

La protezione dell'ispirazione cristiana nelle istituzioni mediche, educative e assistenziali: il caso *Obamacare*

ÍÑIGO MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA

(Originale pubblicato su *Fede, evangelizzazione e diritto canonico*, Edusc, Roma 2014, pp. 105-132)

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. L'*Affordable Care Act*: la controversia iniziale sull'*individual mandate*. 3. L'*Affordable Care Act* e la copertura obbligatoria di "servizi preventivi per le donne". 4. Il *contraception mandate* e la *religious exception* per alcune istituzioni religiose. 5. L'anno di proroga e la promessa di revisione (*accomodation*) della *religious exception*. 6. Le domande giudiziarie contro il *contraception mandate*: soggetti e argomenti. 7. La creazione legislativa di scenari di discriminazione artificiale a danno delle istituzioni d'ispirazione etico-religiosa. 8. Lo scenario di discriminazione artificiale creato dal *contraception mandate*. 9. La libertà d'ispirazione istituzionale come contenuto della libertà di coscienza, pensiero e religione: verso una più equilibrata articolazione con il diritto alla non discriminazione.

1. Introduzione

L'argomento che mi era stato proposto inizialmente per questa relazione non era certamente concreto: "La protezione dell'ispirazione cristiana nelle istituzioni mediche, educative e assistenziali". Ovviamente, potevano essere molteplici gli approcci ad una tale tematica. Ho deciso quindi di usare come filo conduttore della mia relazione il caso *Obamacare*, per mostrare alcuni dei principali problemi che, a mio avviso, incontrano oggi in molti paesi le istituzioni d'ispirazione cristiana nella promozione e protezione della propria identità.

In questo momento, ci sono negli Stati Uniti altri casi importanti che riguardano la protezione della libertà religiosa¹. Tuttavia, ho scelto questo caso perché le reazioni ad alcuni dei contenuti di questo provvedimento hanno permesso di riunire gli sforzi di istituzioni mediche, educative e assistenziali collegate in diversi modi alle principali confessioni cristiane, e anche di entità con animo di lucro che cercano

¹ Cfr. <http://www.firstamericanfreedom.com>; <http://www.usccb.org/issues-and-action/religious-liberty/religious-liberty-at-home.cfm>.

d'ispirare il proprio agire a valori contenuti nei patrimoni religiosi di tali confessioni. Questa diversità istituzionale e religiosa, unita al parallelismo con altri casi avvenuti in tutto il mondo negli ultimi anni, fanno del caso *Obamacare* un perno utile per gli argomenti che penso possa essere utile sviluppare in questa relazione².

Come è ben noto, strettamente non si può parlare di un unico caso. Oggi sono più di cinquanta i casi relativi a questa vicenda che pendono davanti a numerosi tribunali e corti d'appello negli Stati Uniti. Per questo motivo andremo all'origine del provvedimento legislativo che li ha provocati, cercando di individuare i principali profili giuridici delle posizioni che in questi ormai tre anni di avvenimenti ci si sono create attorno.

2. L'Affordable Care Act: la controversia iniziale sull'individual mandate

Nel 1965, il presidente Johnson era riuscito a varare le storiche riforme sanitarie del *Medicare* e del *Medicaid* ³. Il *Medicare* è ancora oggi negli Stati Uniti la copertura sanitaria pubblica per gli ultra 65enni e alcuni disabili gravi. Il *Medicaid* invece è un sistema d'assistenza sanitaria per i meno abbienti. Per il resto, fino adesso la maggior parte delle persone assicurate nel sistema sanitario americano erano coperte da polizze emesse da società private.

Nel 2009, dopo anni di discussione all'interno del Partito Democratico, il presidente Obama fece propria l'idea di avviare una nuova riforma nell'ambito sanitario, non tramite l'adozione di un sistema di tipo europeo – con i contributi e i costi accentrati alla fine in un'unica cassa pubblica –, ma tramite un sistema di *individual mandate*, che a partire dal 2014 obbligherebbe le persone che oggi non hanno una copertura sanitaria ad acquistare una polizza di assicurazione, aiutandoli fiscalmente in casi determinati, e multandoli se non lo fanno⁴. La riforma sanitaria fu

² “The recent controversy over the contraceptive mandate provides a kind of case study in some of the more contentious aspects of religious freedom” (V. B. LEWIS, “Religious Freedom, the Good of Religion and the Common Good: The Challenges of Pluralism, Privilege and the Contraceptive Services Mandate”, *Oxford Journal of Law and Religion*, ottobre 2012, pp. 1-25).

³ Cfr. *Social Security Amendments*, Pub.L. 89-97, 79 Stat. 286, 30.7.1965.

⁴ Questa è la parte più nota della riforma, che darebbe copertura a circa 30 milioni di americani: “The majority of Americans – 197.3 million – purchase private health coverage through their employer. 15.7 percent of Americans – nearly 49 million people – are uninsured. Through significant changes to the regulation of private health insurance, federal subsidies for low-

finalmente varata dall'Amministrazione federale tramite il *Patient Protection and Affordable Care Act* e il *Health Care and Education Reconciliation Act*, che nel loro insieme formano l'*Affordable Care Act*, approvato definitivamente dal Senato americano nel mese di marzo del 2010⁵.

Subito dopo l'approvazione emersero le prime reazioni contrarie. Per gli oppositori della riforma, l'*Affordable Care Act* eccedeva i limiti costituzionali del potere legislativo del Congresso. Al centro della discussione si trovava proprio l'*individual mandate*: era costituzionale imporre ai cittadini l'acquisto di un prodotto commerciale, come una polizza assicurativa sanitaria⁶?

Sul caso si pronunciò la Corte Suprema il 28 giugno 2012, respingendo le pregiudiziali di costituzionalità avanzate dalla Corte d'appello di Atlanta (11th Circuit), che aveva accolto l'istanza presentata da **26 Stati**, un'associazione imprenditoriale e altri singoli⁷. La Corte Suprema stabilì che l'*individual mandate* non istituiva un obbligo commerciale all'acquisto – in questo caso, di una polizza assicurativa –, ma una tassa che rientrava entro i limiti costituzionali del potere impositivo del Congresso⁸.

income workers to purchase private health insurance, a mandate that requires individuals to secure and maintain health coverage, and the expansion of the Medicaid program, an estimated thirty-two million Americans are expected to be newly insured once the ACA is fully implemented. With these increases in coverage, the rate of insured citizens in the United States is expected to increase from 83 percent to 94 percent" (K. KATE-T. BAYTOR, "Outlook for Obamacare", *Cairo Review* 7, 2012, p. 89).

⁵ Pub.L. 111-148, 124 Stat. 119, 23.3.2010; Pub.L. 111-152, 124 Stat. 1029, 30.3.2010 (cfr. <http://democrats.senate.gov/pdfs/reform/patient-protection-affordable-care-act-as-passed.pdf>).

⁶ Le principali novità previste dalla riforma riguardano proprio quest'**obbligatorietà della polizza assicurativa** che ogni cittadino americano dovrà sottoscrivere, e anche la rimozione del concetto di *pre-existing condition*, che consente attualmente ad una **compagnia assicurativa** di negare ad una persona che ha o che ha avuto una patologia cronica l'accesso ad una polizza e quindi alla relativa copertura assicurativa delle spese mediche (cfr. 26 U. S. C. §5000A).

⁷ Cfr. 648 F.3d 1235 (11th Cir. 2011).

⁸ Cfr. *National Federation of Independent Business v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services*, 567 U.S., 2012 WL 2427810 (cfr. <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf>).

3. L'*Affordable Care Act* e la copertura obbligatoria di “servizi preventivi per le donne”

Dopo l’annuncio della riforma, destinata nelle intenzioni a estendere l’assistenza sanitaria a tutti i cittadini statunitensi, le prime reazioni dei vescovi americani furono positive. Difatti, già nel 1981 e nel 1993 i presuli avevano espresso la loro convinzione che l’assistenza sanitaria di base fosse un diritto e non un privilegio, ribadendo che un’assistenza il più possibile universale, con costi sostenibili per i cittadini e il rispetto per la vita dal concepimento alla morte naturale, dovevano essere considerati principi cardine di una buona riforma⁹.

Durante la discussione parlamentare della normativa invece, i vescovi americani iniziarono subito a mostrare la loro preoccupazione per il modo in cui si stavano concretizzando alcuni degli aspetti del progetto di riforma¹⁰. I timori si fecero più pressanti quando la versione dell'*Affordable Care Act* finalmente approvata prevedeva che tutti i programmi e le assicurazioni sanitarie dovevano includere alcuni servizi preventivi per le donne, che sarebbero stati concretizzati più avanti dal *Department of Health and Human Services*¹¹. La Conferenza episcopale

⁹ Cfr. USCCB, *Health and Health Care, A Pastoral Letter of the American Catholic Bishops*, 19.11.1981 (<http://www.usccb.org/sdwp/national/health.pdf>); USCCB, *Framework for Comprehensive Health Care Reform*, 18.6.1993 (<http://www.usccb.org/sdwp/national/compicare.pdf>).

¹⁰ Il primo progetto approvato dalla Commissione finanze del Senato alla fine del 2009 non fu giudicato favorevolmente dai vescovi americani (cfr. USCCB, *Letter to Congress*, 26.1.2010: <http://old.usccb.org/healthcare/HC-Letter-to-Congress-012610.pdf>): per quanto riguardava i problemi della difesa del diritto all’obiezione di coscienza e del finanziamento dell’aborto, alcuni punti del progetto si ponevano al di fuori della *Hyde-Weldon Amendment*, che impedisce – salvo alcuni casi particolari – l’uso di denaro pubblico per finanziare l’aborto, e che è legato alle leggi che annualmente finanziano le attività del *Department of Health and Human Services* (cfr. <http://www.nchla.org/datasource/ifactsheets/4FSHydeAm22a.08.pdf>: National Committee for a Human Life Amendment, *The Hyde-Weldon Amendment*, aprile 2008).

