

Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti? Dalla “gay cake saga” al caso *303 Creative LLC v. Elenis* della Corte Suprema*

Alessandro Lauro

SOMMARIO: 1. Premessa: un complesso quadro giurisprudenziale – 2. Il caso *303 Creative* del 2023, fra *distinguishing*, *narrowing* e *overruling by implication* – 3. Libertà di coscienza e mercato: circolazione dei precedenti, in fuga dai legislatori – 4. Gli interrogativi profondi che nascono da diverse “proiezioni ortogonali” dei diritti – 5. Tollerare l’intolleranza? Alcuni spunti conclusivi

1. Premessa: un complesso quadro giurisprudenziale

«*While those religious and philosophical objections are protected, it is a general rule that such objections do not allow business owners and other actors in the economy and in society to deny protected persons equal access to goods and services under a neutral and generally applicable public accommodations law*»¹.

Questo, a voler sintetizzare, era il portato della decisione *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, emessa nel 2018 dalla Corte Suprema degli Stati Uniti². A cinque anni di distanza, e con un collegio rinnovato per un terzo, i più alti magistrati della Federazione tornano sullo scottante tema del confine (labile) fra protezione delle opinioni e delle coscienze, garantita dal Primo emendamento, e tutela dei gruppi deboli.

Nella specie, come era accaduto nel caso *Masterpiece*, la controversia – sempre proveniente dal Colorado e dall’applicazione delle sue leggi contro le discriminazioni – si instaura attorno alla libertà di una web designer

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ *Opinion of the Court*, II.A, p. 9.

² *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ____ (2018), decisa il 4 giugno 2018. A commento della sentenza si v. P. S. Karlan, *Just Desserts?: Public Accommodations, Religious Accommodations, Racial Equality, and Gay Rights*, in *The Supreme Court Review 2018. 2019*, p. 145 ss.; M. Murray, *Inverting Animus: Masterpiece Cakeshop and the New Minorities*, in *The Supreme Court Review 2018. 2019*, p. 257 ss. L.P. Vanoni, “It is (not) a piece of cake”: libertà di espressione e politiche antidiscriminatorie in America. Note a margine del caso *Masterpiece Cakeshop Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 29, 2018, p. 1 ss.

Alessandro Lauro

Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?

Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema

professionista di negare prestazioni, in nome delle sue convinzioni religiose, a coppie omosessuali che avessero richiesto siti e grafiche per il giorno del loro matrimonio. Cinque anni prima, come è noto, la causa vedeva come protagonista un pasticcere che si rifiutava di preparare una torta nuziale per l'unione fra due persone dello stesso sesso³.

Ora, apparentemente i risultati concreti dei due casi non sono propriamente divergenti. Nel 2018 la Corte annulla i provvedimenti dell'autorità antidiscriminatoria del Colorado che aveva sanzionato il pasticcere Philipps, dato che le sue convinzioni religiose non erano state prese in considerazione dalla stessa, a fronte di casi in cui altri artigiani non erano incorsi in sanzioni, pur avendo negato i loro servizi a committenti che domandavano prodotti integranti messaggi contrari alle loro opinioni politiche⁴. L'esito, però, arrivava a fronte di un itinerario argomentativo che rendeva merito alla legislazione antidiscriminatoria, elevando la non discriminazione nell'accesso al mercato di beni e servizi come principio generale, tutelabile ad opera dei poteri statali. Il focus del 2018 si spostava, quindi, sul concreto bilanciamento – operato sul piano amministrativo – e sulla disparità di trattamento messa in atto dalla Commissione per i diritti civili del Colorado, che non poteva sopravvivere al vaglio applicato dalla Corte in caso di restrizioni pubblicistiche alla libertà di pensiero e di espressione.

La pronuncia del 2023, in realtà, si muove su un piano più alto, giacché – pur con qualche cautela⁵ – sembra toccare l'essenza stessa della legislazione antidiscriminatoria (*rectius: delle legislazioni antidiscriminatorie*,

³ A fronte di questo rifiuto, il pasticcere Philipps era stato sanzionato dall'autorità antidiscriminatoria del Colorado (la *Colorado Civil Rights Commission*). Il *judicial review* era stato dunque attivato contro questa sanzione, considerata lesiva dei diritti di Philipps discendenti dal Primo emendamento. La Corte Suprema accoglie il ricorso di Philipps e annulla la sanzione, anche alla luce della condotta amministrativa della *Civil Commission* apparsa immotivatamente ostile nei confronti di Philipps rispetto ad altri casi di cui la stessa autorità si era occupata.

⁴ Era infatti emerso dall'istruttoria che la Commissione non aveva sanzionato altri pasticceri che, viceversa, si erano rifiutati di vendere i loro prodotti a soggetti che deprecavano il matrimonio gay (cfr. pp. 11-12 dell'*Opinion* di maggioranza del caso *Masterpiece*).

⁵ L'*Opinion of the Court* redatta dal giudice Gorsuch riconosce in apertura (p. 1) che *«laws along these lines have done much to secure the civil rights of all Americans»* (il riferimento è a leggi *«forbidding businesses from engaging in discrimination when they sell goods and services to the public»*).

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

riguardanti *public accommodations*⁶) o, quantomeno, pare offrirne una interpretazione adeguatrice che depotenzia il portato della sentenza *Masterpiece*.

Che vi sia qualche sommovimento è provato dalla circostanza che il caso del 2018 raccoglieva una maggioranza trasversale in seno al collegio giudiziario, sebbene con i due voti dissenzienti (non sul principio, ma sulla valutazione dell’operato amministrativo) delle giudici *liberal* Ginsburg e Sotomayor. Nel 2023 all’opinione dissenziente di Sonia Sotomayor si aggiungono le altre colleghe di nomina democratica, Katanji Brown Jackson e Elena Kagan, la quale nel 2018 aveva aderito alla decisione di maggioranza, con una *concurring opinion*. Autore di un’altra *concurring* nel 2018 era stato invece Neil Gorsuch, estensore dell’opinione di maggioranza nel caso odierno.

V’è da dire che fra il 2018 e il 2023 sorse un altro caso simile nei contenuti: questa volta il “rifiuto a contrarre” per motivi religiosi proveniva da una fiorista dello Stato di Washington, citata in giudizio per danni, avendo negato arrangiamenti floreali a due nubendi dello stesso sesso⁷. Dopo un primo rinvio alla Corte Suprema statale per rivedere la decisione alla luce del caso *Masterpiece*⁸, il 2 luglio 2021 la più alta giurisdizione federale negò il *writ of certiorari*, con la posizione dissenziente – ma non motivata – dei giudici Thomas, Alito e dello stesso Gorsuch.

