

Supreme Court Of The United States, sentenza del 30 giugno 2023 - 303 Creative Llc Et Al. V. Elenis Et Al. - Rel. Gorsuch

“First Amendment” – Libertà di parola - Diritto all’obiezione di coscienza – Convinzioni religiose – Colorado Anti-Discrimination Act - Tutela anti-discriminatoria - LGBT - Web-design – “Pure Speech”

Viola la libertà di parola, così come tutelata dal Primo Emendamento della costituzione degli Stati Uniti d’America, il Colorado Anti-Discrimination Act (CADA, la legge anti-discriminatoria dello Stato del Colorado) nei termini in cui non consente ad un designer di siti web di comunicare nel proprio sito l’espresso rifiuto, per motivi di coscienza religiosa, di fornire servizi a coppie dello stesso sesso che intendono contrarre matrimonio. L’attività di web design è infatti da intendersi come «pure speech», dal momento che implica l’utilizzo delle parole, ed è dunque riconducibile all’alveo di tutela di cui al Primo Emendamento, per tanto l’Anti-Discrimination Act dello stato del Colorado non può obbligare un esercente di attività commerciali aperte al pubblico ad esprimere opinioni e veicolare messaggi contrari alle proprie convinzioni anche religiose. Inoltre, i servizi di progettazione e creazione di siti web sono considerabili come una forma di espressione creativa, pertanto professionisti diversi da website designer (come fotografi, videomaker, scrittori, pittori) che forniscono al pubblico un servizio creativo personalizzato potrebbero, in astratto, trovarsi nel medesimo conflitto di lealtà e dunque essere costretti a scegliere tra rimanere in silenzio e veicolare messaggi che violano le loro convinzioni o esprimere la propria opinione e incorrere in sanzioni per farlo.

L’OBIEZIONE DI COSCIENZA DELL’ARTISTIC BUSINESS. L’INJUNCTION DELLA WEBSITE DESIGNER AL VAGLIO DELLA SUPREMA CORTE DEGLI STATI UNITI.

Salvatore Manzo*

SOMMARIO: 1. - Il quadro normativo di riferimento: il Colorado Anti-Discrimination Act; 2. - Il caso 303 Creative v. Elenis: i fatti di causa; 3. - La decisione di maggioranza della Suprema Corte USA; 4. - La “dissenting opinion” del giudice Sotomayor; 5. - Note critiche alla luce di Masterpiece Cakeshop.

1. - Il quadro normativo di riferimento: il Colorado Anti-Discrimination Act.

Con la decisione in commento, la Suprema Corte degli Stati Uniti d’America ha sancito che la legge antidiscriminatoria dello stato del Colorado non può impedire ad una designer di siti

web di comunicare, sul proprio sito, l'espresso rifiuto, per motivi di coscienza religiosa, di creare siti web per matrimoni di coppie omosessuali. La Suprema Corte, dunque, a soli cinque anni di distanza dalla *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* (2018), ritorna a pronunciarsi sul Colorado Anti-Discrimination Act in relazione al difficile equilibrio tra libertà di espressione e divieto di discriminazione a causa dell'orientamento sessuale. Anche il caso in esame, infatti, riguarda il rifiuto degli "artistic businesses" di prestare i propri servizi professionali per motivi di coscienza, in violazione delle c.d. "public accommodations laws"¹, che impongono agli esercizi commerciali aperti al pubblico di garantire il pieno ed eguale godimento dei beni e servizi che erogano, senza alcun tipo di discriminazione. I giudici costituzionali sono quindi chiamati, ancora una volta, ad interrogarsi sulla possibilità di ricomprendere certi tipi di servizi o prodotti commerciali caratterizzati da una forte componente creativa e artistica, all'interno della tutela della "free speech clause" sancita dal Primo Emendamento del Bill of Rights statunitense², in modo da non consentire alla legge statale di obbligare gli esercenti a creare opere che veicolano messaggi rispetto ai quali si pongono in disaccordo.

Tanto premesso, prima di procedere all'analisi dei fatti di causa e delle argomentazioni offerte dai giudici statunitensi, è bene inquadrare il fondamento normativo della controversia.

Al centro della questione si pongono, come accennato in premessa, le c.d. "public accommodations laws" e, in particolare, la pronuncia riguarda il Colorado Anti-Discrimination Act (notoriamente indicato con l'acronimo CADA) ossia una legge, emanata nel 2007 (e più volte emendata³), che offre protezione legale ai cittadini dello stato del Colorado dalla discriminazione sul posto di lavoro e nella società in generale.

*Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli studi di Salerno.

¹ Le c.d. "public accommodations laws", sono disposizioni normative, di matrice anglosassone, che garantiscono ad ogni persona il pieno ed eguale godimento dei luoghi aperti al pubblico senza ingiuste discriminazioni. Sono considerabili come tali, a livello federale, il Civil Rights Act del 1964 e l'Americans with Disabilities Act (ADA), attraverso i quali il governo federale proibisce la discriminazione nei luoghi aperti al pubblico per motivi di razza, colore, religione, origine nazionale e disabilità. La legislazione federale è accompagnata da quella dei singoli stati, dal momento che la maggior parte di essi ha adottato leggi analoghe che vietano la discriminazione sulla base delle caratteristiche sopra menzionate o altre, come età, sesso, orientamento sessuale, e identità di genere. In questo senso, relativamente allo stato del Colorado si fa appunto riferimento al CADA (per una ricostruzione storico/normativa sul tema si v. A.K. Sandoval-Strausz, *Travelers, Strangers, and Jim Crow: Law, Public Accommodations, and Civil Rights*, in *America in Law and History Review* (2005) 53-94).

² Così recita il Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (Bill of Rights del 1791): "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances."

³ Per quanto utile alla nostra trattazione, va specificato che il CADA è stato modificato nel 2008 proprio per estendere le sue protezioni antidiscriminatorie ai membri della comunità LGBTQ+. Si rinvia, per una più attenta ricostruzione, a G. Mckean Bidgood, Q. Mohamedbhai, *The Colorado anti-discrimination act*, in R. Gallagher,

In buona sostanza, il CADA protegge da condotte discriminatorie in riferimento a specifiche caratteristiche tutelate, quali: disabilità, razza, credo, colore, sesso, orientamento sessuale, religione, età o nazionalità. Tale legge, in accoglimento di un principio tipico della “common law” inglese, impone agli operatori di mercato che svolgano attività di vendita al pubblico o offrano servizi in luoghi aperti al pubblico⁴, di erogarli a chiunque varchi le porte del proprio negozio o impresa, vietando, dunque, qualsivoglia atteggiamento discriminatorio, incluso il rifiuto di riconoscere ad un individuo (o ad un gruppo) il pieno ed eguale godimento di beni, servizi, strutture, privilegi, vantaggi offerti, a causa di disabilità, razza, credo, colore, sesso, orientamento sessuale, genere identità, espressione di genere, stato civile, nazionalità, o ascendenza.⁵

Tale previsione normativa è accompagnata, inoltre, da una forte tutela processuale, dal momento che i clienti, ma più in generale, i privati cittadini che si ritengono discriminati, possono proporre azioni giudiziarie volte ad accertare un’eventuale violazione, al fine di ottenere una serie di sanzioni.⁶ Ed è proprio il timore di incorrere in queste sanzioni che porta la ricorrente del caso in analisi a chiedere, in via preventiva, una “injunction” al fine di

S.Miller, E. Kathryn, J. Brown Jessica (“Managing Editors”), *The Practitioner’s Guide to Colorado Employment Law*, III ed., Colorado - Stati Uniti 2022.

