrina propone a tal proposito un ridimensionamento della portata del *Religious Freedom Restoration Act*, limitando il numero dei soggetti che possono appellarsi a esso, rimodellando il concetto di "onere sostanziale" per la libertà religiosa in modo che esso ricomprenda solo le interferenze statali con importanti attività o pratiche religiose o definendo più specificamente quali interessi statali siano da considerarsi "compelling": cfr. **A.J. LUCHENITSER**, *A New Era of Inequality? Hobby Lobby and Religious Exemptions from Antidiscrimination Laws*, in *Harvard Law and Policy Review*, vol. 9, 2015, p. 63 ss.





rischio di ricadute negative su soggetti terzi non beneficiari che non condividono il medesimo credo di colui che rivendica una eccezione in conseguenza della propria appartenenza fideistica, indipendentemente da chi sia il soggetto da cui proviene il rifiuto a erogare uno specifico servizio (pubblico ufficiale, impresa commerciale, ente *non-profit*)<sup>63</sup>.

Va ricordato, tuttavia, che la giurisprudenza ha finora arginato il riconoscimento di forme di *complicity-based objections* alla normativa antidiscriminatoria da parte di soggetti con finalità lucrative al fine di sottrarsi alla fornitura di beni e servizi per le *same-sex couples*<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> Cfr. I.C. LUPU, R.W. TUTTLE, *Same-Sex Family Equality and Religious Freedom*, in NW. J.L. & Soc. Pol'y, vol. 5, 2010, pp. 280-281: "[T]he political community has a legitimate interest in ensuring that all people have equal access to publicly available goods and services, whether provided by the state, commercial entities, or others. This interest primarily arises from concern about those who are excluded from such benefits. Exclusion may imperil health and safety, limit opportunities for personal development, deny political and social equality, or impose psychic distress. State policies protecting against such exclusion also express the political community's concerns about its own character and experience, because such exclusion may result in segregation and conflict".

<sup>64</sup> Cfr. *Elane Photography LLC v. Vanessa Willock*, 309 P. 3d 53 (N.M. 2013), cert. denied, 134 S. Ct. 1787 (2014), in cui la condotta del titolare di un'agenzia fotografica, che si era rifiutato di svolgere la propria attività lavorativa (ossia un servizio fotografico) in occasione del matrimonio di una coppia monosessuale per ragioni religiose è stata considerata una condotta discriminatoria alla luce del *New Mexico Human Rights Act*. In forza di tale atto normativo (considerato dall'autorità giudiziaria una legge neutrale, di generale applicabilità, non in contraddizione con la *Free Exercise Clause*), il titolare dell'attività, pur essendo libero di esprimere le proprie convinzioni religiose, non può sottrarsi all'obbligo di servire la clientela per ragioni connesse al sesso, all'appartenenza confessionale o all'orientamento sessuale. Per un commento, cfr. F. LATTUNEDDU, *Nuovi ambiti dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2014/3, p. 923 ss. Cfr. *Mullins v. Masterpiece Cakeshop, Inc.*, No. CR2013-0008 (Colo. Admin. Ct. Dec. 6, 2013); *Craig v. Masterpiece Cakeshop, Inc.*, No. CR 2013-0008 (Colo. Office of Admin. Cts. Dec. 6, 2013), casi in cui titolari di negozi di pasticceria hanno rivendicato che la preparazione di torte per unioni fra persone dello stesso sesso si ponesse in contrasto con le loro convinzioni religiose. Cfr. *Ingersoll v. Arlene's Flowers, Inc.*, No. 13-2-00953-3 (Super. Ct. Wash. filed Apr. 18, 2013), caso in cui un fioraio, sulla base del testo costituzionale dello Stato di Washington, rivendicava il suo diritto di rifiutarsi di fornire i propri servizi a una coppia monosessuale in occasione della celebrazione della loro unione: sebbene la Corte abbia riconosciuto che la normativa antidiscriminatoria imponeva un onere sostanziale alla libertà religiosa del fioraio, ha concluso che lo Stato avesse uno stringente interesse a combattere forme di discriminazione fondate sull'orientamento sessuale. La Corte ha considerato l'alternativa offerta al cliente di rivolgersi a un'altra impresa commerciale come una "scappatoia" che aprirebbe le porte a una pluralità di condotte discriminatorie. Cfr. *Ward v. Polite*, 667 F.3d 727 (6th Cir. 2012) (caso concernente il rifiuto da parte di un consulente in ambito scolastico di prestare la propria attività a favore delle coppie monosessuali); *Levin v. Yeshiva Univ.*, 754 N.E.2d 1099 (N.Y. 2001) (caso concernente una università condannata per la sua politica di fornire alloggi studenteschi alle coppie solo se unite in matrimonio, con un impatto discriminatorio sulle coppie monosessuali); *Baker v.*



La medesima diffidenza incontra l'accoglimento di quelle forme di obiezione concernenti il rifiuto da parte di ufficiali di stato civile di officiare o registrare unioni in contrasto con il loro credo<sup>65</sup>: su quest'ultimo tema sembra quasi unanime l'atteggiamento di chiusura giurisprudenziale e normativo (sia pure con qualche significativa eccezione)<sup>66</sup>. La dottrina si divide tuttavia fra chi reputa che tale diritto andrebbe riconosciuto in una società democratica e pluralistica quando nessun gravame ricada sulle

---

*Wildflower Inn*, No. 183-7-11 CACV, 3 (Vt. Super. Ct. filed Sept. 11, 2012), caso in cui il proprietario di una locanda affermava che la tutela della libertà religiosa offerta dalla Costituzione del Vermont lo sottraeva all'osservanza della normativa statale antidiscriminatoria in materia di orientamento sessuale. Nel caso *Fairbanks v. House of Affirmation, Inc.*, C.A. No. 2012-01807-B (Mass. Super. Ct. filed Sept. 12, 2012), invece, una diocesi e il suo agente immobiliare si erano rifiutati di alienare una porzione di terreno a una coppia, in ragione dell'orientamento sessuale di questa. Cfr. **D. LAYCOCK**, *Religious Liberty and the Culture Wars*, cit., p. 843 ss; **M.D. STERN**, *Same-Sex Marriage and the Churches*, in *Same-Sex Marriage and Religious Liberty: Emerging Conflicts*, a cura di D. Laycock, A.R. Picarello, Jr., & R. Fretwell Wilson, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham (Maryland), 2008, pp. 1-58; **T.C. BERG**, *What Same-Sex Marriage and Religious Claims Have in Common*, cit., p. 206 ss.

<sup>65</sup> Cfr. United District Court Eastern District of Kentucky Northern Division at Ashland, 12 agosto 2015, *Miller v. Davis*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2015/3, p. 890: in questo caso la corte ha affermato che il rifiuto di un pubblico ufficiale di rilasciare licenze matrimoniali per le unioni fra persone del medesimo sesso non possa considerarsi rientrante nell'ambito di protezione offerto alla libertà religiosa dal Primo Emendamento: la *Free Exercise Clause* non conferisce alcun diritto ai pubblici ufficiali a essere esentati dall'assolvimento dei loro compiti. Sebbene alcune leggi statali consentano talora forme di accomodamento della libertà religiosa dei dipendenti pubblici (*discretionary accommodations*), in questo caso, comunque sia, la richiesta non poteva essere accolta in quanto la Davis non invocava solo una esenzione per sé, ma richiedeva che l'intero ufficio da lei diretto non dovesse più rilasciare licenze matrimoniali, al fine di sottrarsi all'obbligo di rilasciarle a coppie monosessuali. Al momento, molte legislazioni statali non hanno garantito l'obiezione di coscienza di ufficiali di stato civile addetti alla registrazione di matrimoni, in vista di consentire loro la possibilità di rifiutare di registrare unioni monosessuali. Davis si è appellata anche alla Corte Suprema, che tuttavia non ha accolto la sua richiesta. Cfr. *Davis v. Miller*, 136 S. Ct. 23 (2015). Per l'esame di ulteriori casi di ufficiali di stato civile o magistrati che hanno rifiutato di rilasciare licenze o di celebrare unioni fra persone dello stesso sesso, cfr. **R. FRETWELL WILSON**, "Getting the Government out of Marriage" post *Obergefell: the Ill-Considered Consequences of Transforming the State's Relationship to Marriage*, in *University of Illinois Law Review*, 2016, p. 1445 ss. Con riguardo all'obiezione di coscienza dei cappellani militari, e in particolare al loro delicato duplice *status* di ministri di culto (come tali abilitati a seguire i dettami della propria fede) e di ufficiali delle Forze Armate (quindi responsabili del benessere spirituale di tutti i membri delle unità loro affidate indipendentemente dall'appartenenza confessionale), cfr. **I.C. LUPU, R.W. TUTTLE**, *Instruments of Accommodation: The Military Chaplaincy and the Constitution*, in *W. Va. L. Rev.*, vol. 110, 2007, p. 89 ss.

<sup>66</sup> Va richiamata a tal proposito la legislazione dello Utah, esaminata nella nota 58.



*same-sex couples*, in quanto il servizio pubblico può essere garantito egualmente, perché è disponibile altro personale<sup>67</sup>, e chi ritiene che, alla luce della *Equal Protection Clause* contenuta nel 14° Emendamento e delle analoghe *equality provisions* contenute nei testi costituzionali statali, incombe su tutti gli ufficiali di stato civile un obbligo di prestare eguale rispetto a tutti i cittadini, per cui essi non possono rifiutarsi, per ragioni religiose, di fornire un servizio pubblico a una specifica categoria di soggetti: sussisterebbe una sorta di pubblica aspettativa che tali pubblici dipendenti si spoglino delle loro convinzioni religiose nel momento in cui adempiono ai doveri inerenti al loro ufficio<sup>68</sup>.

