*Daniele Camoni**

La sentenza *303 Creative LLC v. Elenis* della Corte Suprema degli Stati Uniti, tra *public accommodation laws* e Primo Emendamento: una *slippery slope* in materia antidiscriminatoria

Sommario

1. Premessa introduttiva. – 2. *303 Creative LLC v. Elenis* davanti alla Corte Suprema: «free speech now, free speech tomorrow, free speech forever»? – 3. L'opinione dissenziente di *Justice* Sotomayor ed i confini materiali dell'attività "espressiva". – 4. Il futuro di *303 Creative LLC v. Elenis*: una *slippery slope* in materia antidiscriminatoria? – 4.1. *Public accommodation laws lose*? Il rapporto con la *Free Speech Clause*. – 4.2. *Public accommodation laws win*? Il rapporto con la *Free Exercise Clause*. – 5. Riflessioni conclusive.

Abstract

Il presente articolo intende proporre alcune riflessioni a partire dalla recente sentenza *303 Creative LLC v. Elenis* della Corte Suprema degli Stati Uniti: in particolare, essa ha dichiarato che il diritto alla libera espressione del pensiero non consente ad uno Stato di obbligare il titolare di un pubblico esercizio a manifestare – attraverso un'attività commerciale ritenuta "espressiva" – un'opinione con la quale si trova in disaccordo. L'analisi di detta pronuncia e dell'opinione dissenziente sarà poi inquadrata in una prospettiva più ampia, nella quale si ricostruiranno i delicati rapporti tra le legislazioni antidiscriminatorie statali in relazione alle attività dei pubblici esercizi (*public accommodation laws*), il diritto alla libertà di espressione e il diritto di libertà religiosa, con specifica e costante attenzione alla giurisprudenza della Corte Suprema in materia.

The article aims at proposing some remarks starting from the recent judgment 303 Creative LLC v. Elenis of the Supreme Court of the United States: in particular, it was declared that the right to free expression of thought does not allow a State to constrain the owner of a public establishment to express – through an "expressive" commercial activity – an opinion with which he/she disagrees. The analysis of the judgment and the dissenting opinion will then be framed in a broader perspective, dealing with the delicate relationships between State anti-discrimination legislations in relation to the activities of public establishments (public accommodation laws), the right to freedom of expression and religious freedom, with specific and constant attention to the jurisprudence of the Supreme Court on these topics.

* Ricercatore di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1. Premessa introduttiva

Con sentenza del 30 giugno 2023 nel caso *303 Creative LLC v. Elenis*[1], la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato – per sei voti a tre[2] – che il Primo Emendamento, *sub specie* di diritto alla libera espressione del pensiero (*Free Speech Clause*)[3], non consente ad uno Stato di obbligare il titolare di un pubblico esercizio a manifestare – attraverso un'attività commerciale ritenuta "espressiva"[4] – un'opinione con la quale egli si trova in disaccordo (*compelled speech*)[5]. A livello di inquadramento generale, secondo una giurisprudenza consolidata tale coercizione si verifica sia in situazioni «in which an individual must personally speak the government's message», sia in casi in cui le pubbliche autorità costringono un individuo «to host or accommodate another speaker's message»[6].

Nel caso in esame, Lorie Smith – residente in Colorado – era titolare di un'impresa che offriva prodotti personalizzati attraverso la configurazione di specifiche piattaforme informatiche (siti Internet, servizi di pubblicità online, marketing e predisposizione di *social networks*): tra questi, a partire da un certo momento essa decideva di aggiungere ai servizi forniti anche il disegno di pagine Internet *ad hoc* per coppie desiderose di unirsi in matrimonio e volte a raccontare in dettaglio le tappe più significative della loro storia[7]. Ciononostante, l'avvio di tale attività era ostacolato, a suo avviso, dalla presenza del *Colorado Anti-Discrimination Act* (CADA), il quale sanzionava sia la mancata fornitura di servizi, da parte dei titolari di pubblici esercizi, per ragioni di razza, credo, condizioni personali o orientamento sessuale (*Accommodation Clause*), sia la semplice comunicazione che tali servizi, per le medesime ragioni, non sarebbero stati forniti (*Communication Clause*).

Questa sentenza fornisce una risposta di merito ad una questione – analoga, in termini di principio – già sollevata davanti allo stesso Giudice in *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* (CCRC)[8]. In quella fattispecie, il ricorrente Jack Phillips (pasticciere di Denver e proprietario dell'omonimo negozio) ricorreva alla Corte Suprema dopo essersi visto negare in sede amministrativa e giudiziaria la possibilità di ottenere un "esonero", per ragioni religiose, dalla vendita di una torta nuziale nei confronti di una coppia omosessuale in procinto di sposarsi. La Corte, tuttavia, risolveva la controversia *on*

1 U.S. Supreme Court, 600 U.S. 570 (2023). Per un primo commento (critico) in dottrina, M. Satta, *Commercial Discrimination as Religious Messaging in* 303 Creative v. Elenis, in *Religions*, 2024, 15(1), p. 15, secondo cui «Smith sued in order to gain a novel right: the right to use commercial discrimination as a means of sending a religious message».

2 La sentenza riflette la divisione ideologica (6-3) tra Giudici "conservatori" (Roberts, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett) e "progressisti" (Sotomayor, Kagan e Jackson).

3 Sulle origini storico-filosofiche e giuridiche della libertà di espressione negli Stati Uniti, cfr. da ultimo I. Tourkochoriti, *Freedom of Expression. The Revolutionary Roots of American and French Legal Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

4 Il riferimento è al *symbolic speech* (o *conduct*), «defined as the communication of opinion by conduct rather than by the spoken word» (F.J. O'Neill, *Symbolic Speech*, in *Fordham law review*, 1975, 43, p. 590). Per E. Volokh, *Symbolic Expression and the Original Meaning of the First Amendment*, in *Georgetown law journal*, 2009, 97, p. 1058, «"[I]nherently expressive" or "conventionally expressive" symbolic expression, the Court has concluded, is basically functionally identical to expression through words and should thus be treated the same: the two convey messages through much the same mental mechanism, with much the same effects and for much the same speaker purposes».

5 La *petition of certiorari* (22 febbraio 2022) è stata ammessa limitatamente al seguente quesito: «whether applying a public-accommodation law to compel an artist to speak or stay silent, contrary to the artist's sincerely held religious beliefs, violates the Free Speech or Free Exercise Clauses of the First Amendment». Al contrario, la Corte ha escluso di rispondere al quesito (subordinato) «whether a public-accommodation law that authorizes secular but not religious exemptions is generally applicable under *Smith*, and if so, whether this Court should overrule *Smith*». Come si vedrà *infra*, §§4 ss., la questione della *religious exemption* e l'applicazione della giurisprudenza enunciata in U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), apre scenari e problemi differenti.

6 U.S. Supreme Court, *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights*, 547 U.S. 47 (2006), p. 63.

7 Tutti i servizi forniti dalla sig.ra Smith sono consultabili in https://303creative.com/.

8 U.S. Supreme Court, 584 U.S. 617 (2018). Il caso è stato ampiamente commentato in dottrina: cfr. A. Licastro, "The icing on the cake". *Alla ricerca del giusto equilibrio tra libertà del pasticciere e divieto di discriminazione delle coppie omosessuali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2022, 13, pp. 95 ss.; A. Sperti, *Libertà religiosa e divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale: alcune riflessioni a partire dalle pronunce sull'obiezione del pasticciere*, in questa *Rivista*, 2019, 1 e 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*, 2018, 29. Sia anche consentito rinviare a D. Camoni, Is the proof (of speech freedom) in the cake? *Forme e limiti della libertà di espressione nella recente giurisprudenza statunitense e britannica*, in *DPCE online*, 2019, 2, pp. 1069 ss.

narrow grounds, omettendo di prendere posizione sul quesito di fondo[9] e limitandosi a dichiarare che, in sede di audizione presso la CCRC, il diritto di libertà religiosa del sig. Phillips era stato violato da alcuni componenti dello stesso organo amministrativo, affetti da illegittimi pregiudizi e ostilità nei confronti del suo sincero sentimento di fede[10].

Nonostante la soluzione procedurale adottata, il "ritorno" a *Masterpiece Cakeshop* è molto utile, sia per sviluppare un raffronto tra le argomentazioni esposte in entrambe le pronunce (provando a "trasferire" la soluzione di *303 Creative LLC v. Elenis* rispetto alle circostanze fattuali di *Masterpiece Cakeshop*), sia per un'attenta considerazione *pro futuro* dei principi enunciati in quest'ultima decisione e la possibilità che possa fungere quale (problematico?) *landmark case* vincolante. In termini più ampi, il caso e il ragionamento si inseriscono nello spinoso terreno del rapporto tra *public accommodation laws*[11] – sotto forma di legislazioni antidiscriminatorie – e libertà di espressione/religiosa[12], con l'obiettivo di verificare se sia possibile costruire un modello costituzionale che, superando una contrapposizione tra i due principi ("equal access" *or* "free speech"), tenti di favorirne una compenetrazione ("equal access" *and* "free speech"), garantendo in modo bilanciato la libera espressione del pensiero, la libertà religiosa e la tutela giuridica di determinate minoranze.

2. *303 Creative LLC v. Elenis* davanti alla Corte Suprema: «free speech now, free speech tomorrow, free speech forever» ?[13]

Tornando al contesto normativo di fondo di *303 Creative LLC v. Elenis*, anche in Colorado – al pari di quanto previsto in altri ventidue Stati dell'Unione[14] – è in vigore una *public accommodation law* che, dal 2022, vieta le discriminazioni per ragioni di sesso e orientamento sessuale, con l'obiettivo di garantire parità di accesso e uguale trattamento in «any place of business engaged in any sales to the public and any place offering services, facilities, privileges, advantages, or accommodations to the public, including but not limited to any business offering wholesale or retail sales to the public»[15].

