



Adelaide Madera

(associato di Diritto Ecclesiastico e Diritto Canonico nell'Università degli Studi di Messina, Dipartimento di Giurisprudenza)

La decisione *Holt v. Hobbs*: una svolta nelle politiche di *religious accommodation* con riguardo agli istituti di detenzione nell'ordinamento statunitense? *

SOMMARIO: 1. La libertà religiosa negli istituti di detenzione negli U.S.A. e il caso *Holt v. Hobbs* – 2. Le esigenze di bilanciamento fra libertà religiosa ed esigenze di ordine e sicurezza nelle istituzioni penitenziarie – 3. La diluizione delle forme di tutela della libertà religiosa nel contesto degli istituti di detenzione – 4. L'impatto del R.F.R.A. sulla tutela della libertà religiosa negli istituti di detenzione – 5. L'adozione del R.L.U.I.P.A. – 6. Il riconoscimento di legittimità del R.L.U.I.P.A. alla luce dell'*Establishment Clause* – 7. I nodi irrisolti del caso *Cutter v. Wilkinson* – 8. Le interferenze del *Prison Litigation Reform Act* sulla tutela dell'esercizio della libertà religiosa dei detenuti – 9. La frammentazione dei parametri adoperati dai diversi circuiti d'appello – 10. La decisione *Holt v. Hobbs* – 11. Le motivazioni della Corte – 12. Il (parziale) ridimensionamento del parametro della *due deference* – 13. La tutela estensiva della libertà religiosa promossa dalla Corte Roberts – 14. *Holt* e *Hobby Lobby* a confronto – 15. Il crescente rilievo assunto dall'elemento dei *third-party burdens* nella giurisprudenza della Corte – 16. Annotazioni conclusive.

1 – La libertà religiosa negli istituti di detenzione negli U.S.A. e il caso *Holt v. Hobbs*

*"Prisoners are shut away—out of sight, out of mind. It seems fair to suggest that, in decades past, the public may have assumed lawyers and judges were engaged in a careful assessment of correctional policies, while most lawyers and judges assumed these matters were for the policymakers and correctional experts"*¹.

Le parole del giudice Kennedy nella sua *concurring opinion* nella decisione *Davis v. Ayala*² evidenziano come l'ambito delle comunità segreganti, e degli istituti di detenzione in particolare, costituisca

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. *Davis v. Ayala*, 576 U.S. (2015), *concurring opinion* del giudice Kennedy.

² Cfr. *Davis v. Ayala*, 576 U.S. (2015).



nell'ordinamento statunitense un contesto peculiare (e forse in passato trascurato) in cui misurare la tenuta delle politiche di neutralità statale e dell'accomodamento di istanze religiosamente motivate.

L'atteggiamento di scarsa propensione all'accoglimento delle istanze libertarie si riflette nelle pronunzie giudiziarie, proclivi a un atteggiamento deferenziale verso l'operato degli organismi direttivi delle istituzioni penitenziari, tanto da far presumere la sussistenza di un implicito patto fra autorità giudiziarie e amministrative, per cui "*courts would stay out of the business or running prisons*"³. Nonostante l'emanazione del *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (R.L.U.I.P.A.) nel 2000⁴, indirizzato a offrire ampia protezione alla libertà religiosa delle persone detenute, le corti hanno spesso offerto un'interpretazione che sminuiva la portata di tale atto normativo, "iniettando" il tradizionale canone della deferenza all'operato delle autorità penitenziarie nell'analisi giurisprudenziale sviluppata alla luce del R.L.U.I.P.A., che si fonda sul parametro dello *strict scrutiny*⁵.

Una recente pronunzia della Corte Suprema, *Holt v. Hobbs*⁶ - che ha sancito all'unanimità che il regolamento di un'istituzione penitenziaria dell'Arkansas, che proibiva ai detenuti di fare crescere la barba in accordo ai precetti della loro appartenenza fideistica, costituisce una violazione del *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* - segnala il superamento di questa impostazione, quale effetto di una maggiore attenzione pubblica verso la condizione dei detenuti all'interno degli istituti penitenziari e di un incrinarsi del criterio di acritica adesione alle scelte delle autorità amministrative deputate a gestire tali istituzioni.

2 – Le esigenze di bilanciamento fra libertà religiosa ed esigenze di ordine e sicurezza nelle istituzioni penitenziarie

L'individuazione del più appropriato *standard* giuridico applicabile alle rivendicazioni di libertà religiosa all'interno delle istituzioni penitenziarie è stata oggetto, fino a tempi recenti, di dibattito a livello dottrinario e

³ Cfr. D.M. SHAPIRO, *To seek a Newer World: Prisoners' Rights at the Frontier*, *Northwestern Public Law Research Paper No. 15-48*, nel sito <http://ssrn.com/abstract=2707744>.

⁴ Cfr. *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, 42 U.S.C. §2000cc et seq.

⁵ Cfr. J.J. SHEFFIELD, A.S. MOE, S.K. LICKTEIG, *Holt v. Hobbs: RLUIPA Requires Religious Exception to Prison's Beard Ban*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 46, 2015, p. 1077.

⁶ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015).



giurisprudenziale⁷. La giurisprudenza, infatti, ha qualificato il bilanciamento fra libertà religiosa ed esigenze di ordine e sicurezza dell'istituzione penitenziaria come *context-sensitive* reputando che le autorità penitenziarie godano di “*due deference*”⁸. In tale contesto viene sicuramente riconosciuta l'esigenza di tutelare la posizione di coloro che subiscono una restrizione nella loro libertà di movimento, ma non per questo possono venire privati della possibilità di esercitare i diritti fondamentali della persona, fra i quali rientra l'esercizio della libertà religiosa (che trova tutela sia nel dettato costituzionale – *Free Exercise Clause* – sia in testi normativi di carattere federale, come il *Religious Freedom Restoration Act* – *R.F.R.A.*⁹ – e, più recentemente, il *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* – *R.L.U.I.P.A.*) così come viene avvertita la funzione “sociale” dell'esercizio della stessa libertà¹⁰, quale strumento di supporto sia al processo di riabilitazione dei detenuti sia al mantenimento della disciplina: le garanzie offerte a tale libertà rischiano tuttavia di subire forme di affievolimento in sede giudiziaria, nell'ambito del processo volto a calibrare le stesse con gli interessi dell'istituzione penitenziaria, a preservare l'ordine e la sicurezza, ma pure a gestire risorse finanziarie limitate (ricadendo sulle istituzioni penitenziarie i costi anche economici del soddisfacimento delle esigenze religiose dei detenuti).