## 9 - La valutazione dei *third-party burdens*

L'esigenza che il riconoscimento di esenzioni religiosamente motivate venga controbilanciata dalla preoccupazione di tenere in adeguata considerazione i *third-party burdens* non è tuttavia stata sottovalutata nelle pronunzie (anche datate) della Corte Suprema, e nei più recenti atti normativi, costituendo pertanto tradizionalmente un elemento frenante per la possibilità di riconoscere forme di accomodamento delle istanze religiosamente motivate<sup>69</sup>. A tal riguardo, se parte della dottrina enfatizza come una prudente valutazione vada effettuata ogni qualvolta siano in gioco forme di *discretionary accommodation*, al fine di non trascurare una compiuta analisi costi-benefici, utile in vista di conciliare le esigenze di accomodamento e *non-establishment*<sup>70</sup>, anche la più recente giurisprudenza

---

<sup>67</sup> Cfr. R. FRETWELL WILSON, *Insubstantial Burdens: The Case for Government Employee Exemptions to Same-Sex Marriage Laws*, in *Nw. J. L. & Soc. Pol'y*, vol. 5, 2010 p. 318 ss.

<sup>68</sup> Cfr. I.C. LUPU, R.W. TUTTLE, *Same-Sex Family Equality and Religious Freedom*, cit., p. 274 ss.

<sup>69</sup> Nel contesto della *Free Exercise Clause*, la Corte ha rigettato istanze in cui i costi dell'accomodamento della libertà religiosa del datore di lavoro sarebbero ricaduti sui dipendenti: cfr. *United States v. Lee* 455 US 252 (1982): *'When followers of a particular sect enter into commercial activity as a matter of choice, the limits they accept on their own conduct as a matter of conscience [...] are not to be superimposed on the statutory schemes [...]. Granting an exemption from social security taxes [or anti-discrimination law] to an employer operates to impose the employer's religious faith on the employees [or the customers]. Alla luce dell'Establishment Clause, la stessa Corte ha dichiarato inammissibili forme di accomodamento che impongano "oneri significativi" su soggetti terzi: cfr. Estate of Thornton v. Caldor, 472 U.S. 703 (1985). In Cutter v. Wilkinson, 544 U.S. 709 (2005), la Corte ha affermato che nell'applicazione del Religious Land Use and Institutionalized Persons Act, 42 U.S.C. § 2000cc et seq., "courts must take adequate account of the burdens a requested accommodation may impose on nonbeneficiaries"*.

<sup>70</sup> Cfr. F.M. GEDICKS, R.G. VAN TASSELL, *Of Burdens and Baselines: Hobby Lobby's Puzzling Footnote 37*, in *The Rise of Corporate Religious Liberty*, cit., p. 323 ss.



della Corte Suprema rivela come l'analisi degli stessi *third-party burdens* divenga una componente imprescindibile dello *strict scrutiny test* (sebbene ancora sia fluttuante la soglia in cui tali costi assumerebbero carattere significativo)<sup>71</sup>, nella ricerca di un equilibrio fra stringente interesse pubblico (da realizzarsi mediante i *least restrictive means*) e le istanze di eccezioni religiosamente motivate.

L'analisi del caso *Hobby Lobby* rivela infatti come solo la circostanza che "*the effect of the [...] accommodation on the women employed by Hobby Lobby [...] would be precisely zero*", consente alla Corte di accordare il riconoscimento dell'accomodamento religioso richiesto dalle parti attrici<sup>72</sup>.

Come si è visto, nel caso *Zubik*, le organizzazioni attrici hanno rigettato l'accomodamento offerto dal Governo richiedendo una piena esenzione, in quanto reputavano che le dipendenti non debbano ricevere i servizi contraccettivi per il tramite dei loro piani assicurativi ma acquistandoli autonomamente: la Corte nella sua *per curiam ruling* ha invitato però le parti a ricercare una soluzione che, pur venendo incontro alle esigenze di carattere confessionale delle istituzioni coinvolte, prevenga l'insorgere di *third-party burdens*.

Tali pronunzie rappresentano pertanto un sicuro indizio di come, in assenza di meccanismi che mitighino l'impatto degli accomodamenti

---

<sup>71</sup> Cfr. N. TEBBE, M. SCHWARTZMAN, R. SCHRAGGER, *When do Religious Accommodations Burden Others?*, in *The Conscience Wars: Rethinking the Balance between Religion, Identity and Equality*, cit. Gli Autori evidenziano come i sostenitori di una forte protezione della libertà religiosa abbiano assunto atteggiamenti disparati con riguardo all'introduzione di questo nuovo limite alle forme di *religious accommodation*: alcuni hanno tentato di negare l'esistenza del principio dei *third-party harms* come "*matter of doctrine*", altri hanno negato che un peculiare impatto su soggetti terzi possa rilevare come onere, sottolineando la distinzione fra un intervento governativo che determina l'imposizione di un onere su terzi non beneficiari in conseguenza della attribuzione di forme di *religious accommodation* e un intervento pubblico che si limita a privare gli stessi di un beneficio in precedenza concesso, che però andrebbe a intaccare la sfera della libertà religiosa di alcuni individui o gruppi. Seguendo infatti questo ragionamento (che la Corte Suprema sembra incidentalmente accogliere anche in *Hobby Lobby*), il Governo potrebbe imporre una regolamentazione che produca un onere a danno di *religious believers* in virtù della circostanza che tale normativa conferisce un beneficio a soggetti terzi. Resterebbe consequenzialmente priva di significato la normativa volta a tutelare la libertà religiosa: "*by framing any Government regulation as benefiting a third party ... the Government could turn all regulations into entitlements to which nobody could object on religious grounds, rendering RFRA meaningless*". Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

<sup>72</sup> Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014). Cfr. pure *Wheaton College v. Burwell*, 134 S. Ct. 2806 (2014). Si veda sul tema R. GARNETT, *Accommodation, Establishment, and Freedom of Religion*, in *Vand. L. Rev.*, vol. 67, 2016, p. 46.



religiosi sui terzi non beneficiari, il rischio è quello di minare la capacità del Governo di perseguire fini di pubblica utilità pur nel rispetto del valore del pluralismo religioso<sup>73</sup>.

## 10 - Il diritto all'obiezione di coscienza dinanzi alla Corte di Strasburgo

In ambito europeo, l'articolazione del rapporto fra il diritto all'obiezione, vieppiù percepito quale "tecnica di risoluzione dei conflitti"<sup>74</sup>, e la gestione statale delle dinamiche fra gruppi maggioritari e minoritari in vista di "ensure cohesive and stable pluralism and promote religious harmony and tolerance in society"<sup>75</sup>, diviene spesso oggetto di supervisione sovranazionale da parte della Corte di Strasburgo, riproponendo l'interrogativo relativo al punto limite oltre il quale la Corte non può intervenire nelle specifiche dimensioni nazionali.

Se la Corte ha ritenuto di poter assumere un atteggiamento maggiormente interventista nelle ipotesi di obiezione "tradizionale" per le quali emerge un più ampio consenso al riconoscimento fra gli Stati<sup>76</sup>, la

---

<sup>73</sup> Cfr. *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982).

<sup>74</sup> Cfr. V. VALENTE, *Tutela della coscienza*, cit., p. 5.

<sup>75</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grand Chamber, 7 luglio 2011, *Bayatyan v. Armenia* (ric. n. 23459/03), § 126.

<sup>76</sup> Con riguardo all'obiezione di coscienza al servizio militare, menzionata espressamente dall'art. 4, comma 3, lett. b, CEDU, si è ritenuto a lungo che l'art. 9 CEDU non riconoscesse un diritto all'obiezione di coscienza se questo non era previsto dal diritto nazionale. La previsione del servizio militare obbligatorio può tuttavia non essere in linea con altri valori convenzionalmente affermati, ossia con il principio di non discriminazione e con il divieto di sottoporre il singolo a trattamenti degradanti ex art. 3 CEDU (Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 24 gennaio 2006, *Ülke v. Turkey*, ric. n. 39437/98). La Corte, tuttavia, alla luce del sempre più esteso riconoscimento da parte degli Stati della possibilità dello svolgimento del servizio civile alternativo, ha reputato che l'inabilità statale a permettere di prestare tale servizio sostitutivo possa integrare una violazione dell'art. 9 (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grand Chamber, 7 luglio 2011, *Bayatyan v. Armenia*, ric. n. 23459/03); inoltre l'opposizione al servizio militare, quando è motivata da un serio e insormontabile conflitto fra l'obbligo di servire nelle forze armate e la coscienza dell'individuo o le sue genuine credenze religiose, costituisce una convinzione di sufficiente coerenza, serietà e coesione da rientrare nello spettro di tutela ex art. 9. Cfr. J. MURDOCH, *Protecting the Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion*, Council of Europe, Strasbourg, 2012, p. 44 ss. Una crescente pressione viene altresì esercitata su quegli Stati (come la Turchia) che non prevedono il riconoscimento del diritto all'obiezione di coscienza al servizio militare e un servizio civile alternativo. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 12 giugno 2012, *Savda v. Turkey* (ric. n. 42730/05), in cui la Corte ha reputato che lo Stato turco non è riuscito a realizzare un appropriato bilanciamento fra l'interesse generale della società e quello degli obiettori di coscienza; in particolare le pene



disamina di una pluralità di decisioni riguardanti le modalità di esercizio di forme di obiezione di coscienza da parte del personale sanitario e parasanitario rivela l'assenza di un atteggiamento unanime fra gli Stati che garantisca la tutela del diritto al dissenso in modo uniforme<sup>77</sup> (in coerenza con gli impegni assunti dai singoli Stati a livello internazionale<sup>78</sup>). Tale stato di cose ha indotto la Corte ad assumere un atteggiamento di peculiare prudenza nei suoi interventi in questo delicato settore, rivelando al tempo stesso particolare sollecitudine verso le ricadute su terzi non-beneficiari di tali forme di obiezione: questo profilo risulta maggiormente salvaguardato qualora venga limitata la possibilità dell'esercizio di tale obiezione solo ai soggetti direttamente coinvolti in pratiche in contrasto con il proprio credo, o siano introdotti meccanismi che assicurino la fruibilità di certi servizi in ambito territoriale.

