

**SCUDI, NON SPADE.**

**DALL'ESPERIENZA USA QUALCHE MONITO PER IL LEGISLATORE ITALIANO**

di Francesco Cavallo

1. DIRITTI E BISOGNI - 2. DEFINIRE LA DISCRIMINAZIONE - 3. DISCRIMINAZIONE E DISACCORDO - 3.1 IL FIORAIO - 3.2 IL PASTICCIERE - 3.3 IL PIZZAIOLO E IL FOTOGRAFO - 3.4 GLI ENTI AUTORIZZATI PER LE ADOZIONI - 3.5 GLI OSPEDALI E IL PERSONALE SANITARIO - 3.6 I BAGNI E GLI SPOGLIATOI DI SCUOLE, PALESTRE, FABBRICHE - 4. PARALLELISMI IMPROPRI - 5. STRUMENTI NORMATIVI DI DUBBIA NECESSITÀ - 6. UN PARADIGMA PREFERIBILE - 7. UN COMPROMESSO IMPOSSIBILE

Nei discorsi pubblici su questioni delicate come la sessualità e il matrimonio si aggrovigliano termini e concetti. *Diritti e bisogni* sono spesso confusi e considerati impropriamente sinonimi, in tal modo distorcendo la nostra valutazione sul ruolo della legge (e del potere pubblico) in queste questioni. Non è un mistero che molti Paesi europei abbiano fatto ricorso alla legislazione penale per contrastare discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e/o l'identità di genere e valgono per essi le notazioni di inappropriatezza dello strumento ben rilevate dagli altri contributi di questo volume. Allo stesso modo, non è un mistero che negli Stati Uniti d'America il dibattito sul tema si presenta piuttosto vivo a causa di una molteplicità di fattori: dalla maggiore vitalità e aggressività dei gruppi LGBT alla altrettanto maggiore consapevolezza nel corpo sociale della intangibilità dei diritti di libertà, dalla sopravvivenza dottrinale del diritto naturale alla presenza delle *dissenting opinions* in calce alle sentenze della Corte Suprema, tutto contribuisce a evitare che si generi una cappa di "giuridicamente corretto" intorno a talune questioni. Soprattutto, l'estensione all'orientamento sessuale e/o all'identità di genere delle normative contro la discriminazione per motivi razziali che si vorrebbe realizzare in Italia denota nel contesto statunitense, significativamente inciso in passato dal fenomeno razziale, limiti e pericoli. La valorizzazione, per quanto sintetica in questa sede, di alcuni degli elementi del dibattito Oltreoceano, può aiutare a districare fruttuosamente quei nodi concettuali e quelle distorsioni.

**1.- Diritti e bisogni.** Nessuno negli Stati dubita del fatto che ciascun essere umano è dotato di determinati *diritti*. Il celebre incipit della Dichiarazione di indipendenza è patrimonio comune di ogni americano: «*Tutti gli uomini sono stati creati uguali e dotati dal loro Creatore di alcuni diritti inalienabili, tra i quali quello alla vita, alla libertà e alla ricerca delle felicità*».

Parimenti è radicata la convinzione che il potere pubblico esista per proteggere, non per comprimere questi diritti. Allo stesso tempo, però, tutti i cittadini hanno alcuni *bisogni*. Il potere pubblico in alcuni casi ha il dovere di aiutare i consociati a soddisfare questi bisogni, mentre in altri casi ha l'obbligo di consentire loro di soddisfarli da soli, vietando

ad altri di impedirlo. I programmi di welfare, ad esempio, hanno lo scopo di venire incontro ai *bisogni* dei poveri, gli strumenti di contrasto alle discriminazioni hanno lo scopo di evitare che qualcuno impedisca ad altri di soddisfare i propri *bisogni*.

Anche negli Stati Uniti, e da tempo, molti sostengono che i cittadini che si identificano come lesbiche, gay, bisessuali o transgender (d'ora innanzi LGBT) sono ostacolati nel soddisfacimento dei loro *bisogni* e che questo richieda un intervento legislativo. E', però, altrettanto diffusa l'opinione che questi interventi non debbano comprimere i diritti fondamentali delle altre persone, comprese le libertà di espressione, associazione e religione. Negli USA non è del tutto assente - come invece sembra in altri contesti occidentali - la convinzione per cui aiutare taluni a soddisfare i propri eventuali *bisogni* (ove effettivamente presenti) non debba comportare *ipso facto et iure* la compressione (non di *bisogni* ma) di *diritti* altrui. Si riscontra, dunque, la consapevolezza per cui quand'anche fosse necessaria una politica legislativa che protegga taluni cittadini da condotte che ostacolano la loro piena partecipazione alla società civile, questi interventi dovrebbero metaforicamente avere il carattere di scudi piuttosto che di spade <sup>1</sup>.

Le leggi sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere (*Sexual Orientation Gender Identity*, SOGI laws) vengono in realtà utilizzate come spade per «punire i malvagi», come ha candidamente affermato uno dei più noti attivisti (e finanziatori) LGBT, Tim Gill<sup>2</sup>: al quale in questi anni negli Stati Uniti sembrano aver dato ragione i legislatori, diversi accademici, i burocrati delle commissioni per i diritti civili, e soprattutto alcuni giudici. Aver aiutato a soddisfare dei *bisogni* è insufficiente, occorre che gli altri riconoscano, accettino, facilitino e promuovano opzioni intime con le quali sono in disaccordo: in altre parole, non deve esistere disaccordo. Ecco che le politiche che dovevano consentire alle persone che si identificano come LGBT di soddisfare i propri *bisogni* (dal lavoro alla casa, all'assistenza sanitaria) ove mai impediti, vengono utilizzate per imporre una nuova ortodossia sessuale: trasformando l'identità di genere in concetto giuridico la si impone al resto della comunità in tutti i campi dell'agire.

Tuttavia, come riconosciuto dalla Corte Suprema nel caso *Obergefell v. Hodges*, con il quale è stata riconosciuta la possibilità del matrimonio same-sex, «la convinzione che maschio e femmina siano creati l'uno per l'altro è stata fatta propria e continua ad essere fatta propria in buona fede da persone ragionevoli e sincere qui e in tutto il mondo». In effetti, ha aggiunto la Corte, molti «giungono a tale conclusione sulla base di decenti e onorevoli premesse biologiche, filosofiche o religiose e né loro né le loro convinzioni possono essere denigrate e men che mai giuridicamente svalutate»<sup>3</sup>. Il principio affermato dalla Corte Suprema rappresenta dal 2015 l'ulteriore punto fermo con il quale occorre misurarsi per affrontare le rivendicazioni LGBT senza comprimere le libertà o,

---

<sup>1</sup> RYAN T. ANDERSON, "Shields, Not Swords", National Affairs, No. 35 (Spring 2018).

<sup>2</sup> NATHANIEL FRANK, *Awakening: How Gays and Lesbians Brought Marriage Equality to America*, Harvard University Press, 2017, p. 261.

<sup>3</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015)

ancor peggio, punire gli altri «*cittadini ragionevoli*» che fanno proprie «*convinzioni decenti e onorevoli*».

Può dirsi allora che dal 2015, se da un lato è stato introdotto il matrimonio same-sex, dall'altro si è cominciato a mettere sempre più in discussione il principio, fino ad allora considerato intoccabile, per il quale l'unico vero strumento per proteggere le persone LGBT è aggiungere (come di fatto si vorrebbe fare in Italia) l'espressione “*per orientamento sessuale e identità di genere*” alle leggi esistenti contro le discriminazioni razziali.

