



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2021 FASC. I  
(ESTRATTO)

**RICCARDO GUASTINI – ALESSIO SARDO**

***BOSTOCK: UN CASO DI DISCRIMINAZIONE SUL LAVORO***

26 APRILE 2021

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Riccardo Guastini – Alessio Sardo**  
**Bostock**: un caso di discriminazione sul lavoro\*

**ABSTRACT:** *Strictly speaking, Bostock is not a constitutional case. It is an employment law case: more precisely, one of discriminatory dismissal. Neil Gorsuch, who writes for the majority of the Roberts Courts, confines the issue to the interpretation of the Civil Rights Act (1964), without developing a real “constitutional argument.” From the perspective of legal reasoning, Bostock is an originalist decision. Both the majority opinion and the dissenting opinions of Samuel Alito and Brett Kavanaugh are attempts to reconstruct and apply the original meaning of the phrase “because of sex.” In this decision, several forms of originalism intertwine: there is clash between the textualist doctrine, on the one hand, and the doctrine of public meaning combined with intention-based arguments, on the other. But, in truth, the majority opinion’s textualism seems to “hide” a dynamic and evolutionary interpretation that updates the original meaning of the Civil Rights Act to include sexual orientation in the protection against sex-based discriminations. When combined with other recent decisions, Bostock seems part of a broader strategy of the Roberts Court oriented towards the systematization of the federal law in the area of employment discrimination.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. “Because of sex”: un’espressione ambigua. – 3. La dottrina originalista e il Titolo VII del *Civil Rights Act*. – 4. L’opinione di maggioranza: un’interpretazione evolutiva mal celata? – 5. Il giudice Alito e la “nave pirata”. – 6. Significato ordinario e separazione dei poteri. – 7. Le virtù passive e la discriminazione sul lavoro. – 8. Conclusioni.

### 1. Introduzione.

*Bostock v. Clayton County, Georgia* non è, in senso stretto, un caso costituzionale<sup>1</sup>. È un caso di diritto del lavoro: in particolare di licenziamento discriminatorio. E nell’argomentazione, vuoi della maggioranza, vuoi dei dissenzienti, non si fa neppure cenno alla costituzione. Si tratta dunque di un semplice problema di interpretazione della legge federale<sup>2</sup>. Detto altrimenti, la decisione è un esempio di “statutory interpretation”. Neil Gorsuch, il giudice estensore, limita la questione all’interpretazione del *Civil Rights Act* (1964), senza sviluppare un vero e proprio “constitutional argument”<sup>3</sup>. Le opinioni dissenzienti non si discostano da quest’impostazione generale<sup>4</sup>.

\* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> *Bostock v. Clayton County, Georgia* 590 U.S. \_\_2020; 140 S. Ct. 1731; 2020 WL 3146686; 2020 U.S. LEXIS 3252. È una decisione a maggioranza (6-3) su tre casi riuniti concernenti il licenziamento discriminatorio di lavoratori LGBTQ+: Gerald Bostock, licenziato perché giocava in una lega gay di softball; Donald Zarda, licenziato dopo aver riferito ai colleghi di Altitude Express di essere omosessuale; Aimee Stephens, licenziata da un’impresa di pompe funebri dopo aver annunciato la sua decisione di cambiare sesso.

<sup>2</sup> La Corte Suprema interviene su questioni di *statutory interpretation* qualora vi siano significativi disaccordi interpretativi tra i giudici federali su materie costituzionalmente rilevanti. In questo caso, la Corte esercita (anche) una funzione nomofilattica, volta a garantire risposte uniformi dai giudici federali su questioni fondamentali, come l’applicazione del *Civil Rights Act*. La US Ct Rule 10 identifica espressamente i disaccordi interpretativi fra le corti federali come un fattore centrale per concedere un *writ of certiorari*. Per quanto riguarda, invece, la notevole salienza politica di *Bostock*, cfr., almeno, T. L. GROVE, *Which Textualism?*, in 134 *Harvard Law Review* (*Harv. L. Rev.*) 265 (September 8, 2020): «The litigation leading up to *Bostock* also had a partisan valence: although the Obama Administration concluded in 2012 that Title VII’s prohibition on sex discrimination “by definition” encompassed the LGBTQ+ community, the Trump Administration reversed course in 2017, insisting that such an interpretation would lead to “extreme” and “absurd” results».

<sup>3</sup> Nicolò Zanon offre una spiegazione convincente di questa scelta della Corte Suprema: nell’ordinamento statunitense manca una dottrina affine alla *Drittwirkung*, che estende l’applicazione dei diritti fondamentali alle controversie tra privati. Per questa ragione, l’*equal protection clause* rileva, almeno in astratto, soltanto per i rapporti tra autorità pubbliche e privati: cfr. N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, in 4 *Quaderni Costituzionali*, 2020, 839.

<sup>4</sup> L’opinione della maggioranza ha sorpreso molti commentatori – e.g., R. BARNES, *Neil Gorsuch? The Surprise Behind the Supreme Court’s Surprising LGBTQ Decision*, in *The Washington Post* (Jun. 16, 2020, 8:06 PM) – poiché apparentemente in tensione con l’orientamento generalmente conservatore della Corte Roberts e, in particolare, del

E la maggioranza non accenna neppure ad una interpretazione “conforme” o “adeguatrice” sulla base della “equal protection clause”, come pure sarebbe stato possibile, almeno in astratto<sup>5</sup>. Ciò è sorprendente, perché un richiamo al principio generale di eguaglianza sarebbe stato, per la maggioranza, un argomento abbastanza forte.

Fatti salvi alcuni problemi marginali (cui faremo cenno), la questione, al fondo, è elementare. Non coinvolge complesse costruzioni dogmatiche. Semplicemente, si vuol sapere se il vocabolo “sesso” si riferisca solo al sesso biologico o includa anche l’orientamento sessuale.

Vale segnalare che un caso per molti versi simile si era posto nel 1996 di fronte alla Corte di giustizia europea, chiamata a giudicare della legittimità del licenziamento di un transessuale ai sensi della direttiva 207/76, relativa all’attuazione del principio della parità di trattamento fra uomini e donne per quanto riguarda l’accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali, e alle condizioni di lavoro.

Il principio della parità di trattamento – dispone l’art. 2 della direttiva – implica l’assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia. L’art 5.1 statuisce che l’applicazione del principio della parità di trattamento per quanto riguarda le condizioni di lavoro, comprese le condizioni inerenti al licenziamento, implica che siano garantite agli uomini e alle donne le medesime condizioni, senza discriminazioni fondate sul sesso. In nessun luogo la direttiva fa riferimento all’orientamento sessuale o al cambiamento di sesso.

Nondimeno, giudicando su un ricorso pregiudiziale di un tribunale britannico, e accogliendo le conclusioni dell’Avvocato generale Tesouro, la Corte (*P. contro S. e Cornwall Country Council*, [causa C-13/94](#)) dichiara illegittimo il licenziamento di un transessuale, fondato precisamente sul suo cambiamento di sesso.<sup>6</sup>

---

giudice estensore Gorsuch, nominato da Trump. Chi pensa che Gorsuch e Roberts abbiano agito in buona fede, proclama il trionfo del testualismo: un metodo realmente capace di impedire ai giudici di decidere secondo credenze morali e politiche soggettive. Un osservatore malizioso, invece, potrebbe sospettare che la strategia di omettere un’indagine approfondita del parametro sia funzionale a mantenere il divieto di discriminare LGBTQ+ ben separato dal significato originale della Costituzione Americana. Il diritto degli LGBTQ+ a non essere discriminati “because of sex” resta confinato a livello di applicazione dei principi generali propri del *Civil Rights Act*. In questa sede, resteremo neutrali su tale questione, non essendoci elementi sufficienti per ragionare intorno ai motivi politici o morali che hanno potuto influenzare in misura non ovvia le valutazioni di ciascun giudice e, di conseguenza, determinare causalmente l’*outcome* della decisione. Tuttavia, vale la pena di segnalare *en passant* che non è la prima volta che Neil Gorsuch si schiera a favore dei lavoratori: cfr. [Hobby Lobby Stores, Inc. v. Sebelius](#), No. 12-6294, 2012 WL 6930302 (10th. Cir. Dec. 20, 2012).

<sup>5</sup> È qui doverosa una precisazione. Affermiamo che l’interpretazione “conforme” o “adeguatrice” sarebbe stata una via percorribile *in astratto* perché, in concreto, questa soluzione risulta ancora difficilmente accessibile a un originalista come Gorsuch. La lettura sostanziale (non meramente procedurale) della *equal protection clause*, necessaria per procedere a interpretazione conforme, è da sempre la *bête noire* degli originalisti, i quali, per almeno tre decenni, hanno osteggiato tale orientamento giurisprudenziale “principalista”, ampiamente utilizzato dalla Corte Warren proprio per aggiornare il significato originario della Costituzione. Gli originalisti hanno spesso raffigurato la lettura sostanziale della *equal protection clause* e l’interpretazione adeguatrice come uno stratagemma adoperato dai giudici *liberal* sia per incorporare un’ideologia egualitaria nella *U.S. Constitution*, sia per giustificare pesanti incursioni nelle competenze dei singoli Stati, mirate a “riscrivere” i contenuti delle leggi da essi promulgate. Per degli esempi paradigmatici di critica originalista alla lettura sostanziale di *equal protection* e *due process clause*, cfr. R. H. BORK, [Neutral Principles and Some First Amendment Problems](#), in 47 *Indiana Law Journal* (*Ind. L. J.*) 1, 1-35 (1971); W. H. REHNQUIST, [The Notion of a Living Constitution](#), in 54 *Texas Law Review* (*Tex. L. R.*) 693, 693-706 (1976); R. BERGER, *Government by Judiciary*, Cambridge, Harvard University Press (1977), 363-372. Per una ricostruzione della *equal protection*, si veda J. A. KUSHNER, [Substantive Equal Protection: The Rehnquist Court and the Fourth Tier of Judicial Review](#), in 53 *Missouri Law Review* (*Mo. L. Rev.*) 423 (1988).