Alla luce del quadro normativo convenzionalmente offerto, per cui la libertà di manifestare il proprio credo è soggetta ai limiti "necessari in una società democratica" in vista della salvaguardia dei diritti e delle libertà altrui", la Corte Europea ha pertanto limitato o negato il riconoscimento di modalità di accomodamento di forme di obiezione di coscienza, pur garantite dagli ordinamenti statali, in vista della protezione di *third-party burdens*: seguendo questo indirizzo, la Corte ha riscontrato una violazione del rispetto della vita privata alla luce dell'art. 8 Cedu nell'esercizio di una forma di obiezione di coscienza (pur garantita dalla normativa nazionale)

---

e le sanzioni imposte a coloro che rifiutano di svolgere il servizio militare, senza tener conto dei motivi di carattere religioso del rifiuto, non possono considerarsi necessarie in una società democratica. Per un esame delle pronunzie di condanna della Corte di Strasburgo contro la Turchia, cfr. **Ö.H. ÇINAR**, *Conscientious Objection to Military Service: Turkey and the Military Nation*, in *Freedom of Religion and Belief in Turkey*, a cura di Ö.H. Çınar, M. Yıldırım, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2014, p. 139 ss. Si veda, da ultimo, anche Corte europea dei diritti umani, sez. II, 15 novembre 2016, *Savda v. Turkey* (ric. n. 2458/12), in cui la Corte ha riscontrato la violazione dell'art. 10 CEDU nella condanna subita da un cittadino turco per il reato di incitamento all'inosservanza del servizio militare, per l'aver letto una dichiarazione di solidarietà a favore degli obiettori di coscienza israeliti in occasione di una manifestazione svoltasi dinanzi al consolato di Istanbul.

<sup>77</sup> Per una ricostruzione aggiornata della legislazione sanitaria in materia di interruzione della gravidanza, cfr. **F. FABBRINI**, *The European Court of Human Rights, the EU Charter of Fundamental Rights and the Right to Abortion: Roe v. Wade on the Other Side of the Atlantic?*, in *Columbia J. of European Law*, vol. 18.1, 2011, p. 1 ss.

<sup>78</sup> Cfr. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation 24, para 11, Women and Health (Twentieth session, 1999), U.N. Doc. A/54/38 at 5 (1999): "If health service providers refuse to perform [reproductive health] services based on conscientious objection, measures should be introduced to ensure that women are referred to alternative health providers".



da parte di un sanitario che ha compromesso il diritto all'interruzione della gravidanza di una paziente<sup>79</sup>. La Corte, al tempo stesso, ha sottolineato come incomba sulle autorità statali prevedere modalità organizzative dell'offerta sanitaria atte a conciliare l'effettività della libertà di coscienza con la garanzia dell'accesso alle prestazioni sanitarie cui i cittadini hanno diritto alla luce della legislazione vigente<sup>80</sup>. Seguendo tale orientamento, le

---

<sup>79</sup> Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, 30 ottobre 2012, *P. and S. v. Poland* (ric. n. 57375/08), in cui l'accomodamento religioso a favore del personale sanitario, pur previsto dalla legge polacca, non è stato accordato, al fine di "allow[] the right to conscientious objection to be reconciled with the patient's interests, [...] by imposing on the doctor an obligation to refer the patient to another physician competent to carry out the same service" (§ 66). La Corte, con questa decisione, non ha voluto affermare la priorità del diritto all'aborto, ma ha riscontrato difetti nelle modalità di applicazione delle leggi polacche vigenti in materia di interruzione di gravidanza alla luce dei principi convenzionali.

<sup>80</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, R.R. v. *Poland*, 26 maggio 2011 (ric. n. 27617/04). Secondo la Corte, "States are obliged to organize the health services system in such a way as to ensure that an effective exercise of the freedom of conscience of health professionals in the professional context does not prevent patients from obtaining access to services to which they are entitled under the applicable legislation [...] [w]hile a broad margin of appreciation is accorded to the State as regards the circumstances in which an abortion will be permitted in a State, once that decision is taken the legal framework devised for this purpose should be 'shaped in a coherent manner which allows the different legitimate interests involved to be taken into account adequately and in accordance with the obligations deriving from the Convention'" (§ 206 e § 187). Tale pronuncia riguarda il caso di una donna che lamentava, nella vigenza della legge polacca che consente l'aborto entro la ventiquattresima settimana, la condotta del personale medico che aveva ritardato e reso impossibile lo svolgimento dei *tests* genetici volti a verificare la presenza di malformazioni nel feto. Nel comportamento tenuto dai medici la Corte ha riscontrato altresì, una violazione dell'art. 3 CEDU. Cfr. pure Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, *Tysiqc v. Poland*, 20 marzo 2007 (ric. n. 5410/03):410/03; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grand Chamber, *A.B.C. v. Ireland*, 16 dicembre 2010 (ric. n. 25579/05). In un caso (Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 ottobre 1992, *Open Door at Dublin Well Woman v. Ireland* (ricorsi nn. 14234/88 e 14235/88)), la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che la proibizione, imposta dalla Corte Suprema Irlandese a due organizzazioni *non-profit*, di fornire informazioni alle donne in relazione alla possibilità di ricorrere alle procedure interruttrive della gravidanza all'estero costituisce una ingiustificabile interferenza con il diritto a diffondere e a ricevere informazioni tutelato dall'art. 10 CEDU. Recentemente l'Italia ha subito una censura dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali per violazione dell'art. 11 della Carta Sociale Europea (*International Planned Parenthood Federation European Network (IPPF EN) v. Italy* (n. 87/2012)), in seguito alle difficoltà riscontrate nell'assicurare i servizi abortivi come previsto dalla legge n. 194 del 1978, a causa dell'elevato numero di medici obiettori. Con riferimento a recenti e discusse misure adottate a livello di singole Regioni (Decreto del Commissario ad Acta della Regione Lazio, 8 giugno 2015, n. U00227) volte a garantire tali servizi mediante l'assunzione a tempo indeterminato di figure mediche dedicate all'espletamento degli stessi (con conseguente esclusione dalla partecipazione alle relative procedure concorsuali dei medici obiettori all'IVG), cfr. **N. COLAIANNI**, *Il concorso per medici non obiettori all'IVG e il signor Traps*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 8 del 2017, pp. 1-18. Cfr. pure T.A.R. Puglia, 15



scelte di coscienza non possono ricevere tutela prioritaria allorché non sia disponibile una modalità alternativa di accedere a un servizio, perché in tal modo scelte religiosamente connotate finirebbero con l'essere imposte a soggetti non aderenti alle medesime convinzioni<sup>81</sup>.

La propensione della Corte a ricercare un bilanciamento fra tutti gli interessi coinvolti transita dalle tradizionali forme di obiezione alle nuove rivendicazioni di un "diritto alla diversità"<sup>82</sup>, in relazione al sorgere di nuove sfide etiche, e, in parallelo, di nuove *complicity claims* avverso forme di partecipazione pure indiretta a procedure in contrasto con il patrimonio valoriale di talune appartenenze confessionali<sup>83</sup>. In particolare emergono nuove istanze di libertà la cui sostenibilità va verificata nell'ambito di un orizzonte ordinamentale improntato ai principi della laicità e del pluralismo; tra queste si riscontrano ipotesi di rifiuto di svolgimento delle proprie mansioni lavorative per ragioni di carattere religioso, in concomitanza con il sempre più ampio riconoscimento dei cosiddetti *LGBT rights*.

---

settembre 2010, n. 3477; T.A.R. Lazio 5 luglio 2016, n. 8990.

<sup>81</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. III, 2 ottobre 2001, *Pichon et Sajous c. France* (ric. n. 49853/99), con cui la Corte ha escluso che le convinzioni fideistiche del farmacista possano giustificare il suo rifiuto di vendere farmaci dietro prescrizione (ossia la cosiddetta pillola del giorno dopo), al fine di non determinare l'interruzione della fornitura di un servizio pubblico.

<sup>82</sup> Cfr. **S. RODOTÀ**, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1993/1, pp. 55-71. Per una ampia rassegna, cfr. **V. TURCHI**, *Nuove forme di obiezione di coscienza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2010, pp. 1-51.

