

Can a word change the world? Considerazioni a partire dalla sentenza *Bostock v. Clayton County* della Corte Suprema degli Stati Uniti

di Daniele Camoni

Abstract: *Can a word change the world? Remarks from the Bostock v. Clayton County judgment of the Supreme Court of the United States* – The paper will deal with the Supreme Court of the United States judgment in *Bostock v. Clayton County*, which held that discrimination based on sexual orientation cannot be severed from discrimination “because of (biological) sex”. It will then consider the opinion of the Court and the dissenting opinions filed, looking at the judicial philosophy of textualism and originalism both in the Supreme Court interpretation and in some opinions of Justice Gorsuch (who delivered the Court’s opinion in *Bostock*). Finally, attention will be paid to discriminations because of sexual orientation and the way the Supreme Court should consider them in order to protect social minorities.

Keywords: United States Supreme Court; sex discrimination; textualism; non-discrimination principle; social minorities.

4515

1. Premessa introduttiva

L’importanza (e, in alcuni casi, imprevedibilità) della giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti ben può essere riassunta – con riferimento alla “corretta” scelta dei suoi componenti da parte del Presidente – nelle parole che avrebbe pronunciato in proposito Dwight Eisenhower: «my two worst mistakes are both sitting on the Supreme Court»¹. Al netto della autenticità dell’espressione, la cronaca narra che in questi termini egli si riferisse alle nomine di Earl Warren (1953-1969) e William Brennan (1956-1990).

Nonostante la convinzione di chi fu Presidente degli Stati Uniti tra il 1953 ed il 1961 di aver elevato alla massima autorità giudiziaria della Nazione due giudici “ideologicamente” conservatori, entrambi si sarebbero rivelati, per una non voluta eterogenesi dei fini, tra i membri più *liberal* e “influenti” che la Corte Suprema abbia mai conosciuto nel corso della sua storia, imprimendo una

¹ Cfr. S.J. Wermiel, *The Nomination of Justice Brennan: Eisenhower’s Mistake? A Look at the Historical Record*, in 11 *Constitutional Commentary* 515 (1992), 534.

rivoluzionaria svolta giurisprudenziale che ancora perdura in numerosi settori della società americana².

Da un lato, durante la Presidenza Warren il riconoscimento e la tutela a tutto campo di nuovi diritti e libertà fondamentali sono stati particolarmente ampi e, sotto diversi aspetti, sono rimasti da allora ineguagliati³.

Dall'altro, la persuasività appassionata di Brennan nella sua lunga permanenza presso la Corte Suprema è ben riassunta nelle parole del collega Antonin Scalia, il quale – nonostante si trovasse agli antipodi ideologici – non esitò a definirlo «probably the most influential Justice of the [20th] century»⁴.

Peraltro, non cessa di essere curioso che una discrepanza analoga tra Presidente e Giudice-eletto (o forse un altro *Presidential mistake?*) abbia investito “a cascata” anche il successore di Brennan. Quando questi si ritirò nel 1990, G.H. Bush nominò – su suggerimento di John Sununu, suo *Chief of Staff* – David Souter (1990-2009), considerato a tutti gli effetti «a home run for conservatives»⁵.

Tuttavia, quest'ultimo non avrebbe tardato molto nell'evolvere la sua giurisprudenza verso posizioni sempre più moderate e liberali, deludendo coloro che ne avevano interpretato la scelta come un altro tassello (dopo Scalia e prima di Clarence Thomas) per una contro-rivoluzione conservatrice in seno alla Corte.

Non sempre, pertanto, le decisioni adottate dai giudici dalla Corte Suprema coincidono perfettamente con gli schemi ideologici del Presidente che li ha nominati⁶ o con quanto si era “previsto” (scrutinando i loro *curricula*) che gli stessi avrebbero potuto affermare in decisioni future.

Al contrario, in un numero non trascurabile di occasioni è accaduto l'esatto opposto, come dimostrato dalla pronuncia – plasmata soprattutto nella “sfuggente” categoria dei cosiddetti *swing Justices*⁷ – di soluzioni tanto inattese quanto di enorme ripercussione giuridico-sociale⁸.

² Nella testimonianza di A. Cox, *Chief Justice Earl Warren*, in 83(1) *Harvard Law Review* 1 (1969), 1, «the responsibility of government for equality among men, the openness of American society to change and reform, and the decency of the administration of criminal justice received both creative and enduring impetus from the work of the Warren Court».

³ Una ricostruzione sistematica dei casi più significativi della Corte Warren in M.R. Belknap, *The Supreme Court Under Earl Warren, 1953-1969*, Columbia, 2005 e R.W. Galloway Jr., *Third Period of the Warren Court: Liberal Dominance (1962-1969)*. *The Supreme Court History Project: The Warren Court 1962-1969*, in 20 *Santa Clara Law Review* 773 (1980).

⁴ D. Johnsen, *Justice Brennan: Legacy of a Champion*, in 111 *Michigan Law Review* 1151 (2013), 1157.

⁵ Si vedano C.M. Oldfather, *The inconspicuous DHS: The Supreme Court, celebrity culture and Justice David H. Souter*, in *Marquette University Law School Legal Studies Paper No. 20-04*, 11th July 2020 e S.P. Johnson, *The Judicial Career of Justice David H. Souter and His Impact on the Rights of Criminal Defendants*, in 13(1) *Wyoming Law Review* 263 (2013), 263.

⁶ Sul rapporto tra ideologia presidenziale e criteri di nomina, cfr. N. Devins, L. Baum, *Split definitive: how party polarization turned the Supreme Court into a partisan Court*, in 8 *The Supreme Court Review* 301 (2016).

⁷ Sul tema, si veda *Note. Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States*, in 101 *Minnesota Law Review* 1247 (2017) e P.K. Enns, P.C. Wohlfarth, *The Swing Justice*, in 75(4) *The Journal of Politics* 1089 (2013).

⁸ Sulla “combinazione” tra Presidenti e Giudici, vedi A. Ridolfi, *La Corte Roberts e la nomina di Elena Kagan*, in *Rivista AIC*, 1, 2011, 3 ss.

In questo senso, infatti, la giurisprudenza della Corte Suprema dipende (in stretta relazione alle singole controversie) anche dal profilo politico-giuridico di coloro che i Presidenti scelgono per coprire i seggi volta a volta vacanti⁹, anche se non è detto che le soluzioni finali rispecchino sempre le attese degli osservatori.

Provando a tradurre in termini concreti i profili teorici così evidenziati, la recente sentenza *Bostock v. Clayton County*¹⁰ presenta – al di là dell'importante soluzione cui è pervenuta – spunti assai interessanti sia in ordine all'*iter* ermeneutico seguito dalla maggioranza, sia in relazione al fatto che la decisione finale è stata adottata con il voto determinante e, per certi versi, sorprendente di un giudice (Neil Gorsuch) la cui filosofia giurisprudenziale non lasciava presagire quanto sarebbe in effetti accaduto.

In termini sistematici, saranno analizzati in primo luogo gli indici argomentativi contenuti nella citata pronuncia (nonché nelle opinioni dissenzienti) e le possibili ricadute sulla tutela dei diritti fondamentali, con specifico riferimento alla protezione delle persone omosessuali e transessuali.

A seguire, verranno sviluppate alcune riflessioni a proposito della “tecnica” interpretativa impiegata (*textualism*), dando anche breve conto dei suoi sviluppi storici e della sua importanza nell'ambito della recente giurisprudenza della Corte Suprema.

Infine, saranno svolte alcune considerazioni sulla filosofia giurisprudenziale di Gorsuch, estensore della sentenza e *deciding vote* (assieme al *Chief Justice* Robert) nella citata controversia.

Alla luce delle descritte asincronie” tra Presidenti e *Justices* (nonché in relazione al caso concreto), può anche Gorsuch essere considerato un giudice “ribelle” rispetto all'impostazione giuridico-ideologica (conservatrice) del Governo che ne aveva voluto a tutti i costi l'insediamento e della corrispondente Corte Suprema¹¹, oppure si è trattato di un mero “accidente”, che in nulla ha scalfito il suo generale modo di intendere la tutela di determinati diritti ed il ruolo della funzione giudiziaria?

Come si vedrà, il percorso interpretativo impiegato, la *judicial philosophy* di (almeno) un giudice “conservatore” e la soluzione conclusiva presentano diversi punti di contatto che, in questo caso, hanno condotto ad un esito tanto importante quanto inatteso.

⁹ Per una descrizione delle “strategie” dei Presidenti statunitensi, volte ad assicurarsi il controllo della Corte Suprema, cfr. D. Root, *Overruled: The Long War for Control of the U.S. Supreme Court*, New York, 2014 e J. Crawford Greenburg, *Supreme Conflict: The Inside Story of the Struggle for Control of the United States Supreme Court*, New York, 2007. Nella dottrina italiana, si vedano le suggestioni di B. Barbisan, *Designazione e nomina dei giudici alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giornale di storia costituzionale*, 5, 2003, 187-202.

¹⁰ Cfr. U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. ___ (2020).

¹¹ Al momento della decisione, la Corte era composta da cinque giudici nominati da Presidenti repubblicani e quattro da Presidenti democratici. Sul rinnovato contesto giuridico e l'aspro scontro politico in cui è maturata la nomina di Gorsuch alla Corte Suprema, si veda ampiamente L.P. Vanoni, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2017, 833-866.

2. *The opinion of the Court in Bostock v. Clayton County*: una soluzione (veramente) “testuale”?

Le tre vicende sottese alla controversia in esame non suscitano particolari difficoltà nella ricostruzione delle circostanze fattuali. Da una parte, i signori Gerald Bostock e Donald Zarda erano stati licenziati dai rispettivi datori di lavoro dopo essersi scoperto che entrambi erano gay.

Nel caso del sig. Bostock (impiegato presso la contea di Clayton County, in Georgia, come *child welfare advocate*), diverse persone appartenenti alla comunità sociale da questo frequentata avevano iniziato a diffondere voci sul suo orientamento sessuale – dopo che egli aveva partecipato ad una competizione di *softball* tra persone omosessuali – causandone il licenziamento. Il sig. Zarda (istruttore di paracadutismo), invece, era stato licenziato una volta dichiarata la propria omosessualità al suo datore di lavoro.

Da ultimo, la medesima sorte era toccata alla signora Aimee Stephens (assunta presso un’impresa di onoranze funebri quando ancora era un uomo), la quale aveva comunicato al proprio superiore l’intenzione di vivere, vestirsi e comportarsi come una donna, con l’obiettivo di intraprendere un percorso per il cambio di sesso¹².

In nessuno di questi casi, inoltre, i datori di lavoro negarono che l’allontanamento dei propri dipendenti fosse dovuto in modo esclusivo a ragioni di mero orientamento sessuale, da loro eticamente stigmatizzato in quanto tale. In altre parole, essi non avevano ritenuto che la condizione di omosessualità/transessualità dei ricorrenti avesse inciso in termini negativi sulle qualità etico-morali richieste per l’esercizio di una data professione: la loro non-eterosessualità in sé era requisito sufficiente per licenziarli¹³.

A titolo preliminare, la sentenza della Corte Suprema svolge una funzione nomofilattica, in quanto chiamata a stabilire – a fronte di un contrasto interpretativo tra giudici sottostanti – un criterio uniforme in materia di discriminazione per questioni di sesso (*sub specie* di orientamento sessuale).

I ricorrenti avevano infatti allegato dinanzi alle rispettive Corti d’Appello di essere stati ingiustamente congedati a causa del loro orientamento sessuale e impugnato il conseguente licenziamento. Nel merito, mentre la Corte dell’Undicesimo Circuito aveva rigettato il ricorso del sig. Bostock¹⁴, quelle del

¹² A questa sentenza si sommano quelle relative alle analoghe fattispecie “collegate” in *Altitude Express, Inc. v. Zarda*, 590 U.S. ___ (2020) e *R.G. & G.R. Harris Funeral Homes, Inc. v. Equal Employment Opportunity Commission*, 590 U.S. ___ (2020).

¹³ Può essere utile ricordare quanto affermato in U.S. Supreme Court, *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), 239: «In passing Title VII [Civil Rights Act 1964], Congress made the simple but momentous announcement that sex, race, religion, and national origin are not relevant to the selection, evaluation, or compensation of employees».

¹⁴ Cfr. 723 Fed. Appx. 964 (2018). Alcune considerazioni in C.E. Ruggeri, *Let’s Talk About Sex: A Discussion of Sexual Orientation Discrimination Under Title VII*, in 61 (E. Supp.) *Boston College Law Review* II-34 (2020).

Secondo e del Sesto Circuito avevano invece accolto le doglianze dei sigg. Zarda e Stephens¹⁵.