<sup>6</sup> Effettivamente, come ci suggerisce un *referee* anonimo di questa rivista, il ragionamento sviluppato in *P. contro S. e Cornwall Country Council* (causa C-13/94) è parzialmente diverso da quello di *Bostock*. Per esempio, enfatizzando il valore della dignità e libertà individuale, la Corte di giustizia ricorre a un argomento per principi, di fatto assente in *Bostock*. Inoltre, *P. contro S. e Cornwall Country Council* è una decisione che non ha pretese di testualismo stretto. Infine, i giudici europei non discutono i dettagli del nesso di causalità, come invece fanno i colleghi della Corte Suprema. Tuttavia, fra i due casi, vi sono due analogie rilevanti. In primo luogo, le fattispecie sono del tutto analoghe: i entrambi i casi, si tratta di licenziamenti avvenuti dopo un cambio di sesso del lavoratore. In secondo luogo, così come la *majority*

In considerazione dello scopo della direttiva 207/76 – dice la Corte – l’art. 5.1 della direttiva stessa osta al licenziamento di un transessuale per motivi connessi al suo mutamento di sesso. Infatti, poiché il diritto di non essere discriminato a causa del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, la sfera d’applicazione della direttiva non può essere ridotta alle sole discriminazioni dovute all’appartenenza all’uno o all’altro sesso, ma si estende alle discriminazioni determinate dal cambiamento di sesso. Invero queste sono basate essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell’interessato, giacché licenziare una persona per il motivo che intende subire o ha subito un cambiamento di sesso significa usarle un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di tale operazione.

Oggidì, la questione non si pone più nel diritto dell’Unione, in virtù della Carta dei diritti del 2000 (poi “costituzionalizzata” nel Trattato di Lisbona, 2009) e della direttiva 2000/78, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

La Carta, all’art. 21, vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata, tra le altre cose, sul sesso e sull’orientamento sessuale: ossia menziona entrambe le cose, equiparandole, sì, ma trattandole come distinte. Anche la direttiva 2000/78 vieta espressamente la discriminazione fondata sulle tendenze sessuali, in quanto cosa distinta dalla discriminazione fondata sul sesso (di cui alla direttiva *refusion* 2006/54).

Oggidì, la questione non si pone neppure nel diritto italiano vigente. Il decreto legislativo 216/2003, in base alla “legge comunitaria 2001” (l. 39/2002), menziona espressamente all’art 2 “l’orientamento sessuale” come causa di discriminazione (diretta o indiretta) vietata.

Non è intempestivo notare che, nel diritto dell’Unione così come nel diritto italiano, discriminazione secondo il sesso e secondo l’orientamento sessuale, rispettivamente, sono oggetto di disposizioni normative distinte. E, a quanto pare, è ciò che accade anche nel diritto statunitense.<sup>7</sup>

## 2. “Because of sex”: un’espressione ambigua.

Tornando a *Bostock*, malgrado la verbosità della opinione di maggioranza, così come delle opinioni dissenzianti, la questione principale, come si diceva, è piuttosto semplice e, all’apparenza, puramente semantica.

Il vocabolo “sesso” è affetto da ambiguità, vaghezza, *open texture*. Nella letteratura sull’interpretazione sempre si esemplifica stucchevolmente adducendo il divieto di veicoli nel parco: i camion senza dubbio sono veicoli, ma che dire dei tricicli? Un altro esempio – meno stucchevole e di maggiore rilevanza pratica – è offerto dal caso *Smith v. United States* (1993). Il diritto di “usare” armi da fuoco include anche il tentativo di barattare una pistola con delle sostanze stupefacenti<sup>8</sup>? Questo tipo di scambio rientra nel significato ordinario di “uso”, riferito a un’arma da fuoco? Ebbene, non c’è dubbio che il vocabolo “sesso” si riferisca al sesso biologico, ma è dubbio (controverso) se debba essere inteso nel senso che si riferisca anche all’orientamento sessuale e al transessualismo. Si tratta, a ben vedere, di una perplessità che concerne l’estensione del termine “sex.”

Come decidere una questione semantica?

---

di Gorsuch, anche l’opinione della Corte di giustizia assume che la discriminazione in base al sesso includa l’orientamento sessuale, perché l’orientamento sessuale presuppone il riferimento al sesso biologico: “Di conseguenza, la sfera d’applicazione della direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all’appartenenza all’uno o all’altro sesso. Tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine, come nella fattispecie, nel mutamento di sesso dell’interessata. Infatti, siffatte discriminazioni si basano essenzialmente, se non esclusivamente, sul sesso dell’interessato. Così, una persona, se licenziata in quanto ha l’intenzione di subire o ha subito un cambiamento di sesso, riceve un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di detta operazione.” (§§ 20-21)

<sup>7</sup> Cfr. C. SZYMANSKI, *Gli Stati Uniti al passo con l’Unione Europea: l’inclusione dell’orientamento sessuale nel diritto antidiscriminatorio*, in *Diritti Lavori Mercati* (2020) 539, 540.

<sup>8</sup> *Smith v. United States*, 508 U.S. 223 (1993).

Non vi sono che due modi: (i) guardare al dizionario della lingua e/o all'uso comune (posto che il dizionario non rifletta fedelmente l'uso)<sup>9</sup> o, invece, (ii) ricostruire l'intenzione del legislatore (l'intenzione semantica, si vuol dire, non lo scopo pratico: ciò che il legislatore voleva dire, non ciò che voleva fare – ammesso che davvero si possa distinguere tra le due cose)<sup>10</sup>. *Meaning v. purpose; textualism v. purposivism*.

Sono queste, da sempre, le due dottrine dell'interpretazione fondamentali: letteralismo (o testualismo) e intenzionalismo. Di fatto, due insiemi di tecniche interpretative che mettono capo a due diversi tipi di significato: letterale e intenzionale, rispettivamente.

Non pretendiamo di dire alcunché di nuovo, ma cercheremo solo di fare ordine nelle dottrine normative dell'interpretazione.

La dottrina intenzionalista sostiene che ai testi normativi si debba attribuire il significato conforme alla intenzione (o volontà) dell'autorità normativa (il legislatore, il costituente, etc.)<sup>11</sup>. Questo modo di vedere solleva ben noti problemi teorici. Non è affatto certo che si possa attribuire una qualsivoglia intenzione ad un soggetto collettivo, giacché l'intenzione è un fenomeno psicologico, come tale individuale<sup>12</sup>. Ed è ovvio che i membri di un'assemblea costituente, del Congresso, o di un qualsivoglia organo legislativo si fanno spesso portatori di interessi più generali. Tuttavia, è pressoché impossibile ascrivere loro un'intenzione collettiva (una *joint-* o *we-* intention, come usano dire i filosofi dell'azione)<sup>13</sup>, o anche semplicemente un unico scopo esterno comune<sup>14</sup>. È risaputo che i membri di un parlamento deliberano in base a intenzioni, credenze, motivi, e aspettative diversi e spesso opposti<sup>15</sup>. Quest'idea è stata recentemente espressa con grande lucidità proprio dall'originalista Amy Coney Barrett, che è stata appena confermata giudice della *Supreme Court*:

<sup>9</sup> M. L. GEIS, [The Meaning of Meaning in the Law](#), in *Washington University Law Quarterly* 73 (*Wash. U. L. Q.*) 1125, 1134: «dictionary definitions are not definitions at all but guides to usage, and quite vague guides at that». Per un esempio emblematico di uso originalista dei dizionari, cfr. [District of Columbia v. Heller](#) 554 U.S. 570 (2008).

<sup>10</sup> Sulla nozione di "intenzione semantica", cfr. K. E. WHITTINGTON, [Dworkin's Originalism. The Role of Intentions in Constitutional Interpretation](#), in 62 *The Review of Politics* 197, 197-229 (2000); JEFFREY GOLDSWORTHY, [Dworkin as an Originalist](#), in 17 *Constitutional Commentary* 49-78 (2000). Entrambi gli autori usano l'espressione "semantic intention" in un senso analogo al nostro: il significato o i significati semantici che il legislatore o il costituente avrebbe associato alla disposizione. A ben vedere, questa nozione diverge dal concetto di intenzione comunicativa (o *illocutionary intent*): ciò che si intende dire, anche fra le righe, con una enunciazione (così, ad esempio, R. A. POSNER, [Statutory Interpretation – in the Classroom and in the Courtroom](#), in 50 *University of Chicago Law Review* (*U. Chi. L. Rev.*) 800, 817 (1983)). Accettare la nozione di intenzione semantica non implica rinunciare all'idea che l'analisi delle intenzioni comunicative sia, primariamente, una questione di pragmatica del linguaggio. L'identificazione delle intenzioni comunicative ha ad oggetto non già i significati a-contestuali degli enunciati (la semantica), bensì le enunciazioni nel loro contesto specifico (la pragmatica).

<sup>11</sup> La dottrina intenzionalista era un tratto distintivo della giurisprudenza dei giudici Southerland e Rehnquist: cfr. [Home Bldg. & Loan Ass'n v. Blaisdell](#), 290 U.S. 398, 453 (1934) (Southerland, J., dissenting): «The whole aim of construction, as applied to a provision of the Constitution, is [...] to ascertain and give effect to the intent, of its framers and the people who adopted it»; W. REHNQUIST, *The Notion of a Living Constitution*, cit., 693, 695: il giudice deve applicare i principi costituzionali «[that] may be derived from the language and intent of the framers». Ulteriori esempi emblematici di originalismo intenzionalista sono R. BERGER, ['Original Intention' in Historical Perspective](#), in 54 *The George Washington Law Review* (*Geo. Wash. L. Rev.*) 296 (1986) e R. S. KAY, [Adherence to the Original Intentions in Constitutional Interpretation](#), in *Northwestern University Law Review* (*Nw. U. L. Rev.*) (1988) 226, 226 *et passim*. Secondo Kay, i giudici devono seguire «the rules of the written constitution in the sense in which those rules were understood by the people who enacted them» (230); «[to] assign a meaning different from the one intended by the original authors [...] merely substitutes some other hypothetical author for the historical ones» (231).

<sup>12</sup> K. A. SHEPSLE, [Congress Is a "They", Not an "It": Legislative Intent as Oxymoron](#), in 12 *International Review of Law and Economics* (*Int'l Rev. L. & Econ.*) 239 (1992), 244.

<sup>13</sup> Si veda, per esempio, M. E. BRATMAN, *Faces of Intention*, Cambridge, Cambridge University Press (1999); M. GILBERT, *Joint Commitment: How We Make the Social World*, Oxford, Oxford University Press (2013).

<sup>14</sup> J. F. MANNING, [Textualism and Legislative Intent](#), in 91 *Virginia Law Review* (*Va. L. Rev.*) 419 (2005), 428-32.

<sup>15</sup> Cfr. R. DWORKIN, [The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve](#), in 65 *Fordham Law Review* (*Fordham L. Rev.*) 1249 (1997), 1253.

«The legislature is not an idealized body that acts with one mind, but a multimember body that produces legislation through a complex and even chaotic process»<sup>16</sup>.

Persino discorrere di una mera aggregazione di preferenze individuali sarebbe, in tale contesto, fuori luogo.