Diversamente andò per un caso deciso dalla Corte Suprema dell’Arizona nel 2019, *Brush & Nib Studio v. City of Phoenix*⁹, assai simile al

⁶ Per *public accommodations* si intendono quei luoghi od esercizi aperti al pubblico, a prescindere dalla proprietà pubblica o privata degli stessi, che formano oggetto di legislazioni antidiscriminatorie sia a livello federale che a livello statale. Nel primo tali legislazioni si sono formate a partire dalla lotta alla discriminazione razziale (cfr. il Titolo II del *Civil Rights Act* del 1964) per poi estendersi alla tutela dei disabili (Titolo III dell’*Americans with Disabilities Act* del 1990). Le legislazioni dei singoli Stati hanno poi esteso tali tutele, allargandole ad altri fattori di discriminazione come l’orientamento sessuale. Sul tema v. L.J. Rosenblum, *Equal Access or Free Speech: The Constitutionality of Public Accommodations Laws*, in *New York University Law Review*, 5, 1997, p. 1243 ss.; N. Tebbe, *Religious Freedom in an Egalitarian Age*, Cambridge, Harvard University Press, p. 115 ss.

⁷ *Arlene’s Flowers v. Washington*. La Corte Suprema federale rinviò alla Corte Suprema dello Stato di Washington il 25 giugno 2018. La decisione finale di quest’ultima arrivò il 6 giugno 2019.

⁸ Sempre alla luce di *Masterpiece*, i giudici supremi avevano rinviato nel 2019 alla Corte d’appello dell’Oregon il caso *Klein v. Oregon Bureau of Labor & Industries*, ancora concernente la vendita di torte per matrimoni gay. Su questo torneremo nel paragrafo successivo.

⁹ *Brush & Nib Studio, LC v. City of Phoenix*, 247 Ariz. 269 (2019).

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

contesto di *303 Creative v. Elenis*, dato il rifiuto di due artisti di realizzare inviti e altri articoli per matrimoni omosessuali. Qui i giudici dello Stato ritennero – con una maggioranza di quattro a tre – che dovesse prevalere la libertà artistica dei soggetti ricorrenti rispetto alla legislazione antidiscriminatoria elaborata dalla città di Phoenix.

Non va dimenticato che in questi ultimi anni è stato posto pesantemente sotto pressione il tormentato e controverso precedente rappresentato dal caso *Employment Division v. Smith*¹⁰ (ironicamente omonimo alla *web designer* ricorrente), che viene anche qui in rilievo. La sua portata è così sintetizzabile: lo Stato può legittimamente apporre restrizioni che coinvolgano la libertà religiosa e di coscienza se la legge restrittiva appare *neutra*, cioè generalmente applicabile e non specificamente diretta ad ostacolare il libero esercizio delle fedi e delle credenze¹¹. Tale neutralità è presunta, anche laddove si registrasse qualche incidenza eventuale sull'esercizio di fatto delle libertà di cui al Primo Emendamento, senza ricorrere ad uno *strict scrutiny*. A quest'ultimo canone, tuttavia, bisogna ricorrere per verificare la neutralità di normative che non possano considerarsi legislazioni di *public accomodation*¹², le quali per la loro natura antidiscriminatoria sono considerate *ex se* giustificate. Il precedente posto da *Smith* è stato di recente riaffermato (con qualche notevole aggiustamento concernente, in particolare, organizzazioni di tendenza¹³) nel caso *Fulton* del 2021, da una maggioranza trasversale all'interno dei giudici supremi, dalla

¹⁰ *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990)

¹¹ Per una ricostruzione dei principi generali in ambito di libero esercizio della religione v. I. C. Lupu – R. W. Tuttle, *The Radical Uncertainty of Free Exercise Principles: A Comment on Fulton v. City of Philadelphia*, in *Supreme Court Review 2020-2021*, p. 221 ss.

¹² Nella materia il precedente di riferimento (citato anche nel caso qui in commento) è *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557, del 1995. In questa decisione la Corte Suprema ritenne che non si potessero applicare le regole antidiscriminatorie relative alle *public accomodations* dello stato del Massachusetts ad una parata di veterani i cui organizzatori rifiutavano di lasciar sfilare striscioni di organizzazioni LGBT.

¹³ *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. ____ (2021), del 17 giugno 2021. Si trattava, in questo caso, di un'agenzia di adozioni e affidi di stampo cattolico che rifiutava di supportare famiglie omosessuali e per questa ragione aveva perso il supporto dell'ente cittadino. Nel caso *Fulton* la Corte riconosce che la Città di Filadelfia ha tenuto una condotta discriminatoria rispetto al credo religioso dell'agenzia, poiché la sua stessa legislazione prevede varie possibilità di modulare le *policies* delle agenzie di affido, ma non per motivi religiosi. In questo caso viene applicato un criterio di *strict scrutiny*, poiché l'organizzazione di tendenza non viene considerata una *public accomodation*.

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

quale però si sono parzialmente dissociati, con una *concurring in the judgment opinion*, i giudici Alito, Thomas e Gorsuch, che viceversa proponevano un *overruling* completo del precedente¹⁴.

Questo stesso *overruling* veniva proprio domandato dalla ricorrente del caso *303 Creative*: la Corte, delle due domande sottoposte alla sua giurisdizione, con ordinanza del 22 febbraio 2022 accetta esclusivamente di decidere sulla prima, ovvero «*whether applying a public-accommodation law to compel an artist to speak or stay silent violates the Free Speech Clause of the First Amendments*».

Il caso del 2023 si colloca dunque in un intarsio complesso di precedenti giudiziari non del tutto stabili e di sovrapposizioni fra diritti di libertà contigui, forse non identici, ma spesso utilizzati come un tutt'uno dalla Corte Suprema che individua nella libertà di coscienza la libertà che unisce le varie clausole del Primo emendamento¹⁵. Tutto ciò a dimostrazione, oltre che della delicatezza del caso, del complesso consolidamento giurisprudenziale in una materia eticamente e politicamente sensibile, difficile – se non impossibile – da inquadrare in via definitiva sul piano giuridico.

Occorre aggiungere in premessa come i limiti all'esercizio della libertà religiosa e, più in generale, di coscienza costituiscano un *topos* ricorrente nei dibattiti statunitensi e nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, anche alla luce dell'importanza che, malgrado il regime “separatista”¹⁶, l'appartenenza religiosa ha nella sfera pubblica¹⁷. E di recente la Corte Suprema è parsa assai sensibile ad ampliare l'ambito di protezione della

¹⁴ Sul punto si v. il contributo di C. De Santis, «*Il diritto più favorito: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa*», in *Rivista di Diritti comparati*, 1, 2023, p. 115 ss.; in particolare, sul caso *Fulton* si v. p. 145 ss.

¹⁵ Cfr. il caso *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38, 50, del 1985. In questa sentenza la Corte aggiunge che «*just as the right to speak and the right to refrain from speaking are complementary components of a broader concept of individual freedom of mind, so also the individual's freedom to choose his own creed is the counterpart of his right to refrain from accepting the creed established by the majority*».

