



Luca Pietro Vanoni

(ricercatore di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano,
Dipartimento di Diritto Pubblico Sovranazionale ed Europeo)

**“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* ***

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Tra *free speech* e *free exercise clauses*: la libertà di coscienza nella giurisprudenza della Corte suprema (cenni) - 3. Una discriminazione nella discriminazione? Una decisione che non risolve il dilemma - 4. Kicking the can down the road: l'arte di non decidere e le dissenting/concurring opinions del caso *Masterpiece Cakeshop* - 5. (segue) a) l'opinione del giudice Thomas - 6. (segue) b) Uno sguardo sul futuro: due (ipotetici) orientamenti prevalenti - 7. Dal saluto alla bandiera alle torte nuziali: libertà e tolleranza nella società plurale contemporanea.

1 - Introduzione

Con la sentenza *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, la Corte suprema ha deciso lo scorso 4 giugno una controversia sulla libertà di coscienza nell'ambito delle politiche antidiscriminatorie riguardante il rifiuto di un pasticcere a confezionare una torta per il ricevimento nuziale di una coppia omosessuale¹. La sentenza era particolarmente attesa per almeno due motivi di carattere generale.

In primo luogo, il ricorso riguardava uno dei conflitti giuridici e ideali più spinosi del diritto costituzionale americano sorti a seguito della storica pronuncia *Obergefell v. Hodges* che, come noto, ha riconosciuto per via giudiziale il diritto federale delle persone dello stesso sesso a contrarre matrimonio su tutto il territorio nazionale². A partire da tale pronuncia (ma, più in generale, a seguito del riconoscimento statale del diritto al gay-marriage avviato negli anni duemila) sono sorti, in tutto il paese, ricorsi riguardanti la facoltà spettante alle coppie omosessuali di usufruire dei servizi di compagnie private che operano nel campo delle feste nuziali

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ *Masterpiece Cakeshop, Ltd., Et Al. V. Colorado Civil Rights Commission Et Al.*, 584 U.S. _ (2018).

² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. _ (2015).



(come, appunto, il laboratorio di pasticceria Masterpiece Cakeshop) anche di fronte al rifiuto espresso dai proprietari di tali aziende motivato da ragioni religiose.

Prima di questo ricorso, infatti, analoghe circostanze avevano portato alla condanna di un fotografo cristiano da parte delle Corti del New Mexico a seguito del suo rifiuto di fornire la propria opera a una coppia di clienti omosessuali³. In quel caso, risalente al 2013 e quindi a prima del riconoscimento federale al gay-marriage operato da *Obergefell*, la Corte suprema aveva esercitato il suo pieno potere discrezionale rifiutandosi di accettare il ricorso. Ma casi simili riguardanti parrucchieri, fioristi e, in generale, i proprietari di aziende operanti nell'ambito della organizzazione di ricevimenti nuziali sono ormai all'ordine del giorno in America, come testimonia il ricorso *Arlene's Flowers Inc. v. Washington* già accolto dalla Corte suprema⁴.

Un secondo motivo che spiega l'attesa per la sentenza *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* riguarda probabilmente il fatto che le nuove problematiche attorno a cui la vicenda si articola hanno riaperto nella coscienza sociale vecchie ferite non ancora del tutto cicatrizzate. Il tema, infatti, rievoca la controversa storia costituzionale dell'accesso degli afroamericani ai servizi pubblici statali fondata sul principio *separate but equal* che ha originato, soprattutto nel sud del paese, contrasti particolarmente accesi. Anche in questo caso, la vicenda in esame non coinvolge solo l'ambito giuridico della discriminazione/non discriminazione di certi comportamenti privati quanto, piuttosto, il conflitto tra due diverse concezioni della vita e della società attorno a cui, sempre più, sembra polarizzarsi il conflitto culturale e politico in America. Al fondo della problematica, quindi, vi è il riconoscimento di una certa concezione delle libertà costituzionali e, di conseguenza, del ruolo/limite

³ *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013).

⁴ *Arlene's Flowers Inc. v. Washington, Pending petition*, Docket No. 17-108. Tali conflitti, peraltro, non sono una peculiarità dell'ordinamento costituzionale americano, come dimostra la controversia sorta tra Gareth Lee, attivista presso alcune associazioni omosessuali, e la Ashers Bakery Company, una pasticceria di Belfast che si era rifiutata di confezionare una torta recante la scritta "Support Gay Marriage" e confezionata per festeggiare un evento pubblico rivolto a contrastare l'omofobia e alla promozione della legalizzazione delle nozze omosessuali nel paese. Il caso *Lee v. Ashers Bakery Company*, risolto nel 2015 dai giudici nord-irlandesi a favore dell'acquirente, è stato poi ammesso allo scrutinio della UK Supreme Court, che si pronuncerà nel 2019. Per un'approfondita analisi comparata dei casi di libertà di coscienza sorti negli ultimi anni in America come in Europa, vedi da ultimo A. SPERTI, *Obiezioni di coscienza e timori di complicità*, in *Federalismi.it*, n. 20/2017, 25 ottobre 2017.



dello stato (e delle corti) nel campo della promozione di certi principi o valori sociali.

2 - Tra *free speech* e *free exercise clauses*: la libertà di coscienza nella giurisprudenza della Corte suprema (cenni)

Come ricordato dal giudice Kennedy nella *opinion* di maggioranza, il compito della Corte suprema nel caso *Masterpiece Cakeshop*, “si pone come particolarmente delicato e difficoltoso perché deve trovare il punto di equilibrio, o la riconciliazione, tra due principi”: il dovere dello stato di proteggere la dignità delle persone di orientamento omosessuale che desiderano contrarre matrimonio, da un lato, e, dall’altro, il diritto alla libertà di pensiero e alla libertà religiosa che costituiscono una delle architravi del Bill of Rights americano⁵. Prima di analizzare la decisione della Corte, pertanto, occorre, almeno sommariamente, inquadrare la fattispecie all’interno dei principali precedenti della giurisprudenza americana.

La controversia era sorta nel 2012 in Colorado a seguito del rifiuto di Jack Phillips, proprietario della *Masterpiece Cakeshop Ltd.*, di confezionare una torta personalizzata commissionata da Charlie Craig and David Mullins, una coppia omosessuale che desiderava celebrare il proprio ricevimento nuziale.

Il diniego di Phillips si fondava prevalentemente su ragioni religiose: “il primo compito della mia vita”, questa la sua risposta alla coppia, “è quello di servire gli insegnamenti di Gesù nella mia professione”⁶. Poiché il matrimonio cristiano prevede l’unione tra un uomo e una donna, servire con la propria arte culinaria un matrimonio tra persone dello stesso sesso equivarrebbe, secondo Phillips, a celebrare un comportamento fortemente in contrasto con il proprio credo. Phillips, peraltro, non era nuovo a rifiuti di questo tipo: in quanto cristiano praticante, già in passato egli si era opposto alla richiesta di raffigurare sulle proprie torte simboli che celebrassero feste

⁵ *Masterpiece Cakeshop, Ltd., Et Al. V. Colorado Civil Rights Commission*, p. 1-2: “The case presents difficult questions as to the proper reconciliation of at least two principles. The first is the authority of a State and its governmental entities to protect the rights and dignity of gay persons who are, or wish to be, married but who face discrimination when they seek goods or services. The second is the right of all persons to exercise fundamental freedoms under the First Amendment, as applied to the States through the Fourteenth Amendment”.

⁶ *Masterpiece Cakeshop, Ltd., Et Al. V. Colorado Civil Rights Commission*, p. 2.



contrastanti la sua religione (come, ad esempio, Halloween) o messaggi che veicolassero posizioni da lui non condivise (quali l'ateismo o il razzismo).

Di fronte a tale diniego, Craig e Mullins si sono così rivolti alla Commissione dei diritti civili del Colorado per denunciare la violazione del Colorado's Antidiscrimination Act (CADA); accogliendo "un principio più generale della common law inglese che impone agli operatori di mercato di erogare i propri servizi a chiunque varchi le porte del loro negozio o impresa"⁷, tale legge disciplina gli obblighi delle c.d. *public accommodations* operanti nel territorio dello stato, qualificando come discriminatorio qualsiasi comportamento volto a "refuse, withhold from, or deny" il pieno e completo godimento di "goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation" a persone o categorie di persone in ragione del loro credo, razza, origine e orientamento sessuale⁸. In applicazione di tale norma, tanto la Commissione quanto i giudici del Colorado successivamente aditi sono giunti alla medesima conclusione, giudicando che la condotta di Philips integrasse una fattispecie discriminatoria e meritevole della condanna a una serie di misure riparatorie quali, ad esempio, l'obbligo di frequentare un corso sulle politiche antidiscriminatorie. Convinto delle sue ragioni, Philips ha dapprima interrotto la produzione di torte personalizzate per non incorrere nel rischio di infrangere i propri convincimenti religiosi per poi rivolgersi, in ultima istanza, alla Corte suprema.

