



Angelo Licastro

(professore ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di
Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

**“The icing on the cake”. Alla ricerca del giusto equilibrio tra libertà del
pasticciere e divieto di discriminazione delle coppie omolesuali ***

*“The Icing on the Cake”. Looking for the Right Balance between the Baker’s Freedom and
the Prohibition of Discrimination of the Same-Sex Couples **

ABSTRACT: When a baker refuses to sell a cake for the wedding of a homosexual couple on religious grounds, a conflict arises between two fundamental rights, equality, and freedom of religion. In some cases, freedom of expression may also be involved. This article examines the question of whether these rights can be balanced, considering the doctrinal approach to anti-discrimination contract law and the most recent case law.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive - 2. I casi di rifiuto opposto da pasticciere per motivi religiosi di vendere torte commissionate da clienti omolesuali - 3. Libertà di contrarre e interessi contrapposti - 4. L’attuale assetto del quadro normativo in materia di diritto contrattuale antidiscriminatorio - 5. I tentativi della dottrina civilistica di ricondurre la materia all’interno di una cornice di coerenza sistematica - 6. Una inedita rappresentazione in ambito europeo del difficile equilibrio tra libertà di espressione e divieto di discriminazione a causa dell’orientamento sessuale - 7. Dalla libertà di espressione alla libertà di creazione “artistica” il passo è breve? - 8. La decisione di inammissibilità del ricorso presentato davanti alla Corte di Strasburgo dall’attivista di *QueerSpace*.

1 - Considerazioni introduttive

Nessuno, fino a pochi anni fa, avrebbe pensato di annoverare il mestiere di pasticciere tra quelli ad alto rischio dal punto di vista dei possibili conflitti di coscienza cui può andare incontro il lavoratore nello svolgimento delle proprie mansioni professionali.

Le categorie più “sensibili”, da questo punto di vista, sono state tradizionalmente (e continuano a essere tuttora) altre, e, in particolare,

* Contributo sottoposto a valutazione - Article submitted to a double-blind review.



quelle riconducibili, in senso ampio, al settore sanitario, alle quali il pasticcere non può essere in alcun modo assimilato, né per quanto riguarda le modalità di svolgimento delle prestazioni, né per quanto riguarda la natura dei diritti dei terzi interessati a fruirne.

Invero, il panorama giurisprudenziale ci aveva presentato da tempo qualche caso di sospetta violazione della libertà religiosa (e del connesso divieto di discriminazione per motivi religiosi) del lavoratore operante nel settore dell'industria dolciaria, ma si era trattato di valutare la legittimità del divieto di portare la barba imposto dal datore di lavoro all'aspirante di religione *sikh* a ricoprire il posto, ponendo problemi solitamente risolti riconoscendo senz'altro prevalente, nell'ambito delle imprese alimentari in genere, rispetto al precetto religioso che imporrebbe di non radersi mai, l'interesse all'igiene del prodotto commercializzato¹. Sebbene non manchi qualche tratto di similitudine, sotto il profilo della eventuale rinuncia a mantenersi fedele al precetto religioso o al proprio convincimento di fede quale condizione per potere svolgere la prestazione lavorativa o assicurare il servizio offerto, le questioni tecniche da affrontare e risolvere nelle situazioni più recentemente emerse sono assai diverse, in quanto è assente nel caso prima richiamato qualsiasi profilo legato alla tutela del diritto a non essere discriminati dei terzi estranei al rapporto di lavoro, che è invece di centrale importanza nei casi di offerta di beni o servizi.

Ad attrarre la figura del pasticcere nel contesto delle complesse discussioni riguardanti il bilanciamento del diritto del lavoratore di agire

¹ Scottish Employment Appeal Tribunal, *Singh v. Rowntree MacKintosh Ltd.*, [1979] I.C.R. 554. Per l'indicazione di altri analoghi precedenti riguardanti il settore alimentare, si veda **R. NAVARRO VALLS, J. MARTINEZ TORRON**, *Le obiezioni di coscienza. Profili di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 153, nt. 15. Naturalmente, le esigenze connesse con l'igiene alimentare devono rappresentare la ragione reale del divieto, e non possono essere confuse con quelle collegate a ragioni estetiche o di gradevole aspetto del personale, integrandosi altrimenti una discriminazione indiretta ai danni del lavoratore *sikh*: in questo senso, Employment Tribunal (London Central), 19 novembre 2019, n. 2300234/2018, *Mr. R. Sethi v. Elements Personnel Services Ltd.* Si legge nella motivazione: "We find that in principle maintenance of appropriate hygiene is a legitimate aim. However, the Respondent's policy is not rationally connected to that aim. The policy is explicitly addressed to personal appearance rather than hygiene. [...]. If it were a hygiene issue, we would expect the evidence to indicate that it is more or less universally adopted. Even if there were a genuine hygiene reason, one would expect that to be adequately addressed by wearing a net. It is not suggested by the Respondent (or any of the evidence from clients) that this is a solution. It is plain that the 'no beards' requirement, both as articulated by the Respondent and as it appears from the client documentation, is an appearance issue not a hygiene issue (save where a worker is to be directly involved in food preparation, which was not work which the Claimant sought)".



secondo coscienza, e senza dovere tradire le proprie convinzioni religiose, con i diritti dei terzi interessati ad avvalersi delle relative prestazioni professionali², sono stati alcuni recenti sviluppi che hanno interessato molti ordinamenti occidentali, tra cui il nostro, dove sono state introdotte discipline innovative contenenti specifiche regolamentazioni delle unioni tra coppie omosessuali³. Tutto quanto normalmente accompagna lo svolgimento del procedimento civile necessario per costituire l'unione (o, in ordinamenti diversi dal nostro, la stessa celebrazione del matrimonio), può fornire l'occasione per l'insorgere di un conflitto di coscienza "professionale" in 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.

Può così risultare coinvolto - oltre, ovviamente, al funzionario pubblico incaricato di curare il procedimento⁴ - il titolare dello studio artistico specializzato nella creazione di inviti di nozze personalizzati⁵; il

² Cfr. **V. PACILLO**, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 206 (a proposito dell'obiezione così detta "professionale" in genere).

³ Si veda, da noi, la legge 20 maggio 2016, n. 76 (*Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*).

⁴ Cfr. **L. DECIMO**, *Matrimonio omosessuale e pubblico ufficiale: una nuova forma di obiezione di coscienza?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale - rivista telematica* (<https://www.statoechiese.it>), n. 30 del 2015, p. 1 ss.; **F. GRANDI**, *Unione civile e obiezione di coscienza: "questo matrimonio non s'ha da fare, né domani, né mai"*, in *GenIUS*, 2017/1, p. 15 ss.; **A. M. LECIS COCCO-ORTU**, *L'obiezione di coscienza al matrimonio same-sex: un'opzione ammissibile? Riflessioni a partire dalla pronuncia del Conseil constitutionnel*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 novembre 2013; **Á. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ**, *La objeción de conciencia de los Jueces a los matrimonios entre personas del mismo sexo en la doctrina del Tribunal Supremo*, in *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 21, 2009, p. 1 ss.; **R. NAVARRO-VALLS**, *La objeción de conciencia a los matrimonios entre personas del mismo sexo*, in *Persona y Derecho*, 2005, p. 259 ss.; **M. SAPORITI**, *J'objecte! Obiezione di coscienza e matrimonio egualitario: il caso francese*, in *GenIUS*, 2015/1, p. 211 ss.; **A. SCHUSTER**, *Introduzione al Focus [su Coscienza, religione e non discriminazione]*, ivi, 2017/1, pp. 8-11; **A. SPERTI**, *Obiezioni di coscienza e timori di complicità*, in *federalismi.it*, 25 ottobre 2017, p. 3 ss.; **R. TONIATTI**, *Un parere accomodante, interlocutorio e fondato sull'ineguaglianza delle forme familiari*, in *GenIUS*, 2017/1, p. 25 ss.; **M. D.C. VAN DER TOL**, *Conscience and Cakes: Reaffirming the Distinction Between Institutional Duties and Individual Rights*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2020, n. 2, p. 378 ss.

⁵ Cfr. Supreme Court of the State of Arizona, 16 settembre 2019, n. CV-18-0176-PR, *Brush & Nib Studio, LC, et al., v. City of Phoenix*, 448 P.3d, p. 890 ss., secondo cui imporre la creazione di inviti di nozze personalizzati implica una violazione della libertà di parola garantita dalla Costituzione dell'Arizona, nonché grava sostanzialmente sul libero



fotografo incaricato di immortalare l'evento⁶; il fioraio, chiamato a decorare la sala con composizioni floreali artistiche⁷; gli organizzatori di eventi e gestori di sale ricevimento⁸; il gestore dell'albergo presso il quale la coppia desidera alloggiare in una camera matrimoniale⁹; il *web designer*

esercizio della religione dei titolari dell'attività, non essendo stato dimostrato che l'applicazione dell'obbligo sia il mezzo meno restrittivo per realizzare il dichiarato interesse pubblico a sradicare la discriminazione.

⁶ Cfr., fra le altre, United States District Court Western District of New York, 13 dicembre 2021, n. 21-CV-6303-FPG, *Emilee Carpenter, LLC, et al., v. Letitia James, et al.* La ricorrente aveva senza successo lamentato «that, as applied to her business, New York's public-accommodations laws compel her to "violate her conscience by professing the state's [favorable] view about [same-sex] marriage"» (*ibidem*, p. 2). Si è invece espresso a favore della libertà rivendicata dalla fotografa, United States District Court Western District of Kentucky, 14 agosto 2020, N. 3:19-CV-851-JRW, *Chelsey Nelson Photography LLC, et al. v. Louisville/Jefferson County Metro Government, et al.* In relazione alla analoga situazione della realizzazione di video matrimoniali, cfr. United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, 23 agosto 2019, n. 17-3352, *Telescope Media Grp. v. Lucero*, 936 F.3d, p. 740 ss., dove si era profilata la possibilità che, costringendo il lavoratore a prestare il servizio contro le sue convinzioni religiose anche per i matrimoni tra persone dello stesso sesso, si sarebbe finito col violare la sua libertà di espressione, imponendogli di parlare e trasmettere un messaggio con cui non è d'accordo. Aveva, invece, escluso ogni violazione della libertà di espressione, Supreme Court of New Mexico, 22 agosto 2013, n. 33.687, *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d, p. 53 ss.

⁷ Cfr. Supreme Court of the State of Washington, 16 febbraio 2017, n. 91615-2, *Washington et al. v. Arlene's Flowers, Inc., et al.* La vicenda, che aveva visto un secondo intervento della stessa Suprema Corte dello Stato di Washington (6 giugno 2019) dopo il rinvio operato dalla Corte Suprema federale per una nuova valutazione del caso alla luce di *Masterpiece Cakeshop* e un ulteriore tentativo di investire della questione la Corte Suprema federale, si è da ultimo conclusa con un accordo transattivo tra le parti stipulato nel novembre 2021.

⁸ Cfr., ad esempio, Supreme Court, Appellate Division, Third Department, New York, 14 gennaio 2016, *Gifford v. McCarthy*, 137 A.D.3d, p. 30 ss., relativa a un caso in cui i proprietari di una *location* per matrimoni (una fattoria) si sono rifiutati di affittarla a una coppia omosessuale in occasione della celebrazione del loro matrimonio.

⁹ Cfr. UK Supreme Court, 27 novembre 2013, *Bull and another v. Hall and another* [2013] UKSC 73, nonché Bristol County Court, 4 gennaio 2011, ric. n. 9BS02095 e 9BS02096, *Martin Hall and Steven Preddy v. Peter Bull and Hazel Mary Bull* (il caso riguarda una coppia di uomini legati da *Civil Partnership*); Judiciary of England and Wales, 18 ottobre 2012, ric. n. 0UD02282, *Michael Black and John Morgan v. Susanne Wilkinson* (riguardante una coppia omosessuale non legata da un'unione civile che prenota una camera doppia in un bed & breakfast a gestione familiare); Intermediate Court of Appeals of Hawai'i, 23 febbraio 2018, n. CAAP-13-0000806, *Diane Cervelli and al., v. Aloha Bed & Breakfast*, 415 P.3d, p. 919 ss.



specializzato nella creazione di siti celebrativi dei matrimoni¹⁰; e, appunto, il pasticcere, incaricato di preparare la torta nuziale o da consumare in un evento celebrativo in qualche modo collegato col matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Si tratta solo di esempi riguardanti casi concretamente verificatisi in questi anni, cui facilmente potrebbero aggiungersi altri di pura fantasia.

2 - I casi di rifiuto opposto da pasticceri per motivi religiosi di vendere torte commissionate da clienti omosessuali

Oltre che al di là, anche al di qua dell'oceano troviamo ormai qualche vicenda di pasticceri che si sono rifiutati di fornire torte commissionate da clienti omosessuali, sebbene essa non riguardi una richiesta collegata con vere e proprie cerimonie nuziali.

Il caso-guida americano che ha portato all'intervento risolutore della Corte Suprema federale riguarda una pasticceria di un sobborgo di Denver, nel Colorado, *Masterpiece Cakeshop, Ltd.*, gestita da Jack Phillips. Nel 2012, prima che la Corte Suprema, in *United States v. Windsor* e in *Obergefell v. Hodges*¹¹, riconoscesse l'incostituzionalità delle leggi contenenti divieti di celebrazione e divieti di riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, Jack Phillips rifiutava di fornire una torta richiesta da due clienti omosessuali per festeggiare il loro matrimonio (di ritorno dall'avvenuta celebrazione in un altro Stato), manifestando la sua contrarietà, per motivi religiosi, a questo tipo di unione¹². Sebbene si fosse dichiarato pronto a vendere loro altri prodotti, come ad esempio "birthday cakes", la coppia avvierà un complesso iter procedurale davanti alla *Colorado Civil Rights Commission* finalizzato ad accertare la ricorrenza di una discriminazione ai suoi danni. La questione sarà quindi esaminata dal Giudice amministrativo, che accoglierà le

¹⁰ Cfr. United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, 26 luglio 2021, n. 19-1413, *303 Creative, et al. v. Elenis, et al.*

¹¹ USA Supreme Court, 26 giugno 2013, n. 12-307, *United States v. Windsor*, 570 U.S., p. 744 ss. (2013) e 26 giugno 2015, n. 14-556, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015) p. 644 ss.

¹² Una vicenda per certi versi analoga vedrà come protagonista la stessa pasticceria nel 2017, quando viene ordinata da un cliente una torta personalizzata (di colore rosa all'interno e blu all'esterno) per festeggiare l'intervenuto cambiamento di sesso. Cfr. District Court, City and County of Denver, 4 marzo 2021, n. 19CV32214, *Autumn Scardina v. Masterpiece Cakeshop Inc. et al.*



ragioni fatte valere dalla coppia con una decisione confermata sia dalla Commissione che dalla Corte d'appello del Colorado.

La Corte Suprema¹³ si pronunzierà infine col voto di 7 giudici contro 2 a favore del pasticciere, senza però prendere formale posizione sulla questione relativa alla eventuale prevalenza del diritto del titolare dell'azienda di rifiutare la prestazione per ragioni religiose sul contrario interesse del terzo a non essere discriminato nel godimento del servizio dal primo offerto¹⁴. Sarà piuttosto principalmente censurato l'operato della Commissione, di cui viene messa in dubbio la correttezza e l'imparzialità nel giudizio espresso sulla vicenda.

Una questione di delicati rapporti tra libertà e uguaglianza si trasforma così in una focalizzata sulla revisione dell'operato dell'organo alla luce del principio di stretta neutralità ed equidistanza rispetto alle convinzioni religiose di tutti, che deve guidare lo Stato e le sue varie articolazioni. La conseguenza è quella dell'accertamento di una violazione della *Establishment clause* nella condotta della Commissione, senza alcun approfondimento circa la prospettata violazione della clausola del libero esercizio della religione e della libertà di espressione di cui al Primo emendamento della Costituzione americana.

Un altro caso che ha dato luogo a ripetuti interventi delle corti americane è quello della pasticceria *Sweetcakes* di Gresham, nello Stato dell'Oregon, gestita da Melissa Klein, e risalente al 2013¹⁵.

¹³ USA Supreme Court, 4 giugno 2018, n. 16-111, *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al.*, 584 U.S. (2018), p. 1 ss.