Al tempo stesso, i soggetti pubblici si trovano a svolgere il difficile ruolo (impensabile nell'ordinamento statunitense alla luce dell'*Establishment Clause*, al di fuori dell'ambito delle comunità segreganti)

⁷ Cfr. **K. GOWER**, *Religious Practice in Prison & The Religious Land Use and Institutionalized Persons Act (RLUIPA): strict scrutiny restored*, nel sito www.lawandreligion.com.

⁸ Cfr. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005). La Corte Suprema ha considerato altresì gli istituti di detenzione a “*unique place fraught with serious security dangers*”, dove “*the problems that arise in the day-to-day operation of a corrections facility are not susceptible of easy solutions*”; per cui va accordata alle autorità penitenziarie “*wide-ranging deference in the adoption and execution of policies and practices that in their judgment are needed to preserve internal order and discipline and to maintain institutional security*”. Cfr. *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979). In tale contesto “*certain privileges and rights must necessarily be limited*” (*Johnson v. California*, 543 U.S. 499 (2005)), compresi i diritti scaturenti dal Primo Emendamento, per cui un detenuto possiede solo “*those First Amendment rights that are not inconsistent with his status as a prisoner or with the legitimate penological objectives of the corrections system*”. Cfr. *Pell v. Procunier*, 417 U.S. 817 (1974).

⁹ Cfr. *Religious Freedom Restoration Act*, 42 U.S.C. §2000bb.

¹⁰ Cfr. *O'Lone v. Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987) (Brennan, J., *dissenting*): “*[i]ncarceration by its nature denies a prisoner participation in the larger human community. To deny the opportunity to affirm membership in a spiritual community, however, may extinguish an inmate's last source of hope for dignity and redemption*”.



di “*provider of religious experience*”¹¹, ossia di quei bisogni di cui il cittadino fedele, in un ordinamento di stampo separatista (in cui risulta inibita la promozione del fenomeno religioso utilizzando risorse finanziarie pubbliche) si presume debba farsi carico in prima persona, in forma individuale o associata, gestendo in piena autonomia le modalità di espressione della propria appartenenza fideistica: tale ruolo pubblico di “facilitazione” dell’accesso ai servizi religiosi è compatibile con il principio di neutralità statale purchè tale accesso avvenga su base volontaria, l’accomodamento della libertà fideistica sia fornito su una base religiosamente neutrale e non imponga oneri irragionevoli su soggetti terzi¹². L’accoglimento di istanze di “eccezioni” religiosamente motivate non è, comunque sia, esente da una certa carica problematica, dovendo i soggetti pubblici astenersi dall’imporre, o comunque favorire, una appartenenza fideistica rispetto alle altre: ne deriva la difficoltà di ammettere istanze di differenziazione, produttive di potenziali deviazioni da un regime di uniformità di trattamento, onde prevenire il rischio di violazioni del principio di neutralità statale, in base al quale ogni forma di *religious accommodation* dovrebbe essere ugualmente fruibile da parte di tutti i gruppi confessionali¹³.

Tali problematiche sono enfatizzate dalla crescente diversità religiosa nell’ambito della popolazione carceraria, che determina l’inevitabile confronto del personale di tali istituzioni con una pluralità di istanze religiosamente caratterizzate: queste ultime provocano spesso un atteggiamento di diffidenza da parte degli organi amministrativi, timorosi che istanze religiosamente mimetizzate nascondano un intento fraudolento in vista del godimento di un regime privilegiato¹⁴, o addirittura possano determinare rischi per la sicurezza della stessa istituzione. L’atteggiamento di sospetto sembra accentuarsi quando sono in gioco le istanze di presenze confessionali minoritarie poco diffuse, che si discostano dall’ortodossia o comunque percepite come meno “rassicuranti”¹⁵, quale l’Islam: in tale ultimo caso si accentua il timore di una “*islamic radicalization*” suscettibile

¹¹ Cfr. **I. LUPU, R.W. TUTTLE**, *The Forms and Limits of Religious Accommodation: the Case of RLUIPA*, in *Cardozo l. Rev.*, vol. 32, 2011, p. 1907 ss.

¹² Cfr. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005).

¹³ Cfr. *Kaufman v. McCaughtry*, 419 F. 3d 678 (7th Cir. 2005).

¹⁴ Cfr. *Lindell v. McCallum*, 352 F.3d 1107 (7th Cir. 2003); *Doty v. Lewis*, 995 F. Supp. 1081 (D. Ariz. 1998).

¹⁵ Cfr. **N. FIORITA, D. LOPRIENO**, *Introduzione*, in *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, a cura di N. Fiorita, D. Loprieno, Firenze University Press, Firenze, 2009, p. 1 ss.



di porre a rischio la *homeland security*¹⁶, senza tenere conto che spesso proprio le assenti o inadeguate forme di accomodamento delle istanze religiose possono determinare il rischio dell'esacerbarsi delle forme di rivendicazione identitaria e l'emergere di gruppi estremisti¹⁷.

3 - La diluizione delle forme di tutela della libertà religiosa nel contesto degli istituti di detenzione

La tensione fra regole generali e istanze di accomodamento religioso ha tradizionalmente costituito uno snodo cruciale dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa in materia di libertà religiosa negli U.S.A¹⁸.

¹⁶ Va ricordato che solo con la decisione *Cooper v. Pate*, 378 U.S. 546 (1964), per la prima volta si riconosce il diritto di agire in giudizio (*standing to sue*) ai sensi del *Civil Rights Act* all'Islam come gruppo confessionale. I detenuti islamici costituiscono circa un decimo della popolazione carceraria negli istituti federali di detenzione. Molte controversie giudiziarie riguardano casi in cui ai prigionieri islamici è stata negata la possibilità di seguire un regime alimentare conforme al loro credo, di indossare capi di abbigliamento religiosamente caratterizzato, di osservare riti religiosi, di accedere a testi di carattere religioso; talvolta sono state imposte modalità di accomodamento insoddisfacenti, anche in seguito alla percezione dell'Islam come identità monolitica (ad esempio, forme di preghiera congiunta fra Sciiti e Sunniti o opzioni fra l'accesso a servizi religiosi o alla biblioteca giuridica). Cfr. **E.M. TENENBAUM, S.E. RICKS**, *Protecting Freedom of Religion in Prison: the Free Exercise Clause and RLUIPA*, in *Current Issues in Constitutional Litigation: A Context and Practice Casebook*, a cura di M. Hunter Schwartz, Carolina Academic Press, Durham (NC), 2011, p. 615 ss.