Secondo la sig.ra Smith, il profondo sentimento religioso che ne animava ogni azione quotidiana le impediva di soddisfare l'eventuale richiesta di predisporre specifici siti web in favore di coppie omosessuali prossime al matrimonio, poiché tale decisione – frutto di un'attività creativa svolta in costante collaborazione con i richiedenti – avrebbe comportato l'adesione ad un messaggio da lei disapprovato. Al contrario, non era segnalata alcuna obiezione alla fornitura di altri (diversi) tipi di servizi nei confronti degli stessi destinatari.

Per tale ragione, essa presentava ricorso in sede giudiziaria, domandando l'adozione, nei confronti delle autorità statali, di una misura cautelare (*pre-enforcement challenge*) volta a impedire una possibile applicazione *pro futuro* del CADA nei suoi confronti[16]. Vistasi rigettare tale richiesta sia in sede distret-

9 Cfr. *petition of certiorari*: «Whether applying Colorado's public accommodations law to compel Phillips to create expression that violates his sincerely held religious beliefs about marriage violates the Free Speech or Free Exercise Clauses of the First Amendment».

10 Invero, *Masterpiece Cakeshop* è solo la "spia" iniziale di un insieme di questioni altrettanto delicate in materia di libertà religiosa, come ricordato da D. Laycock, *The Broader Implications of Masterpiece Cakeshop*, in *Brigham Young university law review*, 2019, pp. 167 ss.

11 Sull'origine storica di tali legislazioni, cfr. A.K. Sandoval-Strausz, *Travelers, Strangers, and Jim Crow: Law, Public Accommodations, and Civil Rights in America*, in *Law and history review*, 2005, 23(1), pp. 53 ss.

12 M.V. Tushnet, A.K. Chen, J. Blocher, *Free Speech Beyond Words. The Surprising Reach of the First Amendment*, New York, NYU Press, 2020 e D. Laycock, A. Picarello Jr., R.F. Wilson (eds.), *Same-Sex Marriage and Religious Liberty: Emerging Conflicts*, United States of America, Rowman & Littlefield Publishers, 2008.

13 Il titolo del presente paragrafo rievoca provocatoriamente le famigerate parole di George Wallace – strenuo sostenitore della segregazione razziale – nel suo primo discorso di insediamento come Governatore dello Stato dell'Alabama (14 gennaio 1963): «In the name of the greatest people that have ever trod this earth, I draw the line in the dust and toss the gauntlet before the feet of tyranny, and I say segregation now, segregation tomorrow, segregation forever».

14 Cfr. *Movement Advancement Project - Nondiscrimination Laws* (https://www.lgbtmap.org/).

15 Colo. Rev. Stat. § 24–34–601(1) (2014).

16 Sui profili critici di ammissibilità del ricorso, vedi R.M. Re, *Does the Discourse on* 303 Creative *Portend a Standing Realignment?*, in *Notre Dame law review reflection*, 2023, 99(1), pp. 68 ss.

tuale[17], sia presso la Corte d'Appello per il Decimo Circuito[18], la sig.ra Smith adiva allora la Corte Suprema, lamentando una violazione della *Free Speech Clause* e, in subordine, della *Free Exercise Clause*.

La sentenza della Corte Suprema (redatta da *Justice* Gorsuch)[19] si sviluppa secondo un'argomentazione non particolarmente lunga, molto netta e "per principi" in ordine all'applicazione del parametro della libertà di espressione[20], non considerando il profilo – ben più articolato (e prodromico) – del diritto di libertà religiosa. In via preliminare, per la maggioranza non era in discussione che l'attività posta in essere dalla sig.ra Smith avesse un'intrinseca natura espressiva, essendo in gioco la predisposizione di una pagina web volta a celebrare unioni matrimoniali attraverso la creazione di immagini, parole e simboli. Infatti, il servizio in questione implicava una sua "personalizzazione" secondo le richieste dei nubendi e la "traduzione" in un'apposita rappresentazione grafico-artistica, in tal modo coinvolgendo – nel momento del perfezionamento del prodotto finale – anche la libertà di espressione della ricorrente[21].

In via uguale e contraria, assecondare l'impostazione "coercitiva" statale – imponendo alla sig.ra Smith la fornitura del servizio richiestole, contro la sua volontà – condurrebbe a risultati ingiusti, quando non paradossali: in questa logica, secondo la maggioranza un direttore cinematografico di fede musulmana dovrebbe essere allo stesso modo costretto (ove richiesto) a girare un film contenente un belligerante messaggio sionista e un pittore ateo potrebbe vedersi obbligato a realizzare un dipinto dotato di un profondo significato religioso[22].

A sostegno della posizione "libertaria", la Corte Suprema rievocava la propria giurisprudenza in alcuni casi considerati affini. In questi termini, in *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*[23], essa aveva dichiarato – all'unanimità – che costringere gli organizzatori di una parata celebrativa per le strade di Boston ad includere nella stessa i sostenitori di un messaggio dai primi non condiviso (l'appoggio alle minoranze LGBT) ne comprometteva la libertà di espressione[24]. Allo stesso modo, in *Boy Scouts of America v. Dale*[25], la Corte aveva ritenuto che la *Free Speech Clause* si applicava anche alle associazioni (nel caso di specie, Boy Scout), le quali potevano escludere coloro i quali fossero portatori di principi e valori contrari a quelli dell'associazione di appartenenza[26]: anche in questo caso, l'oggetto del contendere era rappresentato dal tema dell'omosessualità, considerata come condizione personale antitetica al sistema valoriale dei Boy Scout. Infine, in *West Virginia Board of Education v. Bar-*

17 Cfr. 405 F. Supp. 3d 907 (D. Colo. 2019), p. 911, secondo la quale «Ms. Smith lacks the standing to bring a direct challenge to the Accommodations Clause».

18 Cfr. 6 F.4th 1160 (10th Cir. 2021), la quale ha ritenuto l'esistenza di una legittimazione ad agire, rigettando tuttavia nel merito (per due voti a uno) la domanda, in quanto «Colorado has a compelling interest in protecting both the dignity interests of members of marginalized groups and their material interests in accessing the commercial marketplace» (*ivi*, p. 1178), da un lato e «[t]he Accommodation Clause is, however, narrowly tailored to Colorado's interest in ensuring 'equal access to publicly available goods and services'», dall'altro (*ivi*, p. 1179).

19 Cfr. N.J. Moelker, *Beyond Bostock: Justice Gorsuch's Free Exercise jurisprudence as a model in addressing the contemporary crisis in religious liberty*, in *Journal of global justice and public policy*, 2022, 8, pp. 95-121.

20 Sull'interpretazione della libertà di espressione da parte della Corte presieduta da Roberts (2005-oggi), cfr. G.J. Simson, *The Roberts Court's Overprotection of Free Speech and the Perfect Storm with Social Media*, in *Tennessee law review*, 2023, 90(4), pp. 941-1018 e R.K. Collins, D.L. Hudson Jr., *The Roberts Court—Its First Amendment Free Expression Jurisprudence: 2005–2021*, in *Brooklyn law review*, 2021, 87, pp. 5 ss.

21 Come ricordato dalla stessa Corte Suprema, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., p. 5, le stesse parti avevano convenuto in sede d'appello: che la predisposizione di pagine web "matrimoniali" aveva ad oggetto un'attività intrinsecamente espressiva; che tali siti avrebbero veicolato uno specifico messaggio ed un'adesione al matrimonio da parte dell'autore; che la loro pubblicità avrebbe consentito di ricondurre tali prodotti all'attività creativa della sig.ra Smith.

22 Si tratta di un profilo già sviluppato da 6 F.4th 1160 (10th Cir. 2021), cit., p. 1199, Tymcovich, Chief Judge, dissenting.

23 U.S. Supreme Court, 515 U.S. 557 (1995).

24 R.P. Bezanson, M. Choe, *Speaking Out of Thin Air: A Comment on Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston*, in *Hastings communications and entertainment law journal*, 2002, 25, pp. 149 ss.

25 U.S. Supreme Court, 530 U.S. 640 (2000).

26 Cfr. A. Koppelman, T.B. Wolff, *A Right to Discriminate? How the Case of Boy Scouts of America v. James Dale Warped the Law of Free Association*, Yale, Yale University Press, 2009 e D. Carpenter, *Expressive Association and Anti-Discrimination Law After Dale: A Tripartite Approach*, in *Minnesota law review*, 2001, 85, pp. 1515 ss. In termini analoghi, vedi – in ordine all'ammissione di persone transessuali all'interno di una sorellanza universitaria – United States District Court for the District of Wyoming, *Westenbroek v. Kappa Kappa Gamma Fraternity*, Case No. 23-CV-51-ABJ (D. Wyo. Aug. 25, 2023), p. 30: «Whether excluding gay scoutmasters in *Dale* or including trans gender women in Kappa, this Judge may not invade Kappa's sacrosanct, associational right to engage in protected speech. KKG's 'official position' of admitting trans gender women, even if decreed by a mere 'delegate', is speech which this Court may not impinge».

nette[27], la Corte Suprema aveva dichiarato l'illegittimità dell'obbligo di recitare nelle scuole il *Pledge of Allegiance* (giuramento di fedeltà alla bandiera, nel caso di specie imposto a studenti Testimoni di Geova), in quanto contrario alla libera manifestazione del pensiero garantita dal Primo Emendamento[28].

In conclusione, per la maggioranza della Corte obbligare la sig.ra Smith a predisporre pagine web personalizzate in favore di coppie omosessuali desiderose di convolare a nozze avrebbe significato "coinvolgerla" forzatamente (a partire dalla normativa contenuta nel CADA) nell'espressione di una posizione – il sostegno al matrimonio tra persone dello stesso sesso – estranea ai propri valori, in violazione della *Free Speech Clause*.

3. L'opinione dissenziente di *Justice* Sotomayor ed i confini materiali dell'attività "espressiva"

Per un inquadramento completo delle questioni sottese alla fattispecie, occorre considerare anche l'opinione minoritaria di *Justice* Sotomayor (sottoscritta dai *Justices* progressisti Kagan e Jackson), alla cui puntuale confutazione, non a caso, sono dedicate ben otto pagine a conclusione della sentenza[29]. Tale *dissenting opinion* si strutturava a partire da due diverse linee interpretative, tra loro intrecciate.

