

Is the proof (of speech freedom) in the cake? Forme e limiti della libertà di espressione nella recente giurisprudenza statunitense e britannica

di Daniele Camoni

Abstract: Is the proof (of speech freedom) in the cake? Shapes and limits of freedom of expression in recent American and British Supreme Court judgements – The present essay aims to analyze two recent judgements of the United States and United Kingdom Supreme Courts referring to “symbolic speech”. In particular, both deal with the (possible) clash of rights of protection of homosexuals against discrimination and those of freedom of expression (and religion) of people who interact with them and disapprove homosexuality and related conducts. After a brief description of these cases and the judicial solutions adopted, some critical reflections will be drawn about the extension of the constitutional principle of freedom of expression and the slippery slope of an excessive (and perhaps discriminating) enlargement of it.

1069

Keywords: US Supreme Court; UK Supreme Court; Freedom of expression; Symbolic speech; Non-discrimination principle.

1. Premessa introduttiva

Con due sentenze succedutesi a breve distanza l'una dall'altra¹, prima la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America e poi la United Kingdom Supreme Court hanno avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità della decisione di due diverse pasticcerie – *Masterpiece Cakeshop* nel caso statunitense², *Ashers Baking Company* in quello britannico³ – di rifiutare, per ragioni etico-religiose, la vendita di propri prodotti a persone omosessuali, desiderose di celebrare la loro unione (nel primo caso) e sostenere il matrimonio tra persone dello stesso sesso (nel secondo) attraverso la consumazione di una torta.

Anticipando fin da subito come si tratti di controversie che non paiono sovrapponibili, né dal punto di vista fattuale né, soprattutto, sul piano delle

¹ Rispettivamente pronunciate il 4 giugno 2018 e il 10 ottobre 2018. Come ricordato dalla Corte Suprema britannica nel relativo *Postscript*, §59, «after the hearing in this case [1 e 2 maggio 2018], while this judgment was being prepared, the Supreme Court of the United States handed down judgment in *Masterpiece Cakeshop Ltd v. Colorado Civil Rights Commission* (unreported) 4 June 2018».

² Cfr. U.S. Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. ____ (2018).

³ Cfr. U.K. Supreme Court, *Lee (Respondent) v. Ashers Baking Company Ltd. and others (Appellants) (Northern Ireland)*, [2018] UKSC 49.

soluzioni interpretative adottate, particolare attenzione verrà innanzitutto dedicata alla ricostruzione delle circostanze che hanno portato i ricorrenti a domandare tutela giurisdizionale.

In secondo luogo, un'analisi dettagliata sarà sviluppata a proposito delle decisioni adottate dalle Supreme Corti statunitense e britannica, con un privilegiato occhio di riguardo – alla luce delle più ampie ed approfondite suggestioni coinvolte – in favore delle *concurring* e *dissenting opinions* pronunciate nel caso *Masterpiece Cakeshop*.

Infine, si ragionerà sulle differenti opzioni teoriche prospettate, cercando di comprendere quali siano – e quali potrebbero prossimamente essere – i confini della libertà di manifestazione del pensiero⁴, soprattutto negli Stati Uniti, in stretta relazione al sempre più ampio e diffuso riconoscimento (legislativo e giurisprudenziale) dei diritti di libertà e protezione delle minoranze sociali, considerando quale parametro di riferimento il collettivo rappresentato dalle persone omosessuali.

1070

2. Il caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti: una soluzione di (provvisorio) compromesso?

Nel 2012, Charlie Craig e Dave Mullins, coppia omosessuale di Denver in procinto di contrarre matrimonio, si recarono presso la pasticceria *Masterpiece Cakeshop*, sita nella località di Lakewood (Colorado)⁵ e gestita dal sig. Jack Phillips, incaricandogli la produzione di una torta che avrebbero poi consumato durante la celebrazione della loro cerimonia nuziale.

Questi, tuttavia, declinò la richiesta, evidenziando come la sua profonda fede religiosa gli impedisse di procedere in coscienza alla creazione di un dolce “idoneo” a celebrare un matrimonio tra persone dello stesso sesso.

⁴ Per una ricostruzione storico-giurisprudenziale del suddetto principio nell'ordinamento statunitense si vedano, nella dottrina italiana, G. Bognetti, *La libertà di espressione nella giurisprudenza nord-americana. Contributo allo studio dei processi dell'interpretazione giuridica*, Milano, 1958 e, di recente, C. Caruso, *Teoria e “ideologia” della libertà di espressione. La giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulla freedom of speech*, in www.forumcostituzionale.it, 27 ottobre 2013. In quella statunitense cfr., *ex pluribus*, D. Yassky, *Eras of the First Amendment*, in 91(7) *Columbia Law Review*, 1699 (Nov. 1991) e R. Post., *Recuperating First Amendment Doctrine*, in 49 *Stanford Law Review*, 1249 (1995). Con riferimento alla specifica declinazione del *symbolic speech*, cfr. E. Stradella, *I limiti all'espressione politico-simbolica nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, in Id., *La libertà di espressione politico-simbolica e i suoi limiti: tra teorie e “prassi”*, Torino, 2008, 271 ss. e E. Volokh, *Symbolic Expression and the Original Meaning of the First Amendment*, in 97 *The Georgetown Law Journal*, 1057 (2008-2009).

⁵ Va evidenziato che, non essendo all'epoca ivi ancora legale il matrimonio tra persone dello stesso sesso (bisognerà attendere United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, *Kitchen v. Herbert*, 755 F.3d 1193, 10th Cir. 2014), né ancora stato riconosciuto quale diritto costituzionale – come, invece, accadrà con la storica pronuncia della Corte Suprema *Obergefell v. Hodges* del giugno 2015 – i sigg.ri Craig e Mullins avevano deciso di sposarsi in Massachusetts, primo stato della Federazione a riconoscere nel 2004, per via pretoria – cfr. Massachusetts Supreme Judicial Court, *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003) – detta tipologia di unioni matrimoniali.

I due nubendi proposero allora ricorso davanti al corrispondente organo giurisdizionale (*Administrative Law Judge*), allegando una violazione del *Colorado Anti-Discrimination Act* (d'ora in avanti, CADA)⁶ per essere stati discriminati dal gestore del *Masterpiece Cakeshop* in ragione del loro orientamento sessuale.

Il giudice amministrativo emise una pronuncia favorevole ai ricorrenti, riconoscendo l'esistenza di una condotta illegittima da parte del sig. Phillips, in quanto determinata non da un'avversione nei confronti delle sole unioni matrimoniali tra persone dello stesso sesso (intese come atto/comportamento), bensì da un pregiudizio personale – giuridicamente intollerabile – a carico di due individui omosessuali in quanto tali⁷.

A sua volta, il sig. Phillips impugnò detto provvedimento⁸ prima davanti alla *Colorado Civil Rights Commission* e, successivamente, presso la Corte d'Appello statale⁹.

Vistososi rigettare entrambi i ricorsi, questi formulò *petition of writ of certiorari* dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti, lamentando sia una violazione del suo diritto alla libertà di espressione (*Free Speech Clause*), sia una lesione della manifestazione del proprio sentimento religioso (*Free Exercise Clause*)¹⁰.

La Corte ritenne la richiesta formalmente ammissibile, aprendo pertanto le sue porte alla discussione e giudizio del relativo caso¹¹.

⁶ In particolare, ai sensi del *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 [...] sexual orientation [...] the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, or accommodations of a place of public accommodation». Sotto un profilo storico, inoltre, già nel 1895 *Colo. Sess. Laws ch. 61, 139* era previsto che «all persons shall be entitled to the equal enjoyment of places of public accommodation and amusement».

⁷ Cfr. *App. to Pet. for Cert. 68a–72a*. Sulla (possibile) scissione tra condizione personale soggettiva e condotta ad essa in qualche modo riconducibile, cfr. più ampiamente *infra*, §6.

⁸ Nel dettaglio, la disciplina procedimentale prevista dal CADA dispone che eventuali segnalazioni di sue violazioni vadano preliminarmente indirizzate alla *Colorado Civil Rights Division* la quale, ove ritenga che esistano non infondati dubbi circa l'esistenza dei suddetti comportamenti, deferirà la questione alla *Colorado Civil Rights Commission*. Quest'ultima, a sua volta, può decidere di rimettere la controversia di fronte ad un *Administrative Law Judge (ALJ)*, la cui decisione potrà essere impugnata prima avanti la Commissione stessa e, successivamente, dinanzi alla Corte d'Appello statale.

⁹ Cfr. Colorado Court of Appeals, *Craig v. Masterpiece Cakeshop Inc.*, 370 P.3d 272 (Co. Ct. App. 2015).

¹⁰ Per una lettura a tutto tondo della recente giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *Free Exercise Clause* (intesa quale declinazione della più generale libertà religiosa), cfr. M.O. DeGirolami, *La "contrazione" costituzionale: la Corte Roberts e il diritto di libertà religiosa*, in P. Annicchino (Ed), *La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti d'America*, Firenze, 2017, 16 ss.

¹¹ Nel sistema giurisdizionale americano, la possibilità di impugnare provvedimenti giudiziari dinanzi alla Corte Suprema è soggetta ad una sua previa valutazione discrezionale (oltre che spesso immotivata). Infatti, in forza del *Judiciary Act* del 1925 e, soprattutto, del *Supreme Court Case Selections Act* del 1988, i provvedimenti definitivi o resi da una Corte statale di ultima istanza possono essere impugnati avanti l'organo di vertice federale in limitate ipotesi: o tramite *appeal* nei casi «heard and determined by a district court of three judges» (§1253 SCCSA) o per mezzo di *certiorari*, qualora vengano in gioco questioni di legittimità costituzionale o la legge statale contrasti con la superiore normativa federale (§1257); inoltre, ai sensi della *Rule 10* delle *Rules of the Supreme Court of the United States*, «review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion». Ne deriva che l'ammissibilità

Come ricordato fin dall'inizio nella *opinion of the Court*, la citata controversia rappresenta un tradizionale, quanto difficile, banco di prova in ordine alla necessità di bilanciare due principî costituzionali, entrambi bisognosi di eguale (ed equilibrata) protezione.

Da un lato, è possibile identificare la «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»¹² (principio di non discriminazione ed eguale trattamento, “costituzionalizzato” a partire dal giugno 2015 con *Obergefell*).

Dall'altro, si colloca il diritto «of all persons to exercise fundamental freedoms under the First Amendment [freedom of speech and the free exercise of religion], as applied to the States through the Fourteenth Amendment [Equal Protection Clause]»¹³.