⁴ Nello specifico, il CADA parla di “place of public accommodation” ricomprendendo nella nozione: “...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; any place to eat, drink, sleep, or rest, or any combination thereof; any sporting or recreational area and facility; any public transportation facility; a barber shop, bathhouse, swimming pool, bath, steam or massage parlor, gymnasium, or other establishment conducted to serve the health, appearance, or physical condition of a person; a campsite or trailer camp; a dispensary, clinic, hospital, convalescent home, or other institution for the sick, ailing, aged, or infirm; a mortuary, undertaking parlor, or cemetery; an educational institution; or any public building, park, arena, theater, hall, auditorium, museum, library, exhibit, or public facility of any kind whether indoor or outdoor. “Place of public accommodation” shall not include a church, synagogue, mosque, or other place that is principally used for religious purposes”, Colo. Rev. Stat. § 24-34-601(1) – 2014.

⁵ Si rinvia alla definizione di cui al 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, deny to an individual or a group, because of disability, race, creed, color, sex, sexual orientation, gender identity, gender expression, marital status, national origin, or ancestry, the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation. The Accommodation Clause does not apply to any “church, synagogue, mosque, or other place that is principally used for religious purposes.” Cfr. sull’argomento M. L. Smith, *Public Accommodations Laws, Free Speech Challenges, and Limiting. Principles in the Wake of 303 Creative*, in *Louisiana Law Review* 84 (2023) 7.

⁶ Il privato cittadino che sostiene di essere stato discriminato per una delle caratteristiche tutelate dalla CADA può esperire un’azione civile presso il tribunale statale, il quale, in caso di accertata violazione, può prevedere il pagamento da una multa fino a cinquecento dollari (Si v. Col. Rev. Stat. § 24-34-602(1)(a)). I soggetti legittimati, possono anche sporgere denuncia per una presunta discriminazione presso la divisione della Commissione per i diritti civili del Colorado che può emettere e far notificare al convenuto un’ordinanza che impone allo stesso di cessare e desistere da tale pratica discriminatoria o ingiusta. (Aplts. ’ App. a 2-315, 7).

ottenere la disapplicazione nei suoi confronti della “Accommodation Clause” contenuta nel CADA.

2. - Il caso 303 Creative v. Elenis: i fatti di causa.

Come si è accennato, i fatti di causa, sottesi alla pronuncia in esame, riguardano una designer di siti web (mrs. Lorie Smith), creatrice della 303 Creative, LLC., ovvero una società di web design avente sede nello stato del Colorado che offre principalmente servizi di progettazione grafica di siti web, consulenza di marketing e servizi di gestione dei social media. Volendo espandere la propria attività, includendo nella sua offerta anche la creazione di siti web di annunci di matrimonio, mrs. Smith ritiene contraria alla sua fede cristiana la creazione di siti per matrimoni tra persone dello stesso sesso. Volendo, pertanto, pubblicare un avviso sul suo sito web aziendale per informare gli utenti della sua posizione, si rende conto che tale avviso avrebbe violato le leggi antidiscriminatorie dello stato del Colorado che impediscono alle imprese di discriminare le persone in base alla loro identità di genere o orientamento sessuale. Temendo che la “Accommodation Clause”, contenuta nel Colorado Anti-Discrimination Act, la costringa, in violazione del Primo Emendamento, a creare siti web per matrimoni omosessuali, mrs Smith solleva un “injunction”⁷ al fine di ottenerne la disapplicazione nei suoi confronti. La designer, infatti, ritiene l’imposizione prevista dalla “clause” non conciliabile con la sua convinzione religiosa cristiana secondo la quale il matrimonio dovrebbe essere riservato alle sole unioni tra un uomo e una donna, nonché contraria alla sua libertà di espressione, così come tutelata ai sensi del Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti.⁸

⁷ L’ “injunction” è un “equitable remedy”, ossia un’azione giudiziaria originaria della Court of Equity (o Chancery Court) inglese. Occorre specificare che l’ “injunction” intentata nel caso di specie è una “final injunction”, ossia una vera e propria condanna nel merito con efficacia inibitoria, concessa di norma dopo il trial, quindi dopo il pieno accertamento del merito, ed è pertanto da tenere distinta dalla “interlocutory injunction” avente natura cautelare. Negli Stati Uniti l’ “injunction” così intesa conserva il suo carattere originario e, come in Inghilterra, copre un ampio spettro di tipologie di condotte pregiudizievoli o potenzialmente pregiudizievoli. Gli sviluppi più significativi negli Stati Uniti hanno riguardato le controversie di lavoro, la regolamentazione governativa e la tutela dei diritti costituzionali. Le ingiunzioni infatti sono spesso utilizzate nella protezione dei diritti garantiti dalla Costituzione degli Stati Uniti, in particolare per prevenire violazioni di taluni diritti e libertà costituzionali, come quella di riunione e, appunto, di espressione o religione (Cfr. M. Taruffo, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv.* (1990) 393ss).