¹⁶ Valentini, *Gli Stati Uniti e la religione. Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, Padova, 2010, p. 1 ss.

¹⁷ Assai significative sono le domande sulla fede e le convinzioni religiose che vengono poste al Senato in sede di *hearings* per la conferma dei giudici supremi, come accaduto da ultimo per Ketanji Brown Jackson il 21 marzo 2022. Peraltro è stato anche sostenuto in dottrina che il Primo Emendamento non imporrebbe la separazione fra Stato e Chiesa, dunque latamente tra fenomeno politico e fenomeno religioso: cfr. P. Hamburger, *Separation of Church and State*, Cambridge (Massachusetts), 2002. Sul tema v. anche J. A. Wright, *Separation of Church and State*, New York, 2010.

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?
Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

libertà religiosa proprio in ambiti pubblici¹⁸, il che può segnare una certa differenza tra l’esperienza americana e la tradizione – nonché le tendenze attuali – degli Stati europei¹⁹.

2. *Il caso 303 Creative del 2023, fra distinguishing, narrowing e overruling by implication*

Prima ancora che per il suo contenuto, il caso *303 Creative* si segnala per la sua genesi, avvenuta in un quadro processuale in odore di “*strategic litigation*”. Nasce, cioè, da un’azione di carattere accertativo e preventivo (*pre-enforcement*)²⁰ da parte della web designer ricorrente, Lorie Smith: diversamente da *Masterpiece*, in questo caso la Commissione per i Diritti civili del Colorado non si era in alcun modo attivata contro l’attrice, la quale era però intenzionata a rifiutare la prestazione dei suoi servizi alle coppie omosessuali, apponendo un banner informativo sul suo sito internet. Per anticipare le possibili reazioni dell’autorità antidiscriminatoria, Smith aveva intrapreso questa azione preventiva nel 2016, denunciando come lo Stato del Colorado avrebbe violato i suoi diritti di credo, coscienza ed opinione derivanti dal Primo emendamento con forme di *compelled speech*.

V’è da dire che le questioni processuali si risolvono nei gradi precedenti alla Corte Suprema: la Corte d’Appello per il Decimo Distretto, decidendo nel 2019 in senso sfavorevole alla Smith, ha ritenuto che la stessa vantasse un sufficiente *standing* e che la causa fosse matura per la decisione e non precocemente ipotetica, soddisfacendo così il requisito della *ripeness*.

¹⁸ Si pensa qui alla sentenza *Kennedy v. Bremerton School District* 597 U.S. ____ (2022), con la quale la massima giurisdizione federale ha ritenuto che il licenziamento di un coach di football dalla scuola pubblica per il fatto di recitare preghiere sul campo di gioco al termine delle partite costituisca una violazione della *Free Exercise Clause*.

¹⁹ Sul punto v. G. Haller, *Die Grenzen der Solidarität: Europa und die USA im Umgang mit Staat, Nation und Religion*, Berlino, 2002 (trad. it. *I due occidenti. Stato, nazione e religione in Europa e negli Stati Uniti*, Roma, 2004). Esemplificativo è il dibattito che accompagna l’ostensione dei simboli religiosi nello spazio pubblico: dibattito – come è noto – particolarmente accanito in Francia, ma diffuso un po’ in tutta Europa: da ultimo v. oggi C.B. Ceffa, *L’aspetto del velo. L’esibizione del copricapo islamico in Europa fra convivenza multiculturale e Stato costituzionale*, Milano, 2022.

²⁰ Sul punto v. l’approfondito lavoro di C. Padula, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali “astratte” in Italia*, Torino, 2018, in particolare p. 33 ss. sul «judicial review astratto».

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

Venendo al merito, nella sua decisione la Corte d'appello federale ha riconosciuto, in effetti, una limitazione dei diritti costituzionali nella sfera della libertà di coscienza e opinione della ricorrente da parte della legislazione antidiscriminatoria dello Stato. Si giudica, però, che tale limitazione possa sopravvivere ai test consacrati dalla decisione *Smith*, più sopra ricordata, poiché la legislazione del Colorado trova applicazione ad una *public accomodation*. Ciò rende non necessario procedere ad uno *strict scrutiny* delle costrizioni poste dal legislatore, essendo evidente l'interesse pubblico (la lotta alla discriminazione) che ispirava le misure.

La massima giurisdizione federale non condivide questo orientamento e, scartando la domanda di *overruling* di *Employment Division v. Smith*, opera un netto ritaglio del *thema decidendum*, segnando così i confini distintivi tra *303 Creative* e *Masterpiece*. Malgrado l'influsso delle opinioni religiose, infatti, il focus si sposta dalla *free exercise clause* (sotto i riflettori in *Masterpiece*) alla *free speech clause* del Primo emendamento. Allo stesso modo, si sottolinea la qualità di artista (e non di artigiano, come nella decisione del 2018²¹, o di mera commerciante, come nel caso della fiorista di Washington) della ricorrente.

Si tratta di un esercizio intellettuale ingegnoso: il precedente posto nel 2018 perde la sua forza orizzontale, venendo in rilievo profili parzialmente diversi. Da qui, l'estensore, il giudice Gorsuch, ha buon gioco ad invocare la garanzia della libertà di espressione – tanto più applicata a chi dell'espressione libera ha fatto una professione – nei confronti di un Governo che, con fare dispotico, vorrebbe impedire e/o obbligare un artista ad esprimersi in modi contrari alla sua coscienza.

L'argomentazione dell'opinione di maggioranza riafferma dunque il filone giurisprudenziale della garanzia della libertà di espressione, riprendendo precedenti in cui vennero protette espressioni altamente scomode o minoritarie²².

²¹ Nel caso *Masterpiece*, il pasticcere Philipps aveva avanzato il tema della sua libertà artistica nel veicolare messaggi attraverso le sue creazioni, ma è un argomento che non viene particolarmente preso in considerazione dalla Corte, se non dal giudice Thomas nella sua opinione concorrente. Thomas ritiene infatti che anche la creazione di torte, nel momento in cui possono integrare messaggi, possa essere protetta dalla libertà artistica. Cfr. la *concurring opinion* di Thomas, p. 7: «Accordingly, Phillips' creation of custom wedding cakes is expressive. The use of his artistic talents to create a well-recognized symbol that celebrates the beginning of a marriage clearly communicates a message».