Ciononostante, è doveroso evidenziare che, dalla pronuncia in esame, non sembra emergere una decisione “di merito” che, in quanto tale, sciogla gli intricati nodi del conflitto tra posizioni soggettive contrapposte¹⁴.

Alcun bilanciamento – almeno espresso – viene, infatti, realizzato tra il diritto delle coppie omosessuali a non essere discriminate e le (confliggenti) libertà di espressione e manifestazione della fede religiosa di coloro che non ne condividono le rivendicazioni sociali e giuridiche.

Allo stesso modo, nessuna risposta diretta è fornita alla cruciale questione sottesa alla descritta controversia, ovvero se esista o meno discriminazione nel rifiuto del gestore del *Masterpiece Cakeshop* di produrre una torta per una coppia omosessuale e diretta ad assumere protagonismo durante la celebrazione del loro matrimonio¹⁵.

formale di detti ricorsi è veramente eccezionale: nel 2016, ad esempio (cfr. *Supreme Court Journal*, October 2016, reperibile in www.supremecourt.gov/orders/jnl16.pdf) sono stati ammessi solo 69 *writs of certiorari* a fronte di 6305 richieste (poco più dell'uno per cento del totale); nel 2017, il numero di *certiorari* concessi è stato pari a 57 a fronte di un numero di *petitions* sostanzialmente equivalente.

¹² U.S. Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop*, cit., 1-2.

¹³ *Ibid.* Un'utile ricostruzione dei delicati rapporti tra i suddetti principî, anche alla luce del caso di specie, può essere letta in 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 www.statoechiese.it, 29, 2018, 3-10.

¹⁴ In tal senso (nonché per una complessiva lettura critica della sentenza, qualificata in termini di *judicial minimalism*), cfr. A. Sperti, *Libertà religiosa e divieto di discriminazione: la Corte Suprema decide a favore del pasticciere “obiettore”*, in www.articolo29.it, 7 giugno 2018.

¹⁵ Sulla ritenuta portata “estensiva” della pronuncia, si vedano le antitetiche interpretazioni di R. Post., *What About the Free Speech Clause Issue in Masterpiece?*, in www.takecareblog.com, 13 giugno 2018, per il quale «the Court's decision is deliberately narrow. It sets aside the Commission's conclusion on the ground that the Commission's decision-making process was tainted by hostility to religion» e D. NeJaime-R. Siegel, *Religious Exemptions and Antidiscrimination Law in Masterpiece Cakeshop*, in *The Yale Law Journal Forum*, 14 settembre 2018, 221, i quali invece affermano che «the Court's reasoning in Masterpiece Cakeshop extends well beyond concern with the risk of bias in the adjudication of exemption claims. The Court's approach to religious exemptions in Masterpiece Cakeshop has important implications for litigation and disputes over legislation concerning LGBT and reproductive rights».

Anzi, in diversi passaggi la Corte parrebbe quasi suggerire il contrario ove, ad esempio, afferma che «[i]t is a general rule that [religious and philosophical] objections do not allow business owners and other actors in the economy and in society to deny protected persons equal access to goods and services under a neutral and generally applicable public accommodations law»¹⁶, poiché «Colorado law can protect gay persons, just as it can protect other classes of individuals, in acquiring whatever products and services they choose on the same terms and conditions as are offered to other members of the public»¹⁷.

In proposito, si veda anche il parallelismo ivi tracciato con l'ipotesi di un ministro di culto che rifiuti di celebrare un matrimonio tra due persone dello stesso sesso: se, in quella circostanza, siffatto comportamento è stato pacificamente incluso nel pieno esercizio della libertà religiosa, al contrario, «if that exception were not confined, then a long list of persons who provide goods and services for marriages and weddings might refuse to do so for gay persons, thus resulting in a community-wide stigma inconsistent with the history and dynamics of civil rights laws that ensure equal access to goods, services, and public accommodations»¹⁸.

In sintesi, detta sentenza presenta un marcato carattere “compromissorio”, laddove l’oggetto del *writ of certiorari*¹⁹ è stato pretermesso, in modo astuto, in favore di una soluzione procedurale che ha annullato la decisione adottata dalla *Colorado Civil Rights Commission* (confermata in sede d’appello) unicamente in ragione dell’ostilità e carenza di imparzialità da questa mostrate nei confronti del sig. Phillips, senza tuttavia risolvere la questione del bilanciamento tra diritti fondamentali.

Nel dettaglio, a quest’ultimo era stato contestato dalla Commissione di aver invocato in termini pretestuosi le proprie convinzioni religiose a proposito del pubblico esercizio di una attività commerciale e di non essere stato in grado di mettere le medesime in disparte nello svolgimento della stessa²⁰.

Inoltre, i supremi giudici hanno evidenziato il disprezzo di uno dei *Commissioner* nei confronti del sentimento religioso del proprietario del *Masterpiece Cakeshop*, laddove egli aveva sostenuto che la religione ed il connesso diritto di libertà erano stati storicamente utilizzati per legittimare discriminazioni di ogni genere e specie (addirittura facendo riferimento a schiavitù e Olocausto),

¹⁶ U.S. Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop*, cit., 9.

¹⁷ *Ivi*, 10.

¹⁸ *Ibid.* Sul rapporto tra *public accommodation laws* ed esenzioni religiose, cfr. U.S. Supreme Court, *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982), 253: «[w]hen followers of a particular sect enter into commercial activity as a matter of choice, the limits they accept on their own conduct as a matter of conscience and faith are not to be superimposed on the statutory schemes which are binding on others in that activity».

¹⁹ «Whether applying Colorado’s public accommodations law to compel Phillips to create expression that violates his sincerely held religious beliefs about marriage violates the Free Speech or Free Exercise Clauses of the First Amendment».

²⁰ U.S. Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop*, cit., 13: «[I]f a businessman wants to do business in the state and he’s got an issue with the – the law’s impacting his personal belief system, he needs to look at being able to compromise».

qualificando detto atteggiamento come «one of the most despicable pieces of rhetoric that people can use to – to use their religion to hurt others»²¹.

Infine, è stata sottolineata la contraddittorietà della “giurisprudenza” della *Colorado Civil Rights Commission*, poiché questa – in tre precedenti fattispecie, uguali e contrarie – aveva ritenuto non vi fosse stata discriminazione nel rifiuto di altre pasticcerie di produrre torte recanti scritte contrarie al matrimonio omosessuale e versetti religiosi di disapprovazione²².

In ogni caso, non pare azzardato affermare come la stessa Supreme Court palesi (anche in modo abbastanza esplicito) la forte specificità del caso in esame e le ampie incertezze a proposito di una soluzione condivisa, giacché insiste, a titolo di chiusura, tanto sulla attuale embrionalità della *quæstio iuris* sottopostale²³ quanto sull'impossibilità di estrarre dalla fattispecie in esame un criterio omogeneizzatore *tout court* nel raffronto tra *Free Speech Clause* e tutela antidiscriminatoria delle minoranze sociali²⁴.

3. Justice Kagan v. Justices Gorsuch e Thomas: due visioni contrapposte (nel merito) a proposito di espressività e *symbolic speech*

A completamento di quanto detto, appare doverosa una articolata analisi delle *concurring opinions* che in proposito sono state redatte²⁵.

Innanzitutto, è necessario sottolineare che la decisione della maggioranza – resa da Justice Kennedy (*swing vote* della Corte Roberts, a partire dalla metà degli Anni Duemila, nelle questioni più divisive, soprattutto in materia di diritti delle persone omosessuali)²⁶ – è stata condivisa non solo dai Giudici comunemente

²¹ *Ibid.*

²² Merita tuttavia considerazione la sottile osservazione di Justice Kagan (*concurring*, 3), secondo cui «the Court limits its analysis to the reasoning of the state agencies (and Court of Appeals) – quite apart from whether the [Phillips and Jack] cases should ultimately be distinguished».

²³ U.S. Supreme Court, *Masterpiece Cakeshop*, cit., 18: «in this case the adjudication concerned a context that may well be different going forward in the respects noted above. However later cases raising these or similar concerns are resolved in the future».

²⁴ *Ibid.*: «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». Cfr. anche D. NeJaime-R. Siegel, *Religious Exemptions and Antidiscrimination Law in Masterpiece Cakeshop*, cit., 220-221: «Masterpiece Cakeshop affirm[s] the government's weighty interests in enforcing its public accommodations law as well as the government's reasons for restricting exemptions to avoid harm to gays and lesbians – while continuing to insist that the government treat religious individuals and organizations with neutrality and respect».

²⁵ Per una (condivisa) analisi di alcuni passaggi della *dissenting opinion* di Justice Ginsburg (sottoscritta anche da Justice Sotomayor), invece, cfr. *infra*, §5.

²⁶ In proposito, si vedano le *opinions* dallo stesso prodotte nei casi *Romer v. Evans* (incostituzionalità dell'emendamento alla Costituzione del Colorado che impediva l'identificazione degli omosessuali come gruppo sociale protetto), *Lawrence v. Texas* (incostituzionalità della legge texana sulla sodomia), *United States v. Windsor* (incostituzionalità del *Defense of Marriage Act*, che qualificava come unica unione matrimoniale legittima quella tra uomo e donna) e *Obergefell v. Hodges* (riconoscimento del matrimonio omosessuale). Sul fronte contrario, invece, cfr. *Boy Scouts of America v. Dale*, la quale riconobbe il diritto dell'Associazione dei Boy Scout di non accettare l'ingresso, al suo interno, di persone

inquadri nell'ala conservatrice (*Chief Justice* Roberts, Thomas, Alito e Gorsuch)²⁷, ma anche dai *Justices* Kagan e Breyer²⁸, appartenenti al fronte *liberal*²⁹.

Nel dettaglio, dalla lettura della *opinion* di *Justice* Kagan (condivisa da Breyer), emerge chiaramente come appaia erroneo equiparare le due descritte fattispecie sottoposte al giudizio della *Colorado Civil Rights Commission*³⁰ – essendo caratterizzate da indici fattuali differenti, che impongono soluzioni coerentemente diverse³¹ – e, nel caso *Masterpiece Cakeshop*, sia invece presente una patente discriminazione dei sigg.ri Craig e Mullins in ragione del loro orientamento sessuale³².

Ciononostante, si è ritenuto che il pregiudizio rivelato dalla Commissione nei confronti del sig. Phillips dovesse prevalere, in quanto antecedente sul piano della risoluzione delle questioni giuridiche, rispetto alle descritte considerazioni di merito³³.