⁸ Costituisce altresì oggetto di espressa doglianza della Smith la c.d. “Communication clause”, anch’essa contenuta nel CADA. Questa “clause” vieta alle attività di vendita aperte al pubblico di esporre un avviso (o un cartello) che indichi che il pieno ed equo godimento dei beni o servizi erogati sarà rifiutato o negato ad un individuo, o che il patrocinio o la presenza di un individuo in un “public accommodation space” è sgradito o non accettato. La Corte, tuttavia, specifica in nota che prenderà in analisi la sola Accommodation Clause, dal momento che la decisione sulla Comunication Clause è fortemente legata alla prima: “Because Colorado concedes that its authority to apply the Communication Clause to Ms. Smith stands or falls with its authority to apply the

A sostegno della propria posizione, la signora Smith dichiara di essere disposta a lavorare per ogni tipo di clientela, indipendentemente dal credo, orientamento sessuale e genere, ma specifica che non produrrà mai contenuti che siano contrari alla verità biblica da lei sostenuta, indipendentemente da chi ordina il servizio. La posizione si fonderebbe, infatti, su convinzioni religiose sinceramente sostenute secondo le quali il matrimonio può consistere solo nell'unione tra un uomo e una donna⁹. La stessa, inoltre, specifica che l'oggetto della propria offerta lavorativa, ovverosia il web design, non sia considerabile come un normale prodotto commerciale, in quanto implica la creazione di opere originali e personalizzate, sulla base delle esigenze e desideri delle coppie. A suo dire, l'opera viene sì realizzata su misura della clientela, ma su indicazione e collaborazione della designer che comunque, attraverso la realizzazione del sito, esprime le sue idee e veicola un messaggio che celebra e promuove anche e soprattutto la sua idea di matrimonio. In questo senso, l'attività di web-design non sarebbe un semplice veicolo passivo dei desideri della clientela, ma bensì una forma di espressione artistica, e, dunque, a tutti gli effetti considerabile come un'opera d'arte originale, intesa come forma di espressione rientrante nel concetto di "pure speech" e quindi tutelata ai sensi del primo emendamento, anche in applicazione di principi affermati nei precedenti giurisprudenziali della stessa Corte¹⁰.

Su queste basi, sia la Corte distrettuale per il Distretto del Colorado che la Corte d'Appello per il Decimo Circuito, rigettano nel merito il ricorso. In particolare, la Corte d'Appello del Decimo Circuito sebbene abbracci la tesi della ricorrente, che qualifica la creazione di siti web in occasione di matrimoni come un "pure speech"¹¹, e quindi astrattamente tutelata ai sensi

Accommodation Clause, we focus our attention on the Accommodation Clause." Supreme Court of the United States – 303 Creative llc *et al.* v. Elenis *et al.* (2023), cit. 4.

⁹ Tali dichiarazioni, riprese dalle memorie della ricorrente vengono così riportate nel testo del Syllabus della sentenza in oggetto: "Ms. Smith is "willing to work with all people regardless of classifications such as race, creed, sexual orientation, and gender," and she "will gladly create custom graphics and websites" for clients of any sexual orientation. - She will not produce content that "contradicts biblical truth" regardless of who orders it. - Her belief that marriage is a union between one man and one woman is a sincerely held religious conviction. - All of the graphic and website design services Ms. Smith provides are expressive." Supreme Court of the United States – 303 Creative llc *et al.* v. Elenis *et al.* (2023) Syllabus, cit. 4.

¹⁰ "The websites and graphics Ms. Smith designs are "original, customized" creations that "contribut[e] to the overall messages" her business conveys "through the websites" it creates. *Id.*, at 181a–182°... Just like the other services she provides, the wedding websites Ms. Smith plans to create "will be expressive in nature." - Those wedding websites will be "customized and tailored" through close collaboration with individual couples, and they will "express Ms. Smith's and 303 Creative's message celebrating and promoting" her view of marriage. - Viewers of Ms. Smith's websites "will know that the websites are [Ms. Smith's and 303 Creative's] original artwork." - To the extent Ms. Smith may not be able to provide certain services to a potential customer, "[t]here are numerous companies in the State of Colorado and across the nation that offer custom website design services." *Id.* Syllabus, cit. 4.

¹¹ "Appellants' creation of wedding websites is pure speech. The websites Appellants intend to offer "celebrate and promote the couple's wedding and unique love story" by combining custom text, graphics, and other media.

del Primo Emendamento, ritiene comunque che, a seguito dell'equo apprezzamento degli interessi in gioco, la "accommodation clause" contenuta nel CADA sia costituzionalmente legittima. In applicazione dei criteri individuati in *Reed v. Town of Gilbert*, 576 U.S. 155 (2015)¹², la Corte D'Appello ritiene che la legge statale contenente la "accommodation clause" abbia soddisfatto il controllo rigoroso (c.d. "strict scrutiny") per verificarne la legittimità costituzionale, dal momento che lo stato del Colorado ha dimostrato di avere un interesse forte e che la relativa clausola normativa è assolutamente strumentale al suo soddisfacimento¹³. In tal senso, il contro interesse statale, consistente nel proteggere sia la dignità dei membri dei gruppi emarginati sia i loro interessi materiali nell'accesso al mercato commerciale, si ritiene convincente ed impellente e, quindi, prevalente. Seguendo il ragionamento della Corte, esternato nelle argomentazioni redatte, si arriva ad ammettere che sebbene sia fondamentale tutelare i punti di vista delle minoranze in merito alla libertà di parola e autodeterminazione, bisogna comunque considerare i gravi danni alla collettività che possono derivare allorché le aziende operino discriminazioni in base alla razza, alla religione, al sesso o all'orientamento sessuale, soprattutto quando si tratta di beni o servizi dotati di una propria unicità, come appunto un sito web personalizzato. Dunque, sebbene la tutela dell'autodeterminazione e libera espressione individuale sia essenziale per concretizzare gli obiettivi democratici, l'interesse del Colorado nel proteggere i suoi cittadini dai danni provocati da atteggiamenti discriminatori risulta prevalente, in quanto lo stato del Colorado non può difendere tale interesse e allo stesso tempo fare eccezioni.¹⁴

Aplts.' App. at 2-325 - 81, 84). The websites consequently express approval and celebration of the couple's marriage, which is itself often a particularly expressive event." United States Court of Appeals for the Tenth Circuit - 303 Creative llc, a limited liability company; Lorie Smith, Case: 19-1413, (2021), cit. 21.

¹² I fatti sottesi alla pronuncia citata riguardano la città di Gilbert in Arizona che nel 2005 adotta un'ordinanza municipale sulla segnaletica che regola il modo in cui la segnaletica può essere esposta nelle aree pubbliche. L'ordinanza così formulata impone limitazioni più severe ai cartelli che pubblicizzano servizi religiosi rispetto ai cartelli che mostrano messaggi "politici" o "ideologici". Tale ordinanza ha dato vita ad un caso giudiziario arrivato poi davanti alla Suprema Corte, la quale ha colto l'occasione per chiarire il livello di controllo costituzionale che deve essere applicato alle restrizioni alla libertà di espressione di cui al Primo Emendamento affermando che le leggi che favoriscono alcuni "speaker" rispetto ad altri richiedono un controllo rigoroso volto a verificare che la stessa sia strettamente finalizzata a promuovere un interesse governativo convincente. (Cfr. F. Dal Cin, *Nota a Corte suprema degli Stati Uniti, Reed v. Town of Gilbert, Arizona, 576 U.S. (2015): la Corte suprema rafforza la tutela della libertà di espressione religiosa?*, in *DPCE Online*, 24.4 (2017)).