Anche negli USA si è incominciato ad affermare con vigore che il legislatore da una parte non può non specificare attentamente ciò che costituisce *discriminazione* basata “*sull'orientamento sessuale e/o l'identità di genere*”, pena la assoluta indeterminatezza (e ingiustizia) della fattispecie, dall'altra non può comprimere *diritti* e libertà fondamentali, come quelle di espressione, associazione e religione. Anche Oltreoceano si censura la mancanza di determinatezza e di tipicità: queste leggi tendono ad essere vaghe ed eccessivamente ampie, prive di definizioni chiare su cosa significhi “*discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere*”, e quali condotte siano o meno sanzionabili. Con la conseguenza di ritenere cittadini innocenti responsabili di queste presunte discriminazioni stabilite non secondo criteri legalmente predeterminati, ma su percezioni soggettive e non verificabili<sup>4</sup>. Percezioni che, peraltro, se vi fosse una coerenza, dovrebbero restare anche in queste circostanze di difficile giustiziabilità: i sentimenti di offesa nelle interazioni tra cittadini sono, infatti, nell'ordinamento statunitense ritenuti ambivalenti e comunque di difficile ricognizione e prova in giudizio. Definire il matrimonio come l'unione di un uomo e di una donna non è una condotta discriminatoria. Né lo è la convinzione che il sesso sia una realtà biologica indiscutibile. Nell'ottica USA le persone che si identificano come LGBT vanno aiutate a soddisfare i loro *bisogni*, ove effettivamente necessario, rispettando la coscienza delle «*persone ragionevoli in buona fede*» (per stare alle espressioni della Corte Suprema) che sul matrimonio e l'identità di genere la pensano diversamente: il disaccordo non è discriminazione, e l'ordinamento non può introdurre una presunzione di questo tipo. Sotto questi profili, del resto, l'ordinamento statunitense ha trattato la discriminazione razziale in modo diverso da come si vorrebbe trattare la discriminazione basata sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, e con buone ragioni. Sono state tracciate distinzioni complesse e sofisticate per proteggere i diritti e le libertà fondamentali, richiamare le quali può aiutare a riflettere sulle normative che si vorrebbero introdurre evitando alcuni errori chiave.

**2.- Definire la discriminazione.** La discriminazione, intesa come creazione di distinzioni, è inevitabile. Nell'opinione comune discriminazione implica maltrattamenti

---

<sup>4</sup> Sui formanti normativi “discriminazione” e “minoranze” nonché sulla categoria del “reato per-cepito”, v. FILIPPO SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna, Il Mulino, 2019.

basati su fattori irrilevanti. *Distinguere* e *discriminare* restano però operazioni (condotte) differenti. Una scuola *distingue* in base al sesso degli alunni quando crea bagni maschili e femminili; *discrimina* in base al sesso se consente solo agli uomini di studiare economia. Il primo limite delle SOGI laws è quello di non specificare in modo appropriato ciò che costituisce una discriminazione basata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere: mancano cioè dei confini chiari tra giusta *distinzione* e ingiusta *discriminazione*, la cui necessità emerge bene considerando alcuni casi specifici di presunta discriminazione basata sulla razza e sul sesso.

La discriminazione si fonda su idee ingiuste e socialmente inaccettabili riguardanti le capacità individuali o il corretto stato sociale. I tristemente celebri lavandini differenziati per bianchi e neri sono stati un chiaro esempio di discriminazione basata sulla razza. Chi li introdusse considerò la razza per trattare i “neri” come socialmente inferiori: era questo fattore a rendere quella scelta una *discriminazione*, per cui il Congresso opportunamente intervenne<sup>5</sup>.

Allo stesso modo, per gran parte della storia americana, alle giovani donne non sono state offerte le medesime opportunità educative degli uomini: questa era pure una discriminazione, perché trattava in modo diverso un sesso che invece era qualificato a istruirsi allo stesso modo dell'altro. Per questo venne introdotto il noto titolo IX degli *Education Amendments*. Tuttavia, i regolamenti di attuazione del Titolo IX hanno successivamente chiarito che i dormitori, i bagni e gli spogliatoi distinti per sesso non costituivano una discriminazione perché in questi casi il sesso era utilizzato per *distinguere* e garantire il diritto costituzionale alla privacy corporea di uomini e donne<sup>6</sup>: non per *discriminare*, come sarebbe stato se fossero state create strutture separate per razza. Del resto anche il giudice Ruth Bader Ginsburg (non certo un conservatore), in *United States v. Virginia* del 1996, con la quale per la prima volta si ammisero anche le donne all'accademia militare della Virginia, scrisse che la decisione della Corte «avrebbe indubbiamente richiesto delle modifiche necessarie a garantire il diritto costituzionale alla privacy di ciascun sesso nei dormitori»<sup>7</sup>. Gli interventi normativi e giurisprudenziali hanno abolito le strutture separate per bianchi e neri ma non per uomini e donne, ritenute non discriminatorie.

---

<sup>5</sup> La vicenda è narrata, tra gli altri, da RYAN T. ANDERSON, *When Harry Became Sally: Responding to the Transgender Moment*, New York Encounter Books, 2018, p. 253 e ss..

<sup>6</sup> RYAN T. ANDERSON, MELODY WOOD, *Gender Identity Policies in Schools: What Congress, the Courts, and the Trump Administration Should Do*, The Heritage Foundation, 23.3.2017, <https://www.heritage.org/education/report/gender-identity-policies-schools-what-congress-the-courts-and-the-trump>

<sup>7</sup> *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996). Allo stesso modo, quando decenni prima taluni sostenevano che un emendamento sulla parità scolastica (precursore del titolo IX) avrebbe richiesto strutture unisex, Ginsburg (allora professore di diritto della Columbia) aveva affermato sul Washington Post del 7 aprile 1975 «Ancora una volta, decisamente no. Vanno consentiti luoghi separati per spogliarsi, dormire, svolgere le funzioni corporee personali, tenendo conto della privacy individuale, diritto di rango costituzionale al pari del principio di uguaglianza».

E' stato così introdotto nell'ordinamento americano il principio per cui differenti status (razza e sesso) non necessariamente devono essere trattati allo stesso modo dal punto di vista giuridico. La giurisprudenza della Corte Suprema esige che si distingua tra i casi di *discriminazione* nei quali un fattore irrilevante viene (ingiustamente e dannosamente) preso in considerazione, come nel caso dei lavandini differenziati per razze, e quelli di *distinzione*, nei quali un fattore viene preso in considerazione proprio perché è rilevante e nessuno viene leso o danneggiato, come nelle strutture differenziate per sesso. Qualunque intervento normativo volto a soddisfare le esigenze delle persone che si identificano come LGBT sarebbe legittimo solo se volto ad incidere esclusivamente sulle prime fattispecie. Tuttavia le SOGI laws non sempre recepiscono questo principio e, come si dirà, anche i bagni diverranno terreno di scontro

**3.- Discriminazione e disaccordo.** Applicare le distinzioni chiarite dalla giurisprudenza costituzionale americana alle fattispecie per le quali vengono emanate e applicate le SOGI laws può aiutarci a distinguere tra effettiva discriminazione e semplice disaccordo<sup>8</sup>.

**3.1- Il fioraio.** Se si prende in considerazione un fioraio che si rifiuta di servire tutti i clienti che si identificano come LGBT semplicemente a causa del loro status, può dirsi che si tratta di una discriminazione in base all'orientamento sessuale o all'identità di genere perché i clienti vengono trattati in modo irragionevolmente diverso, non essendovi alcun legame tra la vendita di un fiore e l'identità di genere o l'orientamento sessuale del cliente.

Baronelle Stutzman, un'anziana signora titolare di un negozio di fiori nei pressi di Washington, l'Arlene's Flowers and Gifts, pur avendo servito un cliente gay per quasi un decennio, nel 2013 si rifiuta di realizzare l'allestimento floreale per la sua cerimonia di matrimonio same-sex, affermando di ritenere che il matrimonio sia solo quello tra un uomo e una donna, e si prodiga a fornire al cliente il nome di altri fiorai che avrebbero potuto realizzare l'allestimento. Il cliente, però, «*si è sentito molto ferito e turbato emotivamente*». Eppure, quando la fiorista afferma di voler realizzare allestimenti solo per matrimoni come da ella intesi, non pone in essere alcuna discriminazione basata sull'orientamento sessuale: l'orientamento del cliente non ha avuto alcun ruolo nella decisione della signora Stutzman, perché la sua convinzione che il matrimonio sia l'unione di coniugi sessualmente complementari non scaturisce da opinioni sulle persone LGBT o sul suo cliente, che del resto aveva servito per anni essendo perfettamente a conoscenza della sua condizione e della sua relazione.

Ciononostante, la coppia same sex e il Procuratore Generale hanno citato la donna in giudizio accusandola di aver violato la SOGI law di quello Stato (la *Washington Law Against Discrimination*) e la Corte Suprema dello Stato di Washington ha dato loro ragione, ordinando alla signora Baronelle di realizzare allestimenti floreali anche per i

---

<sup>8</sup> Una rassegna dei casi giurisprudenziali più significativi sul tema è in ANTHONY WALSH, *The Gavel and Sickle. The Supreme Court, Cultural Marxism, and the Assault on Christianity*, Vernon Press, Wilmington, 2018.

matrimoni di persone dello stesso sesso e condannandola a una significativa sanzione pecuniaria, oltre che al pagamento delle spese legali (negli Stati Uniti assolutamente ingenti). La Corte Suprema degli USA, però, il 25 giugno 2018<sup>9</sup>, ha annullato la decisione e rinviato la causa innanzi al Tribunale statale, chiedendo di fare applicazione del principio affermato nella nota sentenza *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, della quale si dirà fra breve. Il caso è tornato ancora una volta davanti alla Corte Suprema federale perché il 6 giugno 2019 la Corte Suprema di Washington (su richiesta del medesimo Procuratore Generale del primo processo) ha nuovamente condannato la Stutzman in quanto non ha ritenuto raggiunta la prova che la sua scelta sia stata determinata da convinzioni personali<sup>10</sup>.