²² Si citano in particolare il caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), nel quale la Corte ritenne che non si potessero obbligare degli studenti

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

Una volta operata prima la differenziazione con il caso *Masterpiece* (*distinguishing*) e poi la restrizione della questione con riguardo all’espressione artistica (*narrowing*)²³, quale è la portata reale di *303 Creative*? In realtà, appare molto più significativa di quanto le due operazioni precedenti non lascino presagire. Come è stato anticipato, la storia processuale del caso porta la Corte ad esprimersi non già su una concreta decisione amministrativa che ha mancato di *tolleranza*²⁴ – questo il criterio dato dal caso *Masterpiece* – nel bilanciare l’opinione religiosa e il diritto di accesso al mercato senza discriminazioni. Piuttosto, a passare sotto la lente della Corte è proprio l’essenza stessa della legislazione antidiscriminatoria, che non può essere utilizzata per impedire od obbligare determinati comportamenti legati a convinzioni personali. Nonostante le non banali rassicurazioni offerte dall’estensore di maggioranza²⁵, sembrano affiorare in superficie discriminazioni costituzionalmente tutelate, poiché “coperte” dalla libertà (positiva e negativa) di espressione.

Dunque, non appare del tutto azzardato sostenere che si sia giunti ad una sorta di *overruling by implication*²⁶: vi è un ribaltamento, nemmeno troppo implicito, dei valori da preservare rispetto a *Masterpiece* (prima la libertà di espressione, poi il divieto di discriminazione). Vi è anche un ripensamento rispetto a *Smith* – o almeno un’altra operazione di *narrowing* – dato che, malgrado si vertesse in un ambito di *public accomodation*, viene concretamente ripreso il criterio dello *strict scrutiny* che impone un vaglio assai più penetrante

a salutare la bandiera americana, o, ancora più discusso, il caso *National Socialist Party of America v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977), in cui si ritenne protetta dal Primo emendamento una manifestazione di neonazisti in un villaggio abitato da moltissimi sopravvissuti all’Olocausto.

²³ Sull’operazione di restrizione del precedente v. R.M. Re, *Narrowing Precedent in the Supreme Court*, in *Columbia Law Review*, 7, 2014, p. 1861 ss.

²⁴ La “tolleranza” riappare nella conclusione dell’opinione di maggioranza (*«tolerance, not coercion, is our Nation’s answer»*), ma non è utilizzata come criterio di decisione e di verifica del bilanciamento compiuto dagli organi dello Stato (proprio perché tale bilanciamento non è mai stato realizzato in concreto, trattandosi di un *pre-enforcement*).

²⁵ Oltre all’incipit (riportato *supra* alla nota 5), Gorsuch ribadisce che i giudici di maggioranza *«do not question the vital role public accommodations laws play in realizing the civil rights of all Americans. This Court has recognized that governments in this country have a “compelling interest” in eliminating discrimination in places of public accommodations»* (p. 12), e che dunque gli Stati possono proteggere le persone omosessuali (p. 13) poiché le legislazioni di *public accomodation* non sono di per sé contrarie alla Costituzione, posto che, peraltro, *«there are no doubt innumerable goods and services that no one could argue implicate the First Amendment»* (p. 14).

²⁶ Su questa pratica “di lunga data” (*«longstanding»*) v. B.S. Shannon, *Overruled by implication*, in *Seattle University Law Review*, 1, 2009, p. 151 ss.

Alessandro Lauro

Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?

Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema

nelle ragioni statali di lotta alla discriminazione quando vi siano limiti alla libertà di espressione²⁷.

Tutto ciò pare confermato dalle vicende processuali che ha seguito il caso “accluso” *Klein v. Oregon Bureau of Labor & Industries*²⁸: deciso dalla Corte di appello dell’Oregon nel senso di impedire discriminazioni da parte di attività pubbliche nei confronti di clienti omosessuali, il verdetto è stato rimandato dalla Corte suprema alla corte inferiore per essere deciso alla luce di *Masterpiece*. Dopo il giudizio di rinvio (e la conferma dell’esito), la causa è tornata alla Corte Suprema che, ancora una volta, ha annullato e rinviato alla Corte d’appello dell’Oregon affinché la causa venga decisa “alla luce di *303 Creative v. Elenis*”. Il che lascia intendere inequivocabilmente che il precedente da seguire non sia più quello del 2018, ma quello del 2023.

È quindi assai plausibile che il tema impegnerà i giudici statunitensi in un’opera di costruzione e decostruzione che non può dirsi conclusa, anche perché la Corte evita accuratamente di fissare standard di giudizio e criteri orientativi.

Certo, si aprono sconfinite possibilità di micro-casi in cui non sarà facile identificare una regola che, per quanto generale, possa guidare il decisore (amministrativo o giudiziario che sia), sostituita da valutazioni del tutto casistiche. Il confine per identificare quale atto (latamente riconducibile ad una discriminazione) sia coperto dall’esercizio dei diritti di cui al Primo emendamento rischia di diventare altamente fumoso e instabile.

Il dato rilevante – e che non è esclusivo dell’ordinamento statunitense – è che la frontiera fra atto di discriminazione e atto di libertà si determinerà tutta al di fuori della legge.

²⁷ Tale criterio era invocato da Gorsuch nella sua *concurring opinion* di *Masterpiece*, anche se non era il criterio realmente emergente dall’opinione della Corte.

²⁸ *Klein v. Oregon Bureau of Labor & Industries*, Or. App. 138 (2022). Anche in questo caso si controverte sul rifiuto di due pasticceri di realizzare una torta nuziale per l’unione di due donne. Come nel caso *Masterpiece*, l’autorità amministrativa dell’Oregon incaricata della lotta alle discriminazioni negli spazi pubblici (*Oregon Bureau of Labor and Industries*) aveva sanzionato i pasticceri. Al momento in cui si scrive (novembre 2023) la questione rinviata dalla Corte Suprema ai giudici dell’Oregon alla luce di *303 Creative* è ancora pendente.

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

3. Libertà di coscienza e mercato: circolazione dei precedenti, in fuga dai legislatori

Praticamente in contemporanea al caso *Masterpiece*, sull'altra sponda dell'Atlantico la Corte Suprema del Regno Unito decide il caso *Lee*²⁹, piuttosto simile nei fatti di causa alla controversia americana, poiché ancora si verteva su torte e messaggi *pro-gay marriage*³⁰. Dal punto di vista squisitamente processuale, i due casi appaiono parzialmente diversi quanto alla loro origine, nella misura in cui nel caso *Lee* il privato leso aveva intentato un'autonoma causa per risarcimento dei danni e dunque il giudizio della Corte si risolve in una revisione dell'interpretazione giudiziale delle norme antidiscriminatorie. Detto diversamente, nel caso *Lee* i giudici bilanciano direttamente i diritti fra i privati, mentre nel caso *303 Creative* (come già nel caso *Masterpiece*) l'accento è posto in particolare sui limiti del potere statale. Dal punto di vista sostanziale, però, si osserva una convergenza nettissima: la stessa opinione dei *Lord Justices* richiama in un *post-scriptum* proprio il caso *Masterpiece*, a conferma di una sensibilità condivisa nelle Corti, che porta a far prevalere, nei due casi, la libertà di coscienza e di espressione³¹.