In particolare, il nocciolo giuridico della questione si sviluppa attorno ad una singola (eppure decisiva) parola. Nel momento in cui l'art. 42 U.S.C. §2000e-2(a)(1) – contenuto nel Titolo VII, *Section 703(a)* del *Civil Rights Act* del 1964 – proibisce ai datori di lavoro «to discriminate against any individual with respect to hiring, discharge, compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of [...] sex», il *punctum pruriens* impone innanzitutto un confronto sulla definizione della categoria concettuale da ultimo indicata (*sex*).

In seconda battuta, occorre considerare le implicazioni sistematiche che ne derivano sul piano della tutela giuridica di una condizione personale che, a seconda del livello di protezione, viene ad assumere il rango di diritto soggettivo più o meno ampio¹⁶.

La soluzione della controversia (alla quale veniva garantito *writ of certiorari* il 22 aprile 2019) assume fin da subito un'impostazione terminologico-testuale, quasi di profonda esegesi lessicale e contenutistico-letterale di un unico lemma.

Con la parola “sesso”, infatti, ci si deve riferire esclusivamente alla condizione sessuale “di nascita”, intesa in senso puramente biologico e genetico – uomo o donna – oppure è possibile “ricondere” alla stessa anche le differenti categorie dell'orientamento o genere sessuale (omosessualità, bisessualità, transessualità, etc.)?¹⁷

La Corte si è pronunciata a favore della soluzione più ampia con una maggioranza di sei giudici favorevoli e tre contrari. Al fronte *liberal* (Bader Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan) si sono uniti il *Chief Justice* Roberts e Gorsuch (estensore), entrambi di ascendenza conservatrice. Hanno invece espresso opinioni dissenzienti fortemente critiche Alito (al quale si è associato Thomas) e Kavanaugh.

Il ragionamento sviluppato è sicuramente di interesse per vari aspetti, in quanto si è pervenuti ad una soluzione decisamente progressista – «an employer who fires an individual merely for being gay or transgender violates Title VII»¹⁸ – attraverso un percorso esegetico fondato su quel *textualism* di stretta interpretazione delle parole che oramai è divenuto un tratto distintivo della filosofia giurisprudenziale “conservatrice”¹⁹: «the question isn't just what “sex”

¹⁵ Cfr. 883 F.3d 100 (2d Cir. 2018) e 884 F.3d 560 (6th Cir. 2018).

¹⁶ Per una ricostruzione dei parametri “dottrinali” applicati storicamente dalla giurisprudenza statunitense in materia, si veda B. Soucek, *Perceived Homosexuals: Looking Gay Enough for Title VII*, in 63(3) *American University Law Review* 715 (2014).

¹⁷ Questa la questione di diritto sottoposta alla Corte Suprema nella relativa *petition of certiorari*: «Whether discrimination against an employee because of sexual orientation constitutes prohibited employment discrimination “because of ... sex” within the meaning of Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. § 2000e-2». Sulla (complicata) distinzione tra «sex, sexual orientation, and gender», si veda D.S. Schwartz, *When is sex because of sex? The causation problem in sexual harassment law*, in 150 *University of Pennsylvania Law Review* 1697 (2002).

¹⁸ U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 1.

¹⁹ Sebbene esso sia stato storicamente ricondotto ad un più ampio criterio interpretativo della Costituzione e delle leggi di stampo conservatore – in contrapposizione al *living*

meant, but what Title VII says about it»²⁰.

Sotto questo aspetto, la necessità di muovere da una lettura testuale sembra essere stata fatta propria – fors’anche in modo imprevisto – da alcuni insospettabili protagonisti già in sede di discussione orale²¹.

Da un lato, la professoressa Pamela Karlan (la quale ha difeso le posizioni del sig. Bostock nella causa in esame), ha strutturato la propria esposizione argomentativa utilizzando fin da subito parole inequivoche: «I think you should read the words as they were understood then, which is ‘men’ and ‘women’. Title VII was intended to make sure that men were not disadvantaged relative to women and women were not disadvantaged relative to men»²².

Tale importante considerazione si ricollegava alla prima domanda del *Chief Justice* Roberts circa la necessità di interpretare o meno in modo estensivo il Titolo VII, «to encompass sexual orientation discrimination to avoid placing the entire burden of updating old statutes on the legislative branch»²³.

La difesa dei ricorrenti ha così giocato fin da subito la carta del testualismo e dell’intenzione del legislatore in modo scaltro, con l’obiettivo di provare a convincere almeno un giudice conservatore attraverso la sua stessa filosofia interpretativa.

Dall’altro, anche *Justice* Kagan (non certo conservatrice) ha ripreso le ragioni sottese a tale impostazione, facendo presente come «for many years, the lodestar of this Court’s statutory interpretation has been the text of a statute, not the legislative history, and certainly not the subsequent legislative history»²⁴ e trovando subito la “sponda” di *Justice* Gorsuch nell’interrogatorio al *Solicitor General* Noel Francisco (chiamato a difendere la posizione del Governo federale in qualità di *amicus curiae*).

Venendo ora alla sentenza della Corte, la premessa di un ragionamento nel quale il formalismo giuridico si intreccia ad un’esposizione ricca di casi concreti ed esempi chiarificatori è diretta e rivelatrice: «it is impossible to discriminate against a person for being homosexual or transgender without discriminating against that individual based on sex»²⁵.

In primo luogo, la discriminazione per sesso sanzionata dal Titolo VII del *Civil Rights Act* presenta carattere individuale, in quanto protegge la singola persona (sia essa uomo o donna) da trattamenti deteriori che, viceversa, non

constitutionalism liberale – alcuni autori hanno di recente messo in discussione tale distinzione: per tutti, cfr. J.M. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge, 2011. Sulla non riconducibilità dell’originalismo al solo spettro ideologico conservatore, si vedano anche D.A. Strauss, *The death of judicial conservatism*, in 4(1) *Duke Journal Of Constitutional Law & Public Policy* 1 (2009), 4 ss. e Id., *Originalism and Precedent: Why Conservatives Shouldn’t Be Originalists*, in 31 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 969 (2008).

²⁰ U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 5.

²¹ Un riassunto dell’*oral argument* in A. Howe, *Argument analysis: Justices divided on federal protections for LGBT employees*, in www.scotusblog.com, 8th October 2019.

²² Cfr. *Transcript of oral argument*, 7.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Transcript of oral argument*, cit., 59.

²⁵ U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 9.

sarebbero applicati nei confronti di un altro individuo che si trovi nelle sue stesse condizioni.

Nel merito, la soluzione vergata da Gorsuch prende le mosse dall'interpretazione testuale ed originaria della categoria "sesso" per giungere ad un esito solo apparentemente "estensivo", in quanto non mira affatto a ricomprendere nella definizione di sesso biologico le diverse nozioni di orientamento e/o identità sessuale.

In questo senso, sebbene il ragionamento seguito a partire dalle discriminazioni per sesso si applichi anche a quelle (diverse) per orientamento sessuale, esso in nulla altera – su un piano di presunta "innovazione legislativa" – il contenuto letterale delle parole impiegate dal legislatore del 1964.

Valga per tutti il seguente esempio. Un datore di lavoro assume due dipendenti (di sesso maschile e femminile), entrambi attratti da persone di sesso maschile. Se costui decide di licenziare solo il primo (in ragione delle sue preferenze sessuali), ciò significa che egli biasima nell'uomo quella stessa identica condotta che invece approva nella donna, vale a dire l'attrazione nei confronti degli uomini.

Il diverso parametro di giudizio dell'omosessualità maschile rispetto all'eterosessualità femminile si traduce perciò in un trattamento irragionevolmente differenziato tra i dipendenti di sesso maschile e femminile.

Tuttavia, così facendo si ha una preliminare discriminazione tra uomo e donna, poiché discriminare per orientamento sessuale impone già "in partenza" un trattamento diseguale e non giustificato per ragioni di sesso biologico: l'uomo è trattato in modo diverso dalla donna in quanto "uomo", prima ancora che in quanto "omosessuale"²⁶.

Allo stesso modo, colui che stia sperimentando una transizione fisico-emotiva da uomo a donna è discriminato rispetto a colei che è nata donna in ragione della diversa condizione di nascita: se la persona transessuale fosse nata anch'essa donna, non vi sarebbe stata alcuna discriminazione nei confronti di una donna non caratterizzata da transessualità.

Siffatta ricostruzione – per certi aspetti tortuosa – trova tuttavia piena ragione di esistere laddove letta secondo le lenti conservatrici di un'interpretazione testualista della legge, alla quale soprattutto Gorsuch difficilmente avrebbe potuto sottrarsi, pena il rischio di una incoerenza con i parametri interpretativi da lui abitualmente applicati e la necessità di non riconoscere la protezione infine garantita²⁷.

²⁶ Cfr. *ivi*, 10: «homosexuality and transgender status are inextricably bound up with sex. Not because homosexuality or transgender status are related to sex in some vague sense or because discrimination on these bases has some disparate impact on one sex or another, but because to discriminate on these grounds requires an employer to intentionally treat individual employees differently because of their sex».

²⁷ Si vedano le parole dello stesso Gorsuch in *Confirmation Hearing on the nomination of Hon. Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, S. Hrg. 115-208, 22nd March 2017, Serial No. J-115-6, 266: «[...] The point of originalism, textualism, whatever label you want to put on it, what a good judge always strives to do, and I think we all do, is try to understand what the words on the page mean. Not import words that come

Pertanto, l'esigenza di fondare la soluzione conclusiva su un approccio testuale condiviso dalla maggioranza è stata decisiva, a livello numerico, per "attrarre" due giudici conservatori (su cinque) sul fronte della minoranza *liberal* in seno alla Corte: in caso contrario, infatti, l'esito del giudizio non sarebbe ragionevolmente stato il medesimo.

Omosessualità e transessualità sono, quindi, condizioni personali distinte, sul piano strutturale, da quella di sesso biologico. Tuttavia, esiste un nesso funzionale che fa sì che, a fronte della discriminazione considerata, la prima categoria (più ristretta) debba comunque essere considerata nell'ambito di un'interpretazione delineata a partire dalla seconda²⁸.

In altre parole, il diverso trattamento tra uomo e donna può implicare o meno anche una contemporanea – e conseguente – discriminazione per orientamento sessuale (anche solo parziale), ma quest'ultima comporta sempre una pregiudiziale discriminazione per sesso (*but-for cause*)²⁹.

Tale ricostruzione è spiegata anche attraverso l'immagine figurata del «canon of donut holes»³⁰. Il fatto che il legislatore non abbia contemplato in modo espresso tra le ipotesi di discriminazione per sesso biologico una sub-categoria specifica (l'orientamento sessuale) non può significare che sia stata creata un'eccezione normativa tacita all'interno di una più ampia categoria generale (*discrimination "because of sex"*).

Il passaggio argomentativo della Corte è, quindi, sottile nel distinguere tra loro sesso biologico e orientamento sessuale e nel focalizzare l'attenzione soprattutto sulla prima dimensione ma, allo stesso tempo, esso determina rilevanti conseguenze sostanziali: pur trattandosi di due fattori causali differenti, poiché la presenza di un dato inequivoco (la non eterosessualità dei ricorrenti) "incrocia" la discriminazione per sesso biologico, è proprio quest'ultimo indice ad essere decisivo ai fini della soluzione finale.

Di conseguenza, la valutazione delle preferenze sessuali come causa effettiva di discriminazione rileva indirettamente quale elemento sottostante (ma imprescindibile) del diverso trattamento riservato a uomini e donne in quanto tali.

L'interpretazione testuale trova poi fondamento nella assoluta chiarezza del dato letterale, riferito alla categoria del sesso biologico come già inteso al momento dell'adozione del *Civil Rights Act*³¹.

Il principio dell'*in claris non fit interpretatio* è quindi decisivo e blocca sul nascere la possibilità di ricostruire la norma oggetto del giudizio attraverso criteri alternativi che, diversamente combinati, potrebbero portare a soluzioni distinte,

from us, but apply what you, the people's representatives, the lawmakers have done».

²⁸ Con riferimento alla categoria «sex», infatti, la sentenza discorre *passim* di «broad rule», «broad language» e «broad terms».

²⁹ Cfr. U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 19.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Cfr. U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 24: «This Court has explained many times over many years that, when the meaning of the statute's terms is plain, our job is at an end. The people are entitled to rely on the law as written, without fearing that courts might disregard its plain terms based on some extratextual consideration».

negando l'esistenza di una causa "positiva" (poiché presente nella legge) di discriminazione per orientamento sessuale.

Così, si è ritenuto che non soccorra, ad esempio, il parametro della "storia legislativa" anteriore, contemporanea e successiva all'adozione della disposizione in esame o dei precedenti giurisprudenziali contrari³², giacché non esiste ambiguità possibile sul significato attribuibile alla parola "sesso".

Risulta allora impossibile, nel caso di specie, costruire altre soluzioni basandosi su ciò che il Congresso avrebbe deliberato *ex post*, introducendo esplicitamente il parametro della discriminazione per orientamento sessuale in determinate normative di settore³³.