**3.2- Il pasticciere.** Consideriamo, adesso, il caso di un pasticciere che si rifiuti di servire tutti i clienti che si identificano come LGBT a causa del loro status: valgono le considerazioni fatte per il fioraio che si comporta in modo analogo.

Immaginiamo, però, un pasticciere che si rifiuti di preparare una torta per un matrimonio omosessuale. E' ben diverso: Jack Phillips, nel 2012, nella sua pasticceria di Denver in Colorado, non ha discriminato - e invero nemmeno distinto - in base all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Nemmeno lui, come la signora Stutzman, ha preso in considerazione l'orientamento sessuale dei suoi clienti: semplicemente ha ritenuto di non voler creare una torta personalizzata per celebrare un matrimonio omosessuale sulla base della sua intima convinzione per cui queste relazioni (al pari di molte altre, di coppia e non, omosessuali ed eterosessuali) non siano coniugali. Mr. Phillips non si è riferito all'orientamento sessuale dei suoi clienti, e meno che mai ha manifestato idee o atteggiamenti offensivi nei confronti delle persone omosessuali: ha declinato educatamente, spiegando di non essere disposto a usare i suoi talenti artigianali per celebrare ogni evento o esprimere qualunque messaggio, e ha offerto qualunque altro prodotto del suo negozio, ma non una torta finalizzata a quella specifica occasione.

Eppure, anche in questo caso, i due clienti presentarono una denuncia alla Commissione per i diritti civili del Colorado e lo Stato, in forza della sua SOGI law, adottò un provvedimento col quale ordinava a Jack di realizzare torte per qualunque circostanza, comprese le celebrazioni dei matrimoni omosessuali; gli impose di rieducare il suo staff, la maggior parte del quale era composto dai familiari; gli chiese di segnalare al governo statale tutte le torte che si era rifiutato di creare e le relative ragioni negli ultimi due anni.

Dopo oltre cinque anni di contenzioso, la perdita del 40% del fatturato e il licenziamento della metà dei dipendenti, la Corte Suprema federale, il 4 giugno 2018, ha censurato la repressione della libertà di Jack Phillips perpetrata dal Colorado, affermando che nessun potere pubblico può costringere un artigiano o un prestatore d'opera a celebrare eventi o a esprimere messaggi contro la sua fede e/o contro le sue personali convinzioni: il Primo

---

<sup>9</sup> *Arlene's Flowers, Inc. v. State of Washington*, Order List: 585 U.S (2018)

<sup>10</sup> *State v. Arlene's Flowers, Inc.*, 441 P.3d 1203 (Wash. 2019).

Emendamento garantisce che chiunque abbia opinioni dissenzienti rispetto a quelle eventualmente preferite dal potere pubblico, ha il diritto di vivere e lavorare secondo le proprie convinzioni<sup>11</sup>. Il principio affermato dalla Corte Suprema in questa circostanza ha condotto, poi, alla revisione e all'annullamento con rinvio della prima Sentenza della Corte Suprema dello Stato di Washington che aveva condannato la fiorista Baronelle Stutzman<sup>12</sup>.

Va evidenziato che *in limine* al principio affermato in questa importante pronuncia, l'iter logico argomentativo dei giudici costituzionali ha affrontato anche il tema della differenza tra discriminazione e disaccordo. Nel ritenere inammissibile l'argomento dell'ACLU (American Civil Liberties Union), la più potente organizzazione LGBT americana, intervenuta in giudizio, secondo la quale la contrarietà al matrimonio tra persone dello stesso sesso «è discriminazione e basta» («*just is*») contro le persone omosessuali, i giudici Anthony Kennedy (estensore dell'opinione di maggioranza) e Samuel Alito (estensore di un'opinione concorrente) hanno spiegato che «è come se Phillips avesse detto "Non ho nulla contro le persone omosessuali, ma non penso possano celebrare un matrimonio perché è contrario alle mie convinzioni. Non è la loro identità sessuale a fondare la mia scelta, ma l'atto pubblico che vorrebbero compiere"»<sup>13</sup>.

A parte la violazione dei diritti di libertà sanciti dal Primo Emendamento, secondo la Corte Suprema non vi era nemmeno alcuna discriminazione, perché l'orientamento sessuale e/o l'identità di genere dei due clienti erano assolutamente irrilevanti rispetto alla condotta di Phillips di rifiutarsi di ideare e preparare una torta nuziale. Del resto, come si evince dagli atti, il pasticciere aveva pure detto ai due «Vi farò torte di compleanno, torte di altri eventi; posso vendervi torte, biscotti e brownies già realizzati, semplicemente non faccio torte per matrimoni tra persone dello stesso sesso né per divorzi»<sup>14</sup>: egli cercava

---

<sup>11</sup> *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. \_\_\_\_ (2018)

<sup>12</sup> *Arlene's Flowers, Inc. v. State of Washginton*, Order List: 585 U.S (2018)

<sup>13</sup> *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018). Peraltro, sempre Kennedy e Alito, hanno notato che la circostanza che si trattasse di un mero disaccordo emergeva nel caso di specie ancor più dal fatto che all'epoca lo stato del Colorado nemmeno riconosceva i matrimoni same-sex, il che si aggiungeva alle intime convinzioni del pasticciere. Pertanto, anche solo per questo, il Colorado non avrebbe mai dovuto dichiarare Phillips colpevole di discriminazione.

<sup>14</sup> *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018).

solo di non prestare adesione ideale e pubblica a quella che riteneva essere una distorsione del matrimonio<sup>15</sup>.

**3.3- Il pizzaiolo e il fotografo.** C'è da augurarsi non finiscano sotto processo (o che il reato sia prescritto) i titolari di Memories Pizza, una pizzeria a gestione familiare di Walkerton, cittadina di 2.200 abitanti dell'Indiana, sconosciuta ai più fino a quando non ha comunicato che, pur non negando il servizio a nessuno in ragione del suo orientamento sessuale, non avrebbe allestito catering per matrimoni tra persone dello stesso. La pizzeria è stata presa d'assalto non solo con vere proprie campagne d'odio sui social network e sulla stampa, ma anche materialmente, al punto che, per un lungo periodo, è stata costretta a restare chiusa presidiata dalla polizia. Assediata dagli esposti e dalle denunce delle associazioni LGBT, che non hanno avuto corso solo perché l'allora Governatore dello Stato, Mike Pence, emanò una legge per la protezione della libertà religiosa, il *Religious Freedom Restoration Act*, la famiglia O'Connor ha annunciato dopo poco tempo di preferire di chiudere l'attività<sup>16</sup>. Eppure, anche in questo caso, al pari della fiorista Baronelle e del pasticciere Jack, neanche il pizzaiolo Kevin e la figlia Crystal avevano posto in essere alcuna discriminazione.

Sebbene la vicenda sia precedente a *Obergefell v. Hodges*, giusto per non dimenticare alcuna delle figure che solitamente vengono coinvolte in un matrimonio, va aggiunto che circostanze analoghe a quelle sin qui descritte avevano portato alla condanna da parte delle Corti del New Mexico di un fotografo a seguito del suo rifiuto di effettuare il servizio per un matrimonio omosessuale<sup>17</sup>. La Corte Suprema federale ha dichiarato inammissibile il ricorso non esaminandolo nel merito, ma pure in questo caso la condotta del fotografo non discriminava l'orientamento sessuale dei clienti.