Quest'ultima osservazione dimostra inoltre *a contrario* che, se la Corte avesse deciso di entrare nel fondo della controversia e ritenere legittimo il comportamento concreto del gestore del *Masterpiece Cakeshop*, *Justices* Kagan e Breyer non avrebbero condiviso l'opinione della Corte poi risultata maggioritaria.

omosessuali. Per una ricostruzione della filosofia giurisprudenziale di *Justice* Kennedy in materia di Primo Emendamento, cfr. H.J. Knowles, *The Supreme Court as Civic Educator: Free Speech according to Justice Kennedy*, in 6 *First Amendment Law Review*, 252 (2008).

²⁷ Rispettivamente nominati da G.W. Bush nel 2005, G.H. Bush nel 1991, G.W. Bush nel 2006 e D. Trump nel 2017.

²⁸ Kagan è stata nominata da Obama nel 2010, Breyer è stato invece indicato da Clinton nel 1994.

²⁹ In proposito, non sembra casuale che la stesura dell'opinione di maggioranza sia stata affidata proprio a *Justice* Kennedy, tradizionalmente il componente più incline a soluzioni di moderato compromesso. Infatti, se pure è vero che, come ricordato da E. Volokh, *How the Justices Voted in Free Speech Cases, 1994-2000*, in 48 *UCLA Law Review*, 1191 (2001), egli ben può essere considerato come il massimo difensore della libertà di espressione all'interno della Corte Roberts, è altrettanto vero che, in un eventuale giudizio di merito, il suo voto non sarebbe stato così scontato, potendosi anche unire alla fazione *liberal* (come più volte accaduto in passato su questioni affini).

³⁰ Rispettivamente casi William Jack e caso Phillips (*Masterpiece Cakeshop*).

³¹ Kagan, J., concurring, 2: «What makes the state agencies' consideration yet more disquieting is that a proper basis for distinguishing the cases was available – in fact, was obvious».

³² *Ibid.*: «In refusing that request, the bakers did not single out Jack because of his religion, but instead treated him in the same way they would have treated anyone else – just as CADA requires. By contrast, the same-sex couple in this case requested a wedding cake that Phillips would have made for an opposite-sex couple».

³³ Kagan, J., concurring, 3: «State actors cannot show hostility to religious views; rather, they must give those views “neutral and respectful consideration” [...] I join the Court's opinion in full because I believe the Colorado Civil Rights Commission did not satisfy that obligation». Sull'inoperabilità di un “principio di resistenza” in organi collegiali, può anche essere richiamata – seppur con riferimento al diverso parametro razziale – U.S. Supreme Court, *Peña-Rodriguez v. Colorado*, 580 U.S. ___ 2017, ove la Corte ha affermato che «where a juror makes a clear statement indicating that he or she relied on racial stereotypes or animus to convict a criminal defendant, the Sixth Amendment requires that the no-impeachment rule give way in order to permit the trial court to consider the evidence of the juror's statement and any resulting denial of the jury trial guarantee».

All'opposto, nelle opinioni concorrenti dei *Justices* Gorsuch (condivisa da Alito) e Thomas³⁴ il bilanciamento dei diritti costituzionali sopra indicati viene invece risolto pienamente a favore del ricorrente, con particolare enfasi “libertaria” in quella del Giudice di ascendenza afro-americana.

Secondo *Justice* Gorsuch, il caso sottoposto al giudizio della Suprema Corte presenta esattamente gli stessi connotati delle vicende del sig. William Jack; pertanto, il sig. Phillips avrebbe dovuto essere anch'egli scagionato dall'aver tenuto un comportamento discriminatorio, avendo agito per ragioni di coscienza. Viceversa, l'adozione di soluzioni differenti al ricorrere di fattispecie eguali dal punto di vista strutturale, avrebbe comportato un trattamento illegittimamente vessatorio a carico del proprietario del *Masterpiece Cakeshop*.

In collegamento con detta premessa, distinguere tra prodotti dolciari che recano o meno un'indicazione grafica (come fatto da *Justice* Kagan) è ritenuto del tutto irragionevole, poiché qualsiasi torta *ex se* considerata – a prescindere dal suo aspetto estetico-decorativo – è in grado di veicolare un messaggio³⁵: ne deriva che un dolce elaborato per un matrimonio omosessuale trasmette, sempre e comunque, un ideale di condivisione e approvazione dello stesso da parte del suo “produttore”.

Tra le linee del suddetto percorso argomentativo, inoltre, è possibile scorgere un rimando implicito alla delimitazione dei confini della libertà di espressione di cui al Primo Emendamento, seppur declinata attraverso l'elaborazione artistica di una torta nuziale e “diluita” entro i confini generali della (preliminare ma decisiva) discriminazione posta in essere dalla *Colorado Civil Rights Commission*.

Ricostruito il fatto in questi termini, pertanto, secondo *Justice* Gorsuch obbligare il sig. Phillips a vendere una torta di questo genere avrebbe palesemente violato la sua libertà espressiva – violazione cui non è stato invece “costretto” il sig. Jack – forzandolo a reprimere la propria fede religiosa ed a manifestare un messaggio del tutto contrario ai suoi ideali di vita.

A sua volta, *Justice* Thomas fornisce una ancor più articolata ricostruzione dei confini teorico-applicativi del Primo Emendamento, alla luce degli elementi fattuali coinvolti in *Masterpiece Cakeshop* ed assumendone la violazione come cardine esclusivo della propria opinione (*de facto*, quasi-dissenziante).

³⁴ In proposito, si consideri la peculiarità dell'opinione concorrente di costui, qualificata come «concurring in part and concurring in the judgement». Come ricordato da I. Kirman, *Standing apart to be a part: the precedential value of Supreme Court concurring opinions*, in 95 *Columbia Law Review*, 2083 (1995), 2084, «written by a Justice who does not join the majority opinion, a concurrence in judgement is intended to express agreement with the majority's result but not with its reasoning. A simple concurrence, on the other hand, is written by a Justice who agrees both with the majority's result and with its reasoning, but writes separately nonetheless. The concurrence in judgement is really a dissent from the rationale of the majority opinion». Per un'ampia ricostruzione (anche) storica dell'istituto, cfr. T.B. Bennett, B. Friedman, A.D. Martin e S. Navarro Smelcer, *Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change*, in 103 *Cornell L. Rev.*, 817 (2018).

³⁵ «[Nor] can anyone reasonably doubt that a wedding cake without words conveys a message. Words or not and whatever the exact design, it celebrates a wedding, and if the wedding cake is made for a same-sex couple it celebrates a same-sex wedding» (concurring, 8), poiché «in both cases, it was the kind of cake, not the kind of customer, that mattered to the bakers» (concurring, 4).

In particolare, egli distingue tra leggi che colpiscono direttamente manifestazioni del pensiero in sé e per sé considerate³⁶ e leggi che, invece, vanno ad incidere sulla traduzione “materiale” dello stesso attraverso un concreto atto discriminatorio³⁷, sviluppando oltreoceano quella che, nella dottrina e giurisprudenza italiana, è stata definita teoria del “limite logico” in ordine alla (discussa) base costituzionale dei reati di opinione³⁸.

Se ne ricava che, percorrendo il sottile crinale che distingue “puro pensiero” e “pensiero che si fa azione”, l’opera di *distinguishing* così sviluppata consente di definire i confini applicativi della libertà di parola e comprendere se una determinata espressione sia o meno protetta dall’ombrello costituzionale descritto, a seconda della categoria di appartenenza³⁹.

Più nello specifico, la manifestazione di pensieri ed opinioni deve essere altresì vagliata attraverso l’ulteriore parametro della *expressive conduct* (o *symbolic speech*), cristallizzato dalla Corte Suprema a partire dalla nota pronuncia *O’Brien*⁴⁰ del 1969 e declinato in alcuni specifici indici volti a definire confini e limiti della

³⁶ «Laws target[ing] speech» (concurring, 2).

³⁷ «Laws prohibit[ing] the act of discriminating against individuals in the provision of publicly available goods, privileges, and services» (concurring, 2-3).

³⁸ Ricorda E. Lamarque (AA.VV., *Percorsi di diritto dell’informazione*, Torino, 2011, 158) che la stessa Corte costituzionale «[...] ha invocato il limite logico per tutte quelle norme penali che vietano non già manifestazioni del pensiero pure e semplici, bensì manifestazioni del pensiero che si risolvono in realtà in una azione, o almeno in un principio di azione». In dottrina, si vedano, da un lato, le posizioni di E. Bettiol, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 641 ss. e G. Zuccalà, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 1152 ss., favorevoli alle descritte limitazioni “logiche” e, dall’altro, quella contraria di P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 472, il quale definisce dette distinzioni «[...] prive di ogni anche minimo appiglio naturalistico prima che positivo», affermando altresì (ivi, 474) che «[...] la distinzione tra manifestazione di pensiero puro e propaganda [intesa come estrinsecazione concreta di pensiero] è solo un espediente definitorio volto ad accreditare la minor tutela costituzionale riservata alla propaganda» (cit. M. Pedrazza Gorlero, *Boicottaggio e libertà costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1501).

³⁹ «The First Amendment, applicable to the States through the Fourteenth Amendment, prohibits state laws that abridge the “freedom of speech.” When interpreting this command, this Court has distinguished between regulations of speech and regulations of conduct. The latter generally do not abridge the freedom of speech, even if they impose “incidental burdens” on expression»; tuttavia, «although public-accommodations laws generally regulate conduct, particular applications of them can burden protected speech. When a public-accommodations law “ha[s] the effect of declaring...speech itself to be the public accommodation” the First Amendment applies with full force» (concurring, 2-3).

⁴⁰ Cfr. U.S. Supreme Court, *United States v. O’Brien*, 391 U.S. 367 (1968). In realtà, le radici di un’interpretazione della libertà di espressione/pensiero che vada oltre la semplice consistenza verbale della comunicazione le possiamo già identificare in U.S. Supreme Court, *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931) – che dichiarò incostituzionale il divieto di esposizione delle “bandiere rosse” (di ispirazione comunista) sancito da una legge californiana del 1919 – e U.S. Supreme Court, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), che ritenne in contrasto con il Primo Emendamento l’obbligo imposto nelle scuole di rendere omaggio alla bandiera americana attraverso la recita del *Pledge of Allegiance*.

libertà di espressione⁴¹; indici in seguito ulteriormente raffinati con la sentenza *Clark* del 1984⁴².