Considerazioni del tutto analoghe valgono anche per i *framers* della Costituzione americana: costoro erano in profondo disaccordo su molti elementi di *design* istituzionale, come, per esempio, la costituzionalità dell'atto costitutivo della *Federal Reserve* (un istituto di credito governativo – equivalente grosso modo a una banca centrale – non espressamente previsto dalla Costituzione), i presupposti per la rimozione dei giudici federali dal loro ufficio, il generale funzionamento del potere consultivo, e i limiti alla giurisdizione delle corti federali<sup>17</sup>.

E, se mai un'intenzione collettiva sussiste, come può essere accertata? Sembra naturale fare ricorso ai lavori preparatori del testo normativo di cui trattasi (sempre che essi siano documentati)<sup>18</sup>. Il ricorso ai lavori preparatori (detti “legislative history”) è però generalmente screditato nella dottrina anglosassone attuale<sup>19</sup>, nonostante abbia avuto, almeno in passato, ampia diffusione<sup>20</sup>. Inoltre, è difficile concepire l'indagine della storia legislativa come un'impresa genuinamente avalutativa che identifica semplici fatti storici, come vorrebbe la dottrina intenzionalista<sup>21</sup>.

Riprendendo un'analogia divenuta ormai celebre, si potrebbe affermare che, ogni «[j]udicial investigation of legislative history has a tendency to become [...] an exercise in ‘looking over a crowd and picking out your friends’»<sup>22</sup>. Inoltre, è raramente possibile riscontrare evidenze oggettive e pubbliche che illustrino in maniera univoca i motivi che determinano – o, almeno, le ragioni che giustificano – l'approvazione di un particolare documento normativo<sup>23</sup>. Non è così però per l'originalismo nella variante intenzionalista: assumendo che «the intention of the author is the answer

<sup>16</sup> A. C. BARRETT, [Countering the Majoritarian Difficulty](#), 32 in *Constitutional Commentary* 61 (2017), 73 (book review).

<sup>17</sup> Per una panoramica sui dibattiti in seno alla Convenzione di Philadelphia e i principali punti di disaccordo tra i *framers*, cfr. J. N. RAKOVE, *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York, Random House (1997).

<sup>18</sup> A dire il vero, pare a noi che quasi sempre la dottrina intenzionalista sia fatta oggetto, da parte dei giuristi, di adesione meramente *verbale*. Nel senso che, nella maggior parte dei casi, quanti pure la sostengono non cercano affatto l'intenzione dell'autorità normativa nei lavori preparatori, come sarebbe naturale. Preferiscono o cercare una misteriosa “volontà oggettiva della legge” (intesa come cosa diversa dalle, e irrelata alle, soggettive intenzioni dei legislatori), o fare congetture controfattuali intorno a ciò che il legislatore avrebbe disposto se avesse previsto ciò che, di fatto, non ha previsto per nulla. Tutto ciò con la reale intenzione dell'autorità normativa (posto che tale intenzione esista e sia conoscibile) evidentemente non ha nulla a che fare. Sui difetti che affliggono il concetto di volontà oggettiva della legge, cfr. C. NELSON, [What Is Textualism?](#), in 91 *Va. L. Rev.* 347 (2005), 353-7.

<sup>19</sup> Si confronti, a titolo esemplificativo, il seguente celeberrimo passo tratto proprio dall'opera di Antonin Scalia: «[I]t is simply incompatible with democratic government, or indeed, even with fair government, to have the meaning of a law determined by what the lawgiver meant, rather than by what the lawgiver promulgated [...] Government by unexpressed intent is similarly tyrannical. It is the *law* that governs, not the intent of the lawgiver» (A. SCALIA, *Common Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, in Amy Gutmann, ed., *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press, 3, 17. Scalia aveva difeso una tesi analoga anche in [Conroy v. Aniskoff](#), 507 U.S. 511, 519 (1993) (Scalia, J., concurring) («The greatest defect of legislative history is its illegitimacy. We are governed by laws, not by the intentions of legislators»).

<sup>20</sup> Cfr. R. H. FALLON, JR., [Constitutionally Forbidden Legislative Intent](#), 130 *Harv. L. Rev.* 523 (2016), 525 («Inquiries into legislative intentions, purposes, and motivations feature prominently in American constitutional law»). Per una ricostruzione degli argomenti intenzionalisti usati dalla *Supreme Court*, si veda C. NELSON, [Judicial Review of Legislative Purpose](#), in 83 *New York University Law Review (N.Y.L. Rev.)* 1784 (2008).

<sup>21</sup> Sul punto, cfr. N. S. ZEPPOS, [Legislative History and the Interpretation of Statutes: Toward a Fact-Finding Model of Statutory Interpretation](#), in 76 *Va. L. Rev.* 1295 (1990), 1335-60; R. H. FALLON, JR., [The Many and Varied Roles of History in Constitutional Adjudication](#), in 90 *Notre Dame Law Review (Notre Dame L. Rev.)* 1753 (2015), 1758.

<sup>22</sup> [Exxon Mobil Corp. v. Allapattah Servs., Inc.](#), 545 U.S. 546, 568 (2005) (Kennedy, J.) (citando P. M. WALD, [Some Observations on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term](#), in 68 *Iowa Law Review (Iowa L. R.)* 195 (1983), 214).

<sup>23</sup> Cfr. P. BREST, [Palmer v. Thompson: An Approach to the Problem of Unconstitutional Legislative Motive](#), in 1971 *The Supreme Court Review (Sup. Ct. Rev.)* 95 (1971), 131; ID., [The Misconceived Quest for the Original Understanding](#), in 60 *Boston University Law Review (Bu. L. Rev.)* 204 (1980).

to everything»<sup>24</sup>, l'originalismo intenzionalista prescrive ampio ricorso ai lavori preparatori.<sup>25</sup> Resta comunque aperta la questione (previa) cui abbiamo accennato: si può davvero attribuire una intenzione ad un soggetto collettivo?

Secondo la dottrina letteralista, per contro, i documenti normativi – ivi inclusi i testi costituzionali – devono essere intesi molto semplicemente alla lettera, ossia secondo le convenzioni linguistiche (regole sintattiche e semantiche) esistenti. Dunque, sono *in primis* i dizionari e la sintassi che governano l'interpretazione<sup>26</sup>. In particolare, almeno dall'opera pionieristica di Antonina Scalia in poi, gli originalisti sono soliti definire il testualismo in termini di “significato pubblico” (*public meaning*). La fedeltà al testo della Costituzione o di uno *statute* richiede d'interpretare ogni singola disposizione ricorrendo ai dizionari, utilizzandoli così come avrebbe fatto un parlante ragionevole, linguisticamente competente, e informato, vissuto al tempo di adozione della disposizione stessa<sup>27</sup>.

È proprio questa la strategia argomentativa adottata da Neil Gorsuch che, dopo aver rimarcato la priorità del significato testuale sul significato intenzionale ricavabile dai lavori preparatori, ricorre proprio ai dizionari per ricostruire il significato semantico della locuzione “because of sex”. A suo avviso, nel contesto del Titolo VII del *Civil Rights Act*, questa locuzione va intesa in senso ampio. Essa include non solo il sesso biologico, ma anche l'orientamento sessuale e il mutamento di sesso<sup>28</sup>. Gli argomenti non testualisti – come, ad esempio, le considerazioni consequenzialiste sulle implicazioni degli spogliatoi o dei bagni misti per gli impiegati – svolgono un ruolo marginale nella *majority opinion*. Ma anche il letteralismo non è esente da problemi.

Le regole linguistiche – specie quelle semantiche – non sempre sono univoche (se un vocabolo è ambiguo, il dizionario registra l'ambiguità, non la risolve)<sup>29</sup> e, soprattutto, non sempre sono stabili. Di fatto, il significato comune muta nel tempo, al mutare degli usi linguistici, delle circostanze sociali, dei modi di vedere diffusi<sup>30</sup>. Proprio per arginare questi mutamenti, l'originalismo propone di vincolare gli interpreti a un significato “statico”: è giuridicamente vincolante il contenuto comunicativo (“communicative content”) del tempo d'adozione. Inoltre, contano i dizionari storici, non quelli attuali. Negli Stati Uniti, si usa generalmente l'etichetta “tesi della fissazione” (“fixation thesis”) per denotare la priorità del significato storico di un testo di legge o della costituzione scritta<sup>31</sup>. La ricerca del significato originario, normalmente, prevale sugli altri metodi interpretativi.

<sup>24</sup> S. FISH, [Intention Is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law](#), 29 *Cardozo Law Review* (*Cardozo L. Rev.*) 1109 (2008), 1143-5.

<sup>25</sup> Un originalista intenzionalista ricorre ampiamente ai *Records* della Philadelphia Convention e ai *Reports* delle Condizioni di ratifica quando deve interpretare la Costituzione; alla *legislative history* quando deve interpretare uno *statute*. Un testualista, invece, ricorre con meno frequenza a queste fonti, trattandole più che altro come evidenze empiriche del significato pubblico, o come strumento per costruire l'intenzione oggettiva del legislatore attraverso ragionamenti controfattuali. Cfr. C. TIEFER, [The Reconceptualization of Legislative History in the Supreme Court](#), in 2000 *Wisconsin Law Review* (*Wis. L. Rev.*) 205 (2000).

<sup>26</sup> Cfr., ad esempio, J. F. MANNING, [Second-Generation Textualism](#), in 98 *California Law Review* (*Cal. L. Rev.*) 1287 (2010), 1288: «Textualism maintains that judges should seek statutory meaning in the semantic import of the enacted text».

<sup>27</sup> [Smith v. United States](#) cit. (Scalia, J., dissenting). Si veda anche ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St Paul, Thomson West (2012), 16: «In their full context, words mean what they conveyed to reasonable people at the time they were written».

<sup>28</sup> 42 U.S.C. §20000e-2(a)(1): «[I]t shall be an unlawful employment practice for an employer . . . to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin». Il 42 U.S.C. §20000e-2(e)(1) formula un'eccezione espressa alla norma antidiscriminatoria: «in those certain instances where religion, sex, or national origin is a *bona fide* occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise».

<sup>29</sup> Si veda, per esempio, J. J. BRUDNEY & L. BAUM, [Oasis or Mirage: The Supreme Court's Thirst for Dictionaries in the Rehnquist and Roberts Eras](#), in 55 *William and Mary Law Review* (*Wm. & Mary L. Rev.*) 283 (2013), 483.