Il caso britannico avrà poi una propaggine davanti alla Corte europea dei diritti dell'Uomo, conclusa nel dicembre 2021 con il rigetto delle doglianze di Lee (vittima della presunta discriminazione) nei confronti del Regno Unito³². I giudici di Strasburgo, in realtà, non prendono di petto la questione più spinosa (cioè il bilanciamento fra libertà di coscienza e dignità delle persone omosessuali che non devono subire discriminazioni), limitandosi a citare proprio il caso *Masterpiece* e ricordando che controversie

²⁹ [2018] UKSC 49, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd.*

³⁰ Una sfumatura, di cui daremo conto nel prossimo paragrafo, viene evidenziata dai giudici britannici, ovvero che la torta non era stata ordinata per una specifica cerimonia nuziale, ma per un evento politico a sostegno del matrimonio omosessuale.

³¹ Diversamente era andata nel caso della Corte Suprema britannica *Bull v. Hall* ([2013] UKSC 73 del 27 novembre 2013), che verteva sul rifiuto di un albergatore di alloggiare una coppia omosessuale sulla base del suo convincimento religioso.

³² A commento v. V. Breda - M. Frau, *The gay cake controversy in the United Kingdom and Italian inertia*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 6, 2023, p. 708 ss.; A. Licastro, “The icing on the cake”. *Alla ricerca del giusto equilibrio tra libertà del pasticcere e divieto di discriminazione delle coppie omosessuali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 12, 2022, p. 1 ss.

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

simili vanno decise in base ad un criterio di tolleranza³³. L'argomento utilizzato per confermare il bilanciamento operato dalle Corti inglesi, andato a favore dei pasticceri che hanno rifiutato di produrre la torta *pro gay marriage*, si muove lungo la gerarchia delle fonti: la controversia chiedeva di conciliare il diritto convenzionale alla libertà di coscienza e diritti derivanti dalla legislazione antidiscriminatoria nazionale, non avendo Lee mai invocato diritti fondamentali discendenti dalla CEDU. Un caso di *judicial modesty* da parte della Corte strasburghese, che ritiene di non poter sindacare in maniera penetrante l'operato dei giudici nazionali in una situazione così sensibile, facendo valere – cosa non sempre scontata – il suo ruolo di giurisdizione sussidiaria.

Quello che tuttavia pare emergere, anche nelle considerazioni svolte proprio dal giudice sovranazionale, è la retrocessione del formante legislativo.

Malgrado l'esistenza di legislazioni antidiscriminatorie pure molto articolate – come era ed è nel caso del Colorado³⁴ – i giudici si danno criteri diversi, oseremmo dire *equitativi*, per risolvere le questioni, a prescindere dall'interpretazione dei testi. Testi che continuano a “valere” in determinati ambiti, in particolare quello lavoristico, come dimostra la «singolare

³³ Corte EDU, *Lee c. Regno Unito*, 6 gennaio 2022, par. 75: « *As the Supreme Court of the United States pointed out in Masterpiece Cakeshop Ltd, these disputes must be resolved with tolerance, without undue disrespect to sincere religious beliefs, and without subjecting gay persons to indignities when they seek goods and services in an open market [...]. This is particularly so in Northern Ireland, where there is a large and strong faith community, where the LGBTIQ community has endured a history of considerable discrimination and intimidation, and where conflict between the rights of these two communities has long been a feature of public debates* »

³⁴ Il *Colorado Anti-Discrimination Act* così identifica – con termini ampi – la discriminazione nelle *public accommodations*: « *It is a discriminatory practice and unlawful for a person, directly or indirectly, to refuse, withhold from, or deny to an individual or a group, because of disability, race, creed, color, sex, sexual orientation, gender identity, gender expression, marital status, national origin, or ancestry, the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation or, directly or indirectly, to publish, circulate, issue, display, post, or mail any written, electronic, or printed communication, notice, or advertisement that indicates that the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation will be refused, withheld from, or denied an individual or that an individual's patronage or presence at a place of public accommodation is unwelcome, objectionable, unacceptable, or undesirable because of disability, race, creed, color, sex, sexual orientation, gender identity, gender expression, marital status, national origin, or ancestry* » (Titolo 24, Art. 34, sez. 601 dei *Colorado Revised Statutes*).

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

controversia tra originalisti³⁵ del caso *Bostock v. Clayton County*³⁶ della Corte suprema statunitense in cui l'esito che conferma la tutela delle persone omosessuali non era affatto scontato, data la configurazione del collegio³⁷. Negli altri versanti della vita sociale sembra invece che l'esigenza antidiscriminatoria si affievolisca alla luce dell'esercizio di diritti fondamentali e, in particolare, di quei diritti che attengono alla manifestazione di opinioni e convinzioni personali. Anzi, le Corti – e il caso *303 Creative* rappresenta l'acme di questa tendenza – diffidano il legislatore: sembra piuttosto forte il monito ad astenersi dall'intervenire in maniera troppo netta per arginare le discriminazioni, poiché l'azione potrebbe essere a sua volta produttiva di ulteriori discriminazioni, fondate su altri caratteri, che rischiano di spezzare la tenuta della pacifica convivenza civile. In un'epoca di pluralismo spinto, ai limiti del particolarismo, i legislatori sembrano non più in grado di equilibrare le diverse esigenze, i diversi valori, le differenti *Weltanschauungen*, che si riducono quindi alle soluzioni casistiche, agli “accomodamenti” che le Corti rivendicano per sé³⁸.

4. Gli interrogativi profondi che nascono da diverse “proiezioni ortogonali” dei diritti

Il caso *303 Creative*, come i precedenti che l'hanno anticipato, suscita profondi interrogativi di coscienza, forse civile prima ancora che giuridica. Occorre però osservare come le domande cambino altrettanto

³⁵ N. Zanon, *Che significa discriminare because of sex? In Bostock v. Clayton County una singolare controversia tra originalisti*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2020, p. 839 ss.

³⁶ *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. ____ (2020). V'è da sottolineare che il caso atteneva ad una questione di *statutory interpretation* (sul Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964) e non di *constitutional interpretation*.

³⁷ Ai quattro giudici liberal si erano aggiunti infatti il *Chief Justice* Robert e il giudice Gorsuch, redattore dell'*Opinion* di maggioranza nella quale si sottolinea come la discriminazione fondata sul sesso possa includere anche la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

³⁸ In questo contesto diventa assai complesso offrire quella che Dworkin definì una “lettura morale” dei principi costituzionali (R. Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Massachusetts), 1996, in particolare p. 7 ss.), poiché complesso diviene trovare delle coordinate comuni. Al che bisognerebbe domandarsi se è invece davvero possibile offrire “letture amorali” delle Costituzioni, cioè sprovviste di una base etica comune ai consociati, soprattutto con riguardo ai diritti fondamentali da esse consacrati.