In quest'ultima circostanza, laddove una determinata condotta umana sia imbevuta di elementi comunicativi e ragionevolmente percepiti come tali da parte dei destinatari, il raggio applicativo del Primo Emendamento si estende e, in parallelo, i poteri restrittivi delle pubbliche autorità si comprimono⁴³.

In conclusione, *Justice* Thomas perviene ad una soluzione di “puro merito”, nella quale il diritto soggettivo di manifestare le proprie opinioni legittima la decisione del sig. Phillips, prescindendo da soluzioni diverse in casi simili o dall'esistenza di una violazione procedurale (comunque riconosciuta e sanzionata).

Infatti, poiché la creazione di una torta nuziale da parte di quest'ultimo è, per certo, un comportamento intimamente espressivo e come tale percepibile da chiunque – laddove rivela in modo plastico che si sta celebrando un matrimonio e che la coppia contraente debba essere festeggiata – chiedere al gestore del *Masterpiece Cakeshop* di produrre un dolce quale quello domandato dai sigg.ri Craig e Mullins avrebbe avuto il significato di obbligarlo a manifestare un'opinione da lui non condivisa, demolendo gli argini costituzionalmente eretti a tutela della libertà di espressione di cui ogni persona deve godere nella massima ampiezza possibile.

4. Il caso *Lee v. Ashers Baking Company* dinanzi alla Corte Suprema del Regno Unito ed i confini “figurati” della libertà di manifestazione del pensiero

Spostandoci ora per un momento al di qua dell'Atlantico, nel 2014 Mr. Lee, membro di un'associazione a sostegno dei diritti delle persone appartenenti al collettivo LGBT ed egli stesso omosessuale, si recò presso la *Ashers Baking Company*, una pasticceria della cittadina nord-irlandese di Belfast e gestita dai coniugi McArthur, incaricando l'elaborazione di una torta con la glassatura

⁴¹ *Ivi*, 377: «We think it clear that a government regulation is sufficiently justified: I) if it is within the constitutional power of the Government; II) if it furthers an important or substantial governmental interest; III) if the governmental interest is unrelated to the suppression of free expression; IV) if the incidental restriction on alleged First Amendment freedoms is no greater than is essential to the furtherance of that interest».

⁴² Cfr. U.S. Supreme Court, *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, 468 U.S. 288 (1984), 293: «Expression, whether oral or written or symbolized by conduct, is subject to reasonable time, place, or manner restrictions. We have often noted that restrictions of this kind are valid, provided that they are justified without reference to the content of the regulated speech, that they are narrowly tailored to serve a significant governmental interest, and that they leave open ample alternative channels for communication of the information».

⁴³ *Ivi*, 294: «It is also true that a message may be delivered by conduct that is intended to be communicative and that, in context, would reasonably be understood by the viewer to be communicative [...] Symbolic expression of this kind may be forbidden or regulated if the conduct itself may constitutionally be regulated, if the regulation is narrowly drawn to further a substantial governmental interest, and if the interest is unrelated to the suppression of free speech».

stilizzata “*Support Gay Marriage*” ed il logo dell’organizzazione da lui rappresentata⁴⁴.

A fronte del rifiuto di costoro di produrre un dolce di tale genere – in ragione del loro intenso credo religioso – il sig. Lee decise di ordinare lo stesso prodotto presso un diverso fornitore, non senza rinunciare a promuovere le corrispondenti azioni giudiziarie, allegando una discriminazione nei suoi confronti per motivi di orientamento sessuale, fede religiosa e/o opinioni politiche.

Successivamente alle decisioni rese tanto in primo grado⁴⁵ quanto in sede d’appello⁴⁶ (entrambe favorevoli al cliente), la questione venne sottoposta da *Ashers Baking Company* al giudizio della Corte Suprema, chiamata a stabilire «whether it is unlawful discrimination, either on grounds of sexual orientation, or on grounds of religious belief or political opinion, for a bakery to refuse to supply a cake iced with the message “support gay marriage” because of the sincere religious belief of its owners that gay marriage is inconsistent with Biblical teaching and therefore unacceptable to God», in relazione sia alla disciplina di diritto interno⁴⁷, sia a quella di rango europeo⁴⁸, recepita attraverso lo *Human Rights Act* del 1998.

In ordine ad una possibile discriminazione per motivi di orientamento sessuale⁴⁹, i Giudici della United Kingdom Supreme Court hanno negato (all’unanimità) il ricorrere di un’ipotesi di questo genere, poiché non vi era alcuna evidenza che il rifiuto dei gestori di produrre un dolce quale quello incaricato fosse

⁴⁴ Si tenga presente, infatti, che in Irlanda del Nord – a differenza di quanto accade nelle restanti *countries* del Regno Unito – il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è legalmente riconosciuto, essendo la materia matrimoniale una *devolved issue* alla luce del *Northern Ireland Act 1998*, e che, ai sensi del §2(1) del *Marriage (Same sex couples) Act 2013*, «under the law of Northern Ireland, a marriage of a same sex couple under the law of England and Wales is to be treated as a civil partnership formed under the law of England and Wales». Per una recente pronuncia in materia, si veda [2017] NIFam 12, la quale, richiamando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul punto (cfr. casi *Schalk and Kopf v. Austria*, *Hamalainen v. Finland* e *Oliari v. Italy*) ricorda che «changes and attitudes and social policy in recent times did not lead to a conclusion that a “living instrument” interpretation of the Convention was justified or tenable so as to lead to a conclusion that Article 12 now embraced the concept of same sex marriage».

⁴⁵ Cfr. Northern Ireland County Court, [2015] NICTy 2.

⁴⁶ Cfr. Northern Ireland Court of Appeal, [2016] NICA 39.

⁴⁷ Cfr. il *Fair Employment and Treatment (Northern Ireland) Order 1998* (FETO) – adottato alla luce del *Northern Ireland Act 1974* – e l’*Equality Act (Sexual Orientation) Regulations (Northern Ireland) 2006* (SORs), implementato in forza dell’*Equality Act 2006*. In proposito, vada ricordato che oggetto collaterale della pronuncia in esame era anche il *Reference* sollevato (infruttuosamente) dall’*Attorney General* nord-irlandese dinanzi alla Corte d’Appello – e poi riproposto presso la Corte Suprema – a proposito della validità della normativa ivi evocata in relazione al *Northern Ireland Constitution Act 1974* ed alla disciplina europeo-convenzionale. La questione è stata risolta nella *separate opinion* di Lord Mance, il quale ha censurato il rifiuto della Corte di secondo grado di procedere ad un giudizio di merito sulla richiesta dell’Avvocato Generale (cfr. §80: «I therefore conclude that the Attorney General’s request to the Court of Appeal to make a reference fell within the terms of paragraph 33, and the Court of Appeal erred in refusing to give effect to it»).

⁴⁸ Cfr., in particolare, gli artt. 9 e 10 CEDU.

⁴⁹ Cfr. SORs, §5(1): «It is unlawful for any person concerned with the provision (for payment or not) of goods, facilities or services to the public or a section of the public to discriminate against a person who seeks to obtain or use those goods, facilities or services - (a) by refusing or deliberately omitting to provide him with any of them».

legato ad un pregiudizio nei confronti del sig. Lee in quanto omosessuale: al contrario, il loro comportamento doveva ritenersi circoscritto unicamente alla non-approvazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Allo stesso modo, è stata respinta l'eccezione secondo la quale si sarebbe verificata una discriminazione nei confronti del sig. Lee in ragione delle sue opinioni politiche (favorevoli al matrimonio omosessuale) ovvero in forza di un'ostilità religiosamente connotata⁵⁰.

In particolare, ad avviso della Corte «the objection was not to Mr Lee because he, or anyone with whom he associated, held a political opinion supporting gay marriage. The objection was to being required to promote the message on the cake. The less favourable treatment was afforded to the message not to the man»⁵¹.

Infine, in relazione alla declinazione “europeo-convenzionale” della libertà religiosa e di espressione, la Corte britannica ricorda come il diritto di manifestare una determinata opinione debba essere letto anche in un'ottica “negativa”, vale a dire quale diritto a non esprimere un pensiero – un credo, in ottica religiosa – che non si condivide⁵².

A questo proposito, nella propria *seriatim opinion* Lady Hale richiama, alquanto sbrigativamente, alcune importanti pronunce in materia della Corte di Strasburgo⁵³, nonché altre significative sentenze di organi giurisdizionali britannici⁵⁴, laddove in entrambe le casistiche la libertà di manifestazione del pensiero viene declinata nell'impossibilità di costringere qualcuno ad esplicitare un'idea estranea alla propria tavola di valori⁵⁵.

Da questo sintetico quadro, i giudici britannici ne ricavano – a seconda che rifiuto di produrre una torta derivi dalla condizione omosessuale di una determinata coppia ovvero dalla presenza di un determinato messaggio o simbologia grafico-espressiva – che, nel caso in esame, i proprietari della *Ashers Baking Company* hanno legittimamente esercitato il proprio diritto alla libertà di

⁵⁰ Cfr. FETO, §3(1): «In this Order “discrimination” means - (a) discrimination on the ground of religious belief or political opinion» – e §28(1): «it is unlawful for any person concerned with the provision (for payment or not) of goods, facilities or services to the public or a section of the public to discriminate against a person who seeks to obtain or use those goods, facilities or services - (a) by refusing or deliberately omitting to provide him with any of them».

⁵¹ Cfr. U.K. Supreme Court, *Lee v. Ashers*, cit., §47.

⁵² *Ivi*, §50: «The court reiterated that freedom of thought, conscience and religion entails, inter alia, freedom to hold or not to hold religious beliefs and to practise or not to practise a religion» (cit. ECHR, *Buscarini c. Saint-Marin*, 24645/1994, 18-2-1999, §34).

⁵³ Cfr. ECHR, *Kokkinakis c. Grèce*, 14307/88, 25-5-1993 e ECHR, *Buscarini c. Saint-Marin*, cit.

⁵⁴ Cfr. U.K. Supreme Court, *RT (Zimbabwe) v. Secretary of State for the Home Department* – [2012] UKSC 38; [2013] 1 AC 152 e U.K. Judicial Committee of the Privy Council, *Commodore of the Royal Bahamas Defence Force v. Laramore* – [2017] UKPC 13 [2017] 1 WLR 2752.