In primo luogo, era evidenziato il fatto che le *public accommodation laws* non impongono né l'apertura coattiva di un'attività commerciale, né l'offerta generalizzata di beni e servizi al pubblico. Ne deriva che la libera scelta di partecipare al pubblico mercato – regolato dalle leggi dello Stato – determina l'obbligo conseguente di dover sottostare alla normativa statale antidiscriminatoria, prevista proprio al fine di garantire un accesso eguale nella fruizione di beni e servizi anche per categorie sociali "minoritarie" e discriminate[30]. In questi termini, il CADA non imponeva una regolazione delle attività "espressive" in quanto tali, bensì solo di quelle imprenditoriali classificabili come *public accommodations*[31].

In parallelo, era prestata attenzione al carattere (in prevalenza) commerciale[32] dell'attività esercitata: per Sotomayor l'eventuale dimensione espressiva plasmata nella prestazione di tali servizi doveva intendersi recessiva rispetto alla prima, da ciò derivando che «any burden on the company's expression is incidental to the State's content-neutral regulation of commercial conduct»[33]. In questo senso,

27 U.S. Supreme Court, 319 U.S. 624 (1943).

28 V. Blasi, S.V. Shiffrin, *The Story of West Virginia State Board of Education v. Barnette: The Pledge of Allegiance and the Freedom of Thought*, in M.C. Dorf (ed.), *Constitutional law stories*, New York-St. Paul, Foundation Press-Thomson Reuters, 2009, pp. 433 ss.

29 Cfr. U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., pp. 597 ss.

30 Vedi H. Keren, *Separating Church and Market: The Duty to Secure Market Citizenship for All*, in *U.C. Irvine law review*, 2022, 12, pp. 911-967 e J. Singer, *No Right To Exclude: Public Accommodations and Private Property*, in *Northwestern university law review*, 1996, 90, pp. 1283 ss. Per L.R. Rosenblum, *Equal access or free speech: the constitutionality of public accommodations laws*, in *New York university law review*, 1997, 72, p. 1281, «regulation of such a group's admission policy may indeed have some incidental impact on its exercise of its First Amendment rights of free speech and association. This impact, however, is no greater than is necessitated and warranted by the compelling state interest in preventing invidious discrimination in public places».

31 Secondo *303 Creative LLC*, cit., *Brief for Amici Curiae American Civil Liberties Union and American Civil Liberties Union of Colorado in Support of Respondents*, p. 2, «many artists and writers, including those who make a living at their craft, do not offer their services to the public at large, and therefore are not covered by CADA. The celebrated portrait photographer Annie Leibovitz, or any other photographer who does not offer their photographic services "to the public," would not be bound by CADA. Such artists are free to choose their subjects on any basis they choose, including race or sex. By contrast, a photographer who opened a business "to the public" to take annual school student portraits could not refuse to take photos of Black students, even if she objected to the public education of Black children». *Contra*, J. Blackman, *The Annie Leibovitz Limiting Principle for 303 Creative*, in *The Volokh Conspiracy* (https://reason.com/volokh/2022/12/07/the-annie-leibovitz-limiting-principle-for-303-creative/), 7th December 2022.

32 Con riferimento a *Masterpiece Cakeshop*, per L. Sheth, M. Christ, *Comment. Let Them Eat Cake: Why Public Proprietors of Wedding Goods and Services Must Equally Serve All People*, in *Loyola of Los Angeles law review*, 2018, 52, p. 231, «to resolve the freedom of speech claim, the Court must first determine whether baking a wedding cake is symbolic speech or a product in the marketplace».

33 U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., p. 635. Cfr. U.S. Supreme Court, *Roberts v. U.S. Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984), pp. 635-636 (O'Connor, J., concurring): «an association should be characterized as commercial, and therefore subject to rationally related state regulation of its membership and other associational activities, when, and only when, the association's activities are not predominantly of the type protected by the First Amendment. It is only when the association is predominantly engaged in protected expression that state regulation of its membership will necessarily affect, change, dilute, or silence one

prima ancora di interrogarsi sull'espressività del bene/condotta interessati, «the proper focus is on the character of state action and its relationship to expression»[34]. Il riferimento all'esercizio di un'attività commerciale permette poi di estendere il ragionamento al secondo profilo interpretativo, vale a dire quello della differente regolamentazione di azioni (*conduct*) e parole/espressioni (*speech*). Il parametro decisivo a tali fini è rappresentato dall'*O'Brien test* della stessa Corte Suprema, in forza del quale «when 'speech' and 'nonspeech' elements are combined in the same course of conduct, a sufficiently important governmental interest in regulating the nonspeech element can justify incidental limitations on First Amendment freedoms»[35].

Nel caso di specie, per il Giudice dissenziente il CADA incideva sulla "sezione" non espressiva dell'attività in discussione (*non-speech element*) – vale a dire, la realizzazione di una *condotta* materiale (mancata fornitura di un servizio) che impediva uguali possibilità di accesso allo stesso bene – regolando in termini neutri l'esercizio delle attività commerciali e toccando solo in modo incidentale la manifestazione di un'opinione personale[36]. Ne derivava, quindi, l'impossibilità di identificare alcuna illegittima compressione della libertà di espressione, sia sul piano fattuale, sia su quello giuridico. Sotomayor criticava altresì i parallelismi della maggioranza con la propria giurisprudenza in *Hurley* e *Dale*, in quanto un'attività a scopo di lucro e che vende beni al pubblico (quale era considerata *303 Creative LLC v. Elenis*) non era equiparabile né ad una parata che marcia per rivendicare un proprio punto di vista (*Hurley*), né ad un'associazione privata come i Boy Scout (*Dale*), con la conseguenza che il Legislatore può regolamentare un'attività come la prima ma non può fare lo stesso in relazione alle altre due[37].

Da ultimo, essa escludeva la possibilità di identificare nella fattispecie un'ipotesi di *compelled speech*, sia poiché «requiring Smith's company to abide by a law against invidious discrimination in commercial sales to the public does not conscript her into espousing the government's message»[38], sia in ragione del fatto che l'interpretazione troppo ampia sviluppata dalla maggioranza avrebbe rotto gli argini protettivi di qualsiasi *public accommodation law*, comportando l'effetto secondo cui «compelled speech […] is everywhere»[39].

4. Il futuro di *303 Creative LLC v. Elenis*: una *slippery slope* in materia antidiscriminatoria?

La decisione adottata in *303 Creative LLC v. Elenis* suscita diversi interrogativi, a fronte della possibilità che possa fungere da *controlling case* per la risoluzione di fattispecie simili soprattutto presso le Corti d'Appello federali e le Corti Supreme statali[40]: infatti, l'esigua percentuale di *petitions of certiorari* am-

collective voice that would otherwise be heard. An association must choose its market. Once it enters the marketplace of commerce in any substantial degree, it loses the complete control over its membership that it would otherwise enjoy if it confined its affairs to the marketplace of ideas».

34 U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., p. 631.

35 U.S. Supreme Court, *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968), p. 376.

36 In questo senso, «it rarely has been suggested that the constitutional freedom for speech and press extends its immunity to speech or writing used as an integral part of conduct in violation of a valid […] statute» (U.S. Supreme Court, *Giboney v. Empire Storage & Ice Co.*, 336 U. S. 490 (1949), p. 498).

37 Cfr. U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., p. 634 e M. Bonauto, *Symposium: Commercial products as speech – When a cake is just a cake*, in *Scotusblog*,15th September 2017.

38 U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., p. 636.

39 *Ivi*, p. 639, nota 16.

40 Un primo banco di prova si avrà in relazione a *Melissa Elaine Klein v. Oregon Bureau of Labor and Industries* – fattispecie analoga a *Masterpiece Cakeshop* – rinviato dalla Corte Suprema federale (30 giugno 2023) alla Corte d'Appello dell'Oregon «for further consideration in light of *303 Creative LLC* v. *Elenis*». In parallelo, il caso *303 Creative LLC* v. *Elenis è stato evocato in Scardina v. Masterpiece Cakeshop (in ordine al rifiuto di fornire una torta per celebrare una transizione di genere), rigettato per ragioni procedurali dalla Corte Suprema del Colorado (8 ottobre 2024), nonché in Chelsey Nelson Photography v. Louisville-Jefferson County Metro Government* (a conferma della misura cautelare adottata in favore della ricorrente in 624 F. Supp. 3d 761 (W.D. Ky. 2022) e *Emilee Carpenter Photography v. James* (avverso 575 F. Supp. 3d 353 (W.D.N.Y. 2021). In questi ultimi due casi, si tratta di fattispecie analoghe a *Elane Photography v. Willock*, in ordine alla (non) fornitura di servizi fotografici matrimoniali in favore di coppie omosessuali (cfr. *infra*, §4.1). Sia *Chelsey Nelson Photography v. Louisville-Jefferson County Metro Government* (16 aprile 2024) che *Emilee Carpenter Photography v. James (12 luglio 2024) sono stati rinviati dalle Corti d'Appello alle rispettive Corti distrettuali, nel*

messe ogni anno dalla Corte Suprema sottende il fatto che saranno le Corti citate a risolvere la quasi totalità dei casi, salvo che la prima non decida di ammettere fattispecie analoghe a *303 Creative LLC v. Elenis* per meglio definire (o modificare) il proprio orientamento in materia[41]. Come è stato ricordato, in assenza di applicazioni di tale giurisprudenza, due alternative opposte si contendono il terreno: una, più ristretta – volta a leggere in tale sentenza un'eccezione rispetto all'applicazione generalizzata delle *public accommodation laws* – e un'altra più estesa, secondo la quale *303 Creative LLC v. Elenis* rappresenterebbe un principio generale attraverso cui "scardinare" poco a poco le tutele garantite da tali legislazioni[42].

In ogni caso, è indubbio che, laddove si incontrino sulla stessa strada una *public accommodation law*, da un lato e una rivendicazione all'esercizio della libertà di espressione/religione – associata a condotte non determinabili *a priori* – dall'altro, il riferimento a questa giurisprudenza non potrà essere eluso, sia per addivenire ad una soluzione analoga, sia per realizzare un'operazione di *distinguishing* che consenta decisioni differenti[43].