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

profondamente, per un costituzionalista, nel momento in cui si approciano da punti di vista diversi.

L'opinione di maggioranza del giudice Gorsuch è logicamente ineccepibile: un vero inno al costituzionalismo liberale. Chi può accettare che, in un ordinamento democratico compiuto, un Governo *possa obbligare* una persona ad esprimersi contro la propria coscienza? E, in tempi in cui domina la legge del mercato, non sarebbe addirittura ai limiti dell'eroismo civile rifiutare un profitto in nome di una convinzione, politica, religiosa o filosofica che sia?

Quest'angolo visuale è quello del rapporto verticale: la dialettica autorità-libertà, che nel costituzionalismo, «teoria dei limiti giuridici al potere politico»³⁹, trova una sua definizione tendenzialmente a favore della seconda.

Ma tutto cambia se questa linea viene cartesianamente proiettata dal piano delle ordinate a quello delle ascisse: l'opinione di Gorsuch rischia di divenire pericolosa se trasposta orizzontalmente. Di fatto, questo è invece il piano su cui si svolge l'opinione minoritaria redatta da Sonia Sotomayor: il punto non è se il potere pubblico può dettare un *compelled speech*, ma se questi abbia il diritto/dovere di intervenire quando una libertà si scontra con un'altra, riproducendo, invero, una dialettica che torna ad assumere un orientamento verticale, poiché si instaura fra una posizione di forza di chi non subisce discriminazioni, perché appartiene alla maggioranza, e una posizione di debolezza, identificata nei gruppi protetti dalla legislazione antidiscriminatoria.

Le citazioni contenute nell'opinione di minoranza sono in effetti emblematiche: prima dell'abolizione della schiavitù e dell'abbandono della dottrina del “*separate but equal*”, la segregazione razziale era talvolta considerata una situazione voluta dal Divino e dunque oggetto di un *belief* religioso⁴⁰. La conferma che negare a persone afroamericane l'acquisto di una proprietà costituisca una vera discriminazione, legittimamente vietata

³⁹ A. Pace, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2003, p. 1 ss.

⁴⁰ L'opinione dissenziente di Sonia Sotomayor (p. 37) riporta una citazione tratta dal caso *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), pietra miliare nella quale si dichiararono incostituzionali le legislazioni statali che vietavano matrimoni misti. Il giudice di primo grado che condannò i due coniugi per aver violato la legge della Virginia scrisse: «*Almighty God [...] did not intend for the races to mix*».

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

sul piano costituzionale, arrivò solo con il caso *Jones v. Alfred H. Mayer Co.* del 1968⁴¹.

Come si vede, i problemi sul tappeto sono molti.

Il primo – che emerge in filigrana dall’opinione di maggioranza – è il rischio dell’inversione della discriminazione. L’applicazione cieca delle legislazioni antidiscriminatorie potrebbe portare a vietare determinate espressioni che si radicano in credenze filosofico-religiose: a subire forme potenziali di stigma sarebbero allora i portatori di questi convincimenti. Nessuna autorità pubblica può imporre un pensiero unico e quindi va preservato anche il dissenso⁴², tanto più se espresso in forme civili e non degradanti la dignità altrui. La stessa scaturigine processuale e cautelare del caso *303 Creative* sembra adombrare questo rischio.

Il secondo problema è il contraltare del primo: bisogna distinguere fra potenziali rischi di discriminazione “a rovescio” e atti discriminatori reali e concreti. Detto diversamente: ai giudici non è ancora giunta richiesta di protezione di chi si sentirebbe *concretamente* discriminato per le sue convinzioni, divenute minoritarie nella maggioranza della comunità (ricordiamo che nell’ultimo caso si è trattato di un *pre-enforcement*). Alle Corti è invece *ancora* domandata protezione da parte di soggetti – in questo caso omosessuali – cui viene negato (e occorre sottolinearlo) non tanto l’accesso al bene generico (una torta, un serto di fiori, un sito internet), ma il riconoscimento di una *pari dignità sociale* rispetto al diritto al matrimonio⁴³.

⁴¹ *Jones v. Alfred H. Mayer Co.*, 392 U.S. 409 (1968). Nella decisione si ritenne che il Congresso potesse legittimamente regolare i contratti di vendita per prevenire discriminazioni razziali, in attuazione del Tredicesimo emendamento.

⁴² Basti qui citare la chiusura dell’*Opinion of the Court* (pp. 25-26): «*the opportunity to think for ourselves and to express those thoughts freely is among our most cherished liberties and part of what keeps our Republic [...] The First Amendment envisions the United States as a rich and complex place where all persons are free to think and speak as they wish, not as the government demands. Because Colorado seeks to deny that promise, the judgment is reversed.*»

⁴³ Si utilizza qui la nota espressione contenuta nell’art. 3, comma primo, della Costituzione italiana. Il richiamo va inteso però in senso descrittivo di una dinamica sociale e non propriamente normativo. Ciò significa che, ad avviso di chi scrive, accettare (come fa la Corte Suprema) “obiezioni di coscienza” come nel caso presente rispetto a beni e servizi concernenti matrimoni gay significa riconoscere una minore dignità alle unioni omosessuali. Come è stato ben osservato «la pretesa delle persone LGBT di vedere tutelata la propria dignità sottintende, quindi, non solo la rivendicazione della libertà di compiere le scelte essenziali della propria vita, ma anche il diritto di vedere riconosciuto il proprio valore e quello delle proprie relazioni personali in condizioni di parità rispetto ad altre “condizioni personali o sociali” tutelate dalle costituzioni nazionali» (A. Sperti, *Le Corti*

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

Questo, a modesto avviso di chi scrive, è il punto fondamentale, sul quale bisognerebbe ragionare in termini strettamente giuridici.

Il diritto al matrimonio anche per le coppie omosessuali è ormai un dato acquisito dell'ordinamento costituzionale federale statunitense: lo ha riconosciuto la celebre sentenza *Obergefell* del 2015⁴⁴, la quale – stando alle opinioni espresse nel caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*⁴⁵ – non pare prossima ad un *overruling*.