Del resto, i datori di lavoro coinvolti nelle descritte controversie non contestavano un mutamento sopravvenuto del significato della parola "sesso" dal 1964 al 2020, bensì facevano leva sul fatto che, a significato letterale invariato, il risultato oggi raggiunto non era certo prevedibile dalla collettività quando la legge entrò in vigore.

In realtà, secondo la Corte sono proprio costoro che hanno tentato una ricostruzione volta ad alterare impropriamente il contenuto della legge, «displac[ing] the plain meaning of the law in favor of something lying beyond it»³⁴.

Inoltre, il parametro della prevedibilità/imprevedibilità delle eventuali soluzioni giurisprudenziali è considerato del tutto ambiguo. Il fatto che, pochi anni dopo, siano stati proposti numerosi ricorsi per discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale (fondati proprio sulla previsione del Titolo VII qui considerata) non è forse condizione sufficiente per dedurre che l'interpretazione oggi accolta era già stata concepita – a ridosso dell'adozione della legge – come una possibile alternativa all'esegesi restrittiva diretta a distinguere solo tra sesso biologico maschile e femminile?

E ancora, avrebbe dovuto considerarsi solo quest'ultimo momento o anche la cornice temporale immediatamente posteriore? Tale criterio è di per sé incerto, fermo restando che, in caso contrario, sarebbe comunque stato considerato recessivo rispetto alla prevalente chiarezza del dato letterale, il quale si impone sull'utilizzo di ogni altro parametro.

³² Tale parametro di giudizio non è certo nuovo nella "giurisprudenza" di Gorsuch: sul rapporto tra tenore letterale della legge e interpretazione giurisprudenziale, cfr. *U.S. v. Games-Perez*, No. 11-1011, 10th Cir. 2012, 4-5 (Gorsuch, J., dissenting): «whatever weight courts may give to judicial interpretations of predecessor statutes when the current statute is ambiguous, those prior interpretations of now defunct statutes carry no weight when the language of the current statute is clear. When the current statute's language is clear, it must be enforced just as Congress wrote it». In dottrina, si veda H.Y. Levin, *Justice Gorsuch's views on precedent in the context of statutory interpretation*, in 70(3) *Alabama Law Review* 687 (2019).

³³ Cfr. U.S. Supreme Court, *Sullivan v. Finkelstein*, 496 U.S. 617 (1990), 631-632 (Scalia, J., concurring): «Subsequent legislative history [...] is a contradiction in terms [...]. Arguments based on subsequent legislative history, like arguments based on antecedent futurity, should not be taken seriously, not even in a footnote».

³⁴ U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 26.

Infine, il fatto che il legislatore abbia adottato una categoria linguisticamente ampia non è in contraddizione con l'esigenza che il diritto applicabile sia sempre quello creato dal Potere legislativo e tradotto in norme scritte, come tale applicato dal giudice e non frutto di una (innaturale) creazione giurisprudenziale di quest'ultimo.

In questi casi, infatti, la scelta di una categoria non specifica e circoscritta rivela altresì l'intenzione legislativa di non precludere la strada a soluzioni che poi hanno trovato effettiva consacrazione grazie alla giurisprudenza della stessa Corte Suprema.

A titolo esemplificativo, il legislatore statunitense del 1964 non aveva certo in mente che, a fronte del suddetto quadro normativo, potesse ricavarci l'esistenza di una protezione "diretta" – poiché distinta da quella riservata alla condizione sessuale biologica – nei casi di discriminazioni per ragioni familiari (presenza o meno di prole a carico di impiegate donne)³⁵ o per aspettativa di vita (con un obbligo di maggiori contributi a carico delle dipendenti di sesso femminile)³⁶, ovvero di molestie sul luogo di lavoro arrecate a persone di sesso maschile³⁷.

Eppure ciò non ha impedito che la Corte abbia ritenuto sussistere nei casi in questione profili di discriminazione «because of sex», laddove l'argomento dell'orientamento sessuale era solo un elemento caratterizzante del preliminare trattamento diseguale per ragioni di sesso biologico.

Utilizzando una *narrow construction* plasmata sulla fattispecie in esame, in *Bostock* essa ha così permesso all'orientamento sessuale di "aleggiare" sullo sfondo della corrispondente categoria biologica, sebbene sia stata quest'ultima a prevalere nella soluzione del caso concreto³⁸.

È quindi (innanzitutto) il sesso biologico il perno sul quale ruota l'intero ragionamento della Corte, nonostante i fatti della causa non permettano di giungere a tale soluzione – l'unica prevista dalla legge – se non "passando" anche attraverso la discriminazione per orientamento sessuale³⁹: in una prospettiva testualista non poteva essere altrimenti.

L'applicazione della legge ad una fattispecie non esplicitamente riconosciuta in quanto tale non serve quindi a dimostrare un'ambiguità destinata a tradursi in un'impropria sostituzione del potere giudiziario a quello legislativo: al contrario, rivela l'ampio respiro "di partenza" della previsione legislativa stessa⁴⁰.

³⁵ U.S. Supreme Court, *Phillips v. Martin Marietta Corporation*, 400 U. S. 542 (1971).

³⁶ U.S. Supreme Court, *Los Angeles Dept. of Water and Power v. Manhart*, 435 U. S. 702 (1978).

³⁷ U.S. Supreme Court, *Oncale v. Sundowner Offshore Services*, 523 U. S. 75 (1998).

³⁸ Cfr. U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 19: «discrimination based on homosexuality or transgender status necessarily entails discrimination based on sex; the first cannot happen without the second».

³⁹ *Ivi*, 11: «When an employer fires an employee because she is homosexual or transgender two causal factors may be in play - both the individual's sex and something else (the sex to which the individual is attracted or with which the individual identifies)».

⁴⁰ Cfr. U.S. Supreme Court, *Sedima, S.P.R.L. v. Imrex Co.*, 473 U.S. 479 (1985), 499.

Textualism at its best, dunque⁴¹. Il potere di fare le leggi – introducendo nuove soluzioni nell’ordinamento giuridico-sociale – rimane nelle mani del Congresso, al quale la Corte Suprema mostra deferenza nel momento in cui essa non “crea” fattispecie che ritiene giuste o socialmente doverose ma si limita ad applicare al caso di specie la fonte normativa già esistente.

Allo stesso tempo, però, il *self-restraint* rispetto alla produzione di soluzioni “additive” impone, in via uguale e contraria, di non “restringere” un’interpretazione già esistente nella disposizione legislativa in senso letterale, accettata dalla Corte dal punto di vista applicativo e dell’esegesi giudiziaria prima ancora che in termini di tutela sostanziale di specifiche situazioni.

Concludendo, secondo la Corte Suprema discriminare una persona per il suo orientamento sessuale significa trattarla in modo peggiore a causa del sesso (biologico), con la conseguente illegittimità di tali condotte, riconducibili “letteralmente” – perché così ha voluto il Congresso⁴² – alla premessa normativa (*sex*) sulla quale si fonda in modo esplicito uno dei divieti di trattamento diseguale consacrato dal Titolo VII del *Civil Rights Act*.

3. Le opinioni dissenzienti di Alito e Kavanaugh: *the (not so) different paths of originalism*

La soluzione sin qui descritta non è stata tuttavia condivisa da Alito (sostenuto da Thomas)⁴³ e Kavanaugh, i quali hanno pronunciato due opinioni dissenzienti dal sapore fortemente belligerante, ponendo fin da subito in discussione i parametri strutturali del *textualism* impiegato dal “collega” conservatore Gorsuch.

Prima di approfondire i contenuti di tali *dissenting opinions*, occorre premettere che soprattutto Alito sembra dissentire parlando più a Gorsuch – come difensore di una determinata filosofia giudiziaria – che non alla maggioranza della Corte.

Inoltre, ricordando come Gorsuch fosse stato eletto alla Corte Suprema all’indomani della scomparsa improvvisa di Scalia, quest’ultimo viene citato per ben diciannove volte nelle indicate opinioni dissenzienti, quasi a voler rinfacciare al primo una sorta di “tradimento” dell’autentico pensiero di colui al quale egli aveva avuto l’onore di succedere⁴⁴.

⁴¹ Si è parlato di «textualism in its narrowest literalist conception» e «rigorous textualism without regard to a statute’s context or history» (J. Skrmetti, *Scalia’s successor, Symposium: The triumph of textualism. “Only the written word is the law”*, in www.scotusblog.com, 15th June 2020) o di «progressive textualism» quale «bulwark against the exclusion of politically unpopular groups from the law’s protections» (K. Eyer, *Symposium: Progressive textualism and LGBTQ rights*, in www.scotusblog.com, 16th June 2020).

⁴² U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 33: «In Title VII, Congress adopted broad language making it illegal for an employer to rely on an employee’s sex when deciding to fire that employee».

⁴³ Per un’ampia ricognizione della sua filosofia giurisprudenziale, si veda S.G. Calabresi, T.W. Shaw, *The Jurisprudence of Justice Samuel Alito*, in 87 *George Washington Law Review* 507 (2019).

⁴⁴ Sul pensiero giuridico di Scalia, cfr. G.F. Ferrari, *Nino Scalia: analisi giurisprudenziale del pensiero di un giudice conservatore*, in *Giur. cost.*, 61(3), 2016, 1191-1216 e B.C. Karkkainen, *Plain Meaning: Justice Scalia’s Jurisprudence of Strict Statutory Construction*, in 17 *Harvard Journal of*

Non mancano, inoltre, numerose citazioni sia di carattere dottrinale⁴⁵, sia di opinioni giurisprudenziali⁴⁶ da parte dei dissenzienti, in entrambi i casi utili a “consolidare” le proprie posizioni discordanti ed a mettere in discussione il (preteso) testualismo della maggioranza.

Solo un’analisi di merito può consentire di comprendere le ragioni dei dissensi che si vanno ad esporre ed alcuni profili non secondari di un “confronto” tra giudici conservatori nel quale sembra quasi di assistere al tentativo di mostrarsi come unici (o migliori) depositari delle radici più profonde del *textualism* giudiziario⁴⁷.

In tale contesto, Alito esordisce “rinfacciando” fin da subito ai propri colleghi di aver compiuto un’autentica attività di produzione legislativa, fingendo di interpretare la legge (preesistente) con il contrario obiettivo di creare una fattispecie non prevista nella disposizione in esame⁴⁸.

L’interpretazione testuale del giudice italo-americano si fonda su diverse tipologie di parametri “conservatori” tra loro intrecciati⁴⁹. Innanzitutto, quello letterale: considerato, infatti, che identità sessuale (biologica) e orientamento sessuale sono due categorie a suo avviso ontologicamente distinte⁵⁰, deve ritenersi che solo la prima sia coperta dalle discriminazioni previste dal *Civil Rights Act*, poiché quello era l’unico significato etimologico pacificamente attribuibile alla parola *sex* al momento della adozione della citata legge.

In seconda battuta, soccorre il profilo dell’interpretazione testuale sistematica: nel ricostruire un dato lemma nella sua versione letterale, bisogna

Law and Public Policy 401 (1994).

⁴⁵ Si considerino i rinvii a A. Scalia, B. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, 2012; J.F. Manning, *What Divides Textualists From Purposivists?*, in 106 *Columbia Law Review* 70 (2006); *The Absurdity Doctrine*, in 116 *Harvard Law Review* 2387 (2003) e *Textualism and the Equity of the Statute*, in 101 *Columbia Law Review* 1 (2001), nonché A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997.

⁴⁶ Cfr. le opinioni dissenzienti di Judge Sykes in *Kimberly Hively v. Ivy Tech Community College*, 853 F.3d 339 (7th Cir. 2017), 363 – «Classifying people by sexual orientation is different than classifying them by sex. The two traits are categorically distinct and widely recognized as such. There is no ambiguity or vagueness here» – e Judge Easterbrook in *Herrmann v. Cencom Cable Assocs., Inc.*, 978 F.2d 978 (7th Cir. 1992), 982: «Words are arbitrary signs, having meaning only to the extent writers and readers share an understanding».

⁴⁷ Sulle sue diverse declinazioni, cfr. J.D.H. Snyder, *How Textualism Has Changed the Conversation in the Supreme Court*, in 48(3) *University of Baltimore Law Review* 413 (2019).

⁴⁸ Valga l’immagine retorica impiegata (Alito, J., dissenting, 3): «The Court’s opinion is like a pirate ship. It sails under a textualist flag, but what it actually represents is a theory of statutory interpretation [...] the theory that courts should “update” old statutes so that they better reflect the current values of society».

⁴⁹ Cfr. *Confirmation Hearing on the Nomination of Samuel A. Alito, Jr. to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, S. Hrg. 109-277, 11th January 2006, Serial No. J-109-56, 474: «I think the Constitution means something, and I don’t think it means whatever I might want it to mean or whatever any other member of the judiciary might want it to mean. It has its own meaning, and it is the job of a judge, the job of a Supreme Court Justice, to interpret the Constitution, not distort the Constitution, not add to the Constitution or subtract from the Constitution».