¹³ "...Whether viewed as compelling speech or as a content-based restriction, the Accommodation Clause must satisfy strict scrutiny—i.e., Colorado must show a compelling interest, and the Accommodation Clause must be narrowly tailored to satisfy that interest. *Reed v. Town of Gilbert, Ariz.*, 576 U.S. 155, 164 (2015). Here, 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..." United States Court of Appeals for the Tenth Circuit - 303 Creative llc, a limited liability company; Lorie Smith, Case: 19-1413, (2021), cit. 26.

¹⁴ "...We agree with the Dissent that "the protection of minority viewpoints is not only essential to protecting speech and self-governance but also a good in and of itself." Dissent at 12. Yet, we must also consider the grave harms caused when public accommodations discriminate on the basis of race, religion, sex, or sexual orientation.

3. - La decisione di maggioranza della Suprema Corte USA.

Con un voto di 6-3, espressivo di una maggioranza conservatrice, la Corte Suprema degli Stati Uniti D'America, mediante la sentenza in commento, rovescia la pronuncia della Corte di Appello per il Decimo Circuito ed accoglie l' "injunction" della Smith. Ciò in quanto, sostiene la Suprema Corte, il servizio di web-design offerto è considerabile come una "expressive conduct" tutelata ai sensi del Primo Emendamento della Costituzione statunitense. Tanto basta a vietare allo stato del Colorado di obbligare la designer a creare opere che esprimano messaggi contrari alle sue convinzioni. Per questo motivo la stessa avrebbe potuto legittimamente manifestare, mediante apposito annuncio sul proprio sito, il rifiuto di fornire servizi di web-design per la creazione di siti per matrimoni omosessuali.

A sostegno di tale statuizione, Neil Gorsuch, autore delle argomentazioni della maggioranza, esordisce facendo riferimento ai vari principi affermati dalla giurisprudenza statunitense in relazione alla libertà di espressione così come tutelata dal primo emendamento. In particolare, si fa riferimento alla *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group di Boston*, 515 US 557(1995)¹⁵, a *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1964) ed a *Boy Scout d'America et al. v. Dale*, 530 US 640 (2000)¹⁶. Applicando al caso di specie i principi affermati in questi precedenti, la maggioranza afferma di condividere la posizione della Corte d'Appello secondo la quale l'attività di web design della signora Smith rientra nel concetto di "pure speech"¹⁷, partendo dal presupposto che sono le stesse parti in causa a

Combating such discrimination is, like individual autonomy, "essential" to our democratic ideals. And we agree with the Dissent that a diversity of faiths and religious exercise, including Appellants', "enriches" our society. Dissent at 44. Yet, a faith that enriches society in one way might also damage society in other ways, particularly when that faith would exclude others from unique goods or services. In short, Appellants' Free Speech and Free Exercise rights are, of course, compelling. But so too is Colorado's interest in protecting its citizens from the harms of discrimination. And Colorado cannot defend that interest while also excepting Appellants from CADA. For these reasons, we affirm the district court's grant of summary judgment in favor of Colorado..." Id. United States Court of Appeals for the Tenth Circuit - 303 Creative llc (2021).

¹⁵ In questo precedente, la Corte Suprema ha ritenuto che i privati cittadini che organizzano una manifestazione pubblica, in ossequio alla libertà di espressione di cui al primo emendamento, non possono essere obbligati dallo Stato a includere gruppi che trasmettono un messaggio che gli organizzatori non vogliono venga presentato attraverso la loro manifestazione, anche se l'intento dello Stato sia proprio quello di prevenire la discriminazione.

¹⁶ Nel caso in oggetto la Corte ha stabilito che un'organizzazione privata, quale appunto la Boy Scouts of America (BSA), può escludere una persona dalla stessa quando la presenza di quella persona influisce in modo significativo sulla capacità del gruppo di farsi portatore di un determinato messaggio. In particolare, il messaggio di cui intendevano farsi portatori i Boy Scouts of America (BSA), era l'idea per la quale l'omosessualità fosse immorale. Ragion per cui, in ossequio della libertà di espressione associativa ricompresa nel primo emendamento, la Suprema Corte ha ritenuto legittima l'esclusione di James Dale avvenuta dopo il suo coming out, nonostante la "public accommodation law" dello stato del New Jersey richiedesse la parità di trattamento degli omosessuali nei "places of public accommodation".

¹⁷ Si intende come tale la comunicazione di idee attraverso parole, parlate o scritte, o attraverso una condotta limitata nella forma a quanto necessario per trasmettere il messaggio. Il Pure Speech è quindi un termine legale

considerarlo come tale nelle argomentazioni offerte¹⁸. Inoltre, dal momento che la creazione di siti web, di fatto, implica l'uso di immagini, parole, simboli e altri modi di espressione utilizzabili in Internet, la stessa è in questo senso equiparabile ad altre “creative expressions” tutelate dal primo emendamento, quali film, dipinti, disegni ed incisioni, o la parola stampata.¹⁹ La Suprema Corte considera quindi la creazione di un sito web per matrimoni, non come un normale prodotto commerciale, ma come un'espressione artistica, implicante la creazione di opere originali e personalizzate sulla base delle esigenze e desideri dei clienti. L'opera viene sì realizzata su misura della clientela, ma su indicazione e collaborazione della designer che pertanto, attraverso la realizzazione del sito web, esprime le sue idee e veicola un messaggio che celebra e promuove anche la sua idea di matrimonio²⁰. La stessa Corte specifica, in tal senso, che sebbene i gusti ed il pensiero della Smith vadano poi a combinarsi con quelli della clientela nel prodotto finale, ciò non esclude la tutela costituzionale ai sensi

statunitense, volto a circoscrivere l'ambito di tutela offerta dal Primo Emendamento, ed è tenuto tradizionalmente distinto dal c.d. “Symbolic Speech” che viene solitamente utilizzato per descrivere azioni che trasmettono in modo mirato e distinguibile un messaggio o un'affermazione particolare a coloro che lo guardano. Tuttavia, più volte la Suprema Corte ha ribadito che non può essere accettata l'idea che ogni condotta possa essere etichettata *labeled speech*, ossia come condotta espressiva, solo perché volta, genericamente, alla comunicazione di un'idea. In questo senso, in *Spence v. Washington* 418 U.S. 405 (1974) ha sviluppato un duplice test per determinare se il “Symbolic speech” fosse idoneo alle protezioni del Primo Emendamento. Secondo il c.d. “Spence’s test”, l'azione deve essere espressiva dell'intento di trasmettere un messaggio particolareggiato e deve esserci una grande probabilità che il messaggio venga compreso da coloro a cui è diretto. Per una più attenta analisi del concetto di “Pure Speech” e “Symbolic Speech”. Cfr. C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione. La Corte Suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino 2011; R.C. Post, *Recuperating First Amendment Doctrine*, in *Stanford Law Review*, 47:1249-1281, (1995) 1270- 1271; S. H. Shiffrin, *The First Amendment, Democracy and Romance*, Cambridge (Massachusetts), Stati Uniti 1990, 31ss.