¹⁴ Come è stato osservato, la Corte «preferred to focus almost exclusively on the facts of the case, using a typical “avoidance technique” that allows it to hear the case and at the same time safely step out of intensely controversial constitutional issues»: **M.M. WINKLER**, *What's in a cake? A note on Masterpiece Cakeshop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, in *DPCE on line*, 2018/4, p. 1236, che cita **L.A. KLOPPENBERG**, *Playing It Safe: How the Supreme Court Sidesteps Hard Cases and Stunts the Development of Law*, New York University Press, New York, 2001, p. 121. Secondo **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*, cit., n. 29 del 2018, p. 16, alla luce della diversità di vedute dei giudici della Corte sulla questione principale quale risulta dalle diverse *opinion*, «[n]on è impossibile [...] azzardare che, anche in ragione della difficoltà della controversia, la Corte abbia scelto di evitare il conflitto al suo interno, decidendo “di non decidere” il caso in tutte le sue oggettive e poliedriche sfaccettature».

¹⁵ Cfr. Court of Appeals of Oregon, 28 dicembre 2017, n. A159899, *Klein v. Or. Bureau of Labor & Indus.*, 289 Or. App. p. 507 ss., 410 P.3d, p. 1051 ss. Sull'ordinanza emanata nella vicenda dall'Ufficio del Lavoro e delle Industrie (BOLI), cfr. **A. SPERTI**, *Libertà di*



Accanto ai profili riguardanti l'accertata violazione della normativa antidiscriminatoria, la vicenda si caratterizza per una particolarità, ossia per la condanna, in un primo tempo inflitta, al risarcimento del danno morale procurato dal pasticcere nel corso della discussione intervenuta con la madre di una delle donne omosessuali che era seguita al rifiuto del gestore di offrire il servizio richiesto. Sebbene l'esatto svolgimento dei fatti non sia mai stato acclarato, restando in particolare dubbio se il pasticcere si fosse limitato a citare un passo del Levitico¹⁶ o avesse riferito un termine gravemente offensivo, tratto dal già menzionato passo della sacra Bibbia, a una delle due donne in procinto di sposarsi, e figlia della interlocutrice, si era ritenuto che la condotta fosse stata in ogni caso causa di danno risarcibile.

Sulla vicenda la Corte d'appello dell'Oregon si è da ultimo espressa il 26 gennaio scorso, riesaminando la precedente decisione alla luce delle conclusioni della pronunzia della Suprema Corte federale in *Masterpiece Cakeshop*¹⁷. Analogamente a quanto era accaduto nel caso deciso dalla Corte Suprema federale, nella procedura che aveva condotto alla irrogazione della condanna sono stati colti alcuni indizi di una qualche "ostilità" nei confronti delle credenze religiose del pasticcere. Sotto la lente dei giudici finisce quella parte della motivazione della condanna in cui sembra imputarsi la responsabilità al pasticcere senza una previa esatta ricostruzione dello svolgimento dei fatti, ma quasi dando per scontato che, in ogni caso, ci fosse stata una condotta causa di danno a lui addebitabile¹⁸. In questo modo, non si sarebbe mantenuta la stretta neutralità richiesta all'organo pubblico, ci si sarebbe schierati nell'ambito di una discussione profondamente divisiva per le varie comunità di fede, non si sarebbe tenuto in alcun modo conto che quella intervenuta tra il

coscienza, libertà di impresa e divieto di discriminazione nel recente "caso della torta nuziale" (in www.articolo29.it, 27 agosto 2015).

¹⁶ Levitico, 18:22: "non avrai con un uomo relazioni carnali come si hanno con una donna: è cosa abominevole".

¹⁷ Court of Appeals of Oregon, 26 gennaio 2022, n. A159899, *Klein v. Or. Bureau of Labor & Indus.*, 317 Or. App., p. 138 ss.

¹⁸ Court of Appeals of Oregon, 26 gennaio 2022, n. A159899, *Klein v. Or. Bureau of Labor & Indus.*, cit. p. 164: "Taking the position that it did not matter factually what Aaron had said tends to suggest hostility or dismissiveness because it is not typical to hold someone liable in damages for something they did not, in fact, say or do. On the contrary, the facts matter when imposing liability for damages, and there is a significant difference, factually, between a person who quotes a topically relevant Bible passage that contains an inflammatory word to respond to a suggestion that they might change their beliefs, and a person who calls another person a name using that same inflammatory word".



pasticciere e la madre di una delle due donne era una discussione su questioni religiose.

Quanto al Vecchio Continente, ha avuto recentemente una certa risonanza, per effetto della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha dichiarato inammissibile il ricorso presentato dall'interessato¹⁹, il caso del cittadino britannico, residente in Irlanda del Nord, volontario di *QueerSpace*, un'organizzazione di sostegno della comunità LGBT di Belfast²⁰, che si vede opporre un netto rifiuto dal gestore della pasticceria quando decide di commissionare una torta da portare a un evento promosso dalla già menzionata organizzazione per celebrare "the end of Northern Ireland anti-homophobia week and the political momentum towards same-sex marriage". I fatti si verificano nel momento in cui era in corso nel Paese una pubblica riflessione politica sull'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso²¹.

Avvalendosi del servizio di personalizzazione del prodotto ("Build-a-Cake"), promosso dalla pasticceria tramite volantini pubblicitari non contenenti alcun accenno a limitazioni circa le decorazioni ammesse, viene ordinata una torta guarnita con un'immagine colorata dei personaggi dei pupazzi animati "Bert e Ernie"²², il logo *QueerSpace* e lo slogan "Support

¹⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. IV, dec. 6 gennaio 2022, ric. n. 18860/19, *Gareth Lee v. the United Kingdom*.

²⁰ "QueerSpace is a volunteer-led collective which has been serving the LGBT community of Belfast and Northern Ireland since 1998. It does this by raising LGBT visibility, supporting LGBT community activities and facilitating communication. [...] QueerSpace seeks to increase the visibility of the Lesbian, Gay, Bisexual and Transgendered (LGBT) Community in a positive manner to counteract the disregard and negative images presented to the general public over the past centuries. [...] QueerSpace is dedicated to supporting, organizing and publicizing the artistic, educational, cultural and social activities of the LGBT community which are designed to: express cultural traditions through musical, dramatic and visual projects; increase the understanding of the historical background and current status of the LGBT community in and around Belfast; provide an interface for groups within and outside of the LGBT community; foster open and inclusive debate and dialogue concerning questions of identity, difference and division; and influence opinion on particular issues which are directly relevant to the QueerSpace Mission and experience. [...] QueerSpace strives to procure the human, physical and capital resources for the LGBT Community that have for so long been denied this sector of the community. [...] QueerSpace will facilitate communication among the diverse groups within the LGBT community and with those outside of the LGBT community" (<http://lgbtqi.org/portfolio/queer-space/>).

²¹ L'istituto verrà legalizzato in Irlanda del Nord nel gennaio del 2020.

²² Si tratta di personaggi popolari dei *Muppet*, che appaiono nel corso del programma televisivo statunitense per bambini *Sesame Street*, il cui orientamento sessuale è



Gay Marriage". Da segnalare che non si trattava di una torta nuziale²³. Sia il giudice di primo grado²⁴ che il giudice d'appello²⁵ qualificheranno come direttamente discriminatoria la condotta della pasticceria, condannandola a risarcire il danno al cliente. Tuttavia, la Corte Suprema del Regno Unito²⁶ ribalterà le conclusioni del Tribunale di Contea di Belfast e della Corte d'Appello dell'Irlanda del Nord, riconoscendo invece la fondatezza delle ragioni del pasticciere, che non avrebbe in alcun modo discriminato il cliente (trattato allo stesso modo di chiunque altro rispetto alla richiesta di una torta contenente quel tipo di messaggio), essendosi piuttosto opposto a porre in essere una condotta che avrebbe contribuito a diffondere un messaggio rispetto al quale era profondamente in disaccordo.

A seguito di questa pronunzia, la tendenza - presente in dottrina - a mettere l'accento sulle specificità del sistema costituzionale americano e sulla spiccata valorizzazione da esso operata della libertà di espressione per spiegare esiti interpretativi come quelli richiamati può apparire, per qualche aspetto, non giustificata. La Corte si pronunzierà tenendo conto del diritto irlandese contro le discriminazioni, ma anche delle garanzie di cui agli articoli 9 e 10 CEDU, vincolanti, come si sa, per tutti gli Stati parti della Convenzione.

3 - Libertà di contrarre e interessi contrapposti

Prima di procedere nell'analisi dei problemi accennati, può essere utile a

controverso. Il sospetto, risalente, che si tratti di una rappresentazione di una coppia gay venne rilanciato quando un ex sceneggiatore dichiarò in una intervista che la relazione tra i due personaggi era stata modellata su quella (omosessuale) da lui intrattenuta col proprio partner. Già prima, la rivista americana *The New Yorker* aveva scelto un'immagine di Bert ed Ernie come copertina del numero dell'8 luglio 2013, in occasione dell'emanazione della prima decisione della Corte Suprema sul matrimonio tra persone dello stesso sesso.

²³ Richiama opportunamente l'attenzione su questo aspetto, "despite widespread public misunderstanding", C. McCRUDDEN, *The Gay Cake Case: What the Supreme Court Did, and Didn't, Decide in Ashers*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2020, n. 2, p. 239.

²⁴ County Court in Northern Ireland, 19 maggio 2015, *Gareth Lee v. Ashers Baking Co. Ltd. and al.*

²⁵ Court of Appeal in Northern Ireland, 24 ottobre 2016, *Gareth Lee and Colin McArthur and al.*

²⁶ UK Supreme Court, 10 ottobre 2018, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, [2018] UKSC 49.



questo punto presentare, sia pure per grandi linee, i termini del dibattito dottrinale concernente l'incidenza del nuovo diritto antidiscriminatorio nella materia contrattuale, per come si è andato sviluppando negli ultimi tempi in Italia e con specifico riguardo ai profili di più diretto interesse per i temi qui affrontati, introducendo, anzitutto, la definizione di alcuni concetti basilari e dei principi generali in materia.

La libertà di concludere o no un contratto, operando anche una selezione nell'ambito dei potenziali soggetti con cui stipularlo (così detta "libertà di contrarre")²⁷, è tradizionalmente considerata una tipica manifestazione dell'autonomia privata, intesa come ambito di libertà nella autoregolamentazione dei propri interessi personali e patrimoniali tramite gli strumenti giuridici offerti dall'ordinamento.

Mentre, tuttavia, nel sistema privatistico di stampo liberale, basato sul libero svolgersi della logica di mercato, un tempo ritenuta di per sé capace di assicurare automatica tutela ai contrapposti interessi delle parti, tale libertà ha avuto e conservato a lungo una rilevanza centrale, subendo eccezionali limitazioni proprio in contesti in cui quella logica o non opera affatto o può non garantire a tutti l'accesso a beni o servizi essenziali, emergenti istanze, volte a rivendicare nuove forme costituzionalmente fondate di "giustizia contrattuale", intesa in una accezione lata e diversa da quelle più consolidate²⁸, hanno via via determinato una crescente tensione, in diversi ambiti, proprio tra la libertà di contrarre e alcuni valori di libertà, eguaglianza e di solidarietà direttamente fissati dalla Carta costituzionale.

Non è un caso che il codice civile, con la previsione di uno specifico obbligo di contrarre in capo all'impresa che opera in condizione di monopolio legale, prescrivendo, altresì, l'osservanza della parità di

²⁷ Resta insuperata la definizione data da **F. MESSINEO**, *Il contratto in genere*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 46, secondo cui la libertà di contrarre, da un lato, è libertà di "stipulare o non stipulare: al contratto non si può essere astretti, perché esso è un fatto di volontà e non vi è volontà se essa non sia spontanea. Dall'altro lato, che è poi un secondo aspetto del primo, libertà di contrarre è la possibilità di scegliersi la controparte e, quindi, di potersi rifiutare alla conclusione del contratto con una parte che non aggradi. Altrimenti si avrebbe il cosiddetto contratto coattivo o necessitato".

²⁸ Sottolinea, tra i molti, la diversità delle accezioni in cui nel dibattito scientifico viene adoperata la formula "giustizia contrattuale", **F. PIRAINO**, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Europa e dir. priv.*, n. 2, 1° giugno 2015, p. 233, secondo il quale il dibattito dottrinale sull'incidenza del divieto di discriminazione nei rapporti contrattuali rappresenta un tentativo "di scaricare sul contratto aspirazioni alla giustizia distributiva", oltre dunque il terreno naturale di operatività del principio, che sarebbe quello della "giustizia commutativa".



trattamento (art. 2597), sia intervenuto al fine di correggere una situazione per definizione fonte di possibile pregiudizio per il consumatore (cui viene quindi assicurata la fruizione del servizio) proprio a causa della non operatività delle regole della concorrenza; e, nel caso dei pubblici servizi di linea (art. 1679), il medesimo codice abbia previsto un analogo obbligo, venendo in gioco l'interesse alla fruizione generale di un servizio pubblico considerato "essenziale", gestito mediante atto di concessione, con il conseguente impegno della pubblica amministrazione ad assicurare adeguati livelli di prestazione, anche indipendentemente dall'operare dei principi della concorrenza e del libero mercato.

Viene in considerazione la stessa logica di fondo pure nei casi in cui si ritengono configurabili veri e propri obblighi a contrarre collegati con la disciplina *antitrust*, sebbene in questa ultima sia in gioco, in via immediata, la regolamentazione dei rapporti tra imprenditori, con riflessi soltanto indiretti sulla posizione del consumatore o dell'utente finale²⁹. Lo stesso accade in molte nuove fattispecie di tali tipi di obbligo nelle quali l'esigenza diretta di protezione dell'utente, realizzata attraverso una limitazione della tradizionale libertà negoziale goduta dall'impresa, è spesso da mettere in relazione col fenomeno della privatizzazione dei pubblici servizi, che ha portato a trasferire in una nuova dimensione, nella quale centrale fattore propulsivo sono valutazioni di utilità e sostenibilità economica, la gestione di attività di rilevanza pubblicistica (in quanto di utilità generale) che dovrebbero per definizione prescindere. Basta pensare agli obblighi di servizio universale nel settore delle telecomunicazioni, in quello dei trasporti e in quello dell'energia elettrica e del gas³⁰.

Appare, invece, sicuramente in grado di abbracciare situazioni anche molto diverse da quelle finora considerate l'articolo 187 del regio decreto 6 maggio 1940, n. 635³¹, secondo cui "[s]alvo quanto dispongono gli artt. 689 e 691 del codice penale, gli esercenti non possono senza un legittimo motivo, rifiutare le prestazioni del proprio esercizio a chiunque le domandi e ne corrisponda il prezzo"³². La disposizione prescinde

²⁹ Sul tema cfr. C. OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. OLIVIERI, A. ZOPPINI, A. CATRICALÀ, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 34 ss.

³⁰ C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Giappichelli, Torino, 2004.

³¹ "Approvazione del regolamento per l'esecuzione del testo unico 18 giugno 1931, n. 773 delle leggi di pubblica sicurezza".

³² La violazione della regola è soggetta alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 516 a euro 3.098 (art. 221-bis Testo Unico delle leggi di pubblica



chiaramente da considerazioni legate ai principi della libera concorrenza o dell'accesso a beni o servizi "essenziali", come tali da garantire a qualsiasi interessato. Si è piuttosto di fronte - come incidentalmente affermato dalla Corte costituzionale³³ - a "un'ipotesi di obbligo legale a contrarre" destinata a incidere sull'autonomia negoziale dei privati "in via generale" e, quindi, anche oltre l'accesso ai servizi di utilità sociale intesi in senso stretto³⁴; e, si noti bene, anche a prescindere dalla ricorrenza di un qualsiasi fattore di rischio tutelato dalla normativa antidiscriminatoria. Anche per questo, probabilmente, il legislatore ha in qualche modo temperato l'operatività dell'obbligo sancendo il limite del "legittimo motivo" di rifiuto delle prestazioni richieste.

Detto diversamente, la norma, benché molto risalente, potrebbe offrire copertura ad alcune controverse applicazioni dell'obbligo di contrarre, che sono venute acquistando crescente interesse negli ultimi tempi, sulla base dei riflessi prodotti sul principio di autonomia privata dalla tutela dei diritti e libertà fondamentali della persona direttamente sanciti dalla Costituzione e non necessariamente correlati con le questioni dell'accesso paritario a beni o servizi essenziali. Va però aggiunto che questo tipo di obiettivi caratterizzano piuttosto gli sviluppi, in questo campo, del nuovo diritto antidiscriminatorio, per lo più (ma non solo) di matrice europea, ritenuti talmente rilevanti da consentire ormai, secondo gli studiosi, l'individuazione di una apposita branca di tale diritto, di immediato interesse per la tematica in esame, quella del "diritto contrattuale antidiscriminatorio"³⁵.