La controversia in esame si presenta quindi come un caso di libertà di coscienza motivata da convincimenti religiosi, aprendo interrogativi complessi che toccano trasversalmente tutti gli ordinamenti giuridici pluralisti⁹. Nel sistema americano tale tematica assume forse sfumature

⁷ S. NINATTI, *La libertà di coscienza del pasticciere americano e il principio di non discriminazione. Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, in *olir* n. 3/2018, (https://www.olir.it/newsletter/archivio/2018_03_30.html).

⁸ Cfr. Colo. Rev. Stat. §24-34-601(2)(a) (2017): "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, 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".

⁹ Il tema della libertà di coscienza che, come affermava Capograssi, viene in gioco qualora tale rapporto "si risolve con l'oscuro e crudele dramma della opzione tra due doveri, nel quale culmina il paradosso della vita morale" (G. CAPOGRASSI, *Obbedienza e coscienza*, in *Foro.it*, 1950 II, p. 48), ha toccato e continua a toccare da vicino anche l'ordinamento italiano. Tale dilemma morale e giuridico si afferma, analogamente a quanto avvenuto negli Stati Uniti, a fronte della urgenza di individuare un trattamento conforme



ancora più complesse, legate alla tradizionale importanza e ampiezza riconosciute alle due libertà costituzionali interessate dal fenomeno¹⁰.

alla sfera delle libertà costituzionali di quanti rifiutavano, per motivi di coscienza, di prestare il servizio militare. Mancando nella nostra Carta costituzionale un riferimento esplicito cui collegare l'espressione della libertà di coscienza e, a maggior ragione, l'istituto dell'obiezione di coscienza (inteso come "un modo di espressione o uno dei modi di esercizio della libertà di coscienza", **R. BRUNO**, *Obiezione di coscienza e questioni bioetiche*, in G. Casuscelli (a cura di), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, 5^a ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 154) fondamentali sono state le riflessioni della dottrina e gli interventi della Corte costituzionale che hanno concorso, come noto, a individuare lo statuto costituzionale della libertà di coscienza nella lettura sistematica degli artt. 2, 19 e 21 Cost., definiti come «due rami che si dipartono, intrecciandosi, da una stessa pianta, da un medesimo tratto della coscienza» (**F. FINOCCHIARO**, *Rapporti civili, art. 19*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1977, pp. 291-292). Tra le numerose pronunce della Corte costituzionale con cui si è riconosciuto il diritto alla libertà di coscienza e all'obiezione di coscienza si vedano le sentenze n. 58 del 1960, n. 85 del 1963, n. 117 del 1979, n. 113 del 1986, n. 409 del 1989, n. 102 del 1975, n. 196 del 1987, n. 470 del 1989 e n. 467 del 1991. Tra gli sterminati contributi in dottrina sulla libertà di coscienza e sull'obiezione di coscienza si rimanda, *ex multis*, a **S. MANGIAMELI**, *La «libertà di coscienza» di fronte all'indeclinabilità delle funzioni pubbliche (a proposito dell'autorizzazione del giudice tutelare all'interruzione della gravidanza della minore)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1988, p. 523 ss.; a **V.F.C. PALAZZO**, *Obiezione di coscienza*, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, 1979, p. 539 ss.; **F. ONIDA**, *Contributo ad un inquadramento giuridico del fenomeno delle obiezioni di coscienza*, in *Diritto ecclesiastico*, 1983, p. 241 ss.; **G. CASUSCELLI**, *Il diritto a formare liberamente la coscienza: la libertà dalla paura*, in I.C. Ibán (a cura di), *Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1989, p. 129 ss.; **R. BERTOLINO**, *Obiezione di coscienza. I Profili teorici*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990; **V. ONIDA**, *L'obiezione di coscienza dei giudici e dei pubblici funzionari*, in B. Perrone (a cura di), *Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza. I conflitti degli ordinamenti*, Giuffrè, Milano, 1992; **G. DALLA TORRE**, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Studium, Roma, 1992; **A. GUARINO**, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Jovene, Napoli, 1992; **L. MUSSELLI**, *Libertà religiosa e di coscienza*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1994; **G. DI COSIMO**, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Giuffrè, Milano, 2000; **B. RANDAZZO**, *Obiezione di coscienza (diritto costituzionale)*, in S. Cassese (diretto da) *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 3869 ss.; **S. PRISCO**, *Stato democratico, pluralismo dei valori, obiezione di coscienza. Sviluppi recenti di un antico dibattito*, in *www.rivistaaic.it*, 08 ottobre 2007.

¹⁰ Negli Stati Uniti (su cui vedi **G. BOGNETTI** *Obiezione di coscienza. III profili comparati*, voce in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXI, Roma, Treccani, 1991) l'istituto della obiezione di coscienza nasce come causa di esonero del dovere militare (vedi da ultimo **E. MOSTACCI**, *Intruder in the Constitution: la parabola dell'obiezione di coscienza alla leva militare nel contesto statunitense*, in *DPCE on line*, n. 2, 2017, p. 229 ss.), ma si sviluppa poi anche rispetto ad altre controversie (quali, ad esempio, quelle relative all'aborto o alle questioni bioetiche), rendendo sempre più complicata la sua corretta definizione: come ricordato da **K. MORRISON**, *Homeschooling as an Act of Conscientious Objection*, in *Journal of Thought* Vol.

5



Da un lato, infatti, viene chiamata in causa la dottrina del *compelled speech* connessa alla *free speech clause* sancita dal Primo emendamento della Costituzione¹¹. Tale dottrina, sviluppata dalla Corte suprema nel 1943 a partire dal caso *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*¹², impedisce al governo di obbligare gli individui, singolarmente o in gruppo, a supportare certe idee o opinioni. Così interpretata, la *free speech clause* non solo vieta al governo di punire i cittadini per le proprie opinioni, ma gli impone anche di rispettare i loro convincimenti personali qualora essi si rifiutino di aderire a un *government message*.

Seguendo questa interpretazione, ad esempio, la Corte suprema ha ritenuto contraria al Primo emendamento la decisione di una Corte statale del Massachusetts di imporre agli organizzatori della parata di San Patrizio l'obbligo di includere nella manifestazione i rappresentanti di una organizzazione LGBT con i loro striscioni, sancendo il diritto dei cittadini americani "to choose the content of his own message and, conversely, to decide what not to say"¹³. Oppure, in un caso completamente diverso, i giudici supremi hanno ritenuto incostituzionale una disposizione del New

48, No. 3-4, 2014, p. 34 «The term conscientious objection in and of itself provides a rationale and motivation for the act of deviancy - that one is compelled to be true to his/her ethical beliefs (one's conscience) even if those beliefs run counter to society's laws and/or normative understandings and practices. Although some definitions of conscientious objection specify or imply that conscientious objection must entail a refusal to comply with legal obligations (thus setting the action in the legal/public sphere), other definitions do not (e.g., the Wal-Mart and Christian school examples). Schinkel (2007), for example, argues that while there is a distinction between conscientious objection as "a private phenomenon and conscientious objection as a political-juridical phenomenon," this difference is immaterial as it is the combination of motivations, actions, and subsequent consequences that define something as conscientious objection or someone as a conscientious objector». In riferimento alle origini di tale questa problematica definizione vedi anche **C. COHEN**, *Conscientious objection*, in *Ethics*, 78 (4), 1968, p. 269; **D. COHEN, R. GREENSPAN**, *Conscientious objection, democratic theory, and the Constitution*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 29 (3), 1968, p. 389.

¹¹ In riferimento alla dottrina del *compelled speech*, vedi **A. LARRY**, *Compelled Speech. Constitutional Commentary*, in *San Diego Legal Studies Paper No. 07-51*, 2016 in (<https://ssrn.com/abstract=921414>); **W. BAUDE, E. VOLOKH**, *Compelled Subsidies and the First Amendment*, 132 *Harvard Law Review*, 2018 (<https://ssrn.com/abstract=3222222>). In riferimento allo sviluppo storico della libertà di espressione in USA vedi **S.M. FELDMAN**, *Free Expression and Democracy in America: A History*, University of Chicago Press, Chicago, 2008. Sulla libertà di espressione cfr. anche **E. STRADELLA**, *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e prassi*, Torino, Giappichelli, 2008.

¹² *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 633-634 (1943).

¹³ *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston* 515 US 557 (1995).



Hampshire che obbligava gli automobilisti a esporre sulle targhe delle macchine il motto dello stato "Live Free or Die"¹⁴.