¹⁸ “Applying these principles to the parties’ stipulated facts, the Court agrees with the Tenth Circuit that the wedding websites Ms. Smith seeks to create qualify as pure speech protected by the First Amendment under this Court’s precedents...” Supreme Court of the United States - 303 Creative Ilc *et al.* v. Elenis *et al.* (2023) Syllabus, cit. 2.

¹⁹ “...All manner of speech—from “pictures, films, paintings, drawings, and engravings,” to “oral utterance and the printed word”—qualify for the First Amendment’s protections; no less can hold true when it comes to speech like Ms. Smith’s conveyed over the Internet...” Supreme Court of the United States - 303 Creative Ilc *et al.* v. Elenis *et al.* (2023), cit. 11. La Suprema Corte accompagna tale affermazione citando una serie di precedenti quali: *Kaplan vs California*, 413 U.S. 115, 119–120 (1973); *Ward vs Rock against racism*, 491 U. S. 781, 790 (1989) (sulla musica come forma di espressione); *Joseph Burstyn, Inc. vs. Wilson*, 343 Stati Uniti 495, 501–502 (1952) (film); *Brown vs. Entertainment Merchants Assn.*, 564 U.S. 786, 790 (2011) (videogiochi).

²⁰ “The Tenth Circuit held that the wedding websites Ms. Smith seeks to create qualify as “pure speech” under this Court’s precedents... We agree. It is a conclusion that flows directly from the parties’ stipulations. They have stipulated that Ms. Smith’s websites promise to contain “images, words, symbols, and other modes of expression.” App. to Pet. for Cert. 181a. They have stipulated that every website will be her “original, customized” creation. Id., at 181a– 182a. And they have stipulated that Ms. Smith will create these websites to communicate ideas—namely, to “celebrate and promote the couple’s wedding and unique love story” and to “celebrat[e] and promot[e]” what Ms. Smith understands to be a true marriage...” Id, 303 Creative Ilc *et al.* v. Elenis cit. 10.

del Primo Emendamento²¹, in quanto non ne compromette l'originalità e unicità, in conformità del principio espresso in *Hurley* (1995)²².

Ciò posto, la Suprema Corte si discosta dalla statuizione del giudice di grado precedente, allorquando arriva a sostenere che quanto imposto dalla legge dello stato del Colorado sia considerabile come una forma di “compelled speech”²³, e dunque come una inammissibile compressione della libertà di espressione così come tutelata dal primo emendamento, in conformità dei precedenti *Hurley*, *Dale* e *Barnette*²⁴. Il primo emendamento quindi non consente allo Stato del Colorado di obbligare, attraverso la tagliola di un apparato sanzionatorio, *mrs. Smith* a creare un'opera che si faccia espressione di ideali, di fatto, contrari alle proprie convinzioni ideologiche/religiose. Un approccio diverso consentirebbe infatti ai governi di costringere tutti gli artisti, o comunque tutti coloro i quali erogano servizi che implicino l'uso della parola, ad affermare ideali che sebbene ritenuti legittimi dallo Stato stesso, non vengono da questi condivisi.

In conclusione, la Suprema Corte riconosce che i governi abbiano un interesse impellente nell'eliminare la discriminazione nei c.d. “public accommodation places”²⁵ e quindi a garantire la parità di accesso a beni e servizi disponibili al pubblico soprattutto in relazione a

²¹ “...Of course, *Ms. Smith's* speech may combine with the couple's in the final product. But for purposes of the First Amendment that changes nothing. An individual “does not forfeit constitutional protection simply by combining multifarious voices” in a single communication. *Hurley*, 515 U. S., at 569...” *Id.* cit. 11.

²² “...As the parties have described it, *Ms. Smith* intends to “ve[t]” each prospective project to determine whether it is one she is willing to endorse. *Id.*, at 185a. She will consult with clients to discuss “their unique stories as source material.” *Id.*, at 186a. And she will produce a final story for each couple using her own words and her own “original artwork.” *Id.*, at 182a–183a...” *Id.*, cit. 11.

²³ La Suprema Corte ha sviluppato la dottrina del c.d. “compelled speech” (letteralmente “discorso forzato”) nel già citato precedente *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1964). In questo frangente sancisce il principio per il quale il governo non può costringere un individuo o un gruppo ad esprimere, con la parola o con i gesti, un determinato pensiero o ideale. Pertanto, il Primo Emendamento non solo limita il governo nel censurare e punire una persona per i suoi discorsi, ma impedisce anche allo stesso di punire una persona per essersi rifiutata di articolare, sostenere o aderire ai messaggi approvati dal governo stesso. Nel caso di specie, secondo la Corte, lo stato del West Virginia non poteva costringere i bambini di una scuola pubblica, *Testimoni di Geova*, a salutare la bandiera statunitense e a recitare il giuramento di fedeltà, in quanto la propria religione proibiva loro di salutare o impegnarsi verso simboli, compresi i simboli delle istituzioni politiche. Per una più diffusa trattazione in riferimento alla dottrina del “compelled speech”, si v. A. Larry, *Compelled Speech. Constitutional Commentary*, in *San Diego Legal Studies Paper* (2016) 7-51. Ovvero, D.L. Hudson *Compelled Speech*, in *firstamendment.mtsu.edu* 31 (2023).

²⁴ “...We part ways with the Tenth Circuit only when it comes to the legal conclusions that follow. While that court thought Colorado could compel speech from *Ms. Smith* consistent with the Constitution, our First Amendment precedents laid out above teach otherwise...” Tanto basta per sancire che: “...Under our precedents, that “is enough,” more than enough, to represent an impermissible abridgment of the First Amendment's right to speak freely.” Supreme Court of the United States 303 *Creative llc et al. v. Elenis* (2023), cit. 11.

²⁵ “In saying this much, we do not question the vital role public accommodations laws play in realizing the civil rights of all Americans. This Court has recognized that governments in this country have a “compelling interest” in eliminating discrimination in places of public accommodation...” *Id.*, Supreme Court of the United States 303 *Creative llc et al. v. Elenis*, cit. 12.

servizi unici e personalizzati, quali quelli offerti dalla Smith. Ciò, tuttavia, non giustifica il poter costringere un'azienda, o un professionista che eroga questo tipo di servizi, a creare un'opera che si faccia portatrice di un messaggio contrario ai propri valori e ideali, dal momento che “...the First Amendment’s protections belong to all, not just to speakers whose motives the government finds worthy.”²⁶.