Nel complesso, condotte come quella della fiorista, del pasticciere, dei titolari della pizzeria o del fotografo - che, se in Italia venisse approvata una qualunque delle proposte di legge c.d. contro l'omofobia, verrebbero probabilmente considerate reato - configurano piuttosto quello che la Corte Suprema ritiene il semplice disaccordo di «*persone*

---

<sup>15</sup>Il tema della distinzione tra discriminazione e disaccordo con particolare riferimento a questa vicenda specifica era stato ancor prima della Corte Suprema sviluppato da RYAN T. ANDERSON, "Disagreement Is Not Always Discrimination: On Masterpiece Cakeshop and the Analogy to Interracial Marriage", *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, Vol. 16, No. 1, March 15, 2018, <https://ssrn.com/abstract=3136750>; RYAN T. ANDERSON, "Just Because Liberals Call Something 'Discrimination' Doesn't Mean It Actually Is" *The Daily Signal*, March 1, 2017, <https://www.dailysignal.com/2017/03/01/just-because-liberals-call-something-discrimination-doesnt-mean-it-actually-is/>

<sup>16</sup> La storia di Memories Pizza è narrata da ANTHONY WALSH, *The Gavel and Sickle. The Supreme Court, Cultural Marxism, and the Assault on Christianity*, Vernon Press, Wilmington, 2018. Sulla stampa il caso ebbe eco in tutti gli Stati Uniti, ad ogni modo si cita il primo articolo in ordine di tempo MADELINE BUCKLEY, "Threat Tied to RFRA Prompt Indiana Pizzeria to Close Its Doors," *IndyStar*, April 3, 2015, <http://www.indystar.com/story/news/2015/04/02/threats-tied-rfra-prompt-indiana-pizzeria-close-doors/70847230/>

<sup>17</sup> *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013)

*ragionevoli in buona fede con convinzioni decenti e onorevoli»*<sup>18</sup>. Estendere la portata di normative contro le discriminazioni introdotte per altre fattispecie si rivela, dunque, del tutto incongruo, poiché impone una sorta di “ortodossia sessuale” su questioni ragionevolmente controverse, finendo per punire chi ha semplicemente opinioni differenti.

**3.4- Gli enti autorizzati per le adozioni.** Ciò emerge ancora più chiaramente nel caso degli enti di adozione no profit che rifiutano di assegnare i bambini loro affidati a coppie dello stesso sesso, non a causa dell'orientamento sessuale dei partner, bensì per la convinzione che i bambini necessitano sia una madre che un padre. Questi enti caritatevoli non prendono in considerazione l'orientamento sessuale e l'identità di genere per fondare la loro azione, che riflette semplicemente un ragionevole disaccordo sul valore della maternità e della paternità: non affermano, cioè, in alcun modo che le persone che si identificano come LGBT non possano amare o prendersi cura dei bambini, bensì che uomini e donne non siano intercambiabili, che madre e padre non siano fungibili, ovvero che anche i due migliori papà del mondo non possano compensare la assenza di una mamma e che le due migliori mamme del mondo non possano compensare la mancanza di un papà<sup>19</sup>.

Eppure, anche stavolta i responsabili dell'ente sono stati trascinati in Tribunale. Il 24 febbraio 2020, la Corte Suprema ha annunciato che si occuperà della vicenda della Catholic Charities adoption agency di Philadelphia. E' accaduto, infatti, che nel 2018 un giornalista del *Philadelphia Inquirer*<sup>20</sup> aveva denunciato come, a suo dire, l'ente stesse violando le SOGI laws della città che assimilano l'orientamento sessuale alla razza. Il Comune di Philadelphia aveva avviato un procedimento all'esito del quale aveva stabilito che l'operato dell'ente non rispettava la normativa antidiscriminazione, ritirandogli la licenza e risolvendo il contratto. Invocando i precedenti sin qui richiamati, e in particolare i principi affermati in *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, l'ente ha impugnato il provvedimento, chiedendo al Tribunale distrettuale di sospenderne l'efficacia e di ingiungere al Comune il ripristino della licenza e del rapporto. Il Tribunale distrettuale di Philadelphia ha rigettato il ricorso e l'ente ha appellato il provvedimento. L'ente ha spiegato che il suo operato si fonda esclusivamente sul superiore interesse del bambino: ciò richiede una valutazione discrezionale che comporta l'abbinamento dei bisogni di quel bambino con i punti di forza e le capacità delle famiglie adottive disponibili; in tale valutazione, esso ritiene di non poter prescindere dal requisito minimo della presenza di una mamma e di un papà adottivi. Nonostante questo, anche la Corte

---

<sup>18</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015)

<sup>19</sup> Sul punto vedi RYAN T. ANDERSON, *Truth Overruled: The Future of Marriage and Religious Freedom*, Washington, Regnery, 2015, e JOHN CORVINO, RYAN T. ANDERSON, AND SHERIF GIRGIS, *Debating Religious Liberty and Discrimination*, Oxford University Press, 2017.

<sup>20</sup> E' un quotidiano mattutino di Philadelphia.

d'Appello degli Stati Uniti per il Terzo Circuito, il 22 aprile 2019 ha rigettato il ricorso<sup>21</sup>. La Sentenza della Corte Suprema è attesa per l'autunno di quest'anno.

Se gli strumenti normativi usati sono gli stessi, la differenza tra il disaccordo sui matrimoni (e la genitorialità) di persone dello stesso sesso e analoghe discriminazioni razziali, ad esempio quella avverso il matrimonio interrazziale, è netta. Quest'ultimo fatto, pure conosciuto dalla storia americana, si basava sull'idea dell'inferiorità della razza nera che ne precludeva la piena partecipazione alla società. Se un fioraio, un pasticciere o un pizzaiolo rifiutassero il servizio per un matrimonio interrazziale, per l'ordinamento americano (al di là dell'eventuale strumento normativo deputato a rilevarlo) starebbero ponendo in essere una discriminazione poiché la loro condotta sarebbe determinata da un fattore, la razza, del tutto irrilevante rispetto al servizio da offrirsi.

Le leggi contro le discriminazioni razziali imponevano un'ortodossia alla nazione giustificata dalla mancanza di una visione alternativa ragionevole, *«decente e onorevole»*: quando la Corte Suprema ha messo al bando i divieti sul matrimonio interrazziale, non ha detto e non poteva dire che l'opposizione a quei matrimoni *«è stata e continua a essere fatta propria in buona fede da persone ragionevoli e sincere qui e in tutto il mondo»* come ha invece fatto aprendo ai matrimoni same-sex in *Obergefell v. Hodges*<sup>22</sup> dal quale sono partito.

L'idea che gli uomini nascano maschio e femmina, che maschio e femmina siano fatti l'uno per l'altra, che il matrimonio sia solo l'unione tra un maschio e una femmina, basata anche sul dato che unendosi nell'atto coniugale essi possano creare una nuova vita e che quella nuova vita necessiti di una padre e di una madre, sono per la Corte Suprema federale opinioni ragionevoli che non denigrano nessuno. Pertanto, come l'ordinamento deve - a dire della Corte - rispettare la libertà delle persone omosessuali, allo stesso modo deve rispettare la libertà degli americani che hanno una diversa idea della sessualità, del matrimonio, della genitorialità: *«quando l'opposizione (a queste idee) si pubblicizza e diventa legge, la conseguenza inevitabile è di mettere l'imprimatur dello Stato su una compressione dei diritti di libertà che prima o poi finisce per sminuire o stigmatizzare coloro la cui libertà è stata una prima volta negata e continuerà ad esserlo sempre più»*<sup>23</sup>. Le leggi contro le discriminazioni, dunque, dovrebbero essere al più uno scudo per proteggere, non una spada per recidere le libertà di musulmani, ebrei, cristiani e altri credenti e non credenti, che seguono la medesima idea naturale di sessualità, matrimonio e famiglia. Come si è visto visto negli esempi richiamati, le accuse di discriminazione basate sull'identità di genere sono invece spesso spade, che operano in tutti gli ambiti dell'agire.

---

<sup>21</sup> *Fulton v. City of Philadelphia*, 320 F. Supp. 3d. 661 (3rd Circ. Pa.2018)

<sup>22</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015)

<sup>23</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015)

**3.5- Gli ospedali e il personale sanitario.** Il 29 dicembre 2016 il *Washington Post* ha riferito che una donna aveva fatto causa a un ospedale cattolico poiché si era rifiutato di eseguire un intervento chirurgico di c.d. riassegnazione sessuale previa asportazione del suo utero sano: «*se fornisci un servizio particolare a qualcuno, non puoi rifiutarti di fornirlo a nessuno*» era la tesi del commentatore<sup>24</sup>. Anche qui si confondono discriminazione e disaccordo ragionevole.