<sup>30</sup> E ciò, ovviamente, è particolarmente vero per le clausole generali e, più in generale, per quelle espressioni che incorporano valori politici o morali, e che tanto spesso si incontrano nei testi costituzionali (specie contemporanei), quali: “libertà”, “eguaglianza”, “dignità”, “democrazia”, “progresso”, etc.

<sup>31</sup> T. B. COLBY & P. J. SMITH, [Living Originalism](#), in 59 *Duke Law Journal* (*Duke L.J.*) 239 (2009), 244-5; L. B. SOLUM, *Constitutional Originalism: A Debate*, Cornell, Cornell University Press 23, 36-63 (2011); ID., *Originalism and*

Tuttavia, accade anche – e questo è un punto assai delicato per la decisione *Bostock* – che i dizionari della lingua non registrino compiutamente gli usi che, al tempo, erano percepiti come nuovi e correnti, ma solo gli usi che, agli occhi del lessicografo, apparivano consolidati, oltre a quelli letterari<sup>32</sup>. Di qui si dipartono due versioni, potenzialmente confliggenti, del letteralismo: dobbiamo guardare agli usi consolidati, così come sono censiti dai dizionari, o invece agli usi correnti al tempo di adozione, anche se non ancora registrati dai dizionari?

### 3. La dottrina originalista e il Titolo VII del Civil Rights Act.

Come che sia, quando si tratti di testi normativi risalenti nel tempo, le due dottrine fondamentali – letteralismo e intenzionalismo – si incrociano con altre due dottrine in competizione, la dottrina originalista o statica e la dottrina “evoluzionista”<sup>33</sup> o dinamica dell’interpretazione<sup>34</sup>: interpretazione originalista v. interpretazione evolutiva, significato originario v. significato odierno o attuale.

L’originalismo raccomanda che, salvo casi eccezionali (ad esempio, precedenti consolidati come *Brown v. Board of Education*)<sup>35</sup>, ai testi normativi sia attribuito il significato che essi recavano al momento della loro promulgazione<sup>36</sup>.

L’evoluzionismo, all’opposto, incoraggia gli interpreti ad adattare incessantemente il diritto a nuove circostanze, malgrado l’inerzia delle autorità normative<sup>37</sup>, e dunque a cambiare l’interpretazione anche consolidata dei testi normativi, specialmente ove si tratti di testi normativi ormai risalenti nel tempo (come sono a volte i testi costituzionali), così da rimediare, per via interpretativa appunto, all’invecchiamento dei testi normativi (o alla mancanza di revisioni costituzionali).

Tendenzialmente, si fa interpretazione evolutiva guardando all’uso comune attuale delle parole più che ai dizionari (che, come si diceva, non sempre registrano fedelmente l’uso corrente). Ma, l’interpretazione evolutiva, in verità, non è di per sé una specifica tecnica interpretativa: ciò che “evolve”, a rigore, non è l’attività interpretativa, ma piuttosto il prodotto dell’interpretazione. Ciò che cambia, in altri termini, è il significato ascritto ad un medesimo testo normativo. Nondimeno, si incontra in dottrina e in giurisprudenza una tecnica standard per argomentare questo tipo di interpretazione: quella che consiste nel fare appello a certi tipi di fatti – così come sono percepiti e

---

*Constitutional Construction*, 82 *Fordham L. Rev.* 453 (2013), 456. Come segnala Solum, tutti gli originalisti concordano sulla “fixation thesis”, ma discordano su numerose altre questioni: il novero di fenomeni storici che determinano il significato originario, la relazione tra significato originario e precedenti consolidati che non lo rispettano, e la capacità del significato originario di determinare univocamente la soluzione del caso individuale. I critici dell’originalismo attaccano la “fixation thesis” attraverso il “dead hand argument”: perché vincolarsi alle preferenze di maggioranze politiche di un passato remoto? Cfr., per esempio, M. W. MCCONNELL, *Textualism and the Dead Hand of the Past*, in 66 *Geo. Wash. L. Rev.* 1127 (1998).

<sup>32</sup> G. E. MAGGS, [A Concise Guide to the Records of the Federal Constitutional Convention of 1787 as a Source of the Original Meaning of the U.S. Constitution](#), in 80 *Geo. Wash. L. Rev.* 1707 (2012).

<sup>33</sup> Questo vocabolo è infelice, ma non ne troviamo uno migliore.

<sup>34</sup> Si veda a titolo d’esempio W. N. ESKRIDGE, JR., [Dynamic Statutory Interpretation](#), in 135 *University of Pennsylvania Law Review (U. Pa. L. Rev.)* 1479 (1986/1987).

<sup>35</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>36</sup> Tendenzialmente, l’originalismo raccomanda anche che il prodotto dell’interpretazione sia stabile, che a ciascun testo normativo sia attribuito sempre lo stesso significato; che insomma non si mutino orientamenti interpretativi, che non si rimettano in discussione le interpretazioni ormai consolidate, che la giurisprudenza non compia *revirements*. L’originalismo, insomma, favorisce un atteggiamento genericamente conservatore in materia di interpretazione, nel presupposto che la stabilità dell’interpretazione garantisca “certezza del diritto”, ossia prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle azioni di ciascuno: concretamente, prevedibilità delle decisioni giurisdizionali (ma, in diritto costituzionale, anche prevedibilità delle decisioni dei supremi organi costituzionali).

<sup>37</sup> C. SZIMANSKI, [Gli Stati Uniti al passo con l’Unione Europea: l’inclusione dell’orientamento sessuale nel diritto antidiscriminatorio](#), cit., segnala diversi tentativi falliti di modifica per via legislativa del Titolo VIII (p. 540, 546), ricordando che, nel sistema nordamericano, vige il principio di “recesso libero” dal rapporto di lavoro. In tale contesto, il diritto antidiscriminatorio serve anche a mitigare le conseguenze negative del recesso libero.

valutati dall'interprete alla luce delle sue idee di giustizia – quali un mutamento nella coscienza sociale, l'emergere di nuove esigenze della vita sociale (economica, politica, etc.), e simili. Non è altro che una variante della vecchia dottrina della “natura delle cose”.

Negli Stati Uniti, questo tipo di approccio evolutivo, diametralmente opposto all'originalismo, è generalmente associato alle dottrine difese dai *Progressives* e al paradigma della “living constitution”: l'idea che il significato delle leggi e della costituzione – intesa come un “on-going agreement” tra Stati, Governo Federale, e cittadini – vada aggiornato costantemente, in maniera dinamica, caso per caso, tramite letture morali<sup>38</sup>, sistematizzazione dei precedenti<sup>39</sup>, considerazioni pragmatiche<sup>40</sup>, o semplicemente attualizzando i significati storici con argomentazioni condivise<sup>41</sup>.

Ora, sia il letteralismo, sia l'intenzionalismo possono combinarsi con la dottrina statica e con la dottrina dinamica, dando luogo a quattro possibili orientamenti interpretativi.

(i) Combinata con la dottrina statica, la dottrina letteralista produce una prima variante di “originalismo”: ai testi normativi si deve attribuire il significato letterale che essi avevano all'epoca in cui furono redatti e approvati, l'*original meaning*.

Resta aperto il problema: quale significato letterale? Quello dei dizionari o quello corrente (qualora i due non coincidano)?

(ii) Combinata invece con la dottrina dinamica, la dottrina letteralista dà luogo all'idea che ai testi normativi si debba attribuire il significato letterale che essi assumono nel momento in cui sono interpretati o applicati.

Si suppone, in questo caso, che il significato in questione sia il significato comune piuttosto che quello dei dizionari (ammesso che i due divergano).

(iii) Combinata con la dottrina statica, la dottrina intenzionalista produce una seconda variante di “originalismo”: ai testi normativi si deve attribuire il significato corrispondente all'intenzione dell'autorità normativa, l'*original intent*, poco importa che si tratti di testi assai risalenti nel tempo – come è talvolta il caso dei testi costituzionali – e di autorità normative ormai estinte da tempo.

(iv) Combinata con la dottrina dinamica, la dottrina intenzionalista dà luogo a quel modo di vedere – una evidente finzione – secondo cui l'intenzione delle autorità normative non è data una volta per tutte, cristallizzata nei documenti normativi, ma magicamente evolve, adattandosi al mutare delle circostanze (la “natura delle cose”), la coscienza sociale, o alcunché del genere.<sup>42</sup>

Entrambe le varianti, testualista e intenzionalista, dell'originalismo si reggono sulla tesi squisitamente politica – difesa con forza, a suo tempo, da Scalia e ripresa in [Bostock](#) sia dalla maggioranza, sia dai dissenzienti – secondo cui gli interpreti non hanno titolo per rimediare all'inerzia delle autorità normative, cambiando essi stessi il diritto, per via interpretativa, quando non mutino i testi normativi. Se, ad esempio, ai giudici fosse consentito attribuire ad una clausola costituzionale un senso diverso da quello originario (sia esso letterale o intenzionale, ciò è indifferente) voluto dai costituenti, essi si sostituirebbero al potere costituente (o al potere di revisione costituzionale), usurpandolo e violando il loro giuramento di fedeltà alla costituzione.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard, Harvard University Press, 355-413 (1986).

<sup>39</sup> D. A. STRAUSS, *The Living Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1-5 (2010).

<sup>40</sup> R. A. POSNER, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Harvard, Harvard University Press 57-96 (2003).

<sup>41</sup> P. BOBBITT, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 9-119 (1982).

<sup>42</sup> La recente dottrina dell'*original methods originalism* è, con tutta probabilità, un tentativo di superare l'*impasse*. L'*original methods* assume che la Costituzione (o gli *statutes* del governo federale) vadano interpretati secondo i canoni e le tecniche interpretative che il costituente (o il legislatore) intendeva adottare. In questo modo, si ritiene possibile una sorta di aggiustamento dinamico del diritto senza “tradire” le intenzioni (minimali) del costituente (o del legislatore federale), che vertono soltanto sul catalogo dei metodi e canoni interpretativi ammissibili. Questa posizione è stata recentemente difesa, per esempio, da J. O. MCGINNIS & M. B. RAPPAPORT, [Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction](#), in 103 *Nw. U. L. Rev.* 751 (2009). Il maggiore problema di questa dottrina è l'impossibilità d'identificare un catalogo preciso e unitario di metodi interpretativi condivisi da un parlamento o dal costituente.