¹¹ Cfr. 42 U.S.C. § 300gg-13(a)(4). L'*Affordable Care Act* riorganizzava e correggeva alcuni contenuti del *Public Health Service Act* (42 U.S.C. ch6A), e aggiungeva alcune nuove misure al Titolo XXVII (Parte A) di tale norma, relativo alle istituzioni che offrono servizi sia sanitari che di assicurazione. Tra queste modifiche l'*Affordable Care Act* introduceva nel *Public Health Service Act* una nuova Sezione 2713, dove si faceva menzione ai servizi preventivi per le donne: “Group health plans and health insurance issuers offering group or individual health insurance coverage are required to provide the following coverage and are not permitted to impose any cost-sharing on such services: (4) with respect to women, such additional preventive care and screenings not

degli Stati Uniti fece allora un primo intervento per avvertire dei problemi che poneva questa normativa, la cui ulteriore concretizzazione era lasciata nelle mani dell'autorità esecutiva, e non del Congresso¹².

Nel luglio del 2010 il Dipartimento americano della Salute rese pubblico un primo elenco dei servizi preventivi per le donne che dovevano essere coperti da tutti i programmi di assicurazione sanitaria senza ulteriore costo per gli assicurati, e annunciò che l'elenco definitivo e le linee guida dei servizi preventivi sarebbero stati pubblicati nell'estate del 2011¹³. La Conferenza episcopale pubblicò allora un nuovo commento a questa normativa interina, segnalando che l'eventuale inclusione di pratiche abortive, di contraccezione o di sterilizzazione nel futuro elenco avrebbe significato l'inclusione di servizi che, oltre a non essere veri servizi di salute, minacciavano la libertà di coscienza di molti cittadini americani¹⁴.

4. Il *contraception mandate* e la *religious exception* per alcune istituzioni religiose

Con il termine *contraception mandate* si intende negli Stati Uniti un regolamento o legge statale o federale che richiede agli assicuratori – o ai datori di lavoro che garantiscono ai loro impiegati – di includere la contraccezione nei loro piani di assicurazione sanitaria. Prima dell'approvazione dell'*Affordable Care Act* erano già stati approvati negli Stati Uniti un totale di 28 regolamenti di questo tipo¹⁵.

described in paragraph 1 as provided for in comprehensive guidelines supported by the Health Resources and Services Administration for purposes of this paragraph” (cfr. <http://www.healthcare.gov/law/resources/authorities/title/i-quality-affordable-health-care.pdf>).

¹² Cfr. USCCB, *Legal analysis of the provisions of the Patient Protection and Affordable Care Act and corresponding executive order regarding abortion and conscience protection*, 25.3.2010 (<http://old.usccb.org/ogc/Healthcare-EO-Memo.pdf>).

¹³ Cfr. *Interim Final Rules for Group Health Plans and Health Insurance Issuers Relating to Coverage of Preventive Services Under the Patient Protection and Affordable Care Act* (75 Fed. Reg. 41726, 19.7.2010, at. 41728, <http://www.healthcare.gov/law/resources/regulations/prevention/recommendations.html>).

¹⁴ Cfr. USCCB, *Comments on Interim Final Rules Relating to Coverage of Preventive Services*, 17.9.2010: <http://www.usccb.org/about/general-counsel/upload/comments-to-hhs-on-preventive-services-2010-09.pdf>.

¹⁵ Per un elenco degli Stati che li avevano già approvati, cfr. USCCB, *Comments on Interim Final Rules Imposing Contraception Mandate*, 31.8.2011, Addendum B: “State contraceptive mandates

Nel mese di agosto del 2011, come era già stato annunciato nell'estate precedente, il Dipartimento della Salute, a seguito di un rapporto dell'Istituto Nazionale di Medicina, rilasciò le linee guida sui servizi preventivi per le donne che dovevano essere obbligatoriamente contenuti nei programmi sanitari e assicurativi emessi negli Stati Uniti a partire dal mese di agosto del 2012¹⁶. Tra altri servizi, le linee guida prevedevano la copertura obbligatoria – senza costo per i beneficiari – di tutti i metodi contraccettivi, delle procedure di sterilizzazione, così come dei servizi di educazione e consulenza per le donne con capacità riproduttiva, approvati dalla *Food and Drug Administration*¹⁷.

La pubblicazione delle linee guida sui servizi preventivi provocò un ulteriore intervento della Conferenza episcopale, nel quale si denunciavano diversi estremi del *contraception mandate*, nella sua versione finale¹⁸.

In primo luogo, veniva sottolineato che il Dipartimento della Salute, in virtù della *Hyde-Weldon Amendment*, ha una proibizione legale di raccomandare qualsiasi farmaco che possa causare l'aborto: invece, tra i metodi contraccettivi approvati dal *contraception mandate*, si trovava l'ulipristal (HRP 2000/Ella), prodotto analogo alla pillola RU-486, che può provocare l'aborto¹⁹.

In secondo luogo, l'obbligo di includere servizi di contraccezione e sterilizzazione – e i corrispondenti servizi di consulenza – tra i servizi preventivi per

and exemptions" (www.usccb.org/about/general-counsel/rulemaking/upload/comments-to-hhs-on-preventive-services-2011-08-2.pdf).

¹⁶ Cfr. Institute of Medicine, *Clinical Preventive Services for Women: Closing the Gaps*, 19.7.2011 (<http://www.iom.edu/Reports/2011/Clinical-Preventive-Services-for-Women-Closing-the-Gaps.aspx>).

¹⁷ Cfr. Department of Health and Human Services, *Health Resources and Services Administration. Required Health Plan Coverage Guidelines for Women's Preventive Services*, 1.8.2011 (<http://www.hrsa.gov/womensguidelines>); HHS, *Amended Interim Final Rule*, 76 Fed. Reg. 46621, 3.8.2011 (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2011-08-03/html/2011-19684.htm>). Soltanto rimanevano esenti di quest'obbligo i *grandfathered plans*, cioè, i programmi d'assicurazione che erano in vigore prima dell'approvazione dell'*Affordable Care Act* (cfr. 42 U.S.C. 18011 a2). "A group health plan is *grandfathered* when at least one person was enrolled in the plan on March 23, 2010, and the plan has continually covered at least one individual since that date" (cfr. *Roman Catholic Archdiocese of New York v. Sebelius*, Memorandum Decision and Order, 12 Civ. 2542, 5.12.2012, p. 3).

¹⁸ Cfr. USCCB, *Comments on Interim Final Rules Imposing Contraceptive Mandate*, 31.8.2011 (<http://www.usccb.org/about/general-counsel/rulemaking>).

¹⁹ Cfr. *ibidem*, p. 4.

le donne significava una violazione della libertà di coscienza di molti individui e istituzioni interessate al provvedimento, soprattutto tenendo conto della strettissima eccezione permessa dal *contraception mandate*²⁰. Secondo detta eccezione, rimangono esenti dall'obbligo di offrire i servizi previsti nel mandato soltanto i *religious employers*, cioè quelle organizzazioni che adempiono i seguenti requisiti: a) la sua finalità è quella di diffondere valori religiosi; b) assumono persone che condividono i valori religiosi dell'organizzazione; c) prestano servizio a persone che condividono quelli stessi valori; d) sono organizzazioni *non-profit* relazionate con le attività esclusivamente religiose di chiese, convenzioni o associazioni di chiese, oppure organizzazioni ausiliari di chiese che non hanno una personalità giuridica autonoma (*integrated auxiliaries*)²¹.

Sotto questa regolazione, erano molte le organizzazioni di carattere religioso – cattoliche e non cattoliche, compresi ospedali, università, scuole e organizzazioni assistenziali e di carità – che non rientravano nell'eccezione formulata dal nuovo mandato federale. Dette istituzioni si trovavano così di fronte alla scelta di includere nelle proprie assicurazioni i servizi di contraccezione e sterilizzazione – andando contro i propri valori –, oppure fare fronte all'obbligo di pagare multe molto elevate, fatto che metteva a rischio la propria sussistenza economica²².

5. L'anno di proroga e la promessa di revisione (*accomodation*) della *religious exception*

Le critiche al *contraception mandate* e alla stretta esenzione in esso contenuta provocarono un nuovo intervento dell'Amministrazione americana all'inizio del 2012. Il 20 gennaio, il Dipartimento della Salute confermò che a partire dal mese di agosto di quell'anno tutti i piani di assicurazione offerti o contrattati da qualunque tipo d'istituzione con più di cinquanta impiegati a tempo pieno – ad eccezione dei *religious employers* – avrebbero dovuto eseguire il mandato. Contemporaneamente annunciò che ci sarebbe un anno di proroga nell'entrata in vigore dell'obbligo per le organizzazioni *non-profit* che allegavano una obiezione religiosa al mandato, e che

²⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 13-22.

²¹ Cfr. 76 Fed. Reg. 46,621, 46,626, Aug. 3, 2011.

²² Cfr. USCCB, *Comments on Interim Final Rules Imposing Contraceptive Mandate*, 31.8.2011, pp. 8-9.

fin allora non avevano incluso nei propri piani assicurativi i servizi di contraccezione. Inoltre, il governo annunciò che in quel periodo di transizione continuerebbe a dialogare con le organizzazioni di carattere religioso²³.

Il 10 febbraio 2012, l'Amministrazione americana promulgò una nuova regolamentazione –chiamata “regolamentazione finale” – nella quale, di fatto, non c'era nessun cambiamento rispetto alla normativa originaria²⁴. Tuttavia, nella stessa data il Dipartimento della Salute annunciò che nei mesi successivi avrebbe sviluppato ulteriori regole per un'applicazione del mandato alle organizzazioni *non-profit* di carattere religioso – charities, scuole, università e ospedali – che non fossero state esentate dal mandato tramite la *religious employer exemption*²⁵.