<sup>83</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Ordinanza 5 febbraio 2015, n. 5888, con cui è stata accolta una istanza sospensiva con riguardo alla richiesta dei medici obiettori delle strutture pubbliche della regione Lazio, che rifiutavano di rilasciare le autorizzazioni necessarie affinché potessero aver luogo le procedure abortive. Cfr. T.A.R. Lazio, sez. III-Quater, 2 agosto 2016, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2016/3, p. 941 ss., secondo cui i medici e gli operatori di un consultorio che abbiano proposto la preventiva dichiarazione di obiezione di coscienza non sono esonerati dall'assistenza precedente e conseguente all'intervento di interruzione della gravidanza, poiché, in relazione a quanto affermato precedentemente in giurisprudenza (Cass. pen., sez. III, 2 aprile 2013, n. 14979, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2013/3, p. 945 ss.), tali attività non possono considerarsi "legate in maniera indissolubile, in senso spaziale, cronologico e tecnico al processo di interruzione della gravidanza". Per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr. **F. LATTUNEDDU**, *Nota di rinvio*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2016/3, p. 948 ss. Si veda anche la decisione della United Kingdom Supreme Court, *Greater Glasgow Health v. Doogan*, 17 dicembre 2014, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2015/3, p. 883 ss. In questa decisione è stato considerato illegittimo il rifiuto di alcuni membri del personale parasanitario di essere coinvolti nelle procedure amministrative prodromiche rispetto alle pratiche abortive.





## 11 - La decisione *Eweida and others v. United Kingdom* e l'ampliamento della portata dell'art. 9 CEDU

In una recente decisione riguardante il contesto giuslavoristico, il problema della tutela delle *conscience claims* si è scontrato con le norme del diritto antidiscriminatorio volte a tutelare i cosiddetti *LGBT rights*<sup>84</sup> evidenziandosi come la Corte operi una chiara distinzione fra la tutela garantita alla libertà di professare il proprio credo e quella assicurata alla libertà di manifestare le proprie credenze, soggetta ai limiti *ex art. 9.2*, in quanto, fra l'altro, suscettibile di avere un impatto sull'adempimento che i doveri inderogabili di solidarietà sociale, politica ed economica gravanti su ciascun individuo<sup>85</sup>.

Nel caso *Ladele*, in *Eweida*, la questione che viene in rilievo è quella della protezione di specifiche rivendicazioni fideistiche, in contrasto con prestazioni esigite nell'ambito del rapporto di lavoro: queste assumono la forma di istanze da parte di singoli individui a che le loro convinzioni religiose trovino ingresso in uno spazio secolare, alla luce della crescente insofferenza dei singoli a scindere la propria identità confessionale dalle relazioni giuslavoristiche<sup>86</sup>.

Nel caso di specie, le questioni sono state sollevate sotto il profilo non solo dell'art. 9 ma pure dell'art. 14 CEDU, temendo i ricorrenti che la Corte

---

<sup>84</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, *Eweida and others v. United Kingdom*, 15 gennaio 2013 (ricorsi 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10), casi in cui la Corte ha respinto sia l'istanza di un ufficiale di stato civile volta a sottrarsi alla celebrazione di unioni monosessuali (*Ladele*), sia quella di un impiegato nel settore dell'impiego privato, che rifiutava di svolgere attività di consulenza psico-sessuale a favore delle *same-sex couples* (*McFarlane*). Gli altri due ricorsi (*Eweida* e *Chaplin*) riguardavano invece rivendicazioni relative alla possibilità di manifestare la propria appartenenza confessionale sul luogo di lavoro, indossando simboli religiosi.

<sup>85</sup> Cfr. **A. BETTETINI**, *Identità religiosa del datore di lavoro e licenziamento ideologico nella giurisprudenza della corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, pp. 281-290.

<sup>86</sup> Cfr. **R. MCCREA**, *Religion in the Workplace: Eweida and Others v. United Kingdom*, in *The Modern Law Review*, vol. 77, 2014, p. 280, nota che tutti i casi affrontati nella decisione *Eweida* riguardano rivendicazioni della possibilità di tenere specifici comportamenti religiosamente motivati sul luogo di lavoro. Essa si discosta pertanto da precedenti decisioni, come Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. III, 27 settembre 1999, *Smith and Grady v. U.K.* (ricorsi nn. 33985/96 e 33986/96), Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. V, *Schiith v. Germany*, 23 settembre 2010 (ric. n. 1620/03), e Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, *Redfearn v. U.K.*, 6 novembre 2012 (ric. n. 47335/06), ove il datore di lavoro pretendeva di condizionare i comportamenti tenuti dai dipendenti al di fuori del rapporto di lavoro. Tali precedenti non sarebbero pertanto utili al fine di valutare se l'art. 9 conferisce un diritto a un adeguamento delle condizioni di lavoro per facilitare l'esercizio della libertà religiosa del dipendente.



avrebbe potuto reputare la libertà religiosa del lavoratore adeguatamente protetta dalla “*freedom of resign*”, come spesso si è verificato con riguardo a istanze di libertà religiosa in ambito giuslavoristico.

Con riguardo specifico a due dei quattro ricorsi riuniti, ossia i casi *Ladele* e *McFarlane*, avverso la mancata concessione da parte dello Stato di forme di accomodamento religioso a specifiche forme di manifestazione dell’esercizio della libertà individuale, la Corte, preliminarmente, ha reputato che l’esercizio di *conscience claims* ricade nell’ambito dello spettro di tutela offerto dall’art. 9<sup>87</sup>. Diversamente da quanto affermato dalle autorità giudiziarie nazionali, secondo cui le condotte in esame, pur religiosamente motivate, non rientrano nel *range* di protezione delineato dall’art. 9, la Corte Europea ha infatti sancito che “*State’s duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State’s part to assess the legitimacy of religious beliefs or the ways in which those beliefs are expressed*”.

La Corte non rinnega il suo precedente orientamento secondo cui alla luce della tutela garantita dall’art. 9 non può qualificarsi come manifestazione del proprio credo ogni atto motivato, ispirato o influenzato dalla propria appartenenza confessionale, per cui non ogni condotta religiosamente motivata rientra nella copertura assicurata dall’art. 9<sup>88</sup>, tuttavia la portata della stessa norma non può essere circoscritta a ricomprendere solo quei comportamenti “che si traducano in atti di pratica

---

<sup>87</sup> Nel caso in esame, Lilian Ladele era stata assunta nel 2002 dal *London Borough of Islington* come ufficiale di stato civile addetto alla registrazione di atti di nascita, di morte e di matrimonio. Con l’entrata in vigore del *Civil Partnership Act 2004* nel dicembre 2005 l’ente decideva di assegnare tutti gli ufficiali di stato civile alla registrazione delle *civil partnerships*. Ladele rifiutava di conformarsi alle direttive “*Dignity for All*” del suo datore di lavoro e di registrare unioni fra persone dello stesso sesso, in quanto tale comportamento, a suo avviso, avrebbe facilitato la formazione di unioni in contrasto con la legge divina. Inizialmente ella aveva concluso accordi informali con alcuni colleghi, al fine di non essere coinvolta nella celebrazione di unioni fra persone dello stesso sesso. Alcuni colleghi si erano tuttavia lamentati del suo comportamento, reputando che tale suo rifiuto rivestisse carattere discriminatorio. Il *Borough of Islington* a questo punto ha intrapreso misure disciplinari contro la donna per aver violato le politiche dell’ente improntate all’eguaglianza e al rispetto delle diversità. Ladele ha fatto ricorso al tribunale del lavoro, lamentando una forma di discriminazione diretta e indiretta per motivi religiosi. Tuttavia le autorità giudiziarie nazionali non si sono pronunciate a suo favore. Gary McFarlane era un terapeuta sessuale, autore di un ricorso avverso il suo licenziamento da parte di una *charity* che svolge attività di consulenza di coppie, perché, pur essendosi egli impegnato a rispettare la *Equal Opportunities Policy* del datore di lavoro e a offrire le sue prestazioni pure a coppie monosessuali, di fatto egli si sottraeva a tale compito in ragione della sua appartenenza confessionale.

<sup>88</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, *Arrowsmith v. United Kingdom*, 12 ottobre 1978 (ric. n. 7050/75), Corte europea dei diritti dell’uomo, Grand Chamber, *Leyla Şahin v. Turkey*, 13 febbraio 2003 (ric. n. 44774/98).



di una determinata religione, in una forma generalmente riconosciuta”<sup>89</sup>. Il raggio della sua protezione va esteso a tutte quelle manifestazioni di religiosità che posseggono “*a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief*”. Pertanto non solo gli atti di culto o di devozione vanno considerati parte integrante della pratica religiosa: la connessione fra un comportamento e le convinzioni del soggetto va accertato caso per caso; in particolare la parte ricorrente non è tenuta a dimostrare “*that he or she acted in fulfilment of a duty mandated by the religion in question*”<sup>90</sup>.

Al contempo, pur se la manifestazione di religiosità in esame viene fatta rientrare nello spettro di tutela offerto dell’art. 9, la valutazione relativa alla concessione di un accomodamento religioso si sposta a un momento successivo, quello della giustificabilità di limitazioni alla libertà religiosa in nome di un contemperamento con altri confliggenti valori. Nell’addivenire a tale bilanciamento la Corte adotta un approccio comparatistico, tenendo in considerazione non solo le sue stesse pronunzie, ma anche quelle di Paesi terzi. In particolare risulta significativo che essa faccia riferimento espresso al concetto di “*reasonable accommodation*”, per come configurato nella giurisprudenza statunitense, quale strumento necessario per realizzare un compromesso fra interessi in competizione in una società democratica, e pertanto quale fattore che andrebbe intercettato nella analisi di proporzionalità operata dalla stessa Corte fra i diritti della coscienza e la preservazione del sistema di valori asseverato dagli specifici sistemi giuridici.