¹⁷ Cfr. **K.L. MARCUS**, *Jailhouse Islamophobia: Anti-Muslim Discrimination in American Prisons*, in *Race Soc. Probl.*, vol. 1, 2009, pp. 39-44; **K.A. BEYDOUN**, *Islam Incarcerated: Religious Accommodation of Muslim Prisoners Before Holt v. Hobbs*, nel sito <http://ssrn.com/abstract=2561845>.

¹⁸ Cfr. sul tema **F. ONIDA**, *Libertà e uguaglianza nel separatismo statunitense*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 5 ss.; **F. ONIDA**, *Il fenomeno religioso nei sistemi giuridici extraeuropei*, in *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, a cura di F. Margiotta Broglio, C. Mirabelli, F. Onida, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 255-295; **V. BARSOTTI, N. FIORITA**, *Separatismo e laicità. Testi e materiali per un confronto fra Stati Uniti e Italia in tema di rapporti stato/chiese*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 9 ss.; **V. VALENTINI**, *Gli Stati Uniti e la religione. Separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, Cedam, Padova, 2010; **W.W. BASSETT, W.C. DURHAM JR., R.T. SMITH**, *Religious Organizations and the Law*, Thomson Reuters/West, Eagan (MN), 2012, p. 2-209 ss.; **D. LAYCOCK**, *Religious Liberty*, vol. I, *Overviews & History*, Eerdmans Publishing Co., Grand Rapids (MI), 2010; **D. LAYCOCK**, *Religious Liberty*, vol. II, *The Free Exercise Clause*, Eerdmans Publishing Co., Grand Rapids (MI), 2010; **K. GREENAWALT**, *Secularism, Religion and Liberal Democracy in the United States*, in *Cardozo L. Rev.*, vol. 30, 2009, p. 2383 ss.; **W.C. DURHAM JR., R. SMITH**, *Religion and the State in the United States at the Turn of the Twenty-first Century*, in



La Corte Suprema ha articolato, alla luce della *Free Exercise Clause*, specifici *standards* in vista di garantire una peculiare tutela ai comportamenti religiosamente motivati, suscettibile di essere ridimensionata solo in presenza di un *compelling state interest* e del parametro dello *strict scrutiny*¹⁹.

Quando sono in gioco istanze libertarie di soggetti reclusi in istituti di detenzione, tuttavia, si riscontra tradizionalmente una diluizione delle forme di tutela della libertà religiosa generalmente assicurate. La giurisprudenza in materia sembra, infatti, seguire un percorso diverso rispetto a quello delineato dalla Corte Suprema nelle pronunzie in materia di *free exercise of religion*, discostandosi dal parametro dello *strict scrutiny*, e adottando approcci “*hands off*”.

Una pietra miliare in questo cruciale ambito è la decisione *Turner v. Safley* del 1987²⁰, secondo cui alla luce della *Free Exercise Clause* i prigionieri non possono godere di eccezioni, pure religiosamente motivate, rispetto a “*policies reasonably related to legitimate penological interests*”: l’applicazione dello *strict scrutiny* al contesto degli istituti di detenzione viene considerata inappropriata, in quanto introdurrebbe uno *standard* inflessibile, limitando i processi decisionali degli organismi direttivi, e interferendo con le loro competenze relative alla gestione del problema della sicurezza all’interno delle stesse istituzioni.

In un tentativo di bilanciare la protezione dei diritti spettanti ai detenuti sulla base del Primo Emendamento con le legittime priorità degli istituti penitenziari, viene articolato un complesso criterio volto a giustificare restrizioni all’esercizio della libertà religiosa che si fonda sul rilievo assunto da quattro fattori:

«(a) whether there is a “valid, rational connection” between the regulation and a legitimate and neutral governmental interest put forward to justify it, which connection cannot be so remote as to render the regulation arbitrary or irrational; (b) whether there are alternative means of exercising the asserted constitutional right that remain open to inmates, which alternatives, if they exist, will require a measure of judicial deference to the corrections officials’ expertise; (c) whether and the extent to which accommodation of the asserted right will have an impact on prison staff, on inmates’ liberty, and on the allocation of limited prison resources, which impact, if substantial, will require particular deference to corrections officials; and (d) whether the regulation represents an “exaggerated response” to prison concerns, the

Law and Religion in the 21st Century. Relations between States and Religious Communities, a cura di S. Ferrari, R. Cristofori, Farnham (Surrey), 2010, p. 79 ss.

¹⁹ Cfr. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S.398 (1963); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

²⁰ Cfr. *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).



existence of a ready alternative that fully accommodates the prisoner's rights at the minimis costs to valid penological interests being evidence of unreasonableness»²¹.

Questi criteri trovano puntuale applicazione in una decisione che coinvolge detenuti di fede islamica: nel caso *O'Lone v. Shabazz*²² la Corte ribadisce che

«prison regulations alleged to infringe constitutional rights are judged under a "reasonableness" test less restrictive than that ordinarily applied to alleged infringements of fundamental constitutional rights», e che la valutazione dei "penological objectives"

è affidata al *"considered judgement of prison administrators"* quali autorità più qualificate al fine di

"to anticipate security problems and to adopt innovative solutions to the intractable problems of prison administration" evitando "unnecessary intrusion of the judiciary into problems particularly ill suited to resolution by decree".

La partecipazione dei detenuti a servizi religiosi viene pertanto preclusa dal sistema di organizzazione del lavoro all'interno dell'istituto di detenzione in nome degli interessi alla ordinata gestione della struttura, alla sicurezza e alla riabilitazione.