Con questo motivo, il 21 marzo 2012 si fece pubblica una proposta di regolazione per dette situazioni (*accomodation*)²⁶. Il punto centrale della proposta consisteva nel fatto che le organizzazioni *non-profit* di carattere religioso non coperte dalla *religious exemption* e con qualche obiezione al mandato non si sarebbero viste direttamente implicate nella copertura dei servizi di contraccezione e sterilizzazione se non lo desideravano; tali servizi sarebbero stati offerti ai propri

²³ Cfr. *Statement by U.S. Department of Health and Human Services Secretary Kathleen Sebelius*, 20.I.2012 (<http://www.hhs.gov/news/press/2012pres/01/20120120a.html>): “After evaluating comments, we have decided to add an additional element to the final rule. Non-profit employers who, based on religious beliefs, do not currently provide contraceptive coverage in their insurance plan, will be provided an additional year, until August 1, 2013, to comply with the new law (...) We will continue to work closely with religious groups during this transitional period to discuss their concerns”. Cfr. anche HHS, *Guidance on the Temporary Enforcement Safe Harbor*, 21.3.2012, 77. Fed. Reg. 16501.

²⁴ Cfr. 77 Fed. Reg. 8725, 8728 (15.2.2012), <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2012-02-15/pdf/2012-3547.pdf>: “Summary: These regulations finalize, without change, interim final regulations authorizing the exemption of group health plans and group health insurance coverage sponsored by certain religious employers from having to cover certain preventive health services under provisions of the *Patient Protection and Affordable Care Act*”.

²⁵ Cfr. 77 Fed. Reg. 8725-01 (15.2.2012); Fact Sheet, *Women's Preventive Services and Religious Institutions*, Feb. 2012 (<http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/02/10/fact-sheet-women-s-preventive-services-and-religious-institutions>).

²⁶ Cfr. <http://www.federalregister.gov/articles/2012/03/21/2012-06689/certain-preventive-services-under-affordable-care-act>: *Advance Notice of Proposed Rulemaking*, 77 Fed. Reg. 16501 (21.3.2012).

impiegati – agli studenti nel caso delle scuole e delle università – direttamente dalle compagnie assicuratrici²⁷.

Questa volta, la prima reazione formale non fu quella della Conferenza episcopale. Nel mese di aprile, un gruppo di più di trecento accademici, giornalisti e capi religiosi di tutti gli Stati Uniti – tra cui diversi vescovi cattolici –, pubblicò un documento nel quale denunciavano le contraddizioni contenute nella proposta di accomodamento offerta dal Dipartimento della Salute²⁸. Nel documento si evidenziava che l'unica novità della nuova regolamentazione era che sarebbero state le compagnie assicuratrici a contattare gli impiegati delle istituzioni d'ispirazione religiosa, avvertendoli del fatto che le loro polizze comprendevano pure servizi di contraccezione e sterilizzazione, offerti gratuitamente per il fatto di lavorare in quelle istituzioni. Sugerire che in questo modo non sarebbero le entità d'ispirazione religiosa a pagare per quella parte della copertura assicurativa era un'illusione – concludeva il documento –, dal momento in cui, ovviamente, le compagnie assicuratrici avrebbero in qualche modo ripercosso sui loro clienti il costo dei servizi aggiuntivi.

Nel mese di maggio, la Conferenza episcopale inviò al Dipartimento della Salute i suoi commenti alla nuova normativa proposta. I presuli statunitensi ribadivano i punti principali del documento appena citato, e aggiungevano altre problematiche riguardanti la libertà religiosa di tutti i potenziali interessati al provvedimento²⁹. In primo luogo, la formula prevista nella nuova normativa non teneva conto del fatto che una grande parte delle organizzazioni in qualche modo collegate alla Chiesa cattolica e sottoposte ad altri *contraception mandate* statali avevano scelto la via della *self-insurance* come mezzo per essere esentati dell'obbligo di offrire servizi di contraccezione ai suoi impiegati e studenti. In quei casi, datore di lavoro e compagnia assicuratrice si identificavano, il che rendeva inutile il nuovo meccanismo proposto. In secondo luogo, la nuova regolazione faceva riferimento soltanto ai

²⁷ “This policy will provide women with access to recommended preventive services including contraceptives without cost sharing, while ensuring that non-profit religious organizations are not forced to pay for, provide, or facilitate the provision of any contraceptive service they object to on religious grounds (...) In the same way that religious colleges and universities will not have to pay, arrange or refer for contraceptive coverage for their employees, they will not have to do so for their students who will get such coverage directly and separately from their insurer” (cfr. <http://www.hhs.gov/news/press/2012pres/03/20120316g.html>).

²⁸ Il documento, intitolato “Unacceptable” (11.4.2012), era stato redatto da O. Carter Snead, professore di diritto costituzionale e diritto della salute nell'Università di Notre Dame (per una versione aggiornata dei firmanti del documento, cfr. <http://www.becketfund.org/unacceptable-2/>).

²⁹ Cfr. USCCB, *Comments on “Advance Notice of Proposed Rulemaking on Preventive Services”*, 15.5.2012 (cfr. <http://www.usccb.org/about/general-counsel/rulemaking/upload/comments-on-advance-notice-of-proposed-rulemaking-on-preventive-services-12-05-15.pdf>).

datori di lavoro *non-profit* di carattere religioso³⁰. Quindi, non veniva coperta l'eventuale obiezione di coscienza – sia morale che religiosa, individuale che istituzionale – di: 1) organizzazioni *for-profit* di carattere religioso; 2) datori di lavoro sia *non-profit* che *for-profit* che, pur non essendo di carattere religioso, non volevano che le loro aziende fossero canale per la copertura di servizi di contraccezione e sterilizzazione; 3) le stesse compagnie assicuratrici, di carattere religioso e non, che non trovavano esenzione alcuna nella normativa³¹.

Con l'ampiezza di queste osservazioni, i vescovi lasciavano chiaro che la loro lotta in questo caso non riguardava la dottrina cattolica sulla contraccezione – pur essendo questa, logicamente, alla base della potenziale obiezione di coscienza di molti individui e datori di lavoro –, senonché la difesa della libertà di coscienza, pensiero e religione di tutti i cittadini americani.

6. Le domande giudiziarie contro il *contraception mandate*: soggetti e argomenti

Nel commento dei vescovi statunitensi a quest'ulteriore tentativo di modifica del *contraception mandate* si affermava che, data la mancata attenzione da parte delle autorità esecutive a questa palese violazione delle libertà civili, d'allora in poi non ci sarebbe stata altra scelta che quella di ricorrere alle autorità giudiziarie³². Difatti, prima di quest'ultimo intervento della Conferenza episcopale, erano già state presentate un totale di undici cause contro il *contraception mandate* e la *religious exception* in esso proposta³³.

³⁰ Lasciando ancora ad un'ulteriore regolazione la definizione delle organizzazioni di carattere religioso che, non essendo stati incluse nella *religious exception* dell'*Affordable Care Act*, sarebbero rientrate nel nuovo "accomodamento" (cfr. USCCB, *Comments on ANMPR*, 15.5.2012, p. 6).

³¹ Cfr. USCCB, *Comments on ANMPR*, 15.5.2012, p. 3, p. 10, nota 10.

³² Cfr. USCCB, *Comments on ANMPR*, 15.5.2012, p. 4.

³³ Cfr. *Belmont Abbey College v. Sebelius*, No. 1:11-cv-01989 (D.D.C.) (filed Nov. 10, 2011); *Colorado Christian University v. Sebelius*, No. 11-cv-03350-CMA-BNB (D. Colo.) (filed Dec. 21, 2011); *Eternal Word Television Network v. Sebelius*, No. 2:12-cv-00501-SLB (N.D. Ala.) (filed Feb. 9, 2012); *Priests for Life v. Sebelius*, No. 12-cv-753 (E.D.N.Y.) (filed Feb. 15, 2012); *Louisiana College v. Sebelius*, No. 1:12-cv-00463 (W.D. La.) (filed Feb. 18, 2012); *Ave Maria University v. Sebelius*, No. 2:12-cv-88-FRM-29SPC (M.D. Fla.) (filed Feb. 21, 2012); *Geneva College v. Sebelius*, No. 2:2012-cv-00207 (W.D. Pa.) (filed Feb. 21, 2012); *State of Nebraska v. United States Department of Health and Human Services*, No. 4:12-cv-03035 (D. Neb.) (filed Feb. 23, 2012); *O'Brien v. United States Department of Health and Human Services*, No. 4:2012-cv-00476 (E.D.

A partire dal mese di maggio del 2012 si sono moltiplicate ininterrottamente le domande giudiziarie. Come dicevamo all'inizio, tra i richiedenti, sparsi in quasi 20 Stati, si può trovare una grande diversità istituzionale: ci sono diocesi e diverse agenzie di pastorale sociale; istituzioni mediche e assistenziali; scuole e università; una stazione TV e una casa editrice; ci sono anche aziende di diverso tipo³⁴. Inoltre, tra i richiedenti non si trovano soltanto soggetti o istituzioni d'ispirazione cattolica, come fu affermato d'alcuni all'inizio delle polemiche: ci sono anche altre istituzioni d'ispirazione cristiana che, pur non condividendo la dottrina cattolica sulla contraccezione, condividono la condanna dell'aborto e delle pratiche di contraccezione che possono comportare conseguenze abortive³⁵. D'altra parte, sin dall'inizio sono state diverse le manifestazioni di altre confessioni religiose che hanno mostrato il loro sostegno ai richiedenti contro il *contraception mandate*. In alcuni casi, pur chiarendo che il loro insegnamento morale non è concorde con quello della Chiesa Cattolica o delle altre confessioni cristiane in materia di contraccezione e sterilizzazione, hanno voluto sottolineare come il nocciolo del dibattito giuridico attorno al *contraception mandate* sia sostanzialmente relativo alla libertà di coscienza, pensiero e religione³⁶.