Un conto è che l'ospedale rifiuti di trattare un paziente che si presenta in pronto soccorso con una distorsione alla cavaglia perché LGBT, un conto che esso si rifiuti di asportare l'utero sano di una donna LGBT. Come i medici obiettori praticano l'obiezione di coscienza indipendentemente dall'identità di genere in cui si percepisce la persona incinta, allo stesso modo altri medici si rifiutano di rimuovere uteri sani da chiunque, indipendentemente dall'identità di genere. La loro decisione riflette semplicemente un ragionevole disaccordo in ordine al trattamento della disforia di genere e, a dirla tutta, sulla natura della medicina, ovvero se essa possa tollerare la rimozione di organi sani.

Analogamente, a solo titolo di esempio, viene erroneamente considerata una discriminazione basata sull'identità di genere la circostanza che una piccola impresa fornisca ai dipendenti un'assicurazione sanitaria che copre una doppia mastectomia nel caso di carcinoma mammario, ma non nel caso in cui una donna voglia privarsi del seno (senza ragione clinica) per apparire un uomo<sup>25</sup>; oppure la mancata copertura nell'assicurazione sanitaria obbligatoria a carico del datore di lavoro degli interventi di c.d. transizione ormonale e/o chirurgica<sup>26</sup>.

**3.6- I bagni e gli spogliatoi di scuole, palestre, fabbriche.** Proprio come i trattamenti medici per la disforia non necessariamente configurano una discriminazione basata sull'identità di genere, allo stesso modo le *policies* sulla distinzione per sesso di bagni, spogliatoi, e dormitori (a parte la considerazione del diritto alla privacy corporea, cui si è sopra accennato) risultano - come affermato da *United States v. Virginia* - legittime perché basate su un dato oggettivo (sesso, anatomia, fisiologia, biologia), e giammai sull'identità di genere.

Il fatto che alcune persone indossino giacca e cravatta e altre la gonna non è il motivo per cui bagni e spogliatoi sono separati: l'esistenza di strutture intime specifiche del sesso non è frutto della percezione né di stereotipi sociali di genere, ma di oggettive

---

<sup>24</sup> SANDHYA SOMASHEKHAR, "Catholic Groups Sue Over Obama Administration Transgender Requirement" *The Washington Post*, December 29, 2016, [https://www.washingtonpost.com/news/acts-of-faith/wp/2016/12/29/catholic-groups-sue-over-obama-administration-transgender-requirement/?utm\\_term=.85ff03f50d40](https://www.washingtonpost.com/news/acts-of-faith/wp/2016/12/29/catholic-groups-sue-over-obama-administration-transgender-requirement/?utm_term=.85ff03f50d40)

<sup>25</sup> LAURA ERICKSON-SCHROTH, *Trans Bodies, Trans Selves: A Resource for the Transgender Community*, Oxford University Press, 2014, 183. Nonché RYAN T. ANDERSON, *When Harry Became Sally: Responding to the Transgender Moment*, op. cit..

<sup>26</sup> RYAN T. ANDERSON, "New Obamacare Transgender Regulations Threaten Freedom of Physicians," *The Daily Signal*, May 13, 2016, <https://www.dailysignal.com/2016/05/13/new-obamacare-transgender-regulations-threaten-freedom-of-physicians/>

manifestazioni esterne del dato sessuato. L'eventuale discriminazione si realizzerebbe quando si consentisse agli studenti che si identificano con un certo sesso biologico di usare un lavandino e agli altri di usarne un altro. Tuttavia questo è esattamente quello che è accaduto in conseguenza della introduzione delle SOGI laws, in forza delle quali può giungersi a ritenere che le scuole debbano dotarsi di tanti bagni e spogliatoi quante sono le innumerevoli soggettive percezioni di identità di genere, per consentire agli studenti di accedervi in base a questa piuttosto che alla loro oggettiva identità sessuata<sup>27</sup>.

Durante l'anno scolastico 2016-17, senza informare previamente né studenti né genitori, il distretto scolastico di Boyertown Area School, nella Pennsylvania, ha aperto bagni, docce e spogliatoi agli studenti del sesso opposto. E' accaduto così che alcuni studenti di sesso maschile, mentre si spogliavano nel loro spogliatoio, hanno visto che anche una studentessa si spogliava con loro e una studentessa ha incontrato un ragazzo nella sua doccia. Imbarazzati e confusi, questi studenti hanno chiesto spiegazioni ai dirigenti della scuola: si sono sentiti dire che avrebbero dovuto "tollerarlo" e "renderlo il più naturale possibile" altrimenti non restava loro che rinunciare all'uso di bagni, docce e spogliatoi. Per questo hanno fatto causa alla scuola insieme ai loro genitori. Il Tribunale distrettuale ha rigettato il loro reclamo e la Corte d'Appello del 3° circuito - la stessa che si è occupata della vicenda della Catholic Charities adoption agency della quale si è detto - ha rigettato l'appello, riconoscendo il diritto costituzionale alla privacy corporea degli studenti (del resto affermato dal citato *United States v. Virginia* del 1996 che aveva affrontato peraltro la medesima questione), ma affermando che l'iniziativa dell'istituto si rendeva necessaria per evitare discriminazioni in danno degli studenti che si identificano come LGBT<sup>28</sup>. Il 28 maggio 2019 la Corte Suprema ha dichiarato inammissibile il ricorso sicché, per quanto sia verosimile che essa avrebbe ribaltato il verdetto ribadendo integralmente quanto affermato in *United States v. Virginia*, non vi è una valutazione di merito e gli studenti di quelle scuole della Pennsylvania (e non solo, purtroppo) continuano a incrociarsi promiscuamente negli spogliatoi, nei bagni e sotto le docce.

Sovente non ci si rende conto che tutto può trasformarsi nel suo contrario. Il Dipartimento di Pubblica Istruzione sta già indagando sulla denuncia di una bambina di cinque anni che afferma di essere stata aggredita sessualmente da un compagno di classe maschio a cui è stato permesso di accedere al bagno delle femminucce<sup>29</sup>. Solo nel corso del 2017 sono stati documentati ben 130 casi di uomini accusati di usare (con la scusa dell'identità di

---

<sup>27</sup> RYAN T. ANDERSON, *A Brave New World of Transgender Policy*, Harvard Journal of Law and Public Policy, Vol. 41, No. 1, 2018.

<sup>28</sup> *Doe v. Boyertown Area School District*, 897 F.3d 518 (3d Cir. 2018)

<sup>29</sup> News release, "U.S. Opens Investigation into Sexual Assault of Minor Child in Georgia, Violation of Title IX," Alliance Defending Freedom, October 3, 2018, <http://www.adfmedia.org/News/PRDetail/10619>

genere) il bagno, lo spogliatoio e la doccia femminili per prendere di mira giovani donne a fini voyeuristici o di vera e propria violenza sessuale<sup>30</sup>.

La questione oltre che nelle scuole si pone anche per altri luoghi simili, ad esempio le palestre. Il caso finito in Tribunale è quello di un'avvocata che, negli spogliatoi femminili della palestra Planet Fitness di Midland, nel Michigan, a un tratto incontrò un uomo, che si dichiarava transgender: ciò in forza della scelta della palestra di consentire ai suoi iscritti di utilizzare lo spogliatoio sentito più corrispondente alla propria identità di genere. L'avvocato Cormier, dopo aver messo in guardia le altre iscritte, venne espulsa e fece causa a Planet Fitness. Dopo una serie di rimpalli tra Corte d'Appello e Corte Suprema dello Stato del Michigan, la causa è ancora pendente<sup>31</sup>.

Se questa aberrazione non verrà fermata, anche nei luoghi di lavoro, negli uffici pubblici, nelle fabbriche, negli studi professionali si dovrà consentire l'accesso ai servizi sentiti più corrispondenti alla propria identità di genere accettando magari pure che ciascun dipendente si faccia identificare con il suo soprannome preferito<sup>32</sup>.

Quello dei servizi non è, però, l'unico problema che riguarda le scuole dopo l'introduzione di normative di contrasto alle discriminazioni per l'orientamento sessuale e l'identità di genere.