Messa da parte la questione dell'operatività di limiti per l'autonomia privata indotti sia dalla necessità di supplire alle normali dinamiche del mercato in contesti dominati da posizioni monopolistiche, sia dalla più generale esigenza di assicurare la fruizione di beni o servizi troppo importanti per essere integralmente affidata alle regole della concorrenza, ci si interroga sulla questione dell'effettiva portata da

sicurezza) ed è, altresì, sanzionata con la sospensione dell'attività (ai sensi dell'art. 17-ter del medesimo Testo Unico).

³³ Corte cost., sent. n. 253 del 2006, punto 8 del *Considerato in diritto*.

³⁴ Si è invece autorevolmente sostenuto che la restrizione dell'autonomia contrattuale operata "in ragione del superiore interesse dell'utilità sociale" sia riscontrabile anche nell'obbligo legale di contrarre sancito in materia di esercizi pubblici dal citato art. 187 r.d. n. 635 del 1940: **C.M. BIANCA**, *Diritto civile*, vol. III, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 204.

³⁵ **D. MAFFEIS**, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, *passim*.



riconoscere all'espandersi delle norme antidiscriminatorie nel settore dell'offerta di beni e servizi, tra i quali vanno annoverati accanto a quelli di primario interesse per l'individuo (si pensi, ad esempio, all'accesso all'alloggio), anche alcuni non aventi carattere essenziale.

Non può sfuggire che tutto questo rappresenta un indizio di una certa ridefinizione, rispetto alle fattispecie in precedenza richiamate, della *ratio* sottesa alla tutela riservata all'utente o al consumatore che manifesti interesse verso l'offerta di questi beni o servizi, sebbene possano ancora concorrere anche alcune "giustificazioni politiche"³⁶ del divieto legate alla libera circolazione dei medesimi beni o servizi (e dunque all'„efficienza del mercato“)³⁷: potendo essi non rivestire affatto carattere essenziale o di utilità sociale, o, come è stato osservato, inserirsi "in uno scambio di rilevanza economica modesta" (con quanto ne consegue anche in termini di criteri seguiti in sede di liquidazione del danno)³⁸, tanto da evocare questioni che, in sé e per sé, appaiono di carattere bagattellare³⁹, non sarebbe congruo, per giustificare le limitazioni all'autonomia negoziale delle parti, neppure rifarsi al principio generalissimo di solidarietà sociale,

³⁶ Per l'individuazione di queste giustificazioni, cfr. **D. MAFFEIS**, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 41 ss.

³⁷ **D. MAFFEIS**, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2015, n. 1, p. 180.

³⁸ Cfr. sul punto specifico **D. MAFFEIS**, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2/2008, p. 432, il quale opportunamente invita a separare la gravità dell'offesa dal valore economico dell'affare che non va in porto, in quanto, proprio nei casi in cui la rilevanza economica è modesta, la condotta discriminatoria assume "un significato inequivocabile di disprezzo e la mortificazione che può seguirne è assai più intensa" dei casi in cui siano in gioco interessi di peso economico rilevante.

³⁹ Cfr. **V. FANCHIOTTI**, *Libertà di espressione del pensiero e di religione: la Corte Suprema va in pasticceria*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2006, il quale, riferendosi alla pronuncia della Corte Suprema americana, afferma trattarsi di "una decisione che a prima vista non può non suscitare lo stupore divertito del lettore, soprattutto in quello italiano, educato da massime del tipo *de minimis non curat praetor* e preoccupato dal proliferare nella prassi giudiziaria di impugnazioni dal contenuto bagattellare". Nella vicenda irlandese il rifiuto di fornire il servizio richiesto è intervenuto in sede di esecuzione del contratto e avrebbe potuto quindi comportare la proposizione da parte dell'interessato di una semplice azione volta a fare valere l'inadempimento. "It is not at all surprising that Mr Lee did not pursue a breach of contract claim, however: the Equality Commission would not have been able to support his litigation; the damages payable would have been *de minimis* (he did succeed quickly in having the cake made by another baker, after all), and (most importantly) it would not have established any principle that what had happened amounted to unlawful discrimination, with the heavy moralistic overtones that such a finding (rightly) attracts": **C. McCRUDDEN**, *The Gay Cake Case*, cit., p. 242 s.



risultando più plausibile mettere piuttosto quelle limitazioni in relazione con valori costituzionali di rango ancora più elevato e capaci di esprimere l'essenza stessa dell'essere umano - rispetto alla quale deve considerarsi irrilevante ogni possibile "variante" in relazione ai fattori sensibili protetti dal diritto antidiscriminatorio - ossia, *in primis*, col valore della dignità della persona umana⁴⁰. Il che, tuttavia, non significa, a mio parere, che il valore della dignità possa essere da solo e autonomamente assunto come parametro sufficiente a guidare nella soluzione dei casi più controversi di scontro tra principio della libertà contrattuale e divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale.

4 - L'attuale assetto del quadro normativo in materia di diritto contrattuale antidiscriminatorio

Provando ora a ricostruire, con riguardo ai profili che presentano maggiore interesse per il tema trattato, l'attuale assetto - per quanto "frammentario, lacunoso ed eterogeneo"⁴¹ - del nostro diritto contrattuale antidiscriminatorio, importanza fondamentale deve riconoscersi al Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e

⁴⁰ Il richiamo al valore della dignità umana come fondamento del diritto contrattuale antidiscriminatorio è un dato praticamente pacifico in dottrina. Ad esempio, cfr. **B. CHECCHINI**, *Discriminazione contrattuale e dignità della persona*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 159 ss.; **L. SITZIA**, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011, *passim*. Secondo **A. GENTILI**, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 228, "la discriminazione è sempre offesa alla dignità di una persona. Ogni ulteriore pregiudizio, come il non poter esercitare una libertà o il patire rifiuti nelle forniture di beni e servizi, o subire condizioni svantaggiose, è conseguenza e non essenza della discriminazione, che in sé stessa è negazione dell'altrui dignità". Sul versante del diritto di matrice europea, accanto alle questioni legate alla costruzione del mercato concorrenziale comune, "l'affermarsi del personalismo quale ulteriore sostrato costitutivo dell'Unione europea ha assecondato la riscoperta dell'attitudine del contratto a promuovere anche valori della persona e del diritto civile a combattere fenomeni di razzismo e di discriminazione": **E. NAVARRETTA**, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 3/2014, p. 549, la quale ricorda altresì che il "divieto di discriminazioni per ragioni legate alle qualità del contraente [...] immette nel circuito dell'esercizio dell'autonomia un valore fondante del sistema: la dignità umana" (p. 551; *ivi*, nt. 28, ampi riferimenti alla dottrina). Precisa **D. MAFFEIS**, *La discriminazione religiosa*, in *Dir. eccl.*, 2006, n. 1-2, p. 55 ss., par. 3, che il "divieto di discriminazione risponde all'esigenza di protezione della dignità di ogni singola persona" (corsivo presente nell'originale).

⁴¹ **B. CHECCHINI**, *Discriminazione contrattuale*, cit., p. 16.



norme sulla condizione dello straniero (decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286). In atto, infatti, tale decreto rappresenta l'unica fonte interna che abbia declinato, con specifico riferimento al fattore di rischio dei *motivi religiosi* (appartenenza a una determinata religione), ma senza cenno alcuno al diverso fattore derivante dall'orientamento sessuale, il divieto di atti discriminatori nel settore contrattuale⁴², parlando, più precisamente, di divieto di imposizione (a un cittadino straniero, inteso come cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea o apolide, come anche a un cittadino italiano o di altri Stati membri dell'Unione presente in Italia) di *condizioni più svantaggiose* o di *divieto di rifiuto di fornire beni o servizi offerti al pubblico* (art. 43, secondo comma, lett. *b*, e terzo comma)⁴³. Infatti, sia il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215⁴⁴, sia il decreto legislativo 6 novembre 2007, n. 196⁴⁵, in conformità con le direttive europee cui danno attuazione, introducono particolari garanzie nel campo dell'accesso a beni e servizi e della loro fornitura⁴⁶, ma tengono conto soltanto,

⁴² È stata definita, in senso ancora più comprensivo, come la "prima normativa a carattere generale della Repubblica in materia di libertà religiosa, posta a protezione dalla discriminazione e, conseguentemente, anche mirata alla promozione di valori o pratiche religiose minoritarie", G. CASUSCELLI, *Uguaglianza e fattore religioso*, in S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI, S. DOMIANELLO, *Le fonti e i principi del diritto ecclesiastico*, Utet, Torino, 2000, p. 84.

⁴³ "2. In ogni caso compie un atto di discriminazione: [...]

b) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto a causa della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità".

"3. Il presente articolo e l'articolo 44 si applicano anche agli atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti dei cittadini italiani, di apolide e di cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea presenti in Italia".

⁴⁴ Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

⁴⁵ Attuazione della direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura. Le norme relative sono state rifuse nel Codice delle pari opportunità tra uomo e donna di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198.

⁴⁶ Non contiene alcuna particolare limitazione riferita al campo di applicazione la legge 1° marzo 2006, n. 67, recante Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni. Secondo D. MAFFEIS, *La discriminazione religiosa*, cit., par. 2, tale normativa rende comunque "evidente che le regole dedicate alla discriminazione nel contratto contenute nel d.lgs. n. 286/1998 e nel d.lgs. n. 215/2003 devono applicarsi anche quando il fattore di discriminazione [...] consiste nella disabilità". Sul punto, in giurisprudenza, cfr. Cass., sez. III, 23 settembre 2016, n. 18762, citata da N. SCARANO, *La non discriminazione nei rapporti tra privati: un divieto generale?*, in *Contratto e impresa*, 1/2021, p. 260, nt. 7.



rispettivamente, del fattore di rischio consistente nella “razza” o nell’„origine etnica” (salvo il riferimento, sempre nella prima fonte, all’„esistenza di forme di razzismo a carattere religioso”: art. 1 d.lgs. n. 215 del 2003, idoneo però a richiamare solo i casi in cui sussista una stretta compenetrazione tra fattore razziale e fattore religioso e certamente non a coprire ogni possibile forma di rilevanza di quest’ultimo) ovvero di quello legato al “sesso”. Non è, infatti, approdata ancora a risultati la proposta, risalente al 2 luglio 2008, di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale, che, mirando a estendere la tutela contro la discriminazione, in presenza dei predetti fattori di rischio, anche al di fuori del settore dell’occupazione e delle condizioni di lavoro, in cui essa è oggi confinata, comprende anche la materia dell’accesso a beni e servizi, inclusi gli alloggi⁴⁷.

Queste disposizioni, a rigore, non consentono, quindi, di risolvere i problemi in esame prescindendo del tutto dall’antica questione della diretta applicabilità delle norme costituzionali ai rapporti tra privati⁴⁸, una volta ammesso, quanto al fattore di rischio dell’orientamento sessuale, che esso sia compreso tra le “condizioni personali e sociali” dell’individuo cui

⁴⁷ Si è osservato N. SCARANO, *La non discriminazione*, cit., p. 270, che “l’esistenza di tale proposta non deve indurre ad escludere *sic et simpliciter* la possibilità di reputare illecito, già adesso, prima che la proposta di direttiva sia approvata, un atto di autonomia privata determinato dall’altrui orientamento sessuale (o dagli altri fattori di rischio di cui alla proposta di direttiva menzionata), solo per l’assunto che, in caso contrario, la procedura legislativa pendente perderebbe di rilevanza: difatti, l’entrata in vigore della direttiva rimarrebbe comunque auspicabile, nella misura in cui [...] la specificazione del divieto, già espresso con disposizioni di principio, comporta il non trascurabile vantaggio di limitare la discrezionalità dell’interprete nel risolvere i conflitti tra l’autonomia negoziale e le istanze di non discriminazione”.

Sul fondamento giuridico e politico della proposta, con riguardo ai profili di più immediato interesse ecclesiasticistico, cfr. S. MONTESANO, *Brevi riflessioni sull’art. 17 TFUE e sul progetto di Direttiva del Consiglio recante disposizioni in materia di divieto di discriminazione*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 18 del 2015, p. 34 ss.

⁴⁸ Per una puntuale rassegna degli orientamenti della dottrina civilistica sul tema, cfr. B. CHECCHINI, *Discriminazione contrattuale*, cit., p. 8 ss., nonché N. SCARANO, *La non discriminazione*, cit., p. 261 ss., secondo il quale, “[a]l di fuori dei casi riconducibili ai divieti di discriminazione espressamente imposti dal legislatore [...] un generale diritto a non essere discriminati, tale da far sorgere una responsabilità civile in capo al privato che ne provochi una lesione, potrebbe essere argomentato” ricorrendo a uno dei seguenti modelli: “la *Drittwirkung* ovvero l’interpretazione costituzionalmente orientata della nozione di ordine pubblico e del dovere di buona fede” (p. 275).



fa espresso riferimento l'articolo 3 Cost.⁴⁹. Garanzia puntuale, dunque, sebbene non immediatamente e con chiarezza riconoscibile, similmente alla garanzia di cui all'articolo 14 CEDU⁵⁰ e a differenza di quella risultante dall'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Da segnalare, infine, l'apporto al rafforzamento delle garanzie contro le discriminazioni legate all'orientamento sessuale e all'identità personale proveniente dalla legislazione di alcune regioni, sebbene proprio nel caso in cui si era intervenuto con la previsione di un divieto per gli operatori commerciali appartenenti a determinate categorie di rifiutare la loro prestazione, o di erogarla a condizioni deteriori rispetto a quelle ordinarie, per motivi riconducibili all'orientamento sessuale o all'identità di genere, la Corte costituzionale ha ravvisato una violazione della competenza esclusiva dello Stato in quanto normativa incidente sull'autonomia negoziale dei privati⁵¹.

5 - I tentativi della dottrina civilistica di ricondurre la materia all'interno di una cornice di coerenza sistematica

Fare leva sul divieto di discriminazione in funzione di un ampliamento dei casi in cui deve essere assicurato al soggetto portatore di un particolare "fattore di rischio" l'accesso a beni o servizi (anche) non essenziali⁵²

⁴⁹ Si tratta di esito interpretativo che sembra essere condiviso dalla stessa Corte costituzionale. Nella sent. 138 del 2010, di fronte ai dubbi di costituzionalità sollevati dal giudice rimettente in ordine alla esclusione dal matrimonio delle coppie omosessuali, atteso il divieto di "discriminazioni derivanti dal sesso o dalle condizioni personali (quali l'orientamento sessuale)" (punto 4 del *Ritenuto in fatto*), la Corte esclude ogni violazione dell'art. 3 (non mettendo in discussione l'inquadramento del fattore di rischio compiuto dal giudice *a quo*, ma) "perché la normativa [...] non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" (punto 9 del *Considerato in diritto*).

⁵⁰ L'articolo 14 non indica infatti l'„orientamento sessuale“ fra i fattori di rischio ivi enumerati. In diverse occasioni, tuttavia, la Corte di Strasburgo ha ribadito che esso è indubbiamente ricompreso nella disposizione, in considerazione del fatto che l'elencazione dei fattori di rischio in essa presente ha carattere esemplificativo e non tassativo. Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, 26 febbraio 2020, ric. n. 36515/97, *Fretté c. Francia*, par. 32.

⁵¹ Corte cost., sent. n. 253 del 2006.

⁵² Non pare possa essere revocato in dubbio che l'esercizio della libertà contrattuale è tutelato dal diritto antidiscriminatorio "sia che la controparte intendesse soddisfare bisogni primari sia che si ripromettesse di soddisfare interessi secondari o voluttuari": **D. MAFFEIS**, *La discriminazione religiosa*, cit., par. 5. Deve peraltro ricordarsi che in una



ovvero in funzione di un semplice rafforzamento delle sanzioni per condotte già considerate illecite dall'ordinamento⁵³ significa accettare l'idea che il principio di "autonomia privata" possa manifestare elevati livelli di cedevolezza, malgrado una risalente tradizione gli riconosca piuttosto un posto di assoluta centralità nell'ambito della materia dei contratti, nella quale addirittura "è tradizionalmente considerato sacro il principio della reciproca non incidenza tra rapporti contrattuali con controparti diverse"⁵⁴. Non muta la sostanza di quest'ultimo asserto la mancata elevazione del principio di autonomia privata al rango di valore costituzionale, su cui insiste una parte della dottrina civilistica⁵⁵. Lo rafforza ulteriormente la tesi secondo cui il principio di autonomia contrattuale avrebbe fondamento costituzionale⁵⁶. In ogni caso, che si stia maneggiando una materia anche per questo motivo assai delicata lo conferma forse la stessa direttiva 2004/113/CE, nella quale, con una scelta in cui si è ritenuto di cogliere le tipiche connotazioni di una *excusatio non petita*⁵⁷, si è voluto ribadire (all'art. 3, secondo comma) che la "presente

prospettiva analoga si era già orientato il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, che, all'art. 3, ha previsto un obbligo di vendita nel caso di commercio al dettaglio, stabilendo che "[i]n conformità a quanto stabilito dall'articolo 1336 del codice civile, il titolare dell'attività commerciale al dettaglio procede alla vendita nel rispetto dell'ordine temporale della richiesta". Nel senso che "[i]l diritto a ricordare il giorno del matrimonio attraverso documentazione fotografica non costituisce, di per sé, un diritto fondamentale della persona tutelato a livello costituzionale", Cass. civ., sez. III, 29 maggio 2018, n. 13370, in *DeJureGFL*, che lo qualifica come diritto "immaginario", "non idoneo [...] ad essere fonte di un obbligo risarcitorio in relazione al danno non patrimoniale"; analogamente, Trib. Messina, 6 novembre 2012, n. 2035, *ivi*.