⁵⁵ Come però evidenziato da J. Rowbottom, *Cakes, Gay Marriage and the Right against Compelled Speech*, in *U.K. Const. L. Blog* (16th Oct. 2018), «the facts of cases relied on by Lady Hale in support of the principle are very different from the position of the bakers. The decision in *RT* concerned an asylum claim by a person facing persecution in Zimbabwe due to a refusal to show support for the regime in that country. The decision of the Strasbourg Court in *Buscarini* was concerned the oath of allegiance required of members of the legislature. By contrast, in *Ashers* the free speech issue arose in the context of the commercial provision of goods and services».

espressione in modo non discriminatorio⁵⁶, decidendo (attraverso il comportamento contestato) di non manifestare un'opinione contraria alla loro sensibilità etico-religiosa⁵⁷.

Tuttavia, è stato anche evidenziato⁵⁸ che il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo non viene approfondito in relazione alle circostanze del caso, soprattutto tenendo in considerazione che la tecnica decisoria della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è estremamente casistica e, pertanto, affine agli schemi concettuali della giurisprudenza di *common law*: viceversa, in questo caso i principi di diritto elaborati vengono estesi al caso *Ashers Baking Company* in un'ottica astratta e generalizzata, quasi si trattasse di indici standardizzabili.

Inoltre, sembra mancare una più pregnante interpretazione del parametro di non-discriminazione (disciplinato in via legislativa nell'ordinamento nord-irlandese, a proposito dell'esercizio di pubbliche attività) in stretta correlazione con l'estrinsecazione della libertà di espressione e di una definizione generale di attività "espressiva". La Corte, infatti, glissa elegantemente su quest'ultimo punto, limitandosi ad una *narrow interpretation and solution* del "suo" caso specifico.

Pertanto, permane lo stimolante dubbio se, invertendo organi e fattispecie tra le due sponde dell'Oceano, i Giudici britannici avrebbero deciso diversamente a fronte di una "traduzione inglese" di *Masterpiece Cakeshop* o se, invece, la soluzione giuridica elaborata a partire da una torta certamente espressiva (*Ashers Baking*) nulla suggerisca – neppure indirettamente – in relazione a fattispecie più incerte, ove la stessa nozione di (non)-espressività potrà rappresentare la chiave di volta decisiva⁵⁹.

⁵⁶ Ciononostante, si veda quanto affermato da C. Stoughton, *Case Comment: Lee v Ashers Baking Company Ltd & Ors [2018] UKSC 49*, in www.ukscblog.com, 15 ottobre 2018, per il quale «one has to squint rather vigorously to conjure a credible image of a baker who emphatically refuses to make cakes that support same-sex marriage but whose record of service to LGBT people is unimpeachable and bears no hostility toward a gay customer asking for a cake that explicitly references LGBT rights».

⁵⁷ Per un'esegesi del principio di libertà di espressione nella giurisprudenza britannica tra *common law* e normativa CEDU, cfr. E. Barendt, *Freedom of Expression in the United Kingdom Under the Human Rights Act 1998*, in 84 *Indiana Law Journal* 851 (2009). Un raffronto schematico con la disciplina statunitense in materia, soprattutto in ragione della diversa "metodologia" giudiziaria applicata, è rinvenibile in S.J. Shapiro, *Comparing Free Speech: United States v. United Kingdom*, in *University of Baltimore Law Forum*, Vol. 19, No. 2, Article 5, 1989, 17 ss. Sul recepimento della CEDU nell'ordinamento britannico cfr., per tutti, G.F. Ferrari, *La Convenzione europea e la sua "incorporazione" nel Regno Unito*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1-1999, 125 ss.

⁵⁸ Cfr. S. Knights, *Case Comment: Lee v Ashers Baking Company Ltd & Ors [2018] UKSC 49*, in www.ukscblog.com, 12 novembre 2018.

⁵⁹ Una lettura fortemente critica nei confronti della suddetta pronuncia è riscontrabile in Y. Nehushtan-S. Coyle, *Ashers Baking (Part 1): The Supreme Court's Betrayal of Liberalism and Equality*, in *U.K. Const. L. Blog* (5th Nov. 2018) e Id., *Ashers Baking (Part 2): Do Homophobes and Racists have a Right Not to Manifest Liberal Messages?*, in *U.K. Const. L. Blog* (6th Nov. 2018). Tuttavia, sembra esservi una contraddizione in termini nella citata ricostruzione, laddove prima si afferma che detto caso «is indeed different in the non-important sense that the bakery's owners were willing to provide their baking services to gay people (as opposed to Ms Ladele, Mr McFarlane and the Bulls)» - così qualificandolo come *sui generis* - per poi sostenere che «it is not different in the more important sense that a service was denied because the service provider believed that gay people should not enjoy the same rights as heterosexuals – and acted upon this belief in order to deny a service». Delle due, l'una: o i gestori di *Ashers*

5. Alcune riflessioni (critiche) in prospettiva

Così ricostruite le vicende in entrambe le controversie e le soluzioni giuridiche adottate, occorre ora interrogarsi sulla loro (possibile) sovrapponibilità e sui confini della libertà di manifestazione del pensiero, anche alla luce delle molteplici interpretazioni descritte.

Richiamando alcuni passaggi conclusivi della sentenza della United Kingdom Supreme Court – che qui si vanno a condividere – si deve innanzitutto evidenziare come le *quæstiones facti* esposte non si presentano uguali, poiché «there is a clear distinction between refusing to produce a cake conveying a particular message, for any customer who wants such a cake, and refusing to produce a cake for the particular customer who wants it because of that customer's characteristics»⁶⁰.

In dettaglio, la presenza (o assenza) sulla torta di elementi manifestamente espressivi di una determinata opinione può essere considerata in modo non irrazionale come valido indice al fine di tracciare i confini del descritto principio costituzionale, in un'ottica di *case-law* che distingua le due fattispecie oggetto della comparazione di cui al presente saggio, con alcune precisazioni di cui si darà subito conto.

Peraltro, il fatto che la sentenza resa dalla Corte britannica sia stata pronunciata successivamente a *Masterpiece Cakeshop*, consente di affermare che quest'ultima vicenda ha operato quale osservatorio privilegiato per i giudici d'Oltremarica (come, del resto, essi hanno esplicitamente riconosciuto)⁶¹ ai fini di una più ampia riflessione sull'estensione dei confini della libertà di espressione, soprattutto in relazione alle generali esigenze del diritto anti-discriminatorio.

In proposito, appaiono chiarificatrici le parole impiegate dalla United Kingdom Supreme Court a proposito di un eventuale identità tra le due vicende, laddove si afferma che «the bakery could not refuse to provide a cake – or any other of their products – to Mr Lee because he was a gay man or because he supported gay marriage [*Masterpiece Cakeshop?*]. But that important fact does not amount to a justification for something completely different – obliging them to supply a cake iced with a message with which they profoundly disagreed [*Ashers Baking Company*]»⁶².

Baking ripugnano l'omosessualità *tout court* (e allora non effettuano alcun tipo di servizio per coppie omosessuali), oppure respingono unicamente l'idea del matrimonio omosessuale, con salvezza del principio di eguale trattamento e non discriminazione anche nei confronti delle persone dello stesso sesso. Risulta, infatti, logicamente difficile fare coesistere il secondo corno dell'alternativa con la parallela realizzazione di un comportamento discriminatorio per ragioni di sesso, poiché una soluzione contraddice l'altra.

⁶⁰ U.K. Supreme Court, *Lee v. Ashers*, cit., §62.

⁶¹ Cfr. *Postscript*, §§59 ss.

⁶² *Ibid.*, §55. Sul punto, si ritiene di non condividere quanto affermato da Y. Nehushtan-S. Coyle, *Ashers Baking (Part 2)*, cit., secondo cui «opposing gay marriage is about people's identity. It is about perceiving other people as non-equal because of who they are», giacché «those who object to assisting others in conveying the message 'support gay marriage' do so plainly because they are homophobic»: si tratta, infatti, di un'interpretazione generalizzante ed ideologicamente orientata. Per un approfondimento sulla possibile separabilità tra

Su questo aspetto, i Giudici britannici sembrano quindi aver assunto una posizione definita – entrando nel merito della specifica questione⁶³ e forse addirittura volendo scacciare l'incombente spettro di *Masterpiece Cakeshop* – a differenza dei loro omologhi americani.

In ordine alla vicenda statunitense, invece, merita considerazione il carattere deciso dell'opinione dissenziente di Justice Ginsburg, la quale evidenzia come, nei casi che avevano coinvolto il sig. Jack, il rifiuto dei corrispondenti pasticceri di produrre le torte richieste trovava fondamento nella loro opposizione ai messaggi biblici richiesti a mo' di decorazione poiché offensivi, a prescindere dalla caratterizzazione personale del richiedente⁶⁴: ne deriva che, in presenza di simili richieste "artistiche", «the bakers would have refused to make a cake with Jack's requested message for any customer, regardless of his or her religion»⁶⁵.

Al contrario, in *Masterpiece Cakeshop* il sig. Phillips si è rifiutato di vendere ad una coppia omosessuale una torta priva di qualsiasi elemento all'uopo identificativo (una decorazione con i colori dell'arcobaleno, una statuetta di due uomini che si tengono per mano, ad esempio) e, in quanto tale, "neutra" quanto alla trasmissione di un messaggio specifico. Torta che, al contrario, egli avrebbe tranquillamente venduto ad una qualsiasi altra coppia per una diversa finalità.

Pertanto, il diniego opposto dal sig. Phillips in quest'ultimo caso trovava la sua ragione d'essere nella qualifica personale dei sigg.ri Craig e Mullins – il loro essere omosessuali – e, in quanto tale, avrebbe dovuto essere interpretato come un chiaro indice di discriminazione per ragioni di orientamento sessuale⁶⁶.

A sostegno della descritta interpretazione, si vedano poi alcuni passaggi giurisprudenziali storicamente elaborati dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in merito al Primo Emendamento ed alla libertà di espressione.

condizione personale e comportamento specifico, cfr. *infra*, nel medesimo paragrafo, nonché ampiamente §6.

⁶³ In proposito, come evidenziato da C. Stoughton, *Case Comment*, cit., detta pronuncia della Corte Suprema britannica sembrerebbe però porsi in contraddizione con la precedente U.K. Supreme Court, *Bull v Hall*, [2013] UKSC 73, la quale ha ritenuto discriminatorio il rifiuto dei gestori di un *bed-and breakfast* di offrire una stanza ad una coppia omosessuale per ragioni religiose; tuttavia, il contrasto di giudicati potrebbe (forse) essere eluso «confin[ing] *Ashers* to its facts [...] In the Court's view, there's no need to distinguish *Bull v Hall* – indeed, the Court does not once reference the case – because this simply isn't a case of discrimination based on sexual orientation» e modellando il parametro della indissociabilità tra *status* personale e condotta secondo il tradizionale criterio di *common law* del *distinguishing*.