Il faticoso equilibrio fra accomodamento e proporzionalità non può tuttavia prescindere da una valutazione che l’esonero rivendicata produrrebbe sui terzi, particolarmente quando questi ultimi sono identificabili in gruppi minoritari o svantaggiati. Seguendo tale ragionamento, la Corte sceglie di assoggettare a restrizioni forme di accomodamento di domande di libertà individuali connesse sia allo svolgimento diretto *di*, sia al coinvolgimento indiretto *in*, atti in contrasto con le convinzioni religiose del singolo, al fine di tutelare i diritti altrui (nel caso le prerogative spettanti alle coppie monosessuali), che si coniugano con interessi statali di carattere preminente (la proibizione di forme di

---

<sup>89</sup> Cfr. V. VALENTE, *Tutela della coscienza*, cit., p. 13.

<sup>90</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, Grand Chamber, *SAS v. France*, 1 luglio 2014 (ric. n. 43835/11), § 55: “*existence of a sufficiently close and direct nexus between the act and the underlying belief must be determined on the facts of each case but that [...] applicants [...] are not required to establish that they acted in fulfilment of a duty mandated by the religion*”. A commento, si veda A. LICASTRO, *I mille splendidi volti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: “guardarsi in faccia” è condizione minima del “vivere insieme”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 28 del 2014, p. 28.



discriminazione fondate sull'orientamento sessuale)<sup>91</sup>. Alla luce del principio di proporzionalità il diritto di libertà religiosa può essere pertanto suscettibile di subire limitazioni (nell'ambito di un processo di bilanciamento in cui trova collocazione quale elemento concorrente, ma non esclusivo, di valutazione, anche la *freedom to resign* del dipendente)<sup>92</sup> in forza del legittimo interesse statale alla promozione dell'uguaglianza e alla repressione di forme di discriminazione (sicuramente enfatizzato quando si tratti di un servizio pubblico essenziale) al fine di assicurare una tutela unitaria e non frammentata dei valori in gioco. Diversamente dagli orientamenti seguiti dalla Corte Suprema statunitense, la Corte Europea mantiene un profilo contromaggioritario, in vista di un equilibrio che non conduca a una preminenza dei diritti della coscienza degli appartenenti a gruppi confessionali predominanti, suscettibile di comprimere i diritti di categorie di soggetti considerati più deboli.

## 12 - Il rilievo attribuito al principio di non discriminazione

Ad avviso della ricorrente Ladele, la mancata concessione da parte dello Stato di un trattamento differenziale, in ragione delle sue credenze religiose (con esenzione dalle direttive rivolte ai dipendenti di non effettuare discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale), rispetto ad altri dipendenti che non condividono le sue medesime credenze, costituirebbe

---

<sup>91</sup> Cfr. *Eweida*, cit., § 105: «[T]he aim pursued by the local authority was to provide a service which was not merely effective in terms of practicality and efficiency, but also one which complied with the overarching policy of being “an employer and a public authority wholly committed to the promotion of equal opportunities and to requiring all its employees to act in a way which does not discriminate against others”».

<sup>92</sup> La Corte a tal proposito osserva che “Given the importance in a democratic society of freedom of religion, the Court considers that, where an individual complains of a restriction on freedom of religion in the workplace, rather than holding that the possibility of changing job would negate any interference with the right, the better approach would be to weigh [the possibility of changing job] in the overall balance when considering whether the restriction [of freedom of religion] was proportionate [...] While the Court does not consider that an individual’s decision to enter into a contract of employment and to undertake responsibilities which he knows will have an impact on his freedom to manifest his religious belief is determinative of the question whether or not there been an interference with Article 9 rights, this is a matter to be weighed in the balance when assessing whether a fair balance was struck” (§ 83 e § 109). Questo nuovo approccio, in base al quale la libertà di abbandonare il posto di lavoro non costituisce una sufficiente salvaguardia per la libertà religiosa del dipendente è dalla stessa Corte giustificato in quanto “the Court has not applied a similar approach in respect of employment sanctions imposed on individuals as a result of the exercise by them of other rights protected by the Convention, for example the right to respect for private life under Article 8; the right to freedom of expression under Article 10; or the negative right, not to join a trade union, under Article 11” (§ 83).



una irragionevole e obiettivamente ingiustificata disparità di trattamento nei suoi confronti; la restrizione dei suoi diritti sarebbe altresì sproporzionata, poiché a livello statale non è stato operato un bilanciamento fra il suo diritto a non subire forme di discriminazione indiretta a causa della sua appartenenza confessionale e il diritto dei terzi a non essere soggetti a forme di discriminazione in ragione del loro orientamento sessuale.

Per contro, la Corte innanzitutto afferma la sussistenza di un *legitimate aim* statale a limitare la libertà religiosa della ricorrente, identificabile non solo nell'assicurare l'efficienza dello svolgimento di un servizio pubblico, ma pure nella più ampia finalità di richiedere a tutti i dipendenti di "*act in a way which does not discriminate against others*", in base alla *equal opportunities policy* del datore di lavoro, alla quale lo stesso risulta "*wholly committed*". La Corte pone, in vero, l'accento sulla circostanza che "*in its case-law under Article 14 it has held that differences in treatment based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification*": essa riconosce infatti che le coppie monosessuali si trovano in a "*relevantly similar situation*" rispetto alle coppie eterosessuali, con riguardo alla loro richiesta di riconoscimento giuridico.

La Corte rigetta, pertanto, la pretesa della parte attrice, secondo cui

*"Court should require "very weighty reasons" in order to justify discrimination on grounds of religion", in quanto "[a]s with suspect categories so far identified by the Court as requiring "very weighty reasons" (such as sex, sexual orientation, ethnic origin and nationality) religious faith constitute[s] a core aspect of an individual's identity":*

essa riconosce quindi l'applicabilità dell'art. 14 al caso di specie ma si astiene dal precisare se il fattore religioso possa qualificarsi come "*suspect ground*"<sup>93</sup>. La sua valutazione è incentrata maggiormente su una valutazione di proporzionalità (alla luce degli artt. 9 e 14) più che su una verifica della sussistenza di una differenza di trattamento a danno della parte attrice da parte delle autorità nazionali fondata su "*reasonable and objective grounds*" (ex art. 14)<sup>94</sup>.

La Corte è consapevole del *detrimental impact* delle direttive antidiscriminatorie producono sull'esercizio della libertà religiosa del dipendente, che comporta una "*tragica scelta*"<sup>95</sup> fra l'andare soggetta a sanzioni disciplinari e il rispetto delle proprie convinzioni religiose; la

---

<sup>93</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, Grand Chamber, *Redfearn v. United Kingdom*, 6 novembre 2012 (ric. n. 47335/06).

<sup>94</sup> Cfr. I. LEIGH, A. HAMBLER, *Religious Symbols, Conscience and the Right of Others*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 3, n. 1, 2014, p. 13.

<sup>95</sup> Cfr. G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Tragic Choices*, cit.



dipendente non si era del resto impegnata a rinunciare all'esercizio della sua libertà religiosa al momento dell'assunzione, in quanto l'obbligo di registrare le civil partnerships è stato introdotto dal datore di lavoro in un momento successivo. Tuttavia la Corte reputa che la proibizione imposta a Ms. Ladele di porre in essere discriminazioni fra gli utenti del servizio in ragione dell'orientamento sessuale non può prevalere sul legittimo fine statale di proteggere i diritti altrui, che non si estrinsecano solo nel non subire la materiale privazione del servizio: questa infatti potrebbe essere agevolmente prevenuta, potendo il datore di lavoro fornire ugualmente la prestazione con l'incaricare altre persone, rispettando così le rivendicazioni religiose della dipendente e adoperando il *least restrictive means* (ossia il parametro enfatizzato dalla giurisprudenza statunitense) per realizzare l'interesse pubblico senza imporre un onere all'esercizio della libertà religiosa individuale<sup>96</sup>. La Corte tuttavia preferisce dare rilievo alle ricadute su coloro che potenzialmente verrebbero a subire una "offesa" dall'accomodamento della libertà religiosa altrui: la promozione di "eguali opportunità" delle *same-sex couples* richiede, ad avviso della Corte, il sacrificio della libertà dei soggetti dissenzianti<sup>97</sup>.

### 13 - La valorizzazione del margine di apprezzamento

Non si può non rilevare come la decisione della Corte Europea sia tutta incentrata sul margine di apprezzamento riconosciuto alle autorità nazionali quando più diritti convenzionalmente garantiti vanno contemperati<sup>98</sup>: riconoscendo ampiezza a tale margine non viene riscontrata

---

<sup>96</sup> I due giudici dissenzianti osservano che *"the aim of the Borough of Islington was to provide equal opportunities and services to all without discrimination and the legitimacy of this aim is not and was never at issue"* (Joint partly dissenting opinion of judges Vucinic' e De Gaetano, § 6); l'accomodamento della libertà religiosa della parte attrice *"clearly could have been achieved without detriment to the overall services provided by the Borough"* (§ 7).

<sup>97</sup> La Corte infatti afferma che *"the aim pursued by the local authority was to provide a service which was not merely effective in terms of practicality and efficiency, but also one which complied with the overarching policy of being "an employer and a public authority wholly committed to the promotion of equal opportunities and to requiring all its employees to act in a way which does not discriminate against others" (*§ 105). *Contra*, cfr. I. LEIGH, A. HAMBLER, *Religious Symbols*, cit., p. 17: *"On close analysis the case against accommodating Ladele on the basis of the 'rights and freedoms of others' instead resembles a claim that same-sex couples have a right not to be offended by someone else's manifestation of their beliefs or by the knowledge or mere possibility that a public body has accommodated them"*.