Per la prima volta, la Corte Suprema sembra aver "ritagliato" un'eccezione all'applicazione generalizzata di una *public accommodation law* statale[44], forse mettendo in discussione il suo stesso assunto secondo cui «provisions like these […] do not, as a general matter, violate the First or Fourteenth Amendments»[45]. Si tratta, allora, di provare a capire se è possibile individuare un punto di accomodamento ragionevole tra l'esercizio di due libertà fondamentali e l'esigenza di garantire a specifiche minoranze (a lungo e, in parte, ancora oggi discriminate) una piena protezione che non è altro che espressione del principio – a sua volta costituzionale – di uguaglianza.

4.1. *Public accommodation laws lose*? Il rapporto con la *Free Speech Clause*

In primo luogo, è doveroso evidenziare che, in tali controversie, le circostanze di fatto sono tanto importanti quanto la costruzione del ragionamento sottostante e la sua implementazione. In altre parole, prima di interrogarsi circa l'applicabilità della *Free Speech Clause*, occorre osservare le circostanze materiali delle fattispecie, al fine di comprendere se ci si trova in presenza di un oggetto/condotta qualificabile o meno come "espressione"[46]. Un'eventuale risposta negativa a questo secondo quesito troncherebbe sul nascere qualsiasi discussione, difettando il presupposto sul quale si regge il principio della norma costituzionale: se manca il profilo espressivo, infatti, non ha senso interrogarsi circa i confini di una disposizione che intanto può essere discussa in quanto implica "a monte" che tale categoria esista. In questo senso, il riferimento a *303 Creative LLC v. Elenis* non sembra del tutto decisivo per la risoluzione

primo caso per valutare la persistenza dell'oggetto (avendo la ricorrente cambiato Stato di residenza) e il risarcimento di eventuali nominal damages; nel secondo per un giudizio di merito, onde verificare una violazione della libertà di espressione alla luce di 303 Creative LLC v. *Elenis*.

41 A titolo di esempio, nel *2023 Term*, sono stati presentati 4159 ricorsi e discussi 66 (1,6%: cfr. *2023 Year-End Report on the Federal Judiciary*, p. 8).

42 Cfr. C. Geidner, *303 Creative: What happens when an arguably narrow SCOTUS decision meets 2023*, in www.lawdork.com, 13th July 2023: «The first reading is that this was a narrow decision, addressing a cabined area of commerce and potentially limited further in practice by the facts of Lorie Smith's case and the unusual stipulations agreed to by Colorado in the case. The second reading is the message this ruling sends and the door this decision potentially opens, particularly given a Supreme Court majority that has repeatedly ignored precedent and privileged religious claims over others, to challenges on many fronts seeking ever-more-broad exceptions to nondiscrimination laws».

43 Come ha ricordato criticamente D.E. Bernstein, *You Can't Say That. The Growing Threat to Civil Liberties from Antidiscrimination Laws*, Washington, Cato Institute, 2003, p. 4, «the clash of [constitutional expressive freedoms] and [public-accommodations] laws has emerged due to the gradual expansion of such laws to the point at which they regulate just about all aspects of American life».

44 In precedenza (a livello di Corti d'Appello), cfr. *Telescope Media Grp. v. Lucero*, 936 F.3d 740 (8th Cir. 2019) – attività di videoripresa di un matrimonio omosessuale – e *Brush & Nib. Studio*, 247 Ariz. 269 (Ariz. 2019), in relazione al disegno di cartoline personalizzate di invito ad un *same-sex wedding*.

45 U.S. Supreme Court, *Hurley*, cit., p. 572.

46 Cfr. C.M. Corbin, *Speech or Conduct? The Free Speech Claims of Wedding Vendors*, in *Emory law journal*, 2015, 65, p. 243: «the question […] is not whether public accommodation laws violate the Free Speech Clause but whether they even trigger free speech review. Or to put it another way, the question is not whether the wedding vendors' conduct is ultimately protected by the Free Speech Clause, but whether it is covered by it at all».

di casi futuri, poiché la questione relativa all'espressività della pagina web in questione era già stata cristallizzata, in senso positivo, dall'accordo intervenuto tra le parti[47].

In caso contrario, si apre una seconda fase interpretativa, destinata a valutare se le "restrizioni" imposte alla espressione di un pensiero sono o meno costituzionalmente giustificabili sulla base di un contrapposto interesse statale/federale. Anche tale diritto, tuttavia, incontra limiti che, in primo luogo, trovano fondamento nell'esigenza di definire i confini tra le espressioni meritevoli di protezione costituzionale e quelle sottratte a tale tutela, in quanto estranee al campo di applicazione del Primo Emendamento[48]. Occorre quindi provare a districarsi all'interno del ginepraio di atti e condotte che possono essere considerati "espressivi". A fronte di un ventaglio di ipotesi in potenza sterminato, è possibile circoscrivere l'attenzione ad alcuni esempi già oggetto di attenzione da parte degli organi giurisdizionali.

In ordine cronologico, la prima controversia degna di considerazione è rappresentata da *Elane Photography v. Willock* (c.d. caso della fotografa)[49]. Nella fattispecie, la titolare dell'omonima impresa (Elaine Huguenin) rifiutava – per ragioni religiose – di prestare i suoi servizi fotografici in favore di una coppia dello stesso sesso desiderosa di vedere immortalata la propria unione matrimoniale, ritenendo che procedere altrimenti avrebbe significarlo imporle l'espressione di un pensiero non condiviso.

Secondo la Corte Suprema del New Mexico, il diritto della fotografa alla libertà di espressione non era stato violato. In particolare, da un lato la *public accommodation law* statale non imponeva la trasmissione "coattiva" di un messaggio, limitandosi a prevedere un generale principio antidiscriminatorio per ragioni di orientamento sessuale a carico di coloro che esercitino una pubblica attività; dall'altro, non era soddisfatto il parametro dell'espressività intrinseca del bene/condotta in questione, poiché il *New Mexico Human Rights Act* (NMHRA) non era applicabile «to Elane Photography's photographs but to its business operation, and in particular, its business decision not to offer its services to protected classes of people»[50]. Inoltre, secondo la stessa Corte un osservatore ragionevole ben difficilmente avrebbe ricondotto alla sfera etico-morale dell'autore delle foto il contenuto del messaggio veicolato dall'evento rappresentato e voluto da un soggetto terzo, essendo ben noto che colui che esercita tale attività a titolo professionale si limita a "riprodurre" quanto osservato, a prescindere dalla condivisione o meno dei dettagli e simboli che lo caratterizzano[51].

A seguire, deve essere ricordato anche il caso *Arlene's Flowers v. Washington* (c.d. caso della fiorista)[52]. In termini analoghi a *Elane Photography v. Willock*, Baronelle Stutzman, titolare di una fioreria, dichiarava di non essere disposta – sempre per questioni di fede e di libera espressione – a vendere i propri prodotti floreali a una coppia omosessuale in attesa di contrarre matrimonio. La Corte Suprema dello Stato di Washington respingeva le doglianze, argomentando che si era in presenza di una condotta che «does not inherently express a message about that wedding»[53], in quanto non «clearly expressive, in and of itself, without further explanation»[54]. Inoltre, evidenziava il fatto che la ricorrente aveva dichiarato, nel corso del giudizio e in senso analogo, che la fornitura di fiori per un matrimonio tra persone musulmane non avrebbe per forza costituito un'approvazione dell'Islam, né la stessa attività in favore di una coppia atea avrebbe rappresentato un sostegno dell'ateismo.

47 U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., p. 599: «Doubtless, determining what qualifies as expressive activity protected by the First Amendment can sometimes raise difficult questions But this case presents no complication of that kind. The parties have stipulated that Ms. Smith seeks to engage in expressive activity».

48 Come evidenziato da U.S. Supreme Court, *United States v. O'Brien*, cit., p. 376, «we cannot accept the view that an apparently limitless variety of conduct can be labeled "speech" whenever the person engaging in the conduct intends thereby to express an idea». Per una lettura contrapposta da parte di un Giudice della Corte Suprema, cfr. H. Black, *The Bill of Rights*, in *New York university law review*, 1960, 35, p. 867: «It is my belief that there are 'absolutes' in our Bill of Rights, and that they were put there on purpose by men who knew what words meant, and meant their prohibitions to be 'absolutes'»

49 309 P.3d 53 (N.M. 2013). La successiva *petition of certiorari* alla Corte Suprema è stata respinta (7 aprile 2014): cfr. A. Koppelman, *A Zombie In The Supreme Court: The Elane Photography Cert Denial*, in *Alabama civil rights & civil liberties law review*, 2015, 7, pp. 77 ss.

50 309 P.3d 53 (N.M. 2013), cit., p. 68.

51 *Ivi*, pp. 69-70: «It is well known to the public that wedding photographers are hired by paying customers and that a photographer may not share the happy couple's views on issues ranging from the minor (the color scheme, the hors d'oeuvres) to the decidedly major (the religious service, the choice of bride or groom)».

52 187 Wn. 2d 804 (Wash. 2017). La successiva *petition of certiorari* alla Corte Suprema è stata respinta (2 giugno 2021), con il voto contrario (non motivato) di Thomas, Alito e Gorsuch.

53 *Ivi*, p. 833.

54 *Ivi*, p. 835.

Come provare a sciogliere, allora, il nodo gordiano del rapporto tra libertà di espressione e *public accommodation laws*? Il punto di partenza sembra qui rappresentato dall'applicazione dei principi sanciti dalla Corte Suprema in *Spence v. Washington*, in forza dei quali una condotta deve considerarsi espressiva – e, come tale, degna di essere analizzata alla luce del Primo Emendamento – laddove «an intent to convey a particularized message [is] present, and in the surrounding circumstances the likelihood was great that the message would be understood by those who view[ed] it»[55]. A tal proposito, affinché la copertura costituzionale possa dispiegarsi, è necessario – applicando la giurisprudenza della Corte in materia di *Free Speech* – che una determinata opinione, veicolata in qualsivoglia forma o genere, abbia una natura *per se* comunicativo-espressiva (una sorta di espressività "interna" o "intrinseca", che deve essere dimostrata dal ricorrente)[56] e, allo stesso tempo, sia percepita come tale da un qualunque osservatore terzo (espressività "esterna").