Ora, per quanto un soggetto possa sentirsi infastidito, o addirittura leso nelle sue intime convinzioni, dal fatto che altri possano godere di diritti fondamentali pari ai suoi, in assenza di condizioni che lo stesso soggetto reputa “legittimanti”, regole basilari di convivenza civile – il *pactum societatis* – escluderebbero che ciascuno possa farsi arbitro dei diritti altrui. Sia consentito osservare che si tratta di una situazione che non si ferma al *mariage pour tous*: si potrebbe essere intolleranti verso chi adotta posizioni politiche estreme, di cui si potrebbe invocare l'esclusione del diritto di parola e di voto⁴⁶; si potrebbe negare il diritto di taluni credenti ad esercitare il proprio culto perché ritenuto “retrogrado” e di disturbo ecc.

costituzionali tra tutela del pluralismo e delle singole identità, in *DPCE Online*, 3, 2019, p. 2163). Che la dignità sociale possa costituire un principio dell'ordinamento americano è discusso, proprio a partire dal caso *Obergefell* (citato infra): sul punto v. L.H. Tribe, *Equal dignity: speaking its name*, in *Harvard Law Review*, 1, 2015, p. 16 ss., il quale sottolinea come il principio della *equal dignity* «*extends beyond same-sex couples to ensure that all individuals are protected against the specter of coerced conformity*» (p. 30), avendo in precedenza ricordato che «*dignity is not some alien import with no place in our own constitutional tradition*» (p. 21). Un sentito ringraziamento al valutatore anonimo che ha suggerito questa lettura e ha permesso questa specificazione.

⁴⁴ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

⁴⁵ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022). Cfr. l'opinione di maggioranza redatta da Samuel Alito (pp. 38 e 71), nonché la *concurring opinion* di Brett Kavanaugh (p. 10).

⁴⁶ Un caso parzialmente simile è giunto, per via del ricorso a tutela dei diritti fondamentali, davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco, al quale un militante candidato di estrema destra ha chiesto soddisfacimento dopo che Facebook aveva bloccato il suo account in piena campagna elettorale: cfr. BVerfG, *Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2019*. Sempre in tema di discriminazioni politiche, la stessa corte di Karlsruhe ebbe a pronunciarsi sull'esclusione di un militante estremista da un albergo (BVerfG, *Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 27. August 2019*). Nel primo caso, il BVerfG ordinò la rimozione del blocco informatico, mentre nel secondo caso ritenne il ricorso inammissibile, poiché non veniva in rilievo la violazione di alcun diritto costituzionale tutelabile tramite il *Verfassungsbeschwerde*. Su queste decisioni v. F. Episcopo, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali al vaglio della Corte Federale Tedesca. Brevi note a margine di alcune recenti sentenze del Bundesverfassungsgericht*, in *Giustizia Insieme*, 28 maggio 2020.

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

Insomma, nessuno esclude che all'interno di una società si possa dibattere e che anche diritti acquisiti per vie consentite dall'ordinamento possano essere oggetto di contestazione, tanto più – e non si può mettere in ombra questo aspetto – se ciò non passa dai canali di legittimazione democratica. La questione è che, una volta riconosciuti, essi vanno rispettati da tutti e vanno fatti rispettare dall'autorità pubblica. Ciò è tanto più vero per chi sceglie di offrire le proprie prestazioni sul mercato: se l'offerta è *erga omnes*, non ci si può considerare autorizzati a discriminare fra i clienti perché non si condividono le loro scelte di vita (non solo lecite, ma) costituzionalmente protette e garantite. Se manca questo *enforcement*, i diritti restano lettera morta: la pari dignità giuridica (*l'equal protection of the law*) viene svuotata, soffocata da una reale disparità sociale.

Seguendo questa linea di pensiero, poco rileva che il prestatore di beni e servizi sia un artigiano o un'artista: accettare di offrire una prestazione non significa dare alcuna “benedizione morale” a ciò che compiono gli altri (benedizione che, per vero, potrebbe essere negata a prescindere dall'orientamento sessuale⁴⁷). Dunque, il rifiuto puro e semplice di contrattare le prestazioni tipiche dell'offerta al pubblico a *specifici richiedenti* non può ritenersi in linea con il rispetto dei diritti fondamentali altrui. Un ragionamento parzialmente diverso potrebbe svolgersi con riguardo a *specifici contenuti* inerenti alle prestazioni: da questo punto di vista, il caso britannico *Lee* si distingue dai casi americani, poiché la torta non era *per un matrimonio gay* fra due persone determinate, ma conteneva un messaggio politico *a supporto del matrimonio gay*. Pur essendo chiaro il nobile intento di valorizzare il criterio della tolleranza (e dunque l'accomodamento fra posizioni in conflitto), non si può nascondere che siffatte operazioni interpretative sono assai difficili, ai limiti di attività da causidici, che vogliono trarre dai contesti di riferimento significati espressivi contenuti nelle torte o nei siti web, tramutando tutto in questioni di coscienza.

Ragionevolmente, si potrebbe sostenere che assumerebbe rilievo fondamentale la possibilità di individuare altre fonti di approvvigionamento sul mercato: la web-designer credente non è l'unica ad offrire quelle prestazioni, così come la fiorista o il pasticciere. Anche qui, però, occorre qualche cautela: l'esistenza di una sorta di “monopolio locale” può certamente deporre nel senso di escludere qualunque forma di “obiezione di coscienza” da parte del monopolista. Ma, viceversa, è sufficiente l'assenza

⁴⁷ Ragioni per ritenere un matrimonio “sbagliato” potrebbero fondarsi, come la storia ci insegna, su altri elementi di discriminazione, quali la classe sociale, la razza ecc.

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

di questo monopolio per giustificare il rifiuto? Parrebbe forse un po' eccessivo, anche perché ogni esercente ed ogni attività potrebbero poi identificare le proprie *policies* concernenti la clientela, solo perché altrove quei beni o servizi possono essere acquistati.

Il criterio distintivo, tuttavia, non può essere quello – logicamente poco sostenibile – utilizzato nell'opinione di Gorsuch (ed anche dai *Law Lord* britannici) ovvero il fatto che la web-designer avrebbe negato la richiesta generica (la realizzazione di un sito per un matrimonio gay) a qualunque cliente, a prescindere dal suo orientamento sessuale. Da questo punto di vista, l'obiezione di Sotomayor (sui neri che non avrebbero potuto prendere una camera d'albergo, ma avrebbero potuto invece riservarla per i loro amici bianchi⁴⁸) è ficcante e difficilmente falsificabile.

5. Tollerare l'intolleranza? Alcuni spunti conclusivi

Alla luce di quanto sostenuto, si impongono due ordini di riflessioni conclusive.

In primo luogo, bisogna considerare come la sentenza *303 Creative* si inserisca in uno scenario politico-giurisprudenziale dominato dalla super-maggioranza conservatrice e, conseguentemente, da una maggiore polarizzazione delle opinioni⁴⁹. Tale scenario sembra impedire che, su questioni sensibili, possa trovarsi una convergenza bipartisan, anche in casi – come quello qui commentato – che si sarebbero prestati alla semplice

⁴⁸ «Apparently, a gay or lesbian couple might buy a wedding website for their straight friends. This logic would be amusing if it were not so embarrassing. I suppose the Heart of Atlanta Motel could have argued that Black people may still rent rooms for their white friends» (S. Sotomayor, *Dissenting opinion*, p. 32). Il riferimento è al caso *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241 (1964), nel quale la Corte Suprema ritenne costituzionalmente legittimo che il Congresso imponesse una legislazione contro le discriminazioni razziali alle attività private.