<sup>43</sup> R. H. BORK, *Tempting of America*, New York, The Free Press (1990), 133-160; E. J. MELVIN, [Judicial Activism – The Violation of an Oath](#), in 27 *The Catholic Lawyer (Cath. Law.)* 283, 284 (1992) («[W]hen a judge takes his oath to

Infatti, una delle principali ambizioni dell'originalismo è offrire un metodo per l'identificazione del significato originario che sia capace di limitare fortemente i giudizi morali soggettivi e le decisioni *ad hoc* del giudiziario federale.<sup>44</sup> Il bilanciamento di interessi e valori spetta esclusivamente ad assemblee costituenti e a parlamenti, non ai giudici<sup>45</sup>. Per dirla con Bork, «[J]udges personal... values should not be part of their constitutional interpretations.»<sup>46</sup> L'aderenza al significato testuale, o all'intenzione del legislatore e del costituente, è raffigurata come un'indagine storica obiettiva che allontana il giudice dalla tentazione di valutare direttamente i profili morali di questioni costituzionalmente rilevanti<sup>47</sup>. Proprio per questo, Gorsuch sottolinea che l'opinione di maggioranza si attiene alla ricostruzione del “plain meaning” del Titolo VII, evitando accuratamente “naked policy appeals”.

Ancora un'osservazione marginale. Si è fatto uso ripetuto dell'espressione “risalente nel tempo”. Ebbene, quanto “risalente” deve essere un testo normativo per richiedere eventualmente una interpretazione dinamica? La Costituzione federale è, ovviamente, “molto” risalente. Non così il *Civil Rights Act* del 1964. Eppure, come vediamo subito, anche per un testo dopo tutto abbastanza recente il problema si pone.

Questa, a grandi tratti, è la griglia analitica.

Se nella dottrina americana vi sono (e vi sono) distinzioni più sottili, si potrebbero ignorare, perché, dal punto di vista dell'analisi concettuale, sono solo fumo negli occhi<sup>48</sup>. Tra le quattro dottrine che abbiamo enunciato sommariamente vi possono essere sfumature, certo, differenze di linguaggio e di accento, ma non vi è uno spazio logico per dottrine ulteriori.

In *Bostock*, a quanto pare, tutti sono originalisti – l'estensore, così come i dissenzienti – della variante letteralista<sup>49</sup>. Ma è solo un'apparenza, una questione di stile argomentativo: anche adottando una dottrina opposta a quella originalista, essi probabilmente potrebbero giustificare le stesse conclusioni normative.

#### 4. L'opinione di maggioranza: un'interpretazione evolutiva mal celata?

La maggioranza giudica illegittimo il licenziamento di omosessuali e transessuali per violazione del titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964, che proibisce ogni discriminazione “because of sex”, ovvero “on the basis of sex”.

---

uphold the Constitution he promises to carry out the intention of the framers»); W. R. BENNETT, *The Mission of Moral Reasoning in Constitutional Law*, in 58 *Southern California Law Review* (*S. Cal. L. Rev.*) 647 (1985); D. J. RICHARDS, *Originalism Without Foundations*, in 65 *N. Y. U. L. Rev.* 1373 (1990), 1377; R. L. WEST, *The Authoritarian Impulse in Constitutional Law*, in 42 *University of Miami Law Review* (*U. Miami L. Rev.*) 531 (1988), 532.

<sup>44</sup> N. GORSUCH, *A Republic, If You Can Keep It*, New York, Crown Publishing (2019), 131-2: «[T]extualism offers a known and knowable methodology for judges to determine impartially [...] what the law is.». Si veda anche R. S. KAY, *Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses*, in 82 *Nw. U. L. Rev.* 226 (1988), 230.

<sup>45</sup> Cfr., ad esempio, il caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 190: «This case does not require a judgment on whether laws against sodomy [...] are wise or desirable».

<sup>46</sup> R. H. BORK, *Address Before the University of San Diego Law School* (Nov. 18, 1985), reprinted in *The Great Debate. Interpreting our Written Constitution*, Washington DC, The Federalist Society 45 (1986).

<sup>47</sup> M. TUSHNET, *Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law* Boston, Harvard University Press (1988), 23: «By confining the judges to the words of the Constitution as understood by the framers, we ensure that they will not go too far; we bar them from making decisions that in a democratic society are properly made by a political majority». A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil* in 57 *University of Cincinnati Law Review* (*U. Cin. L. Rev.*) 849 (1989), 863: «[T]he main danger in judicial interpretation of any law is that the judges will mistake their own predilection for the law».

<sup>48</sup> T. B. COLBY & P. J. SMITH, *Living Originalism*, in 59 *Duke L.J.* 239 (2009), 244-5 (l'originalismo è descritto come una “smorgasbord of distinct constitutional theories”).

<sup>49</sup> Cfr. J. E. FLEMING, *Are We All Originalists Now? I Hope Not!*, 91 in *Tex. L. Rev.* 1785. Sull'attuale pervasività della dottrina originalista nelle argomentazioni delle Corti Federali, cfr. S. C. MOURITSEN, *Judging Ordinary Meaning*, in 127 *The Yale Law Journal* (*Yale L. J.*) 788 (2018), 793.

Orbene, questa conclusione normativa giustificerebbe l'applicazione di test più severi – il ben noto *strict scrutiny*<sup>50</sup>, tradizionalmente associato a fattispecie che implicano discriminazione contro le cosiddette “categorie sospette” (minoranze etniche, religiose, e donne)<sup>51</sup> – anche a casi di discriminazione nei confronti di LGBTQ+. Questo, almeno per i casi di licenziamento che, diversamente, potrebbero essere analizzati tramite *l'intermediate scrutiny* e il *rational basis test*, due test che si rivelerebbero ben meno esigenti nei confronti dei datori di lavoro e della legislazione di Stati membri poco inclini a proteggere i diritti LGBTQ+.

La maggioranza esclude *in limine* che abbia una qualche rilevanza l'intenzione del legislatore: il diritto non è altra cosa dalle parole con cui è formulato («Only the written word is the law»). È irrilevante, in particolare, che il legislatore abbia, o no, previsto l'uno o l'altro caso concreto di applicazione della legge.

Questa è una mossa interpretativa importante, perché, ricostruendo *bona fide* l'intenzione (semantica) del legislatore, presumibilmente la conclusione sarebbe stata diversa. Il dissenziente Alito – di cui diremo dopo – nega che, nel 1964, un qualunque membro del Congresso intendesse il vocabolo “sesso” così come oggi lo intende la maggioranza della Corte, e probabilmente ha ragione in punto di fatto: il suo è un argomento (inconsapevolmente?) intenzionalista, malgrado la sua normale adesione al paradigma testualista di Scalia.

D'altro canto, è prassi costante della Corte – dice Gorsuch, redattore dell'*opinion* di maggioranza – interpretare la legge secondo «the ordinary public meaning of its terms at the time of its enactment», ovvero «the original meaning», o ancora «the plain and settled meaning» (è lecito dubitare che queste espressioni siano perfettamente sinonime). La Corte Roberts è normalmente descritta come la Corte del *plain meaning*. Se i giudici potessero alterare il testo o allontanarsi dal testo, usurperebbero la funzione legislativa: su questo punto non vi è dissenso. È proprio Kavanaugh a parlare espressamente di “usurpazione” nella sua *dissenting*, riprendendo il *Leitmotiv* dell'originalismo classico, quello difeso da Bork, Berger, e Meese III negli anni Settanta e Ottanta<sup>52</sup>. Legiferare o rimediare alle conseguenze indesiderate delle leggi è compito del legislatore, non della Corte.

Gorsuch si affanna a elucidare il concetto di discriminazione, che, per la verità, non sembra controverso. Insiste, per respingere alcune tesi di parte, che la legge proibisce, alla lettera, la discriminazione di individui, non di gruppi. Sottolinea che la discriminazione ha da essere intenzionale, ma pasticcia sul nesso di causalità: la *liability* è vincolata allo standard di causalità, ma Gorsuch non sa decidere se il sesso debba essere “causa” necessaria (“but-for”)<sup>53</sup>, ossia condizione *sine qua non*, o invece “concausa” (“in part”), della discriminazione<sup>54</sup>. Peraltro, a tratti, l'argomentazione di Gorsuch sembra persino suggerire che il nesso di *liability* sia presente anche solo quando il motivo del licenziamento presuppone latamente il concetto di sesso o di orientamento sessuale come mera ragione contribuyente per il licenziamento.

Se si trattasse di una presupposizione, si potrebbe effettivamente sostenere che il ragionamento della maggioranza sia, in verità, più sottile di come potrebbe sembrare a prima vista.<sup>55</sup> Anche quando il datore di lavoro *intende* discriminare in base all'orientamento sessuale, egli finisce inesorabilmente per discriminare (indirettamente) in base al sesso, perché la nozione di orientamento sessuale *presuppone* il concetto di sesso. In altre parole, la discriminazione in base al sesso è ineluttabilmente

<sup>50</sup> A. WINKLER, *Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in Federal Courts*, in 59 *Vanderbilt Law Review* (Vand. L. Rev.) 793 (2006), 796.

<sup>51</sup> *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 533 (1996). L'orientamento sessuale non era tradizionalmente elevato al rango di “categoria sospetta” (cfr., ad esempio, *Miss. Univ. For Women v. Hoga*, 458 U.S. 718, 730 (1982)).

<sup>52</sup> ROBERT H. BORK, *The Constitution, Original Intent, and Economic Rights*, 23 in *San Diego Law Review* (San Diego L. Rev.) 823 (1986), 823; R. BERGER, *Government by Judiciary*, cit., 403; E. MEESE III, *U.S. Attorney General, Speech Before the American Bar Association* (Jul. 9, 1985), in *The Great Debate*, cit., 1, 1.

<sup>53</sup> La declinazione della *liability* in termini di nesso causale *but-for* è, con tutta probabilità, l'orientamento maggioritario per i casi di discriminazione decisi sotto la rubrica della “equal protection clause”. Cfr., ad esempio, *Village of Arlington Heights v. Metropolitan Housing Development Corp.*, 429 U.S. 252, 270 n. 21 (1977).

<sup>54</sup> Naturalmente, si sta parlando non di “cause” in senso proprio, ma di motivi: i motivi del licenziamento.

<sup>55</sup> Queste ulteriori precisazioni rispondono a una puntuale osservazione di un *referee* anonimo della presente rivista.

“attivata” da ogni riferimento diretto o indiretto al concetto di sesso biologico, attraverso il meccanismo della presupposizione. Così argomenta Gorsuch. In altre parole, se l’orientamento sessuale è causa della discriminazione, e la nozione di orientamento sessuale presuppone il concetto di sesso, allora la causa ultima della discriminazione è il sesso.

Ma il punto essenziale è che, secondo la maggioranza, la discriminazione in base al sesso è un concetto abbastanza ampio (“broad”) da estendersi anche alla discriminazione fondata sull’orientamento sessuale. Anzi il concetto così si estendeva già nel 1964, alla luce del “plain meaning” delle parole. Tesi poco plausibile, e largamente confutata dai dissenzienti.