Su queste basi, qualora mrs. Smith avesse reso pubblico sul proprio sito il rifiuto, per motivi di coscienza, di fornire i servizi di web-design per la creazione di siti per matrimoni omosessuali, lo stato del Colorado non avrebbe potuto sanzionarla applicando il CADA.

4. - La “dissenting opinion” del giudice Sotomayor.

La pronuncia in analisi è accompagnata da una corposa “dissenting opinion” redatta dal giudice Sotomayor e sottoscritta dai giudici liberali Kagan e Jackson. Qui la minoranza esordisce menzionando la *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm’n*, 584 U. S. (2018), nella quale, solo cinque anni prima, la Suprema Corte si è pronunciata sui medesimi temi.

Al fine di confutare la posizione della maggioranza, il parere dissenziente offre un’analisi approfondita dell’evoluzione delle “public accommodations laws” sottolineando come esse siano state ampliate nel tempo nel loro raggio di tutela, al fine di includere nuove categorie di persone (compresa la categoria LGBT) e, dunque, ulteriori fattori di discriminazione e garantire la parità di accesso a beni e servizi venduti al pubblico, assicurando la pari dignità nel mercato comune.²⁷

Dunque, abbracciando per certi versi le argomentazioni offerte dallo stato del Colorado, le “public accommodations laws”, secondo l’opinione di minoranza, non obbligano chiunque voglia avviare un’impresa, o offrire al pubblico i suoi beni o servizi, ad esprimere un determinato pensiero. In altre parole, il CADA non seleziona uno specifico messaggio obbligando i cittadini a dividerlo e a sostenerlo, ma si limita a proibire una determinata

²⁶ Supreme Court of the United States - *303 Creative llc et al. v. Elenis et al.* (2023), Syllabus, cit. 6.

²⁷ “...Not only have public accommodations laws expanded to recognize more forms of unjust discrimination, such as discrimination based on race, sex, and disability, such laws have also expanded to include more goods and services as “public accommodations.” What began with common inns, carriers, and smiths has grown to include restaurants, bars, movie theaters, sports arenas, retail stores, salons, gyms, hospitals, funeral homes, and transportation networks. ...Today, laws like Colorado’s cover any place of business engaged in any sales to the public and any place offering services to the public. Colo. Rev. Stat. §24–34–601. This broader scope, though more inclusive than earlier state public accommodations laws, is in keeping with the fundamental principle—rooted in the common law, but alive and blossoming in statutory law—that the duty to serve without unjust discrimination is owed to everyone, and it extends to any business that holds itself out as ready to serve the public.” *303 Creative llc, et al., Petitioners v. Aubrey Elenis, et al.* (2023), *Sotomayor’s dissenting*, cit. 2.

forma di condotta commerciale. Dunque, la Corte, sostengono i dissenzienti, giunge alla risposta sbagliata in questo caso perché si pone le domande sbagliate. Di conseguenza, nel pronunciarsi a favore della ricorrente, la maggioranza avrebbe riconosciuto una vera e propria “licenza di discriminare”²⁸, perché ha, di fatto, dichiarato costituzionalmente legittimo il rifiuto, per particolari tipologie di attività commerciali offerte in luoghi aperti al pubblico, di erogare taluni servizi ad una classe protetta. Ed anzi, l’effetto immediato e simbolico della decisione sarebbe stato proprio quello di declassare la categoria LGBT, infliggendo in questo modo un danno stigmatico alla democrazia statunitense²⁹.

5. - Note critiche alla luce di Masterpiece Cakeshop.

Sulla scorta di quanto sopra esposto, è inevitabile ipotizzare l’esistenza di una sorta di “fil rouge” che lega la sentenza in commento con la Masterpiece Cakeshop (2018)³⁰. Questa è, tra l’altro, più volte richiamata sia nelle argomentazioni delle parti che all’interno delle varie pronunce (oltre che nella “dissenting opinion” del giudice Sotomayor) e, per questo, è

²⁸ “...The Supreme Court of the United States declares that a particular kind of business, though open to the public, has a constitutional right to refuse to serve members of a protected class. The Court does so for the first time in its history. By issuing this new license to discriminate in a case brought by a company that seeks to deny same-sex couples the full and equal enjoyment of its services, the immediate, symbolic effect of the decision is to mark gays and lesbians for second-class status.” Id, *dissenting*, cit.35.

²⁹ “...In this way, the decision itself inflicts a kind of stigmatic harm, on top of any harm caused by denials of service...” Id, *dissenting*, cit.2.

³⁰ Volendo accennare brevemente ai fatti di causa, la controversia sottesa alla Masterpiece Cakeshop (2018) era sorta nel 2012 in Colorado a seguito del rifiuto di Jack Phillips, proprietario della Masterpiece Cakeshop Ltd., di confezionare una torta richiesta da due clienti omosessuali per festeggiare il loro matrimonio manifestando la sua contrarietà, per motivi religiosi, a questo tipo di unione, sebbene si fosse dichiarato pronto a vendere loro altri prodotti, come ad esempio la “birthday cake”. Di fronte a tale diniego, i due clienti si rivolgono così alla Commissione dei diritti civili del Colorado per denunciare la violazione del Colorado’s Antidiscrimination Act (CADA). Tanto la Commissione quanto la Corte d’Appello del Colorado successivamente adita sono giunti alla medesima conclusione, pronunciandosi a favore della coppia, ritenendo che la condotta di Phillips integrasse una fattispecie discriminatoria e come tale meritevole di condanna. Ribaltando le sentenze dei gradi precedenti, la Suprema Corte si pronunzia infine col voto di sette giudici contro due a favore del pasticcere, senza però prendere formale posizione nel merito della controversia, evitato cioè di approfondire le dinamiche costituzionali relative all’applicazione della “free speech clause”, limitandosi per lo più a censurare l’operato della Commissione, di cui viene messa in dubbio la correttezza e l’imparzialità nel giudizio espresso sulla vicenda, essendo 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 (per un approfondito commento della sentenza in oggetto si rimanda a A. Licastro, *The icing on the cake. Alla ricerca del giusto equilibrio tra libertà del pasticcere e divieto di discriminazione delle coppie omosessuali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), 4 luglio 2022. Cfr. altresì 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* (www.statoechiese.it), 10 ottobre 2018 e S. Ninatti, *La libertà di coscienza del pasticcere americano e il principio di non discriminazione. Masterpiece Cakeshop, Ltd v. Colorado Civil Rights Commission*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose* (www.olir.it) 3 (2018).

considerata da una parte della dottrina statunitense come sua naturale prosecuzione.³¹ Quanto affermato è, in effetti, evidente se si considera che entrambi i casi sottopongono al vaglio della Suprema Corte la legittimità costituzionale del Colorado's Antidiscrimination Act (CADA) nei termini in cui questa disciplina gli obblighi degli operatori di mercato che svolgano attività di vendita o offrano servizi in luoghi aperti al pubblico.