⁵⁰ Come peraltro riconosciuto dalla stessa maggioranza (U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, cit., 19): «homosexuality and transgender status are distinct concepts from sex».

infatti ricondurre ad esso il significato ordinariamente attribuitogli (*ordinary meaning*) nel contesto sociale di riferimento e nel momento storico-temporale in cui lo stesso è stato adottato⁵¹.

In questa direzione, si consideri che le numerose fonti normative adottate sino al 1964, nel fare riferimento al concetto di discriminazione «because of sex» alludevano alla sola distinzione visivamente percepibile tra uomo e donna (a titolo di rivendicazione di un'eguale parità di trattamento), senza che fosse dato distinguere ulteriori parametri rispetto a quello dell'orientamento sessuale⁵².

I richiami corrono alle Costituzioni storiche della California (1879), del Wyoming (1890), dello Utah (1895) e di Puerto Rico (1952) o al Diciannovesimo Emendamento (1920), nei quali il divieto di discriminazione «on account of sex» era stato inteso solo come impossibilità di un trattamento diseguale tra uomo e donna.

Del resto – e qui la sistematicità si fa storia del sentire sociale e delle istituzioni – prima di allora nessuna persona di media cultura avrebbe pensato di attribuire alla discriminazione per sesso la declinazione “innovativa” ora accolta dalla Corte, come anche dimostrato dal fatto che omosessualità e transessualità erano largamente percepite quali disturbi mentali (addirittura dalla scienza medica) o condotte moralmente devianti, in alcuni casi addirittura passibili di sanzione penale⁵³.

Inoltre, la volontà originaria del legislatore fornisce un ulteriore sostegno alla predetta ricostruzione: il fatto che il Congresso non avesse incluso l'orientamento sessuale tra le cause di discriminazione per sesso è dimostrato dai numerosi tentativi volti ad introdurre – senza, successo, a partire dal 1975 – proprio tale categoria all'interno del Titolo VII del *Civil Rights Act* (privo di tale riferimento)⁵⁴.

Infine, si afferma che, sul piano giurisprudenziale generale, l'interpretazione restrittiva era stata costantemente condivisa dalle diverse Corti chiamate a pronunciarsi sul tema⁵⁵; addirittura, la stessa agenzia federale della *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) aveva fatto propria una lettura della categoria “sesso” esclusivamente biologica⁵⁶.

⁵¹ Emergono in questa sede i prodromi della distinzione tra *ordinary meaning* e *literal meaning*, approfondita nel *dissent* di Kavanaugh e di cui si darà conto *infra* nel testo. Per un'ampia esegesi di tali parametri, si veda B.G. Slocum, *Ordinary Meaning: A Theory of the Most Fundamental Principle of Legal Interpretation*, Chicago, 2015.

⁵² Cfr. Alito, J., dissenting, 26-27.

⁵³ *Ivi*, 36. In proposito, cfr. U.S. Supreme Court, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), la quale confermò la costituzionalità di una legge della Georgia che sanzionava penalmente determinati atti sessuali in luoghi privati (nel caso di specie, tra persone dello stesso sesso).

⁵⁴ Per una critica all'impostazione “tradizionale”, vedi C. Franklin, *Inventing the “traditional concept” of sex discrimination*, in 125(6) *Harvard Law Review* 1307 (2012).

⁵⁵ Sul punto, Alito, J., dissenting, 38, contesta i richiami della maggioranza alla giurisprudenza della Corte Suprema in *Martin Marietta* e *Manhart*, poiché «those cases merely held that Title VII prohibits employer conduct that plainly constitutes discrimination because of biological sex».

⁵⁶ Può essere interessante notare come alcuni richiami alla “giurisprudenza” della EEOC (cfr. Alito, J., dissenting, 43, nota 41) siano riconducibili all'epoca in cui la stessa era presieduta –

Con riferimento alle prospettive future, Alito lamenta che la Corte Suprema non abbia ponderato le deflagranti conseguenze che la censurata interpretazione potrebbe avere in ordine alle possibili ricadute su altri diritti altrettanto fondamentali.

Ben dieci pagine del suo lungo *dissent* (da 45 a 54), infatti, sono dedicate agli esiti potenziali di tale sentenza in relazione a questioni altrettanto scottanti e che potrebbero presto presentarsi all'attenzione della Corte, dall'utilizzo dei bagni e l'esercizio di attività sportive da parte di persone transessuali alla previsione di assicurazioni sanitarie obbligatorie *ad hoc* per i dipendenti che intendano cambiare sesso.

Tra i riferimenti più significativi, merita inoltre di essere in primo luogo considerato quello relativo alla libertà religiosa delle "organizzazioni di tendenza"⁵⁷, le quali si potrebbero dover rassegnare – in alcuni casi – a veder "soccombere" tale diritto rispetto a quello enunciato nella presente sentenza della Corte Suprema.

Il rinvio di sistema è alle ipotesi non riconducibili alla giurisprudenza sancita in *Hosanna-Tabor*, la quale ha previsto una «ministerial exception»⁵⁸, protetta dal Primo Emendamento, all'applicabilità del Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964, in ordine ai rapporti di lavoro stipulati nell'ambito di associazioni religiosamente connotate⁵⁹.

Tuttavia, nelle ipotesi non rientranti nella descritta fattispecie, la libertà religiosa potrebbe forse essere chiamata ad assumere un ruolo recessivo in considerazione dei più ampi parametri indicati nella sentenza *Employment Division v. Smith* del 1990 (redatta da Scalia), la quale ha escluso che il fattore religioso possa essere invocato come eccezione generalizzata a qualsiasi regolazione legislativa che tocchi, anche solo in modo tangenziale, il sentimento dei credenti, laddove ricorrano «neutral laws of general applicability»⁶⁰.

Sul punto, si tenga presente che la "questione religiosa" è rimasta sotto l'occhio vigile della Corte anche dopo *Bostock*: lo rivela il fatto che, il 4 novembre

non senza controversie – dal collega Thomas (1982-1990), poi giudice della Corte Suprema dal 1991.

⁵⁷ Per una coeva (ed ampia) tutela della libertà religiosa, cfr. U.S. Supreme Court, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 591 U. S. __ (2020); *Our Lady Of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*, 591 U. S. __ (2020) e *Little Sisters Of The Poor Saints Peter And Paul Home v. Pennsylvania*, 591 U. S. __ (2020). La prima sentenza è stata pubblicata il 30 giugno 2020, la seconda e la terza l'8 luglio 2020.

⁵⁸ Cfr. U.S. Supreme Court, *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U. S. 171 (2012), 188.

⁵⁹ Sul tema, D.H. Gans, I. Shapiro, *Religious Liberties for Corporations? Hobby Lobby, the Affordable Care Act and the Constitution*, London, 2014. La questione attiene non solo alla natura religiosa dell'organizzazione, bensì anche alla qualità di «minister» attribuibile al soggetto che lamenta l'esistenza di un trattamento discriminatorio: in questi termini, cfr. U.S. Supreme Court, *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*, cit., la quale ha riconosciuto tale attributo soggettivo anche a due docenti non incaricate esclusivamente dell'insegnamento di materie a matrice religiosa.

⁶⁰ U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 879. Sulla non necessaria inconciliabilità tra tutela antidiscriminatoria e libertà religiosa, si veda A. Koppelman, *Gay Rights vs. Religious Liberty? The Unnecessary Conflict*, Oxford, 2020.

2020, quest'ultima ha ascoltato in pubblica udienza le argomentazioni proposte dalle parti litiganti nel caso *Fulton v. City of Philadelphia*. In concreto, la controversia atteneva alla legittimità, per un ente comunale, di escludere dal sistema locale di affido di minori un'associazione cattolica che si era opposta – per ragioni di fede – alla possibilità di svolgere tale attività nei confronti di coppie omosessuali⁶¹.

Ritornando al merito di *Bostock*, per Alito anche la libertà di espressione ne uscirebbe fortemente ridimensionata, giacché i datori di lavoro vedrebbero impedito il diritto di esprimere la propria approvazione o disapprovazione nei confronti dell'omosessualità e transessualità.

Infine, nonostante la profonda differenza esistente tra la tutela garantita dalla clausola costituzionale del Quattordicesimo Emendamento (*Equal Protection Clause*) – la cui violazione postula uno «heightened standard of review»⁶² – e quella contenuta nel Titolo VII del *Civil Rights Act*, la pronuncia potrebbe operare quale «gravitational pull in constitutional cases»⁶³.

Così facendo, infatti, a suo avviso si rischierebbe di aprire la strada ad una “reinterpretazione” della *Equal Protection Clause*, capace di sussumere costantemente in sé ogni genere di discriminazione e di rappresentare «a ground for subjecting all three forms of discrimination to the same exacting standard of review»⁶⁴.

La *dissenting opinion* di Kavanaugh, invece, pur inserendosi nel medesimo percorso ideologico-concettuale di Alito, sembra far prevalere i connotati istituzionali e fattuali rispetto a quelli più strettamente dogmatici⁶⁵.

In questo senso, la premessa del suo dissenso riposa sul principio della separazione dei poteri e sulla distinzione di funzioni – dal sapore montesquieviano⁶⁶ – tra potere giudiziario (mero applicatore della legge) e potere legislativo (produttore della legge)⁶⁷. Nel caso di specie, la soluzione proposta dalla maggioranza presenta un chiarissimo carattere di innovazione legislativa, come tale precluso ad un organo giurisdizionale.

⁶¹ In parallelo, il 5 ottobre 2020 la Corte ha però negato il *certiorari* ad una ricorrente (impiegata comunale) che lamentava una violazione della propria libertà religiosa, in quanto “costretta” a rilasciare certificati matrimoniali a coppie omosessuali nonostante la sua opposizione ideologica: cfr. U.S. Supreme Court, *Davis v. Ermold*, 592 U. S. __ (2020). Hanno dissentito Thomas e Alito.

⁶² Cfr. R.H. Fallon Jr., *Strict Judicial Scrutiny*, in 54 *UCLA Law Review* 1267 (2007).

⁶³ Alito, J., dissenting, 53.

⁶⁴ *Ibid.* Per un'interpretazione originalista del Quattordicesimo Emendamento in relazione alle discriminazioni per ragioni di sesso, vedi S. Calabresi, J.T. Rickert, *Originalism and Sex Discrimination*, in 90(1) *Texas Law Review* 1 (2011).

⁶⁵ Significativamente, mancano nell'opinione dissenziente di Kavanaugh gli ampi riferimenti di Alito a possibili ricadute negative di questa sentenza sulla giurisprudenza futura della Corte.

⁶⁶ O forse si dovrebbe dire hamiltoniano: cfr. A. Hamilton, *Paper No. 78*, in G.W. Carey, J. McClellan (cur.), *The Federalist*, Indianapolis, 2001, 401-408.

⁶⁷ Emerge così chiaramente la filosofia ispiratrice di coloro che si rifanno alla *Federalist Society*, ossia il richiamo a «principles that the State exists to preserve freedom, that the separation of governmental powers is central to our Constitution, and that it is emphatically the province and duty of the judiciary to say what the law is, not what it should be» (<https://fedsoc.org/about-us>).

Kavanaugh distingue poi tra interpretazione ordinaria (*ordinary meaning*) e interpretazione letterale (*literal meaning*). A suo parere, le Corti devono aderire alla prima (pur considerando anche la seconda), poiché l'interpretazione testuale va oltre il mero dato letterale, mantenendosi tuttavia entro i confini del significato che a quella data norma – considerata nell'ambito legislativo di riferimento – era generalmente attribuito in un determinato contesto storico da una qualsiasi persona di media cultura.

L'interpretazione fondata sulla sola letteralità della disposizione, infatti, restringe indebitamente l'analisi al lemma oggetto della controversia in modo fin troppo limitativo⁶⁸, escludendo il significato più ampio costituito dal contesto giuridico che a quella stessa parola dà senso⁶⁹.

In termini sistematici, non è dovere dei giudici trattare in modo uguale ciò che i diversi Congressi succedutisi nel tempo hanno volutamente deciso di regolamentare in maniera differente.

Detta filosofia giudiziaria riposa, a sua volta, sui principî della *rule of law* e del controllo democratico. Da un lato, il primo esige che i cittadini abbiano a disposizione leggi conoscibili e comprensibili nel loro autentico significato; dall'altro, l'interpretazione "ordinaria" favorisce un miglior controllo degli elettori sui loro rappresentanti, in ragione delle leggi approvate da questi ultimi.

A livello contenutistico, la distinzione tra discriminazione per sesso biologico, da un lato e per orientamento sessuale, dall'altro, si ricava non solo dalla volontà "in negativo" del legislatore – interpretata alla luce del contesto politico-sociale di riferimento – bensì anche da fatto che, ogniquale volta questi ha voluto sanzionare condotte discriminatorie per ragioni di orientamento sessuale, lo ha fatto in modo esplicito⁷⁰.