Scuole confessionalmente orientate negli USA assumono regolarmente personale docente LGBT, che condivide e sostiene la loro missione religiosa e i loro insegnamenti. Il problema si è posto quando alcune scuole religiose hanno dovuto licenziare insegnanti che non si sono più conformati o hanno apertamente contrastato quegli insegnamenti. Anche in questo caso, alla luce dei principi della Corte Suprema e della doverosa differenza tra discriminazione e disaccordo, non si tratta di discriminazioni basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere. Sebbene i licenziamenti siano rari a causa della protezione legislativa "doppia" (di gran lunga superiore rispetto a quella di qualunque altro lavoratore) di cui godono gli insegnanti LGBT in forza anche di normative specifiche contro le discriminazioni sul lavoro, i casi sinora verificatisi sono al vaglio dei Tribunali e c'è da credere che prima o poi giungeranno alla Corte Suprema<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> RYAN T. ANDERSON, MELODY WOOD, "Gender Identity Policies in Schools: What Congress, the Courts, and the Trump Administration Should Do," Heritage Foundation Backgrounder No. 3201, March 23, 2017, <https://www.heritage.org/education/report/gender-identity-policies-schools-what-congress-the-courts-and-the-trump>

<sup>31</sup> *Cormier v. PF Fitness-Midland, LLC*, No. 331286 (Mich. Ct. App. Jul. 26, 2018)

<sup>32</sup> Come nota EUGENE VOLOKH, "You Can Be Fined for Not Calling People 'Ze' or 'Hir,' If That's the Pronoun They Demand That You Use," The Washington Post, May 17, 2016, [https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2016/05/17/you-can-be-fined-for-not-calling-people-ze-or-hir-if-thats-the-pronoun-they-demand-that-you-use/?noredirect=on&utm\\_term=.0e15223dfb97](https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2016/05/17/you-can-be-fined-for-not-calling-people-ze-or-hir-if-thats-the-pronoun-they-demand-that-you-use/?noredirect=on&utm_term=.0e15223dfb97)

<sup>33</sup> v. ANTHONY WALSH, *The Gavel and Sickle. The Supreme Court, Cultural Marxism, and the Assault on Christianity*, Vernon Press, Wilmington, 2018.

**4.- Parallelismi impropri.** Secondo taluni sarebbe incoerente sostenere la libertà religiosa e i divieti di discriminazione per motivi religiosi ma non le SOGI laws e i divieti di discriminazione per motivi di orientamento sessuale e identità di genere. L'obiezione non coglie nel segno, poiché la questione è mal posta.

Con le normative contro la discriminazione il potere pubblico obbliga alcuni cittadini a tutela di altri, i diritti fondamentali invece limitano l'azione del governo per proteggere la libertà di tutti: le normative contro le discriminazioni obbligano alcuni a vivere secondo i valori della maggioranza mentre i diritti di libertà proteggono l'interesse di tutti a vivere secondo le proprie convinzioni. Soprattutto, nell'ordinamento americano si tratta di categorie non comparabili: se pure possono esservi in determinate circostanze valide ragioni per specifiche politiche contro le discriminazioni (com'è stato per il razzismo), esse non fondano un *diritto*, come invece la libertà di espressione e religiosa. In secondo luogo, come si è visto, le SOGI laws non sono utilizzate come scudi per proteggere i cittadini da effettive discriminazioni ingiuste, ma come spade per punire «*persone ragionevoli in buona fede con convinzioni decenti e onorevoli*» a differenza di quanto non facciano le leggi a protezione della libertà religiosa, e soprattutto le altre leggi contro le discriminazioni (es. razziale), che non vengono usate per forzare verso la violazione delle proprie convinzioni.

Negli Stati Uniti nessuno ha mai costretto - né mai si è sognato di costringere - Planned Parenthood ad assumere medici pro-life, come invece accadrebbe a parti invertite in base alle SOGI laws. Nessuno ha presentato una denuncia per discriminazione quando, a solo una settimana dalla sua nomina, Mozilla Firefox ha costretto alle dimissioni il suo CEO, Brendan Eich, perché venne fuori che questi aveva effettuato nel 2008 una donazione di 1.000 dollari al comitato promotore del referendum contro i matrimoni gay in California<sup>34</sup>, pur se il suo atto liberale non aveva alcun motivo d'odio ma si fondava sulle sue personali convinzioni. Pur essendoci state vibranti proteste, nessuno ha lamentato la violazione di norme contro le discriminazioni quando la nota emittente televisiva A&E ha sospeso Phil Robertson dal popolare reality *Duck Dynasty* per aver affermato di condividere la visione biblica della sessualità<sup>35</sup>.

Le altre leggi contro le discriminazioni o le leggi per la protezione della libertà religiosa non cercano di imporre alcunché al resto della comunità, come invece si è dimostrato fanno le SOGI laws che vorrebbero costringere fiorai, fornai, fotografi, pizzaioli a prestare le loro attività artigianali per promuovere messaggi sul matrimonio con i quali sono in disaccordo, o forzare le scuole a tenere nel corpo docente insegnanti che si oppongono alla loro morale in tema di sessualità, matrimonio, famiglia, vita. Le leggi sulla protezione della libertà religiosa e contro le discriminazioni religiose non

---

<sup>34</sup> [https://www.corriere.it/esteri/14\\_aprile\\_03/mozilla-ceo-lascia-perche-omofobo-ba486520-bb6d-11e3-8a36-5d2bd872f898.shtml](https://www.corriere.it/esteri/14_aprile_03/mozilla-ceo-lascia-perche-omofobo-ba486520-bb6d-11e3-8a36-5d2bd872f898.shtml)

<sup>35</sup> <https://edition.cnn.com/2013/12/18/showbiz/duck-dynasty-suspension/index.html>

comportano una sanzione per tutti coloro che esprimono una fede diversa o nessuna fede, ma tutelano tutti.

Certamente questo deriva anche dalla tecnica di drafting utilizzata per la redazione delle SOGI laws, che non tipizzano le condotte delle quali non vi è predeterminazione legale, lasciando - ancor più in un sistema di *Common Law* - ai burocrati delle commissioni amministrative, e soprattutto ai giudici, l'arbitrio di decidere che basare l'accesso agli spogliatoi sul sesso o cercare per i bambini in adozione una mamma e un papà rappresenta una discriminazione. Questo non accade quando si tratta di applicare le altre leggi contro le discriminazioni: Planned Parenthood non può rifiutarsi di assumere un ebreo pro-life sol perché porta la kippah, ma può rifiutarsi di assumere un ebreo pro-life; Planned Parenthood ha, cioè, la libertà di effettuare le opportune e ragionevoli distinzioni in base alla sua missione. Non si comprende allora perché chi sostiene che il matrimonio sia solo quello tra uomo e donna debba essere costretto a fare qualcosa, e perché impedire l'ingresso dei maschi nello spogliatoio femminile debba essere vietato e sanzionato.

Gli effetti delle SOGI laws appaiono quindi ben diversi da quelli prodotti dalle leggi contro le discriminazioni razziali, sessuali e religiose.

**5.- Strumenti normativi di dubbia necessità.** Per proteggere le persone che si identificano come LGBT e consentire loro di soddisfare i loro *bisogni* senza compromettere il bene comune, non è necessario introdurre normative di questo tipo, inappropriate rispetto ai *bisogni* delle persone che si vorrebbero tutelare e lesive dei *diritti* di tutte le altre.

Quando negli Stati Uniti fu emanata la legge sui diritti civili del 1964, i "neri" erano trattati come cittadini di seconda classe, esclusi immotivatamente dalla vita lavorativa, sociale ed economica del Paese senza che le forze in esso operanti fungessero da correttivo: ricorrere alla legge fu quindi necessario. E poiché il fattore razziale è quasi sempre irrilevante ma le discriminazioni reali basate su di esso erano diffuse, la legge fu opportunamente ampia. Non è stato così per le discriminazioni sessuali che la legge ha trattato diversamente perché la natura e la storia del razzismo sono state diverse da quelle del sessismo: in questo campo l'intervento normativo è stato più ridotto. La portata e l'ambito applicativo delle leggi contro le discriminazioni sono stati diversi per queste due realtà, perché esse sono diverse e hanno dato origine a bisogni diversi, aiutati normativamente a essere soddisfatti in modo diverso.

L'esperienza delle SOGI laws si rivela sempre più radicalmente differente. In danno delle persone che si identificano come LGBT non ci sono state e non ci sono "leggi Jim

Crow”<sup>36</sup>, negazioni del diritto di voto, separazioni nelle scuole, nei luoghi pubblici, sui mezzi di trasporto, negli alberghi, nei ristoranti. Ciò non significa che non si diano episodi di ingiurie, diffamazioni, minacce, lesioni in danno degli LGBT e che non vadano combattuti: il punto è se sia necessario, opportuno e legittimo affrontare il tema con gli stessi strumenti con i quali sono state affrontate le Jim Crow. I casi narrati in precedenza (e quelli che potrebbero verificarsi anche in Italia) rendono evidente che non lo sia.