Questi esempi, insieme a molti altri, testimoniano una applicazione particolarmente ampia della *free speech clause* da parte della giurisprudenza americana, che non ha risparmiato simboli nazionali anche molto cari al sentimento patriottico americano come la bandiera¹⁵ e che è ben sintetizzata dalle parole dell'attuale Chief Justice della Corte Roberts in *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights*: "some of this Court's leading First Amendment precedents have established the principle that freedom of speech prohibits the government from telling people what they must say"¹⁶.

La seconda coordinata attorno a cui si articola il rifiuto di Philipps riguarda, invece, il più tradizionale diritto alla libertà religiosa, ampiamente tutelato dalla *free exercise clause* del Primo emendamento. Tale diritto consente agli americani di godere in modo pieno ed esclusivo del diritto alla libertà religiosa permettendo loro di praticare liberamente, in pubblico come in privato, tale culto. L'importanza di tale libertà affonda le sue radici nella storia del costituzionalismo americano, nato da dissidenti religiosi scacciati dalle loro patrie europee anche a seguito della approvazione del principio *cuius regius eius religio*: in questa prospettiva, ben si comprende l'importanza che gli americani riservano alla libertà religiosa garantita dal Primo emendamento che

"fu pensato principalmente per rendere immune la nuova nazione americana dal flagello delle guerre religiose che aveva a lungo tormentato l'Europa [...] e per garantire la libertà religiosa a tutti e lo status di religione ufficiale a nessuno"¹⁷.

¹⁴ *Wooley v. Maynard*, 430 U. S. 705, 717 (1977).

¹⁵ Si tratta del noto caso relativo alla costituzionalità della pratica di bruciare la bandiera, deciso dalla Corte suprema in *Texas v. Johnson* 491 US 397 (1989).

¹⁶ *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights* 547 US 47 (2006). Accanto a tale ampio riconoscimento della libertà di espressione e di parola, la Corte suprema ha elaborato negli anni la categoria del c.d. *hate speech*, definendo così particolari casi in cui tale libertà deve essere limitata. Tale categoria, tuttavia, non si applica al caso in esame: secondo la definizione elaborata dalla American Bar of Association, con *hate speech* si intende qualsiasi "speech that offends, threatens, or insults groups, based on race, color, religion, national origin, sexual orientation, disability, or other traits".

¹⁷ **J.W. WITTE**, *Al di là di Chiesa e Stato*, in *Oasis*, n 14/2011, p. 74. In riferimento alle origini storiche della libertà religiosa americana, si consenta di rinviare a **L.P. VANONI**, *Pluralismo religioso e Stato (post) secolare. Una sfida per la modernità*, Giappichelli, Torino, 2016.



Proprio a causa dell'ampiezza riconosciuta a tale libertà nel sistema americano, la *free exercise clause* ha posto - nel corso degli anni - delicati problemi costituzionali concernenti l'applicabilità di una *constitutional exception* motivata da ragioni religiose rispetto a obblighi derivanti da leggi generali e astratte¹⁸. A tale quesito, la Corte suprema ha fornito risposte non sempre lineari; in un primo momento, infatti, i giudici hanno assunto un orientamento generalmente favorevole al riconoscimento delle eccezioni religiose, statuendo la piena esenzione dall'obbligo scolastico per i bambini di religione mormona (*Wisconsin v. Yoder*¹⁹) o dichiarando l'incostituzionalità di una legge statale che negava il sussidio di disoccupazione a un'avventista del settimo giorno la cui religione impediva di prestare la propria attività lavorativa nel giorno di sabato (*Sherbert v. Verner*²⁰).

Questo approccio favorevole alle eccezioni religiose ha iniziato a essere messo in discussione a partire dalla sentenza *Oregon Department of Human Resources v. Smith*²¹ (1990), in occasione della quale la Corte ha sostanzialmente ritenuto legittimo il licenziamento da parte di una clinica di riabilitazione dell'Oregon di due membri della Native American Church che avevano consumato il peyote durante alcune funzioni religiose. Pur nella complessità della motivazione, la sentenza Smith ha messo in discussione l'ambito e la portata della *free exercise clause*, affermando l'impossibilità di eccepire l'eccezione religiosa a fronte di obblighi previsti da una legge "neutrale" generalmente applicabile a tutti i cittadini.

In risposta a *Smith*, il Congresso ha approvato nel 1993 il Religious Freedom Restoration Act 1993 (RFRA), stabilendo che, qualora si sia in presenza di un *substantive burden* per la religione, gli obblighi posti dalla legge, per quanto generali e astratti, possono essere giustificati solo se costituiscono il mezzo meno restrittivo (*least restrictive means*) per conseguire un interesse governativo fondamentale. Neppure l'approvazione di una legge federale ha però interamente risolto le dispute legate alle eccezioni religiose, che continuano ad alimentare controversie e ricorsi cui la Corte è

¹⁸ Cfr., al riguardo (tra i molti) S.D. SMITH, *The Rise and Decline of American Religious Freedom*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2014; J. WITTE, J.A. NICHOLS, *Religion and the American Constitutional Experiment*, Westview Press, Philadelphia, 2011. In riferimento ai conflitti tra convinzioni religiose e libertà sessuale in America, cfr. F.S. RAVITCH, *Freedom's Edge: Religious Freedom, Sexual Freedom, and the Future of America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

¹⁹ *Wisconsin v. Yoder* 406 US 205 (1972).

²⁰ *Sherbert v. Verner* 374 US 398 (1963).

²¹ *Oregon Department of Human Resources v. Smith* 494 U.S. 872 (1990).



chiamata a rispondere, come documentato, da ultimo, dal famoso caso *Burwell v. Hobby Lobby Store Inc.* (2014), riguardante il diritto di una società for profit a usufruire della eccezione religiosa rispetto alla applicazione generale e astratta dei regolamenti di attuazione della riforma sanitaria approvata durante la presidenza Obama²².

Libertà religiosa e libertà di espressione sono quindi le due coordinate attorno a cui si struttura il caso *Masterpiece Cakeshop*. Come messo in luce dai precedenti costituzionali, entrambe si sviluppano in modo indipendente l'una dall'altra, ma possono anche svilupparsi in modo congiunto laddove il credo religioso incida su comportamenti (attivi o passivi) riconducibili alla sfera di forme espressive tutelate dalla *free speech clause*²³. Così, ad esempio, nel caso in esame l'esercizio della libertà religiosa di Philips e, quindi, la sua adesione a un determinato credo diviene la ragione che riempie di contenuto l'esercizio negativo della sua libertà di espressione artistica, ricompresa sotto l'ampio ombrello della *free speech clause*.

La stretta interrelazione tra queste due libertà astrattamente indipendenti, del resto, non è sconosciuta al diritto costituzionale americano e, in particolare, alla Corte suprema che, proprio nella sentenza *Smith*, ha enunciato (ma non adeguatamente approfondito) la teoria dei c.d. *hybrids rights*, riservando "a silver lining for religious liberty claimants in

²² *Burwell v. Hobby Lobby Store Inc.*, 573 US _ (2014). In riferimento a tale sentenza, in particolare rispetto al tema generale della obiezione di coscienza vedi **S. MANCINI**, *Tra obiezione di coscienza e complicità: Hobby Lobby e Conestoga Wood*, in P. Annichino (a cura di), *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, European University Institute, Firenze, 2017, p. 83 ss.; **A. TINA**, *Brief reflections on Burwell v. Hobby Lobby, inc. (Supreme Court of the United States, June 30, 2014) from an Italian Corporate Law Scholar's perspective*, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 13 del 2016.

²³ Come osservato da **F. RAVITCH, B. SCHARFFS**, *Piece of Cake?*, in *Judicature* Vol 108 n. 1, 2018, p. 68 (<https://judicialstudies.duke.edu/wp-content/uploads/2018/04/JUDICATURE10.2.1-CAKE-1.pdf>): "the case presents a question pitting against each other two very important sets of constitutional values - free exercise, free speech, and freedom of association on the one hand and nondiscrimination and equality on the other. Jack Phillips believes that the state coercing him to bake a custom wedding cake for a same-sex couple violates his conscientious rights of religious freedom, as well as his free speech right to not be compelled to express views with which he has fundamental conscientious objections. Craig and Mullins believe that, by refusing to bake their cake, Phillips violated the nondiscrimination provisions of Colorado's public accommodations statute, which prohibits discrimination on the grounds of race, religion, and sexual orientation, among other bases. The courts below sided with the customers, and now the baker is before the Supreme Court asking it to reverse those judgments".



the form of hybrid rights, which involve the combination of a free exercise claim with another constitutionally protected claim”²⁴.