<sup>98</sup> Cfr. I. LEIGH, A. HAMBLER, *Religious Symbols*, cit., p. 213, reputano che la Corte riconosca un duplice margine di apprezzamento: *"first with regard to how sex orientation equality rights are secured and then with regard to how they are balanced with freedom of religion"*.



una violazione degli artt. 9 e 14 CEDU. Ricorrendo al parametro del margine di apprezzamento la Corte lascia diverse questioni irrisolte. Non risultano compiutamente approfonditi in particolare il problema della “giusta dose” di religious accommodation da accordare in un ordinamento religiosamente neutrale, e la sussistenza o no di un obbligo a carico dei titolari di un ufficio di spogliarsi della loro identità confessionale nell’esercizio dei propri doveri, soprattutto quando una direttiva pubblica potrebbe essere egualmente implementata nonostante l’opting out del singolo soggetto obiettore<sup>99</sup>. Il margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati si amplia dunque con una conseguenziale contrazione del ruolo supervisorio della Corte (e quindi con un ridimensionamento della protezione di taluni diritti convenzionalmente garantiti).

I due giudici dissenzienti nel caso Ladele (Vucinic´ e De Gaetano) contestano proprio il ricorso a un (a loro avviso) improprio e squilibrato processo di bilanciamento fra una questione afferente al “primato della

---

<sup>99</sup> Cfr. **R. MCCREA**, *Religion in the Workplace*, cit., p. 289. Emblematico, nel senso di una rigida applicazione dell’osservanza dei doveri da parte di un pubblico ufficiale, il caso deciso dalla sent. *Conseil constitutionnel* del 18 ottobre 2013 n° 2013-353, che ha negato ai sindaci francesi la possibilità di esercitare il diritto all’obiezione avverso la celebrazione di unioni monosessuali, al fine di “*assurer l’application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l’état civil*”: il codice civile francese infatti non prevede tale diritto anche dopo l’introduzione del matrimonio fra persone dello stesso sesso. Nella stessa direzione si è orientato il Tribunale Supremo spagnolo, Sala de Contencioso-Administrativo, 11 maggio 2009, n. 3059, in base al quale non è consentito a un magistrato sottrarsi, per motivi di coscienza, alla celebrazione di un matrimonio monosessuale, sulla base del principio costituzionale della sottomissione esclusiva dei giudici alla legge. Cfr. pure *McClintock v. Department of Constitutional Affairs*, [2007] UKEAT/0223/07/3110: in questo caso un giudice reclamava la possibilità di astenersi dal giudizio nei casi concernenti l’adozione da parte di coppie monosessuali, ma la Corte ha ritenuto che la restrizione della libertà di coscienza del ricorrente fosse proporzionata al perseguimento del fine legittimo dell’imparziale amministrazione della giustizia. Cfr. **B. MACDOUGALL, E. BONTHUYS, K. McK. NORRIE, M. VAN DER BRINK**, *Conscientious Objection to Creating Same-Sex Unions: An International Analysis*, in *Canadian Journal of Human Rights*, vol. 1, 2012 p. 128 ss., che affrontano il problema con riguardo agli Stati del Canada, del Netherlands, della Scozia, e del Sud Africa; **M.C. RUSCAZIO**, *Riflessioni di diritto comparato e canonico sull’obiezione di coscienza del pubblico funzionario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 11 del 2015, pp. 1-50, con riguardo all’obiezione di coscienza del pubblico funzionario in Francia e in Italia. Cfr. **I. LEIGH, A. HAMBLER**, *Religious Symbols*, cit., pp. 2-24, che notano come, nel diritto inglese, alcune categorie di pubblici ufficiali (appartenenti al corpo di polizia o magistrati) hanno giurato espressamente di implementare la legge, rinunciando così a esercitare forme di obiezione, benchè tale obbligo non andrebbe esteso indiscriminatamente a tutti gli appartenenti al settore pubblico; è pur vero, infatti, che in altri casi il legislatore inglese ha previsto esplicitamente la possibilità del ricorso a forme di obiezione di coscienza: cfr. *Abortion Act 1967* s. 4(1); *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, s. 38.



coscienza" (e non alle mere credenze fideistiche della ricorrente), come tale meritevole di una protezione più ampia, e un diritto rivendicato "in astratto" (non essendosi verificata in concreto alcuna forma di discriminazione di coppie monosessuali nella fruibilità del pubblico servizio)<sup>100</sup>.

Anche nel caso McFarlane, la Corte, pur riconoscendo la gravità della sanzione subita dal ricorrente (la perdita dell'impiego), focalizza l'attenzione sul bilanciamento condotto a livello statale fra gli interessi contrapposti (il diritto del dipendente di manifestare la sua religiosità e quello del datore di lavoro di tutelare i diritti dei terzi), per affermare che le autorità giudiziarie nazionali non sarebbero andate oltre il margine di apprezzamento (ampio) loro riconosciuto nel realizzare un contemperamento fra le posizioni confliggenti. La Corte sottolinea, fra l'altro, come, nel caso in esame, il dipendente McFarlane (diversamente dal caso Ladele) abbia volontariamente accettato mansioni che avrebbero potuto entrare in contraddizione con il suo credo; il fattore più importante da considerare, pertanto, viene identificato nella circostanza che "the employer's action was intended to secure the implementation of its policy of providing a service without discrimination"<sup>101</sup>.

Il margine di apprezzamento riconosciuto alla legislazione nazionale non avrebbe consentito una soluzione diversa, qualora i dipendenti fossero stati impiegati non presso datori di lavoro religiosamente non orientati ma presso un'impresa commerciale appartenente a soggetti aderenti a un determinato credo<sup>102</sup>: in base a un astratto principio di neutralità e non discriminazione quindi non avrebbe potuto pertanto essere accordata tutela a una "corporate conscience", come si è verificato oltreoceano con la decisione Hobby Lobby.

#### 14 - Annotazioni riepilogative

Le pronunzie esaminate rivelano come il conflitto fra le *conscience claims* e i diritti di autodeterminazione individuale assuma oggi una dimensione transnazionale. Si configura infatti una sorta di tendenza transatlantica ad abbracciare una sorta di "subjective turn" in vista della valorizzazione dei principi della dignità, del pluralismo e della multiculturalità, intendendosi con tale espressione la riluttanza manifestata dalle Corti a interferire con la

---

<sup>100</sup> Cfr. I. LEIGH, A. HAMBLER, *Religious Symbols*, cit., pp. 2-24.

<sup>101</sup> Cfr. *Eweida*, cit., § 109.

<sup>102</sup> Cfr. *Equality Act 2010*, Sched 23, para 2(2). Cfr. pure *Bull v. Hall*, [2013] UKSC 73, con cui la U.K. Supreme Court ha affermato che il rifiuto da parte di alcuni albergatori di fede cristiana di affittare una stanza matrimoniale a una coppia monosessuale costituisce una discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale in violazione dell'*Equality Act*.





sfera soggettiva relativa alla centralità o obbligatorietà di una specifica pratica religiosa nell'ambito del patrimonio valoriale del ricorrente, e a focalizzare la loro attenzione sui mezzi impiegati dallo Stato in vista di perseguire stringenti interessi di rango pubblico<sup>103</sup>. Il conflitto fra il peso assicurato al parametro della sincerità religiosa e il timore di realizzare a *system in which each conscience is a law unto itself*<sup>104</sup> si sposta sul piano del bilanciamento di interessi che le autorità giudiziarie pongono in essere per preservare l'interesse pubblico, e una peculiare attenzione viene prestata alle ricadute dell'esercizio della libertà su categorie di soggetti deboli: l'enfasi accordata a tale ultimo parametro, nell'ordinamento statunitense, risulta frutto della faticosa opera di esegesi dell'*Establishment Clause* operata dalla Corte Suprema, mentre in ambito europeo esso è espressamente valorizzato dall'art. 9.2, cui la Corte Europea fa riferimento nei suoi arresti.

La Corte Suprema statunitense ha tradizionalmente manifestato riluttanza a entrare nel merito delle dispute fideistiche, assumendo in un atteggiamento deferenziale verso le materie di stretta pertinenza confessionale. Il medesimo approccio "*hands-off*" sembra oggi riguardare le istanze (pure collettive) di accomodamento avverso leggi di generale applicabilità, nei cui riguardi la Corte, come si è detto, ha adottato una "*subjective view*", rimandando a "*the individual's own conception of what his or her religion entails or demands for as long as that belief is sincerely held*"<sup>105</sup>, e rinunciando a ogni indagine relativa alla centralità o al significato che un atto o comportamento religiosamente motivato riveste all'interno di uno specifico sistema fideistico.

È stato lamentato, a tal proposito, il rischio che si realizzi una sovrapposizione fra i due distinti momenti dell'analisi, ossia quello della verifica della sincerità di una determinata credenza (elemento di fatto) e quello della sussistenza di un onere sostanziale all'esercizio della libertà religiosa imposto da una legge di generale applicabilità (elemento di diritto), in forza della identificazione di quest'ultimo con la misura sanzionatoria statale derivante dall'inosservanza della previsione normativa<sup>106</sup>. Si riconfigurebbe per questa via il bilanciamento fra tali due

---

<sup>103</sup> Cfr. A. SU, *Judging Religious Sincerity*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2016, 5, pp. 28-48.