L’argomento usato a sostegno di questa tesi, in realtà, non è affatto semantico (non si pretende che il vocabolo “sesso” abbracci anche l’orientamento sessuale): è semplicemente che omosessualità e transessualità sono cose «inestricabilmente legate al sesso». Il che ci pare innegabile<sup>56</sup>.

Del resto, dice Gorsuch, poniamo che un datore di lavoro abbia due dipendenti, un uomo e una donna, entrambi sessualmente attratti da uomini, e che il datore licenzi l’uomo, ma non la donna: non sarebbe forse una discriminazione basata sul sesso? Un argomento forte, a nostro avviso. Alito obietta, debolmente, che no: la causa della discriminazione sarebbe, in questo caso, non il sesso dei due dipendenti, ma il rispettivo orientamento sessuale. Argomento poco persuasivo, perché presuppone ciò che dovrebbe argomentare: precisamente che l’orientamento sessuale non abbia relazione con il sesso (biologico).

Malgrado la professione di fede originalista e letteralista di Gorsuch, [Bostock](#) è un esempio caratteristico di interpretazione evolutiva o dinamica – con effetti estensivi (o “espansivi”, come dice Kavanaugh nella sua *dissenting opinion*) – dove il vocabolo “sesso” è inteso alla luce degli usi linguistici e dei modi di pensare (non del 1964, ma) odierni.

Dice bene Alito: così decidendo, la Corte sta aggiornando il dettato di una vecchia legge, in modo che essa meglio rifletta i valori diffusi nella società (e questo, per Alito, è legiferare). Ma, per l’appunto, ciò non ha nulla a che fare con l’originalismo, e neppure con il letteralismo.

### 5. Il giudice Alito e la “nave pirata”.

Fin qui l’opinione di maggioranza. Veniamo alla *dissenting* di Alito (condivisa da Thomas).

Alito sostiene che il sesso, da un lato, e l’orientamento sessuale e l’identità di genere, dall’altro, sono cose differenti. Per “sesso” deve intendersi l’insieme di caratteristiche genetiche e anatomiche di un individuo al momento della nascita: insomma, il sesso biologico. E adduce a riprova una serie di dizionari (antecedenti e successivi al 1964), che senza dubbio gli danno ragione: i dizionari provano ciò che la gente avrebbe inteso all’epoca della entrata in vigore della legge.

Dovere della Corte – dice – è attribuire ai termini della legge il significato “ordinario” e “pubblico” che essi trasmettevano a persone ragionevoli al tempo in cui la legge fu scritta, alla luce, beninteso, del contesto sociale: è la dottrina Scalia. Di certo, nessun membro del Congresso, nel 1964, interpretava il testo della legge nel modo che oggi pretende la maggioranza. Anzi, nel 1964, l’omosessualità era considerata un disturbo mentale, moralmente insano e giuridicamente punibile, e l’identità di genere era semplicemente sconosciuta.

Alito non nega che vi sia connessione tra sesso e orientamento sessuale (e transessualità), ma adduce che la legge proibisce la discriminazione “per sesso”, non “per qualunque cosa” che abbia relazione con il sesso. Non era questa l’intenzione del legislatore (“congressional intent”), come si evince dalla “legislative history” (non nel senso di lavori preparatori, ma nel senso, letterale, di storia della legislazione). Come si vede, neanche Alito, dopo tutto, è un testualista conseguente; il suo è, in fin dei conti, un argomento intenzionalista: «The Court’s opinion is like a pirate ship. It sails under a textualist flag». L’argomento testualista è, a sua volta, supportato da un esperimento mentale: quale

---

<sup>56</sup> Tra l’altro, Gorsuch ha cura di negare che il divieto di discriminazione sulla base del sesso sia soggetto ad una qualche eccezione implicita, dal momento che il legislatore ha omesso di includerla (ovvio: diversamente non sarebbe implicita).

sarebbe stata l'interpretazione corretta del Titolo VII secondo il cittadino americano medio (*average Americans*) nel 1964? Evidentemente, sarebbe stata ben diversa da quella prospettata dalla maggioranza di Gorsuch.

D'altra parte – osserva Alito – la legge elenca una serie di cause di discriminazione (razza, colore, sesso, origine nazionale), ma l'elenco non include l'orientamento sessuale né l'identità di genere. In altre parole, egli interpreta l'elenco come una lista chiusa (non esemplificativa), sicché, *a contrario*, orientamento sessuale e identità di genere non sono cause di discriminazione. Non nel senso che sia pertanto permesso discriminare secondo quei criteri (Alito non si spinge a tanto), ma nel senso che la legge è silente al riguardo – discriminare secondo l'orientamento sessuale è inqualificato: né permesso, né proibito, giuridicamente indifferente – e solo il legislatore potrebbe colmare la lacuna.

Non per nulla – dice – giacciono al Congresso progetti di legge che, per l'appunto, vorrebbero introdurre un esplicito divieto in tal senso: ciò non farebbe senso se il divieto già esistesse nelle pieghe del *Civil Rights Act*. Se conoscesse il diritto dell'Unione europea, potrebbe aggiungere che anche in Europa sesso e orientamento sessuale sono differenziati, essendo oggetto di atti normativi distinti.

Insomma, il divieto di discriminazione per sesso non pretende null'altro che l'eguale trattamento di uomini e donne: lo dimostra una lunga serie di testi normativi e amministrativi nella storia del diritto nordamericano (statale e federale)<sup>57</sup>. Mentre la maggioranza pretende di “aggiornare” il senso della legge alla luce di ciò che ritiene siano i valori sociali non del 1964, ma del 2020.

Con conseguenze, a suo dire, disastrose: ne menzioniamo una sola (omettendo ogni commento). La decisione della Corte, secondo Alito, potrebbe colpire perfino la libertà di espressione, in particolare nell'uso dei pronomi. Un individuo che non gradisca i pronomi “he” o “she” (e gli aggettivi corrispondenti), perché non si identifica in nessuno dei due sessi (biologici), potrebbe lamentare di essere discriminato/a secondo il sesso e adire un tribunale per ottenere protezione.

## 6. Significato ordinario e separazione dei poteri.

La *dissenting* di Kavanaugh – oltre ad insistere molto sulla separazione dei poteri, che inibirebbe qualunque interpretazione non testualista – introduce la distinzione tra significato “letterale” e significato “ordinario”.

Il significato letterale, par di capire (Kavanaugh non definisce), è quello registrato dai dizionari. Il significato ordinario, per contro, è “the everyday meaning” o “the common sense reading”. È vero che i due possono discordare. Esempio famoso (che si trova in una antica decisione della Corte, 1893): secondo il dizionario, un pomodoro è tecnicamente un frutto, ma nel linguaggio comune è verdura. Kavanaugh assume che, nel caso in esame, i due significati non coincidano, e sostiene che l'interpretazione debba attenersi non al significato dei dizionari, ma a quello corrente nel linguaggio ordinario. Diversamente, la Corte riscriverebbe (ed è ciò che sta facendo la maggioranza) il diritto e persino il vocabolario americano.

Insomma, nel linguaggio ordinario (*common parlance, common sense*) il sesso è altra cosa dall'orientamento sessuale. Senonché, come ha mostrato persuasivamente Alito, anche i dizionari distinguono tra sesso e orientamento sessuale. Sicché la distinzione di Kavanaugh, tra senso letterale e senso ordinario, è inutile e inconcludente: i due coincidono.

---

<sup>57</sup> T. L. GROVE, [Which Textualism?](#) cit., 274-7, nota come le Corti Federali avessero sempre limitato la portata del divieto di discriminazione sessuale proprio facendo leva sulla *legislative history*. In particolare, diversi giudici hanno argomentato che il cosiddetto “sex amendment” fu introdotto dal politico conservatore Howard Smith che, in linea con la maggioranza del Congresso, intendeva la disposizione come una norma programmatica avente per oggetto esclusivamente il sesso biologico, non l'orientamento sessuale. Questa scelta interpretativa sarebbe confermata dal fatto che uno dei principali obiettivi del *Civil Rights Act* era di contrastare la discriminazione razziale, non quella sessuale. Su questo punto, si confronti anche R. C. BIRD, [More than a Congressional Joke: A Fresh Look at the Legislative History of Sex Discrimination of the 1964 Civil Rights Act](#), in 3 *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice* (Wm. & Mary J. Women & L.) 137 (1997).

La differenza tra i due significati – dice ancora – è specialmente importante quando si tratti di interpretare non singole parole, ma espressioni composte (un sintagma, o un enunciato completo). Kavanaugh respinge quella “teoria del significato” (quel modo di interpretare, in realtà) secondo cui il significato di una espressione composta non è altro che la somma dei significati dei vocaboli componenti. Due parole accostate possono assumere un significato diverso da quello che hanno isolatamente. Tesi interessante (e, del resto, largamente diffusa) ma qui del tutto irrilevante: si sta discutendo del significato di “sex”, non di “discrimination because of sex”, e Kavanaugh non offre alcuna interpretazione alternativa della espressione in questione.

La distinzione tra significato letterale e ordinario è sensata, ma alquanto inconcludente in questo contesto. L’appello al significato ordinario, in quanto distinto da quello letterale dei dizionari, potrebbe servire, forse, ad argomentare un’interpretazione evolutiva (il dizionario definisce “sesso” come sesso biologico, e questo era il significato della parola nel 1964, ma oggidi il significato ordinario della parola è più ampio). Come ha mostrato persuasivamente Alito, anche i dizionari distinguono tra sesso e orientamento sessuale. Sicché non si vede come la distinzione di Kavanaugh possa servire ad accreditare un’interpretazione originalista<sup>58</sup>.

Due osservazioni a margine.

La prima è che il letteralismo originalista è assunto dai giudici (tutti, a quanto pare: non vi è una *concurring opinion* non-originalista<sup>59</sup>) solo con il debole argomento politico che qualunque interpretazione diversa, in particolare, evolutiva metterebbe in discussione la separazione dei poteri.

Ciò suppone una teoria ingenua dell’interpretazione: l’idea che i testi normativi abbiano – o avessero al momento della loro formulazione – un significato oggettivo conoscibile<sup>60</sup>.

La seconda osservazione è che un testualismo originalista stretto e conseguente non pare seriamente sostenibile. Di fatto, anche i testualisti adducono continuamente argomenti intenzionalisti.