Riprendendo il test adottato in *Turner*, la Corte reputa che, pur non volendo sminuire il ruolo centrale che la partecipazione a uno specifico rito religioso (*Jumu'ah*) riveste per gli appartenenti alla fede islamica, le garanzie costituzionalmente offerte relative all'esercizio della libertà religiosa non possono giungere a esigere il sacrificio di *"legitimate penological objectives"* purché i detenuti non siano deprivati della possibilità di partecipare ad altre cerimonie religiose e più in generale godano di modalità alternative di praticare la propria fede.

Partendo dal presupposto che *"courts are ill equipped to deal with the increasingly urgen problems of prison administration and reform"*²³, mentre

²¹ Cfr. *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

²² Cfr. *O'Lone v. Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987). In questo caso gli attori, detenuti di fede islamica, intentavano un'azione giudiziaria alla luce della normativa vigente (42 U.S.C. § 1983) sostenendo che due regolamenti penitenziari adottati dalle autorità carcerarie del New Jersey impedivano loro di partecipare al *Jumu'ah*, un servizio congregazionale islamico che si svolge il venerdì pomeriggio, violando consequenzialmente i loro diritti alla luce della *Free Exercise Clause* del *First Amendment*. In base a tali regolamenti, essi erano assegnati a svolgere attività di lavoro all'esterno dell'edificio in cui erano detenuti e in cui aveva luogo il *Jumu'ah* ed era loro precluso di tornare in tali edifici durante il giorno.

²³ Cfr. *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).



“[P]rison authorities are best equipped to make difficult decisions regarding prison administration”²⁴, queste pronunzie delineano pertanto i contorni di uno scrutinio minimo applicabile alle istanze di esenzioni religiose²⁵, ove il parametro del *least restrictive means* viene ridotto a una *reasonable determination* e la “opportunità” dell’esercizio della libertà religiosa rimane ancorata dalla Corte Suprema al canone della “ragionevolezza”²⁶.

4 - L’impatto del R.F.R.A. sulla tutela della libertà religiosa negli istituti di detenzione

Come è noto, la Corte Suprema si è orientata successivamente verso la negazione di un regime connotato dalla specificità e l’affermazione di una uguaglianza formalisticamente intesa realizzata mediante una deprivazione *in toto* alle condotte religiosamente motivate di una specifica protezione avverso le “*neutral and general applicable laws*”. L’utilizzo del parametro *dello strict scrutiny*, circoscritto per via giurisprudenziale nel 1990 con la decisione *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*²⁷, vide una riespansione della sua portata nel 1993 con

²⁴ Cfr. *Washington v. Harper*, 494 U.S. 210 (1990). La Corte Suprema ha fondato tale assetto pure sulla base del tripartito sistema di Governo per cui “[J]udicial deference is accorded not merely because the administrator ordinarily will, as a matter of fact in a particular case, have a better grasp of his domain than the reviewing judge, but also because the of our correctional facilities is peculiarly the province of the Legislative and Executive Branches of our Government, not the Judicial”. Cfr. *Bell v. Wolfish*, 441 U.S. 520 (1979).

²⁵ La Corte Suprema, nel caso *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343 (1996), afferma che “*subjecting the day to day judgements of prison officials to an inflexible strict scrutiny analysis would seriously hamper their ability to anticipate security problems and to adopt innovative solutions to the intractable problems of prison administration*”.

²⁶ Cfr. *Cruz v. Beto*, 405 U.S. 319 (1972): “*reasonable opportunities [sic] must be afforded to all prisoners to exercise the religious freedom guaranteed by the First . . . Amendment without fear of penalty*”. Cfr. nello stesso senso *Jones v. N.C. Prisoners’ Labor Union, Inc.*, 433 U.S. 119 (1977), ove la Corte ha sostenuto che la corte distrettuale avrebbe dovuto verificare solo che le politiche penitenziarie restrittive della libertà religiosa non fossero “*unreasonable*”. Cfr. però *Procunier v. Martinez*, 416 U.S. 396 (1974), ove la Corte ha reputato che i regolamenti carcerari che vanno a intaccare i diritti dei detenuti garantiti alla luce del Primo Emendamento, e in particolare la libertà di esercizio della religione devono perseguire “*an important or substantial governmental interest*”, e “*must be no greater than is necessary or essential to the protection of the particular governmental interest involved*”. La stessa Corte, in *Turner*, ha affermato che “[p]rison walls do not form a barrier separating prison inmates” dai loro diritti individuali e “[t]here is no iron curtain drawn between the Constitution and the prisons of this country”. Cfr. *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

²⁷ Cfr. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S.



l'adozione del *Religious Freedom Restoration Act (R.F.R.A.)*, il cui fine precipuo era quello di restaurare, mediante uno strumento di carattere normativo, i parametri del *compelling interest* e del *least restrictive means*; tuttavia, successivamente, è stata preclusa per via giurisprudenziale l'applicazione di tale atto normativo a livello statale²⁸. Il *R.F.R.A.* previene infatti la possibilità che il Governo Federale limiti la libertà di esercizio della religione, se non alla condizione di dimostrare che un onere imposto alla stessa costituisca la via meno onerosa per realizzare uno stringente interesse statale. Sebbene indirizzato ad arginare la portata del caso *Smith*, il rinvio in esso contenuto alla giurisprudenza anteriore a tale decisione sembra tuttavia non offrire una univoca lettura: esso non risolve, in particolare, gli snodi problematici connessi al rapporto fra l'esercizio della libertà religiosa, un *substantial burden* e un "*compelling state interest*" suscettibili di plurali articolazioni, le stesse che tipicizzavano la giurisprudenza pre-*Smith*²⁹.

Sebbene indirizzato a ricoprire nel suo raggio d'azione anche l'ambito degli istituti di detenzione, l'emanazione del *R.F.R.A.*, inoltre, non ha di fatto alterato, nel lungo periodo, la *judicial policy of deference to prison*

872 (1990). Cfr. a commento **M. HAMILTON**, *Employment Division v. Smith at the Supreme Court: The Justices, The Litigants, and the Doctrinal Discourse*, in *Cardozo L. Rev.*, vol. 32, 2011, p. 1671 ss.