<sup>104</sup> Cfr. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

<sup>105</sup> Cfr. A. SU, *Judging Religious Sincerity*, cit., pp. 28-48.

<sup>106</sup> Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014): "... the Hahns and Greens and their companies sincerely believe that providing the insurance coverage demanded by the HHS regulations lies on the forbidden side of the line, and it is not for us to say that their religious beliefs are mistaken or insubstantial".



elementi, finendo con il rimuovere “*as nonjusticiable a standard that is intended to perform a gatekeeping or filtering function in accordance with rule of law concerns*”<sup>107</sup>. Alla luce del *self-restraint* giudiziario per la definizione di un “*substantial burden*”, graverà infatti sugli attori pubblici dimostrare l’impellenza dell’interesse statale di negare esenzioni religiosamente motivate (*compelling governmental interest*) e la impossibilità da parte degli stessi soggetti pubblici di perseguire i medesimi interessi con modalità alternative che non impongano oneri all’esercizio della libertà religiosa (*least restrictive means*). Ne deriverebbe uno svilimento del parametro di proporzionalità<sup>108</sup>, in quanto “*it is harder to perform a proportionality stricto sensu test given that it would be impossible to compare the burden on the claimant against the degree to which the statute advances government objective or policy*”<sup>109</sup>. A tal proposito la dottrina riscontrerebbe la transizione da una “cultura dell’autorità” a una “cultura della giustificazione”, in cui

*“governments should provide substantive justification for all their actions, by which we mean justification in terms of the rationality and reasonableness of every action and the trade-offs that every action necessarily involves, i.e., in terms of proportionality”*<sup>110</sup>.

Al tempo stesso, l’orientamento della Corte sembra esprimere la consapevolezza che proprio la natura secolare dello Stato permette il dispiegarsi della libertà religiosa (individuale e collettiva) con modalità che valorizzano il contributo delle organizzazioni confessionalmente affiliate

---

<sup>107</sup> Cfr. **A. SU**, *Judging Religious Sincerity*, cit., pp. 28-48.

<sup>108</sup> Con riguardo all’utilizzo del parametro di proporzionalità da parte della Corte Roberts, si segnala **A. PIN**, *Quando la storia decide il caso. La Libertà religiosa ai tempi della Corte Roberts*, in *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d’America*, cit., pp. 8-9: “La componente progressista, infatti, si allinea alla tendenza globale a utilizzare il criterio della proporzionalità quale strumento di valutazione della legittimità delle scelte politiche. Se l’idea di proporzionalità o di un onere “non proporzionato” si ritrova nelle opinioni di Breyer e Sotomayor, essa è invece assente negli argomenti dell’area maggiormente conservatrice. Questa differenza non sembra casuale: nella dottrina statunitense v’è chi, non a caso, stigmatizza proprio l’idea di proporzionalità per l’estraneità al costituzionalismo statunitense e l’eccessiva discrezionalità che consegnerebbe al potere giudiziario. L’impiego significativo di questo concetto da parte della componente progressista, forse sostenuto e persino sollecitato dall’attenzione alle tendenze sovranazionali e comparatistiche proprie della componente liberal, non si spinge tuttavia a delineare i caratteri del giudizio di proporzionalità. Manca, infatti, anche nella componente incline a menzionarlo, la capacità di cadenzare il criterio di proporzionalità secondo le tre o quattro fasi che normalmente caratterizzano questo tipo di scrutinio”.

<sup>109</sup> Cfr. **A. SU**, *Judging Religious Sincerity*, cit., p. 45.

<sup>110</sup> Cfr. **M. COHEN-ELIYA, I. PORAT**, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, 2011 p. 463.



alla realizzazione di un regime pluralista entro limiti democraticamente stabiliti, senza forzare le stesse, non desiderose di conformarsi completamente alla cultura dominante, ad assumere un atteggiamento di "chiusura", per l'impossibilità di continuare prestare la propria opera di apostolato a favore della collettività, nel rispetto dell'impronta assiologica a cui è improntata la loro azione. Queste motivazioni inducono la Corte alla ricerca di una posizione intermedia fra il riconoscimento di una assoluta immunità delle organizzazioni confessionalmente affiliate e il rifiuto di ogni forma di accomodamento. Sebbene l'*Establishment Clause* limiti infatti la possibilità del Governo di prevedere forme di accomodamento che impongano significative ricadute su terzi, la Corte si sforza infatti di operare un bilanciamento fra i "costi" dell'accomodamento e il legittimo interesse alla rimozione di oneri sostanziali a carico della libertà religiosa. Va sottolineato che, allo stato, tali ricadute sono state identificate soprattutto nei danni materiali derivanti dall'ostruire a determinate categorie di soggetti l'accesso a beni e servizi, mentre sono stati trascurati gli eventuali danni di carattere morale<sup>111</sup>: un maggiore peso accordato a questi ultimi sarebbe potenzialmente suscettibile di influire sui termini della "*RFRA equation*" condotta dalle autorità giudiziarie, alterandone il risultato in direzione di una maggiore valorizzazione delle istanze di autodeterminazione<sup>112</sup>.

Al tempo stesso, non va trascurato che la previsione di esenzioni religiosamente motivate in una pluralità di contesti normativi permettono al legislatore (federale e statale), in molti casi, di preservare la libertà religiosa riappropriandosi del suo ruolo di prevenzione dell'insorgere dei ragionevolmente prevedibili conflitti di lealtà fra obblighi di coscienza e doveri statalmente imposti, ma dovrebbero impegnarlo altresì nella ricerca di soluzioni *ex ante* che, pur mitigando i pregiudizi a carico dei terzi, non impongano oneri eccessivi all'esercizio della libertà religiosa<sup>113</sup>, lasciando,

---

<sup>111</sup> Cfr. **D. NEJAIME, R.B. SIEGEL**, *Conscience Wars*, cit., pp. 2581-2582: «*The Court never considered whether accommodating the employers' belief -that paying for employee health insurance would make the employers complicit in the employees' sinful practices of contraception - might create harmful social meanings that undermine individual and societal interests the statute promotes. Accommodating such religious beliefs may stigmatize women who use contraception, either by entrenching old norms that condemn women for seeking sex while avoiding motherhood or by labeling contraception as an "abortifacient"*».

<sup>112</sup> Cfr. **I.C. LUPU**, *Moving Targets*, cit., p. 67.

<sup>113</sup> Alcuni atti normativi in materia sanitaria hanno tentato di minimizzare i disagi per i pazienti, prevedendo a carico delle strutture sanitarie degli obblighi di trasparenza, affinché l'utenza sia resa consapevole che in quella istituzione determinate pratiche sanitarie non sono disponibili. Cfr. **CAL. HEALTH & SAFETY CODE § 123420(c)** (West 2014) ("*[a]ny such facility or clinic that does not permit the performance of abortions on its premises*



quale ultima risorsa, alle autorità giudiziarie il compito di contemperare nuovi e meno facilmente ipotizzabili conflitti “*between the demands of a new social order and the demands of faith*”<sup>114</sup>.

In ambito europeo, con il caso *Eweida* citato, la Corte di Strasburgo inaugura un nuovo indirizzo (più vicino a quello della Corte Suprema statunitense), per cui con riguardo alle ipotesi di sussistenza di interferenze con l’esercizio della libertà religiosa viene dato maggiore spazio alla visione soggettiva del ricorrente, abbandonando taluni criteri preliminari che le avevano in precedenza consentito di “filtrare” le rivendicazioni di libertà sollevate alla luce dell’art. 9 CEDU (*definitional approach*): essa si pone infatti in discontinuità con la giurisprudenza precedente per cui una condotta religiosamente motivata riceveva protezione alla luce dell’art. 9 solo

---

*shall post notice of that proscription in an area of the facility or clinic that is open to patients and prospective admittees”*); NEB. REV. STAT. § 28-337 (2014) (“No [healthcare] facility in this state shall be required to admit any patient for the purpose of performing an abortion nor required to allow the performance of an abortion therein, but the [healthcare] facility shall inform the patient of its policy not to participate in abortion procedures”); OR. REV. STAT. § 435.475 (2013) (“[n]o hospital is liable for its failure or refusal to participate in such termination if the hospital has adopted a policy not to admit patients for the purposes of terminating pregnancies. However, the hospital must notify the person seeking admission to the hospital of its policy”).