Aveva forse ragione Alf Ross, quando scriveva che la distinzione tra significato intenzionale e significato letterale – tra interpretazione “soggettiva” e “oggettiva”, come talora si dice – è ingannevole, giacché sempre l’interpretazione parte dal testo e cerca di arrivare all’intenzione<sup>61</sup>. La differenza tra le due tecniche interpretative sta nei diversi elementi co-testuali e con-testuali che si prendono in considerazione.

### 7. *Le virtù passive e la discriminazione sul lavoro.*

Nel romanzo *Les Caves du Vatican* (1914), di André Gide, Protos afferma che “in questo mondo, [è] importante non avere troppo l’aria di quello che si è veramente.” L’opinione della maggioranza

---

<sup>58</sup> Sotto questo profilo, la nostra analisi di [Bostock](#) è compatibile con quella T. L. GROVE, [Which Textualism?](#) cit., 279 *et passim*. Grove rileva che l’opinione della maggioranza, da un lato, e le due *dissenting opinions*, dall’altro, rappresentano due forme diverse di testualismo: una più “formalistica”, che si focalizza sul contesto semantico e sui dizionari (Gorsuch); una più “flessibile” (contestualista), che, pur assumendo il significato testuale come punto focale, permette agli interpreti di leggere il testo anche alla luce del contesto politico e sociale del tempo di promulgazione, nonché delle tecniche interpretative e argomentative allora ammesse (Alito e Kavanaugh).

<sup>59</sup> Come forse ci si aspetterebbe almeno da Stephen Breyer (nominato da Clinton) e da Sonia Sotomayor (nominata da Obama), che sono dichiaratamente anti-originalisti.

<sup>60</sup> Quando si tratti di interpretazione costituzionale, l’originalismo (nelle sue principali versioni) suppone anche una peculiare concezione delle relazioni tra la Corte suprema e il Congresso: la Corte è pensata, per così dire, come “bocca” della sovranità popolare, quale si è manifestata nell’atto costitutivo, e non invece come un contropotere al potere della maggioranza (che è invece la concezione sottintesa in [Marbury](#)). *Grosso modo*: Madison e Jefferson v. Hamilton e Justice Marshall.

<sup>61</sup> Persino Antonin Scalia, che aveva pur speso parole di critica verso la dottrina intenzionalista, sembra ammettere che la ricostruzione del significato pubblico del testo possa sfociare nella ricerca di una sorta di “intenzione oggettivata.” Cfr., ad esempio, A. SCALIA, *A Matter of Interpretation*, Princeton, Princeton University Press (1997) 3, 17: «We look for a sort of ‘objectified’ intent – the intent that a reasonable person would gather from the text of the law, placed alongside the remainder of the *corpus juris*». Per un importante approfondimento critico sulla metodologia di Antonin Scalia, si veda P. CHIASSONI, *El textualismo razonable: una tentación resistible*, in A. SCALIA, *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*, Lima, Palestra, 1-47.

in *Bostock* condivide lo stesso principio: la Corte dichiara la sua fedeltà al testo, ma, di fatto, ascrive al *Civil Rights Act* una norma inespressa; la sentenza sembra una mera difesa dei diritti degli LGBTQ+, ma in realtà è parte di un programma più ampio di sistematizzazione dei principi fondamentali che formano il nucleo del *labor law* americano.

Come adombrato sopra, l'argomento di Gorsuch sembra fare un uso ideologico e surrettizio dell'interpretazione testuale, come evidenziano correttamente le due *dissenting opinions*. Più di una mera applicazione del significato originario del Titolo VII del *Civil Rights Act* (1964), la conclusione normativa (l'interpretazione-prodotto) della maggioranza di Gorsuch è una mal celata interpretazione creativa (e, in ultima analisi, evolutiva) della Corte Suprema, che rilegge il termine "sex" alla luce di convinzioni morali oggi abbastanza diffuse. Tali convinzioni morali, evidentemente, trovano riscontro nei sentimenti di giustizia della maggioranza dei giudici di quella che è stata descritta come la Corte più potente del mondo.

*Bostock* sembra dare voce al movimento LGBTQ+, che, negli Stati Uniti, sta guadagnato forza crescente. In ultima analisi, potremmo dire che la Corte Suprema ha agito come un organo che – nei termini della teoria di John H. Ely – interviene per "correggere" i difetti del processo democratico, tutelando i diritti delle minoranze politiche<sup>62</sup>.

Peraltro, in *Bostock* la maggioranza di Gorsuch sembra essersi spinta oltre la mera traduzione della morale convenzionale in diritto vigente; la reinterpretazione creativa del *Civil Rights Act* sembra quasi voler anticipare un futuro "progresso morale" dei cittadini americani<sup>63</sup>. Riprendendo l'illustre teoria di Alexander Bickel, potremmo dire che la maggioranza di Gorsuch ha provato a "immaginare il passato per ricordare il futuro"<sup>64</sup>. Ritenendo che il termine "sex" comprenda anche l'orientamento sessuale, la Corte non ha cristallizzato in una norma giuridica né il significato testuale storico, né la morale convenzionale attualmente o storicamente prevalente (nel 1964): di fatto, ha per così dire "riscritto" il Titolo VII alla luce di una sua previsione sulle preferenze morali che, in futuro, costituiranno probabilmente una nuova ortodossia della morale sociale americana.

In *Bostock*, la Corte Suprema non ha voluto esercitare le cosiddette "virtù passive"<sup>65</sup>, e deferire così agli altri poteri federali la soluzione della questione. Piuttosto, ha considerato le tre cause riunite come un caso "maturo" (*ripe*) per la decisione<sup>66</sup>. La Corte Roberts non poteva certo adottare una decisione pilatesca ricorrendo alla dottrina dello *standing*: negare la presenza di un concreto interesse ad agire delle parti, una soluzione evidentemente non disponibile per il caso di specie. Tuttavia, vi sono altri dispositivi che avrebbero consentito di giustificare un mancato intervento o un'applicazione del principio di *self restraint*, accompagnato a un invito ad agire rivolto al Congresso. Per esempio, la Corte Roberts avrebbe potuto argomentare che "because of sex" è una locuzione ambigua, vaga, e che compete al Congresso risolvere la questione con un'interpretazione autentica; o, ancora, avrebbe potuto usare la *political question doctrine*<sup>67</sup>, precisando che spetta al potere legislativo stabilire una disciplina per i casi di discriminazione in base a orientamento sessuale. Invece, forse anche in ragione della protratta inerzia del Congresso, trovandosi davanti a un giudiziario federale diviso, la Corte Suprema è intervenuta attivamente.<sup>68</sup>

<sup>62</sup> J. H. ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge (MA), Harvard University Press (1980), 135-179.

<sup>63</sup> A. M. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New York, Evanston, and London, Harper & Row Published, 1970, 102 ss. Cfr. anche N. ZANON, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, cit., sottolinea come la Corte Roberts «non intenda rinunciare a intercettare l'evoluzione della c.d. "coscienza sociale" nell'America attuale.»

<sup>64</sup> *Id.*, 13.

<sup>65</sup> A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics. Second Edition*, New Haven & London, Yale University Press, 111-183.

<sup>66</sup> *Id.*, 143-156.

<sup>67</sup> J. P. MULHERN, *In Defense of the Political Question Doctrine*, in *U. Pa. L. Rev.* 137 (1988), 98-176.

<sup>68</sup> Andrew Koppelman illustra come, in un'ottica realista, l'intervento della Corte Suprema si sia limitato ad anticipare una soluzione normativa ormai inevitabile alla luce delle preferenze politiche maggioritarie e del contesto socio-politico generale: cfr. A. KOPPELMAN, *Bostock, LGBT Discrimination, and the Subtractive Moves*, in *Minnesota Law Review Headnotes, Forthcoming, Northwestern Public Law Research Paper No. 20-16* (2020).

La motivazione di Gorsuch, però, non fa alcun riferimento espresso alla protezione delle minoranze, alla “maturità” del caso, o alla funzione contro-maggioritaria della Corte Suprema nell’ordinamento democratico. La retorica di Gorsuch è essenzialmente testualista: attraverso un’operazione filologicamente discutibile, Gorsuch include nel significato originario di “sex” anche “l’orientamento sessuale”<sup>69</sup>; la Corte Suprema avrebbe così operato come bocca della legge, e non come supplente del potere legislativo (federale o statale), senza pregiudizio alcuno per la separazione dei poteri. Le *dissenting opinions* denunciano proprio un uso scorretto dell’indagine lessicografica da parte di Gorsuch. La decisione della maggioranza è come una «nave pirata» che naviga sotto bandiera testualista: l’originalismo (nella variante testualista) è solo il travestimento esterno di una decisione “attivista” e creativa, che estende la protezione del principio di eguaglianza a una peculiare categoria di lavoratori. Questo rilievo ci conduce ad un’ultima riflessione.

Come si diceva in apertura, *Bostock* è essenzialmente un caso di discriminazione sul lavoro. Infatti, fa parte di un “pacchetto” di quattro decisioni prese dalla Corte Suprema nello stesso *Term*, che vertono proprio su *discrimination claims* fondati sulla disciplina giuslavorista federale, su cui le corti sono fortemente divise, fin dall’*Era Lochner* e dall’assalto dei giudici progressisti alla dottrina del *laissez-faire*<sup>70</sup>.

Il 23 marzo 2020, la Corte Suprema ha deliberato all’unanimità sul caso *Comcast Corp. v. NAAAOM*<sup>71</sup>, fissando uno standard di controllo elevato per i casi di discriminazione razziale che superano le prime fasi di un processo. A questi casi dev’essere necessariamente applicato il parametro “but-for” come criterio per identificare il fattore motivante che presiede l’adozione di una misura discriminatoria.

Anche in questo caso, così come in *Bostock*, è Neil Gorsuch ad assumere il ruolo di estensore: chi cita in giudizio un datore di lavoro per discriminazione razziale invocando l’articolo 42 U.S. Section 1981 (*Civil Rights Act* del 1866) deve dimostrare, in tutti i gradi del processo, che la razza è la causa effettiva del pregiudizio. Deve farlo ricorrendo necessariamente allo standard “but-for”. Questo standard probatorio, che incombe sul ricorrente, resta costante per tutta la vicenda processuale, senza spostamenti o alleggerimenti dell’onere probatorio.

In base al ragionamento sviluppato dalla Corte in *Comcast Corp.*, se il Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964 consente anche test di imputabilità meno esigenti del “but-for”, questa soluzione, più favorevole per il lavoratore, non si estende invece alla Section 1981 del *Civil Rights Act* del 1866. Questa fonte, risalente del periodo della Ricostruzione, prescrive meccanismi probatori del tutto peculiari, intimamente legati alla *legislative history* del *Civil Rights Act*.