⁵³ In questa prospettiva cfr. soprattutto **G. SCARSELLI**, *Appunti sulla discriminazione razziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, n. 6, p. 822.

⁵⁴ Così **D. MAFFEIS**, *Libertà contrattuale*, cit., p. 403. Individua quale "profilo critico" delle nuove norme antidiscriminatorie, proprio la loro sfera di applicabilità riferita all'„area dei rapporti contrattuali di diritto privato, dove, tradizionalmente, si è soliti parlare di libertà", **B. CHECCHINI**, *Discriminazione contrattuale*, cit., p. 3 (ma si tratta di rilievo diffuso in dottrina).

⁵⁵ Riferimenti in **B. CHECCHINI**, *Discriminazione contrattuale*, cit., p. 4 (in nota), che peraltro reputa condivisibile l'orientamento dottrinale "che ancora la libertà contrattuale al principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica privata" (p. 17).

⁵⁶ **E. NAVARRETTA**, *Principio di uguaglianza*, cit., p. 555. Per la Corte costituzionale, l'autonomia negoziale trova tutela nell'art. 41 Cost. "come mezzo di esplicazione della libertà di iniziativa economica, la quale si esercita normalmente in forma di impresa" (Corte cost., n. 268 del 1994, punto 3 del *Considerato in diritto*), e dunque in forma "solo indiretta, in quanto strumento dell'iniziativa economica" (Corte cost., n. 159 del 1988, punto 3 del *Considerato in diritto*).

⁵⁷ Cfr. **D. LA ROCCA**, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in *M.*



direttiva non pregiudica la libertà di scelta del contraente”, nella misura in cui tale scelta “non si basa sul sesso della persona”.

Sotto questo aspetto, una rapida comparazione con la materia dell’accesso al lavoro, nella quale le garanzie antidiscriminatorie sono ormai molto puntuali e tecnicamente affinate⁵⁸, porta a mettere in risalto significative differenze, accanto ad alcune evidenti analogie.

Questo può giustificarsi sia alla luce della circostanza che, nel caso delle procedure di assunzione dei lavoratori, il principio della libertà di contrarre rappresenta, nel nostro ordinamento, una acquisizione piuttosto recente⁵⁹, sia perché non può revocarsi in dubbio che, in quel caso, oggetto diretto di tutela sia un fenomeno, posto a base delle stesse istituzioni repubblicane (art. 1, primo comma, Cost.), riconducibile *esso stesso* a una manifestazione essenziale della dignità umana, in quanto fattore basilare e irrinunciabile di sviluppo della personalità, attraverso cui ognuno è chiamato a contribuire al “progresso materiale o spirituale della società” (art. 4 Cost.).

Operare perché siano eliminate eventuali condotte discriminatorie nei confronti degli aspiranti lavoratori (fra l’altro) in base alla religione o all’orientamento sessuale, pur in presenza di un principio generale di libertà di scelta del prestatore d’opera da assumere, non significa dunque solo tutelare la libertà di religione o di praticare secondo i gusti e le preferenze personali la propria sessualità, ma significa soprattutto garantire parità di *chance* nell’accesso a un bene indubbiamente prezioso per l’individuo e per la collettività intera.

Queste stesse considerazioni non possono evidentemente valere venendo in rilievo beni o servizi non essenziali, spostandosi in questo caso

BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 309, che parla di «una sorta di *excusatio non petita* che “tradisce” il timore che il nuovo divieto di discriminazione possa alterare le logiche della mediazione mercantile».

⁵⁸ Cfr., in particolare, il decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216 (*Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro*), nonché, più di recente, il già citato decreto legislativo n. 198 del 2006.

⁵⁹ Nella dottrina ecclesiasticistica ne ricostruisce l’evoluzione, **V. PACILLO**, *Contributo*, cit., p. 110 ss. Tra i civilisti, cfr. **P. GALLO**, voce *Parità di trattamento e principio di non discriminazione*, in *Dig. sez. civ., Agg.*, 2022, il quale ricorda che “[a]ttualmente l’assunzione è [...] in gran parte libera, nel senso che il datore di lavoro può scegliere liberamente i dipendenti, salvo l’onere di darne successivamente comunicazione all’ufficio competente [...]; salvo ancora l’obbligo, gravante sui datori di lavoro che impieghino più di 10 dipendenti, di riservare una quota delle assunzioni, pur sempre libere sotto il profilo della scelta, a lavoratori che appartengono a determinate categorie particolarmente deboli; come per esempio i disoccupati di lungo periodo, e così via”.



il *focus* della tutela prevalentemente sul fattore di rischio protetto. Non si tratta, di regola, di governare veri e propri fenomeni di esclusione di determinate categorie di persone dal libero godimento di beni o servizi di massa⁶⁰, sebbene si tratti di fenomeni che pure potrebbero attecchire in certi contesti sociali dove siano radicati e capillarmente diffusi gli atteggiamenti di pregiudizio (che abbiano distorto la valutazione compiuta dal soggetto circa ad esempio l'affidabilità della controparte) oppure di chiusura o di diffidenza indotte dall'attaccamento a precisi elementi identitari (anche essi riconducibili al fenomeno in esame). L'utente o il consumatore che si vede opporre un rifiuto dall'altra parte riceve *in linea di principio* tutela sulla base del diritto antidiscriminatorio anche nella situazione in cui potrebbe immediatamente soddisfare il suo interesse materiale rivolgendosi a un altro fornitore del bene o del servizio richiesto, senza alcun aggravio di costi (ferma restando la maggiore gravità dei fatti nel caso in cui tale accesso resti di fatto precluso o sia garantito a costi maggiori)⁶¹. Riemerge prepotentemente l'irrinunciabile esigenza di tutelare la dignità della persona umana, ma questa volta il pericolo di un pregiudizio per questo valore proviene direttamente dal rischio di offesa cui è esposto il "fattore sensibile" - si può dire, in altre parole, che è a esso intrinseco - mentre può non riguardare (o può riguardare solo marginalmente) l'effettivo godimento del bene o del servizio richiesto. È anche per questo che, come è stato sottolineato in dottrina, in questi casi l'analisi deve prescindere dalle peculiarità che caratterizzano il diritto del lavoro, e la tutela del fattore di rischio deve essere ricostruita soltanto "avuto riguardo ai principi ed alle regole del diritto dei contratti"⁶².

⁶⁰ Per questa eventualità cfr. E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza*, cit., p. 561, secondo cui "dinanzi alla prova di una effettiva diffusione del comportamento discriminatorio in un ambito rilevante del mercato, non è da escludere la possibilità di invocare tutele poste a presidio della libertà contrattuale, a partire dall'obbligo a contrarre".

⁶¹ Ha sottolineato D. MAFFEIS, *La discriminazione religiosa*, cit., che "le leggi antidiscriminatorie si applicano non solo, com'è ovvio, quando l'atto discriminatorio preclude l'accesso al mercato della singola controparte [...] bensì anche quando l'atto discriminatorio non comporti, di fatto, la preclusione dell'accesso al mercato [...], così escludendo dall'accesso al bene soggetti che presentano una qualità personale rilevante ai sensi delle leggi antidiscriminatorie, e che di fatto pure potrebbero rivolgersi con successo al mercato acquistando da *altri* il bene o il servizio" (par. 5) (corsivo presenti nell'originale).

⁶² D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale*, cit., p. 404. Lo stesso A., altrove (*La discriminazione religiosa nel contratto*, cit., par. 2), ha affermato che "[s]i apre così una importante stagione



L'esigenza di tenere insieme il principio di autonomia contrattuale e le nuove applicazioni del diritto antidiscriminatorio hanno condotto la dottrina civilistica a compiere uno sforzo di sintesi degli interessi contrapposti (e apparentemente inconciliabili) emergenti nelle fattispecie in esame, nel tentativo di approdare a esiti interpretativi il più possibile equilibrati⁶³. L'incertezza e la lacunosità del dato normativo sono però ostacoli di un certo rilievo che si frappongono in ogni percorso di questo tipo.

Si è così sostenuto che nelle fattispecie in cui è presente uno dei fattori di rischio protetti, a subire limitazioni non è intanto la libertà di contrarre genericamente intesa, ma solo quella sua manifestazione che si realizza attraverso una vera e propria offerta al pubblico, in una delle diverse forme che essa può concretamente rivestire⁶⁴. Sfuggirebbero quindi del tutto al divieto di discriminazione le dichiarazioni contrattuali così dette individualizzate⁶⁵.

del contratto, al servizio della libertà e della tolleranza, in particolare religiosa”.

⁶³ Cfr., ad esempio, **G. SCARSELLI**, *Appunti sulla discriminazione razziale*, cit., p. 813: “nessuno può pensare [...] né che in nome della libertà si possa legittimare ogni comportamento discriminatorio, né che in nome del divieto di discriminazione si possa sopprimere ogni forma di libertà privata e negoziale fino ad oggi esistente” (p. 813). Si legga, altresì, **E. NAVARRETTA**, *Principio di uguaglianza*, cit., p. 551, secondo cui “[è] evidente [...] che se le disuguaglianze vanno combattute, è anche vero che, infranto il velo dell’uguaglianza formale, sono tali e tante le possibili diversità reali che, ad assecondarle tutte, si rischia di rimettere costantemente in discussione la vincolatività dell’accordo. Analogamente, se l’obiettivo della parità in concreto nell’accesso al contratto deve indurre ad un sindacato sulla scelta negoziale, un controllo troppo dilagante e pervasivo potrebbe minacciare la stessa autonomia che è a fondamento del contratto”. L’A. preciserà che la stessa “tutela della dignità non può spingersi sino ad annientare la libertà contrattuale” (p. 552, nt. 33).

⁶⁴ Nel senso che l’istituto dell’offerta al pubblico è incompatibile con qualsiasi lecito rifiuto del bene offerto a prescindere dalla normativa antidiscriminatoria, “poiché il rifiuto di fornire beni o servizi dopo l’offerta costituisce inadempimento contrattuale, e quindi sempre atto illecito”, **G. SCARSELLI**, *Appunti sulla discriminazione razziale*, cit., p. 818. Sulle motivazioni che sarebbero sottese alla scelta del legislatore di limitare l’operatività del divieto alle offerte al pubblico, cfr. **E. NAVARRETTA**, *Principio di uguaglianza*, cit., p. 552 ss.

⁶⁵ In questo senso, **D. MAFFEIS**, *Libertà contrattuale*, cit., p. 409 s.: “[i]n presenza di una dichiarazione individualizzata il divieto di discriminazione non è violato anche se il contraente rifiuta di concludere un contratto o riserva alla sua controparte un trattamento peggiore a causa di una sua qualità personale che rilevarebbe astrattamente come fattore di discriminazione” (p. 410). L’A. preciserà più avanti che sarebbero compresi nel divieto “tutti i casi in cui il contraente si sia rivolto indistintamente al pubblico o a una cerchia indeterminata di persone”, compresi i casi di semplice invito a offrire o a manifestare un



Supporterebbe questa conclusione il dato ricavabile dal decreto legislativo n. 286 del 1998, già più sopra richiamato, dove si parla, appunto, di rifiuto “di fornire beni o servizi *offerti al pubblico*” (art. 43, secondo comma, lett. *b*). Tuttavia, il decreto legislativo che ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva 2000/43/CE, in materia di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall’origine etnica, non contiene alcuna analoga limitazione, riferendosi semplicemente “all’accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, incluso l’alloggio”: l’enunciato della disposizione è del tutto conforme a quello della versione italiana della direttiva, ma appare in contrasto, ad esempio, con quella inglese, dove si parla di “access to and supply of goods and services *which are available to the public, including housing*” (art. 3, par. 1, lett. *h*). Una formulazione in parte simile si rinviene ora nel Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, dove, all’articolo 55-ter, nel dare attuazione alla direttiva 2004/113/CE, si parla di “beni e servizi che sono a disposizione del pubblico e che sono offerti al di fuori dell’area della vita privata e familiare e delle transazioni ivi effettuate”. A rigore tutte queste norme non si applicano ai fattori di rischio diversi da quelli espressamente previsti (razza, origine etnica e sesso), ma l’indicazione da esse offerta non sembra affatto trascurabile sul piano sistematico generale.

A differenza poi delle norme incluse nel codice civile e più sopra richiamate, il divieto di discriminare l’utente (per i noti fattori di rischio) non implicherebbe, oltre al divieto di rifiutare i beni o il servizio offerto, anche un obbligo di trattamento assolutamente paritario. Si è prospettata, ad esempio, l’eventualità che siano richieste alle controparti “differenti garanzie” o l’esibizione di “diversi documenti”; il criterio di base per capire se si è di fronte a una discriminazione (vietata) o no sarebbe da individuare nell’esistenza di una “qualità reale che renda la controparte sgradita” alla cui verifica sarebbe destinata la trattativa che le parti sono legittimate a condurre anche in presenza di vere e proprie offerte rivolte al pubblico⁶⁶. Il fattore sensibile segnalerebbe, in pratica, l’esistenza di una “diversità” (da considerare in linea di principio irrilevante) a rischio di discriminazione, ma dietro a essa potrebbe nascondersi una qualche caratteristica ulteriore che sarebbe il vero elemento che il contraente non è

interesse. Resterebbe in ogni caso esclusa la possibilità di inserire una “espressa riserva di un successivo gradimento” (p. 415). Nel senso, invece, che il divieto di discriminazione sarebbe applicabile anche alle dichiarazioni individualizzate, con esclusione di quelle che si concludono nell’ambito della vita privata e familiare, **G. CARAPEZZA FIGLIA**, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, ESI, Napoli, 2013, p. 106.

⁶⁶ Così, ancora, **D. MAFFEIS**, *Libertà contrattuale*, cit., p. 419.



in alcun modo disposto ad accettare.

Bisogna, tuttavia, a mio parere, distinguere. Infatti, se alcune caratteristiche potrebbero essere legate al fattore di rischio soltanto sulla base di un pregiudizio, superabile (o che può risultare confermato) ad esempio in fase di trattativa, o, comunque sia - anche fuori dai casi di pregiudizio - potrebbero di fatto non accompagnare il fattore sensibile protetto (come in particolare nel caso dell'effettivo svolgimento delle pratiche religiose, che può mancare nonostante la ricorrenza del fattore di rischio dipendente dalla appartenenza confessionale), altre caratteristiche ancora sono legate al fattore di rischio in modo praticamente inscindibile, con la conseguenza che non avrebbe neppure senso individuare in esse il vero elemento rifiutato dalla controparte, senza contestualmente dovere ammettere una violazione del divieto di discriminazione.

Va ribadito che, perché operi il divieto di discriminazione, il fattore sensibile deve essere *il solo motivo* alla base di un eventuale trattamento più svantaggioso, avendo quest'ultimo a oggetto direttamente quel fattore oppure una caratteristica inscindibilmente collegata con il medesimo. È poi appena il caso di aggiungere che, a parte le conseguenze ricollegabili alla normativa antidiscriminatoria, il rifiuto di fornire la prestazione, rispetto al quale *unica* causa determinante sia stata la considerazione del fattore sensibile tutelato dalla legge, non potrà mai integrare la speciale causa di non punibilità del "legittimo motivo" prevista dal già citato articolo 187 del regio decreto n. 635 del 1940.

Si è pure sostenuto che, nell'ambito del diritto contrattuale antidiscriminatorio, sia del tutto inapplicabile il divieto di discriminazione indiretta⁶⁷.