Fu l'esito delle prime sentenze ad adoperare la distinzione più importante tra i richiedenti, cioè quella tra entità beneficiarie della proroga concessa dal governo per

Mo.) (filed Mar. 15, 2012); *Newland v. Sebelius*, No. 1:12-cv-1123 (D. Colo.) (filed Apr. 30, 2012); *Legatus v. Sebelius*, No. 2:12-cv-12061-RHC-MJH (E.D. Mich.) (filed May 7, 2012).

³⁴ Cfr. <http://www.becketfund.org/hhsinformationcentral>, per un elenco aggiornato dei reclamanti, e per seguire l'andamento di tutti i casi.

³⁵ East Texas and Houston Baptist Universities, Wheaton College (Evangelical liberal arts college and graduate school), Colorado Christian University (non-denominational Christian University), Geneva College (Reformed Presbyterian College), Louisiana College (Baptist College), Grace Schools (Evangelical Christian Colleges), College of Ozarks (Protestant College), Criswell College (Baptist College).

³⁶ Il *contraception mandate* è stato ufficialmente criticato, tra gli altri, dai *leaders* della *National Association of Evangelicals*, dell'*Union of Orthodox Jewish Congregations of America*, della *Southern Baptist Convention*, e dal *Council for Christian Colleges and Universities* (<http://www.orthodoxytoday.org/blog/2012/02/true-ecumenism-christians-united-against-obamas-hhs-mandate/>). Nella sessione di consultazione parlamentare sull'argomento, tenutasi nel mese di febbraio del 2012, la posizione della Conferenza episcopale USA è stata apertamente difesa dal Presidente del Sinodo della Chiesa Luterana del Missouri, da un noto rabbino ortodosso, e da altri rappresentanti di istituzioni universitarie protestanti (cfr. <http://oversight.house.gov/hearing/lines-crossed-separation-of-church-and-state-has-the-obama-administration-trampled-on-freedom-of-religion-and-freedom-of-conscience>).

la messa in pratica del *contraception mandate* – in generale entità *non-profit* di carattere religioso –, ed entità non beneficiarie della proroga, principalmente aziende private senz'affiliazione religiosa formale di nessun tipo.

Per quanto riguarda le domande presentate dal primo tipo d'istituzioni, la difesa dell'Amministrazione americana è andata nella linea di affermare che l'anno di proroga concesso dal governo fa sì che queste istituzioni non possano allegare l'esistenza di un danno imminente nei confronti della loro libertà religiosa, requisito necessario per la concessione dell'*injunctive relief*³⁷. Secondo il governo, i programmi d'assicurazione di queste istituzioni potrebbero essere esentati dal *contraception mandate* tramite la revisione dell'esenzione religiosa, promessa nel marzo del 2012³⁸. Quindi, perché i giudici possano entrare nel merito della questione, è necessario aspettare ad un eventuale danno causato in futuro dalla regolazione varata finalmente dal governo³⁹.

Fino alla fine del 2012, quest'argomentazione è stata in generale accolta dai tribunali di distretto competenti, che quindi non sono entrati nel merito della questione riguardante la libertà religiosa delle istituzioni domandanti. Alla fine del 2012 però, in due risoluzioni riferite ai casi interposti dall'Archidiocesi di New York e da due università – una cattolica e una protestante –, i giudici, pur accettando di nuovo l'argomento della non esistenza di un danno imminente, hanno obbligato

³⁷ “To have standing, the plaintiff must show a concrete and imminent injury-in-fact, a causal relationship between the injury and defendants’ challenged conduct, and a likelihood that a favorable decision will redress the injury suffered” (cfr. *University of Notre Dame v. Sebelius*, Motion to Dismiss, 31.12.2012, p. 6). L'*injunctive relief* è un'ordinanza del giudice che ingiunge ad una delle parti in causa di compiere o astenersi dal compiere determinate azioni a beneficio della controparte: versare una somma di denaro, concedere un diritto, astenersi da un certo comportamento, ecc. (cfr. K. STOLL-DEBELL, N. L. DEMPSEY, B. E. DEMPSEY, *Injunctive Relief: Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions*, American Bar Association, 2009).

³⁸ Cfr. 77 Fed. Reg. 16501, 15504 (21.3.2012).

³⁹ “Taking the defendants at their word concerning the intended reworking of the rule, this regulatory requirement won't require Notre Dame to conduct itself in ways its Catholic mission forbids” (*University of Notre Dame v. Sebelius*, Motion to Dismiss, 31.12.2012, p. 8). Cfr. anche *Zubik v. Sebelius*, 2012 WL 5932977 (W.D.Pa., Nov. 27, 2012); *Catholic Diocese of Nashville v. Sebelius*, 2012 WL 5879796 (M.D.Tenn., Nov. 21, 2012); *Wheaton College v. Sebelius*, 2012 WL 3637162 (D.D.C. 2012), appeal held in abeyance 2012 WL 6652505 (D.C.Cir. 2012); *Belmont Abbey College v. Sebelius*, 2012 WL 2914417 (D.D.C. 2012), appeal held in abeyance sub nom *Wheaton College v. Sebelius*, 2012 WL 6652505 (D.C.Cir. 2012); *Nebraska ex rel. Bruning v. U.S. Dept. of Health and Human Svcs.*, 2012 WL 2913402 (D.Neb. 2012).

contemporaneamente il governo a prendere l'impegno di varare la nuova regolazione entro il mese di agosto del 2013, informando al meno ogni 60 giorni sull'andamento dell'elaborazione della normativa⁴⁰.

Per quanto riguarda le domande presentate dal secondo tipo d'istituzioni – aziende senz'affiliazione religiosa formale di nessun tipo –, la difesa dell'Amministrazione americana è andata in altra direzione, seguendo principalmente due ragionamenti. In primo luogo, i servizi giuridici del governo hanno sostenuto l'impossibilità di allegare che una entità *for-profit* possa essere titolare del diritto di libertà religiosa⁴¹. In secondo luogo hanno sostenuto che i proprietari delle aziende richiedenti in questi casi hanno fatto una scelta organizzativa che comporta una separazione fra il loro patrimonio economico personale e il patrimonio economico delle società; quindi non possono pretendere successivamente che i loro valori morali personali siano tenuti come valori da osservare nell'agire imprenditoriale e sociale dell'azienda, il che sarebbe un modo di imporre tali valori ai lavoratori assunti⁴².

Questi due argomenti – isolati o combinati tra di loro – sono stati accolti in alcuni casi dai giudici distrettuali e dalle istanze d'appello, negando l'*injunctive relief* temporaneo alle aziende coinvolte⁴³. In altri casi gli argomenti del governo sono

⁴⁰ Cfr. *Roman Catholic Archdiocese of New York v. Sebelius*, 2012 WL 6042864 (E.D.N.Y. 4.2.2012); *Wheaton College v. Sebelius*, District of Columbia Circuit Court of Appeals, 18.12.2012.

⁴¹ Cfr. ad. es., *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius*, Western District Court of Oklahoma, Defendants' Memorandum, 22.10.2012, pp. 2-3, 14-15: "Hobby Lobby is a for-profit, secular employer, and a secular entity by definition does not exercise religion".

⁴² Cfr. ad. es., *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius*, Western District Court of Oklahoma, Defendants' Memorandum, 22.10.2012, p. 16-20.

⁴³ Nel caso *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius*, i richiedenti chiesero l'intervento della Corte Suprema dopo la negativa della Corte d'appello del 10th Circuit di concedere il *preliminary injunctive relief*, ma la loro richiesta fu denegata (cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti, *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius*, 568 U.S. 2012, On Application for Injunction, 26.12.2012). Per gli altri casi di questo tipo, cfr. *Autocam Corp. v. Sebelius*, (on appeal, 6th Circuit denying request for injunction); *Conestoga Wood Specialties Corp. v. Sebelius*, (E.D. Pa. order denying injunctive relief following temporary restraining order granted); *Briscoe v. Sebelius* (D. Colo, temporary restraining order denied, Feb. 27, 2013); *Fresh Unlimited v. Sebelius* (D. C., preliminary injunction denied, Mar. 3, 2013).

stati rigettati dai giudici, il che ha permesso la sospensione dell'obbligo di versare le multe previste fino al momento di risoluzione delle cause nel merito⁴⁴.

Accanto a questi argomenti processuali, i servizi giuridici dell'Amministrazione americana e i diversi pareri legali presentati in suo favore (*amicus briefs*) hanno cercato sin dal primo momento di far apparire il rifiuto di alcune istituzioni ad adempiere il *contraception mandate* come un caso di discriminazione nei confronti delle donne e del loro diritto alla salute⁴⁵. A nostro avviso, è questo un argomento di particolare importanza per la relazione che ha con la protezione dell'agire sociale delle istituzioni d'ispirazione cristiana in tutto il mondo. Per questo motivo, ci soffermiamo adesso sui suoi principali elementi, prima di fare riferimento all'ultimo emendamento del *contraception mandate*, proposto dall'Amministrazione federale il 1 febbraio scorso.