Prendendo le mosse dal primo profilo, il riferimento alla fattispecie di *Masterpiece Cakeshop* è obbligato. In quel contesto, infatti, la presenza di una "normale", non personalizzata torta di matrimonio – priva di simboli o espressioni grafiche riferibili *prima facie* ad un'unione omosessuale – non sembra soddisfare il criterio di espressività intrinseca, in quanto «the cake itself, though intended for use in a ceremony, is not itself generally expressive of any message (other than perhaps the fact that "this cake is intended for use in this ceremony")»[57]. Deve quindi ritenersi che l'espressività è un elemento connaturato *ex tunc* al bene in quanto tale, non dipendendo dal contesto in cui è inserito, dal significato attribuibile *ab externo* o dall'utilizzo che potrebbe esserne fatto. Sviluppando un ragionamento contro-fattuale, occorre verificare se l'isolamento dell'elemento espressivo dalla cornice di riferimento priva il bene della sua ragion d'essere: ove così fosse, esso avrebbe una natura "standardizzata" e predeterminata e non sarebbe quindi espressione di un significato attribuito *ad hoc* nel quadro di uno specifico rapporto tra venditore e acquirente (con l'apporto determinante del primo)[58].

Il riferimento alla torta nuziale è utile per dimostrare come semplici differenze fattuali possano far pendere l'ago della bilancia della libertà di espressione in due direzioni opposte. In dettaglio, la presenza (o assenza) sulla torta di elementi espressivi di una determinata opinione – il sostegno al matrimonio omosessuale – può essere considerata in modo non irrazionale come un indice valido per tracciare una linea di separazione all'interno del descritto principio costituzionale, in un'ottica di *case-law* che distingua le fattispecie.

Al contrario, il fatto che la torta non veicoli un messaggio in sé – bensì si veda attribuita la patente di elemento celebrativo di un *same-sex marriage* (che pure ha in un certo contesto, ma non inerisce al bene stesso, neppure ove il dolce abbia la tipica foggia nuziale a più piani) – è sufficiente per ritenere inesistente la suddetta connessione, costruita invece da coloro che hanno commissionato il prodotto per dotarlo di quel significato o dalla "cornice" in cui la torta è poi collocata.

Allo stesso modo, è forse possibile operare la medesima scissione in relazione alla predisposizione di siti web già strutturati – dal punto di vista grafico-informatico – dal venditore e destinati ad essere "riempiti" di contenuti ed immagini da parte dell'acquirente[59]: in questo caso, non vi sarebbe un'attività espressiva da parte del primo, il che risolverebbe (forse) fin da subito qualsiasi problema circa la riconducibilità della *Free Speech Clause* alla condotta posta in essere. Deve inoltre ritenersi che la mera personalizzazione *ad hoc* di un determinato prodotto non sia *per se* sufficiente a dotare lo stesso di quel

55 U.S. Supreme Court, 418 U.S. 405 (1974), pp. 410-411.

56 Cfr. U.S. Supreme Court, *Clark v. Community for Creative Non-Violence,* 468 U.S. 288 (1984), p. 293, footnote 5: «it is the obligation of the person desiring to engage in assertedly expressive conduct to demonstrate that the First Amendment even applies. To hold otherwise would be to create a rule that all conduct is presumptively expressive».

57 *Masterpiece Cakeshop*, cit., *Brief of American Unity Fund and Profs. Dale Carpenter and Eugene Volokh as amici curiae in support of respondents*, p. 10. *Contra*, U.S. Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop*, cit., Thomas, J. (with whom Gorsuch, J., joins), concurring, p. 659, nota 2: «a wedding cake needs no particular design or written words to communicate the basic message that a wedding is occurring, a marriage has begun, and the couple should be celebrated».

58 Per A. Jensen, *Compelled Speech, Expressive Conduct, and Wedding Cakes: A Commentary on* Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, in *Duke journal of constitutional law and public policy sidebar*, 2018, 13, p. 157, «without knowing what words or designs would be incorporated, the cake would not be likely to convey any particular message».

59 Cfr. U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., *transcript of oral argument*, pp. 47-48: «[Barrett, J.]: So let me just clarify exactly what your position is on things that are already created in the past. What if it is plug-and-play? I don't know that much about website design, so I don't know how it could be plug-and-play. I'm sure it can be. She -- she does the programming, the coding. She has stock pictures. And she sells that as a product, and the customers, you know, Mike and Henry or, you know, Lilly and Luke, fill it in themselves. Is that protected?». «[Ms. Waggoner]: It is not protected in the same way that if you sold a Bible commentary, you wouldn't be able to decide whether the Bible commentary will be burned or it will be used in a church service».

GenIUS anno 2024, numero 2 · · ·

grado di espressività sufficiente a farlo transitare dalla semplice materialità di un bene alla complessità espressiva: in questo senso, «the relevant Free Speech Clause question is not whether a merchant customizes a product, but whether the customization communicates protected expression»[60].

In relazione al secondo profilo enunciato in *Spence*, occorre altresì una percezione "esterna" del carattere espressivo del bene, il quale a sua volta deve essere legato al messaggio e non allo *status* personale del richiedente: la torta deve comunicare esplicitamente il riferimento a un matrimonio omosessuale, a prescindere da chi la richiede e dagli elementi di contesto che la circondano. Si tratta di un profilo aggiuntivo rispetto a quello dell'espressività intrinseca eppure complementare, poiché trasferisce all'esterno la pienezza del messaggio "di partenza".

Riprendendo ancora una volta l'esempio di *Masterpiece Cakeshop*, è stato sostenuto che «baking a wedding cake *by itself* does not show an intent to convey a particularized message that would likely be understood by those who view it»[61]: a tal proposito, il messaggio "censurato" – il sostegno al matrimonio omosessuale – non sarebbe riconducibile alla torta *in quanto tale*, bensì all'atto della vendita del prodotto *per quel fine* e al suo successivo utilizzo[62].

In ordine al rapporto tra *conduct-based discrimination* (legittima) e *status-based discrimination* (illegittima), la differenziazione rischia di non essere agevole, poiché non sempre pare possibile operare una dissociazione tra la categoria generale interessata (il collettivo omosessuale) e comportamenti specifici o condotte ad essa riconducibili (il matrimonio tra persone dello stesso sesso), in modo tale da preservare il diritto alla libertà di espressione in un corretto bilanciamento con il principio di non-discriminazione. Laddove, ad esempio, un datore di lavoro licenzi un proprio dipendente poiché coniugato con una persona dello stesso sesso, è ben evidente che l'assunzione di una decisione basata su una specifica condotta – il matrimonio omosessuale – in realtà sottende una discriminazione nei confronti dello *status* personale dell'interessato, non potendosi scindere i due profili in modo ragionevole senza incorrere in una discriminazione illegittima[63].

In quest'ultimo senso, in ordine alla possibilità di addivenire ad un punto di accomodamento, si consideri il seguente profilo. A fronte di messaggi, oggetti e/o comportamenti "incerti" che, nella prospettiva del venditore, potrebbero indurre un osservatore esterno a credere che egli condivida il messaggio sotteso alla richiesta di una specifica attività, sarebbe forse sufficiente un'indicazione esplicita del venditore circa l'imputabilità di ogni possibile significato del bene/servizio controverso al solo acquirente[64]. Tornando a *303 Creative LLC*, è stato così evidenziato che la sig.ra Smith ben potrebbe inserire nelle proprie pagine web un *disclaimer* per manifestare in anticipo la sua contrarietà al solo matrimonio

60 *Masterpiece Cakeshop*, cit., *Brief of American Unity Fund and Profs. Dale Carpenter and Eugene Volokh as Amici Curiae in Support of Respondents*, p. 17.

61 *Ivi*, p. 6.

62 Cfr. D. Carpenter, *How to Read 303 Creative v. Elenis*, in *The Volokh Conspiracy*, 3rd July 2023: «a baker could not refuse to sell a gay couple a premade wedding cake sitting in a display case on the grounds that the *sale* signals approval of their marriage».

63 Cfr. U.S. Supreme Court, *Bostock v. Clayton County*, 590 U.S. 644 (2020). Sia anche consentito rinviare a D. Camoni, Can a word change the world? *Considerazioni a partire dalla sentenza* Bostock v. Clayton County *della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *DPCE online*, 2021, 4, pp. 4515 ss.

64 Cfr. U.S. Supreme Court, *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705 (1977), p. 722 (Rehnquist, J. dissenting), in ordine all'illegittimità dell'esposizione sulle targhe automobilistiche del motto del New Hampshire ("Live Free or Die"): «appellees could place on their bumper a conspicuous bumper sticker explaining in no uncertain terms that they do not profess the motto 'Live Free or Die', and that they violently disagree with the connotations of that motto». Negli stessi termini, per U.S. Supreme Court, *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980), p. 87 – con riferimento all'esercizio della libertà di espressione di terzi all'interno di centri commerciali – «appellants can expressly disavow any connection with the message by simply posting signs in the area where the speakers or handbillers stand. Such signs, for example, could disclaim any sponsorship of the message and could explain that the persons are communicating their own messages by virtue of state law».

GenIUS anno 2024, numero 2 · · ·

omosessuale[65], con l'effetto che «the decision would not be discrimination based on the customer's identity, but a permissible decision to define the product it sells»[66].

4.2. *Public accommodation laws win*? Il rapporto con la *Free Exercise Clause*

L'applicabilità o meno della *Free Speech Clause*, tuttavia, non consente di escludere che la controversia possa essere parallelamente incardinata – e risolta in modo diverso – sulla base della *Free Exercise Clause*[67], chiamando innanzitutto in gioco la controversa giurisprudenza enunciata dalla Corte Suprema in *Employment Division v. Smith*[68].

In termini generali, si tratta di ragionare – in un complesso intreccio tra pronunce della Corte Suprema e diritto positivo (federale e non) – circa la possibilità di riconoscere legittime *religious exemptions* a fronte di leggi a contenuto generale[69], provando a ritagliare spazi nei quali il diritto di libertà religiosa "prevale" su una legislazione altrimenti applicabile senza eccezioni. In *Smith* – a fronte del licenziamento di due membri di un centro di riabilitazione anti-droghe dell'Oregon per aver assunto, in aderenza ai dettami della propria fede religiosa, una sostanza allucinogena (peyote) – la Corte Suprema dichiarò che «the right of free exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with a valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes)»[70].