²⁸ Con la decisione *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997) è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo il *R.F.R.A.* in quanto il Congresso avrebbe oltrepassato i limiti delle competenze attribuitigli in virtù della *Section 5* del Quattordicesimo Emendamento e violato il principio di separazione dei poteri. Cfr. **D. LAYCOCK**, *Free Exercise and the Religious Freedom Restoration Act*, in *Fordham L. Rev.*, vol. 62, 1994, p. 883 ss.; **D. LAYCOCK**, *La tutela della libertà religiosa negli Stati Uniti. Dal caso Smith al "Religious Freedom Restoration Act"*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 1995/2, p. 451 ss.; **T.C. BERG**, *The Constitutional Future of Religious Freedom Legislation*, in *University of Arkansas Little Rock L. J.*, 1998, p. 715 ss.

²⁹ Cfr. **V.J.E. RYAN**, *Smith and the Religious Freedom Restoration Act: An Iconoclastic Assessment*, in *Va. L. Rev.*, vol. 78, 1992, p. 1407 ss., che, esaminando la giurisprudenza pre-*Smith*, ha notato come solo in poche circostanze il parametro dello *strict scrutiny* sia stato applicato in maniera stringente, offrendo una effettiva tutela alle istanze di tutela della libertà religiosa; spesso invece le corti hanno appoggiato la posizione dei soggetti pubblici accettando la mera asserzione della sussistenza di un *compelling state interest* senza richiedere una effettiva dimostrazione che la scelta adottata fosse la meno restrittiva per la libertà religiosa; inoltre si è riscontrata la presenza di un *substantial burden* per l'esercizio della libertà religiosa solo allorquando l'ente governativo avesse adottato strumenti coercitivi che precludevano l'esercizio di pratiche religiose che rivestono carattere centrale nell'ambito del credo della parte attrice. In tale senso la "restaurazione" da parte del *R.F.R.A.* di un più elevato livello di scrutinio quando sono in gioco istanze di libertà religiosa sembra non aver introdotto "*any substantial improvement in the legal atmosphere surrounding religious liberty in the United States*".



authorities e alle loro *legitimate security matters*³⁰. Parte della dottrina ha altresì paventato che l'applicazione dello *strict scrutiny* al contesto degli istituti di detenzione (ove il riconoscimento della libertà di esercizio della religione dovrebbe essere assoggettato a parametri differenziati) avrebbe indotto le autorità giudiziarie a elaborarne una versione "diluata" con inevitabili riflessi in negativo sul livello di tutela della libertà religiosa garantita in altri contesti³¹. Al tempo stesso altri hanno sostenuto che l'adozione di tale atto normativo avrebbe "inondato" il sistema giudiziario di "*frivolous claims*"³².

La rimodulazione della sua portata operata per via giurisprudenziale (e la conseguenziale preclusione della sua applicazione a livello statale) ha avuto altresì importanti ricadute sulla materia in esame, in quanto le autorità giudiziarie sono a questo punto tenute ad attenersi ai parametri sanciti dalla precedente giurisprudenza (ossia dalle pronunzie *Turner* e

³⁰ Cfr. in tale senso **I.C. LUPU**, *The Failure of RFRA*, in *U. Ark Little Rock L. Rev.*, vol. 20, 1998, p. 575 ss: nel suo studio l'Autore ricorda che dei 94 casi esaminati dalle corti federali alla luce del *R.F.R.A.* concernenti istanze di libertà da parte di detenuti istituti penitenziari, solo in 9 casi tali istanze sono state accolte. Con riguardo allo specifico atteggiamento di scetticismo delle autorità giudiziarie quando sono in gioco istanze di libertà religiosa dei detenuti, pure esaminate alla luce del *R.F.R.A.*, cfr. **D.J. SOLOVE**, *Faith Profaned: The Religious Freedom Restoration Act and Religion in the Prisons*, in *Yale L. J.*, vol. 106, 1996, p. 459 ss. Le corti hanno spesso considerato le pratiche religiose dei detenuti come fungibili fra loro, hanno spesso dubitato della sincerità delle istanze dei detenuti e hanno considerato "sostanziali" solo quegli oneri alla libertà religiosa che rivestivano il carattere della insopportabilità. Cfr. pure **I.C. LUPU**, *Why the Congress Was Wrong and the Court Was Right. Reflections on City of Boerne v. Flores*, in *Wm & Mary L. Rev.*, vol. 39, 1998, p. 793 ss.

Alcune pronunzie però risentono dell'impatto positivo esercitato da tale atto normativo sull'espansione delle garanzie offerte alla libertà religiosa dei detenuti tramite la definizione dello *standard* giuridico fondato sul triplice parametro "*substantial burden-compelling interest-least restrictive means*". Cfr. *Jolly v. Coughlin*, 76 F.3d 468 (2d Cir. 1996), ove la corte ha reputato che violasse la libertà religiosa di un detenuto di fede islamica la partecipazione obbligatoria a un programma che prevedeva la sottoposizione a un *test* contro la tubercolosi.

³¹ Cfr. **I.C. LUPU**, *The Failure of RFRA*, cit., pp. 597-598. Lo stesso giudice Scalia, nel caso *Smith*, ha affermato che "*if compelling interest really means what it says...watering it down here will subvert its rigor in the other fields where it is applied*". Cfr. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). Questa preoccupazione, in senso stretto, riguarda infatti il timore che applicare il parametro dello *strict scrutiny* al contesto degli istituti di detenzione avrebbe ricadute negative su altre istanze di accomodamento religioso; in senso ampio, si teme addirittura che l'applicazione dello *strict scrutiny* in materia di libertà religiosa indebolirebbe il medesimo *standard* pure in altri contesti giuridici (ad esempio, nei settori concernenti il *free speech* e l'*equal protection*).

³² Cfr. più approfonditamente **S. GERWIG-MOORE**, *Saving Their Own Souls: How RLUIPA Failed to Deliver On Its Promises*, in *Legislation and Policy Brief*, vol. 4:1, 2012, p. 131.



O'Lone) con riguardo alle rivendicazioni di libertà religiosa dei detenuti, in quelle fattispecie sottratte al campo di operatività del R.F.R.A.³³.

5 - L'adozione del R.L.U.I.P.A.