Quanto ora brevemente ricordato spiega, anche sotto il profilo costituzionale, le ragioni per cui il caso *Masterpiece Cakeshop* era particolarmente atteso. Al di là delle problematiche relative al riconoscimento dei diritti civili, che sempre generano particolare tensione e attenzione nell’opinione pubblica americana, la controversia si pone al crocevia di due filoni giurisprudenziali a lungo dibattuti dalla dottrina; essa ha quindi destato, fin dal momento in cui ne è stato annunciato l’accoglimento, numerose aspettative, quale occasione per la Corte di chiarire, ridefinire o approfondire i limiti e le caratteristiche della free exercise clause e della free speech clause singolarmente intese o tra loro interconnesse.

3 - Una discriminazione nella discriminazione? Una decisione che non risolve il dilemma

Sotto quest’ultimo profilo, la sentenza *Masterpiece Cakeshop* pare, almeno nella decisione di maggioranza, come una occasione mancata. Sebbene il giudice Kennedy abbia aperto la sua *opinion* esplicitando le due coordinate attorno a cui si sviluppa il rifiuto di Philips, egli ha poi preferito concentrarsi esclusivamente sulle problematiche religiose del caso, sostenendo che “the free speech aspect of this case is difficult” dal momento che le parti “disagree as to the extent of the baker’s refusal to provide service”²⁵.

La complessità della causa appariva evidente anche solo a partire dalla ricostruzione della fattispecie: un conto, infatti, è ragionare rispetto al diniego del pasticciere di vendere a una coppia omosessuale uno o più dolci già confezionati e presenti in negozio; un altro è, invece, sostenere che egli abbia rinunciato a confezionare una torta richiesta specificamente per una determinata occasione; altro ancora è porre in connessione il rifiuto con la richiesta di decorare la torta con frasi o immagini celebranti il matrimonio omosessuale: come ricordato da Kennedy, questi sono solo tre esempi tra i

²⁴ R.S. RUMMAGE, *In Combination: Using Hybrid Rights to Expand Religious Liberty*, 64 *Emory Law Journal*, 2015, p. 1175.

²⁵ *Masterpiece Cakeshop, Ltd., Et Al. V. Colorado Civil Rights Commission Et Al.*, p. 4.



molti possibili che incidono in modo significativo sulla corretta definizione della *free speech liberty* riservata al pasticciere²⁶.

Secondo la ricostruzione della Corte, Philips certamente non si è rifiutato di servire Craig e Mullins in quanto omosessuali²⁷, e si è probabilmente limitato a declinare la loro richiesta per il solo fatto che la torta era stata commissionata per festeggiare il loro matrimonio; benché gli atti della causa non sembrino indicare che tale richiesta sia concretamente avvenuta, non è azzardato ipotizzare che gli acquirenti volessero personalizzare il dolce con scritte o simboli, dato che la particolarità della Masterpiece Cakeshop Ltd. è proprio quella di disegnare e realizzare, su richiesta dei committenti, dolci di forme e fattezze particolarmente complesse e ingegnose²⁸.

In ogni caso, il giudice Kennedy ha evitato di approfondire le dinamiche costituzionali relative all'applicazione della *free speech clause* al caso in esame, concentrando invece la sua attenzione sul procedimento amministrativo avviato dalla Commissione dei diritti civili del Colorado colpevole, a suo giudizio, di non avere esaminato il caso con la dovuta imparzialità e "neutralità religiosa" prescritta dalla *free exercise clause* contenuta nel Primo emendamento della Costituzione.

Due, in particolare, sono le argomentazioni su cui Kennedy fonda la sua decisione. In primo luogo, l'atteggiamento tenuto dalla Commissione viene qualificato non come atteggiamento rispettoso delle convinzioni di

²⁶ *Masterpiece Cakeshop, Ltd., Et Al. V. Colorado Civil Rights Commission Et Al.*, p. 4.

²⁷ Questo, per lo meno, è quanto risulta rispetto al caso in esame di fronte alla Corte: come ricordato dalla stessa opinione di Kennedy p. 4 (oltre che esplicitamente riportato dagli oral arguments della causa): «Phillips informed the couple that he does not "create" wedding cakes for same-sex weddings. Ibid. He explained, "I'll make your birthday cakes, shower cakes, sell you cookies and brownies, I just don't make cakes for same sex weddings". The couple left the shop without further discussion». Tuttavia, è necessario ricordare che l'investigazione condotta dalla Commissione per i diritti civili del Colorado aveva rilevato altri casi in cui Philips si era rifiutato di servire coppie omosessuali, e in uno di questi il suo rifiuto aveva ricompreso anche dei cupcakes già confezionati. Pur complicando la ricostruzione generale della volontà di Philips, tale circostanza non rileva ai fini della sentenza in esame perché, come osservato dall'avvocato Waggoner in risposta alla domanda del giudice Sotomayor, "That allegation was never involved in the complaint, the formal charges, the ALJ's decision" Cfr. *Masterpiece Cakeshop, Ltd., Et Al. V. Colorado Civil Rights Commission Et Al - Oral Arguments*, 5 dicembre 2017, p. 7, (https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2017/16-111_f29g.pdf).

²⁸ Cfr. *Masterpiece Cakeshop, Ltd., Et Al. V. Colorado Civil Rights Commission Et Al.*, p. 4: "To prepare for their celebration, Craig and Mullins visited the shop and told Phillips that they were interested in ordering a cake for "our wedding." [...]. They did not mention the design of the cake they envisioned".



Philips ma, al contrario, di aperta ostilità nei confronti del suo credo religioso, come messo in luce anche dagli stessi public hearings tenuti dai Commissioners²⁹. Questi ultimi, infatti, erano giunti a sostenere che i proprietari di aziende del Colorado sono tenuti a scegliere (o al limite operare un compromesso) tra i propri convincimenti religiosi e gli obblighi previsti dalle leggi per la propria attività commerciale. Una simile affermazione, se può essere letta come un generale richiamo a operare sul mercato non discriminando certe categorie di clienti, al contempo è suscettibile di far trasparire una mancanza di attenzione e di sensibilità della Commissione per la gravità dei problemi sollevati da Philips.

Quest'ultima interpretazione è confermata, secondo Kennedy, da un successivo *statement* della Commissione più direttamente rivolto ai convincimenti religiosi del pasticcere, in particolare, e alla religione, in generale: "la libertà religiosa", queste le parole della Commissione giudicante, "è servita a giustificare ogni tipo di discriminazione, dalla schiavitù all'olocausto" e per tale ragione la Commissione ritiene "che l'utilizzo della propria religione per colpire altre persone" debba essere rubricato come "uno dei più deprecabili artifici retorici"³⁰.

Una simile dichiarazione costituisce, agli occhi della Corte suprema, il primo chiaro indizio dell'ostilità mostrata dalla Commissione dei diritti civili nel giudicare il caso di Philips: non solo essa qualifica il diniego di Philips come un artificio retorico, dubitando così della sincerità dei suoi comportamenti, ma giunge persino a paragonarlo a tragedie quali la schiavitù o l'olocausto, manifestando un "inappropriate sentiment" non

²⁹ Secondo Kennedy, l'ostilità nei confronti della religione emerge dagli hearings tenuti dalla Commissione a partire dal 30 maggio 2014. Come riportato nella sua *opinion* (pp. 12-13) «At several points during its meeting, commissioners endorsed the view that religious beliefs cannot legitimately be carried into the public sphere or commercial domain, implying that religious beliefs and persons are less than fully welcome in Colorado's business community. One commissioner suggested that Phillips can believe "what he wants to believe", but cannot act on his religious beliefs "if he decides to do business in the state» Tr. 23. A few moments later, the commissioner restated the same position: "[I]f a businessman wants to do business in the state and he's got an issue with the law's impacting his personal belief system, he needs to look at being able to compromise." Id., at 30».

³⁰ Queste le parole del Commissioner pronunciate nella seduta del 25 luglio 2014 e riportate dalla *opinion* di Kennedy (p. 13): "Freedom of religion and religion has been used to justify all kinds of discrimination throughout history, whether it be slavery, whether it be the holocaust, whether it be - I mean - we can list hundreds of situations where freedom of religion has been used to justify discrimination. And to me it is one of the most despicable pieces of rhetoric that people can use to use their religion to hurt others." Tr. 11-12.



confacente a un organo giudicante, il cui compito consisterebbe proprio nel valutare, in modo equo e equilibrato, ogni tipo di discriminazione, ivi comprese quelle di matrice religiosa³¹.