L'importanza di tale pronuncia si coglie confrontandola con il precedente di *Sherbert v. Verner*[71] (ripreso in *Wisconsin v. Yoder*)[72], nel quale la Corte aveva evidenziato che la legittimità delle restrizioni normative all'esercizio del diritto di libertà religiosa era subordinata alla dimostrazione di un *compelling state interest*[73], trasferendo sulla *Free Exercise Clause* lo stringente criterio dello *strict scrutiny* previsto per

65 Cfr. *303 Creative LLC*, cit., *Brief for Amici Curiae American Civil Liberties Union and American Civil Liberties Union of Colorado in Support of Respondents*, cit., p. 22, nota 7. In relazione al caso *Chelsey Nelson Photography v. Louisville-Jefferson County Metro Government* (*supra*, nota 40), si veda la corrispondente pagina web https://www.chelseynelson.com/weddings: «God's word greatly impacts my life and business. Practically, this means I don't photograph every wedding that comes my way. I cannot positively depict anything that demeans others, sexually objectifies others, or devalues marriage between one man and one woman. I also can't photograph anything that conflicts with my religious conviction that marriage is a covenant relationship before God between one man and one woman (for example, I don't photograph same-sex weddings or ceremonies celebrating an open marriage)».

66 D. Cole, *The Supreme Court Is About to Ask the Wrong Question About the First Amendment*, in *The New York Times*, 5 December 2022 e 309 P.3d 53 (N.M. 2013), cit., p. 59: «Businesses that choose to be public accommodations must comply with the NMHRA, although such businesses retain their First Amendment rights to express their religious or political beliefs. They may, for example, post a disclaimer on their website or in their studio advertising that they oppose same-sex marriage but that they comply with applicable antidiscrimination laws».

67 Applicabile anche agli Stati federati – attraverso l'*incorporation* realizzata per mezzo del Quattordicesimo Emendamento – a partire da U.S. Supreme Court, *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

68 Tra le critiche dottrinali, cfr. B.L. Hutchison, *Revisiting Employment Division v. Smith*, in *University of Cincinnati law review*, 2022, 91, pp. 396 ss.; H.M. Randall, *From Peyote to Parenthood: why Employment Division v. Smith must (and might) go*, in *Oklahoma City university law review*, 2020, 45, pp. 66 ss.; D. Laycock, *The Supreme Court's Assault on Free Exercise, and the Amicus Brief That Was Never Filed*, in *Journal of law & religion*, 1990, 8, pp. 99 ss. e M.W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, in *University of Chicago Law Review*, 1990, 57, pp. 1109 ss; a favore, invece, S.M. Feldman, *Conservative Eras in Supreme Court Decision-Making: Employment Division v. Smith, Judicial Restraint, and Neoconservatism*, in *Cardozo law review*, 2015, 32, pp. 1791 ss. e E. Volokh, *A Common-Law Model for Religious Exemptions*, in *UCLA law review*, 1999, 46, pp. 1465 ss. Nella recente giurisprudenza della Corte Suprema, le critiche più feroci – volte a provocare un *overruling* di tale giurisprudenza ed un ritorno al precedente *strict scrutiny* – sono state quelle di U.S. Supreme Court, *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. 522 (2021), Alito, J., concurring in the judgment e Gorsuch, J., concurring in the judgment (entrambe condivise da Thomas, J.).

69 Cfr. E. Sepper, *The Role of Religion in State Public Accommodations Laws*, in *St. Louis university law journal*, 2016, 60, pp. 652 ss.

70 U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, cit., p. 879. A conferma, cfr. U.S. Supreme Court, *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

71 U.S. Supreme Court, 374 U.S. 398 (1963).

72 U.S. Supreme Court, 406 U.S. 205 (1972).

73 Cfr. anche Supreme Court, *Hernandez v. Commissioner,* 490 U.S. 680 (1989), p. 699: «The free exercise inquiry asks whether government has placed a substantial burden on the observation of a central religious belief or practice and, if so, whether a compelling governmental interest justifies the burden».

GenIUS anno 2024, numero 2 · · ·

l'invocazione di altre libertà garantite dal Primo Emendamento[74]. Attraverso tale *overruling* di fatto, pertanto, si compie il passaggio da un *constitutional exemption model* – laddove, cioè, è la Costituzione a prevedere *ex tunc* una (possibile) eccezione di matrice religiosa, rispetto alla quale deve essere vagliata la legittimità della restrizione – ad un opposto *statutory exemption model*, in cui la norma costituzionale non ammette alcuna *religious exemption*, rimessa invece alla discrezionalità del Legislatore[75].

Come è noto, il Congresso degli Stati Uniti reagì a *Smith* attraverso l'adozione *bipartisan* del *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) del 1990, il quale "restaurò" per via legislativa la giurisprudenza precedente, prevedendo che il parametro pretorio della *general applicability* delle leggi non era sufficiente per ritenere conforme a Costituzione potenziali limitazioni della libertà religiosa[76]. La forza di tale legge è stata, tuttavia, circoscritta dalla Corte Suprema in *City of Boerne v. Flores*[77], la quale ne ha escluso l'applicabilità a livello statale, in quanto eccedente i poteri riconosciuti al Congresso ai sensi della *Enforcement Clause* del XIV Emendamento. A loro volta, diversi Stati hanno reagito a questa nuova giurisprudenza "restrittiva" attraverso l'approvazione di propri RFRA, riproponendo in chiave statale la previgente disciplina del RFRA federale[78].

Le variegate sfaccettature del quadro giurisprudenziale e normativo in materia di *Free Exercise Clause* rivelano la complessità della sfida suscitata dal rapporto tra tale parametro costituzionale e la materia delle *public accommodation laws*. In primo luogo, definire il raggio di ampiezza garantito dalla *Free Exercise Clause* e parametrarlo in termini di (maggiore o minore) estensione rispetto a quello della *Free Speech Clause* non è compito facile. Da un lato, è vero che, laddove si tratti di condotte o espressioni inserite in un "contesto" di libertà religiosa, «the Free Exercise and Free Speech Clauses of the First Amendment […] work in tandem», con la conseguenza che «where the Free Exercise Clause protects religious exercises, whether communicative or not, the Free Speech Clause provides overlapping protection for expressive religious activities»[79]. In questo caso, la tutela accordata ai sensi della *Free Exercise Clause* sembrerebbe essere più ampia rispetto a quella della *Free Exercise Clause*, in quanto estesa anche a condotte (religiose) non per forza espressive.

Dall'altro ed allo stesso tempo, il campo di garanzia si restringe nel momento in cui la legittimità delle obiezioni religiosamente connotate è valutata, a fronte di *Smith*, applicando un criterio ermeneutico che non è più – come accade laddove sia in gioco la *Free Speech Clause* – quello dello *strict scrutiny*, in forza del quale vige una presunzione di incostituzionalità della legge contestata, salvo che lo Stato dimostri l'esistenza di un *compelling interest*. Il parametro di valutazione della conformità di una legge a Costituzione appare più lasco – e favorevole agli interessi statali – in quanto ragionare altrimenti (applicando lo *strict scrutiny* della libertà di espressione "pura") rischierebbe di dare la stura a quella pletora di eccezioni rispetto all'applicazione delle norme generali dell'ordinamento respinta proprio da *Smith*[80].

In ordine alle fattispecie descritte, l'invocazione della *Free Exercise Clause* è stata "filtrata" soprattutto con riferimento alla giurisprudenza enunciata in *Smith*. In *Elane Photography* è stato ritenuto che il NMHRA fosse una *neutral law of general applicability*, poiché le eccezioni alla sua applicazione «apply equally to religious and secular conduct»[81]. Allo stesso modo, in *Arlene's Flowers*, la Corte Suprema di Washington ha giudicato la *Washington State Law Against Discrimination* (WLAD) quale «neutral, gener-

74 Cfr. U.S. Supreme Court, *NAACP v. Button*, 371 U.S. 415 (1963), p. 438: «only a compelling state interest in the regulation of a subject within the State's constitutional power to regulate can justify limiting First Amendment freedoms».

75 E. Volokh, *A Common-Law Model for Religious Exemptions*, cit., pp. 1467-1468. U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith*, cit., p. 888: «we cannot afford the luxury of deeming *presumptively invalid,* as applied to the religious objector, every regulation of conduct that does not protect an interest of the highest order. The rule respondents favor would open the prospect of constitutionally required religious exemptions from civic obligations of almost every conceivable kind».

76 Cfr. RFRA, Section 3: «(a) IN GENERAL. -- Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b). (b) EXCEPTION. -- Government may burden a person's exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person – (1) furthers a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest».

77 U.S. Supreme Court, 521 U.S. 507 (1997).

78 Il che non ha comunque impedito, in alcuni casi, un "ritorno" dei parametri di *Smith* «through the backdoor» (J.W. Wright Jr., *Making State Religious Freedom Restoration Amendments Effective*, in *Alabama law review*, 2010, 61(2), p. 435).

79 U.S. Supreme Court, *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. 507 (2022), p. 523.

80 Cfr. *supra*, nota 75.

81 309 P.3d 53 (N.M. 2013), cit., p. 74.

ally applicable law subject to rational basis review […] rationally related to the government's legitimate interest in ensuring equal access to public accommodations»[82].

Laddove la disciplina applicabile sia quella di un RFRA statale, le maglie per la sopravvivenza della *public accommodation law* si fanno in teoria più strette, con la conseguenza che «the question then becomes: does the state have a compelling interest in applying the antidiscrimination law to religious objectors and could it equally further any such interest in a way less restrictive of religious exercise?»[83]. La questione non è stata oggetto di giudizio in *Arlene's Flowers* – non essendo lo Stato di Washington dotato di un proprio RFRA – ed è stata invece superata, in termini procedurali, in *Elane Photograhy*, poiché «the structure of the NMRFRA as a whole suggests that the Legislature contemplated that the statute would apply only to legal actions in which the government was a party»[84], non potendo trovare pertanto applicazione in una controversia tra privati.