La successiva adozione del R.L.U.I.P.A. (*Land Use Regulations e Institutionalized Persons Act*), volta a offrire una "espansiva protezione alla libertà religiosa", è finalizzata a dare nuovo impulso ancora una volta al parametro dello *strict scrutiny*³⁴. Tale atto normativo permette "to seek religious accommodations pursuant to the same standard as set forth in the Religious Freedom Restoration Act"³⁵, ma con un ambito di applicazione più circoscritto (la materia urbanistica e quella delle comunità segreganti). Il riconoscimento dell'illegittimità costituzionale del R.F.R.A. a opera della pronuncia *City of Boerne v. Flores*³⁶ va, infatti, a incidere sul sistema di distribuzione delle competenze fra Stato Federale e singoli Stati, ma non intacca i contenuti dello stesso R.F.R.A. e gli indici di valutazione dallo stesso asseverati. Il R.L.U.I.P.A., a sua volta, si presta maggiormente a resistere a impugnazioni della sua legittimità costituzionale, in quanto risulta strettamente connesso ai poteri spettanti al Congresso alla luce delle *Spending and Commerce Clauses*. Esso risulta, pertanto, ancorato più solidamente a principi costituzionalmente affermati rispetto al R.F.R.A. (le cui basi erano state rintracciate dal Congresso, più discutibilmente, nella *Section 5* del 14° Emendamento) e si applica a tutti gli istituti di detenzione beneficiari di forme di finanziamento da parte del Governo Federale³⁷.

Questo atto normativo rivela, pertanto, la specifica sollecitudine del Congresso verso coloro che si trovano in un regime di restrizione che può comportare limitazioni (talora arbitrarie) all'esercizio della libertà religiosa³⁸. Alla luce del R.L.U.I.P.A., *Section 3*, il criterio dello *strict scrutiny*

³³ Numerosi testi normativi in materia di libertà religiosa sono stati tuttavia emanati a livello di legislazione statale.

³⁴ Cfr. T.C. BERG, *The Permissible Scope of Limitations on the Freedom of Religion and Belief in the United States*, in *Emory Journal of International Law*, vol. 19, 2005, p. 1277 ss.

³⁵ Cfr. *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, 42 U.S.C. §2000cc et seq.

³⁶ *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

³⁷ Esso si applica infatti a ogni "program or activity that receives Federal financial assistance" o quando "the substantial burden affects, or removal of that burden would affect [] commerce . . . among the several states".

³⁸ Cfr. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005), secondo cui il R.L.U.I.P.A. "thus protects institutionalized persons who are unable freely to attend to their religious needs and who are also therefore dependent on the government's permission and accommodation for exercise of their



diviene elemento fondamentale dell'*assessment* di quelle politiche penitenziarie che impongono oneri sostanziali alla libertà religiosa dei detenuti; esse possono essere giustificate solo qualora costituiscano il mezzo meno restrittivo per perseguire uno stringente interesse pubblico.

Il R.L.U.I.P.A. non offre una definizione di "*substantial burden*"; tuttavia l'ampia tutela da esso offerta si estende a ricomprendere "*any exercise of religion, whether or not compelled by, or central to, a system of religious belief*"³⁹.

Questa norma vuole ovviare alle difficoltà incontrate nell'interpretazione del R.F.R.A.: occorre ricordare infatti che, alla luce di tale atto normativo, nonostante qualche tentativo giurisprudenziale di darne una definizione univoca, il carattere "sostanziale" dell'onere gravante sulla libertà religiosa ha determinato in passato diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali con riguardo al "cosa" costituisca un onere sostanziale e "chi" decida circa la sussistenza di tale onere.

Le autorità giudiziarie si sono a lungo interrogate, raggiungendo risultati discordi con riguardo alla qualificazione di un onere che possieda carattere "sostanziale" rispetto all'esercizio della libertà religiosa, talora ricomprendendo nell'ambito della tutela offerta dal R.F.R.A. solo quelle pratiche che rivestivano un ruolo centrale e la cui osservanza era prevista in forma obbligatoria all'interno di un sistema fideistico. Alcune volte le corti, pertanto, hanno affermato l'impellenza di una distinzione fra gli oneri effettivamente considerevoli e quelli che sembrerebbero rivestire carattere meramente incidentale rispetto all'esercizio della libertà religiosa⁴⁰; altre si sono dimostrate recalcitranti a scrutinare il carattere sostanziale di un onere perché ciò implicherebbe una rischiosa indagine da parte dei giudici sul nucleo "centrale" di particolari credenze o pratiche religiose o sulla validità delle interpretazioni di specifiche credenze da parte dei fedeli⁴¹. L'applicazione di tale parametro era suscettibile di condurre pertanto a una pervasiva valutazione da parte delle autorità giudiziarie del peso che una

religion". Cfr. **S. GOLDBERG**, *Cutter and the Preferred Position of the Free Exercise Clause*, in *William and Mary Bill of Rights Journal*, vol. 14, 2006, p. 1403 ss.

³⁹ Cfr. *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, 42 U.S.C. §2000cc et seq.

⁴⁰ Un tentativo di definizione può rintracciarsi in un'ormai datata pronuncia della Corte Suprema, secondo cui si ha un *substantial burden* per l'esercizio della libertà religiosa qualora il Governo "*conditions receipt of an important benefit upon conduct proscribed by a religious faith or denies such a benefit because of conduct mandated by religious belief, thereby putting substantial pressure on an adherent to modify his behavior and to violate his beliefs*". Cfr. *Thomas v. Review Bd. of Ind. Emp't Sec. Div.*, 450 U.S. 707 (1981).

⁴¹ Cfr. **A.G. OLREE**, *The Continuing Threshold for Free Exercise Claims*, in *William & Mary Bill Rights J.*, vol. 17, 2008, p. 103 ss.



specifica pratica rivestiva all'interno di una Confessione religiosa ma al tempo stesso di trascurare le credenze e pratiche religiose di carattere singolare; in particolare essa svantaggiava i gruppi religiosi minoritari presso i quali talvolta alcune pratiche religiose rivestono un importante significato simbolico, ma la loro osservanza da parte dei fedeli risulta meramente "incoraggiata".