⁴⁴ *Annex Medical v. Sebelius*, No. 13-1118 (8th Cir. Feb. 1, 2013) (granting motion for preliminary injunction pending appeal); *Grote v. Sebelius*, No. 13-1077, 2013 WL 362725 (7th Cir. Jan. 30, 2013) (same); *Korte v. Sebelius*, No. 12-3841, 2012 WL 6757353 (7th Cir. Dec. 28, 2012) (same); *O'Brien v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, No. 12-3357 (8th Cir. Nov. 28, 2012) (granting stay pending appeal); *Monaghan v. Sebelius*, No. 12-15488 (E.D. Mich. Mar. 14, 2013) (granting preliminary injunction); *Sioux Chief Mfg. Co. v. Sebelius*, No. 13-0036-CV-W-ODS (W.D. Mo. Feb. 28, 2013) (same); *Triune Health Group v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, No. 12 C 6756 (N.D. Ill. Jan. 3, 2013) (same); *Sharpe Holdings v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, No. 2:12-CV-92-DDN, 2012 WL 6738489 (E.D. Mo. Dec. 31, 2012) (granting temporary restraining order); *Am. Pulverizer Co. v. U.S. Dep't of Health & Human Servs.*, No. 12-3459-CV-S-RED, 2012 WL 6951316 (W.D. Mo. Dec. 20, 2012) (granting preliminary injunction); *Legatus v. Sebelius*, No. 12-12061, 2012 WL 5359630 (E.D. Mich. Oct. 31, 2012) (same); *Newland v. Sebelius*, No. 1:12-cv-1123-JLK, 2012 WL 3069154 (D. Colo. July 27, 2012) (same).

⁴⁵ Cfr. *Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius*, Western District Court of Oklahoma, Defendants' Memorandum, 22.10.2012, pp. 2, 4-5, 8, 20. Come esempio dell'argomentazione usata in alcuni di questi casi ha particolare interesse il parere presentato dall'*American Civil Liberties Union* in una delle cause relative ad una azienda for-profit (*O'Brien v. HHS*). L'ACLU allega nel suo dettame che una parte importante della *gender equality* è offrire alle donne la possibilità effettiva di avere "pieno controllo della loro vita riproduttiva". Secondo quest'organizzazione, i reclamanti nel caso starebbero cercando di "discriminare le donne e negare i loro benefici a causa delle credenze religiose dei loro datori di lavoro". L'ACLU afferma infine che in casi precedenti simili i giudici hanno ribadito che il diritto di libertà religiosa "non comporta il diritto di discriminare altri". E conclude: "Not only do these neutral anti-discrimination laws further a compelling government interest, but as courts have held, they also minimally – if at all – burden religion" (cfr. http://www.aclu.org/files/assets/amicus_brief_0.pdf; pp. 2 e 10).

7. La creazione legislativa di scenari di discriminazione artificiale a danno delle istituzioni d'ispirazione etico-religiosa

Nell'occidente giuridico, sia nell'ambito del *civil law* che del *common law*, si può parlare negli ultimi anni di una tendenza generalizzata alla creazione legislativa di scenari di discriminazione artificiale, che stanno recando grave danno a molte istituzioni d'ispirazione cristiana che agiscono nell'ambito dell'educazione, della salute e dell'assistenza sociale⁴⁶.

I contenuti dei provvedimenti legislativi che portano all'apparizione di questi scenari sono di diverso tipo, ma hanno sempre in comune l'applicazione omogeneizzante delle loro norme a tutte le entità che agiscono nell'ambito del sociale, indipendentemente dal loro carattere. Si tratta di norme giuridiche la cui stretta applicazione, senza lasciare spazio all'obiezione di coscienza istituzionale, comporta per non poche entità una scelta tra dover andare contro la propria identità o interrompere i propri servizi, con il conseguente danno anche per i beneficiari. Anzi, tramite la rigida applicazione di queste norme continua ad adoperarsi una vera e propria ridefinizione della natura di molti servizi, che vengono ammantati di un carattere pubblico-statale incongruente con la loro originaria nascita e sviluppo come impegno dei privati nel sociale.

Alla base di questi interventi legislativi si trovano spesso postulati etici generalmente condivisibili, tendenti all'abolizione di ogni forma di discriminazione. Il problema, come è ben noto, si trova nella strumentalizzazione ideologica dei contenuti di queste norme, e nelle conseguenze che ne derivano tramite la ridefinizione per via giurisprudenziale dei criteri di reciproca articolazione giuridica dei diritti e le libertà fondamentali⁴⁷. L'insieme di questi fattori fa sì che in non

⁴⁶ Già nella conferenza tenuta a Subiaco il primo aprile 2005 – nel ricevere il “Premio San Benedetto” – J. Ratzinger avvertiva : “Il concetto di discriminazione viene sempre più allargato, e così il divieto di discriminazione può trasformarsi sempre di più in una limitazione della libertà di opinione e della libertà religiosa” (J. RATZINGER, *L'Europa di Benedetto nella crisi delle culture*, Roma-Siena 2005, p. 42).

⁴⁷ Cfr. [http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2008/documents/rc_seg-st_20081218:Statement_of_the_Holy_See_delegation_at_the_63rd_session_of_the_General_Assembly_of_the_United_Nations_on_the_'Declaration_on_human_rights,_sexual_orientation_and_gender_identity'](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/2008/documents/rc_seg-st_20081218:Statement_of_the_Holy_See_delegation_at_the_63rd_session_of_the_General_Assembly_of_the_United_Nations_on_the_'Declaration_on_human_rights,_sexual_orientation_and_gender_identity'_), 18.12.2008. Mi sono già riferito a quest'idea in “La discriminazione religiosa fondata sulle leggi antidiscriminazione: un rischio giuridico ormai globale” (commento alla sentenza

poche occasioni l'approvazione parlamentare di questo tipo di norme, pur contando su margini di maggioranza molto ristretti, abbia nel breve periodo importanti conseguenze di carattere costituzionale⁴⁸.

Un esempio recente sono quei provvedimenti che in diversi paesi hanno cercato di obbligare tutte le entità che agiscono nell'ambito dei servizi sociali ad ammettere sia come collaboratori che come utenti tutte le persone che tramite una nuova normativa antidiscriminazione vengono qualificate per la prestazione offerta, senza tener conto del carattere delle entità coinvolte. Nell'ambito delle agenzie di accoglienza e adozioni, ad esempio, sia in Gran Bretagna che in diverse Stati americani, molte agenzie cattoliche hanno dovuto chiudere – con il conseguente danno sociale per i beneficiari dei loro servizi – per il loro rifiuto di ammettere coppie non sposate o coppie omosessuali come strutture familiari di accoglienza dei bambini. Le norme antidiscriminazione tendenti alla protezione delle persone omosessuali di fronte alla discriminazione, sono state usate in questi casi come strumento per creare veri e propri scenari di discriminazione artificiale⁴⁹.

Altri tipi di casi li troviamo nell'ambito educativo, ad esempio quando scuole d'ispirazione cristiana che fanno una scelta pedagogica di educazione differenziata

Hosanna-Tabor v. EECO, Corte Suprema degli Stati Uniti, 11 gennaio 2012), *Ius Ecclesiae* 24 (2012), pp. 733-744.

⁴⁸ Anche nei casi riferiti all'*Affordable Care Act* si è posto subito la questione: "Although supporters of the HHS Mandate argue that women have a constitutional right to contraceptives, this does not include a constitutional right to receive such medical services free of charge at the behest of private employers, through mandated insurance coverage. The constitutional right associated with contraceptives is the right to be free from government interference in the personal, intimate decisions concerning the use of contraceptives. Even the Supreme Court's recent decision upholding the individual Mandate of the ACA does not convert a statutory right to insurance into a constitutional right. There is no constitutional right to health care in general or to contraceptive services, specifically" (T. DAY-L. DIAZ, "The Affordable Care Act and Religious Freedom: The Next Battleground", *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 11, 2012, p. 49).

⁴⁹ Per la situazione creatasi in Gran Bretagna è utile la consultazione dell'*Equality Act* 2010 (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>) e della sentenza *Johns v. Derby City Council*, EWHC 375 (Admin), 28.2.2011. Per la situazione creatasi in diverse città statunitensi, cfr. <http://www.usccb.org/issues-and-action/religious-liberty/current-threats-to-religious-liberty-bulletin-insert-summer-2012.cfm>: "Catholic foster care and adoption services: Boston, San Francisco, the District of Columbia, and the State of Illinois have driven local Catholic Charities out of the business of providing adoption or foster care services – by revoking their licenses, by ending their government contracts, or both – because those Charities refused to place children with same-sex couples or unmarried opposite-sex couples who cohabit".

tra ragazzi e ragazze vengono accusate di discriminazione per ragione di sesso, come frutto di un'interpretazione estensiva, ideologica e strumentalizzata di norme antidiscriminazione che nella loro interpretazione comune sarebbero condivisibili da tutti⁵⁰. I casi più gravi invece, sempre nel contesto scolastico, li troviamo quando si cerca d'incorporare con carattere obbligatorio all'insegnamento etico scolastico, nelle sue diverse modalità, quei postulati ideologici che vengono usati giuridicamente per creare scenari di discriminazione artificiale. Tramite questi provvedimenti, ovviamente, quel che si intende in ultima analisi è completare un livellamento sociale forzato, cercando di eliminare nella fase educativa le divergenze rispetto all'ideologia che si vuole imporre⁵¹.

In tutti questi tipi di casi infine, di fronte al rifiuto delle istituzioni di adattare i loro servizi alle esigenze provocate dall'uso strumentale delle norme antidiscriminazione, le amministrazioni pubbliche hanno sempre a disposizione lo strumento coercitivo del finanziamento pubblico di tali istituzioni⁵².

Come si può ben constatare, in tutti questi casi, tramite l'uso strumentale delle norme antidiscriminazione – ben accompagnato sempre dalle opportune strategie di comunicazione – le autorità pubbliche sono in grado di provocare un mutamento del *framing* informativo e giuridico dei loro rapporti con le istituzioni che agiscono nel sociale e la cui ispirazione morale non coincide con quella che si intende imporre. Di fronte al discorso punitivo, nel quale le istituzioni appaiono come vittime e le autorità pubbliche come oppressori – “se lei come istituzione non adatta i suoi servizi a queste esigenze per quanto riguarda utenti o collaboratori, verrà

⁵⁰ Cfr., per il caso della Spagna, la sentenza della Corte Suprema 5492/2012, del 23 luglio 2012, che nega per questo motivo il finanziamento pubblico a due scuole d'ispirazione cristiana con educazione differenziata.