In secondo luogo, Kennedy ha osservato come, in altri pronunciamenti della Commissione, essa abbia mostrato un diverso atteggiamento nel giudicare il rifiuto di alcuni pasticceri a preparare torte contenenti espliciti messaggi contrari al gay-marriage, a volte accompagnati da versetti biblici. In quella circostanza, infatti, la Commissione ha rigettato i ricorsi dei clienti, legittimando il rifiuto dei pasticceri a confezionare il dolce in ragione del contenuto inopportuno o anche ostile dei messaggi commissionati. Così facendo, la Commissione ha accordato meno importanza alle opinioni di Philips di quanto non abbia riservato agli alti pasticceri, mostrandosi incline e favorevole a sostenere opinioni secolari piuttosto che opinioni di natura religiosa. Come osservato da Laycock e Berg,

“refusing a religious exception while allowing even one or a few analogous secular exceptions shows that the state treats religious needs and commitments as less important, less deserving of exemption, than secular needs or commitments”³².

Sulla base di tali considerazioni, Kennedy fa aggio su un principio che costituisce un caposaldo nella giurisprudenza americana, la quale ha più volte richiamato il governo a una non ostilità nei confronti delle religioni, dal momento che la Costituzione stessa, attraverso la *free exercise clause*,

“commits government itself to religious tolerance, and upon even slight suspicion that proposals for state intervention stem from animosity to religion or distrust of its practices, all officials must pause

³¹ Cfr. *Masterpiece Cakeshop, Ltd., Et Al. V. Colorado Civil Rights Commission Et Al.*, p. 14: «To describe a man’s faith as “one of the most despicable pieces of rhetoric that people can use” is to disparage his religion in at least two distinct ways: by describing it as despicable, and also by characterizing it as merely rhetorical - something insubstantial and even insincere. The commissioner even went so far as to compare Phillips’ invocation of his sincerely held religious beliefs to defenses of slavery and the Holocaust. This sentiment is inappropriate for a Commission charged with the solemn responsibility of fair and neutral enforcement of Colorado’s antidiscrimination law - a law that protects discrimination on the basis of religion as well as sexual orientation».

³² Cfr. **D. LAYCOCK, T. BERG**, *Symposium: Masterpiece Cakeshop - not as narrow as may first appear*, 5 giugno 2018 (<http://www.scotusblog.com/2018/06/symposium-masterpiece-cakeshop-not-as-narrow-as-may-first-appear/>).



to remember their own high duty to the Constitution and to the rights it secures”³³.

È in virtù di tale principio che Kennedy conclude la propria *opinion* eccependo la violazione del diritto di Philips a essere giudicato dalla Commissione del Colorado in modo rispettoso, neutrale e, soprattutto, non ostile alla religione.

La decisione della Corte, assunta dalla solida maggioranza di 7 voti contro 2, ha il pregio di riportare alla attenzione di chi è chiamato a decidere tali casi l’importanza che la libertà religiosa riveste nel sistema americano. Allo stesso tempo, però, la violazione rilevata viene estrapolata dalle peculiarità del caso di specie: la censura dei giudici riguarda l’illegittimità del procedimento condotto dalla Commissione del Colorado, e non risolve il problema, più ampio, della facoltà concessa o meno ai proprietari di servizi nuziali di rifiutare, sulla base dei loro convincimenti, clienti che intendano celebrare nozze tra persone dello stesso sesso. L’*opinion* di maggioranza, concentrandosi sulle specificità del caso, evita quindi di pronunciarsi sul problema costituzionale specifico, rilevando invece una discriminazione (religiosa) all’interno del procedimento di accertamento della discriminazione (di orientamento sessuale)³⁴.

Lo stesso giudice Kennedy, del resto, sembra perfettamente cosciente della particolarità della decisione anche rispetto alla sua capacità di costituire, in futuro, un precedente valido alla luce del quale risolvere le nuove controversie: “the outcome of cases like this in other circumstances”, scrive in conclusione, “must await further elaboration in the courts”. La

³³ Cfr. *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah* 508 U.S. 547 (1992).

³⁴ In questo modo, la Corte sembra evitare di pronunciarsi sulla necessità di operare un bilanciamento tra il diritto delle coppie omosessuali a sposarsi e la necessità di accordare la “giusta protezione” a coloro che, in ragione dei propri convincimenti religiosi e non, continuano a ritenere essenziali per la loro vita comportamenti che riconoscono solo il matrimonio tra persone di sesso. Come ricordato in *Obergefell v. Hodges*, cit., p. 27, infatti, “Finally, it must be emphasized that religions, and those who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned. The First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered. The same is true of those who oppose same-sex marriage for other reasons. In turn, those who believe allowing same-sex marriage is proper or indeed essential, whether as a matter of religious conviction or secular belief, may engage those who disagree with their view in an open and searching debate. The Constitution, however, does not permit the State to bar same-sex couples from marriage on the same terms as accorded to couples of the opposite sex”.



Corte, in sostanza, sembra invitare le parti al reciproco rispetto e tolleranza, suggerendo un approccio pratico che, per quanto massimamente auspicabile e desiderabile, lascia inevitabilmente aperto il campo alle future controversie³⁵.

4 - Kicking the can down the road: l'arte di non decidere e le dissenting/concurring opinions del caso *Masterpiece Cakeshop*

La singolarità della sentenza in esame non è sfuggita ai primi commentatori, che - nonostante la netta maggioranza - l'hanno definita "a narrow victory for religious freedom"³⁶, in ragione del fatto che "the precedent set here will not apply to many other cases, and perhaps to none"³⁷. Evitando di sciogliere quello che la Corte stessa ha chiamato "the Philips dilemma", l'*opinion* di maggioranza "kicked the can down the road"³⁸, rimandandone la risoluzione a future decisioni. Secondo Laycock e Berg, la sentenza costituisce allo stesso tempo "a huge win and a narrow win for such objectors"; da un lato, infatti, non è da sottovalutare che l'ipotetico rifiuto di una esenzione religiosa avrebbe chiuso, di fatto, la porta ad altri ricorsi alla Corte, amplificando il fenomeno della risoluzione statale di questo tipo di controversie le quali, come ricordato, dopo l'approvazione di *Obergefell* stanno inesorabilmente dividendo il paese³⁹. Dall'altro, gli autori riconoscono che le circostanze del caso su cui si fondano le argomentazioni

³⁵ Così Kennedy nella *opinion* di maggioranza (p. 18): "the outcome of cases like this in other circumstances must await further elaboration in the courts, all in the context of recognizing that 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".

³⁶ A. LIPTANK, *In Narrow Decision, Supreme Court Sides With Baker Who Turned Away Gay Couple*, NYT on-line, 4 giugno 2018 (<https://www.nytimes.com/2018/06/04/us/politics/supreme-court-sides-with-baker-who-turned-away-gay-couple.html>).

³⁷ Cfr. l'*opinion* di G. BRADLEY riportata da B. FRAGA, *US Supreme Court Issues Narrow Rulings in Same-Sex Wedding Cake Case*, 7 giugno 2018 (<http://m.ncregister.com/daily-news/us-supreme-court-issues-narrow-ruling-in-same-sex-wedding-cake-case#.Wx66STPOM0M>).

³⁸ Per usare l'espressione di G. BRADLEY, cit. (vedi nt. 37).

³⁹ D. LAYCOCK, T. BERG, *Symposium: Masterpiece Cakeshop*, cit.: "It is huge because refusing an exemption on even these facts would have made further federal litigation essentially impossible, and it would have undercut claims under state constitutions and state Religious Freedom Restoration Acts as well as efforts to enact statutory exemptions".



della Corte ridimensionano la vittoria dei sostenitori della libertà religiosa, perché

“the opponents of religious exemptions will now start doing the sorts of things done by many other government officials resisting constitutional mandates. They will seek doctrinal and rhetorical manipulations to cloak their hostility to the constitutional right, and their unequal treatment of objectors they agree with and objectors they don't”⁴⁰.

Le ragioni del rifiuto della Corte ad analizzare, nello specifico, le problematiche legate alla *free exercise* e (soprattutto) alla *free speech clauses* non sono chiaramente identificabili. Innanzitutto, significativa appare la scelta di affidare l'*opinion* di maggioranza alla penna di Kennedy, che - pur nominato dal presidente Repubblicano Reagan - ha spesso mostrato la sua attitudine a cercare un compromesso tra l'anima conservativa della Corte e quella liberal che lo ha portato, soprattutto nei casi più controversi, a votare anche a favore di quest'ultima. A conferma di questa sua propensione, lo stesso Kennedy aveva sottolineato durante gli *oral arguments* “che da entrambe le parti ci si sarebbe aspettati una maggiore tolleranza”⁴¹.

Inoltre, se si leggono tra le righe le *concurring* e *dissenting opinions* che accompagnano la decisione, è possibile notare come - soprattutto in relazione al quesito riguardante l'esercizio del *free speech* - le posizioni dei giudici della Corte suprema appaiano piuttosto diversificate. Non è impossibile quindi azzardare che, anche in ragione della difficoltà della controversia, la Corte abbia scelto di evitare il conflitto al suo interno, decidendo “di non decidere” il caso in tutte le sue oggettive e poliedriche sfaccettature.