⁶⁴ In particolare, era stata richiesta la glassatura – su una torta a forma di Bibbia aperta, decorata con l'immagine di due sposi coperta da una croce rossa di disapprovazione – dei seguenti versetti: "God hates sin" (Salmi, 45:7), "Homosexuality is a detestable sin" (Levitico, 18:2) "God loves sinners" e "While we were yet sinners Christ died for us" (Romani, 5:8).

⁶⁵ Ginsburg, J., dissenting, 4.

⁶⁶ Come evidenziato da Kagan, J., concurring, 3, «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».

In tema, infatti, «it is [also] true that a message may be delivered by conduct that is intended to be communicative and that, in context, would reasonably be understood by the viewer to be communicative»⁶⁷.

A tal proposito, affinché la copertura costituzionale così descritta possa spiegarsi, è necessario che una determinata opinione, veicolata in qualsivoglia forma o genere, abbia una natura comunicativo-espressiva *ex se* – una sorta di espressività “interna” – e, allo stesso tempo, sia percepita come tale da un qualunque osservatore terzo (espressività “esterna”)⁶⁸.

Orbene, se è vero che, nei *Jack cases* la presenza di una torta decorata con simbologia biblica e determinate frasi di stampo ideologico era pacificamente diretta a manifestare una ben determinata opinione ed era percepibile come tale, è altrettanto vero che non sembra possa svilupparsi lo stesso ragionamento in presenza di un dolce del tutto “imparziale” quanto a elementi grafico-simbolici, quale è quello del caso *Masterpiece Cakeshop*⁶⁹.

Provando, poi, a sviluppare un ragionamento contro-fattuale, l’isolamento dell’elemento ritenuto espressivo dalla cornice di riferimento sembra confermare detta conclusione.

Infatti, una torta che rechi un qualsiasi messaggio in tema di omosessualità (espressioni che la condannano o elementi grafici che lo approvano) è in grado di essere percepita come tale a prescindere dal fatto che si trovi inserita in un più ampio ambito di opposizione o celebrazione di un’unione tra due persone dello stesso sesso: esiste, cioè, un legame inscindibile e diretto tra la torta e il significato che essa vuole comunicare.

In questo senso, allora, privare la torta dell’elemento espressivo significherebbe amputarla del messaggio da trasmettere, ponendo quest’ultimo nel nulla⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. U.S. Supreme Court, *Clark v. Community for Creative Non-Violence*, cit., 294. Allo stesso modo, in U.S. Supreme Court, *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974), 411, la Corte ha sostenuto l’inquadrabilità di una determinata condotta entro i confini del Primo Emendamento «[whether] an intent to convey a particularized message was present and [whether] in the surrounding circumstances the likelihood was great that the message would be understood by those who viewed it».

⁶⁸ Cfr. U.S. Supreme Court, *Spence v. Washington*, cit., 410-11. Si veda altresì Washington Supreme Court, *State of Washington v. Arlene’s Flowers Inc.*, 389 P.3d 543 (2017), 27: «The decision to either provide or refuse to provide flowers for a wedding does not inherently express a message about that wedding. [As Stutzman acknowledged at deposition], providing flowers for a wedding between Muslims would not necessarily constitute an endorsement of Islam, nor would providing flowers for an atheist couple endorse atheism». In relazione a quest’ultima controversia, in data 25 giugno 2018 la Corte Suprema ha ammesso il *certiorari* richiesto, rinviando il caso alla Corte Suprema di Washington per una nuova discussione, alla luce dei criteri enunciati in *Masterpiece Cakeshop*.

⁶⁹ In modo ancor più netto Ginsburg, J., dissenting, 6, nota 5: «The distinction is not between a cake with text and one without [...] it is between a cake with a particular design and one whose form was never even discussed».

⁷⁰ Cfr. Ginsburg, J., dissenting, 4-5: «[...] The cases the Court aligns are hardly comparable. The bakers would have refused to make a cake with Jack’s requested message for any customer, regardless of his or her religion. And the bakers visited by Jack would have sold him any baked goods they would have sold anyone else. The bakeries’ refusal to make Jack cakes of a kind they would not make for any customer scarcely resembles Phillips’ refusal to serve Craig and Mullins: Phillips would not sell to Craig and Mullins, for no reason other

Viceversa, il dolce incaricato al sig. Phillips – del tutto a-simbolico ed inespressivo quanto alla “matrice” omosessuale – assume un determinato significato (celebrazione di nozze tra persone dello stesso sesso e, quindi, loro condivisione) alla luce del contesto matrimoniale in cui è inserito e dell’interpretazione datane “dall’esterno”⁷¹.

In altre parole, è il contesto generale, nonché il senso che ad esso attribuiscono i nubendi e la connotazione religiosa evocata dal sig. Phillips, che dota il bene di un certo contenuto; contenuto che quest’ultimo, in sé e per sé considerato, non manifesta affatto, potendo tranquillamente essere utilizzato come tale anche per la celebrazione di un matrimonio eterosessuale⁷².

Anzi, poiché nel caso di specie la torta assume la natura di elemento celebrativo di un’unione omosessuale in ragione del contenuto assegnatole dai sigg.ri Craig e Mullins, «there is here a much closer association between the political opinions of [Craig and Mullins] and the message that [they] wish to promote, such that it could be argued that they are “indissociable” for the purpose of direct discrimination on the ground of political opinion»⁷³.

Ne scaturisce l’esistenza di una immedesimazione “organica” tra coloro che hanno richiesto la creazione del prodotto dolciario *sub iudice* e il messaggio che ad esso è attribuito, con la conseguenza che il rifiuto del gestore del *Masterpiece Cakeshop* sembra tradursi in modo evidente in una discriminazione nei confronti della coppia richiedente, attuata attraverso la “maschera” del dolce nuziale.

Pertanto, non appare neanche condivisibile il criterio richiamato da *Justice Thomas* a proposito di una *intimate connection* tra il pensiero di Mr. Phillips e l’aspetto comunicativo rivendicato dai sigg.ri Craig and Mullins⁷⁴.

Il fatto che la torta non veicoli un messaggio in sé – bensì si veda attribuita la patente di elemento celebrativo di un matrimonio omosessuale (che pure ha, ma che non inerisce intrinsecamente al bene stesso) – sembra sufficiente per ritenere inesistente la suddetta connessione, che viene invece costruita *ab externo* per allargare i confini della libertà di espressione oltre i propri limiti logici.

than their sexual orientation, a cake of the kind he regularly sold to others. When a couple contacts a bakery for a wedding cake, the product they are seeking is a cake celebrating their wedding – not a cake celebrating heterosexual weddings or same-sex weddings – and that is the service Craig and Mullins were denied».

⁷¹ Cfr. Kagan, J., concurring, 3: «A wedding cake does not become something different whenever a vendor like Phillips invests its sale to particular customers with religious significance».

⁷² Per una posizione ancora più netta – volta ad escludere il ricorrere di un principio di libertà di espressione in entrambi i casi – si veda C. Chandrachud, *Bittersweet Judgment: The UK Supreme Court in the Ashers Baking Case*, in *U.K. Const. L. Blog* (15th Oct. 2018), per il quale «baking a cake (with or without a message) does not constitute speech in and of itself. If it did, then by the same logic, the local printing shop could legitimately refuse to print banners bearing messages with which it disagrees. The neighbourhood café could refuse to brew coffee for some prospective customers because of the “expressive” element involved that task».

⁷³ U.K. Supreme Court, *Lee v. Ashers*, §48.

⁷⁴ Cfr. U.S. Supreme Court, *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc.*, 515 U.S. 557 (1995), 576: «When dissemination of a view contrary to one’s own is forced upon a speaker intimately connected with the communication advanced, the speaker’s right to autonomy over the message is compromised».

6. Quali possibili scenari per la libertà di espressione e la tutela delle minoranze sociali (soprattutto negli Stati Uniti)?

Qualora venisse ulteriormente approfondito il ragionamento da ultimo sviluppato, infatti, potrebbero (forse) legittimarsi discriminazioni in campi altrettanto delicati, ove si sia, ad esempio, in presenza di una coppia interrazziale o inter-religiosa, oppure addirittura composta da soggetti affetti da una qualche disabilità⁷⁵ ed il rifiuto di fornire un determinato prodotto a soggetti inquadrati nelle descritte categorie venga sostenuto attraverso l'isolamento *ad hoc* di una caratteristica specifica – sapientemente distinta dalla condizione personale generale del richiedente – ritenuta contrastante con il proprio sentimento religioso o etico-espressivo⁷⁶.

1086

Sul punto, deve però essere tenuto in considerazione un ulteriore rilevante profilo. Non sempre, in realtà, pare possibile operare una dissociazione tra “categoria generale” (es. collettivo omosessuale) e comportamenti specifici o condotte ad essa riconducibili (es. matrimonio tra persone dello stesso sesso), in modo tale da preservare il diritto alla libertà di espressione in un corretto bilanciamento con il principio di non-discriminazione⁷⁷.

Si provi a pensare al caso di una persona transessuale che ordini una torta per celebrare il proprio cambio di sesso: sarebbe possibile, in questo caso, astrarre la richiesta del soggetto interessato dalla sua condizione personale, allegando non tanto una discriminazione nei confronti degli individui transessuali, bensì la sola

⁷⁵ Sul punto, si veda l'interrogativo all'uopo formulato da Justice Sotomayor in sede di discussione orale (cfr. *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission - Oral Hearings*, cit., 23): «[...] So how about disability; I'm not going to serve cakes to two disabled people because God makes perfect creations, and there are some religions who believe that?».

⁷⁶ Cfr. R. Post, *An Analysis of DOJ's Brief in Masterpiece Cakeshop*, in www.takecareblog.com, 18 ottobre 2017: «Consider, for example, the application of an antidiscrimination statute to mortuaries who on ideological grounds object to serving African Americans. Funerals are certainly events that are as “deeply expressive” as weddings. DOJ's argument would therefore imply that undertakers should be able to invoke heightened First Amendment scrutiny to block the application of the statute [...] DOJ's argument also implies that courts should apply heightened First Amendment scrutiny to an antidiscrimination statute preventing private schools from excluding Japanese students; an educational experience is certainly as “deeply expressive” as a wedding. Or consider the consequences of DOJ's argument for laws that prohibit doctors from discriminating against Catholic pregnant women. Childbirth is certainly as “deeply expressive” as a wedding. We could multiply such examples indefinitely».