Uno dei più eminenti giuristi americani tra i sostenitori della causa LGBT, Andrew Koppelman della Northwestern University, lo riconosce: «*In un Paese di 300 milioni di persone non si è verificato nulla di analogo a quanto è accaduto in danno dei neri. Al più una manciata di episodi. Ed in ciascuno di essi nessuno si è rifiutato di avere a che fare con persone gay ma semplicemente si è opposto ad erogare prestazioni per matrimoni tra persone dello stesso sesso, facilitare adozioni, inseminazioni artificiali*»<sup>37</sup>. Negli Stati Uniti (come del resto in Italia), a differenza di quanto accaduto con le questioni razziali, non vi è alcun movimento finalizzato alla negazione alle persone LGBT dell’accesso a prestazioni, beni e servizi. Nessuna confessione religiosa del resto spinge a non avere rapporti con queste persone. Lo conferma un accademico sostenitore del matrimonio omosessuale come Douglas Laycock, della Virginia School of Law, esperto di libertà religiosa: «*Non conosco nessuna confessione religiosa in qualche modo presente sul suolo americano che insegni a discriminare i gay in quanto tali, e pochi giudici potrebbero affermare il contrario. La questione della libertà religiosa nei confronti delle persone LGBT si riduce al sostegno pubblico al matrimonio omosessuale*»<sup>38</sup>. In questo senso, come osservato da Robin Fretwell Wilson, altro studioso di libertà religiosa, «*Le convinzioni morali e religiose alla base del rifiuto di sostenere e promuovere i matrimoni*

---

<sup>36</sup> Le leggi Jim Crow furono delle leggi locali e dei singoli stati degli Stati Uniti d’America emanate tra il 1876 e il 1964. Di fatto servirono a creare e mantenere la segregazione razziale in tutti i servizi pubblici, istituendo uno status definito di "separati ma uguali" per i neri americani e per i membri di altri gruppi razziali diversi dai bianchi. Alcuni esempi di leggi Jim Crow furono la separazione nelle scuole pubbliche, nei luoghi pubblici e sui mezzi di trasporto e la differenziazione dei bagni e dei ristoranti tra quelli per bianchi e quelli per neri. Anche all’interno dell’esercito venne applicata la segregazione razziale. Le leggi Jim Crow erano distinte dai Codici neri del periodo 1800-66 che a loro volta avevano ridotto i diritti e le libertà civili degli afroamericani. La segregazione razziale organizzata dagli stati nelle scuole fu dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema nel 1954, con la sentenza *Brown v. Board of Education*. In generale, le leggi Jim Crow rimaste furono abrogate dal Civil Rights Act del 1964 e dal Voting Rights Act del 1965.

<sup>37</sup> ANDREW KOPPELMAN, “*A Zombie in the Supreme Court: The Elane Photography Cert Denial*,” *Alabama Civil Rights & Civil Liberties Law Review*, Vol. 7 (2015), pp. 77–95, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2455848](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2455848)

<sup>38</sup> DAVID BERNSTEIN & DOUG LAYCOCK, *Guest Post from Prof. Doug Laycock: What Arizona SB1062 actually said*, *Washington Post*, 27 febbraio 2014, <https://perma.cc/3LLL-FWDA>

*tra persone dello stesso sesso non possono essere in alcun modo utilizzate strumentalmente per sostenere che si verificano discriminazioni razziali»<sup>39</sup>.*

In altre parole, condotte come quelle dei pasticceri, dei fotografi, dei fiorai, dei ristoratori, degli enti preposti alle adozioni, dei medici, non avevano e non hanno nulla a che vedere con giudizi negativi verso le persone LGBT: come ha detto lo stesso Koppelman, «Nessuno di loro era una fanatico omofobo che desidera il male per gli LGBT»<sup>40</sup>. A differenza di quanto accadeva negli episodi a sfondo razziale, le condotte degli attori nelle vicende citate non hanno compreso i *diritti* delle persone LGBT, né hanno ridotto le loro possibilità di accedere a spazi nella società al pari degli altri. Se accadesse, peraltro, se cioè qualcuno, un'azienda o un professionista, rifiutasse di trattare con una persona per il solo fatto che essa si identifichi come LGBT, non sarebbe difficile immaginare che l'immediato rilievo mediatico della vicenda costringerebbe a rimediare immediatamente (o a danneggiare l'attività) nel giro di pochi giorni. Così come non è difficile immaginare che l'autore verrebbe sospeso o radiato dall'ordine o dalla corporazione di appartenenza, espulso dall'università, licenziato, privato degli account sui social network.

Quando giganti come la NBA, la NCAA, la Apple, la Salesforce, la Delta e la Coca-Cola hanno addirittura minacciato di boicottare gli Stati che in USA non introducono SOGI laws, è difficile considerare intollerabilmente penalizzante l'unico pasticcere dello Stato che non intende confezionare torte nuziali per matrimoni tra persone dello stesso sesso. Progressisti come Koppelman hanno evidenziato che le pressioni culturali alle quali la società è sottoposta rendono inopportuno l'intervento della legge, ancor più di quella penale: «L'emarginazione di chi rifiuta l'omosessualità sta già avvenendo. Per gli altri resta un freddo rispetto. Per dirla diversamente, il movimento LGBT ha già vinto. Farebbe bene ad essere magnanimo nella vittoria»<sup>41</sup>.

**6.- Un modello preferibile.** Nel 1993, in *Bray v. Alexandria Women's Health Clinic*, la Corte Suprema ha respinto risolutamente l'argomento secondo cui le persone pro-life sono intrinsecamente discriminatorie: «Qualunque cosa si pensi dell'aborto, non si può negare che ci siano ragioni comuni e rispettabili per opporvisi, oltre all'odio o alla condiscendenza (o a qualunque altro sentimento) verso le donne»<sup>42</sup>. Lo stesso principio vale e dovrebbe valere quando si discute del matrimonio come unione di uomo e di una

---

<sup>39</sup> ROBIN FRETWELL WILSON, *Matters of Conscience: Lessons for same-sex marriage from the Healthcare context*, in DOUGLAS LAYCOCK, JR. ANTHONY PICARELLO, ROBIN FRETWELL WILSON., *Same-sex marriage and religious liberty emerging conflicts*, Lanham, MD, Rowan and Littlefield, 2008, 101.

<sup>40</sup> ANDREW KOPPELMAN, *Gay Rights, religious accommodations and the Purposes of Antidiscrimination Law*, 88 S. California Law Review 619, 625 (2015).

<sup>41</sup> ANDREW KOPPELMAN, *Gay Rights vs. Religious Liberty?: The Unnecessary Conflict*, Oxford University Press, 2020, 121.

<sup>42</sup> *Bray v. Alexandria Women's Health Clinic*, 506 U.S. 263 (1993)

donna o della necessità per un bambino di avere un padre e una madre: vi sono ragioni comuni e rispettabili per pensarla così che non hanno nulla a che fare con l'odio o la condiscendenza. Questo principio non poteva valere per le questioni razziali e per questo - come si è cercato di spiegare - non vi è alcuna analogia tra i due temi.

Quando la Corte Suprema ha bandito i divieti di matrimoni interrazziali non ha affermato che *“l'opposizione al matrimonio interrazziale si basava su «premesse rispettabili e onorevoli fatte proprie in buona fede da persone ragionevoli e sincere qui e in tutto il mondo»*. Non l'ha detto, perché non era così. Ma, successivamente, in *Obergefell v. Hodges*, lo ha detto. E allora l'atteggiamento che l'ordinamento dovrebbe assumere nei confronti di queste vicende dovrebbe essere simile più a quello adottato dopo la *Roe v. Wade*<sup>43</sup> nei confronti dei pro-life anziché a quello adottato nei confronti dei razzisti dopo *Loving V. Virginia*<sup>44</sup>, la nota pronuncia con la quale la Corte dichiarò incostituzionale il *Racial Integrity Act* del 1924, ponendo fine al divieto di matrimoni interrazziali.

Negli Stati Uniti, il regime legale imposto dalla Corte Suprema sull'aborto non è stato usato come una spada per punire pro-life, obiettori, ecc... Al contrario, ne è nata una stagione in cui, senza “superare” la *Roe v. Wade*, sono state promulgate diverse leggi a livello locale, statale e federale per proteggere i *diritti* degli americani pro-life che non devono essere sacrificati dal potere pubblico per le loro convinzioni. I *Church*

---

<sup>43</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973)

<sup>44</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967)

*Amendments* prima e gli *Weldon Amendments*<sup>45</sup> poi hanno protetto il diritto dei medici pro-life di non praticare e non partecipare ad aborti, mentre l'*Hyde Amendment*<sup>46</sup> e il *Mexico City Policy*<sup>47</sup> impediscono che si utilizzi denaro dei contribuenti per praticare aborti.