Pur condividendo pienamente le riserve sui rischi di un ulteriore, pesante, *vulnus* al principio di autonomia contrattuale, non mi sembra, però, superabile il dato normativo di segno contrario che è molto puntuale almeno se riferito agli specifici fattori di rischio presi in considerazione dalla normativa attualmente vigente⁶⁸.

⁶⁷ D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale*, cit., p. 427.

⁶⁸ Mi riferisco, in particolare, alla direttiva 2004/113/CE, che, disciplinando il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, nel contemplare espressamente anche la discriminazione indiretta, ne sancisce chiaramente l'applicabilità. In termini altrettanto chiari si esprime la direttiva 2000/43/CE, per come risulta dalla norma ivi inclusa riguardante la nozione di discriminazione e quella riguardante il campo di applicazione. Si veda pure la nozione di "discriminazione" di cui all'art. 43, primo comma, del decreto legislativo n. 286 del 1998. Secondo D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit., p. 173, "il legislatore europeo del diritto dei contratti ha dettato regole e



Possono, del resto, bene immaginarsi delle misure, dei provvedimenti o delle prassi apparentemente neutre attuate da un fornitore di beni o servizi che, comportando una selezione della clientela non direttamente collegata con il fattore di rischio ma nei fatti fonte di un particolare pregiudizio indirettamente dipendente da quel fattore, presentino tutte le caratteristiche richieste per integrare, appunto, una discriminazione indiretta, come dimostra la giurisprudenza della Corte di giustizia, ad esempio in tema di fornitura di energia elettrica⁶⁹. Si dirà che l'esempio riguarda un settore concernente un pubblico servizio rispetto al quale la libertà dell'impresa subisce notevoli restrizioni. Ma non escluderei che possano prospettarsi altre situazioni rispetto alle quali risulti parimenti palese l'esigenza di sradicare radicati pregiudizi indotti dalla ricorrenza dei fattori di rischio protetti. Aggiungerei che l'esempio di condotta che prescinde dal tenere conto del particolare giorno festivo previsto dalla religione dei singoli soggetti potenzialmente interessati all'acquisto di un immobile ("il privato che svolge trattative per la vendita dell'immobile di sua proprietà, ed è solito fissare gli appuntamenti per il sabato, non pone in essere una discriminazione nei confronti della controparte di religione ebraica")⁷⁰ potrebbe non dimostrare la radicale non operatività del divieto di discriminazione indiretta in campo contrattuale ove venisse ricondotto a una situazione in cui il trattamento fonte di pregiudizio risulti (presente, ma al tempo stesso sia) oggettivamente giustificato dalla stessa logica che giustifica ad esempio l'esistenza nel nostro ordinamento di un "calendario comune" per il

definizioni mescolando il diritto antidiscriminatorio *del lavoro* con il diritto antidiscriminatorio *dei contratti*, ma il compito dell'interprete è quello di tenere distinti i due ambiti elaborando regole diverse" (corsivi presenti nell'originale).

⁶⁹ Cfr. Corte di giustizia U.E., G.C., 16 luglio 2015, ric. n. C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*. Sebbene la pronunzia abbia censurato come comportamento *direttamente* discriminatorio, alla luce della direttiva 2000/43/CE, la scelta di una compagnia elettrica di collocare in una città bulgara i contatori della luce, nel solo quartiere cittadino abitato prevalentemente da persone di origine rom, a un'altezza di molto superiore rispetto alle altre zone della città, essa ha però pure stabilito (par. 105) che nel medesimo caso, "supponendo che il giudice del rinvio pervenga alla conclusione che non è dimostrato che la prassi controversa costituisca una discriminazione diretta fondata sull'origine etnica, si deve osservare che i fatti come accertati da detto giudice permettono di considerare che una siffatta prassi presenta le caratteristiche richieste per costituire una discriminazione indiretta ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2000/43, salvo che essa possa essere giustificata ai sensi di detta disposizione".

⁷⁰ D. MAFFEIS, *Libertà contrattuale*, cit., p. 427.



computo dei termini ai sensi dell'articolo 2963 c.c.⁷¹.

Resterebbe da chiedersi se, in una situazione del genere, ricorrerebbe una discriminazione indiretta vietata nel caso di una procedura di selezione operata da un imprenditore *privato* in vista dell'assunzione di un lavoratore dipendente, alla luce della previsione dell'articolo 4, terzo comma, della legge 8 marzo 1989, n. 101, contenente la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione delle Comunità ebraiche italiane, che pone vincoli solo per la fattispecie del *pubblico concorso*.

In definitiva, di fronte al preciso dato normativo più sopra richiamato, più che di una radicale incompatibilità della fattispecie di discriminazione indiretta con la materia contrattuale, si può forse pensare a una auspicabile maggiore elasticità nel riconoscimento delle condizioni che rendono oggettivamente giustificato il trattamento indifferenziato fonte di indiretto pregiudizio per alcune categorie di utenti o di consumatori identificabili in base al fattore di rischio protetto.

La dottrina, comunque sia, afferma che il divieto di discriminazione contrattuale non opera in maniera incondizionata. Ci sarebbe uno spazio in cui, sebbene il fattore sensibile abbia direttamente inciso sulla condotta del contraente, che per quel solo motivo si è quindi determinato nel senso di rifiutare il bene o il servizio richiesto, o nel senso di praticare condizioni più svantaggiose per la controparte, non opera tuttavia la garanzia derivante dalle norme in esame. Per circoscrivere questo spazio si è ritenuto di potere fare riferimento ai casi in cui "la qualità personale *effettivamente ricada* sulla prestazione"⁷², nel senso che il contraente, portatore del fattore di rischio, sarà condizionato nell'adempimento della sua prestazione proprio da una caratteristica correlata a quel fattore. Con la conseguenza che a essere esclusi dall'applicazione del divieto, in questa prospettiva, sarebbero prevalentemente i contratti nei quali "la controparte non acquista, bensì aliena beni o presta servizi"⁷³. In questi casi è evidente il parallelismo con la situazione riguardante l'assunzione

⁷¹ Cfr. **F. FINOCCHIARO**, *Diritto ecclesiastico*, 13^a ed., aggiornamento a cura di A. BETTETINI e G. LO CASTRO, Zanichelli, Bologna, 2020, p. 218; **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, in **F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA**, *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 224 s.

⁷² **D. MAFFEIS**, *La discriminazione religiosa*, cit., par. 6, dove si ritiene di dovere respingere la validità di quelle tesi che o si richiamano alla categoria dei contratti conclusi *intuitu personae* o si rifanno al concetto di contratti *Massengeschäfte* elaborato dalla dottrina tedesca.

⁷³ **D. MAFFEIS**, *La discriminazione religiosa*, cit., par. 6.



del lavoratore che debba possedere un requisito essenziale per lo svolgimento della prestazione, oggetto di puntuale disciplina da parte della direttiva 2000/78/CE, in materia, appunto, di parità di trattamento nell'occupazione e nelle condizioni di lavoro. È invece impossibile applicare il medesimo ragionamento qualora il rifiuto di assecondare il cliente riguardi la vendita di un bene, proprio a causa del fattore di rischio di cui è portatrice la controparte.

Secondo una diversa ricostruzione, resterebbero invece esclusi dall'applicazione della normativa i contratti così detti *intuitu personae*, nei quali la stipulazione o il perfezionamento del negozio dipendono dalle caratteristiche personali della parte (che assicura il servizio), come, ad esempio, accade nel contratto di collaborazione professionale⁷⁴.

6 - Una inedita rappresentazione in ambito europeo del difficile equilibrio tra libertà di espressione e divieto di discriminazione a causa dell'orientamento sessuale

Dopo questa istruttiva illustrazione dei profili generali del diritto contrattuale antidiscriminatorio, si può provare ad affrontare più da vicino le specifiche questioni sollevate dal conflitto tra la libertà rivendicata dal pasticciere e il divieto di discriminazione delle coppie omosessuali. Questioni che, come si ricorderà, la Corte Suprema americana non ha tematicamente affrontato, inducendo a pensare che la pronuncia sul caso *Masterpiece Cakeshop* finirà probabilmente con l'essere ricordata "più per il curioso oggetto materiale del contendere, [...] che per la regola giuridica che ribadisce"⁷⁵. I giudici della Suprema Corte federale che, all'epoca della pronuncia, si erano dimostrati pienamente consapevoli di questi limiti, non sembrano reputarli peraltro tali da escludere ogni possibilità che il precedente ispiri la soluzione di casi analoghi⁷⁶, almeno per profili "collaterali" a quello principale, ove si consideri che, nella

⁷⁴ G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale*, cit., p. 823.

⁷⁵ Così V. FANCHIOTTI, *Libertà di espressione*, cit., p. 2009. L'A. aveva immediatamente prima osservato che il caso "in realtà" sfiora "una tematica delicata di primaria importanza, il conflitto tra due diritti soggettivi di portata costituzionale".

⁷⁶ Parla di "decisione utilizzabile solo nel caso *sub iudice* e non suscettibile di porsi come un precedente significativo", V. FANCHIOTTI, *Libertà di espressione*, cit., p. 2010; analogamente, L.P. VANONI, "It is (not) a piece of cake", cit., p. 14 s., che richiama anche la tesi di alcuni commentatori americani secondo i quali il precedente non si sarebbe potuto applicare a molti altri casi e "forse a nessuno".



vicenda della pasticceria *Sweetcakes* (ma non solo in essa), la Corte Suprema ha rinviato alla corte inferiore (in quel caso, la Corte d'appello dell'Oregon) la decisione precedentemente emanata "for further consideration in light of *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Comm'n*"⁷⁷; a seguito del riesame, la Corte d'appello non ha confermato la condanna al risarcimento del danno che era stata inflitta dalla Commissione per i diritti civili, sebbene nella pronunzia ancora si sottolinei che in definitiva la Corte Suprema federale "never addressed the question of the legal correctness of the agency's (and the court's) ruling"⁷⁸.

Preliminarmente, deve sottolinearsi che la comunicazione alla clientela del servizio offerto dalla pasticceria ha tutte le caratteristiche di quella che, nel nostro ordinamento, si sarebbe definita come una offerta rivolta a una cerchia indeterminata di persone⁷⁹. Nella pasticceria ci sono volantini che pubblicizzano il servizio, dove sono rappresentati vari tipi di torte celebrative, quali "Halloween cake", "birthday cakes" e torte per festeggiare i successi conseguiti da squadre o aziende. I termini e le condizioni per fruire del servizio, pubblicati su internet, prevedevano una serie di restrizioni, nessuna delle quali però riferibile all'ordine ricevuto dal cliente omosessuale. Più precisamente, la normativa irlandese impone al fornitore di offrire un servizio della stessa qualità, con le stesse modalità e alle stesse condizioni che sono "normali" in rapporto al trattamento riservato al pubblico: la pasticceria aveva provato a sostenere che la richiesta di una torta recante un messaggio polemico non fosse in questo senso "normale", ma il giudice riterrà che niente nei volantini pubblicitari avrebbe fatto sospettare questo, ossia che "the order placed in this occasion lay outside the normal range of products offered"⁸⁰. Inoltre, ove fosse stata presente una clausola di gradimento del cliente formulata in termini del tutto generici e incondizionati (penso all'avviso spesso presente nei ristoranti o nei bar americani: "we reserve the right to refuse service to anyone"), la sua operatività sarebbe rimasta condizionata alla

⁷⁷ Supreme Court of the United States, 17 giugno 2019, n. 18-547, *Klein v. Or. Bureau of Labor & Indus.*, 139 S. Ct. 2713 (2019) 204 L. Ed. 2d 1107.

⁷⁸ Court of Appeals of Oregon, 26 gennaio 2022, n. A159899, *Klein v. Or. Bureau of Labor & Indus.*, cit.

⁷⁹ Nel Sistema americano, la normativa vieta tradizionalmente ogni discriminazione "in places of public accommodation", che comprendono anche gli esercizi commerciali. Cfr. A. AVINS, *What is a Place of "Public" Accommodation?*, in *Marquette Law Review*, 1968, n. 1, p. 1 ss.

⁸⁰ Court of Appeal in Northern Ireland, 24 ottobre 2016, *Gareth Lee and Colin McArthur and al.*, cit., par. 52.



ricorrenza di una giusta causa di rifiuto del servizio (ad esempio in presenza di rischi per la sicurezza, la tranquillità o l'igiene all'interno del locale), fermo restando in ogni caso l'illegittimità di una esclusione, anche per tale via operata, avente carattere discriminatorio. Va pure precisato che l'attivista ha avuto modo, in tempo per la riunione programmata dall'associazione, di comprare presso un altro esercizio commerciale una torta con identiche caratteristiche.

Si deve, ancora, premettere che la legislazione irlandese esenta dal rispetto di alcuni vincoli posti dal diritto antidiscriminatorio le organizzazioni con finalità religiosa (escluse quelle aventi principale scopo commerciale). Ne deriva che, stando all'apprezzamento compiuto dal legislatore, l'esigenza di garantire la particolare *connotazione di carattere identitario o confessionale* della organizzazione deve considerarsi prevalente sulle ragioni poste a base del divieto di discriminazione. Tuttavia, nel caso della pasticceria irlandese, a parte alcune ascendenze semantiche di carattere biblico presenti nella denominazione⁸¹, né dalle regole interne ("memorandum and articles of association" equivalenti in sostanza al nostro atto costitutivo e statuto), né dal materiale pubblicitario risultava alcuna indicazione circa eventuali finalità di carattere religioso dell'impresa o circa la volontà dei proprietari di volere condurre la gestione dell'attività imprenditoriale in piena coerenza con le proprie convinzioni religiose. Il trattamento che viene a essa riservato è quindi quello fatto a un qualsiasi esercizio commerciale operante nel mercato secondo le regole del diritto comune.

La tensione tra libertà di espressione e divieto di discriminazione a causa dell'orientamento sessuale è al centro della vicenda decisa dai tribunali irlandesi. Il principale argomento invocato dal pasticcere per sottrarsi all'obbligo di fornire il servizio richiesto consiste nel *diritto a non essere costretto a compiere una manifestazione del pensiero* (per di più) contraria alle sue convinzioni religiose. Ogni manifestazione del pensiero deve considerarsi in linea di principio libera, frutto cioè di decisione spontanea, mentre nei casi in esame si assisterebbe a una compressione di tale libertà, al fine di consentire l'incondizionato godimento del bene o del servizio richiesto dal cliente. Il conflitto con le convinzioni religiose pone poi evidentemente anche un problema di *tutela della libertà di religione*.

Il procuratore generale dell'Irlanda del Nord aveva provato, nel giudizio davanti alla Corte d'appello, di mettere in dubbio proprio la

⁸¹ Cfr. UK Supreme Court, 10 ottobre 2018, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, cit., par. 9.



ricorrenza di una ipotesi di discriminazione diretta per motivi di credo religioso o di opinione politica oppure basata sull'orientamento sessuale, proprio perché essa implicherebbe il sorgere di una responsabilità civile "for the refusal to express a political opinion or express a view on a matter of public policy contrary to the religious belief of the person refusing to express that view"⁸². E la Corte Suprema irlandese escluderà la ricorrenza di qualsiasi discriminazione proprio alla luce della circostanza che il rifiuto del pasticcere di fornire la torta era stato deciso in modo indipendente dal presumibile orientamento sessuale del cliente, in quanto determinato esclusivamente da una *obiezione rivolta al messaggio* di cui la torta era semplice tramite.

Si può dire che il messaggio glassato sulla torta, nella visione della Corte, ha un rilievo autonomo, ossia distinto, separato, dal profilo concernente l'eventuale discriminazione del cliente: giustifica la condotta del pasticcere indipendentemente dalla possibilità di correlare quel messaggio a una particolare categoria di persone protette dalla normativa antidiscriminatoria.

C'è però da sciogliere un nodo: si tratta cioè di stabilire se, pure di fronte a una offerta di personalizzazione del prodotto non soggetta a particolari limitazioni, la pasticceria resti libera di rifiutare di offrire il suo contributo a una manifestazione del pensiero non condivisa (anzi in evidente conflitto con le convinzioni religiose dei titolari).

Sotto il secondo profilo, non avendo il cliente esplicitato il proprio orientamento sessuale, era tutt'altro che scontato (agli occhi del pasticcere) il sorgere di un problema di discriminazione legato alla ricorrenza del fattore di rischio protetto. Si è potuto quindi fare leva sul carattere "dissociabile" del rifiuto opposto al cliente rispetto alle preferenze sessuali del medesimo per escludere ogni responsabilità della pasticceria⁸³: il messaggio richiesto risultava pienamente compatibile con l'iniziativa di acquisto proveniente da un cliente eterosessuale impegnato attivamente nella campagna a favore dei matrimoni *same-sex*⁸⁴, sicché

⁸² UK Supreme Court, 10 ottobre 2018, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, cit., par. 3.