In ambo i casi, i ricorrenti pongono, di fatto, la medesima domanda, ovverosia se le leggi antidiscriminatorie di uno stato americano, possano richiedere ai designers (cake designer e web designer) di creare opere che riconoscano i matrimoni tra persone dello stesso sesso, (o più in generale, i diritti della categoria LGBT) allorquando il matrimonio tra persone dello stesso sesso è in conflitto con le convinzioni ideologico/religiose di quei professionisti.

In entrambe, quindi, si manifesta "...un conflitto di coscienza professionale di chi nutra una convinzione religiosa, o di altro tipo, contraria ad ammettere la "liceità morale" (non essendo ormai in discussione la liceità e, anzi, la piena legittimità "giuridica") di tali forme di unione, una forma di obiezione che tocca inevitabilmente anche la libertà di espressione."³²

Entrambe le libertà infatti, sebbene si sviluppino in modo indipendente l'una dall'altra, possono anche porsi in modo congiunto laddove il credo religioso incida su comportamenti riconducibili alla sfera di forme espressive tutelate dalla "free speech clause" di cui al primo emendamento. Difatti, tanto il pasticciere Phillips, quanto Mrs. Smith, per sottrarsi all'obbligo di fornire il servizio richiesto, invocano il loro diritto, costituzionalmente garantito, di non essere costretti ad esternare un pensiero, per di più contrario alle proprie convinzioni religiose, al fine di consentire l'incondizionato godimento del bene o del servizio richiesto dal cliente. Anche se, va specificato, il caso della designer sottopone alla Suprema Corte una controversia puramente ipotetica, dal momento che la Smith promuove l' "injunction" solo in via preventiva, non avendo, in concreto, ricevuto alcuna richiesta per la creazione di un sito web da parte di coppie omosessuali.

Secondo quanto appena esposto, dunque, appare evidente che la libertà religiosa e la libertà di espressione siano le due coordinate attorno a cui si strutturano ambedue i casi. In effetti, come si è già accennato, sia in *303 Creative v. Elenis* che in *Masterpiece Cake*, vengono chiamate in causa tanto la dottrina del "compelled speech" connessa alla "free speech

³¹ Del resto, lo stesso tribunale distrettuale ha atteso l'esito del caso *Masterpiece Cakeshop* del 2018 prima di pronunciarsi nel merito. Ad ogni modo, per un'attenta analisi del dibattito statunitense circa la continuità o frattura tra le due sentenze, innescato prima della pronuncia in oggetto Cfr. M. Satta, "03 *Creative v. Elenis: Masterpiece Cakeshop 2.0?*" in *canopyforum.org*, 27 luglio 2022.

³² Licastro, *The icing on the cake*, cit. 97.

clause”³³ quanto il tradizionale diritto alla libertà religiosa, ampiamente tutelato dalla “free exercise clause”³⁴, ambedue riconducibili al Primo emendamento della Costituzione statunitense.³⁵

Nonostante queste evidenti connessioni, la Masterpiece Cakeshop e la 303 Creative, presentano altrettante evidenti differenze essendo diverso il modo in cui la Corte Suprema affronta le questioni sottoposte a vaglio, così come diversa è stata poi la soluzione offerta³⁶.

La prima differenza tangibile, come si diceva, sta nell’approccio della Suprema Corte nei confronti delle problematiche trattate. Ciò è facilmente ravvisabile nel fatto che in 303 Creative LLC la Corte non si esprime espressamente (né nel parere di maggioranza, né nella “dissenting opinion” di Sotomayor) sulla problematica religiosa, pur essendo la stessa motivo cardine delle doglianze dalla ricorrente, pronunciandosi, viceversa, solo sul diritto alla libertà di espressione di Mrs. Smith.

Approccio diverso si ha invece in Masterpiece Cakeshop. Qui, il giudice Kennedy, autore del parere di maggioranza, pur individuando le due matrici attorno a cui si sviluppa il rifiuto del pasticciere, preferisce concentrarsi esclusivamente sulle problematiche religiose del caso, sottolineando come l’aspetto della libertà di espressione sia di difficile risoluzione dal momento che le parti non sono d’accordo sulla portata del rifiuto del pasticciere di fornire il

³³ Sulla dottrina del “Compelled Speech” connessa alla “Free Speech Clause” si rimanda a quanto riportato in nota a pag. 9 del presente lavoro (cfr. C. Caruso, *Teoria e “ideologia” della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech*, in *forumcostituzionale.it*, 27 ottobre 2017).

³⁴ Circa la “free exercise clause” di cui al Primo emendamento, va precisato che questa tradizionalmente consente agli americani di mantenere, praticare e cambiare liberamente le proprie convinzioni religiose vietando l’interferenza del governo rispetto a tali ambiti (Per una più attenta ricostruzione cfr. D. Laycock, *Religious Liberty: The Free Exercise Clause*, Vol. II, Michigan 2011; G. D’Angelo, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L’esperienza statunitense*, Torino 2015; S. Smith, *The Rise and Decline of American Religious Freedom*, Cambridge 2014; J. Witte, J. Nichols, *Religion and the American Constitutional Experiment*, Philadelphia 2011. Con specifico riferimento al rapporto tra libertà religiosa e “public accommodation law”, si v. A. Walsh, *Religious Liberty and Public Accommodation Laws: Constitutional Rights Versus Statutory Obligations* New York 2021.

³⁵ Cfr. Vanoni, *It is (not) a piece of cake*, 2018.

³⁶ Come si è visto infatti in Masterpiece Cake, la Suprema Corte adotta una soluzione di natura per lo più “procedimentale”, dal momento che viene principalmente censurato l’operato della Commissione, di cui viene messa in dubbio la correttezza e l’imparzialità nel giudizio espresso sulla vicenda. La Corte sceglie quindi di risolvere il caso su un “narrow ground”, preferendo evitare di affrontare e pronunciarsi sul tema più rilevante e difficile (quello del bilanciamento tra effetti delle leggi antidiscriminazione e tutela delle libertà di espressione e di religione), concentrando la propria attenzione sul riscontrato atteggiamento di aperta ostilità da parte dei componenti della Colorado Civil Rights Commission nei confronti delle opinioni religiose di Phillips (in questi termini G. Portonera, *La torta della discordia: la mancata soluzione al conflitto tra leggi antidiscriminazione e libertà di espressione e di religione nella sentenza Masterpiece Cakeshop*, in *medialaws* (www.medialaws.eu), 24 ottobre 2018).