In conclusione, nonostante un risultato di merito comunque ritenuto (ipocritamente?) apprezzabile – frutto di tenaci battaglie da parte della comunità LGBT – per Kavanaugh non è tollerabile che la Corte Suprema si sia sostituita al Legislatore, violando la divisione dei poteri e gettando le basi per numerosi (ed imprevedibili) sconvolgimenti futuri, pur a fronte di una soluzione fortemente rivendicata da una significativa porzione della società civile⁷¹.

4. Le molteplici vie dell'originalismo *made in USA*

La soluzione plasmata in *Bostock* merita di essere considerata anche in relazione al contesto istituzionale e giurisprudenziale nel quale si inserisce. A seguito delle dimissioni di Justice Kennedy nel luglio del 2018 e la turbolenta nomina di

⁶⁸ Al contrario, «when there is a divide between the literal meaning and the ordinary meaning, courts must follow the ordinary meaning» (Kavanaugh, J., dissenting, 8).

⁶⁹ *Ivi*, 9: «Courts must heed the ordinary meaning of the *phrase as a whole*, not just the meaning of the words in the phrase [...] This Court has often emphasized the importance of sticking to the ordinary meaning *of a phrase*, rather than the meaning of words in the phrase».

⁷⁰ Cfr. *ivi*, 17-19 (in particolare, note 7 e 8).

⁷¹ *Ivi*, 26: «The best way for judges to demonstrate that we are deciding cases based on the ordinary meaning of the law is to walk the walk, even in the hard cases when we might prefer a different policy outcome».

Kavanaugh⁷², gli sguardi verso la ricerca di un nuovo *swing voter* all'interno della Corte sono stati fin da subito indirizzati sul *Chief Justice Roberts*.

Il suo conservatorismo moderato ed il ruolo ricoperto, infatti, hanno fatto ragionevolmente ipotizzare che lo stesso avrebbe potuto essere più permeabile a soluzioni “mediane”⁷³ – rispetto allo spirito “intransigente” dei suoi colleghi conservatori⁷⁴ – una volta vagliate le contrapposte soluzioni fornite da due “blocchi” ideologici contrapposti e, salvo rare eccezioni, fortemente coesi al loro interno.

Si considerino alcuni casi recenti. Da un lato, il 18 giugno 2020 la Corte ha dichiarato l'illegittimità ed arbitrarietà della decisione del *Department of Homeland Security* di porre termine al programma dei cosiddetti “*dreamers*” – immigrati (in larga parte di origine latinoamericana) giunti in tenera età negli Stati Uniti e ivi residenti irregolarmente – implementato dall'Amministrazione Obama, a partire dal 2012, attraverso il sistema dei *Deferred Action for Childhood Arrivals* (DACA)⁷⁵.

Dall'altro, il 29 giugno 2020 è stata affermata l'incostituzionalità di una legge della Louisiana che, stabilendo restrizioni sostanziali all'interruzione volontaria della gravidanza, secondo la maggioranza imponeva un ingiustificato «*undue burden*» all'esercizio di tale diritto⁷⁶. In entrambi i casi, il voto del *Chief Justice Roberts* è stato decisivo per risolvere la situazione di parità.

Meno prevedibile, invece, era che, a seguito della nuova composizione della Corte, Gorsuch – subentrato nell'aprile del 2017 a Scalia – potesse fungere, anche solo in modo sporadico, da “ago della bilancia”, unendo in alcune occasioni il suo voto a quello dei giudici *liberal*.

In relazione a *Bostock*, si consideri il seguente dato. Nel momento in cui *Justice Kagan* ha con sapienza introdotto l'argomento testualista nella discussione orale – soprattutto in sede di esposizione delle considerazioni del *Solicitor General* (in difesa della posizione del Governo federale) – il dibattito ha iniziato ad assumere una “piega” molto cara a Gorsuch: quella dell'interpretazione testuale (e letterale) della norma di legge⁷⁷.

In questa prospettiva, è noto che le domande rivolte dai membri della Corte Suprema alle parti non hanno il solo immediato obiettivo di “ricostruire” le posizioni dei contendenti in causa e gli scopi cui essi aspirano: in aggiunta, esse sono un utile strumento con il quale i giudici – quasi fossero abili giocatori di poker

⁷² Ricostruisce il travagliato procedimento di nomina di Kavanaugh R. Marcus, *Supreme Ambition: Brett Kavanaugh and the Conservative Takeover*, New York, 2019.

⁷³ Cfr. S.A. Moss, *Judges' Varied Views on Textualism: The Roberts-Alito Schism and the Similar District Judge Divergence that Undercuts the Widely Assumed Textualism-Ideology Correlation*, in 88 *University of Colorado Law Review* 1, 2017, 30.

⁷⁴ Si sofferma sull'argomento A. Feldman, *The Three Shifts of Chief Justice John Roberts*, in *www.empiricalscotus.com*, 27th July 2016.

⁷⁵ Cfr. U.S. Supreme Court, *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*, 590 U.S. ___ (2020).

⁷⁶ Cfr. U.S. Supreme Court, *June Medical Services v. Russo*, 591 U.S. ___ (2020).

⁷⁷ Interessanti riflessioni sull'approccio testualista da parte di Kagan nelle considerazioni di D.F. O'Scannlain, “*We Are All Textualists Now*”: *The Legacy of Justice Antonin Scalia*, in 91(2) *St. John's Law Review* 303 (2017).

– “scoprono le carte” di fronte ai propri colleghi e trattano altresì di comprendere, attraverso le risposte di ricorrenti e convenuti, quale impostazione concettuale i loro “vicini di banco” intendono dare alla controversia in esame (anche interrompendosi mutuamente, con lo scopo di “orientare” la discussione nella direzione ritenuta più consona alla propria filosofia giuridica)⁷⁸.

La scaltra scelta di Kagan non pare quindi per nulla casuale, essendo diretta ad attrarre Gorsuch (e Roberts), attraverso le pieghe del dibattito pubblico, nell’orbita di una soluzione di merito progressista ma, allo stesso tempo, ritagliata sul caso di specie e basata sulla *judicial philosophy* (conservatrice) dell’originalismo⁷⁹.

Entrato per la prima volta – quantomeno in termini espressamente formali⁸⁰ – nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale nel periodo 1980-1981 grazie agli scritti di Paul Brest⁸¹, l’originalismo si pone come una ben definita modalità di approccio al diritto sostanziale e, soprattutto, alle declinazioni che di quest’ultimo è possibile (quando non doveroso) dare in sede di risoluzione delle controversie da parte dei giudici.

In termini generali, non è possibile identificare in modo netto un’unica tipologia di originalismo⁸², sia dal punto di vista oggettivo, sia riguardo alle diverse sfumature che ad esso possono essere attribuite da distinti interpreti secondo la personale sensibilità di ognuno (anche in considerazione degli indici fondamentali dei singoli casi).

Ciononostante, per ragioni esplicative si possono individuare – in termini strutturali – almeno tre possibili declinazioni della filosofia originalista⁸³, sussumibili nelle differenti versioni del *textualism*, dell’*original intent* e dell’*original meaning*⁸⁴.

⁷⁸ L’importanza e decisività degli *oral arguments* in seno alla Corte Suprema è ben ricostruita da T. Jacobi, M. Sag, *The new oral argument: Justices as advocates*, in 94(3) *Notre Dame Law Review* 1161 (2019), 1172, i quali evidenziano in proposito come «the justices regularly ask remarkably inviting questions of advocates in order to help them persuade their colleagues, leaving the grateful advocates only able to vehemently agree with the justice». Ampie considerazioni sistematiche anche in D.A. Karp, *Why Justice Thomas should speak at oral argument*, in 61 *Florida Law Review* 611 (2009), 614 ss.

⁷⁹ Che, tuttavia, ben è valsa una soluzione volta a riconoscere (al di là del metodo) spazi di tutela ai lavoratori discriminati in ragione del loro orientamento sessuale. Sul “ruolo” di Kagan nella Corte Suprema, si veda l’ampia analisi di M. Talbot, *Is the Supreme Court’s fate in Elena Kagan’s hands?*, in *www.newyorker.com*, 18th November 2019.

⁸⁰ Sulle origini storiche dell’originalismo, cfr. L.B. Solum, *What is originalism? The evolution of contemporary originalist theory*, in G. Huscroft, B.W. Miller (cur.), *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge, 2011.

⁸¹ Si veda P. Brest, *The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship*, in 90 *Yale Law Journal* 1063 (1981) e Id., *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in 60 *Boston University Law Review* 204 (1980).

⁸² «What constitutes originalism differs depending upon who is asked»: così P.J. Charles, *Historicism, Originalism and the Constitution: The Use and Abuse of the Past in American Jurisprudence*, Jefferson, 2014, 1.

⁸³ Cfr. F.B. Cross, *The Failed Promise of Originalism*, Stanford, 2013 e G. Huscroft, B.W. Miller, *The Challenge of Originalism*, cit., 2011.

⁸⁴ Riassume le diverse accezioni possibili J.G. Wooford, *The Blinding Light: The Uses of History in Constitutional Interpretation*, in 31(3) *University of Chicago Law Review* 502 (1964), 502,

L'interpretazione testualista si fonda su una dimensione strettamente formalista e scevra da una (sdruciolevole?) ricostruzione interpretativo-volontaristica: sulla scia del pensiero di Oliver Wendell Holmes⁸⁵, si è sostenuto che occorre guardare «at the statutory structure and hear the words as they would sound in the mind of a skilled, objectively reasonable user of words»⁸⁶.

La distinzione tra *original intent* e *original meaning* si snoda, invece, attraverso il passaggio da un'interpretazione sostanziale particolarmente restrittiva (sul piano sia soggettivo che oggettivo) ad un'altra più ampia, senza tuttavia sconfinare nella “creazione” giurisprudenziale, in ogni caso rifiutata⁸⁷.

In concreto, la prima categoria «refers to the goals, objectives, or purposes of those who wrote or ratified the text», mentre la seconda «refers to the meaning a reasonable speaker of English would have attached to the words, phrases, sentences, etc. at the time the particular provision was adopted»⁸⁸.

L'*original intent* si mantiene, in questo modo, entro i rigorosi confini della esclusiva *voluntas legislatoris*, senza che possano assumere rilevanza altri indici “circostanti” –quali, ad esempio, l'interpretazione giurisprudenziale consolidatasi nel periodo storico in esame o le scelte coeve del Legislatore, in relazione alla medesima materia o a questioni affini– che invece diventano determinanti nella più estesa prospettiva storicista dell'*original meaning*⁸⁹.

Come principale esponente della filosofia giudiziaria dell'*original intent*⁹⁰ può ricordarsi il sempre controverso Robert Bork⁹¹ – «the Father of originalism»⁹² – mentre la versione maggiormente dinamica e moderna dell'*original meaning* ha

richiamando «the intent of those who ‘framed’ the document, of discovering the meaning which the words had at the time they were inserted in the document or of discovering the purpose for which particular propositions were designed».

⁸⁵ Si veda O.W. Holmes, *The Theory of Legal Interpretation*, in 12(6) *Harvard Law Review* 417 (1899), 417-419: «we ask, not what this [...] meant, but what those words would mean in the mouth of a normal speaker of English, using them in the circumstances in which they were used [...] We do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statute means». La stessa filosofia è ribadita in U.S. Supreme Court, *United States v. Wurzbach*, 280 U.S. 396 (1930), 398: «there is no warrant for seeking refined arguments to show that the statute does not mean what it says».

⁸⁶ F.H. Easterbrook, *The Role of Original Intent in Statutory Construction*, in 11 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 59 (1988), 65.

⁸⁷ Per una critica sferzante a tale impostazione interpretativa, si veda Justice W. Brennan, *The Constitution of The United States: Contemporary Ratification*, in 43 *Guild Practitioner* 1 (1986), 4: «It is a view that feigns self-effacing deference to the specific judgments of those who forged our original social compact. But in truth it is little more than arrogance cloaked as humility. It is arrogant to pretend that from our vantage we can gauge accurately the intent of the Framers on application of principle to specific, contemporary questions»

⁸⁸ Cfr. R.E. Barnett, *The Original Meaning of the Commerce Clause*, in 68 *University of Chicago Law Review* 101 (2001), 105.

⁸⁹ Per un primo richiamo espresso all'originalismo in sede giurisprudenziale, si veda U.S. Supreme Court, *Harper v. Virginia State Board of Elections*, 383 U.S. 663 (1966), 672 e 677-678 (Black, J., dissenting).

⁹⁰ Già plasmata in R. Berger, *Government by Judiciary*, Indianapolis, 1997 (1^a ed. 1977).

⁹¹ Cfr. B. Pomerance, *What might have been: 25 years of Robert Bork on the United States Supreme Court*, in 1 *Belmont Law Review* 221 (2014).

⁹² B. Dobranski, *Remembering Judge Bork*, in 11 *Ave Maria Law Review* 207 (2013), 207.

trovato senza dubbio il suo massimo rappresentante nel più volte citato Antonin Scalia⁹³.