⁸³ Al fine di stabilire la ricorrenza di una discriminazione diretta, l'„indissociabilità" della condotta dal motivo protetto quale fattore di rischio supplisce alla mancanza di conoscenza effettiva della ricorrenza di tale fattore.

⁸⁴ Minore è invece la "dissociabilità" del messaggio rispetto alle opinioni politiche del cliente, tanto da rendere ancora più probabile la ricorrenza di una discriminazione diretta determinata da queste ultime. Ma, anche su questo profilo della questione, la Corte Suprema irlandese si orienterà nel senso di escludere qualsiasi violazione del divieto di



nessuna responsabilità legata a una dolosa violazione del divieto di discriminazione poteva attribuirsi ai gestori della pasticceria. Più difficile si è rivelato estendere il medesimo ragionamento al sospetto di discriminazione determinata dalle convinzioni politiche del cliente, alla luce del più stretto legame ravvisabile tra queste ultime e il messaggio richiesto.

La ricorrenza di una *oggettiva* situazione di svantaggio per il cliente non pare contestabile. Salvo a valutare l'esigenza di bilanciare il diritto a non essere discriminati coi diritti di libera manifestazione del pensiero e di libertà religiosa⁸⁵, il trattamento meno favorevole riservato al cliente sarebbe stato sufficiente a configurare la discriminazione vietata qualora il pasticcere avesse conosciuto le preferenze sessuali del cliente⁸⁶.

La scelta del corretto termine di comparazione (ovviamente da compiere *ex post* in sede di verifica della violazione del divieto) non doveva cadere né sul cliente omosessuale che avesse richiesto di glassare il prodotto con lo *slogan* "sostieni il matrimonio eterosessuale", né sul cliente eterosessuale che avesse chiesto di glassare il prodotto con lo *slogan* "sostieni il matrimonio omosessuale" (anche in tal caso sgradito alla pasticceria), per quanto si tratti di situazioni che si sarebbero entrambe (più probabilmente la seconda) potute verificare nella pratica.

A mio parere, la situazione "analogica" da mettere in comparazione con quella *del soggetto* che lamenta di essere discriminato non poteva che essere quella del *cliente* (della "persona") *eterosessuale che avesse chiesto la*

discriminazione da parte del pasticcere, sia ribadendo che, ai sensi della normativa irlandese, non può a tal fine rilevare l'opinione politica del presunto autore della discriminazione, sia osservando che in ogni caso chiunque altro sarebbe stato trattato allo stesso modo, sia ponendo ancora una volta l'accento sul trattamento riservato al messaggio e non alla persona del cliente: UK Supreme Court, 10 ottobre 2018, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, cit., parr. 37-47.

⁸⁵ Vero è che la Corte Suprema irlandese non ha ravvisato alcuna discriminazione legata all'orientamento sessuale della coppia e non si è quindi posta, sotto questo profilo, alcun problema di bilanciamento con la libertà di espressione (sottolinea il punto, **C. McCRUDDEN**, *The Gay Cake Case*, cit., p. 251). Vale però la pena in questa sede di sganciarsi dalle caratteristiche specifiche della fattispecie per aprire a considerazioni di portata più generale.

⁸⁶ Anche in tal caso la pasticceria avrebbe con ogni probabilità rifiutato di offrire il servizio richiesto, a riprova che sono le sue particolari caratteristiche a non essere accettate. I convenuti nel giudizio di merito hanno infatti testimoniato che "[w]e have many gay customers whom we serve regularly without any difficulty. We also have at least one gay member of staff": County Court in Northern Ireland, 19 maggio 2015, *Gareth Lee v. Ashers Baking Co. Ltd. and al.*, cit., par. 17.



*personalizzazione del prodotto in conformità al proprio orientamento sessuale: a uno si dà la possibilità di personalizzare il prodotto secondo le proprie preferenze sessuali, all'altro no*⁸⁷. Non significa nulla, agli effetti del giudizio comparativo sull'esistenza *oggettiva* della discriminazione, che la pasticceria avrebbe negato la decorazione pro matrimonio *gay* anche al cliente notoriamente eterosessuale - sebbene ovviamente anche un eterosessuale, come si diceva, può sentirsi così partecipe della causa dell'estensione del matrimonio agli omosessuali da ordinare una torta opportunamente decorata per portarla a un raduno di simpatizzanti - *non* vertendo egli in una condizione *analoga* a quella del cliente della pasticceria. Torna qui l'argomento, spesso utilizzato in giurisprudenza nell'ambito delle questioni riguardanti la parità in campo lavorativo, secondo cui trattare tutti i soggetti potenziali controparti (nel nostro caso, tutti i clienti della pasticceria) *allo stesso modo* non può, per definizione, determinare una discriminazione diretta⁸⁸. Ma, in realtà, siamo semmai di fronte a un (altro) argomento a sostegno del rilievo autonomo e preponderante che sembra assumere nella vicenda in esame il profilo *del messaggio* rispetto a quello (della discriminazione) *della persona*. In definitiva, se è legittimo opporsi *al messaggio*, in sé e per sé considerato, le conseguenze svantaggiose (oggettivamente esistenti) che possono ripercuotersi *sul cliente* non dovrebbero costituire *ineluttabilmente* una discriminazione vietata: non a caso la Corte esclude qualsiasi analogia con la situazione di chi si vede rifiutare un alloggio a causa della sua fede religiosa, per rimarcare piuttosto le analogie col caso di "a Christian printing business" a cui sia richiesto "to print leaflets promoting an atheist message"⁸⁹.

⁸⁷ Mi sembra quindi corretta l'individuazione del termine di comparazione che era stata operata dal giudice distrettuale (County Court in Northern Ireland, 19 maggio 2015, *Gareth Lee v. Ashers Baking Co. Ltd. and al.*, par. 42) e non calzante la censura, su questo punto, sollevata davanti alla Corte Suprema irlandese: cfr. UK Supreme Court, 10 ottobre 2018, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, cit., par. 24.

⁸⁸ UK Supreme Court, 10 ottobre 2018, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, cit., par. 23. L'argomento, come si è accennato in una nota precedente, viene utilizzato anche per escludere la ricorrenza di una discriminazione determinata dalle opinioni politiche del cliente.

⁸⁹ UK Supreme Court, 10 ottobre 2018, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, cit., par. 47. Nel corso del giudizio d'appello si era richiamato il precedente dell'Ontario Superior Court of Justice, *Brockie v. Ontario (Human Rights Commission)*, (2002) 22 DLR (4th) 174, relativa a una vicenda riguardante il rifiuto di una tipografia di stampare articoli di cancelleria per una organizzazione che rappresentava gli interessi di gay e lesbiche. La Corte confermerà la condanna per condotta discriminatoria, aprendo tuttavia



Il peso che assume il messaggio spiega anche perché la Suprema Corte irlandese abbia negato che nella vicenda potesse essere fatta valere una ipotesi di così detta “discriminazione associativa”. Questa interviene, ai sensi della legislazione di quello Stato, quando una persona tratta un’altra persona in modo meno favorevole *a causa* dell’orientamento sessuale effettivo o percepito *di un’altra persona con cui si associa*. Ma, per la Corte, nella vicenda esaminata, manca quella stretta connessione tra il trattamento meno favorevole e l’orientamento sessuale della persona cui l’altra si associa richiesta dalla norma e su cui aveva insistito il giudice d’appello⁹⁰: come ribadisce la pronunzia, non basta affermare che la ragione del trattamento “has something to do with the sexual orientation of some people”, per parlare di trattamento meno favorevole “a causa dell’orientamento sessuale”⁹¹.

Diventano dunque dirimenti, nella vicenda in esame, le questioni legate alla libertà di espressione e di religione garantite dalla Convenzione europea sui diritti umani.

Che gli articoli 10 e 9 CEDU tutelino ogni persona dall’essere sottoposta a forme coartate di espressione del pensiero o da costrizioni riguardanti le opinioni religiose e la loro manifestazione, è fuori discussione: la casistica su cui si è pronunziata la Corte Suprema americana in tema di *compelled speech* dà prova di una interpretazione molto lata, Oltreoceano, della relativa dottrina⁹², estesa fino a comprendere forme di *expressive conduct*, ma non può certo escludersi che una analoga tutela derivi, nel Vecchio Continente, da queste previsioni

a un diverso tipo di valutazioni qualora si fosse chiesto di stampare volantini che promuovessero attivamente uno stile di vita omosessuale o che ridicolizzassero le credenze cristiane. Cfr. altresì Supreme Court of Kentucky, 31 ottobre 2019, *Lexington-Fayette Urban County. Human Rights Commission v. Hands on Originals* (riguardante un’azienda che stampa materiale pubblicitario come magliette, cappelli, borse, coperte, tazze, bottiglie, tazzine e che si è rifiutata di stampare una maglietta per un *gay pride festival*: «The proposed t-shirt design bore the name “Lexington Pride Festival” with rainbow-colored circles around an enlarged number “5” in recognition of the fifth year of the festival»).

⁹⁰ County Court in Northern Ireland, 19 maggio 2015, *Gareth Lee v. Ashers Baking Co. Ltd. and al.*, cit., par. 58: “This was a case of association with the gay and bisexual community and the protected personal characteristic was the sexual orientation of that community”.

⁹¹ UK Supreme Court, 10 ottobre 2018, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, cit., par. 33.

⁹² ... sulla quale, per brevità, rinvio a L.P. VANONI, “It is (not) a piece of cake”, cit., p. 6 s.



convenzionali⁹³; né può accettarsi l'idea che su queste ultime sia sempre destinato a prevalere il divieto di discriminazione⁹⁴. Il punto, tuttavia, è un altro, e riguarda la possibilità stessa di invocare le libertà di cui agli articoli 10 e 9 CEDU in un caso in cui la pasticceria non può che avere solo *contribuito* di fatto a una manifestazione del pensiero (riconducibile anche a precise convinzioni in materia religiosa) *altrui*, la cui paternità, cioè, è *da attribuire al cliente*.

Escluso, in altri termini, che il servizio richiesto comportasse una qualche implicita condivisione da parte della pasticceria dei contenuti del messaggio, resta da chiedersi se il contributo materiale da essa arrecato alla diffusione del medesimo, attraverso la creazione della torta, non comportasse di fatto un indiretto sostegno a una campagna politica avversata dal punto di vista ideologico e delle convinzioni religiose. A tal fine, non basta ribadire, come aveva fatto il giudice di merito, che la pasticceria è impegnata *sic et simpliciter* a fornire il proprio servizio a tutti, purché la decorazione richiesta sia lecita e non sia contraria ai termini e alle condizioni fissati dal fornitore⁹⁵. Oltre a queste limitazioni, si deve evidentemente mettere in conto anche quella derivante da una possibile lesione di un diritto o libertà fondamentale garantita ai gestori, destinata a operare a prescindere da qualsiasi regola interna fissata dall'azienda⁹⁶.

Inoltre, se è vero che i messaggi blasfemi, diffamatori, apertamente discriminatori, contenenti rappresentazioni volgari ecc. - tutti in qualche misura contrari alla legge - non sono assimilabili al messaggio in questione, che si limita a riflettere uno dei termini in cui si era polarizzata

⁹³ UK Supreme Court, 10 ottobre 2018, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, cit., par. 53, respingendo il contrario asserto del convenuto.

⁹⁴ Al contrario, “[t]he *Ashers* Court [...] affirmed the pre-eminence of freedoms of expression, religion, and conscience in the compelled speech context”: così, **J.D. TEDESCO**, *Masterpiece Cakeshop and the Foundations of Free Speech and Toleration*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2020, n. 2, p. 286.

⁹⁵ County Court in Northern Ireland, 19 maggio 2015, *Gareth Lee v. Ashers Baking Co. Ltd. and al.*, cit., par. 40.

⁹⁶ Contesta che nei casi in esame possa venire in gioco un problema di tutela della libertà di espressione, **J.M. OLESKE Jr.**, *The ‘Mere Civility’ of Equality Law and Compelled-Speech Quandaries*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2020, n. 2, p. 298 ss., ribadendo l'importanza di considerare la percezione di un osservatore obiettivo circa l'eventuale coinvolgimento diretto della pasticceria nell'espressione del messaggio. L'A. aggiunge che, da una certa prospettiva, “it may well be *bad policy* to require businesses providing that service to honour all customer requests, and it may well be *good policy* to ensure equality laws are limited so as not to impose such a requirement, but *constitutional guarantees* of freedom of expression have nothing to say on the matter” (p. 302).



una libera discussione politica, è anche vero che quegli esempi testimoniano che la pasticceria può essere considerata in qualche modo “partecipe” della diffusione di un messaggio la cui paternità è di altri, giustificandosi l’esercizio di un potere di controllo da parte del gestore⁹⁷. Se, come è stato scritto, la situazione pregiudizievole per il pasticcere risiedeva nel chiedergli di essere “un agente delle opinioni politiche del signor Lee”⁹⁸, è però del tutto improbabile che un analogo pregiudizio potrebbe derivare al medesimo pasticcere dall’apposizione sulla torta di un messaggio del tutto “normale”, usuale per una festa di compleanno o di matrimonio.

Restando ancorati alla prospettiva della lesione della libertà di espressione, diventa improprio evocare una forma di obiezione di coscienza basata sulla contrarietà dovuta a motivi religiosi dei pasticceri a fornire il servizio richiesto, e ciò per gli stessi motivi (riconducibilità al contenuto di una *libertà fondamentale* del preteso obbligo con cui entrano in conflitto le motivazioni di coscienza del così detto “obiettore”) per cui non appare corretto inquadrare all’interno del fenomeno il caso del rifiuto di prestare giuramento avente un significato religioso, a mio parere non del tutto appropriatamente evocato dalla Corte Suprema irlandese attraverso il riferimento a *Buscarini*⁹⁹. Di una forma di obiezione di coscienza si potrebbe parlare nel caso di rifiuto di fornire il prodotto anche del tutto privo di qualsiasi messaggio, mentre, come ribadisce la Corte Suprema irlandese, siamo proprio di fronte a una *obiezione ai contenuti* di quel particolare *messaggio*: solo verso i contenuti del messaggio è la posizione di completo disaccordo in cui viene a trovarsi il pasticcere¹⁰⁰.

⁹⁷ Cfr. **C. DE SANTIS**, *Anche la Corte Suprema del Regno Unito si pronuncia a favore della libertà di coscienza dei pasticceri obiettori*, in *Diritti Comparati* (www.diritticomparati.it), 12 novembre 2018, la quale, pur prospettando i rischi legati allo “spostamento del terreno di riflessione” dal soggetto al messaggio (rischi paventati anche da **A. SPERTI**, *Libertà religiosa e divieto di discriminazione in base all’orientamento sessuale: alcune riflessioni a partire dalle pronunce sull’obiezione del pasticcere*, in *GenIUS*, 2019, n. 1, p. 14), ritiene che possa “effettivamente intravedersi un profilo di frizione e di attrito tra il messaggio [...] recato dal dolce tramite le iscrizioni e la decorazione, e le convinzioni politiche o religiose dell’artefice della creazione dolciaria, che, non condividendo le idee del committente, potrebbe non aver altro modo per dissociarsi da esse che quello di rifiutarsi di fornire il bene richiesto”.

⁹⁸ **C. McCRUDDEN**, *The Gay Cake Case*, cit., p. 253.

⁹⁹ Corte EDU, G.C., 18 febbraio 1999, ric. n. 24645/94, *Buscarini et al. c. San Marino*.

¹⁰⁰ UK Supreme Court, 10 ottobre 2018, *Lee v. Ashers Baking Company Ltd and others*, cit., par. 55: “In my view they would be entitled to refuse to do that whatever the message conveyed by the icing on the cake - support for living in sin, support for a particular



7 - Dalla libertà di espressione alla libertà di creazione “artistica” il passo è breve?

Il caso irlandese ha sicuramente una sua specificità. La frase da glassare aveva un contenuto “sensibile” non equiparabile, ad esempio, a quello di un semplice messaggio di auguri. Non va neppure trascurato il singolare contesto della vicenda, che interviene nel bel mezzo di una campagna politica segnata da forti contrapposizioni ideologiche tra favorevoli e contrari all'introduzione dei *same-sex marriage*¹⁰¹. Fuori da quello che sembra avere tutte le caratteristiche di un caso-limite, le norme antidiscriminatorie funzionano, assicurando piena protezione contro gli atteggiamenti di odio e di pregiudizio.