servizio³⁷. Nonostante ciò, sette giudici su nove, nelle rispettive “concurring” e “dissenting opinion” che accompagnano la pronuncia, hanno, più o meno direttamente, provato a fornire una risposta al quesito costituzionale sul conflitto tra la libertà di espressione e di coscienza e le politiche antidiscriminatorie. “Opinions” che, tra l’altro, se lette congiuntamente, portano a galla la tradizionale divergenza interpretativa (che riflette un divario politico e, quindi, ideologico) esistente tra l’anima conservatrice e quella liberale della Corte. Mentre, infatti, i giudici liberali suggeriscono che non si sia in presenza di ragioni sufficientemente solide per sostenere la violazione della libertà di espressione, i giudici conservatori (Gorsuch, Alito e Thomas), nelle loro opinioni, sono di tutt’altro avviso. Questi, infatti, tentano di ricomprendere l’espresso rifiuto del pasticciere all’interno della tutela costituzionale offerta dalla “free speech clause” sostenendo che la prestazione richieda un intervento “creativo” da parte dell’esercente, finalizzato a confezionare un prodotto unico o particolare.³⁸

Invero, considerata sotto questa prospettiva, l’opinione dei giudici di maggioranza relativa alla “free speech clause”, può considerarsi ripresa, ed anzi rafforzata nella 303 Creative LLC³⁹, che letta in questi termini potrebbe astrattamente porsi come una naturale prosecuzione della Masterpiece Cake.

Nonostante ciò, come si accennava, la Suprema Corte, nel caso in commento, non si pronuncia affatto sulla “free exercise clause” e quindi sulla lamentata compressione della libertà religiosa, rimarcando in questo senso una chiara differenza con il precedente giudiziario. Questo evidenzia una grave omissione da parte della Corte, dal momento che proprio come il pasticciere Phillips in Masterpiece Cakeshop, Mrs Smith ha contestato l’Anti-Discrimination Act del Colorado perché le imponeva di condurre i suoi affari in un modo che fosse in conflitto

³⁷ “...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.” Masterpiece Cakeshop, Ltd., Et Al. V. Colorado Civil Rights Commission Et Al. (2023), cit. 4.

³⁸ In particolare, è da tenere in considerazione ai fini del nostro discorso, l’opinione del giudice Thomas (condivisa anche da Gorsuch), che approfondisce la applicabilità “free speech clause” riconoscendo alla condotta del pasticciere Philips lo status di “expressive conduct” rientrante nel concetto di Free Speech, dal momento che essa può essere descritta come una attività artistica a motivo della cura particolare esercitata nel disegnare, progettare, scolpire e produrre le torte. A suo dire, il marchio della società (Masterpiece Cakeshop), così come lo slogan scelto per pubblicizzarla (“If you can think it up, Jack can make it into a cake!”), definiscono infatti in modo chiaro l’originalità dell’attività di Philips, che non risiede tanto nella sua abilità di cucinare torte, piuttosto, ma quanto piuttosto in quella di custom designer. Lo stesso Phillips infatti si definisce un “cake-artist”.

³⁹ Quanto affermato è inevitabile conseguenza del significativo mutamento della composizione della Corte Suprema rispetto a cinque anni fa, dal momento che il governo Trump ha avuto la possibilità di nominare ben tre nuovi giudici (Gorsuch, Kavanaugh e Barrett), rafforzando così la maggioranza conservatrice, alterando di fatto gli equilibri interni (per una più attenta ricostruzione si v. P. Annicchino, *Diritto e religione nell’era Trump. La destra religiosa statunitense tra populismo e Corte Suprema*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 2 (2028) 391-402).

con le sue convinzioni religiose, ed è proprio questo conflitto che pone inevitabilmente un problema di tutela della libertà religiosa.

Che il caso in analisi presenti un evidente sfondo religioso lo dimostrano invero anche le numerose memorie *amicus curie*, che proprio le organizzazioni religiose hanno presentato a sostegno del diritto della signora Smith di rifiutare il servizio⁴⁰, oltre alle prime opinioni manifestate nel dibattito statunitense che arrivano a considerare la 303 Creative come una vittoria per la tutela della libertà religiosa, oltre che di espressione, pur specificando che la tutela della prima non debba in alcun modo essere una scusa per discriminare le persone in base al loro orientamento sessuale, chiarendo, che nelle situazioni in cui sono coinvolte la parola e l'espressione creativa, è necessario trovare un delicato equilibrio tra le leggi antidiscriminazione e i diritti del Primo Emendamento.⁴¹

L'inevitabile messa a confronto della sentenza in commento con la Masterpiece Cakeshop (2018), a cui si è fatto cenno, è utile invero ad evidenziare le criticità. La controversia in esame pur presentandosi, infatti, come un caso di libertà di coscienza motivata da convincimenti religiosi, viene trattato e deciso come un "public accommodation case" nel quale la Suprema Corte individua un'eccezione alla "public accommodation clause" contenuta nel CADA, in nome della "free speech clause".

In verità, come lo stesso Gorsuch lascia intendere nella sua argomentazione, la questione di cosa si qualifica come attività espressiva protetta dal Primo Emendamento è rimasta aperta poiché non è stato ritenuto necessario definirla ai fini di questo caso. Pertanto, anche la sentenza in commento ha rappresentato, al pari della Masterpiece Cake (2018), un'occasione mancata⁴² per affrontare e risolvere il tema del conflitto tra leggi antidiscriminazione e libertà tutelate dal "First Amendment", lasciando ancora una volta privi di risposta tutti gli interrogativi complessi che toccano il rapporto tra la libertà religiosa e le "accommodation clauses" o, più in generale, i limiti e le caratteristiche della "free exercise clause" e della "free speech clause" singolarmente intese o tra loro interconnesse.

⁴⁰ Tra le varie, meritano menzione quella presentata dalla Coalizione ebraica per la libertà religiosa, dall'Associazione nazionale degli evangelici e dalla Conferenza dei vescovi cattolici degli Stati Uniti.

⁴¹ In questi termini J. Carter, *Supreme Court Issues Ruling Protecting Religious Free Speech '303 Creative v. Elenis' Ruling Upholds Religious Liberty and Free Speech*, in thegospelcoalition.org, 30 giugno 2023.

⁴² Si richiama ancora il punto di vista relativo alla Masterpiece Cakeshop di Vanoni, dove lo stesso definisce la sentenza in commento, per le stesse ragioni, come un'occasione mancata, poiché "...sebbene il giudice Kennedy abbia aperto la sua opinione esplicitando le due coordinate attorno a cui si sviluppa il rifiuto di Philips, egli ha poi preferito concentrarsi esclusivamente sulle problematiche religiose del caso." (Vanoni, *"It is (not) a piece of cake"*, cit. 10.)