⁷⁷ Come affermato in Colorado Court of Appeals, *Craig v. Masterpiece Cakeshop Inc.*, cit., §34: «The Supreme Court recognized that, in some cases, conduct cannot be divorced from status. This is so when the conduct is so closely correlated with the status that it is engaged in exclusively or predominantly by persons who have that particular status». In particolare, vengono richiamate le pronunce U.S. Supreme Court, *Christian Legal Society v. Martinez*, 561 U.S. 661 (2010), 689 («[The Christian Legal Society] contends that it does not exclude individuals because of sexual orientation, but rather ‘on the basis of a conjunction of conduct and the belief that the conduct is not wrong.’ ... Our decisions have declined to distinguish between status and conduct in this context») e U.S. Supreme Court, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 575 («When homosexual conduct is made criminal by the law of the State, that declaration in and of itself is an invitation to subject homosexual persons to discrimination»).

contrarietà alla manifestazione e celebrazione dell'intervenuto cambio di sesso, contrario ad una "biologica" volontà divina?⁷⁸

In contesti del genere, infatti, è ragionevole sostenere che la manifestazione di un determinato comportamento o la formulazione di una data richiesta altro non siano che la traduzione naturale, nel contesto sociale di riferimento, della propria intima essenza personale, che in tali forme trova modo di realizzarsi appieno.

Allo stesso modo, sembra complicato scindere la condizione di una coppia interracial dal rifiuto di produrre una torta volta alla sua approvazione, senza incorrere in una (illecita) discriminazione per pure ragioni personali.

In una prospettiva sistematica, quindi, il parametro della dissociazione tra *status* personale e condizione specifica e quello della espressività di quest'ultima devono essere letti in (eventuale) consecuzione.

Infatti, se l'operazione di "scomposizione" è possibile, occorre allora interrogarsi sugli ulteriori confini di un comportamento espressivo o meno – fatto salvo il principio di uguaglianza nel trattamento di individui diversi, omosessuali o non: es. *Ashers* – e di un correlativo diritto di libertà di espressione.

All'opposto, se tale ragionamento non è applicabile, la considerazione individualizzata di una certa condotta (furbescamente isolata dal contesto generale) si riverbera sulla condizione stessa dell'individuo considerato in quanto persona, traducendosi perciò in un atto discriminatorio e quindi illegittimo.

Orbene, qualora la Corte decidesse di fare proprio l'orientamento manifestato nelle *concurring opinions* di Gorsuch e, soprattutto, Thomas, il timore di una (reviviscente) generalizzazione "pretoria" della politica di clintoniana memoria del *Don't Ask, Don't Tell*⁷⁹ apparirebbe come un orizzonte non più così lontano: in questo modo, infatti, si potrebbe costringere una persona omosessuale – o comunque appartenente ad una qualsiasi minoranza sociale – a dover reprimere (quando possibile) la propria condizione personale, o a mascherare le proprie

⁷⁸ In proposito, è quantomeno curioso che il 26 giugno 2017 – esattamente lo stesso giorno in cui la Corte Suprema ha accettato di discutere la *petition of certiorari* proposta dal sig. Phillips – *Masterpiece Cakeshop* abbia ricevuto un ordine per una torta da parte di un avvocato *transgender*, Autumn Scardina, desiderosa di celebrare in questo modo il proprio cambio di sesso: nel dettaglio, la torta avrebbe dovuto essere colorata all'esterno di rosa e all'interno in toni blu, a simboleggiare la transizione da uomo a donna. A fronte del rifiuto del sig. Phillips di produrre una torta del genere (sempre in ragione delle proprie convinzioni religiose), la Colorado Civil Rights Division (*Scardina v. Masterpiece Cakeshop Inc.*, June 28, 2018) ha determinato che vi era stata discriminazione per ragioni di sesso. Siamo di fronte ad un *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Division* bis?

⁷⁹ Introdotta con la Direttiva 1304.26 del 21 dicembre 1993 del Dipartimento della Difesa (Qualification Standards for Enlistment, Appointment, and Induction), in essa si prevedeva (punto E1.2.8.1) che «a person's sexual orientation is considered a personal and private matter, and is not a bar to service entry or continued service unless manifested by homosexual conduct [...]». Applicants for enlistment, appointment, or induction shall not be asked or required to reveal whether they are heterosexual, homosexual or bisexual», in tal modo consentendo agli omosessuali di servire nelle forze armate statunitensi, a patto che tacessero sulla loro condizione sessuale. Venne abrogata nel 2010 dal *Don't Ask, Don't Tell Repeal Act*, fortemente voluto dal Presidente Obama.

richieste, rinunciando alla sua identità personale pur di poter accedere a servizi generalmente garantiti a tutti⁸⁰.

In quest'ottica, dietro la protezione del sentimento religioso, in ragione di una specifica condotta ritenuta con esso contrastante, parrebbe celarsi un ben più ampio tentativo di contrastare, per ragioni ideologiche (e trovando sostegno nello strumento giudiziario), approdi politico-sociali legittimamente non condivisi⁸¹ – quale il pieno riconoscimento della legalità del matrimonio tra persone dello stesso sesso – aprendosi, però, al tempo stesso la stura⁸² per diffuse discriminazioni nei più svariati campi della quotidianità⁸³.

In proposito, si tenga inoltre presente che le questioni così esposte entrano appieno nel campo (potenzialmente sconfinato) della disciplina legislativa relativa alla gestione dei luoghi aperti al pubblico – cosiddette *public accomodation laws* – ed alle discriminazioni che in quei contesti potrebbero essere realizzate, in un equilibrio tra doverosa regolamentazione politica e controllo giurisdizionale destinato ad essere strutturato secondo il mutevole ritmo delle decisioni istituzionali e degli svolgimenti sociali.

⁸⁰ Come ricordato in New Mexico Supreme Court, *Elane Photography, LLC v. Willock* – 309 P.3d 53 (N.M. 2013), 62, «when a law prohibits discrimination on the basis of sexual orientation, that law similarly protects conduct that is inextricably tied to sexual orientation. Otherwise we would interpret the NMHRA as protecting same-gender couples against discriminatory treatment, but only to the extent that they do not openly display their same-gender sexual orientation». Cfr. anche M. Bonauto, *Symposium: Commercial products as speech – When a cake is just a cake*, in www.scotusblog.com, 15 settembre 2017: «Looking beyond this case, it is clear that although the present controversy may focus on marriage and same-sex couples, if the Supreme Court were to accept a rule that simply providing commercial goods or services conveys a message of approval and endorsement that cannot be compelled, then public-accommodations protections will evaporate and many will suffer».

⁸¹ Si vedano, in proposito, D. NeJaime-R.B. Siegel, *Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics*, in 124 *The Yale Law Journal*, 2516 (2015), 2563-2564, per i quali «the claim to [anti-discrimination] exemption may not be a simple claim to withdraw, conceding a new consensus in favor of same-sex marriage while preserving space for faith groups to maintain their religious views. Instead, as in the healthcare refusals context, complicity-based conscience claims can function as part of a long-term effort to contest societywide norms», essendo che «the goal may be not only to restrict the legal recognition of same-sex marriage, but also to forestall or restrict an antidiscrimination regime that includes sexual orientation».

⁸² Con riferimento alla rivendicata introduzione normativa di una *marriage conscience protection clause* da parte di certa dottrina affine al mondo conservatore statunitense, è stato evidenziato da D. NeJaime, *Marriage Inequality: Same-Sex Relationships, Religious Exemptions, and the Production of Sexual Orientation Discrimination*, in 100 *California Law Review*, 1169 (2012), 1230, come «the proposed provision would permit discrimination against same-sex relationships in situations far removed from marriage, sweeping within its reach (marital) same-sex relationships throughout the entire course of those relationships. By covering the relationships of lesbians and gay men so comprehensively, the “marriage conscience protection” would target the enactment of sexual orientation identity in ways that sexual orientation antidiscrimination law otherwise would not tolerate». Nella dottrina italiana, cfr. A. Sperti, *Obiezioni di coscienza e timori di complicità*, in www.federalismi.it, 27 ottobre 2017.

⁸³ *Ibid.*: «The proposed religious accommodations threaten to subject same-sex couples to discrimination in employment, public accommodations, and housing for the duration of the marriage and in situations far removed from the marriage celebration». Cfr. anche R. Post, *An Analysis of DOJ's Brief in Masterpiece Cakeshop*, cit., per il quale «to key heightened First Amendment scrutiny to the expressive properties of human action is thus to risk stretching the First Amendment to encompass everything, which means that it will protect nothing».

Sul punto, a temperamento dei possibili rischi sopra paventati, deve comunque essere evidenziato che ogni caso sottoposto al vaglio della Corte Suprema rappresenta un micro-cosmo a sé stante, il quale custodisce gelosamente una propria identità, pur incrociando i percorsi logico-ermeneutici sviluppati in relazione a precedenti controversie⁸⁴.

Fermo dunque restando che, per le esposte ragioni, le circostanze specifiche del caso *Masterpiece Cakeshop* non sembrano inquadrabili entro i confini inviolabili della libertà di manifestazione del pensiero, si tenga in ogni caso presente l'orientamento secondo cui «[t]he right of free exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with a 'valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes)»⁸⁵.

La stessa Corte Suprema, infatti, sembra lasciar filtrare tra le righe di *Masterpiece Cakeshop* la necessità di limitare il raggio d'azione di possibili eccezioni a fronte delle legislazioni anti-discriminatorie esistenti in diversi Stati, onde evitare che la relativa disciplina venga posta *de facto* nel nulla e le stesse si traducano in un generalizzato «community-wide stigma»⁸⁶.

Infine, siano consentite alcune annotazioni conclusive, con possibili viste sugli assestamenti di tutela da parte del Supremo giudice statunitense.