Tuttavia, anche Oltreoceano sarebbe, come abbiamo visto, inesatto catalogare i più noti casi di rifiuto opposto da pasticciere di fornire il servizio richiesto da clienti omosessuali come esempi di gratuito - e, come tale, certamente inammissibile - atteggiamento offensivo e segregante destinato a prendere di mira chi manifesti determinate preferenze sessuali ad altri sgradite. Essi evocano problemi più complessi, collegati con diversi diritti aventi fondamento costituzionale che entrano in reciproca tensione e che richiedono, quindi, almeno in alcune situazioni, di essere oggetto di adeguato temperamento. È un dato questo desumibile dalla stessa pronuncia della Corte Suprema americana, che, come si è già detto, non affronta il cuore della questione¹⁰², ma ci tiene a ribadire l'esigenza di

political party, support for a particular religious denomination”.

¹⁰¹ Accanto alle specificità, sono altrettanto evidenti alcune analogie, sulle quali cfr. le puntuali considerazioni di **A. SPERTI**, *Libertà religiosa*, cit., p. 10 ss.

¹⁰² Parla di “occasione mancata” per un approfondimento dei rapporti tra le due clausole previste dal Primo emendamento della Costituzione americana, **L.P. VANONI**, “*It is (not) a piece of cake*”, cit., p. 10. L'A. peraltro molto opportunamente dimostra (p. 21 ss.) come, attraverso la lettura delle diverse *opinion* dei giudici, sia possibile ricostruire almeno due orientamenti tra i componenti del Collegio sulla questione centrale sollevata dalla controversia, che potrebbero essere formalizzati in future decisioni di maggioranza, a seconda dello schieramento di volta in volta destinato a prevalere. Più sfumata, tuttavia, è forse in tali *opinion* la contrapposizione - sottolineata dall'A. - tra “prodotti esposti al pubblico” e prodotti che richiedano “un intervento ‘creativo’ [...] particolare” (p. 21 s.). È vero che l'obiezione sollevata “was [...] based on participating and giving a personal endorsement of the ceremony and about his artistic skill and his personal expression in making cakes, and not about providing goods more generally” (così **M. PEARSON**, *Empathy and Procedural Justice in Clash of Rights Cases*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2020, n. 2, p. 363), ma, come proverò a chiarire di qui a poco nel testo, il conflitto sarebbe sorto nel caso di ordinazione di una qualsiasi torta avente forme o decorazioni volte a celebrare il matrimonio (anche se confezionata, secondo gli



una “proper reconciliation” tra i diritti e la dignità delle persone omosessuali a non essere discriminati nell’accesso a determinati beni o servizi, da un lato, e il diritto di tutti alla libertà di espressione e di esercizio della religione, dall’altro¹⁰³. Una ripetuta sottolineatura che sembra avere il senso non solo di una presa di distanza dalla posizione favorevole a una incondizionata prevalenza delle libertà sancite dal Primo emendamento, ma anche di una disapprovazione di quella contraria, disposta piuttosto a imporne il totale sacrificio. Rammentando che il diritto antidiscriminatorio protegge non solo dalle discriminazioni basate sull’orientamento sessuale ma anche da quelle basate sulla religione¹⁰⁴, la Corte sembra considerare non del tutto appagante (a prescindere dalle censure operate nei confronti della condotta della Commissione, su cui si basa l’*opinion* di maggioranza) la prospettiva secondo cui quel diritto, in quanto legge neutrale di applicabilità generale, non tollera deroghe religiosamente motivate secondo lo standard di *Smith* (applicato nel giudizio di merito), e anzi sembra profilare il rischio di una possibile discriminazione *indiretta* ai danni del pasticciere come conseguenza del riconoscimento di una incondizionata prevalenza delle ragioni della coppia¹⁰⁵.

standard creativi o artistici assai elevati della pasticceria).

¹⁰³ USA Supreme Court, 4 giugno 2018, n. 16-111, *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al.*, cit., p. 1 s.; cfr. pure p. 9 e p. 18.

¹⁰⁴ USA Supreme Court, 4 giugno 2018, n. 16-111, *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al. v. Colorado Civil Rights Commission et al.*, cit., p. 14.

¹⁰⁵ Sui vantaggi, in questo tipo di controversie, derivanti dallo spostamento dell’oggetto del giudizio “dal conflitto tra libertà di coscienza (e libertà di religio[ne]) e divieto di discriminazione in base all’orientamento sessuale a quello del conflitto tra due diversi divieti di discriminazione, in base alla religione e all’orientamento sessuale”, cfr., puntualmente, **A. SPERTI**, *Obiezioni di coscienza*, cit., p. 28 ss., la quale ci tiene a ribadire che “[i]l bilanciamento tra opposte istanze di non discriminazione non può tuttavia essere disgiunto dalla valutazione delle sue conseguenze su altri valori e principi costituzionali”. Prospetta invece una gerarchia tra i fattori di discriminazione, commentando la pronuncia della Corte Suprema irlandese, **K. NORRIE**, *Case and comment: Lee v Ashers Baking Co Ltd.*, in *Juridical Review*, 2019, n. 1, p. 88 ss.: “There is an unfortunate undercurrent throughout the Supreme Court’s decision in *Ashers Baking Company Ltd v Lee*: that all protected characteristics are of equal weight, at least, according to Lady Hale (at para. 14), to the extent that publicly funded bodies should treat them equally. But they are not all equally worthy of protection. Some characteristics are in need of more protection than others because of a long history of discrimination; some characteristics demand more protection because they are immutable (race, for example, and sexual orientation); others are chosen but not necessarily based on rational choice (political beliefs, religious beliefs). Opinions can change but skin colour cannot.



Beninteso, posta nei termini crudi - quanto improbabili - di un semplice rifiuto, sia pure religiosamente motivato, di fornire il bene offerto al pubblico, anche se *privo di qualsiasi richiamo alla celebrazione dell'evento*, ai soli clienti omosessuali che intendano unirsi in matrimonio (o in una unione civile) (senza che, a differenza del caso irlandese, si possa ora dubitare delle dirette implicazioni legate al possesso del fattore di rischio delle preferenze sessuali della coppia cui l'atto è inscindibilmente connesso), la questione ammette una unica soluzione, ossia il *pieno riconoscimento delle ragioni del cliente*: è altrettanto ovvio, peraltro, che impegnarsi a offrire una torta del tutto "anonima" o un suo surrogato fatto di pasticcini o biscotti non consente di superare il risultato del trattamento deteriore riservato alla coppia omosessuale rispetto alle altre.

Lo schema teorico sotteso all'opposizione alla vendita del bene richiesto può ricordare, come si è detto, il fenomeno dell'obiezione di coscienza¹⁰⁶, espressa, in termini del tutto generici, come rifiuto di

(Your commentator does not subscribe to the view that religious believers have no choice but to follow the precepts of the religious confession to which they belong, nor that religious doctrine is immutable)" (p. 95).

¹⁰⁶ Cfr. **E. ROSSI**, *Obiettare è boicottare? L'ambiguità dell'obiezione di coscienza e i fini dell'ordinamento*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2/2019, p. 135 s. L'A. sembra esprimere alcune perplessità circa la possibilità di ricondurre all'obiezione di coscienza il fenomeno in esame (analogamente a quello riguardante la condotta dell'ufficiale dello stato civile), attesa la motivazione dell'opposizione "che sembra riguardare più una contrarietà, anche giustificata sul piano dell'opportunità oltre che su quello costituzionale, alla scelta politica alla base della normativa cui si deve esecuzione". Per una argomentata illustrazione di questa tesi, cfr. **R. MOON**, *Conscientious Objection and the Politics of Cake-Making*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2020, n. 2, p. 329 ss.: "I will argue that the objection made in the cake cases should be understood as a political/civic position rather than an expression of personal conscience. The bakers (or baking companies) in each case are seeking to convert their belief that same-sex relationships are immoral and ought not to be permitted or recognized in law, which was initially treated as a political position that could shape public policy, into a personal expression of religious conscience that should be insulated from politics" (p. 331). **A. SPERTI**, *Obiezioni di coscienza*, cit., pp. 2-3, in linea con un preciso indirizzo della dottrina straniera (**D. NEJAIME & R.B. SIEGEL**, *Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics*, in *Yale Law Journal*, 2015, p. 2516 ss.; **S. FREDMAN**, *Tolerating the Intolerant: Religious Freedom, Complicity, and the Right to Equality*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2020, n. 2, p. 305 ss.), parla di una sorta di obiezione di coscienza dovuta a "timori di complicità", che esprime cioè il timore del soggetto "di contribuire a una condotta altrui che giudica contraria ai propri convincimenti morali o religiosi" (corsivo presente nell'originale). Nega che "complicity argument" possa rilevare in un contesto di discriminazione politica quale quello sotteso alla vicenda irlandese, **C. McCRUDDEN**, *The Gay Cake Case*, cit., p. 267.



assicurare il servizio alla coppia omosessuale, ma ci si troverebbe chiaramente di fronte a un caso di obiezione *praeter* o, anzi, più precisamente, *contra legem*, con quanto ne deriverebbe in termini di conseguenze sanzionatorie per chi la invocasse a propria discolpa. È molto dubbio che, nel nostro ordinamento, in una situazione del genere, non troverebbe applicazione l'articolo 187 del regio decreto n. 635 del 1940, cit., poiché l'opposizione alla fornitura del bene o del servizio, determinata da motivazioni religiose, integrerebbe il "legittimo motivo" previsto dalla disposizione come causa scusante della condotta¹⁰⁷; ma è in ogni caso da escludere che si possa giungere alla stessa conclusione con riguardo alla applicazione delle norme antidiscriminatorie.

Non è poi affatto sicuro che alla situazione accennata possa essere senz'altro assimilata quella della semplice "wedding cake" (magari confezionata), contenente *specifiche caratterizzazioni atte a richiamare l'evento-matrimonio*, ma suscettibile di essere indifferentemente utilizzata sia per il matrimonio tra eterosessuali sia per quello tra omosessuali: situazione che sembra essere proprio quella verificatasi nel caso del gestore della pasticceria *Masterpiece*¹⁰⁸.

Margini più ampi per il riconoscimento delle ragioni del pasticcere possono invece rinvenirsi almeno in alcuni dei seguenti casi: quello in cui il prodotto, sebbene privo di qualsiasi "personalizzazione" e offerto alla generalità del pubblico, contenga, però, *parole o simboli religiosi*: in tali circostanze l'obiezione del pasticcere avrebbe un fondamento più solido, in quanto oggettivamente connessa alla manifestazione coartata di un messaggio avente un indubbio significato religioso; oppure quello in cui il prodotto sia "personalizzato" *in funzione della celebrazione di un matrimonio tra omosessuali*, ad esempio, attraverso il ricorso al "rainbow theme", diventato, a quanto pare, sempre più frequente in queste occasioni¹⁰⁹;

¹⁰⁷ Cfr., invece, *mutatis mutandis*, F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 144, il quale aveva sostenuto che «un esercente la professione forense, contrario al divorzio per intima convinzione religiosa, il quale si vedesse affidare dalla commissione per il gratuito patrocinio una causa avente tale oggetto, potrebbe rifiutare l'incarico, pure obbligatorio, perché la ragione da esso addotta, fondata com'è sulla norma costituzionale [dell'art. 19], costituirebbe un "grave e giustificato motivo di rifiuto" e sarebbe illegittimo il provvedimento della commissione che, dopo avere accertato la verità del fatto addotto, ritenesse il motivo stesso non grave, né giustificato».

¹⁰⁸ Ipotizza, invece, L.P. VANONI, "It is (not) a piece of cake", cit., p. 11, "che gli acquirenti volessero personalizzare il dolce con scritte o simboli".

¹⁰⁹ Cfr. Brief for Cake Artists as Amici Curiae in Support of Neither Party, settembre 2017, p. 17.



oppure quello in cui sia personalizzato con particolari *messaggi contrastanti con le convinzioni religiose* del pasticciere.

Resta, in ogni caso, da chiedersi se *la torta in sé* non debba considerarsi *carica di significati simbolici* e quindi intrinsecamente *espressiva di un messaggio*¹¹⁰, specie nel caso in cui l'apporto "creativo" reso dal pasticciere al prodotto personalizzato arrivi a lambire le caratteristiche di una *vera e propria creazione "artistica"*. Si sa che una "opera" di questo tipo, per definizione, suscita emozione, "parla" all'uomo con il linguaggio del sentimento: la manifestazione artistica è una delle varie possibili forme di manifestazione del pensiero dell'uomo, come tale indissociabile dalle garanzie concernenti la libertà fondamentale a essa relativa (con conseguente, possibile, coinvolgimento dell'artefice nella condivisione sentimentale della scelta di vita operata dalla coppia)¹¹¹.

Nella memoria presentata davanti alla Corte Suprema americana, un gruppo di *cake-artist* provenienti da tutti gli Stati Uniti, a riprova dell'esistenza, oltreoceano, di una fiorente industria collegata con la produzione di questo tipo di dolci, provano ad argomentare, con tanto di immagini fotografiche raffiguranti alcuni dei prodotti più fantasiosi ed elaborati, che la tecnica del *cake design* è, appunto, un'arte. Si annovera persino qualche caso di esposizione in un importante museo. Alla possibile obiezione del carattere deperibile della torta, creata non per durare ma per essere consumata, si replica:

"the fact that any given cake is a vanishing work does not distinguish it from artistic performances on the stage (or, indeed, protests on the street). Nature's beauty is no less revealed through the flower that blooms for a single day than through the tree that lives for a thousand years; likewise, an ice sculpture is not inherently less artistic than one carved from stone"¹¹².

Né - sempre secondo tale memoria - si devono necessariamente usare parole o frasi perché si abbia attività "espressiva". La preparazione di una torta abilmente decorata è attività che richiede, oltre a capacità e dedizione, anche una sensibilità e una predisposizione non diverse da

¹¹⁰ Mi pare accolga, sotto questo profilo, l'impostazione più favorevole alle rivendicazioni dei pasticciieri, **A. SPERTI**, *Libertà religiosa*, cit., p. 12, secondo cui "il dolce nuziale è *di per sé* simbolico ed espressivo" (corsivo presente nell'originale).

¹¹¹ Ricostruisce il diverso punto di vista sulla questione dei giudici componenti il Collegio, per come è possibile desumerlo dalle varie *opinion* allegate alla decisione, **L.P. VANONI**, "It is (not) a piece of cake", cit., p. 16 s.

¹¹² Brief for Cake Artists as Amici Curiae in Support of Neither Party, cit., p. 33.



quelle richieste per realizzare un ritratto, una scultura o un'opera melodrammatica. E questo dovrebbe garantire margini di libertà sull'opera rispetto all'offerta di un prodotto industriale o di massa, con inevitabili ricadute sulla scelta di accettare o rifiutare l'incarico commissionato dal cliente:

"Many [...] cake artists have standards of artistic and aesthetic sensibilities of their own that will constrain the way that they create or build a cake - and sometimes can lead them to refuse certain commissions altogether, despite the pay. In some cases, these aesthetic standards are also influenced or even compelled by moral, religious, or political beliefs. Because cake artists, like other kinds of artists, become known for the quality and expressive value of their work, it should be no surprise that - despite the vast bulk of cake artists' efforts to accommodate every potential client - there will be some commissions that they will decline. This, too, is in the nature of art."¹¹³.

Qual è però il limite tra creazione artistica e servizio semplicemente personalizzato? Anche il fotografo o il *web designer* realizzano oggetti artistici o, comunque sia, meritevoli di tutela quali forme di espressione ai sensi del Primo emendamento¹¹⁴? Nel nostro ordinamento, si possono

¹¹³ Brief for Cake Artists as Amici Curiae in Support of Neither Party, cit., p. 36 s. Una parte della dottrina americana è molto critica sul punto. Cfr., ad esempio, E. **CHEMERINSKY**, *Not a Masterpiece: The Supreme Court's Decision in Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, in <https://www.americanbar.org>: "I question whether baking a cake should be regarded as expressive activity and whether a company can make such a speech claim. But, if so, then almost any kind of work can be seen as being a form of expression. If baking a cake is speech, then so is cooking food or, as in other cases that have arisen, taking pictures or making floral arrangements. Any business could refuse to serve gay weddings - or for that matter anyone - by claiming that the antidiscrimination law constitutes impermissible compelled speech". Nella dottrina italiana, cfr. A. **SPERTI**, *Obiezioni di coscienza*, cit., p. 21, secondo cui, risultando assai debole "il nesso causale tra condotta obbligatoria ed atto giudicato amorale o peccaminoso", dal momento che "il coinvolgimento dell'obiettore non fornisce alcun apporto determinante", si può "ipotizzare che in un ordinamento in cui la libertà di espressione (sancita dal I emendamento) ha un particolare rilievo nel quadro costituzionale della tutela dei diritti fondamentali, il profilo della violazione di questo diritto appaia quindi utile per colmare le debolezze argomentative della supposta lesione della libertà di coscienza del soggetto agente".