Alla luce del *R.L.U.I.P.A.*, la condotta religiosamente motivata, per risultare meritevole di tutela, deve semplicemente fondarsi su una sincera credenza o convinzione di natura fideistica; viene infatti individuata una distinzione fra "*religious belief*", come tale meritevole di tutela, e "*way of life based on purely secular considerations*" (che non rientra nello spettro di protezione offerto da tale atto). La giurisprudenza successiva a tale atto normativo, pertanto, ha qualificato come *substantial burden* ogni forma di sostanziale pressione esercitata su un fedele affinché questo modifichi il suo comportamento, finendo con il violare un precetto derivante dalla sua appartenenza confessionale⁴². A tale proposito, anche una regola o politica apparentemente neutrale può avere l'effetto inatteso di costringere un detenuto a una difficile scelta fra il violare un precetto della sua fede o il non usufruire di un beneficio disponibile alla generalità della popolazione carceraria.

L'indagine giudiziaria sulla "sincerità" delle convinzioni professate non è tuttavia esente da difficoltà, rischiando di rivelarsi anch'essa intrusiva delle più intime motivazioni dell'agire umano⁴³: tale problematicità ha spesso indotto le corti a ripiegare ancora una volta su una valutazione relativa alla centralità delle pratiche religiose per verificare la sussistenza di un onere sostanziale rispetto all'esercizio della libertà religiosa o, alternativamente, ad astenersi da qualsiasi indagine relativa alla sincerità delle convinzioni, presumendone l'autenticità, aprendo ai detenuti un percorso esente da ostacoli (e proprio per questo suscettibile di essere utilizzato per ammantare di religiosità le più svariate istanze) per far valere la legittimità delle loro rivendicazioni alla luce del *R.L.U.I.P.A.*

Una volta che un attore, infatti, abbia soddisfatto l'onere di dimostrare sia la sincerità delle sue convinzioni religiose sia che le politiche

⁴² Cfr. *Lovelace v. Lee*, 472 F.3d 174 (4th Cir. 2006).

⁴³ In risposta al *R.L.U.I.P.A.* in alcuni istituti di detenzione sono stati introdotti degli specifici *test* (suscettibili di suscitare dubbi di arbitrarietà e illegittimità costituzionale) al fine di verificare la sincerità di coloro che presentano istanze religiosamente motivate. Cfr. **N. MOUSTAFA**, *The Right to Free Exercise of Religion in Prisons: How Courts Should Determine Sincerity of Religious Belief Under RLUIPA*, in *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 20:1, 2014, p. 214 ss.



carcerarie comportino un onere sostanziale per l'esercizio della sua libertà religiosa, grava sulle autorità governative provare che la politica o la regola adottata (limitativa della libertà religiosa del detenuto) costituisce il mezzo meno restrittivo per realizzare uno stringente interesse governativo, diversamente da quanto era previsto dalla precedente disciplina (in base alla quale era il prigioniero a dover dimostrare che le autorità penitenziarie non avevano una legittima ragione per imporre una restrizione alla sua libertà religiosa).

6 - Il riconoscimento di legittimità del R.L.U.I.P.A. alla luce dell'*Establishment Clause*

Alla luce dell'*Establishment Clause*, la Corte Suprema ha sostenuto la legittimità costituzionale del R.L.U.I.P.A. (rovesciando la precedente pronuncia del Sesto Circuito)⁴⁴. Essa ha riconosciuto la possibilità che le due clausole del Primo Emendamento esercitino "*conflicting pressures*" ma che "*there is room for play in the joints*" ossia sia rintracciabile "*some space for legislative action neither compelled by the free exercise clause nor prohibited by the Establishment clause*"⁴⁵. Il R.L.U.I.P.A. viene qualificato pertanto come una forma di *permissible legislative accommodation* dell'esercizio della libertà religiosa, che non risulta interdetto dall'*Establishment Clause* in quanto non favorisce indebitamente il fenomeno religioso; il suo fine è quello di proteggere le persone detenute che non sono libere di soddisfare autonomamente i loro bisogni religiosi e necessitano di forme di autorizzazione e accomodamento da parte delle autorità governative per

⁴⁴ Cfr. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005). In questo caso, cinque detenuti in un istituto di detenzione dell'Ohio, fra cui due aderenti di Asatru, un ministro della *Church of Jesus Christ Christian*, un Wiccan e un Satanista hanno intrapreso un'azione giudiziaria, sostenendo dinanzi alla corte distrettuale federale che il personale dell'istituto violasse il R.L.U.I.P.A. non fornendo forme di accomodamento dell'esercizio della libertà religiosa per le loro confessioni "*nonmainstream*". I pubblici ufficiali dell'istituto hanno sostenuto che tale atto normativo "*improperly advanced religion and thus violated the First Amendment's establishment clause which prohibited government from making laws*" che imponessero forme di "*establishment of religion*". Il Sesto Circuito è stato l'unico a reputare che il R.L.U.I.P.A. determinasse una violazione dell'*Establishment Clause* (349 F.3d 257, 260 (6th Cir. 2003)). A tale proposito, il Sesto Circuito aveva reputato che la *Section 3* del R.L.U.I.P.A. promuovesse indebitamente la religione "*giving greater protection to religious rights than to other constitutionally protected rights,*" e garantendo ai detenuti dotati di una appartenenza fideistica "*rights superior to those of nonreligious prisoners,*" e pertanto "*encouraging prisoners to become religious in order to enjoy greater rights*".

⁴⁵ Cfr. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005).



soddisfare tali esigenze. Al tempo stesso, la Corte sottolinea il dovere da parte delle autorità giudiziarie di tenere in adeguata considerazione gli oneri che l'accomodamento richiesto potrebbe imporre a soggetti non beneficiari e di assicurare che le forme di tutela della libertà religiosa assicurate dal *R.L.U.I.P.A.* siano garantite con modalità neutrali rispetto alle diverse fedi.

La Corte ha altresì respinto la posizione assunta dal Sesto Circuito secondo cui il *R.L.U.I.P.A.* promuoverebbe in maniera costituzionalmente illegittima il fenomeno religioso, assicurando una protezione più ampia alla libertà religiosa di quella assicurata ad altri diritti costituzionalmente garantiti. La Corte, a tale proposito, ha affermato che il dettato costituzionale non esige che tutti i diritti, pur costituzionalmente affermati, ricevano la medesima tutela sul piano legislativo allo stesso tempo e con le stesse modalità: in caso contrario verrebbe messo in forse l'intero sistema degli accomodamenti della libertà religiosa, in quanto il Congresso ogni qual volta fornisce una forma di beneficio in vista dell'esercizio della libertà religiosa sarebbe tenuto a fornire un corrispondente vantaggio di carattere secolare⁴⁶.