Sulla scena politica, merita di essere menzionata anche la figura di Edwin Meese III⁹⁴, il quale contribuì in modo decisivo – in un celebre discorso tenuto presso l'*American Bar Association*, il 9 luglio 1985⁹⁵ – a porre in modo definitivo l'*original intent* (all'epoca ritenuto un criterio fin troppo estremo anche dal conservatorismo giuridico *mainstream*) al centro del dibattito pubblico ed istituzionale.

Da allora in poi, tutti i Presidenti repubblicani avrebbero richiamato (quasi ossessivamente) il parametro dell'originalismo come elemento ineludibile nella nomina dei propri candidati presso la Corte Suprema⁹⁶, con l'obiettivo di saggiarne la "purezza di sangue" conservatore⁹⁷.

Sul punto, non si trascuri anche l'importanza decisiva della *Federalist Society*, fondata nel 1982 con l'obiettivo di fomentare un'interpretazione testualista ed originalista della Costituzione: assieme alla associazione progressista *American Civil Liberties Union*, essa è oggi senza dubbio l'organizzazione più influente nello scenario politico-giuridico americano⁹⁸.

In questo senso, l'interprete originalista è sempre e comunque un testualista, ponendosi l'originalismo come un testualismo arricchito di ulteriori profili specializzanti; al contrario, non sempre è necessariamente vero il contrario, come ben dimostra il percorso logico-giuridico seguito da Gorsuch in *Bostock*.

In termini sistematici, un'ulteriore definizione della filosofia testualista è quella riconducibile allo *strict constructionism* (spesso contrapposto, a titolo di contenitore onnicomprensivo, al *judicial activism*), risultando però difficile considerarlo a pieno titolo come una categoria a sé stante⁹⁹.

⁹³ Cfr. R.F. Duncan, *Justice Scalia and the rule of law: originalism vs. the living Constitution*, in 29(1) *Regent University Law Review* 9 (2016). L'originalismo di Scalia ben può essere riassunto con le sue stesse parole: «The Constitution is a written instrument. As such its meaning does not alter. That which it meant when adopted it means now» (A. Scalia, B. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, cit., 81).

⁹⁴ Avvocato, consigliere del Presidente Reagan (1981-1985) e *Attorney General* del Governo federale (1985-1988).

⁹⁵ Il testo è disponibile in S.G. Calabresi (cur.), *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, Washington, 2007, 47-55.

⁹⁶ Sulla ritrovata attualità dell'originalismo negli Stati Uniti cfr. D. Fontana, *Has Originalism Become Second Nature?*, in *DPCE Online*, 3, 2017, 591-596.

⁹⁷ Da ultimo, si vedano le parole di A. Coney Barrett in occasione della sua nomina alla Corte Suprema da parte del Presidente Trump (il 26 settembre 2020), in sostituzione di Bader Ginsburg (deceduta il 18 settembre 2020): «A judge must apply the law as written, judges are not policymakers».

⁹⁸ Cfr. A. Hollis-Brusky, *Ideas with Consequences: The Federalist Society and the Conservative Counterrevolution*, New York, 2015.

⁹⁹ Può essere utile la definizione data da C.R. Cooke, *Don't Hear What I'm not Saying: Defining Strict Constructionism to Distinguish It*, in www.fedsoc.org, 26th February 2019: «Strict constructionism is hyperliteralism – it provides that a text be interpreted by reading the words as they come literally. Whereas textualism requires a reader to interpret a particular provision by considering context, e.g., strict constructionism forbids such extracurriculars».

A tal proposito, anche autorevoli esponenti conservatori hanno dimostrato di non apprezzare particolarmente l'idea dello *strict constructionism* come parametro esclusivo di giudizio sulle norme, interpretandolo quale «a degraded form of textualism that brings the whole philosophy into disrepute»¹⁰⁰.

Volendo ricondurre ad unità le categorie così descritte, l'interpretazione normativa linguistico-letterale può essere innanzitutto ricompresa nello *strict constructionism* o nel testualismo restrittivamente inteso.

Laddove invece si voglia superare tale tipologia interpretativa in favore di elementi aggiuntivi che, pur non alterando l'impostazione filosofico-giuridica di fondo, consentano comunque di estendere il ragionamento oltre il freddo dato letterale, la ricostruzione testualista diventa originalista¹⁰¹.

Quest'ultima, a sua volta, può essere classificata in termini di *original intent* oppure di *original meaning*. Infine, andando ancora oltre, rimane solo il criterio della *living Constitution* e della reinterpretazione normativa¹⁰², certamente regole di giudizio non “conservatrici”¹⁰³.

5. Neil Gorsuch: *hero or villain?*

Alla luce della sentenza commentata, molto si è discusso della *judicial philosophy* di Gorsuch¹⁰⁴. In particolare, fuor di ogni dubbio che egli sia un giudice conservatore ed un solido originalista¹⁰⁵, «la questione è che tipo di originalista sia»¹⁰⁶.

Dal punto di vista sistematico, il conservatorismo di Gorsuch non pare riconducibile all'*original intent* più “radicale” – in larga parte superato, come parametro esclusivo di giudizio, anche nel mondo conservatore (almeno in quello

¹⁰⁰ Così A. Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, Princeton University, 8/9th March 1995, 98 (disponibile in https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/scalia97.pdf), secondo cui, *ibidem*, «a text should not be construed strictly, and it should not be construed leniently; it should be construed reasonably, to contain all that it fairly means».

¹⁰¹ Per un'evoluzione interpretativa dal più “rigido” testualismo letterale al più “flessibile” originalismo storico-sociale, cfr. *Note. The Rise of Purposivism and Fall of Chevron: Major Statutory Cases in the Supreme Court*, in 130 *Harvard Law Review* 1227 (2017), 1228.

¹⁰² Cfr. T. Marshall, *The Constitution: A Living Document*, in 30 *Howard Law Journal* 623 (1987). Sulla contrapposizione “filosofica” tra interpretazione originalista ed evolutiva, si veda A. Sardo, *L'originalismo e la sfida del bilanciamento*, Madrid, 2018.

¹⁰³ Con parole (ben si può dire testuali) di Scalia: «I have classes of little kids who come to the court, and they recite very proudly what they've been taught, 'The Constitution is a living document'. It isn't a living document! It's dead. Dead, dead, dead!» [E.J. Segall, *The Constitution According to Justices Scalia and Thomas: Alive and Kickin'*, in 91 *Washington University Law Review* 1663 (2014), 1663].

¹⁰⁴ Per un inquadramento biografico, si veda l'opera dello stesso N. Gorsuch, *A Republic, if you can keep it*, New York, 2019 e J. Greenya, *Gorsuch: The Judge Who Speaks for Himself*, New York, 2018.

¹⁰⁵ Con specifico riferimento alla “giurisprudenza” di Gorsuch durante la sua permanenza presso la *United States Court of Appeals for the Tenth Circuit* (2006-2017), in particolare in ordine alle varie declinazioni da egli fornite alla tutela dei “diritti civili”, cfr. K. Russell, *Justice Gorsuch on civil rights*, in www.scotusblog.com, 14th March 2017.

¹⁰⁶ G. Romeo, *La Corte Suprema nella transizione: il conservatorismo costituzionale dopo Scalia*, in C. Murgia (cur.), *Scritti in onore di Sara Volterra*, Torino, 2017, 930.

giurisprudenziale) – né perfettamente sovrapponibile all’originalismo storicista “alla Scalia”, al quale Alito e Kavanaugh sembrano invece rifarsi in modo evidente¹⁰⁷.

Esso sembra porsi, piuttosto, come una sorta di *tertium genus*, in alcuni casi addirittura quale possibile mediazione “interna” tra tali ultime posizioni – più “rigide” a livello interpretativo – ed il pragmatismo conservatore (meno dogmaticamente connotato) del *Chief Justice Roberts*.

In questo senso, pretendere di cogliere in via definitiva l’ideologia di un giudice della Corte Suprema è sempre operazione complicata e rischiosa, soprattutto laddove si consideri un mandato ad oggi non particolarmente lungo (Gorsuch è stato eletto nel 2017).

Si tenga anche a mente che Gorsuch è stato nominato in sostituzione di Scalia, in un percorso di selezione del successore di quest’ultimo mai così soggettivamente “personalizzato” e intriso dalla necessità di perpetuare a tutti costi la piattaforma ideologica del sostituito.

Il nuovo giudice della Corte Suprema, infatti, non doveva essere solo un fidato conservatore – come tale dotato di una ben definita sensibilità in merito a precise *hot-button issues* (libertà di espressione e religiosa, Secondo Emendamento, aborto, pena di morte o libertà economiche) – bensì un vero e proprio epigono di Scalia¹⁰⁸ e delle sue più solide rigidità concettuali¹⁰⁹.

Sul punto, è stato però evidenziato come la filosofia interpretativa di Gorsuch non coincida del tutto con quella di Scalia, né sul piano di una polemica giuridica spesso eccessiva e divisiva, né a livello di declinazione specifica di una complessiva base politico-giuridica comunque condivisa¹¹⁰.

In concreto, viene ad evidenza in Gorsuch la centralità di un’interpretazione letterale che, senza rimanere confinata in schemi ideologici preconcepi, può determinare soluzioni in grado di coagulare maggioranze apparentemente “eterodosse” che, in alcuni casi, trovano un punto di coesione pur seguendo *iter* argomentativi differenti.

¹⁰⁷ Sulla appassionata capacità di Scalia di porre sempre al centro del dibattito le proprie argomentazioni (persuadendo la maggioranza o redigendo egli stesso aspri *dissents*), cfr. G.F. Ferrari, *Nino Scalia*, cit., 1211.

¹⁰⁸ Una sorta di «Scalia after Scalia» (F. Clementi, *Scalia after Scalia. La Corte Suprema americana e i dilemmi di una (rischiosa) nomina*, in www.federalismi.it, 4, 24 febbraio 2016).

¹⁰⁹ Tra i parametri di giudizio usati per valutare il grado di adesione al pensiero di Scalia, si è fatto riferimento alla tipologia di originalismo praticata, alle citazioni dei suoi scritti dottrinali ed al numero di opinioni “non maggioritarie” sottoscritte in dissenso: sul punto, cfr. J. Kidd, R.S. Dasgupta, R. Walters, J. Phillips, *Searching For Justice Scalia: Measuring The “Scalia-Ness” of the next potential member of the U.S. Supreme Court*, 27th January 2017, disponibile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2874794.

¹¹⁰ Cfr. P. Bonini, *Gorsuch after Scalia. il procedimento di nomina ed il pensiero del primo Justice di Donald Trump alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Nomos*, 2, 2017, 33, secondo cui «per quanto attiene al pensiero del nuovo Justice, il suo profilo è in linea con l’orientamento generale della nuova amministrazione rispetto ai valori di fondo ed alla impostazione pragmatico-conservatrice. Tuttavia, a discapito di quanto affermato dal *mainstream* mediatico, piuttosto distante dal suo predecessore».

Si pensi, in prima battuta, alla sentenza *Sessions v. Dimaya*¹¹¹. Chiamata a pronunciarsi sulla determinatezza del precetto penale contenuto in 18 U.S.C. §16 – che consentiva, in relazione alla sussistenza di una «aggravated felony» (*sub specie* di «crime of violence»), la possibilità per il non-cittadino statunitense di essere deportato nel paese di origine – la Corte stabilì che la previsione ivi contenuta era da considerare «unconstitutionally vague», in quanto insufficientemente determinata (e prevedibile) nella definizione degli indici che avrebbero dovuto orientare i comportamenti dei consociati¹¹².

Tale soluzione – adottata per cinque voti a quattro, con il voto decisivo di Gorsuch – rivela un’adesione non estemporanea ad una ben definita concezione della *vagueness doctrine* che, lungi dall’essere espressione di un parametro ideologico (e liberale) di giudizio, rappresenta il portato di una più ampia interpretazione costituzionalmente orientata del diritto penale¹¹³.

Del resto, l’orientamento di Gorsuch si inserisce nel solco del precedente tracciato dalla stessa Corte in *Johnson v. United States*¹¹⁴ – con i voti decisivi di Scalia (estensore della sentenza) e Roberts¹¹⁵ – e costituirà poi la base per l’analogia pronuncia successiva *United States v. Davis*¹¹⁶, da egli redatta e condivisa anche dai quattro giudici “progressisti”.

Non deve quindi credersi che Gorsuch sia diventato un giudice *liberal*¹¹⁷ o, in termini più “moderati”, uno *swing voter* “alla Kennedy”, conservatore ma anche in grado di recidere in modo determinante il nodo gordiano di due maggioranze contrapposte, dimostrando una sensibilità progressista¹¹⁸ in materia di diritti sociali¹¹⁹.

¹¹¹ U.S. Supreme Court, *Sessions v. Dimaya*, 584 U.S. __ (2018).