In altre parole, il test della discriminazione di cui al Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964 si considera soddisfatto anche quando l’orientamento sessuale è semplicemente un fattore motivante (e non già causa necessaria) del licenziamento. Ciò, invece, non vale per la Section 1981 del *Civil Rights Act* del 1866: se invoca questa disposizione, il ricorrente dovrà necessariamente provare che il pregiudizio non avrebbe avuto luogo in assenza dell’elemento razziale. Pertanto, l’Entertainment Studios Network (ESN), di proprietà dell’attore e comico Byron Allen, non poteva ottenere rimedi verso la decisione unilaterale di *Comcast Corp.* di non distribuire i contenuti audiovisivi di ESN, in deroga al contratto di lavoro. Gli avvocati di Byron Allen avevano provato soltanto la presenza di un “animus razziale” entro i motivi misti di questo rifiuto, ma non la causalità “but-for.”

Il 6 aprile 2020, la Corte Suprema si è espressa nuovamente su profili di discriminazione sul lavoro nel caso *Babb v. Wilkie*<sup>72</sup>. Con una maggioranza schiacciante di 8 a 1, la Corte ha stabilito un regime probatorio che consente agli impiegati federali di dimostrare in maniera più agevole la sussistenza di

---

<sup>69</sup> Nel suo commento a *Bostock*, Nelson Lund sostiene che l’argomento di Gorsuch è solo un “simulacro del reale”: la disposizione “because of sex” è chiaramente ambigua, con buona pace di Gorsuch; la tesi secondo cui il fattore motivante implica necessariamente un “but-for test” non trova riscontro nel testo del Titolo VII. In definitiva, la decisione della maggioranza non è davvero “statica”, bensì “dinamica.” Cfr. N. LUND, *Unleashed and Unbound: Living Textualism in Bostock v. Clayton County*, in 21 *Federalist Society Review*, 176 (2020).

<sup>70</sup> B. H. FRIED, *The Progressive Assault to Laissez Faire*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2001.

<sup>71</sup> *Comcast v. National Association of African-American-Owned Media*, 589 U.S. \_\_ (2020).

<sup>72</sup> *Babb v. Wilkie*, 589 U.S. \_\_ (2020).

*age discrimination*. In questo caso – concernente la mancata promozione di Noris Babb, una farmacista impiegata presso U. S. Department of Veterans Affairs Medical Center in Bay Pines, Florida – la pretesa non era fondata sul *Civil Rights Act*, bensì sull’Age Discrimination in Employment Act (ADEA) del 1967, che contiene la seguente disposizione: “All personnel actions affecting employees or applicants for employment who are at least 40 years of age . . . shall be made free from any discrimination based on age.”<sup>73</sup>.

Scrivendo per la maggioranza della Corte Roberts, il giudice Alito afferma che il significato testuale di questa disposizione non implica che lo standard “but-for” debba essere necessariamente soddisfatto affinché vi possa essere una violazione dell’ADEA. Il fattore dell’età non dev’essere ragione necessaria rispetto alla misura discriminatoria. Secondo Alito, il testo stesso dell’ADEA – interpretato alla luce delle regole sintattiche e semantiche del tempo d’adozione – suggerisce che è sufficiente che l’età sia uno dei motivi presi in considerazione dal datore di lavoro per offrire un trattamento sfavorevole nei confronti di un impiegato federale. Il mancato soddisfacimento dello standard “but-for” è senz’altro rilevante per determinare il rimedio appropriato per una misura discriminatoria (ad esempio, se il criterio non è soddisfatto, il lavoratore non avrà diritto ai *compensatory damages*), ma non è essenziale per dimostrare la sussistenza di una misura discriminatoria.

Infine, in *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*<sup>74</sup>, deciso l’8 luglio 2020, la Corte Suprema ha stabilito che i datori di lavoro, da un lato, possono invocare la protezione del Primo Emendamento per evitare interferenze dell’ordinamento nei processi di selezione, promozione, e licenziamento dei “ministri di culto” e di altri soggetti che lavorano in ambiti religiosi – la cosiddetta “ministerial exception”<sup>75</sup> – ma, dall’altro, l’eccezione va intesa come uno strumento flessibile, che, in contesti religiosi, ascrive al datore di lavoro un margine di discrezionalità maggiore o minore a seconda del tipo d’impiego. Alito, scrivendo per la Corte, spiega che la discrezionalità è massima nel caso di un lavoratore che svolge importanti funzioni religiose; minima, laddove il lavoro abbia una connessione meno diretta con la religione. La Corte ha però richiesto ai datori di lavoro maggiore trasparenza sui criteri e modelli di comportamento prescritti: ad esempio, nel caso di assunzione di un docente, il datore di lavoro dovrà illustrare se l’impegno a pregare con gli studenti, la regolare partecipazione alle funzioni religiose, etc. sono elementi fondamentali per ottenere o mantenere il posto, poiché centrali rispetto alla missione educativa dell’istituto.

Sicuramente, fra tutti questi casi, *Bostock* è quello di più alto profilo, poiché concerne, da un lato, l’interpretazione del *Civil Rights Act* (1964) – la pietra miliare del diritto antidiscriminatorio statunitense – e, dall’altro, i diritti degli LGBTQ+ che, come si accennava, sono oggetto di ampio e vivace dibattito a livello di morale convenzionale. Tuttavia, le analogie che accomunano *Bostock*, *Comcast Corp.*, *Babb v. Wilkie* e *Lady of Guadalupe School* sono molte.

In primo luogo, sono tutte decisioni che vertono sull’applicazione dello standard “but-for” in ambito di discriminazione sul lavoro. La Corte Roberts, dunque, sta provando a sistematizzare quest’area del diritto, assegnando a classi di casi diverse degli standard probatori più o meno esigenti. In secondo luogo, quasi tutte decisioni menzionate sopra sono *statutory interpretation*, poiché la corte non costruisce un vero e proprio *constitutional argument*: fa eccezione *Lady of Guadalupe* che difende una particolare interpretazione del Primo Emendamento. Infine – e questo è il profilo più rilevante per la teoria dell’interpretazione – sono tutte decisioni testualiste e, in ultima analisi, originaliste. In *Comcast Corp.*, Gorsuch ricorre ad argomenti testuali e alla *legislative history* al fine di illustrare perché il Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964 ammette test di causalità meno stringenti del “but-for” – come il “motivating factor test”, ad esempio – mentre la Section 1981 del *Civil Rights Act* non contempla tale eccezione. Analogamente, in *Babb v. Wilkie*, il giudice Alito ricorre al *plain meaning* “storico” per giustificare l’applicazione di standard probatori più favorevoli al lavoratore in

<sup>73</sup> Age Discrimination in Employment Act of 1967 (ADEA), 88Stat. 74, 29 U. S. C. §633a(a)

<sup>74</sup> *Morrissey-Berru*, 591 U.S. \_\_\_\_ (2020).

<sup>75</sup> *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U. S. 171, 196 (2012).

caso di discriminazione per età<sup>76</sup>. In *Lady of Guadalupe*, ancora una volta, Alito ricostruisce contestualmente il significato del Primo Emendamento alla luce del background politico americano al tempo di adozione: i padri costituenti volevano evitare di riprodurre negli Stati Uniti il modello degli *Statutes* inglesi del XVI Secolo, che conferivano alla Corona il potere di nomina e controllo anche per gli uffici religiosi (*religious offices*). In questo caso, l'argomento assume toni quasi intenzionalisti.

## 8. Conclusioni.

Risulta ancora difficile prevedere le conseguenze di *Bostock* e delle altre tre decisioni appena menzionate nell'ordinamento statunitense. Non ci resta altro che attendere la possibilità di osservare empiricamente l'impatto effettivo di *Bostock* sulle future decisioni delle corti federali. Sarà obbligatorio cambiare le norme che disciplinano l'uso dei bagni? Risorse umane, imprenditori, e dirigenti dovranno forse sottoporsi a corsi di formazione e sensibilizzazione sulla discriminazione LGBTQ+? La maniera di strutturare un curriculum per l'assunzione dovrà necessariamente cambiare (per esempio, si dovrà imporre la rimozione delle foto dal *resume*)? I transgender avranno libertà di scegliere il loro personale *dressing code*, o dovranno necessariamente aderire alle *policies* dell'impresa e alle direttive del datore di lavoro, anche quando non dovessero sentirsi identificati<sup>77</sup>? E che dire dell'accesso ai *fringe benefits*, alle gratifiche, ai premi individuali? Il datore di lavoro potrà fissarli discrezionalmente, o dovrà assicurarsi un eguale trattamento per gli LGBTQ+? Con tutta probabilità, l'ardua risposta a tutti questi interrogativi spetterà alla giurisprudenza delle tredici *circuit courts*<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> *Babb v. Wilkie*, 589 U.S. \_\_ (2020): “So much for the individual terms used in §633a(a). What really matters for present purposes is the way these terms relate to each other. Two matters of syntax are critical. First, “based on age” is an adjectival phrase that modifies the noun “discrimination.” It does not modify “personnel actions.” The statute does not say that “it is unlawful to take personnel actions that are based on age”; it says that “personnel actions . . . shall be made free from any discrimination based on age.” §633a(a). As a result, age must be a but-for cause of discrimination—that is, of differential treatment—but not necessarily a but-for cause of a personnel action itself. Second, “free from any discrimination” is an adverbial phrase that modifies the verb “made.” Ibid. Thus, “free from any discrimination” describes how a personnel action must be “made,” namely, in a way that is not tainted by differential treatment based on age. If age discrimination plays any part in the way a decision is made, then the decision is not made in a way that is untainted by such discrimination. This is the straightforward meaning of the terms of §633a(a), and it indicates that the statute does not require proof that an employment decision would have turned out differently if age had not been taken into account.”

<sup>77</sup> C. SZIMANSKI, *Gli Stati Uniti al passo con l'Unione Europea: l'inclusione dell'orientamento sessuale nel diritto antidiscriminatorio*, cit., segnala possibili antinomie fra la disciplina antidiscriminatoria del Titolo VII, così come (re-)interpretata in *Bostock*, e la libertà religiosa del datore di lavoro, tutelata dal *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) 42 U.S.C. Section 2000bb et passim (p. 553). La possibilità di antinomie sarebbe peraltro incrementata dalla lettura estensiva delle disposizioni del RFRA operata dalla Corte Suprema in *Burnwell v. Hobby Lobby Stores*, 573 U.S. 682.

<sup>78</sup> Sul ruolo delle Corti Federali, cfr. E. CHERMERINSKY, *Federal Jurisdiction*, New York, Aspen Publisher, 2012.