⁵¹ Cfr. Benedetto XVI, *Discorso al Corpo Diplomatico*, 7.I.2013: “Capita anche che ai credenti – e ai cristiani in modo particolare – sia impedito di contribuire al bene comune con le loro istituzioni educative ed assistenziali. Per salvaguardare effettivamente l'esercizio della libertà religiosa è poi essenziale rispettare il diritto all'obiezione di coscienza (...) Pertanto, vietare l'obiezione di coscienza individuale ed istituzionale, in nome della libertà e del pluralismo, paradossalmente aprirebbe invece le porte proprio all'intolleranza e al livellamento forzato”.

⁵² Cfr. Benedetto XVI, *Discorso alla plenaria del Pontificio Consiglio “Cor unum”*, 19.1.2013: “Di fronte a questa riduzione antropologica, quale compito spetta ad ogni cristiano, e in particolare a voi, impegnati in attività caritative, e dunque in rapporto diretto con tanti altri attori sociali? Certamente dobbiamo esercitare una vigilanza critica e, a volte, ricusare finanziamenti e collaborazioni che, direttamente o indirettamente, favoriscano azioni o progetti in contrasto con l'antropologia cristiana”.

sanzionato” –, sorge il discorso discriminante – “se lei come istituzione non adatta i suoi servizi a queste esigenze, lei sta discriminando” –, nel quale sono le persone astrattamente discriminate ad apparire come vittime, e le istituzioni d’ispirazione etico-religiosa come oppressori⁵³.

Attraverso questi meccanismi si è riuscito a trovare un diritto – il diritto alla non discriminazione – il cui uso strumentale è capace di modificare i principi essenziali di reciproca articolazione tra i diritti fondamentali. La libertà di coscienza, pensiero e religione perde in questo modo il suo ruolo di diritto alla base dei diritti, e viene così messo da parte il riconoscimento del ruolo strutturante dei diversi patrimoni morali presenti nelle società⁵⁴.

8. Lo scenario di discriminazione artificiale creato dal *contraception mandate*

Come già detto in precedenza, anche il rifiuto di molte istituzioni americane d’ispirazione etico-religiosa ad adempiere il *contraception mandate* si è voluto presentare come un caso di discriminazione nei confronti del diritto alla salute delle

⁵³ La problematica però non rimane limitata all’ambito delle istituzioni *non-profit* dedicate al sociale. Nel recente caso *Elane Photography v. Vanessa Willock*, una azienda familiare privata di fotografia è stata condannata sulla base delle norme antidiscriminazione dello stato del New Mexico, per il rifiuto a prestare i suoi servizi ad una coppia omosessuale nella loro cerimonia di nozze. Il caso si trova adesso in esame davanti alla corte suprema dello stato (*New Mexico Supreme Court*, Case No. 33,687).

⁵⁴ In relazione a questo ruolo, spiega C. CARDIA: “Una ulteriore spinta in questa direzione può derivare da quelle strutture, di ricerca, sanitarie, di assistenza, che (sulla base del principio dell’obiezione di coscienza collettiva, o strutturale) in linea di principio non attuano piani di ricerca scientifica ai quali sono contrarie per motivi morali o religiosi, o non sono disponibili alle pratiche abortive, o eutanasiche, o a dare in adozione minori a coppie dello stesso sesso. Queste strutture, nelle quali operano soggetti individuali che sarebbero (o sono) obiettori di coscienza anche dal punto di vista soggettivo, hanno una maggiore possibilità di realizzare una prospettiva alternativa nei diversi ambiti appena ricordati, e possono fungere da elementi propulsori per far sviluppare il dibattito culturale, per offrire strumenti di riflessione e di conoscenza per il legislatore” (“Tra il diritto e la morale. Obiezione di coscienza e legge”, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, vol. maggio, 2009, pp. 27-28). “Ciò sta a significare che la legislazione approvata può non costituire l’approdo definitivo dell’ordinamento su quel determinato argomento. E che l’opposizione che viene espressa dal singolo, oltre ad essere rappresentativa della coscienza individuale, esprime un disagio sociale più ampio, anche perché lo stesso legislatore avverte di addentrarsi in materie non ancora definite, né scientificamente né culturalmente” (*Ibid.*, p. 25).

donnes⁵⁵. Vogliamo adesso segnalare le principali peculiarità e paradossi dello scenario di discriminazione artificiale creato tramite l'*Affordable Care Act* nella sua versione anteriore all'ultima bozza di emendamento, proposta dal governo all'inizio dello scorso febbraio, al quale faremo riferimento successivamente.

Un primo paradosso è che, pur essendo noto che questa normativa ha voluto ampliare i servizi sanitari fondamentalmente attraverso istituzioni private, l'iniziativa e il finanziamento federale necessario per tale operazione hanno fatto apparire l'insieme dei nuovi servizi offerti come aventi carattere pubblico statale, e quindi più facilmente percettibili come non soggetti al necessario rispetto della libertà di coscienza istituzionale delle organizzazioni coinvolte. In questo modo, il *contraception mandate* presenta la novità, rispetto ai diversi casi precedenti, di creare uno scenario di discriminazione artificiale a partire dalla prestazione offerta dalle istituzioni, e non a partire dai soggetti. In questo provvedimento infatti non si chiede di accettare come collaboratori o come beneficiari ogni tipo di persone, quantunque tale accettazione possa danneggiare i valori di un'istituzione; si chiede di rinunciare a tali valori ammettendo l'uso della propria organizzazione come canale per servizi che li contravvengono⁵⁶. Il rifiuto a quest'obbligo, come nei casi precedenti, viene strumentalmente interpretato come discriminante nei confronti delle donne – in astratto – e del loro diritto alla salute.

Una seconda peculiarità del *contraception mandate* è che vengono coinvolte insieme organizzazioni *non-profit* che operano nell'ambito del sociale ed entità con fine di lucro che portano avanti diverse attività imprenditoriali, il che aggiunge nuove domande al caso: esiste un diritto d'ispirare l'attività imprenditoriale a valori etici non coincidenti con quelli normativamente vigenti⁵⁷? Leggendo le

⁵⁵ Cfr. USCCB, *The Mandate for Contraception/Sterilization Coverage: An Attack on Rights of Conscience*, 20.I.2012, <http://www.usccb.org/issues-and-action/religious-liberty/conscience-protection/upload/preventiveqanda2012-2.pdf>.

⁵⁶ Secondo l'opinione della corte d'appello del 7th Circuit (Chicago-Illinois), "the religious liberty violation at issue here inheres in the coerced coverage of contraception, abortifacients, sterilization, and related services, *not* (or perhaps more precisely, *not only*) in the later purchase or use of contraception or related services" (*Korte v. Sebelius*, No. 12-3841, 28.12.2012, p. 5).

⁵⁷ Sulla questione sono particolarmente significative le parole di Benedetto XVI nella sua enciclica *Caritas in veritate*: "Inoltre, occorre che nel mercato si aprano spazi per attività economiche realizzate da soggetti che liberamente scelgono di informare il proprio agire a principi diversi da quelli del puro profitto, senza per ciò stesso rinunciare a produrre valore economico. Le tante espressioni di economia che traggono origine da iniziative religiose e laicali dimostrano che ciò è concretamente possibile" (n. 37).

argomentazioni usate dai servizi giuridici del governo in alcuni di questi casi sembra che la percezione sia questa: la denominazione *for-profit* di una entità fa sì che lo scopo di arricchimento oscuri fino a tal punto le altre possibili finalità dell'azione imprenditoriale che fa venire meno il diritto di libertà di coscienza dell'istituzione, e quindi dei proprietari, azionisti e lavoratori⁵⁸. Infatti, è interessante il parallelismo tra la situazione nella quale si trovano le aziende nel caso *Obamacare* e quell'analizzata di recente dalla Corte Europea dei Diritti Umani nel quarto caso della sentenza *Eweida and Others v. The United Kingdom*⁵⁹. Nella sua decisione, la Corte di Strasburgo ha ribadito il diritto delle aziende ad avere un proprio codice etico, e a prendere decisioni nei confronti dei propri lavoratori secondo i valori presenti in tale codice, in questo caso però per legittimare la decisione di un'organizzazione privata di terapia relazionale di licenziare un lavoratore di religione cristiana⁶⁰.

In terzo luogo, da una prospettiva globale dei casi di questo tipo, va sottolineato il fatto che con una disposizione come quella contenuta nel *contraception mandate*, viene completato nello scenario giuridico mondiale una tenaglia pronta ad stringere la libertà di coscienza delle persone che dirigono e lavorano in istituzioni sociali d'ispirazione religiosa, e allo stesso tempo, il ruolo sociale strutturante che hanno i valori da loro promossi⁶¹. In effetti, secondo l'eccezione contenuta nel *contraception mandate* vengono esonerati dall'obbligo di offrire un'assicurazione contenente servizi di contraccezione e sterilizzazione soltanto le istituzioni che prestano servizi di carattere meramente religioso, oppure prestano servizi di carattere sociale unicamente alle persone che condividono la stessa fede, assumendo per questo scopo persone affini ai propri valori. Con questo

⁵⁸ "Hercules Industries overriding purpose is to make money (...) There is nothing to indicate that Hercules Industries is anything other than a for-profit, secular employer (...) By definition, a secular employer does not engage in any exercise of religion" (United States Department of Justice, Defendants' Memorandum in Support of Their Motion to Dismiss and in Opposition to Plaintiffs' Motion for Preliminary Injunction, *Newland, et. al v. Sebelius*, No. 1:12-cv-01123JLK, D. Colo., June 8, 2012).

⁵⁹ *Eweida and Others v. The United Kingdom*, Fourth Applicant (Mr. McFarlane), 15.1.2013 (App. No. 51671/10).

⁶⁰ *Eweida and Others v. The United Kingdom*, cit., §§ 107-110, con decisione che in questo caso ha fatto prevalere tale diritto dell'azienda sul diritto di libertà di coscienza del lavoratore.