<sup>114</sup> Come si è visto, le *conscience-based claims* trovano fondamento non solo negli atti normativi federali e statali posti più genericamente a tutela della libertà religiosa, ma pure nella normativa sanitaria e in quella antidiscriminatoria. R. FRETWELL WILSON, *Bargaining for Religious Accommodations*, cit., p. 257 ss.; R. FRETWELL WILSON, *When Government Insulate Dissenters from Social Change*, cit., p. 702 ss., ove l’Autrice sottolinea come la previsione di specifiche esenzioni adottate in specifici contesti legislativi (introduttive di peculiari *rules*) rispondano all’esigenza di prevenire le prevedibili collisioni fra istanze fideistiche e nuove domande sociali in contesti eticamente sensibili, e consentono più facilmente il prevalere delle *conscience claims* nell’arena giudiziaria, in forza della preesistenza di chiare regole scritte. Tali esenzioni operano *ex ante*, identificando i beneficiari e le norme avverso le quali l’obiezione può essere invocata, e definendo dei limiti per gli obblighi legislativamente imposti ai singoli o ai gruppi. Esse spesso vanno a tutelare i gruppi religiosi maggioritari, che riescono così a garantirsi forme di immunità rispetto ad atti legislativi introduttivi di forme di cambiamento sociale non coerenti con i precetti fideistici degli stessi gruppi (come il *Church Amendment*). Le forme di protezione generalizzata della libertà religiosa avverso leggi di generale applicabilità (come il *R.F.R.A.*), enunciate di *standard*, porteranno invece a bilanciamenti operati per via giudiziaria fra interessi in conflitto, talora raggiunti dopo prolungate controversie, ove verranno esaminate le specifiche circostanze di fatto della fattispecie in esame. Al tempo stesso esse rivestono una loro utilità in quanto il legislatore non può anticipare completamente i potenziali conflitti che potrebbero insorgere fra gli obblighi provenienti dalla legge e quelli derivanti da specifiche appartenenze fideistiche di carattere minoritario; queste, del resto, spesso non godono della forza necessaria per ottenere che specifiche eccezioni siano ritagliate su misura delle loro esigenze nei processi politici democratici.



quando si configurasse “*mandatory*” all’interno di uno specifico sistema fideistico, e in base a cui l’art. 9 non garantiva al singolo la possibilità di manifestare la sua religiosità in ogni contesto (giustificandosi, per questa via, limitazioni all’esercizio della libertà religiosa in specifiche circostanze, come nell’ambito del rapporto di lavoro), lasciando spazio, in futuro, all’ammissibilità di un più ampio numero di rivendicazioni libertarie alla luce dell’art. 9<sup>115</sup>.

Al tempo stesso, i recenti interventi della Corte di Strasburgo rivelano il ricorso a una più rigorosa valutazione di proporzionalità al fine di accertare i “costi” dell’accomodamento e le eventuali ricadute dirette o indirette su soggetti terzi, in vista di stabilire se una sua limitazione sia “necessaria in una società democratica”. A tal proposito, la Corte tende a privilegiare un *equality approach* rispetto a un *liberty approach*: l’interpretazione congiunta dell’art. 9 e dell’art. 14 CEDU la conduce a esaminare la possibilità per il cittadino-fedele di rivendicare non un determinato *quantum* di libertà religiosa in astratto bensì la medesima dose di libertà di cui godono gli appartenenti ad altri gruppi confessionali o direttamente, quale effetto di regole non neutrali, o indirettamente, quale risultato degli effetti selettivi prodotti da regole di carattere neutrale sugli aderenti ad alcuni gruppi confessionali rispetto ad altri, indipendentemente dalla misura in cui tale disparità incida sulla possibilità di esercitare il proprio credo.

La posizione di self-restraint cautamente assunta dalla Corte (alla luce dell’enfasi accordata al margine di apprezzamento) è sicuramente influenzata dall’assenza di un ampio consenso fra gli Stati in una materia particolarmente controversa. Secondo l’orientamento seguito dalla Corte, infatti, allo Stato spetta calibrare la recezione di nuove istanze di autodeterminazione in materia matrimoniale con le *complicity-based conscience claims*, ossia con quelle rivendicazioni di libertà religiosa “*explicitly oriented towards third-parties*” che coinvolgono “*beliefs on how to live in community with others who do not share the claimant’s beliefs*”, in vista dell’attuazione di un modello di laicità positiva. Al legislatore statale è affidato il compito di elaborare una articolazione ponderata fra i diritti in conflitto, rintracciando parametri ragionevoli alla luce dei quali operare tale valutazione: talune rivendicazioni sono infatti suscettibili di avere un impatto su soggetti terzi<sup>116</sup>, qualora all’ampliamento della tutela della libertà religiosa non corrisponda una successiva fase di effettivo

---

<sup>115</sup> Cfr. I. LEIGH, A. HAMBLER, *Religious Symbols*, cit., p. 12.

<sup>116</sup> Cfr. *Hobby Lobby*, *Zubik*, *Eweida*, cit.



bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti, e si giunga pertanto alla compressione di uno dei valori in gioco.

Accordando preferenza alla soluzione adottata dai decisori nazionali<sup>117</sup>, la stessa Corte si astiene dal chiarire se costituisca una forma di discriminazione indiretta *ex art. 14* il non-accomodamento delle istanze individuali di essere esentati dall'offrire le proprie prestazioni ad alcune categorie di soggetti (*same-sex couples*); tale rivendicazione, in forza del margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato, soccombe di fronte all'interesse statale a prevenire le ricadute dirette dell'esercizio della libertà religiosa su soggetti altri. La condotta richiesta ai dipendenti persegue infatti il legittimo scopo di ottenere dagli stessi l'adozione di una condotta non-discriminatoria verso alcun utente, al fine di "*secure the echr rights of others*" (tra cui rientra a pieno titolo il diritto a non essere discriminati in forza del proprio orientamento sessuale).

Nel caso *Eweida* l'eccezione richiesta dalla parte ricorrente non viene valutata come una "modesta" estensione dell'obiezione di coscienza riconosciuta nell'ambito del servizio militare o ai medici in ambito sanitario: la negazione di eccezioni alla disciplina antidiscriminatoria, dovuta al timore di una sua poco ragionata estensione ad altri ambiti del diritto antidiscriminatorio, conduce però a un affievolimento del diritto di libertà religiosa nel suo contenuto essenziale.

La fattispecie suddetta riguarda di fatto un'ipotesi in cui la legislazione statale non prevede alcuna forma di accomodamento a favore delle parti attrici, per cui non viene affrontato direttamente il problema di eventuali limiti che la stessa Corte sia abilitata a imporre a forme di accomodamento religioso statalmente predisposte: ne deriva, comunque sia, che ciascuno Stato alla luce del margine di apprezzamento riconosciuto dalle autorità nazionali, è libero di adottare soluzioni più rigorose, come nel caso di specie<sup>118</sup>, o di offrire forme diverse di regolazione dell'esercizio della libertà religiosa, suscettibili di avere una ricaduta sul bilanciamento dei

---

<sup>117</sup> Cfr. *UK Equality Act 2010*, section 13(1) EWCA.

<sup>118</sup> Cfr. **R. WINTEMUTE**, *Accommodating Religious Beliefs: Harm, Clothing or Symbols, and Refusals to Serve*, in *Modern L. Rev.*, vol. 77, 2014, p. 243, secondo cui "[B]y granting governments a wide margin of appreciation with regard to conflicts between religion and sexual orientation, the ECtHR chose an ambiguous, potentially neutral position: accommodation is not required, but might be permitted": le Corti nazionali hanno adottato una soluzione maggiormente rigorosa nel caso di specie.

Va ricordato che con la decisione Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, 21 luglio 2015, *Oliari and others v. Italy* (ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11), la Corte europea ha riscontrato nell'ordinamento italiano una violazione dell'art. 8 a causa della mancata predisposizione di "*a legal framework allowing for recognition and protection of [same-sex couples'] relationship[s]*".



valori in conflitto. Spetta pertanto ai singoli Stati rintracciare forme di regolamentazione democraticamente gestita delle forme di esercizio della libertà religiosa (individuale e collettiva) che ne contengano le ricadute su alcune componenti della società civile, prevenendone al tempo stesso inaccettabili forme di compressione.

La riduzione dei conflitti passa, in definitiva, attraverso la ricerca, alla luce della “garanzia di proporzionalità” affermata a livello europeo<sup>119</sup>, di accomodamenti ragionevoli degli interessi contrapposti, mediante una analisi puntuale delle singole fattispecie, onde verificare concretamente la necessità e l’adeguatezza dei sacrifici richiesti da una o entrambe le parti<sup>120</sup>. L’adozione di un regime improntato al pluralismo giustifica il riconoscimento di un espansivo accomodazionismo religioso, in vista della preservazione delle diversità religiose; la *religious accommodation* dovrebbe infatti facilitare la realizzazione di un ordine sociale pluralistico ove possano coesistere differenti patrimoni assiologici. Non vanno tuttavia trascurati i rischi connessi al riconoscimento di forme di accomodazionismo religioso che finirebbero con il minare lo stesso pluralismo nel momento in cui non venissero adeguatamente ponderate le ricadute dell’esercizio della libertà religiosa sui diritti altrui<sup>121</sup>. Un regime effettivamente pluralista si misura infatti nella sua capacità di garantire la massima tutela dei diritti messi a confronto, che passa attraverso la promozione e il bilanciamento di interventi atti a prevenire l’attuazione di modelli di laicità omogeneizzante (che si rivelerebbero riduttivi del patrimonio ideologico dei soggetti operanti nell’ambito della società civile), mitigando al tempo modalità regressive dell’esercizio della libertà religiosa, suscettibili di riflessi negativi su coloro che non condividono il medesimo patrimonio valoriale.

---

<sup>119</sup> Cfr. **N. COLAIANNI**, *Voci in dialogo: organizzazioni, istituzioni di tendenza e diritti delle parti*. Seconda voce, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2013/1, p. 235.

<sup>120</sup> Cfr. **A. LICASTRO**, *Quando è l’abito a fare il lavoratore. La questione del velo islamico, tra libertà di manifestazione della religione ed esigenze dell’impresa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 27 del 2015, p. 35; **A. LICASTRO**, *Il dubbio di una “velata” discriminazione: il diritto di indossare l’hijab sul luogo di lavoro privato nei pareri resi dall’Avvocato generale alla Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 29 del 2016, pp.1-45.

<sup>121</sup> Cfr. **N.L. ROSENBLUM**, *Introduction*, in *Obligations of Citizenship and Demands of Faith: Religious Accommodation in Pluralistic Democracies*, a cura di N.L. Rosenblum, Princeton University Press, Princeton, 2000, p. 15.