⁴⁹ Il 30 giugno 2023 il Presidente Biden ha rilasciato un comunicato sul sito della Casa Bianca con cui deplorava la decisione della Corte, forse drammatizzando eccessivamente – se pur, ai suoi fini, comprensibilmente – i contenuti della sentenza: «*In America, no person should face discrimination simply because of who they are or who they love. The Supreme Court's disappointing decision in 303 Creative LLC v. Elenis undermines that basic truth, and painfully it comes during Pride month when millions of Americans across the country join together to celebrate the contributions, resilience, and strength of the LGBTQI+ community. While the Court's decision only addresses expressive original designs, I'm deeply concerned that the decision could invite more discrimination against LGBTQI+ Americans. More broadly, today's decision weakens long-standing laws that protect all Americans against discrimination in public accommodations – including people of color, people with disabilities, people of faith, and women.*»

Alessandro Lauro

*Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?**Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*

riaffermazione di principio dei precedenti (il caso *Masterpiece*) con gli opportuni adattamenti casistici, magari da rinviare alle Corti inferiori.

Tanto premesso, bisogna comunque usare prudenza nell'individuare nettamente linee di tendenza continuative fra le sentenze che più hanno fatto discutere (si pensi agli *overruling* compiuti da *Dobbs* sul diritto all'aborto, o *Students for Fair Admissions*⁵⁰ sull'incostituzionalità delle *affirmative actions*) ed il caso di cui stiamo trattando. Se anche queste esistono, nel senso che pure *303 Creative* si inserisce in una traiettoria meno progressista, ci sono vari segnali, provenienti dalla stessa maggioranza conservatrice della Corte suprema, che pure vanno inseriti nel mosaico complessivo. Emerge, cioè, sia dall'opinione di maggioranza redatta da Gorsuch, sia da opinioni rese in altri casi⁵¹, che il tema della tutela delle persone omosessuali resta a cuore ad una maggioranza trasversale di giudici. L'esito della decisione – come è stato detto – non è convincente, ma il vero problema è l'approccio della Corte, che depotenzia la legislazione in nome di scelte casistiche. Il che, per una Corte conservatrice che spesso enfatizza il ruolo del legislatore sfoggiando una certa *judicial modesty*, appare in parte contraddittorio.

Ciò ci conduce ad un secondo ordine di sintetiche conclusioni, di carattere più generale.

Concludendo il suo *Traité sur la tolérance*, Voltaire rivolge una lunga invocazione a Dio, affinché le divergenze di opinioni e di fedi non si tramutino in conflitti⁵². Questa supplica al Divino potrebbe essere oggi trasposta, ma forse con disillusione, sul piano laico, sperando che un qualche legislatore illuminato trovi la quadra o, meglio, offra un quadro all'interno del quale comporre le divergenze etico-sociali che emergono, ciclicamente ancorché in ambiti diversi, nella società. Il problema che sembra però emergere prepotentemente e che non può lasciare indifferenti è questo: per restare nella metafora usata da Voltaire, oggi sembra che ognuno voglia accendere il proprio cero all'ora che vuole, dove vuole, a

⁵⁰ *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023).

⁵¹ Si pensa qui all'opinione dissenziente di Brett Kavanaugh nel caso *Bostock* citato sopra, nella quale il giudice sottolineò come «*Millions of gay and lesbian Americans have worked hard for many decades to achieve equal treatment in fact and law ... They have advanced powerful policy arguments and can take pride in today's result. Under the Constitution's separation of powers, however, I believe that it was Congress's role, not this Court's, to amend Title VII*». In questo caso, invece, Gorsuch si esprime a favore della tutela delle persone omosessuali. Ancora, bisogna richiamare le opinioni concorrenti in *Dobbs* (v. nota 45) rispetto ad un possibile *overruling* di *Obergefell*.

⁵² «*Que ceux qui allument des cierges en plein midi pour te célébrer, supportent ceux qui se contentent de la lumière de ton soleil*».

Alessandro Lauro

Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?

Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema

prescindere dagli altri. Accentuandosi la tendenza all’individualismo delle idee e in un’epoca di secolarizzazione della vita sociale in cui il fenomeno religioso pare tutto sommato recessivo (soprattutto nelle democrazie occidentali), qualunque credo rischia di farsi transeunte e provvisorio.

La Corte Suprema ha inteso difendere *sincere religious beliefs*; il problema si porrà (e forse già inizia a porsi) allorquando questi *beliefs* saranno non più riferibili a dottrine religiose specifiche e identificabili, ma a semplici convinzioni personali dell’individuo, che magari si discostano dalle evoluzioni di quelle stesse dottrine organizzate⁵³. Se tutto ciò fosse portato all’estremo, il criterio della tolleranza, dato da *Masterpiece*, fatto proprio dalla Corte EDU e poi lasciato da parte in *303 Creative*, rischierebbe di diventare praticamente impossibile da applicare. Per riprendere un proverbio francese: *tout comprendre, c’est tout pardonner*. Ammettere che esistano sempre margini per rintracciare una convinzione personale può condurre a tollerare tutto e dunque a perdere qualunque coordinata per lo svolgimento del vivere civile. Ecco che allora riemerge impellente il bisogno della norma comune: essere sottoposti alla legge per essere liberi⁵⁴ significa conoscere entro quali limiti esercitare la propria libertà e non doversi scontrare di volta in volta con l’arbitrio altrui o la decisione *a posteriori* del giudice.

⁵³ Con riguardo al matrimonio omosessuale, per esempio, è fatto notorio che le Chiese cristiane mantengono posizioni differenziate, fra quelle che non lo ritengono accettabile, quelle che lo consentono e quelle che hanno identificato forme intermedie di benedizioni per le unioni fra persone dello stesso sesso che non equivalgono propriamente al matrimonio tradizionale.

⁵⁴ La citazione rinvia alla nota massima ciceroniana contenuta nella *Pro Cluentio* (53.156): «*legum omnes servi sumus ut liberi esse possimus*».

Alessandro Lauro

Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?

Dalla “gay cake saga” al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema

ABSTRACT: The paper analyzes the Supreme Court's 303 Creative LLC v. Elenis decision, questioning the relationship between anti-discrimination law and freedom of conscience in light of this new precedent that seems to overrule the famous 2018 Masterpiece ruling.

KEYWORDS: antidiscriminazione – libertà di coscienza – overruling – Corte Suprema – Stati Uniti

Alessandro Lauro – Dottore di ricerca in diritto pubblico e comparato, Università Ca' Foscari di Venezia – Université Panthéon Assas; (alessandro.lauro@unive.it)