⁶¹ "The autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection Article 9 affords" (CEDU, *Obst v. Germany*, App. No. 425/03, 23.9.2010, § 44).

presupposto, la domanda successiva è: non si era già visto che in diversi paesi le istituzioni di questo tipo sono state accusate di discriminazione precisamente quando non hanno voluto ammettere come collaboratori o come beneficiari persone che non condividono i valori etici dell'entità? Questa doppia tenaglia equivale a dire che le istituzioni d'ispirazione religiosa che vogliono offrire i loro servizi nell'ambito del sociale possono ispirare la loro azione ai propri valori morali soltanto quando interagiscono con persone che condividono tali valori, motivo per il quale possono essere accusate di discriminazione.

In definitiva, nel caso che stiamo analizzando e in tutti i casi precedenti dello stesso tenore, quel che viene negato attraverso l'uso strumentale del diritto alla non discriminazione è il diritto d'ispirare l'azione istituzionale sociale a valori etici – di fondamento religioso, filosofico, ideologico, ecc. – non coincidenti con quelli normativamente vigenti. Non di rado, la giustificazione di questa negazione viene rinforzata con l'argomento di essere di fronte a istituzioni che operano nell'ambito dei servizi sociali. In realtà, tramite quest'argomentazione si cerca d'omogeneizzare l'ambito dei servizi sociali con quello dei servizi propriamente pubblici, allo scopo di ampliare il controllo delle autorità su quei servizi.

A nostro avviso, dietro le argomentazioni contrarie alla libertà di coscienza istituzionale che stiamo mostrando si trova in ultima analisi una presunzione dell'esistenza di un danno potenziale recabile da chi cerca di ispirare il proprio agire sociale a valori di carattere etico-religioso. Questo vuol dire che nell'odierno contesto giuridico, quando lo Stato non trova la legittimità giuridica per opporsi alla libertà d'ispirazione istituzionale nell'agire sociale – entro i termini del bene comune e dell'ordine pubblico –, ha sempre a disposizione la possibilità di mettere sotto sospetto i patrimoni etico-religiosi ispiratori di determinate persone e istituzioni, apparendo come difensore di fronte alla potenziale discriminazione di terzi soggetti virtuali. In questo senso, si può parlare di una vera e propria inversione dell'onere della prova⁶².

⁶² A questo riguardo, sono profetiche le parole di J. HABERMAS: "Il rovescio della medaglia della libertà religiosa è una pacificazione del pluralismo delle visioni del mondo, che ha oneri conseguenti distribuiti in maniera non equilibrata" (cfr. Relazione in occasione della consegna del Premio per la pace, conferito dal Deutscher Buchhandel, 14.10.2001, reperibile su J. HABERMAS, *Il futuro della natura umana: i rischi di una genetica liberale*, Torino 2010).

9. La libertà d'ispirazione istituzionale come contenuto della libertà di coscienza, pensiero e religione: verso una più equilibrata articolazione con il diritto alla non discriminazione

Come abbiamo già segnalato, il 1 febbraio 2013 l'Amministrazione federale ha presentato un nuovo progetto di emendamento al *contraception mandate*, adempiendo la richiesta dei giudici nei casi portati avanti dall'archidiocesi di New York e dai colleges Wheaton e Belmont Abbey. Come è già capitato con il primo tentativo di accomodamento, il governo ha voluto presentare questo nuovo emendamento come una soluzione finale e definitiva ai problemi riguardanti le istituzioni d'ispirazione religiosa che si oppongono al mandato. Il progetto – di 80 pagine – prevede un arco di tempo di 60 giorni per ricevere i commenti di tutte le parti interessate, prima di procedere ad un'approvazione definitiva⁶³.

Dopo un breve periodo di studio della proposta, i vescovi statunitensi sono stati di nuovo i primi a pronunciarsi ufficialmente, per ribadire ancora una volta che i contenuti del nuovo provvedimento continuano a non rispettare la libertà di coscienza, pensiero e religione di molti americani⁶⁴. Sommarariamente, i presuli denunciano tre problemi: 1) nella proposta di emendamento vengono esentate dal *contraception mandate* le organizzazioni *non-profit* – fondamentalmente centri di salute, educativi e sociali – di carattere religioso, ma le compagnie di assicurazione vengono obbligate a coprire gratuitamente i servizi di contraccezione e sterilizzazione per gli impiegati e gli studenti di queste istituzioni⁶⁵; 2) il meccanismo

⁶³ Cfr. <https://www.federalregister.gov/articles/2013/02/06/2013-02420/coverage-of-certain-preventive-services-under-the-affordable-care-act>: *Notice of Proposed Rulemaking on recommended preventive services policy*, 1.2.2013.

⁶⁴ Cfr. <http://www.usccb.org/news/2013/13-037.cfm>: **Statement of Cardinal Timothy Dolan Responding to Feb. 1 Proposal from HHS, 7.2.2013**. Le obiezioni enunciate appaiono ampiamente sviluppate nel recente documento della USCCB, *Notice of Proposed Rulemaking on Preventive Services*, 20.3.2013 (<http://www.usccb.org/about/general-counsel/rulemaking/upload/2013-NPRM-Comments-3-20-final.pdf>), che contiene i commenti finali alla nuova regolazione proposta dal governo, e che citeremo successivamente.

⁶⁵ In questo modo, la loro obiezione di coscienza viene presentata come di seconda classe nei confronti delle istituzioni religiose pienamente esentate sin dall'inizio. È importante il commento che fa la Conferenza episcopale USA in relazione ai lavoratori di queste organizzazioni: "Employees of religiously-affiliated hospitals, colleges, universities, and charities have *chosen* to be employed by such organizations and therefore, as to any employee benefits that those employers provide, have implicitly agreed to the employer's terms of employment, including

mediante il quale vengono esentate le organizzazioni *non-profit* di carattere religioso – sempre tramite l'interposizione dell'azione delle compagnie d'assicurazione – è ancora molto complesso, e in ogni caso rimane incerto il modo nel quale verrebbero esentate le organizzazioni *non-profit* che agiscono allo stesso tempo come assicuratrici dei loro lavoratori (situazioni di *self-insurance*)⁶⁶; 3) in nessun modo viene contemplata nella nuova proposta l'esenzione delle organizzazioni *non-profit* non formalmente religiose e delle aziende che ispirano la loro azione a valori religiosi, e che hanno agito contro il *contraception mandate*⁶⁷.

Attualmente ci sono ancora in corso più di cinquanta cause contro il mandato⁶⁸. È difficile prevedere quale sarà il percorso che seguiranno queste cause nei prossimi mesi e quale sarà il loro esito. In ogni caso, sarà necessario aspettare l'approvazione definitiva del nuovo emendamento proposto dal governo, il cui contenuto potrebbe subire ancora alcuni cambiamenti provocati dai commenti presentati. Se non ci saranno troppe variazioni, è molto probabile che nei prossimi mesi arrivino le prime pronunce delle corti d'appello americane sul fondo della questione, il che potrebbe permettere alla Corte Suprema di avocare a sé alcuni di questi casi e includerli nella sua agenda per il prossimo anno.

Se qualcuna di queste cause arrivasse finalmente alla Corte Suprema, la prima sfida dei richiedenti sarà provare che l'obbligo di mettere a disposizione la propria struttura organizzativa per la copertura di contraccezione e sterilizzazione comporta una gravame sostanziale (*sustantial burden*) della libertà di coscienza, pensiero e religione dei datori di lavoro, degli assicuratori e dei lavoratori che presentano obiezioni morali a queste procedure⁶⁹. Come si è già visto nelle istanze inferiori, le

compensation and benefits" (USCCB, *Notice of Proposed Rulemaking on Preventive Services*, 20.3.2013, cit., p. 14).

⁶⁶ Cfr. USCCB, *Notice of Proposed Rulemaking on Preventive Services*, 20.3.2013, cit., pp. 15-23: "Even if the purchaser's premiums were somehow segregated to eliminate the funding tie, it is not evident that it would resolve the moral problem. In effect, offering a group health plan would operate automatically as a "ticket" or "trigger" for contraceptive coverage. The employee (and her dependents such as female minor children) will receive this "entitlement" whether she wants it or not, triggered by her enrollment in a health plan from her religious employer" (pp. 18-19).

⁶⁷ Cfr. USCCB, *Notice of Proposed Rulemaking on Preventive Services*, 20.3.2013, cit., pp. 7-8.

⁶⁸ Come abbiamo già segnalato, si possono trovare aggiornamenti on-line sull'andamento dei diversi casi su: http://www.becketfund.org/HHS_mandate.

⁶⁹ USCCB, *Comments on Interim Final Rules Imposing Contraception Mandate*, 31.8.2011, cit., pp. 8-11.

difficoltà più serie le troveranno le aziende richiedenti, nell'allegare che anche le entità *for-profit* hanno un diritto di libertà religiosa istituzionale protetto dal *Religious Freedom Restoration Act*⁷⁰.

Se la Corte Suprema ammette l'esistenza di una gravame sostanziale della libertà religiosa provocata dal *contraception mandate*, dovrà applicare al caso lo *strict scrutiny test* previsto nel *Religious Freedom Restoration Act*, come ha fatto nei casi più recenti di questo tipo⁷¹. Il governo dovrà quindi dimostrare, da un lato che la limitazione della libertà religiosa contenuta nel *contraception mandate* è necessaria per garantire un interesse statale irrinunciabile (*compelling interest*); dall'altro, che non esistono mezzi alternativi, meno restrittivi della libertà religiosa, per servire tale interesse⁷².