Allo stesso modo, gli ordinamenti non dovrebbero penalizzare le persone che agiscono in forza della loro convinzione per cui mascolinità e femminilità sono realtà biologiche oggettive, il matrimonio è l'unione dell'uomo e della donna, i bambini hanno bisogno di

---

<sup>45</sup> Non è questa la sede per una ricostruzione dettagliata della questione. Basti rammentare, che il *Church Amendment* (dal nome del senatore dell'Idaho che ne era il primo firmatario) è stata la prima *Conscience Clause* negli Stati Uniti: emanata immediatamente dopo la decisione della Corte Suprema in *Roe v. Wade*, si applicava solo all'aborto e alla sterilizzazione. Approvato dal Senato (con 92 favorevoli e un contrario) ha esonerato gli ospedali privati che ricevono fondi federali ai sensi dei programmi *Hill-Burton*, *Medicare* e *Medicaid* dall'obbligo di praticare aborti o sterilizzazioni quando vengano sollevate questioni di coscienza, morali o religiose. Quasi tutti gli stati, in seguito, promulgarono una legislazione simile entro la fine del decennio, spesso con il sostegno di legislatori che altrimenti avrebbero sostenuto i diritti di aborto. Nel corso dei decenni le *Conscience Clauses* sono state riviste e la loro portata ampliata, anche alla luce delle nuove emergenze: l' Oregon, ad esempio, riconosce il diritto del medico di rifiutare di partecipare al suicidio assistito, consentito in quello stato. Estese *Conscience Clauses* sono in vigore in Arkansas, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Pennsylvania e South Dakota.

Tuttavia, nel corso dei decenni, è anche apparsa sempre più inadeguata una tutela delle scelte di coscienza (sia dei singoli individui, sia delle istituzioni ospedaliere) affidata all'interpretazione giurisprudenziale sia delle *Conscience Clauses* dei singoli Stati, sia dei limiti di applicabilità del *Religious Freedom Act*, auspicandosi un ampliamento della protezione offerta dalla legislazione, sia statale che federale.

In questa prospettiva si è collocato il *Weldon Amendment* al *Consolidated Appropriations Act* approvato nel 2004. In base a questo atto normativo, le autorità sia statali che federali non possono richiedere né agli operatori né alle istituzioni sanitarie (quand'anche beneficiarie di forme di finanziamento pubblico federale, come *Medicare* e *Medicaid*) di fornire prestazioni abortive o di consulenza connesse all'interruzione volontaria della gravidanza o di sostenerne i costi. In base al medesimo atto, le istituzioni sanitarie non possono vedersi rifiutare l'accesso ai pubblici finanziamenti in ragione delle loro scelte etiche. Rispetto al *Church Amendment*, il *Weldon Amendment*, sebbene tratti solo dell'aborto, amplia il numero dei beneficiari della protezione, ricomprendendo le istituzioni ospedaliere e i soggetti sia direttamente, sia indirettamente coinvolti nelle procedure abortive (ad esempio il personale amministrativo e i farmacisti). La Corte d'Appello del Circuito del Distretto di Columbia (391 F. Supp. 2d 200 (2005)) ha reputato che la norma non oltrepassa i poteri del Congresso ed è costituzionalmente legittima pur consentendo a soggetti beneficiati di forme di finanziamento pubblico di rifiutarsi di fornire prestazioni abortive.

Su questi strumenti, in lingua italiana, ADELAIDE MADERA, *Gli ospedali cattolici. I modelli statunitensi e l'esperienza giuridica italiana: profili comparatistici*, Giuffrè, Milano, 2007.

<sup>46</sup> L'*Hyde Amendment* ha vietato l'uso di fondi federali per gli aborti se non quando necessari a salvare la vita della donna da un pericolo grave e imminente o se la gravidanza deriva da incesto o stupro. Prima della sua entrata in vigore circa 300.000 aborti venivano eseguiti ogni anno utilizzando i fondi dei contribuenti americani.

<sup>47</sup> Il *Mexico City Policy* è una misura governativa che blocca i finanziamenti federali statunitensi per le organizzazioni non governative che praticano aborti, forniscono consulenza sull'aborto, ne promuovono la depenalizzazione dell'aborto. Dal 23 gennaio 2017, essa richiede anche alle ONG straniere di certificare che non "eseguiranno o promuoveranno l'aborto come metodo di pianificazione familiare" neanche con fondi non statunitensi come condizione per ricevere assistenza sanitaria globale negli Stati Uniti.

una mamma e di un papà. Come proteggere le libertà dei pro-life americani non ha ridimensionato la *Roe Vs. Wade* (o i *bisogni* delle donne), allo stesso modo proteggere le libertà e la coscienza di chi ritiene che le persone nascano maschi o femmine, che il matrimonio sia solo quello tra un uomo e una donna e che un bambino abbia bisogno di un padre e di una madre non ridimensiona *Obergefell v. Hodges* (e i *bisogni* delle persone che si identificano come LGBT).

**7.- Un compromesso impossibile.** Un'ultima notazione. Chi sostiene la necessità di SOGI laws, ma al tempo stesso afferma preoccupazione per le libertà, promuove un modello noto come "*Fairness for All*", equità per tutti. L'espressione è stata usata dai proponenti a proposito della legge adottata nella primavera del 2015 nello Utah, lo *Utah Compromise*, che ha introdotto normative antidiscriminazione basate sull'orientamento sessuale e l'identità di genere, prevedendo nel contempo determinate esenzioni e protezioni per la libertà religiosa. Questa tecnica si rivela insufficiente ed anzi ingiusta<sup>48</sup>. Essa mette in luce come si abbia piena consapevolezza delle aberrazioni cui queste normative conducono: imporre una cattiva legge al tempo stesso esentandone taluni significa ammettere che potrebbe essere cattiva; né è possibile costringere taluni a comportarsi in un modo dal quale altri, molto pochi, sono esonerati. Esentando alcune istituzioni (prevalentemente quelle di natura religiosa) non si realizza l'"equità per tutti": al contrario, salvando pochi fortunati, si fa ingiustizia per molti, penalizzando tutti gli americani che fondano le loro convinzioni su sessualità, matrimonio, genitorialità su dati non confessionali.

Soprattutto, riconoscendo ad alcuni cittadini particolari nuovi privilegi giuridicamente azionabili e ad altri, "in cambio", esenzioni limitate (che, peraltro, non è detto permangano nel tempo) non si bilanciano posizioni giuridiche differenti. Anzi, per questa via l'auspicato bilanciamento attraverso la tecnica del *Fairness for all* si risolve in molteplici squilibri<sup>49</sup>. Pertanto, anche in Italia un simile compromesso - quando venisse in mente a qualcuno - sarebbe inaccettabile.

Ciò che nel bene e nel male è accaduto e sta accadendo nell'ordinamento americano - dove, nonostante i principi costituzionali invocano l'attivazione di scudi di protezione, si è armata di spade una parte del corpo sociale contro l'altra - deve mettere in guardia il legislatore italiano. Normative come quelle che si vorrebbero introdurre determinano gravi conseguenze sui diritti fondamentali, ma pure sul sistema educativo, su quello sanitario, nel mondo del lavoro autonomo e in quello dipendente, nelle arti e nelle

---

<sup>48</sup> RYAN T. ANDERSON, ROBERT P. GEORGE, "*Liberty and SOGI Laws: An Impossible and Unsustainable 'Compromise,'*", Witherspoon Institute Public Discourse, January 11, 2016, <http://www.thepublicdiscourse.com/2016/01/16225/>.

<sup>49</sup> RYAN T. ANDERSON, "*Sexual orientation and gender identity (SOGI) laws are not fairness for all*", Heritage Foundation, <http://report.heritage.org/ib4925>

professioni, minando il senso comune di una nazione<sup>50</sup> e rivelandosi fonte di tensioni sociali piuttosto che di unità<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> RYAN T. ANDERSON, *When Harry Became Sally: Responding to the Transgender Moment*, New York Encounter Books, 2018, op. cit.

<sup>51</sup> RYAN T. ANDERSON, “*Sexual orientation and gender identity (SOGI)*”, op. cit.