In definitiva, "scomporre" questi casi alla luce del parametro della *Free Exercise Clause* –declinato, a sua volta, secondo i criteri giurisprudenziali di *Smith* – rischia di aprire un dibattito nel quale i ricorrenti sembrano destinati ad essere (quasi sempre) sconfitti[85]. Allo stesso tempo, tuttavia, il bilanciamento in favore della *Free Speech Clause* rischia di risultare troppo… sbilanciato in favore di quest'ultima, mettendo in seria discussione le tutele antidiscriminatorie apprestate dalle *public accommodation laws*.

Sul punto, si tenga tuttavia presente che il precedente di *Smith* sembra oggi alquanto "traballante": in questo senso, le opinioni concorrenti in *Fulton v. City of Philadelphia* rivelano – guardando alla composizione attuale della Corte Suprema – che almeno tre giudici (Thomas, Alito e Gorsuch)[86] sono pronti a determinare un *ovverruling* di *Smith* in qualsiasi momento, mentre altri due (Kavanaugh e Barrett) parrebbero in attesa di una fattispecie più affine per compiere tale passo, ferma comunque restando una certa contrarietà di fondo rispetto al parametro enunciato in *Smith*[87]. Il suo eventuale superamento dipende, in definitiva, da un'invocazione "strategica" della sola *Free Exercise Clause* da parte dei ricorrenti (con richiesta di *overruling* di *Smith*, fermo restando il rischio di perdere la causa *on this ground*) o da un'invocazione congiunta di *Free Speech* e *Free Exercise Clause* rispetto a fattispecie nelle quali la prima non è applicabile per assenza dell'elemento espressivo ovvero qualora la Corte Suprema rifiuti di concedere lo specifico *certiorari*[88].

5. Riflessioni conclusive

È stato evidenziato in dottrina che la soluzione adottata in *303 Creative LLC v. Elenis* si presenta, allo stesso tempo e senza che ciò si traduca in una contraddizione in termini, ampia e stretta quanto alle sue future applicazioni[89]. In relazione al primo profilo, essa pare fin troppo netta nell'enunciazione "di prin-

82 187 Wn. 2d 804 (Wash. 2017), cit., p. 843.

83 E. Sepper, *The Role Of Religion In State Public Accommodations Laws*, in *Saint Louis university law journal*, 2016, 60, p. 668.

84 309 P.3d 53 (N.M. 2013), cit., p. 76.

85 E. Gressman, A.C. Carmella, *The RFRA Revision of the Free Exercise Clause*, in *Ohio State law journal*, 1996, 57, p. 66: «The Smith Court had given an exceedingly narrow interpretation to the Free Exercise Clause of the First Amendment, literally removing from its protective umbrella most if not all substantial burdens on religious exercises imposed by neutral and generally applicable laws».

86 Cfr. *Fulton v. City of Philadelphia*, cit., Alito, J., concurring in judgment, pp. 612 («Multiple factors strongly favor overruling *Smith*. Are there countervailing factors? None is apparent») e 614 («*Smith* was wrongly decided […] the Court's error in *Smith* should now be corrected») e Gorsuch, J., concurring in judgment, p. 618: «*Smith* failed to respect this Court's precedents, was mistaken as a matter of the Constitution's original public meaning, and has proven unworkable in practice».

87 Cfr. *Fulton v. City of Philadelphia*, cit., Barrett, J., concurring., p. 543: «The textual and structural arguments against *Smith* are […] compelling. As a matter of text and structure, it is difficult to see why the Free Exercise Clause – lone among the First Amendment freedoms – offers nothing more than protection from discrimination».

88 In ogni caso, rimarrebbe aperta la questione di «what should replace *Smith* […] particularly when this Court's resolution of conflicts between generally applicable laws and other First Amendment rights – like speech and assembly – has been much more nuanced» (*ibid.*). In dottrina, cfr. D. Laycock, T.C. Berg, *Protecting Free Exercise under* Smith *and after* Smith, in *Cato supreme court review*, 2020, pp. 33-61.

89 D. Carpenter, *How to Read 303 Creative v. Elenis*, cit.

GenIUS anno 2024, numero 2 · · ·

cipio" per restringerne l'applicazione al solo caso specifico, vale a dire la presenza di posizioni personali contrarie (per ragioni religiose) al matrimonio tra persone dello stesso sesso[90].

Assumendo come punto di partenza l'esatta fattispecie di *303 Creative LLC v. Elenis* (vale a dire l'offerta di servizi web personalizzati in materia matrimoniale), come interpretare un eventuale rifiuto – suffragato o meno da sincere considerazioni etico-religiose – a fornire tale servizio a fronte di una richiesta proveniente da una coppia inter-religiosa? Sul punto, è un fatto notorio che la religione ebraica probisce il matrimonio tra ebrei e "gentili" (non ebrei)[91]. Negli stessi termini, cosa succederebbe nel caso in cui tale rifiuto fosse rivolto nei confronti di una coppia interrazziale (perché così lo prescrive l'interpretazione di una determinata religione o perché questa è l'opinione del soggetto "opponente")?[92] E, in modo analogo, qualora la medesima richiesta provenisse da una coppia affetta da una qualche disabilità, ritenuta una condizione non conforme ai propri valori?[93].

Sulla base del principio enunciato in *303 Creative LLC v. Elenis*, sembra molto complicato operare una ragionevole dicotomia tra l'opposizione (legittima) al matrimonio omosessuale e quella (illegittima?) riferita ad altre tipologie di unioni (es. interrazziali), anch'esse fondate su caratteristiche personali[94], tracciando una linea pretoria che divida il lecito dall'illecito[95].

Il riferimento ad un'eccezione giurisprudenziale già tracciata in *Obergefell v. Hodges*[96] – rievocata in questa direzione anche nella discussione orale[97] – prova forse troppo, poiché il contrasto al matrimonio omosessuale per ragioni di fede (in quello specifico caso) non sembra risolvere il problema rispetto a situazioni ben diverse. Possibilmente il riferimento al matrimonio interrazziale si ponga come il tipico "caso di scuola" destinato (si spera) a non verificarsi, il che però non ne esclude una sua possibile insorgenza[98] e lascia aperto l'interrogativo rispetto alla base giuridica sulla quale fondare – in sede giudiziaria – solo una *same-sex marriage exemption* (ma non, invece, una *inter-religious* o *inter-racial marriage exemption*)[99].

90 Per B. Likko, *A Paucity Of Limits, By Stipulation: 303 Creative v Elenis*, in *Ordinary Times*, 5 July 2023, «the ruling lacks any limits or contours». Secondo A. Lauro, *Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti? Dalla "gay cake saga" al caso* 303 Creative LLC v. Elenis *della Corte suprema*, in *Rivista di diritti comparati*, 2023, 3, p. 9, «si aprono sconfinate 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».

91 Cfr. *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., *Brief for the Jewish Coalition for Religious Liberty as Amicus Curiae in Support of Petitioners*, pp. 4-5 e Alito, J., *transcript of oral argument*, pp. 72-73.

92 Cfr. U.S. Supreme Court, *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., Sotomayor, J., dissenting, p. 638, citando le parole del giudice di merito che aveva condannato i ricorrenti in U.S. Supreme Court, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), unitisi in matrimonio interrazziale: «Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And, but for the interference with his arrangement, there would be no cause for such marriage. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix». Vedi anche U.S. Supreme Court, *Bob Jones Univ. v. United States*, 461 U.S. 574, (1983), p. 580 («The sponsors of the University genuinely believe that the Bible forbids interracial dating and marriage. To effectuate these views, Negroes were completely excluded until 1971. From 1971 to May 1975, the University accepted no applications from unmarried Negroes, but did accept applications from Negroes married within their race»).

93 Cfr. Sotomayor, J., *Masterpiece Cakeshop*, cit., *transcript of oral argument*, p. 23.

94 Cfr. R.T. Anderson, *Disagreement Is Not Always Discrimination: On Masterpiece Cakeshop and the Analogy to Interracial Marriage*, in *Georgetown journal of law & public policy*, 2018, 16, pp. 123 ss. e R.F. Wilson, *Matters of Conscience: Lessons for Same-Sex Marriage from the Healthcare Context*, in D. Laycock, A. Picarello Jr., R.F. Wilson, *Same-Sex Marriage And Religious Liberty: Emerging Conflicts*, cit., p. 101: «The religious and moral convictions that motivate objectors to refuse to facilitate same-sex marriage simply cannot be marshaled to justify racial discrimination». *Contra*, J.M. Oleske, *The Evolution of Accommodation: Comparing the Unequal Treatment of Religious Objections to Interracial and Same-Sex Marriages*, in *Harvard civil rights-civil liberties law review*, 2015, 50, pp. 99 ss.

95 Cfr. Sotomayor, J., *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., *transcript of oral argument*, p. 30: «tell me how to write this decision for you that draws the line just on gay marriage, because that's what you seem to be saying right now, but draws a line that doesn't affect my example of a disabled person or an interracial couple».

96 576 U.S. 644 (2015), p. 672: «Many who deem same-sex marriage to be wrong reach that conclusion based on decent and honorable religious or philosophical premises, and neither they nor their beliefs are disparaged here».

97 Cfr. Alito, J., *303 Creative LLC v. Elenis*, cit., *transcript of oral argument*, pp. 29-30: «in Obergefell, did the Court say that religious objections to same-sex marriage are the same thing as religious or other objections to people of color?».

98 Cfr. T. Flynn, *Clarion Call or False Alarm: Why Proposed Exemptions to Equal Marriage Statutes Return Us to a Religious Understanding of the Public Marketplace*, in *Northwestern journal of law & social policy*, 2010, 5, p. 245.