Così, ad esempio, il giudice Ginsburg (sostenuta dal giudice Sotomayor) affronta indirettamente il tema rilevando come la Corte non avrebbe potuto considerare una torta nuziale una forma di *speech* o di *expression* ai sensi del Primo Emendamento, perché

“Phillips submitted no evidence showing that an objective observer understands a wedding cake to convey a message, much less that the observer understands the message to be the baker's, rather than the marrying couple's”⁴².

⁴⁰ D. LAYCOCK, T. BERG, *Symposium: Masterpiece Cakeshop*, cit.

⁴¹ Così S. NINATTI, *La libertà di coscienza del pasticcere*, cit.

⁴² *Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, Ginsburg dissenting, p. 2 footnotes.



La semplice creazione di una torta, puramente funzionale alla celebrazione dell'evento per cui è stata commissionata, non costituisce, in sé, una forma artistica capace di veicolare il messaggio di chi l'ha cucinata. Tale interpretazione sembra essere condivisa anche dalla *concurring opinion* dei giudici Kagan e Breyer che, pur concordando con Kennedy sulla discriminazione operata dalla Commissione del Colorado ai danni di Phillips, rilevano come

«the cake requested was not a special “cake celebrating same-sex marriage.” It was simply a wedding cake-one that (like other standard wedding cakes) is suitable for use at same-sex and opposite-sex weddings alike»⁴³.

Una diversa lettura è quella che viene invece offerta nella *concurring opinion* del giudice Gorsuch che (supportato da Alito) rileva “l'irrazionalità” insita nel sostenere che il *discrimen* rispetto alla qualificazione o meno della torta come “forma di espressione” risieda nella presenza sul dolce di parole esplicite: “words or not and whatever the exact design, [the cake] celebrates a wedding, and if the wedding cake is made for a same-sex couple it celebrates a same-sex wedding”⁴⁴.

Le osservazioni di Gorsuch portano alla luce tutte le complesse problematiche connesse alla interpretazione dei simboli o dei messaggi legati a certe forme espressive; ritenere che una torta sia solo l'insieme di uova e farina convenzionalmente utilizzato per celebrare un (qualsiasi) matrimonio equivarrebbe a sostenere che “sacramental bread is *just* bread or a kippah is *just* a cap”⁴⁵. Per queste ragioni il giudice ravvisa, indirettamente, una violazione della *compelled speech doctrine*, sostenendo che “[it] would be proper for this or any court to suggest that a person must be forced to write words rather than create a symbol before his religious faith is implicated”⁴⁶.

⁴³ *Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, Kagan concurring, p. 3 footnotes. Secondo tale interpretazione, “A vendor can choose the products he sells, but not the customers he serves - no matter the reason. Phillips sells wedding cakes. As to that product, he unlawfully discriminates: He sells it to opposite-sex but not to same-sex couples”.

⁴⁴ *Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, Gorsuch concurring, p. 8.

⁴⁵ *Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, Gorsuch concurring, p. 11-12.

⁴⁶ *Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, Gorsuch concurring, p. 9.



5 - (segue) a) l'opinione del giudice Thomas

L'*opinione* che maggiormente approfondisce la applicabilità della *free speech clause* al caso di specie è però quella del giudice Thomas (condivisa anche da Gorsuch). Egli concentra la sua attenzione esplicitamente su tale clausola costituzionale, sostenendo la legittimità del rifiuto di Philips di creare una torta personalizzata al fine di celebrare un ricevimento nuziale tra persone dello stesso sesso, indipendentemente dal tipo di messaggio richiesto dai committenti.

Per giungere a tale conclusione, Thomas muove dalla distinzione operata dalla giurisprudenza della Corte suprema tra "regulation of speech" e "regulation of conduct"; è nella seconda fattispecie che ricadono generalmente le attività regolamentate da leggi volte a disciplinare i servizi aperti al pubblico le quali, in questo modo, non godono della piena tutela riconosciuta dal Primo emendamento⁴⁷. Allo stesso tempo, però, la Corte ha elaborato negli anni la dottrina delle "expressive conduct" per offrire tutela a fattispecie peculiari in cui la condotta contestata "may be sufficiently imbued with elements of communication to fall within the scope of the First and Fourteenth Amendments"⁴⁸.

In applicazione di tale principio, la Corte ha ricompreso a tutti gli effetti tra le forme di comunicazione protette dal Primo emendamento condotte tra loro diversissime che vanno dalla lap dance, all'utilizzo di uniformi militari o di fasce nere sul braccio, alla organizzazione di sit-in di protesta, fino ai diversi casi di "vilipendio" alla bandiera americana, appesa al contrario negli anni sessanta per promuovere la pace e il ritiro delle truppe/delle forze americane dal Vietnam o bruciata per manifestare una delle più forti forme di dissenso nei confronti del sistema⁴⁹. In tutti questi casi, e altri ancora, la Corte è andata al di là di una interpretazione letterale

⁴⁷ *Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, Thomas concurring, pp. 3-4.

⁴⁸ *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 404 (1989).

⁴⁹ Tutti questi esempi (e altri ancora) sono riportati nella *opinione* di Thomas accanto alle sentenze della Corte suprema che hanno riconosciuto a tali condotte la dignità di forme espressive compiute, coperte dalle tutele previste dal Primo emendamento: *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U. S. 560, 565-566 (1991); *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 405-406 (1989); *Spence v. Washington*, 418 U. S. 405, 406, 409-411 (1974) (per curiam); *Schacht v. United States*, 398 U. S. 58, 62-63 (1970); *Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist.*, 393 U. S. 503, 505-506 (1969); *Brown v. Louisiana*, 383 U. S. 131, 141-142 (1966) (opinion of Fortas, J.); *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 633-634 (1943); *Stromberg v. California*, 283 U. S. 359, 361, 369 (1931).



della libertà di parola, garantendo piena tutela a tali condotte quando “were intended to be communicative” o, nel contesto in cui si sono verificate, “would reasonably be understood by the viewer to be communicative”⁵⁰.

Mutuando tale dottrina e applicandola al caso *de quo*, Thomas riconosce alla condotta di Philips lo status di “expressive conduct”. In primo luogo, essa può essere descritta come una attività artistica a motivo della cura particolare esercitata nel disegnare, progettare, scolpire e produrre le torte. Il marchio della società (Masterpiece Cakeshop), così come il *claim* scelto per pubblicizzarla (“If you can think it up, Jack can make it into a cake!”), definiscono infatti in modo chiaro come il *core business* della attività di Philips non risieda tanto nella sua abilità culinaria ma, piuttosto, in quella di *custom designer*. Jack stesso si definisce un *cake-artist*, e le sue “creazioni” sono così particolari da essere talvolta riconosciute dagli invitati ai ricevimenti nuziali.

In secondo luogo, seguendo una tradizione inglese che dall’epoca vittoriana è giunta in America dopo la guerra civile, la torta nuziale è, in se stessa, capace di trasmettere un messaggio chiaro e inequivocabile. Il dolce nuziale possiede dunque una insita simbologia: esso è ragionevolmente in grado di comunicare un significato facilmente comprensibile da chiunque lo osservi, ossia segnare l’inizio di un nuovo matrimonio attraverso la celebrazione della coppia contraente⁵¹.

In terzo luogo, Thomas osserva come la stessa Corte d’appello del Colorado avesse in qualche misura riconosciuto come espressiva la condotta di Philips, benché non “sufficiently expressive” e quindi non meritevole di protezione contro l’intervento e gli obblighi stabiliti dalle leggi statali; secondo i giudici di appello, un osservatore ragionevole avrebbe dovuto ravvisare nella condotta di Philips una mera “compliance” con le leggi antisecriminatorie del Colorado e non un “endorsement” nei

⁵⁰ Cfr. *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U. S. 288, (1984) p. 294.

⁵¹ Nel sostenere tale argomentazione, il giudice Thomas cita alcuni studi sulle tradizioni tipiche della cultura culinaria americana; come sostenuto da Charsley, *Interpretation and Custom: The Case of the Wedding Cake*, 22 *Man* 93, 95 (1987): “The cake is so standardised and inevitable a part of getting married that few ever think to question it”. Tale considerazione è utile sul piano giuridico per suffragare l’ipotesi che il messaggio legato alla torta nuziale risponda al criterio elaborato dalla Corte per estendere la applicazione della *free speech clause* a quelle condotte che possono essere ragionevolmente percepite da chi le guarda come comunicative: come osservato dallo stesso Thomas, infatti, “If an average person walked into a room and saw a white, multi-tiered cake, he would immediately know that he had stumbled upon a wedding” (p. 6).



confronti del same sex marriage⁵². Questo argomento è fortemente contestato dalla *opinion* di Thomas per il fatto che, se accolto, esso “would justify any law that compelled protected speech” mentre, fin dal principio, la giurisprudenza della Corte suprema ha ritenuto necessario respingere ogni argomento che “would resolve every issue of power in favor of those in authority”⁵³.