¹¹² Sulla materia, cfr. già U.S. Supreme Court, *Connally v. General Construction Co.*, 269 U.S. 385 (1926), 391.

¹¹³ Sull’interpretazione comune di alcune categorie del diritto penale tra Scalia ed il suo successore, si veda P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell’interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2017, 134-220.

¹¹⁴ U.S. Supreme Court, *Johnson v. United States*, 576 U.S. 591 (2015).

¹¹⁵ Al contrario, il parametro della *vagueness doctrine* non era stato ritenuto sussistente nel caso di specie da Kennedy, Thomas e Alito.

¹¹⁶ U.S. Supreme Court, *United States v. Davis*, 588 U.S. __ (2019).

¹¹⁷ Secondo P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch*, cit., 219, «emerge un ‘confident textualist’, un giurista precipuamente focalizzato sul dato positivo e sui suoi limiti, refrattario ad intervenire in via giudiziale, affidando alla giurisdizione compiti di ‘riscrittura’ delle norme che non le sono propri, sulla base di incerte valutazioni teleologiche, sempre a rischio di sostituirsi alle scelte politiche discrezionali effettuate dal legislatore».

¹¹⁸ Cfr. N. Robinson, *Don’t be fooled. The US supreme court hasn’t suddenly become leftwing*, in *www.theguardian.com*, 12th June 2020. Consultando le statistiche disponibili in *2018 term - The Statistics*, in 133 *Harvard Law Review* 412 (2019), 418, si ricava che, nel corso dell’ultima sessione della Corte, il voto di Gorsuch è stato decisivo (insieme a quelli di Bader Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan) in tre casi: *United States v. Davis*, 588 U.S. __ (2019); *Herrera v. Wyoming*, 587 U.S. __ (2019) e *Wash. State Department of Licensing v. Cougar Den, Inc.*, 586 U.S. __ (2019). Per un ultimo caso, cfr. anche *McGirt v. Oklahoma*, 591 U.S. __ (2020).

¹¹⁹ Ciononostante, si veda l’*opinion* sottoscritta in *Kastl v. Maricopa Community College*, 325 F. App’x 492 (9th Cir. 2009), 2: «it is unlawful to discriminate against a transgender (or any other) person because he or she does not behave in accordance with an employer’s expectations

Al contrario – e lo stesso discorso può valere per il *Chief Justice Roberts*¹²⁰ – la sua filosofia giurisprudenziale dimostra di essere molto “solida” laddove vengano in considerazione determinati parametri fondamentali dell’interpretazione letterale, i quali possono condurre anche ad esiti che, seppure non sempre “prevedibili” (e forse nemmeno ideologicamente desiderati), in realtà sono il portato di schemi giuridici razionali e coerenti, per quanto ciò possa o meno piacere all’uno o all’altro fronte “politico”¹²¹.

Inoltre, può essere forse addirittura sorprendente notare come, sia nel corso della sua esperienza decennale quale giudice federale, sia da quando è divenuto giudice della Corte Suprema, Gorsuch abbia dimostrato una spiccata “sensibilità” – lontana dal tradizionale orizzonte conservatore – nel riconoscere e tutelare i diritti delle diverse popolazioni riconducibili al gruppo etnico dei Nativi americani¹²².

Tale sostegno per i diritti “indigeni” gli era anche valso il pieno appoggio del *National Congress of American Indians* e del *Native American Rights Fund* in sede di scrutinio (davanti al Senato) della sua nomina alla Corte Suprema, in ragione del riconoscimento delle tribù americane «as sovereign governments» e dell’aver sempre attentamente considerato nelle sue sentenze «issues of significance to Tribes, including state police incursions onto tribal lands, sovereign immunity, religious freedom, accounting for trust funds, exhaustion of tribal remedies and Indian country criminal jurisdiction»¹²³.

Si guardi, infine, al seguente (suggestivo) spunto biografico. Gorsuch è stato *law clerk* nel 1993 di Byron White, giudice della Corte Suprema tra il 1962 ed il 1993 (su nomina di J.F. Kennedy) e difensore di una filosofia giurisprudenziale improntata al più strenuo *judicial restraint*.

In questo senso, allora, pur lontano dal pragmatismo e dall’approccio assai casistico del suo mentore¹²⁴, anche in Gorsuch sembra doversi riconoscere (nonostante un conservatorismo ideologico ben più marcato) una grande deferenza in favore di «legislative solutions and judicial nonintervention, as demonstrated in

for men or women».

¹²⁰ Sulla necessità di osservare il principio dello *stare decisis* (pur ritenendo che un caso precedente analogo sia stato erroneamente giudicato nel merito), si veda *June Medical Services v. Russo*, cit. (Roberts, C.J., concurring in judgment).

¹²¹ Così, G. Romeo, *La Corte Suprema nella transizione*, cit., 6 aveva osservato che «l’attitudine a ridimensionare la dottrina dello *stare decisis*, nelle ipotesi in cui l’interpretazione del testo, secondo i canoni del testualismo originalista, smentisca la ricostruzione giurisprudenziale precedente, potrebbe avere conseguenze non soltanto sulla giurisprudenza in tema di diritti civili».

¹²² Cfr. https://sct.narf.org/articles/indian_law_jurisprudence/gorsuch-indian-law-cases.pdf. Tra i casi più emblematici, si vedano i già citati *Herrera v. Wyoming* (2019), in ordine al diritto della tribù Crow di cacciare in terre considerate “non occupate”; *Washington State Department of Licensing v. Cougar Den, Inc.* (2019), a proposito dei diritti di tassazione sulla detenzione e trasporto di combustibile da parte di una società controllata dalla tribù Yakama e *McGirt v. Oklahoma* (2020), in ordine all’estensione dei confini territoriali della tribù Creek e del diritto penale ivi applicabile. Nei tre casi il voto di Gorsuch è sempre stato decisivo.

¹²³ Cfr. *Confirmation Hearing on the Nomination of Hon. Neil M. Gorsuch*, cit., 1143.

¹²⁴ Sulla difficile collocazione “ideologica” di White, vedi M. Herz, *Nearest to Legitimacy: Justice White and Strict Rational Basis Scrutiny*, 74 *University of Colorado Law Review* 1329 (2003).

his separation-of-powers and administrative law decisions [...] usually avoid[ing] the judicial creation of protected interest», senza però rinunciare – in «appropriate circumstances» – ad estendere «the scope of constitutional protection»¹²⁵.

Eludendo, pertanto, riduttive ed ingenerose classificazioni politico-partitiche dei giudici della Corte Suprema, sia sufficiente concludere con le parole dello stesso Gorsuch nell’opinione dissenziente pronunciata, quale giudice federale d’appello, nel caso *A.M. v. Holmes*: «a judge who likes every result he reaches is very likely a bad judge, reaching for results he prefers rather than those the law compels»¹²⁶.

6. Brevi osservazioni conclusive

Come ogni *landmark case* della Corte Suprema degli Stati Uniti che si rispetti, la soluzione accolta in *Bostock* non ha mancato di suscitare entusiasmi e delusioni, favori e critiche, anche in ragione del ruolo decisivo inaspettatamente assunto da Gorsuch¹²⁷.

Guardando ai contenuti della sentenza, agli occhi del giurista “continentale” potrebbe suscitare sorpresa il fatto che una controversia che chiama in gioco, in maniera evidente, il principio di uguaglianza – intrinsecamente unito a quello di non discriminazione – sia stata risolta secondo parametri (almeno in partenza) formali¹²⁸, in relazione ai quali l’orientamento sessuale è considerato solo in via ancillare come indice (indiretto) di una più ampia differenziazione per sesso biologico.

Tuttavia, occorre evidenziare attentamente le specificità delle diverse tipologie di sindacato a disposizione della Corte Suprema. Come è stato ricordato, infatti, la mancata invocazione della *Equal Protection Clause* e dell’orientamento sessuale come indice diretto e fattore vietato di discriminazione trova la sua ragione d’essere nella volontà dell’organo giudicante di non “legarsi le mani” (guardando a futuri casi analoghi) con la costruzione di una «presunzione di

¹²⁵ A. Ides, *The Jurisprudence of Justice Byron White*, in 103(2) *The Yale Law Journal* 419 (1993), 447.

¹²⁶ 830 F.3d 1123 (10th Cir. 2016), 1170.

¹²⁷ Per un’analisi delle opinioni favorevoli e contrarie al cosiddetto «Gorsuch test» (R. Anderson, *Symposium: The simplistic logic of Justice Neil Gorsuch’s account of sex discrimination*, in www.scotusblog.com, 16th June 2020), si vedano le contrapposte posizioni dottrinali raccolte in <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/bostock-v-clayton-county-georgia/>.

¹²⁸ Sul punto, ricorda G. Sorrenti, “*Viaggio ai confini dell’eguaglianza giuridica*”. *Limiti e punti di caduta delle tecniche di attuazione del divieto di distinzioni in base al sesso*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, 444, che «al contrario di quanto è avvenuto nella storia europea continentale, negli USA non si è assistito alla formulazione del divieto di discriminare come una “costola” di un generale principio di eguaglianza davanti alla legge, bensì, del tutto all’inverso, si è proceduto all’introduzione di un apposito emendamento costituzionale per fronteggiare la specifica tematica della discriminazione».

incostituzionalità per le disparità di trattamento, al pari di quanto avviene per quelle fondate sul sesso, sulla razza, sulle opinioni politiche»¹²⁹.

Nel merito, contrariamente alla posizione – pur argomentata in modo articolato – manifestata nelle opinioni dissenzienti, risulta alquanto complicato scindere la condizione sessuale “biologica” di una persona dal suo orientamento sessuale, in modo tale da contrastare l’esistenza di una lesione della prima e, nello stesso tempo, ammettere una “legittima” violazione del secondo.

L’interrogativo conseguente rivela tutte le problematicità del dibattito. È giuridicamente possibile – prima ancora che ragionevole – distinguere la condizione affettivo-sessuale dal sesso biologico, al fine di ritenere che le discriminazioni nei confronti di persone omosessuali non vadano in realtà ad incidere sulla seconda categoria, rivelandosi addirittura giustificate?

Può essere utile, in proposito, il seguente esempio (invero già proposto da Alito, seppur con l’obiettivo di giungere ad una soluzione contrapposta)¹³⁰. Si immagini che un imprenditore sottoponga ad alcuni candidati ad un posto di lavoro presso la sua azienda un questionario anonimo che, tra i vari requisiti, richieda loro di indicare anche il proprio orientamento sessuale, ma non il fatto di essere uomo o donna.

Tale datore di lavoro, inoltre, esige – in ragione delle sue profonde convinzioni religiose – che tutti i suoi dipendenti siano rigorosamente eterosessuali, senza che le loro preferenze sessuali abbiano però alcuna incidenza sulla concreta attività lavorativa.

Nel caso in cui egli decida di non assumere coloro che hanno rivelato di essere omosessuali, può ritenersi che siffatto trattamento sia del tutto avulso da qualsiasi considerazione in ordine alla sessualità “biologica” dei candidati?¹³¹

Il parametro risolutore usato dalla Corte in *Bostock* sembrerebbe applicabile anche in quest’ultima fattispecie¹³². È vero che l’imprenditore ancora non sa se il suo potenziale dipendente è uomo o donna, ma ciò non toglie che una discriminazione per sesso sia già in corso nel momento in cui egli opera tale differenziazione.

¹²⁹ A. Sperti, *Un’altra storica decisione della Corte Suprema: è illegittimo licenziare un lavoratore perché omosessuale o transgender*, in www.articolo29.it, 29 giugno 2020.

¹³⁰ Cfr. Alito, J., dissenting, 9.

¹³¹ Riprendendo U.S. Supreme Court, *Harris v. Forklift Sys., Inc.*, 510 U.S. 17 (1993), 25 (Ginsburg, J., concurring), «the critical issue, Title VII’s text indicates, is whether members of one sex are exposed to disadvantageous terms or conditions of employment to which members of the other sex are not exposed».

¹³² *Contra*, però, la stessa Karlan, la quale, a precisa domanda di Alito («Your argument is that sex discrimination based on sexual orientation necessarily entails discrimination based on sex. But if it’s the case that there would be no liability in the situation where the decisionmaker has no knowledge of sex, then that can’t possibly be true») ha escluso che vi possa essere una discriminazione per orientamento sessuale («If there was that case, it might be the rare case in which sexual orientation discrimination is not a subset of sex»). Cfr. *Transcript of oral argument*, cit, 69.

La premessa del trattamento diseguale, infatti, è che la persona omosessuale non merita di essere trattata nello stesso modo di quella eterosessuale ed è proprio a partire da tale pregiudizio che si ricava la concreta discriminazione successiva¹³³.

A tal proposito, non può soccorrere la giustificazione secondo cui non vi è discriminazione laddove il datore di lavoro usi lo stesso metro (ingiusto) di giudizio nei confronti di tutte le persone omosessuali, siano esse uomini o donne¹³⁴.