Secondo il governo, l'interesse statale presente in questo caso è la promozione della salute e del benessere delle donne durante il periodo della gravidanza e il bilanciamento dei costi di salute tra uomini e donne nella stessa fascia di età⁷³. Tuttavia, stabilire che l'inclusione dei servizi di contraccezione e sterilizzazione tra i servizi preventivi per le donne sia un interesse statale irrinunciabile non è compito facile⁷⁴. Accanto agli studi scientifici allegati

⁷⁰ *Religious Freedom Restoration Act*, Pub. L. No. 103-141, 107 Stat. 1488 (16.11.1993). Come fece notare il giudice S. Sotomayor nella risposta all'*injunction pending appellate review* chiesto da Hobby Lobby Inc., fino adesso la Corte Suprema non si è mai pronunciata su questo particolare (cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti, *Hobby Lobby v. Sebelius*, Application for Injunction, 568 U. S., 26.12.2012, p. 3). Nel recente parere legale (*amicus brief*) presentato da undici congressisti americani che parteciparono all'elaborazione del RFRA, si sottolinea come l'intenzione generale dei partiti allora fosse quella di proteggere anche la libertà religiosa degli imprenditori (cfr. <http://www.becketfund.org/wp-content/uploads/2013/02/Congress-and-Senate.pdf>, pp. 4-9).

⁷¹ Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema USA nell'applicazione del *balance process* e dello *strict scrutiny test* a partire dal caso *Sherbert v. Verner* (374 U.S. 398, 1963), cfr. V. VALENTINI, *Gli Stati Uniti e la religione. Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, Roma 2010, pp. 43-50.

⁷² Il *Religious Freedom Restoration Act* richiede che qualsiasi azione del governo federale che gravi sostanzialmente il libero esercizio della religione sia sottoposta allo *strict scrutiny test* (cfr. 42 U.S.C. 2000bb-1c).

⁷³ Cfr. *Ave Maria University v. Sebelius* (No. 212-cv-00088-UA-SPC, M.D. Fla. May 16, 2012), Defendants' Motion to Dismiss and Memorandum in Support, pp. 4-5.

⁷⁴ "The proposed regulation keeps in place a regulatory definition of 'preventive' health care which includes items that do not prevent disease, but rather are intended to render a woman temporarily or permanently infertile, and may be associated with adverse health outcomes" (cfr. USCCB, *Notice of Proposed Rulemaking on Preventive Services*, 20.3.2013, cit., p. 23).

dall'agenzia di salute nordamericana, esistono altri rilevanti studi che mostrano i rischi dell'uso di alcuni tipi di contraccettivi coperti dal mandato⁷⁵. Non sarà neanche un compito facile per il governo mostrare che non esistono mezzi alternativi, meno restrittivi della libertà religiosa, per tutelare l'interesse menzionato, dal momento in cui lo stesso governo ha suggerito reiteratamente possibili modi di adattare la vigente normativa per venire incontro alle domande delle istituzioni non esentate nella versione odierna del mandato⁷⁶.

D'altra parte, è molto probabile che davanti alla Corte Suprema, insieme alle argomentazioni fondate sulla libertà di coscienza, pensiero e religione, vengano usati nell'argomentazione di difesa altri diritti protetti dalla *First Amendment*, in particolare il diritto di libertà di espressione, anche nella sua dimensione associativa, per il fatto di vedere alcune istituzioni costrette a sponsorizzare servizi che vanno contro il patrimonio etico-religioso al quale si ispira la propria attività⁷⁷. Questi

⁷⁵ Cfr. tra gli altri, U.S. Food and Drug Administration, *Drug Safety Communication: Safety Review of possible increased risk of blood clots with birth control pills containing drospirenone*, 31.5.2011 (<http://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/ucm257164.htm>). D'altra parte, alla fine dell'anno scorso è stata presentata in Francia la prima denuncia penale contro una casa produttrice di pillole anticoncezionali, in un caso che ha avuto ampio eco nei media e che ha fatto emergere un problema di salute sociale finora taciuto (cfr. *Le Monde*, 14.12.2012, "Pilule: Marion Larat, l'injustice transformée en combat"/ "Alerte sur la pilule de 3e et 4e generation", <http://www.lemonde.fr/sante/article/2012/12/14/>).

⁷⁶ Cfr. *Ave Maria University v. Sebelius* (No. 212-cv-00088-UA-SPC, M.D. Fla. 16.5.2012), Defendants' Motion to Dismiss and Memorandum in Support, pp. 10-11.

⁷⁷ "To the extent that a nonexempt religious employer must either provide an employee health insurance plan which covers services contrary to religious belief or pay a penalty, Plaintiffs argue that the HHS Mandate violates their right not to speak, a freedom guaranteed under the Free Speech Clause. Nevertheless, whether objecting employers incur costs or merely facilitate access to the services, they maintain it violates their free speech rights not to endorse or associate with a message at odds with their moral conscience. The Free Speech Clause protects both the right to speak and the right not to speak. While the Mandate does not involve actual speech, communication of ideas can be expressed through conduct. The HHS Mandate represents the government's message that women's health services of the kind required are important. Further, the idea that contraceptives provide health benefits furthers the government's belief that they are 'life affirming' instead of 'life defying'. Clearly, this view of contraceptives is totally at odds with the beliefs of religious objectors. To require nonexempt religious employers to carry insurance satisfying the HHS Mandate is compelling those employers to adopt the government's message about contraceptives" (T. DAY-L. DIAZ, *The Affordable Care Act and Religious Freedom: The Next Battleground*, cit., pp. 39-41). Cfr. anche USCCB, *Comments on Interim Final Rules Imposing Contraception Mandate*, 31.8.2011, cit., pp. 11-13, con citazione diretta di *Boys Scout of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000).

argomenti complementari servirebbero a ribadire che, quando si nega la libertà di espressione istituzionale, si attacca allo stesso tempo il diritto di associazione delle persone che integrano volontariamente le istituzioni, e in ultima analisi il loro diritto alla libertà di coscienza, di pensiero e di religione⁷⁸.

Insisto, non sappiamo se qualcuno di questi casi arriverà finalmente alla Corte Suprema. Se così fosse, il fatto che lo scenario di discriminazione artificiale creato dal *contraception mandate* sia particolarmente sofisticato, può far sì che i principi che vengano usati nella soluzione giudiziaria di questa vicenda abbiano particolare influenza nella giurisprudenza successiva, sia nell'ambito nordamericano, che in quello del diritto comparato⁷⁹. Può essere questa una grande opportunità per mostrare che i diritti di libertà di coscienza individuale e istituzionale non sono interessi privati messi a confronto con interessi pubblici, ma sono anch'essi interessi pubblici di prima importanza, in quanto riguardano diritti e libertà fondamentali di carattere costituzionale con riconoscimento nei trattati internazionali⁸⁰.

La sfida sarà, ancora una volta, quella di trovare l'articolazione più equilibrata possibile tra i diritti presenti in questo complesso scenario. Soltanto tramite questa ponderazione sarà possibile garantire il massimo grado di riconoscimento a tutti i diritti messi a confronto, evitando delle restrizioni che comportino una negazione

⁷⁸ "When a religious organization in particular pays for private conduct, the inescapable message is that it does not disapprove of that conduct. As noted above, a religious organization cannot communicate an effective message that conduct is morally wrong at the same time that it subsidizes that conduct. In particular, Catholic organizations cannot effectively and persuasively communicate the Church's teaching that contraception and sterilization are immoral if they simultaneously pay for contraceptives for their employees or (in the case of colleges and universities) for their students (...) The compelled subsidization in this case strikes at the heart of the Church's ability to communicate its unambiguous commitment to basic moral teachings and to form associations that maintain their adherence to those teachings" (USCCB, *Comments on Interim Final Rules Imposing Contraception Mandate*, 31.8.2011, cit., pp. 12-13).

⁷⁹ "Despite stereotypical assumptions of divergence between American and European church-state jurisprudence due to the American Establishment Clause, the reality is one of substantial convergence (...). European precedents were argued to the Supreme Court in the most recent autonomy case in the United States (*Hosanna-Tabor*), and for the same reason, we hope comparative analysis will be helpful here" (CEDU, *Sindicatul "Păstorul cel bun" v. Romania*, App. no. 2330/09, *Written Comments of Third-party Interveners: Becket Fund for Religious Liberty and International Center for Law and Religion Studies*, § 4).

⁸⁰ Cfr. R. NAVARRO-VALLS/J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Madrid 2011, p. 39.

del loro contenuto essenziale⁸¹. Ci auguriamo veramente che in questo sforzo di armonizzazione, la libertà d'ispirazione etico-religiosa nell'agire sociale come contenuto specifico della libertà di coscienza, pensiero e religione possa trovare un chiaro riconoscimento da parte della Corte Suprema nordamericana, in modo tale di riassicurare nuovamente uno dei più importanti confini della libertà umana⁸².

⁸¹ Cfr. J. WEILER, *State, Faith and Nation: the European Conundrum*, 33rd Corbishley Lecture, House of Commons, Londra, 14.9.2011. Questo è, in definitiva, lo scopo del *balancing test* e lo *strict scrutiny* previsto dalla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti per verificare le violazioni della *Free Exercise Clause*. E questa dovrebbe essere anche la finalità ultima del “fair balance between the interests of the individual and a community as a whole” e della distinzione tra “legitimate aim” e “proportionate aim” spesso usati nelle sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani (cfr., di recente, *Eweida v. The United Kingdom*, cit., §§. 84, 105-106 e 109).

⁸² “Religious freedom must also include the freedom to abide by Church teachings, even outside the four walls of the sanctuary” (USCCB, *Notice of Proposed Rulemaking on Preventive Services*, 20.3.2013, cit., p. 11). Cfr. anche Benedetto XVI, *Discorso al Corpo Diplomatico*, 7.1.2013: “Per salvaguardare effettivamente l’esercizio della libertà religiosa è poi essenziale rispettare il diritto all’obiezione di coscienza. Questa ‘frontiera della libertà’ tocca dei principi di grande importanza, di carattere etico e religioso, radicati nella dignità stessa della persona umana”.