¹¹⁴ Cfr., per un riepilogo delle ragioni a favore e contro il fornitore del servizio, cfr. rispettivamente United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, 23 agosto 2019, n. 17-3352, *Telescope Media Grp. v. Lucero*, cit. e Supreme Court of New Mexico, 22 agosto 2013, n. 33.687, *Elane Photography, LLC v. Willock*, cit. Secondo L.P. **VANONI**, "It is (not) a piece of cake", cit., p. 22, "risulta difficile sostenere l'esclusione dalla protezione garantita



risolvere tutti questi problemi assimilando le prestazioni di chi mette a disposizione del pubblico la propria opera così connotata a quelle rese da veri e propri professionisti, rispetto a cui assumono peculiare rilievo le caratteristiche personali della parte e le regole della contrattazione individualizzata?

Nella materia in esame, va sempre tenuto presente il rischio di promuovere “visioni della società anche ipoteticamente giuste o condivisibili attraverso imposizioni e coercizioni”¹¹⁵ che limitino oltre il necessario le libertà di tutti.

A parte l'esigenza di salvaguardare la libertà di espressione, vero architrave di tutte le moderne democrazie, le pur lodevoli ragioni sottese all'espandersi del diritto antidiscriminatorio dovrebbero tener conto dell'esigenza di non travolgere lo stesso principio della libertà contrattuale, pure esso meritevole, anche per ragioni legate al corretto funzionamento del mercato, di adeguata considerazione. Di umiliazione derivante da una possibile lesione della dignità del contraente non dovrebbe poi parlarsi nel momento in cui quest'ultimo è reso garbatamente partecipe delle ragioni che inducono l'altro soggetto a compiere quel tipo di scelta e ci si disponga all'ascolto delle medesime con spirito di comprensione e tolleranza. E ciò vale in particolare nei casi in cui non è affatto pregiudicato (in quelli esaminati è sempre stato così) l'accesso effettivo al bene o al servizio, senza particolari aggravii di alcun genere, al quale risultato anzi il gestore “obiettore” dovrebbe sempre cooperare, indirizzando il cliente verso altri fornitori in grado di assicurare il bene o il servizio richiesto.

Con questo non si vuole dire che bisogna rinunciare a proteggere da questo tipo di discriminazioni, ma che è possibile in questi casi, forse più che in altri, riuscire a trovare adeguate forme di composizione dei diversi interessi in conflitto, provando a salvaguardarli tutti¹¹⁶, considerati

dal Primo emendamento di professioni che richiedono certamente una forte componente creativa e artistica come quella fotografica”.

Quanto al *web designer*, contro la pronunzia della United States Court of Appeals for the Tenth Circuit, 26 luglio 2021, n. 19-1413, *303 Creative, et al. v. Elenis, et al.*, cit., l'interessata ha presentato ricorso alla Corte Suprema degli Stati Uniti il 24 settembre 2021 e la Corte ha accolto la sua petizione il 22 febbraio 2022, limitatamente al punto “[w]hether applying a public-accommodation law to compel an artist to speak or stay silent violates the Free Speech Clause of the First Amendment” (<https://adflegal.org/sites/default/files/2022-02/303-Creative-v-Elenis-2022-02-22-Orders-List.pdf>).

¹¹⁵ L.P. VANONI, “*It is (not) a piece of cake*”, cit., p. 25.

¹¹⁶ Cfr. M.D.C. VAN DER TOL, *Conscience and Cakes*, cit., p. 373: “The protection of LGBT customers as well as the accommodation of individual conscience are core values of



come egualmente espressivi della stessa complessità della realtà sociale odierna. Per quanto resti obiettivo certamente ambizioso, se non addirittura utopistico in determinati contesti, bisogna provare a governare i conflitti, che insorgono nelle materie come quella in esame, puntando a favorire il pieno rispetto di chi è portatore di identità diverse, senza rassegnarsi ad accogliere una prospettiva minimalista di “basic standards of co-existence without any expectation of cordiality”¹¹⁷. Il che non deve però implicare imposizione di idee, con sacrifici sproporzionati per le libertà, ma solo imposizione di atteggiamento (reciprocamente) tollerante e rispettoso verso tutti¹¹⁸.

Anche in un'altra realtà sociale, quella canadese, in cui il tema della salvaguardia delle identità “diverse”, a fronte delle tendenze alla omogeneizzazione, è molto sentito, almeno quanto negli Stati Uniti d'America, non si è mancato di ribadire che, per risolvere i problemi in

a democratic state, and therefore legal solutions of these conflicts should aim to uphold both”. In County Court in Northern Ireland, 19 maggio 2015, *Gareth Lee v. Ashers Baking Co. Ltd. and al.*, cit., par. 40, si era profilata una possibile via d'uscita al conflitto di coscienza, ossia la richiesta a un dipendente non cristiano di eseguire l'ordine o la scelta di subappaltarlo. Cfr., altresì, con particolare riferimento al così detto “duty to refer”, **M.D.C. VAN DER TOL**, *Conscience and Cakes*, cit., p. 372 ss. (in particolare p. 387) (argomentando dalle conclusioni del Consiglio di Stato olandese a proposito del rifiuto dei pubblici ufficiali di celebrare il matrimonio).

¹¹⁷ Cfr. **J.O. ADENITIRE**, *Conflicts Between Religious Freedom and Sexual Orientation Non-Discrimination: Should 'Mere Civility' Suffice?*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2020, n. 2, p. 229 s. L'A. contrappone “a mutual respect resolution” a quella definita “Mere Civility”, sulla scorta di **T.M. BEJAN**, *Mere Civility. Disagreement and the Limits of Toleration*, Harvard University Press, 2017 (che, a sua volta, attribuisce il concetto a Roger Williams, vissuto nel XVII sec.). Secondo il primo modello, “LGB customers will acknowledge the depth and sincerity of the beliefs of the service providers and, as much as possible, seek to avoid requesting services which would offend their beliefs. Service providers will refuse services only when they lend support to causes they cannot contribute to in good conscience and they will be good-mannered in turning down customers. They will never deny a service only because the customer is LGB and they will not resort to offensive speech”. Come è stato altresì rilevato, “[a]ccepting a lower bar for what constitutes ‘civil’ behaviour would have obvious implications for current debates over hate speech laws”: **J.M. OLESKE Jr.**, *The 'Mere Civility' of Equality Law and Compelled-Speech Quandaries*, cit., p. 289, che si dimostra critico verso questo tipo di impostazione.

¹¹⁸ Cfr., su questi profili, **J.D. TEDESCO**, *Masterpiece Cakeshop and the Foundations of Free Speech and Toleration*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2020, n. 2, p. 271 ss. Reputa insufficiente il riferimento alla idea di tolleranza (dato che la tolleranza verso una parte si trasforma in intolleranza verso l'altra) e che debba invece riconoscersi maggiore spazio al principio di eguaglianza sostanziale, **S. FREDMAN**, *Tolerating the Intolerant*, cit., p. 307 ss.



esame, non basta fermarsi a ricercare una conciliazione astratta (“theoretical”) tra libertà ed eguaglianza - impossibile nella maggior parte dei casi - ma si deve piuttosto individuare nella variabilità delle circostanze concrete una possibile via d’uscita¹¹⁹. Ricordando altresì che, a rigore, “the concept of dignity - generally recognized as being at the heart of the right to equality - also underlies the protection of religious freedom”¹²⁰. Al tempo stesso, quantomai opportuna è altresì la segnalazione del rischio della “slippery slope”¹²¹, stante l’oggettiva difficoltà di fissare i limiti cui deve sottostare pure questo tipo di valutazioni - sebbene ritagliate “su misura” per il caso concreto - se non si vuole privare di effettività la stessa garanzia dell’eguaglianza e della non discriminazione¹²².

8 - La decisione di inammissibilità del ricorso presentato davanti alla Corte di Strasburgo dall’attivista di *QueerSpace*

Purtroppo, nessuna indicazione è venuta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. E l’impressione che la Corte abbia voluto evitare di doversi misurare con la questione sollevata dall’attivista di *QueerSpace* appare fondata, in quanto l’ostacolo processuale ravvisato dalla Corte era forse tutt’altro che insuperabile.

L’inammissibilità del ricorso è fatta dipendere dalla violazione dell’articolo 35, par. 1, della CEDU, ossia dal mancato rispetto della condizione di ricevibilità derivante dal previo esaurimento delle vie di ricorso interne. La colpa in cui sarebbe incorso il ricorrente, nel corso del giudizio davanti alle autorità nazionali, sarebbe stata quella di non

¹¹⁹ N.M. AVIV, (When) *Can Religious Freedom Justify Discrimination on the Basis of Sexual Orientation? A Canadian Perspective*, in *Journal of Law and Policy*, 2014, n. 2, p. 669: “Courts should consider evidence as to the specific individuals’ beliefs, the actual harms that would result from infringing a person’s religious freedom, as well as the actual harms from the discrimination”.

¹²⁰ N.M. AVIV, (When) *Can Religious Freedom*, cit., p. 668.

¹²¹ N.M. AVIV, (When) *Can Religious Freedom*, cit., p. 671.

¹²² Si è anche provato a stimare l’impatto prodotto dalla pronuncia *Masterpiece Cakeshop* sul mercato dei servizi matrimoniali, accertandosi un incremento significativo, ricollegabile alla decisione, nel livello del rischio di essere bersaglio di discriminazione per le coppie omosessuali: cfr. N. BARAK-CORREN, *Religious Exemptions Increase Discrimination toward Same-Sex Couples: Evidence from Masterpiece Cakeshop*, in *The Journal of Legal Studies*, 2021, n. 1, p. 75 ss.



invocare mai i diritti che la Convenzione gli riconosce, limitandosi a fare esclusivo riferimento alla normativa antidiscriminatoria irlandese.

Va detto che il principio dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, presente anche in altri trattati in materia di diritti umani, non risponde a una logica di gestione quantitativa dei giudizi davanti alla Corte, o a quella della sola protezione dello Stato da una possibile decisione che lo dichiari responsabile di una violazione della Convenzione senza che le autorità nazionali abbiano potuto previamente porre rimedio alla situazione contestata, ma è collegato anche con il ruolo sussidiario, rispetto ai tribunali nazionali, ricoperto dalla stessa Corte nell'attuazione della Convenzione. È preferibile, infatti, nella logica della sussidiarietà, privilegiare, almeno in prima battuta, circa le questioni relative alla compatibilità del diritto interno con la Convenzione, le determinazioni provenienti dalle autorità nazionali, la cui "prossimità" con gli elementi "formanti", per così dire, del diritto vivente del Paese, offre una posizione di indubbio vantaggio rispetto al giudice sovranazionale, di cui quest'ultimo potrà quindi utilmente, se pur indirettamente, avvalersi in caso di successivo ricorso alla Corte. L'assunto su cui si basa la regola è che il sistema giuridico interno offra strumenti per una effettiva tutela dei diritti garantiti dalla Convenzione.

Non basta, pertanto, al fine di ritenere integrata la condizione di procedibilità, che siano esauriti i mezzi di ricorso previsti dal diritto interno, ma è necessario che *il diritto sancito dalla Convenzione* venga invocato nel procedimento interno. Cosa che, come accennato, non avrebbe fatto il ricorrente nel nostro caso.

Bisogna, tuttavia, sottolineare che la Corte si riserva un margine piuttosto ampio di valutazione a proposito della verifica della ricorrenza della condizione in esame di ricevibilità del ricorso.

Per un verso, si tiene normalmente conto del fatto che la regola interviene nel contesto di un meccanismo di protezione dei diritti umani, con conseguente necessità di applicare la disposizione in esame "with some degree of flexibility and without excessive formalism". Essendo in gioco la tutela di un diritto umano fondamentale, non si può guardare all'esaurimento delle vie di ricorso interne come a una regola "neither absolute nor capable of being applied automatically"; è inoltre essenziale "to have regard to the circumstances of the individual case", non essendo sufficiente l'esistenza di rimedi formali nell'ordinamento giuridico dello Stato contraente interessato, dovendosi anche guardare al "general context in which they operate, as well as [to] the personal circumstances of the



applicant”¹²³.

Per altro verso, sebbene sia prudente, nell’adire le autorità nazionali, menzionare puntualmente le presunte violazioni della Convenzione in vista di un possibile ricorso dinanzi alla Corte, in particolare quando si arriva all’ultimo grado di giudizio¹²⁴, secondo i giudici di Strasburgo non è sempre necessario che il diritto sancito dal medesimo testo convenzionale venga esplicitamente invocato nel procedimento interno, purché la doglianza sia sollevata “almeno nella sostanza”. In pratica, il richiedente deve avere sollevato argomenti giuridici di effetto equivalente o simile *sulla base del diritto interno*¹²⁵. Resterebbe fuori da questo meccanismo il caso in cui il ricorrente abbia totalmente ignorato e quindi non abbia fatto valere nel procedimento interno un argomento a suo favore tratto dalla Convenzione e proposto per la prima volta davanti alla Corte.

Si comprende, dunque, il senso della principale obiezione mossa dal ricorrente all’eccezione del governo di mancato esaurimento delle vie di ricorso interne: egli, nel formulare la sua domanda facendo esclusivo riferimento alle disposizioni di diritto interno, reputa di avere invocato “nella sostanza” anche le garanzie convenzionali di cui ora reclama tutela davanti alla Corte (artt. 8, 9, 10 e 14 CEDU), delle quali le prime costituirebbero specifica attuazione¹²⁶.

Sembra, per converso, ispirata a eccessivo formalismo la prospettiva in cui si muove la Corte, tendente a sottolineare che nella vicenda non risulterebbe “immediatamente evidente” che si ponga un problema di rispetto della vita privata del ricorrente o della sua libertà di tenere o esprimere le sue opinioni politiche o convinzioni religiose, assumendo piuttosto centrale rilievo la posizione rivestita dalla pasticceria in ordine all’eventuale dovere di realizzare la torta richiesta¹²⁷. A mio parere, una volta riconosciuto dalla stessa Corte che nel procedimento interno il ricorrente aveva lamentato una discriminazione nell’accesso a

¹²³ Tra le tante, in questi termini, Corte europea dei diritti dell’uomo, G.C., 13 novembre 2007, ric. n. 57325/00, *D.H. and others v. The Czech Republic*, par. 116.

¹²⁴ Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. V, dec. 21 settembre 2010, ric. n. 8916/05, *Association Les Temoins de Jehovah c. France*.

¹²⁵ Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti dell’uomo, G.C., 20 marzo 2018, ric. n. 37685/10 e n. 22768/12, *Radomilja and others v. Croatia*, par. 117: “the applicant must raise legal arguments to the same or like effect on the basis of domestic law, in order to give the national courts the opportunity to redress the alleged breach”.

¹²⁶ Corte europea dei diritti dell’uomo, dec. 6 gennaio 2022, cit., par. 69.

¹²⁷ Corte europea dei diritti dell’uomo, dec. 6 gennaio 2022, cit., par. 73.



beni e servizi a causa del suo orientamento sessuale e/o delle sue opinioni politiche¹²⁸ in qualche modo riconducibile alle garanzie convenzionali, sia pure lette per un ambito applicativo molto settoriale e specifico¹²⁹, la questione, indubbiamente fondamentale, dell'applicabilità dell'articolo 14 della Convenzione al caso di specie¹³⁰ doveva essere considerata come già affrontata sulla base di argomenti di effetto equivalente ai sensi del diritto interno, sebbene certamente non tenendo conto di tutti i possibili risvolti derivanti dalla sua combinazione con gli articoli 8, 9 e 10 CEDU.

Restava impregiudicata, del resto, la competenza della Corte a valutare, nel corso del giudizio davanti a essa, se effettivamente le invocate norme convenzionali sarebbero state applicabili al caso in esame, anche alla luce della nota circostanza che l'articolo 14 CEDU non ha un'esistenza autonoma, ma produce effetto soltanto in relazione al "godimento dei diritti e delle libertà" salvaguardati da altre disposizioni convenzionali.

¹²⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, dec. 6 gennaio 2022, cit., par. 71.

¹²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, dec. 6 gennaio 2022, cit., par. 70.

¹³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, dec. 6 gennaio 2022, cit., par. 74.