Al contrario, secondo Thomas, proprio perché la condotta di Phillips è suscettibile di essere descritta come una “expressive conduct”, le leggi del Colorado non possono penalizzarla a meno che non resistano a uno *strict scrutiny* da parte delle Corti; sotto questo profilo, i giudici non hanno infatti adeguatamente considerato le pretese di Phillips, arrivando a sanzionare il rifiuto di realizzare non una torta nuziale qualunque, ma una che “expresses approval of same-sex marriage”⁵⁴. Il solo fatto che una parte della società (o anche il governo stesso) consideri tale condotta offensiva, bigotta, stigmatizzante, irragionevole o indegna di una società civile non legittima lo Stato a punire un *protected speech*; come ricordato dalla Corte suprema in *Texas v. Johnson* “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”⁵⁵.

Una volta compiuto questo articolato percorso argomentativo, Thomas ricorda alla Corte le problematiche legate alla applicazione del caso *Obergefell*:

«Because the Court’s decision vindicates Phillips’ right to free exercise, it seems that religious liberty has lived to fight another day. But, in future cases, the freedom of speech could be essential to preventing *Obergefell* from being used to “stamp out every vestige of dissent” and “vilify Americans who are unwilling to assent to the new orthodoxy”»⁵⁶.

⁵² *Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, Thomas concurring, p. 8.

⁵³ Cfr. *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, (1943).

⁵⁴ *Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, Thomas concurring, p. 11: «Here Colorado would not be punishing Phillips if he refused to create any custom wedding cakes; it is punishing him because he refuses to create custom wedding cakes that express approval of same-sex marriage. In cases like this one, our precedents demand “the most exacting scrutiny”. *Johnson*, 491 U. S., at 412; accord, *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U. S. 1, 28 (2010)».

⁵⁵ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), p. 414.

⁵⁶ *Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, Thomas concurring p. 14. È interessante notare come le citazioni riportate da Thomas nel caso di specie si riferiscano,



6 - (segue) b) Uno sguardo sul futuro: due (ipotetici) orientamenti prevalenti

Lo scorcio offerto sulle *opinions* dei giudici circa l'applicabilità della *compelled speech doctrine* al caso in esame svela un approccio costituzionale meno condiviso di quanto la votazione del caso lasci supporre. Non deve passare inosservato come ben sette giudici su nove abbiano, più o meno direttamente, provato a rispondere al quesito costituzionale sul conflitto tra la libertà di espressione e di coscienza e le politiche antidiscriminatorie. Scomponendo e ricomponendo le argomentazioni dei giudici supremi è quindi possibile individuare - al di là delle sfumature - due orientamenti ipotetici prevalenti. Tale indagine può essere interessante perché rivela in qualche misura il pensiero costituzionale dei singoli giudici sul conflitto tra libertà di coscienza e politiche antidiscriminatorie e quindi ci consente di ipotizzare come, in futuro, potrebbero essere decise controversie analoghe.

Le *opinions* portano a galla la tradizionale divergenza interpretativa esistente tra l'anima conservatrice e quella liberal della Corte. I quattro giudici più liberal (Kagan, Breyer, Ginsburg e Sotomayor) sembrano suggerire come, nel caso di specie, non si fosse in presenza ragioni sufficientemente solide per sostenere la violazione della *freedom of expression*. Al contrario, tre giudici più conservatori (Gorsuch, Alito e Thomas) si sono mostrati maggiormente attenti alle ragioni di Philips, sostenendo che il riconoscimento del gay marriage come diritto federale non possa limitare le differenti opinioni (o condotte) di chi ritiene il matrimonio come la sola unione tra un uomo e una donna. Rimangono esclusi da tale indagine il giudice Kennedy (redattore della sentenza) e il Chief Justice della Corte Roberts che (forse anche per ragioni di opportunità istituzionale) si è limitato a firmare l'*opinion* di maggioranza.

Dalle posizioni qui riassunte, emerge inoltre una seconda indicazione utile a definire, almeno in via ipotetica, il confine tra l'applicazione delle leggi statali antidiscriminatorie e la libertà di coscienza. In termini generali, è plausibile immaginare come nessun giudice della Corte possa sostenere la legittimità di un rifiuto assoluto degli esercenti a negare la vendita di prodotti esposti al pubblico per ragioni discriminatorie, ad esempio mediante l'esposizione di cartello affisso fuori dall'esercizio commerciale in cui si avverte che non si servono alcune categorie di clienti.

esplicitamente, alle argomentazioni sviluppate dal giudice Alito nella sentenza *Obergefell*, il quale ha ritenuto però di non firmare la *concurring opinion* redatta da Thomas.



Il confine diventa più labile quando la prestazione richieda un intervento 'creativo' da parte dell'esercente finalizzato a confezionare un prodotto unico o particolare: sotto questo profilo, i giudici conservatori sembrano ricomprendere tale fattispecie all'interno della tutela offerta dal Primo emendamento, mentre i più liberal paiono orientarsi verso una soluzione dei casi che prenda in considerazione, al massimo, prodotti che contengano messaggi o scritte esplicitamente contrari alla coscienza di chi li produce. In sintesi, prendendo a prestito la fattispecie esaminata, la Corte potrebbe in futuro trovare una maggioranza solida a favore degli esercenti nei casi in cui la torta commissionata sia arricchita da decorazioni che celebrano esplicitamente il matrimonio omosessuale, mentre nei casi in cui sia contestata la sola produzione del dolce le opinioni di Roberts e di Kennedy potrebbero costituire gli *swing votes* tra una soluzione e l'altra.

7 - Dal saluto alla bandiera alle torte nuziali: libertà e tolleranza nella società plurale contemporanea

Anche così scomposto, il problema costituzionale rimane complesso. Da un lato, la posizione dei giudici più liberal rischia di escludere dal novero degli esercenti coperti da *free speech* tutti coloro che non prestano servizi i cui prodotti possano, esplicitamente, contenere un messaggio scritto quali, a titolo esemplificativo, i parrucchieri o i fioristi o i sarti. Allo stesso tempo, risulta difficile sostenere l'esclusione dalla protezione garantita dal Primo emendamento di professioni che richiedono certamente una forte componente creativa e artistica come quella fotografica. E ciò, a maggior ragione, se si considera che la Corte suprema ha in passato tracciato in modo molto ampio i confini della c.d. espressione artistica, ricomprendendo all'interno della tutela del *free speech* anche condotte più lontane dalle tradizionali definizioni di arte quali, ad esempio, il *nude dancing*⁵⁷.

Dall'altro, tale posizione solleva il delicato problema della interpretazione dei simboli e dei significati che possono essere contenuti in certe condotte particolari. Così, ad esempio, come ricordato in modo certamente provocatorio negli *oral arguments* dal General Solicitor Noel Francisco, sarebbe paradossale obbligare uno scultore afro-americano a scolpire una croce commissionata per il Klu Klux Klan service per il solo

⁵⁷ Come deciso in *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560 (1991).



fatto che generalmente egli realizza tali opere per le funzioni religiose⁵⁸. O, analogamente, sarebbe difficile non comprendere le ragioni di un decoratore palestinese che si rifiutasse di allestire con effigi sioniste una sala adibita ai festeggiamenti per il riconoscimento di Gerusalemme a capitale dello stato di Israele avvenuto sotto la presidenza Trump. Questi esempi possono forse sembrare estremi ma, in realtà, le cronache americane segnalano sempre più spesso conflitti culturali sulle simbologie storiche nel paese; dalle polemiche sulla presenza della bandiera confederata o della statua del generale Lee negli stati del sud⁵⁹, fino alle richieste della comunità dei nativi americani di abolire le parate di Columbus Day⁶⁰, lo scontro culturale tra gruppi e comunità diverse sul significato di alcuni simboli/condotte è sempre più acceso all'interno del territorio americano e non solo.

Seguendo tale prospettiva, meritano menzione le riflessioni di Brett Scharffs che, già prima della pubblicazione della sentenza, aveva segnalato una suggestiva analogia tra il caso in esame e le problematiche relative al saluto alla bandiera, risolte dalla Corte suprema settantacinque anni fa⁶¹. Tale controversia riguardava il rifiuto di due testimoni di Geova, espulsi da una scuola in Pennsylvania per essersi rifiutati (per ragioni religiose) di prestare il tradizionale saluto alla bandiera che, in molte scuole, costituiva una pratica patriottica obbligatoria per tutti gli studenti.