Da un lato, infatti, il parametro di riferimento non è l'uomo omosessuale rispetto alla donna omosessuale (o viceversa), bensì la persona eterosessuale *tout court*, nei confronti della quale è indifferente che il soggetto caratterizzato da omosessualità sia di sesso maschile o femminile¹³⁵.

Dall'altro, la condotta in esame – lungi dal risolversi in un trattamento egualitario – si configura come doppiamente discriminatoria, colpendo in modo indistinto sia uomini che donne per il solo fatto di non soddisfare un certo requisito¹³⁶.

L'inscindibilità tra i due parametri si riflette così nel fatto che il favore o disfavore nei confronti di un dato orientamento sessuale deriva da una determinata percezione delle categorie sessuali biologiche, laddove l'uomo/donna omosessuale è comunque discriminato (per il solo fatto di essere tale) dall'uomo/donna eterosessuale, a prescindere dalla conoscenza preliminare del sesso della persona discriminata.

Del resto, la problematica questione della separabilità o meno tra condizione personale "a monte" e condotta discriminatoria "a valle" aveva già mostrato tutta la sua delicatezza nel recente caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*.

In quella fattispecie, tuttavia, la Corte Suprema aveva ommesso di entrare nel merito del dibattito – esiste discriminazione laddove un pasticciere rifiuti di produrre una torta per una coppia gay, volta a celebrare il loro matrimonio? – riscontrando una preliminare violazione del diritto di libertà religiosa nei confronti del pasticciere stesso; violazione in forza della quale era stato eluso l'altro (ben più spinoso) interrogativo¹³⁷.

¹³³ Come anche ricordato in New Mexico Supreme Court, *Elane Photography, LLC v. Willock* – 309 P.3d 53 (N.M. 2013), 62, «when a law prohibits discrimination on the basis of sexual orientation, that law similarly protects conduct that is inextricably tied to sexual orientation».

¹³⁴ Secondo W.N. Eskridge, *Symposium: Textualism's moment of truth*, in *www.scotusblog.com*, 4th September 2019, distinguere tra «discrimination because of 'sexual orientation' e [discrimination] because of 'sex' [...] is simply a word game and does not answer the plain-meaning argument. An employer can play the same word game with race: he can fire a black man who is attracted to white women and claim he is discriminating because of sexual orientation (the man is an 'interracial-sexual') and not because of race. The point is that categories of discrimination overlap: sexual orientation can overlap with both sex (the 'homosexual') and race (the 'interracial-sexual')».

¹³⁵ Cfr. A. Koppelman, *Why Discrimination against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, in 69(2) *New York University Law Review* 197 (1994).

¹³⁶ Si veda (rispetto al parametro razziale), U.S. Supreme Court, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), 11.

¹³⁷ Sia consentito il rinvio a D. Camoni, *Is the proof (of speech freedom) in the cake? Forme e limiti della libertà di espressione nella recente giurisprudenza statunitense e britannica*, in *DPCE Online*, 2,

A livello comparato tra le due sponde dell'Atlantico, può essere interessante evidenziare che la lettura combinata tra il *genus* “sesso biologico” e la *species* “orientamento sessuale” non è del tutto innovativa, essendo già stata introdotta, sul piano continentale – con riferimento alla condizione di transessualità – nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) Giuseppe Tesauro nella controversia *P. v. S. and Cornwall County Council* del 30 aprile 1996¹³⁸.

In presenza della disciplina europea allora vigente – Direttiva 76/207/CEE – che limitava il divieto di discriminazioni al rispetto della parità di trattamento fra uomini e donne¹³⁹, l'Avvocato Generale affermò, infatti, che «allorché il trattamento sfavorevole destinato al transessuale è connesso al (o, meglio, è determinato dal) mutamento di sesso, si è in presenza di una discriminazione in ragione del sesso o, se si preferisce, fondata sul sesso»¹⁴⁰.

È vero, pertanto, che la donna transessuale non è trattata in modo diverso dall'uomo transessuale, ma è altrettanto vero che tale discriminazione non si sarebbe verificata se la persona transessuale non avesse deciso di cambiare sesso. Il nesso di pregiudizialità funzionale fa quindi sì che l'assenza di un elemento (l'orientamento sessuale) renda impossibile il verificarsi dell'altro (la discriminazione per sesso biologico).

Tuttavia, è qui possibile identificare almeno due differenze significative rispetto alla soluzione adottata dalla Corte Suprema statunitense. A livello strutturale, la CGUE richiama il generale principio di uguaglianza (del quale la Direttiva è considerata espressione normativa), invece volutamente assente nella ricostruzione di *Bostock* per le ragioni descritte.

In secondo luogo, si è evidenziato che la pronuncia europea non sembra neppure voler distinguere tra identità sessuale e sesso biologico: al contrario, essa incentra la soluzione giuridica del caso solo su quest'ultimo profilo ed assume una prospettiva egualitaria più ampia che, al di là di (sfuggenti) categorizzazioni formali, «avoids discussions about the role of stereotypes and political minorities»¹⁴¹.

Tornando alla sentenza “americana”, i fatti sottesi a *Bostock* sono stati fin da subito interpretati – come ben dimostra il *dissent* di Alito – anche quali ulteriori

2019, 1069-1092.

¹³⁸ Cfr. T. Ertuna Lagrand, “Because of... sex”. *Inspirations from the European Court of Justice for the United States Supreme Court in the First Transgender Rights Case Before It*, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 1, 2020, 9 ss.

¹³⁹ Il riferimento esplicito all'orientamento sessuale è stato introdotto per la prima volta nel diritto dell'UE con la Direttiva 2000/78/CE. Cfr. B.G. Bello, *Un anniversario da festeggiare? Riflessioni sociologicogiuridiche sulle disposizioni antidiscriminatorie dell'Unione europea a vent'anni dalla loro emanazione*, in *DPCE online*, 2, 2020, 1053-1090.

¹⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro, *P. v. S. and Cornwall County Council*, 14.12.1995, §18. Per un'ampia ricostruzione della giurisprudenza europea in materia, si veda O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005.

¹⁴¹ B. Mestre, *Transgender Discrimination as Sex Discrimination. A Contextual and Comparative Analysis of European and American Courts' Case Law*, in A. Schuster (cur.), *Equality and Justice: Sexual Orientation and Gender Identity in the XXI Century*, Udine, 2011, 200.

tasselli nel complicato mosaico volto a contemperare in modo ragionevole libertà di espressione e diritti delle minoranze.

Pare tuttavia difficile ricondurre alla specifica condotta discriminatoria qui considerata – licenziamento per ragioni di orientamento sessuale – l'esercizio di un diritto garantito dal Primo Emendamento, in grado di prevalere in modo decisivo sul comportamento che materialmente realizza la discriminazione, fungendo da *escamotage* attraverso il quale contrastare, per ragioni ideologiche (e trovando sostegno nello strumento giudiziario), soluzioni politico-sociali che non coincidono con la propria tavola di valori.

Cosa accadrebbe, ad esempio, se, invocando la clausola religiosa, un datore di lavoro opponesse la sua contrarietà alla celebrazione di matrimoni interreligiosi (o addirittura interrazziali) per operare pregiudiziali distinzioni tra i propri dipendenti, con l'obiettivo sottostante di trattare in modo peggiore quelli di una certa religione o razza?¹⁴².

Non potrebbe forse discorrersi (sempre quando si ritenga possibile operare tale scissione concettuale) di una ingiusta discriminazione “mascherata”, in ragione del credo o della razza del soggetto discriminato, a prescindere dalla dichiarata disapprovazione del solo vincolo coniugale?

In questo senso, la legittima possibilità di non condividere – in termini etico-morali – una caratteristica personale non dovrebbe potersi spingere sino a mettere in discussione il nucleo essenziale dello stesso principio di non-discriminazione, il quale verrebbe svuotato di ogni significato laddove si assuma una determinata disuguaglianza quale indice per esercitare, in via obliqua, “pretesi” diritti fondamentali a discapito di altri diritti, altrettanto fondamentali.

L'esito finale di siffatta interpretazione rischia allora di avere risvolti quasi orwelliani: tutte le persone (omosessuali compresi) sono uguali sul piano formale, ma alcune – sempre quando non dotate della caratteristica aborrita – sono più uguali delle altre nel godimento di alcuni diritti che, a livello sostanziale, si ritiene (senza però palesarlo in modo esplicito) non debbano essere riconosciuti a tutti¹⁴³.

Accogliendo un'impostazione di questo genere nel caso in esame, infatti, «we would approve of a rule that would extend beyond the subject of employment discrimination against homosexuals. We would necessarily empower any public utility to engage in an infinity of arbitrary employment practices»¹⁴⁴.

Con illuminanti parole di *Justice* Stevens, il pregiudizio personale non può rappresentare «a constitutional shield for a policy that is itself the product of a habitual way of thinking about strangers»¹⁴⁵. In termini analoghi, già *Justice*

¹⁴² Come ricordato da *Justice* Breyer (di origine ebraica), l'opposizione al matrimonio interreligioso non è infrequente in alcune comunità religiose: cfr. *Transcript of oral argument*, cit., 38 ss.

¹⁴³ Cfr. G. Orwell, *Animal Farm*, London, 2008 (1ª ed. 1945), 90: «All animals are equal, but some animals are more equal than others».

¹⁴⁴ Supreme Court of California, *Gay Law Students Assn. v. Pacific Tel. & Tel. Co.*, 24 Cal. 3d 458 (1979), 492.

¹⁴⁵ U.S. Supreme Court, *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000), 700 (Stevens, J., dissenting).

Brandeis aveva infatti ammonito sul fatto che «we must be ever on our guard lest we erect our prejudices into legal principles»¹⁴⁶.

In conclusione, la soluzione di merito adottata in *Bostock* certamente rappresenta un momento importante nella progressiva evoluzione dei diritti civili e nella protezione “giurisprudenziale” di una minoranza sociale¹⁴⁷, troppo spesso discriminata in nome di un’uguaglianza rimasta sovente mera proclamazione teorica¹⁴⁸.

Tale estensione degli strumenti di tutela trova giustificazione non solo in un basilare principio di pari trattamento ma soprattutto in un testualismo che, prima di essere (diventato) “conservatore”, è applicazione ed interpretazione delle leggi per una doverosa salvaguardia dei diritti umani: in questo caso, diritti della persona (anche omosessuale) e non diritti – o, peggio ancora, privilegi – del solo omosessuale a discapito di altri.

Certamente si continuerà a discutere sulla “corretta” applicazione dei parametri sottesi alla *Bostock doctrine*, nonché a proposito della natura conservatrice o progressista della scelta compiuta dalla Corte Suprema e delle eventuali conseguenze di *Bostock* rispetto ad ulteriori parametri normativi e costituzionali¹⁴⁹.

Ma questa è un’altra storia, forse per una nuova sentenza ed un’altra soluzione, magari ancora testualista ed ulteriormente estensiva della protezione così riconosciuta anche ad altri gruppi sociali. *We know it when we see it*¹⁵⁰.

Daniele Camoni
Dip.to di Giurisprudenza
Università degli Studi di Milano-Bicocca
d.camoni@campus.unimib.it

¹⁴⁶ U.S. Supreme Court, *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), 311 (Brandeis, J., dissenting). Più recentemente, secondo U.S. Supreme Court, *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429, (1984), 433 «private biases may be outside the reach of the law, but the law cannot, directly or indirectly, give them effect».

¹⁴⁷ Per un rinvio ad alcuni *landmark cases* in materia di tutela della comunità LGBT (nei quali Justice Kennedy ha sempre redatto l’opinione di maggioranza) – da *Romer v. Evans* (1996) a *Lawrence v. Texas* (2003), da *United States v. Windsor* (2013) a *Obergefell v. Hodges* (2015) – vedi M. Isaacs, *LGBT rights and the administrative State*, in 92 *New York University Law Review* 2012 (2017).

¹⁴⁸ Così, il 3 novembre 2020 gli elettori del Nevada hanno approvato in referendum un emendamento che inserisce nella Costituzione statale il riconoscimento di qualsiasi matrimonio validamente celebrato, «regardless of gender».

¹⁴⁹ Per una prima applicazione della “giurisprudenza *Bostock*”, si veda la sentenza resa in *Walker v. Azar* (E.D.N.Y., Aug. 17, 2020), la quale ha “bloccato” l’entrata in vigore della riforma del §1557 dell’*Affordable Care Act* (cosiddetto *Obamacare*) – prevista per il 18 agosto 2020 – implementata dall’Amministrazione Trump con l’obiettivo di escludere l’orientamento e l’identità sessuale dalle cause di discriminazione per ragioni di “sesso” in materia di trattamenti sanitari.

¹⁵⁰ Cfr. U.S. Supreme Court, *Jacobellis v. Ohio*, 378 U.S. 184 (1964), 197 (Stewart, J., concurring): «I know it when I see it».