Potrebbe forse apparire suggestivo che il *Chief Justice* Roberts, avendo aderito all'*opinion of the Court*, abbia deciso di non associarsi alle opinioni

⁸⁴ A proposito di una parallela reazione giurisprudenziale a fronte di una limitazione dei diritti fondamentali da parte della Corte Suprema, si veda W.J. Brennan Jr., *State Constitutions and the protection of individual rights*, in 90 *Harvard Law Review*, 489 (1977), 495, il quale – già da *Associate Justice* – guardava con favore a pronunce delle Corti statali che, facendo leva sulle Costituzioni e legislazioni degli Stati, fossero in grado di garantire una tutela più ampia a livello “locale” rispetto alle interpretazioni disegnate sul piano federale, anche contraddicendo le soluzioni adottate dalla *Supreme Court*: «[...] The essential point I am making, of course, is not that the United States Supreme Court is necessarily wrong in its interpretation of the federal Constitution [...]. It is simply that the decisions of the Court are not, and should not be, dispositive of questions regarding rights guaranteed by counterpart provisions of state law [...]. State court judges, and also practitioners, do well to scrutinize constitutional decisions by federal courts, for only if they are found to be logically persuasive and well-reasoned, paying due regard to precedent and the policies underlying specific constitutional guarantees, may they properly claim persuasive weight as guideposts when interpreting counterpart state guarantees [...] With federal scrutiny diminished, state courts must respond by increasing their own».

⁸⁵ U.S. Supreme Court, *Employment Div. v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), 879. Nella stessa pronuncia, 889, si consideri anche la pregnante affermazione secondo cui «we are a cosmopolitan nation made up of people of almost every conceivable religious preference [...] and precisely because we value and protect that religious divergence, we cannot afford the luxury of deeming presumptively invalid, as applied to the religious objector, every regulation of conduct that does not protect an interest of the highest order. The rule respondents favor would open the prospect of constitutionally required religious exemptions from civic obligations of almost every conceivable kind [...] The First Amendment's protection of religious liberty does not require this».

⁸⁶ Cfr. *supra* nel testo, 7.

concorrenti dei *Justices* Gorsuch e Thomas, pur condividendone il *pedigree* conservatore, seppur con sfumature di differente (e minore) intensità⁸⁷.

In proposito, assumerà sicuro interesse una futura pronuncia di merito su questioni affini, soprattutto tenendo in considerazione che, a seguito della recente nomina di *Justice* Kavanaugh⁸⁸, la contrapposizione tra i due prevedibili (e monolitici) “blocchi ideologici” in seno alla Corte⁸⁹ sarà inevitabilmente spezzata a favore dell’uno o dell’altro fronte proprio dal voto decisivo del *Chief Justice*, con buone probabilità più incline ad unirsi al gruppo conservatore⁹⁰.

Pertanto, non pare avventato sostenere che, a seguito delle dimissioni di *Justice* Kennedy (effettive dal 31 luglio 2018), l’attuale Corte Suprema ben potrebbe essere considerata «the most polarized Court in history» – in senso conservatore – a causa della prevedibile assenza di un Giudice in grado di bilanciare, tramite lo strumento dello *swing vote*, le contrapposte (forti) ideologie ivi presenti⁹¹.

Inoltre, si tenga presente la possibilità di tracciare una sorta di funzione matematica inversamente proporzionale tra il tasso di politicità delle questioni sottoposte a giudizio e la prevedibilità delle decisioni dei singoli componenti: più è elevata la prima variabile, minore sarà il grado di scostamento di ogni *Justice*

⁸⁷ Cfr. L. Krugman Ray, *The Style of a Skeptic: The Opinions of Chief Justice Roberts*, in 83(3) *Indiana Law Journal*, 997 (2008) e C.C. Alonzo, *The Strategic Justice: The Judicial Philosophy of Chief Justice John Roberts*, in *Law School Student Scholarship*, 2015, Paper 819.

⁸⁸ Più ampiamente sull’argomento, cfr. J. Jeanneney, *Le scandale et la fureur. Sur la confirmation de Brett Kavanaugh à la Cour suprême*, in *Jus Politicum. Revue de droit politique*, 20, 7 novembre 2018.

⁸⁹ Thomas, Alito, Gorsuch e Kavanaugh sul lato conservatore, Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan su quello *liberal*. Per una interessante ricostruzione della figura del Giudice della Corte Suprema quale (possibile) *swing voter*, dalla stagione del *New Deal* ai giorni nostri e delle relative oscillazioni giurisprudenziali a livello decisivo, cfr. B.L. Bartels, *The Sources and Consequences of Polarization in the U.S. Supreme Court*, in J.A. Thurber-A. Yoshinaka, *American Gridlock: The Sources, Character, and Impact of Political Polarization*, New York, 2015, 171 ss.

⁹⁰ Se pure è vero che, come sottolineato da C. Caruso, *Teoria e “ideologia” della libertà di espressione*, cit., 28, «nella giurisprudenza della Corte Suprema manca [...] una dottrina unitaria sulla *freedom of speech*, che anzi assume le sembianze di un patchwork multiforme, di cui i giudici si servono per salvaguardare alcuni valori ritenuti prevalenti nel caso di specie», non sembra tuttavia che la *judicial philosophy* del *Chief Justice* possa essere così deflagrante da segnare una radicale inversione di rotta rispetto a quella tracciata dalla Corte nei suoi tredici anni di presidenza: si veda, in proposito, anche l’opinione di J.M. Gora, *Free Speech Matters: The Roberts Court and the First Amendment*, in 25(1) *Brooklyn Law School, Legal Studies Paper*, 63 (2016), 64, per il quale «for a ten-year period, the Roberts Supreme Court may well have been the most speech-protective Court in a generation, if not in our history, extending free speech protection on a number of fronts and rebuffing claims by government and its allies to limit such protections».

⁹¹ A tal proposito, le parole di B.L. Bartels, *The Sources and Consequences of Polarization in the U.S. Supreme Court*, cit., 202, si sono rivelate profetiche: «If either Justice Kennedy or a justice who is ideologically incongruent with the sitting President should die or retire, we will likely witness the most politically cantankerous appointment and confirmation process in history. I refer to this as the “blockbuster scenario.” If such a scenario occurred, the President would have the opportunity to create the first ideologically reliable/homogenous majority coalition since the liberal coalition on the Warren Court of the 1960s».

rispetto a voti emessi in precedenti questioni simili ed ai propri tradizionali “alleati” in seno al collegio⁹².

Ad ulteriore aggiunta, non è illogico pensare che, a fronte di una polarizzazione politico-ideologica che si annuncia imminente, Roberts deciderà di rafforzare il proprio ruolo istituzionale – quale moderatore e direttore delle sinfonie generali della Corte, nonché suo massimo rappresentante – continuando a sposare o meno le opinioni delle maggioranze che volta a volta si verranno a plasmare, ma senza “esporsi” eccessivamente dal punto di vista dell’ermeneutica giuridica⁹³.

In questo senso, nelle questioni più divisive egli potrebbe evitare al massimo la pronuncia di *concurring opinions* (onde indebolire opinioni da lui stesso condivise, almeno nel dispositivo) e, in caso di dissenso rispetto alla volontà maggioritaria, potrebbe aderire al *dissent* meno “estremo” o formulare una propria opinione dissenziente più moderata⁹⁴.

Concludendo, solo un’analisi effettiva delle prossime pronunce della Supreme Court ci consentirà di comprendere gli orientamenti che la stessa deciderà di darsi – soprattutto fino a quando sussisterà una *conservative majority*⁹⁵ – nel risolvere le grandi questioni che quotidianamente contribuiscono a modellare

⁹² Come ogni regola, anche questa – a volerla ritenere tale – soffre della rispettiva eccezione: si veda, emblematicamente, il voto decisivo (e, per certi versi, sorprendente) di Roberts in U.S. Supreme Court, *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012), che ha ritenuto legittime numerose previsioni della importante riforma sanitaria voluta da Obama (c.d. *Obamacare*). Sul punto, cfr. A. Winkler, *The Roberts Court is born*, in www.scotusblog.com, 28 giugno 2012. In tema di “maggioranze trasversali”, cfr. recentemente U.S. Supreme Court, *Stokeling v. United States* – 586 U.S. ____ (2019) – con un *Chief Justice* schierato accanto al dissenziente fronte *liberal* ed il progressista Breyer unitosi alla (*majority*) *opinion of the Court* conservatrice (redatta da Thomas).

⁹³ Sull’argomento, cfr. S. Panizza, *L’introduzione dell’opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino, 1998, 235, a proposito del rapporto tra ruolo presidenziale e *dissent*, secondo cui «[...] la possibilità di esercitare una certa influenza sui singoli componenti della Corte e lo stesso prestigio goduto subirebbero, verosimilmente, una significativa riduzione in conseguenza di un atteggiamento radicale, di accesa contrapposizione e di frequente ricorso alla sottolineatura della propria posizione personale nelle questioni affrontate. La sua funzione di equilibrio, e il suo essere espressione della volontà generale dell’organo, mal si concilierebbero con un’eccessiva rigidità e una conseguente refrattarietà ad offrirsi al confronto (e, talora, al compromesso) con le diverse posizioni che emergano all’interno della corte».

⁹⁴ Cfr. B.L. Bartels, *The Sources and Consequences of Polarization in the U.S. Supreme Court*, cit., 197: «Chief Justice Roberts made it widely known that his goal was to increase rates of unanimity in order for the Court to speak with one voice and enhance its legitimacy». In tal modo, Roberts – *swing vote* spurio, poiché tale solo in termini numerici – potrebbe fungere da moderatore delle tendenze ritenute eccessivamente conservatrici o progressiste dei suoi colleghi, scegliendo volta a volta a quale schieramento aderire.

⁹⁵ Per una breve ricostruzione dei (possibili) orientamenti della Corte Suprema americana a seguito dell’ingresso dei candidati nominati dal Presidente Trump – Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh – si vedano, rispettivamente, G. Romeo, *Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: original understanding e diritti civili nell’era di Trump*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017, 20 febbraio 2017 e D. Zecca, *Le dimissioni di Justice Kennedy e il consolidamento di una maggioranza conservatrice in seno alla Corte Suprema*, in *DPCE-online*, 6 settembre 2018. Cfr. anche G. Aravantinou Leonidi, *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema dei Checks and Balances?*, in *Nomos*, Cronache costituzionali dall’estero, maggio-agosto 2018, 2-2018.

il presente e futuro dei confini del Primo Emendamento, del suo sistema di diritti e libertà e, più in generale, degli stessi Stati Uniti d'America.

Il tutto, senza dimenticare le peculiarità di ogni controversia e la necessità di leggere le sue sentenze – nonché quelle della United Kingdom Supreme Court, affini per retaggio culturale e centralità degli elementi di fatto – come innanzitutto riferite alle fattispecie oggetto di giudizio, ponderando le circostanze fattuali con i principî fondamentali dell'ordinamento, tra *decision-making process* e filosofia costituzionale di un'efficace garanzia delle rivendicazioni sociali e dei diritti fondamentali.