Nella sentenza *Minersville School District v. Gobitis* (1940)⁶², la Corte aveva rigettato il ricorso dei due alunni, enfatizzando l'importanza di tale pratica nella educazione dei fanciulli alla "national cohesion" e "hierarchy of values" della nazione americana. La decisione della Corte aveva scatenato, riprendendo Scharffs, "the worst wave of religion-inspired

⁵⁸ Cfr. *Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission* - Oral Hearings, cit. p. 17: "Francisco: Well, Your Honor, I think that what it boils down to is that in a narrow category of services that do cross the threshold into protected speech - and I do think it's a relatively narrow category - you do have protection. For example, I don't think you could force the African-American sculptor to sculpt a cross for the Klan service just because he'd do it for religious services".

⁵⁹ Cfr. *The Statue at the Center of Charlottesville's Storm*, in NYT, 13 agosto 2017, (<https://www.nytimes.com/2017/08/13/us/charlottesville-rally-protest-statue.html>).

⁶⁰ Cfr. *Columbus Day parade reopens statue debate: "We should not be glorifying a murderer"*, The Guardian, 9 ottobre 2017, (<https://www.theguardian.com/us-news/2017/oct/09/columbus-day-parade-new-york-protesters>).

⁶¹ **B. SCHARFFS**, *Op-ed: Cakes, gay rights and the American flag*, in the *Deseret News*, 5 dicembre 2017, (<https://www.deseretnews.com/article/865693668/Op-ed-Cakes-gay-rights-and-the-American-flag.html>).

⁶² *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).



violence in 20th century America"; preferendo l'unità nazionale alla libertà di coscienza dei testimoni di Geova, la Corte ha indirettamente favorito una ondata di patriottismo che, tra l'altro, è confluita in una serie di provvedimenti legislativi statali volti a sancire l'obbligatorietà del saluto alla bandiera⁶³.

Tre anni più tardi, la Corte ha però completamente ribaltato la propria giurisprudenza, dichiarando - nella sentenza *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette* - l'incostituzionalità dell'obbligo di tale giuramento. In questa storica decisione, in cui la Corte ha elaborato la dottrina del *compelled speech*, i giudici supremi hanno "explicitly rejected the need to coerce uniformity to achieve national unity"⁶⁴. Nella sentenza, il giudice Jackson affermava:

"Struggles to coerce uniformity of sentiment in support of some end thought essential to their time and country have been waged by many good as well as by evil men [...] As governmental pressure toward unity becomes greater, so strife becomes more bitter as to whose unity it shall be"⁶⁵.

Tali considerazioni svelano forse le ragioni profonde per cui la Corte, tornando sui suoi passi, ha ritenuto sbagliato, e anzi controproducente, limitare la libertà altrui persino quando vi siano in gioco valori tanto importanti quali il patriottismo e l'unità morale della nazione. Come ricordato da Jackson, infatti:

"Ultimate futility of such attempts to compel coherence is the lesson of every such effort from the Roman drive to stamp out Christianity as a disturber of its pagan unity, the Inquisition, as a means to religious and dynastic unity, the Siberian exiles as a means to Russian unity, down to the fast-failing efforts of our present totalitarian enemies. Those who begin coercive elimination of dissent soon find themselves exterminating dissenters. Compulsory unification of opinion achieves only the unanimity of the graveyard"⁶⁶.

⁶³ B. SCHARFFS, *Op-ed: Cakes, gay rights and the American flag*, cit.: "Commentators have described what followed as open season on Jehovah's Witnesses, as vigilante groups burned Kingdom Halls, vandalized homes and physically assaulted believers, all in the name of patriotism. Some small-town sheriffs arrested Jehovah's Witnesses for provoking violence or for their own protection, rather than arresting the actual wrongdoers. Numerous states enacted laws requiring children to salute the flag and scores of Jehovah's Witness schoolchildren were expelled from school".

⁶⁴ B. SCHARFFS, *Op-ed: Cakes, gay rights and the American flag*, cit.

⁶⁵ *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, p. 640.

⁶⁶ *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, p. 641.



Più ancora che sul piano giuridico, la controversa storia dei c.d. *salutes to the flag* diventa interessante sotto il profilo metodologico, perché mette in luce il rischio di imporre visioni della società anche ipoteticamente giuste o condivisibili attraverso imposizioni e coercizioni. Ciò non significa avvallare atteggiamenti apertamente discriminatori, ma implica l'impegno a farsi carico della complessa operazione di distinguere tra una reale lesione di un diritto e una strumentale pretesa di far prevalere o addirittura imporre (ad esempio attraverso lo strumento della *strategic litigation*) la propria visione del mondo rispetto a quella degli altri⁶⁷.

In questo, forse, l'invito finale di Kennedy alla tolleranza e a un rispetto reciproco tra le parti costituisce un suggerimento utile per prevenire il sorgere di nuovi conflitti: si chiede così a tutti gli attori coinvolti (e non solo ai giudici) il compito di elaborare soluzioni che favoriscano il riconoscimento della dignità delle persone di ogni orientamento sessuale e, al contempo, non sacrificino la libertà di coscienza religiosa⁶⁸.

Allo stesso tempo, però, l'invito al reciproco rispetto non può essere utilizzato dai giudici per eludere il loro compito di interpreti delle norme costituzionali; secondo Laycock e Berg, infatti, "the Supreme Court has announced a powerful ideal [...]. But a requirement of tolerance and respect, or even the avoidance of hostility, is difficult to enforce"⁶⁹. Sotto questo profilo, il compito dei giudici costituzionali è quello di tracciare il confine tra una discriminazione reale e un legittimo esercizio della propria libertà di pensiero o di religione. Una società plurale, infatti, deve garantire la convivenza pacifica tra concezioni della vita e della società a volte tre loro

⁶⁷ Come acutamente rilevato da **R. GARNETT**, *Symposium: Conscience, conditions, and access to civil society*, 15 settembre 2017, (<http://www.scotusblog.com/2017/09/symposium-conscience-conditions-access-civil-society/>): "Some say that requiring Phillips to participate creatively, but unwillingly, in the celebration of a legal marriage is no different than requiring someone who has accepted employment as a firefighter to fight fires. He can, after all, leave the wedding-cake business. But to condition the lawful exercise of his chosen profession on the waiver not only of unfettered freedom of contract but also of the First Amendment right to express - or not - his religiously informed views seems to ask too much. Such a demand crosses over from ensuring access to imposing orthodoxy, from enriching civil society to homogenizing it".

⁶⁸ Cfr., a riguardo, **E. CLARCK**, *Symposium: And the winner is ... pluralism?*, 6 giugno 2018 (<http://www.scotusblog.com/2018/06/symposium-and-the-winner-is-pluralism/>): "Masterpiece Cakeshop's efforts to delegitimize completely hostile approaches towards both LGBTQ rights and religious freedom may empower those who seek areas where compromise is possible. This, at its best, could lead to significant protections for both LGBTQ rights and religious freedom, à la the Utah Compromise".

⁶⁹ **D. LAYCOCK, T. BERG**, *Symposium: Masterpiece Cakeshop*, cit.



contraddittorie; la sfida, benché non semplice, è però necessaria per la sopravvivenza del liberalismo plurale contemporaneo⁷⁰.

Guardato attraverso le lenti dei giudici costituzionali, l'invito di Kennedy alla tolleranza non può quindi che tradursi, innanzitutto, nell'obbligo di prendere sul serio le opinioni e la libertà di tutti perché, come sosteneva il giudice Jackson in *Barnette*,

“if there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein. If there are any circumstances which permit an exception, they do not now occur to us”⁷¹.

ABSTRACT: the paper examines the clash between public accommodations laws and freedoms of speech and religion in America at the light of the recent decision of the U.S. Supreme Court *Masterpiece Cakeshop Ltd., v. Colorado Civil Rights Commission*. The case deals with the refusal of a Colorado's bakery to provide a wedding cake to a gay couple based on the owner's religious beliefs. After explaining the decision of the Court and the position of the U.S. Supreme Court Justices in their dissenting and concurring opinions, the paper addresses the claim of freedom of speech and of the tolerance principle in the pluralistic age.

⁷⁰ Vedi a riguardo **B. SCHARFFS**, *Op-ed: Cakes, gay rights and the American flag*, cit.: “One of the costs of living in a pluralistic society is that we must be willing to protect the consciences of people with whom we disagree - be they Jehovah's Witnesses who do not want to salute the U.S. flag, Christian bakers who do not want to create a rainbow cake, or someone who does not want to create an Angel Moroni cake. We should not force others to salute our flags - whether the flag in question is the Stars and Stripes or the rainbow symbol of gay pride”.

⁷¹ *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, p. 642.