99 Con riferimento al matrimonio interrazziale, K. Greenawalt, *Exemptions. Necessary, Justified, or Misguided?*, Harvard, Harvard University Press, 2016, p. 163, ha escluso la possibilità di scindere la singola condotta dalla persona interessata, ricordando

Invero, in *Masterpiece Cakeshop* la Corte Suprema aveva rilevato che se, da un lato, nessuno potrebbe obiettare nulla circa il rifiuto di un sacerdote di celebrare – in forza di un'obiezione religiosa – un matrimonio tra persone dello stesso sesso, dall'altro, «if that exception were not confined, then a long list of persons who provide goods and services for marriages and weddings might refuse to do so for *gay persons* [corsivo nostro], thus resulting in a community-wide stigma inconsistent with the history and dynamics of civil rights laws that ensure equal access to goods, services, and public accommodations»[100]. Il riferimento a «gay persons» potrebbe allora essere riferito alla necessità di non discriminare per *status*, permettendo quindi di "salvare" in contemporanea l'obiezione "ristretta" nei confronti del matrimonio omosessuale.

Se però il parametro di risoluzione di siffatte controversie è rappresentato da *Smith*, la semplice opposizione religiosa non pare sufficiente per sottrarsi agli effetti di *neutral laws of general applicability*, quali sembrano essere le *pubblic accommodation laws*[101]. Al contrario, laddove sia invocata la libertà di espressione, «religious beliefs, such as the sinfulness of homosexuality or the sinfulness of interracial marriage, are protected by the First Amendment»[102]. In quest'ultimo senso, è ben noto che, nell'ordinamento degli Stati Uniti, la libertà di espressione gode di ampia protezione, essendo principio consolidato che «if there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable»[103].

Ciononostante, è doveroso leggere *303 Creative LLC v. Elenis* in una prospettiva più limitata[104], legata alle specificità "fattuali" del prodotto in questione ed all'identificazione di un messaggio che sia separabile dallo *status* del soggetto interessato. In questo senso, il criterio della dissociazione tra condizione personale e specificità del messaggio controverso, da un lato e quello della espressività di quest'ultima, dall'altro, devono essere letti in (eventuale) consecuzione. Se l'operazione di scomposizione è possibile, occorre allora interrogarsi sugli ulteriori confini della condotta interessata, espressiva o meno – fatto salvo il principio di uguaglianza nel trattamento di individui diversi (nei casi di specie, omosessuali o non) – e di un correlativo diritto di libertà di espressione.

All'opposto, se tale ragionamento non è applicabile, la considerazione individualizzata di un certo comportamento (isolato *ad hoc* dal contesto generale) rischia di riverberarsi sulla condizione dell'individuo in quanto persona, traducendosi in un atto discriminatorio e quindi illegittimo. Tale parametro non è estraneo alla giurisprudenza della Corte Suprema in relazione a controversie che hanno avuto ad oggetto un trattamento discriminatorio nei confronti di persone omosessuali: in questi termini, in *Lawrence v. Texas* essa dichiarò l'illegittimità costituzionale di una legge statale che sanzionava penal-

che il divieto di tali matrimoni si inseriva in un contesto normativo di discriminazione generalizzata per *status* nei confronti degli afroamericani: «Although we could conceive of a ban on interracial marriage that did not favor or disfavor members of particular races, that was not the law in the southern states of our country that prescribed such bans into the 1960s. Instead, those laws, at least in their origin, were designed largely to protect the purity of the "white" race, which was perceived as superior».

100 U.S. Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop*, cit., p. 632.

101 E. Sepper, *Free Speech and the "Unique Evils" of Public Accommodations Discrimination*, in 2020 *University of Chicago legal forum*, 2020, p. 274. Negli stessi termini, U.S. Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop*, cit., p. 631: «while […] 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». *Contra*, United States District Court Western District of Michigan Southern Division, *Country Mill Farms, LLC. V. City of East Lansing*, No. 1:17-cv-487, 21 August 2023, p. 13: nel caso di specie, la cittadina di Lansing aveva negato ad un proprietario terriero la licenza per celebrare sui propri terreni cerimonie matrimoniali, dopo aver avuto notizia della sua opposizione ai matrimoni omosessuali. Secondo la Corte, tuttavia, la normativa in questione non poteva considerarsi «generally applicable because it permits secular conduct through exemptions while prohibiting the same conduct motivated by religious beliefs».

102 M.K. Curtis, *A Unique Religious Exemption from Anti-Discrimination Laws in the Case of Gays? Putting the Call for Exemptions for Those Who Discriminate Against Married or Marrying Gays in Context*, in *Wake forest law review*, 2012, 47, p. 197.

103 U.S. Supreme Court, *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), p. 414.

104 Cfr. *Guidance on the New Jersey Law Against Discrimination Following the U.S. Supreme Court's Decision in* 303 Creative LLC v. Elenis, p. 2: «The Supreme Court's ruling exempts from anti-discrimination laws […] only a narrow set of services offered by some places of public accommodation. In order to assert an exemption, at a minimum, a public accommodation must establish that (1) its creative services are "original" and "customized and tailored" for each customer; (2) the creation is "expressive" and expresses the creator's own First Amendment-protected speech; and (3) the public accommodation's refusal to provide the creative service to a customer is based on the message it conveys, not the customer's identity or protected characteristic standing alone».

GenIUS anno 2024, numero 2 · · ·

mente i rapporti sessuali consenzienti tra persone dello stesso sesso, rilevando altresì l'inscindibilità tra la punizione della "sola" condotta omosessuale e lo *status* personale dei soggetti interessati[105].

In conclusione, il confine tra legittimo esercizio di un diritto fondamentale e illegittima discriminazione per ragioni personali (di genere, orientamento sessuale, religione, razza, etc.) è oltremodo sottile, soprattutto laddove l'*actio finium regundorum* sia demandata alla discrezionalità dei giudici[106]. Tornano allora molto utili le parole conclusive di *Justice* Scalia in *Smith*, quando affermava che «to say that a noniscriminatory religious practice exemption is permitted, or even that it is desirable, is not to say that it is constitutionally required, and that the appropriate occasions for its creation can be discerned by the courts»[107]. Al contrario, è preferibile (forse addirittura doveroso) rimettere tale decisione nelle sole mani del Legislatore, poiché le scelte derivanti dal gioco democratico del confronto tra idee «must be preferred to a system in which each conscience is a law unto itself or in which judges weigh the social importance of all laws against the centrality of all religious beliefs»[108].

In dottrina è stata così suggerita l'introduzione per via normativa di un'eccezione ritagliata sulla sola opposizione (per ragioni religiose) al matrimonio omosessuale, declinata attraverso la creazione di un «'refuse and refer' balancing test»[109]: sulla base di questo, il rifiuto dovrebbe essere circoscritto alla fornitura di beni legati in modo diretto alla celebrazione di un *same-sex marriage*, i quali dovrebbero altresì indicare con apposito *disclaimer* la loro specifica obiezione e segnalare la possibilità di rivolgersi ad altri fornitori in grado di prestare un servizio analogo a quello rifiutato.

Il Legislatore dovrebbe quindi essere il più restrittivo possibile nella configurazione di eccezioni religiose alle *public accommodation laws* e, allo stesso modo, anche le Corti dovrebbero interpretare in termini stringenti i confini "espressivi" della *Free Speech Clause* derivanti da *303 Creative LLC v. Elenis*, evitando che lo strategico abbandono in sede contenziosa della *Free Exercise Clause* in favore del (più ampio) diritto alla libertà di espressione[110] conduca ad una banalizzazione ed eccessiva dilatazione dei confini di quest'ultima.

105 Cfr. U.S. Supreme Court, 39 U.S. 558 (2003), p. 575: «When homosexual *conduct* is made criminal by the law of the State, that declaration in and of itself is an invitation to subject homosexual *persons* to discrimination». In termini ancora più chiari, per O'Connor, J., concurring (*ivi*, p. 583), «while it is true that the law applies only to conduct, the conduct targeted by this law is conduct that is closely correlated with being homosexual. Under such circumstances, Texas' sodomy law is targeted at more than conduct. It is instead directed toward gay persons as a class». Tale profilo è stato poi ripreso in U.S. Supreme Court, *Christian Legal Society v. Martinez*, 561 U.S. 661 (2010), p. 23 – in ordine all'esclusione da un'associazione studentesca di persone «who engage in unrepentant homosexual conduct» – secondo cui «our decisions have declined to distinguish between status and conduct in this context». Per Stevens, J., concurring, p. 699, nota 1, «a person's religion often simultaneously constitutes or informs a status, an identity, a set of beliefs and practices, and much else besides (So does sexual orientation for that matter)».

106 In questo senso, «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 […]», con la conseguenza che «la frontiera fra atto di discriminazione e atto di libertà si determinerà tutta al di fuori della legge» (A. Lauro, *Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti?*, cit., p. 44).

107 U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith,* cit., p. 890. Cfr. E. Volokh, *My Argument for Preserving* Employment Division v. Smith, in *The Volokh Conspiracy*, 26th May 2020.

108 U.S. Supreme Court, *Employment Division v. Smith,* cit., p. 890. Sul punto, è stato sostenuto che il Legislatore ben può introdurre eccezioni favorevoli al fenomeno religioso ove lo ritenga opportuno: lo dimostra, proprio in relazione a fattispecie analoghe a *Smith* (cfr. *ivi*, p. 890), la previsione di regimi eccezionali non sanzionatori all'uso del peyote per scopi religiosi in Arizona, Colorado e New Mexico (ma non in Oregon). In dottrina, per V.P. Muñoz, *Religious Liberty and the American Founding: Natural Rights and the Original Meanings of the First Amendment Religion Clauses*, Chicago-London, Chicago University Press, 2022, p. 270, «a state […] could exempt religious individuals and institutions from sexual orientation nondiscrimination laws […] but the Free Exercise Clause would not *mandate* such an exemption».

109 P. Dolan, *An Uneasy Union: Same-Sex Marriage and Religious Exemption in Washington State*, in *Washington law review*, 2013, 88, p. 1144. Cfr. anche A. Koppelman, *Gay Rights, Religious Accommodations, and the Purposes of Antidiscrimination Law*, in *Southern California law review*, 2015, 88, pp. 619 ss.

110 A. Koppelman, *The Dangerous* 303 Creative *Case*, in *Canopy Forum*, 15th June 2022, ha parlato di «a Supreme Court case which arrives under the guise of free speech».

GenIUS anno 2024, numero 2 · · ·