Al tempo stesso, la Corte non si è discostata però completamente dalla giurisprudenza precedente e ha mantenuto l'attitudine deferenziale verso le autorità penitenziarie, ribadendo che nelle controversie concernenti l'esercizio della libertà religiosa all'interno degli istituti di detenzione "*context matters*". Secondo la Corte, infatti "*[p]rison security is a compelling state interest*"; il carattere stringente di tale interesse è stato debitamente tenuto in considerazione dal legislatore che avrebbe modulato il parametro dello *strict scrutiny* alla luce della specificità dell'ambito delle istituzioni carcerarie:

*"lawmakers supporting RLUIPA [...] anticipated that courts would apply the Act's standard with due deference to the experience and expertise of prison and jail administrators in establishing necessary regulations and procedures to maintain good order, security and discipline, consistent with consideration of costs and limited resources"*⁴⁷.

In tale senso il *R.L.U.I.P.A.* deve essere applicato "*in an appropriately balance way with particular sensitivity to security concerns*" e non può essere interpretato in modo tale da "*to elevate accommodation of religious observances*

⁴⁶ La Corte, a tale proposito, ha sostenuto che fornire ai detenuti la figura di un cappellano, non implica alcun obbligo di provvedere, ad esempio, a fornire pure un consulente politico.

⁴⁷ Cfr. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005).



over an institution's need to maintain order and safety"⁴⁸. Alle stesse autorità carcerarie viene riservato un ampio margine di discrezionalità in quanto *"should inmate requests for religious accommodation become excessive, impose unjustified burdens on other institutionalized persons or jeopardize the effective functioning of an institution, the facility would be free to resist the imposition"*⁴⁹.

7 - I nodi irrisolti del caso *Cutter v. Wilkinson*

La pronuncia della Corte, tuttavia, sembra portare alla luce taluni nodi irrisolti relativi al modello di tutela della libertà religiosa nell'ambito delle comunità segreganti così come disciplinato dal R.L.U.I.P.A. Sebbene la Corte giunga alla conclusione che il R.L.U.I.P.A. non si trovi in contraddizione con l'*Establishment Clause*, in quanto non introduce trattamenti differenziati fra le varie appartenenze confessionali⁵⁰, essa non affronta pienamente il problema relativo al trattamento preferenziale della *religion* rispetto alla *non-religion*. Il R.L.U.I.P.A. sembrerebbe, infatti, garantire un "migliore" trattamento ai detenuti che rivendicano una appartenenza confessionale, assicurando una pluralità di esenzioni e privilegi rispetto a quelli che costituiscono i disagi dell'esistenza all'interno di un'istituzione penitenziaria: tale profilo potrebbe sollecitare conversioni in vista del godimento di un regime carcerario percepito come preferenziale (realizzandosi, secondo parte della dottrina, in tale modo un'indebita promozione del fenomeno religioso, in contraddizione con il principio di neutralità statale)⁵¹.

A tale proposito la stessa Corte ammette che taluni vantaggi, non disponibili per i detenuti privi di un'appartenenza confessionale, come *"the right to assemble [...] might attract joiners seeking a break in their closely guarded day"*⁵²: a tale proposito la stessa Corte si limita a obiettare (piuttosto debolmente) che un'eventuale dichiarazione fittizia di afferenza confessionale potrebbe risultare poco vantaggiosa nel suo complesso,

⁴⁸ Cfr. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005).

⁴⁹ Cfr. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005).

⁵⁰ Secondo la stessa Corte, lo Stato non può conferire alcun *"privileged status on any particular religious sect"* nè potrebbe *"single[] out [any] bona fide faith for disadvantageous treatment"*. Cfr. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005).

⁵¹ Cfr. **M.F. JOHNSON**, *Heaven Help Us: Religious Land Use and Institutionalized Persons Act's Prisoners Provisions in the Aftermath of the Supreme Court's Decision in Cutter v. Wikinson*, in *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol. 14:3, 2006, p. 608.

⁵² Cfr. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005).



implicando pure la volontaria sottoposizione ad alcune restrizioni connesse alla stessa (ad esempio, ricevere pasti monotoni come quelli previsti per un regime alimentare *kosher*): tale circostanza dovrebbe scoraggiare forme di fraudolenta conversione.

Al tempo stesso la Corte, inoltre, sottolinea come i gruppi confessionali maggioritari già ricevessero, nell'ambito degli istituti di detenzione, un trattamento preferenziale con riguardo ad alcuni profili attinenti all'esercizio della libertà religiosa (presenza di cappellani⁵³, disponibilità di spazi dedicati al culto, accesso a testi, attività e servizi di

⁵³ Le leggi di diversi singoli Stati prevedono la presenza stabile di cappellani negli istituti di detenzione, o il coinvolgimento di sacerdoti o consiglieri spirituali. E' permesso pure l'accesso di ulteriori ministri di culto che volontariamente si occupano dell'assistenza spirituale dei detenuti, benchè sia loro proibito di svolgere attività di proselitismo. Il *Federal Bureau of Prisons* nel 2007 ha assunto 251 cappellani; si avvale altresì di ministri di culto, regolarmente contrattualizzati o volontari, per soddisfare le esigenze di assistenza spirituale degli aderenti a fedi minoritarie. I servizi religiosi si svolgono in genere su base settimanale per i gruppi religiosi maggioritari; per quelli di consistenza ridotta vengono organizzati gruppi di studio pure su base settimanale. I singoli detenuti possono presentare istanze volte a richiedere specifici servizi religiosi, che verranno esaminate caso per caso dagli organismi direttivi dell'istituzione. La giurisprudenza ha reputato che gli istituti di detenzione sono legittimati ad assumere cappellani, ma non sono tenuti a impiegare ministri di culto per ciascuna fede religiosa a cui i detenuti aderiscano. Sebbene la figura dei cappellani come dipendenti statali possa sembrare in contraddizione con l'*Establishment Clause*, le corti si sono pronunziate a favore della legittimità costituzionale della presenza di queste figure: così come sono previste l'assistenza medica, sociale e scolastica, gli istituti di detenzione sono infatti tenuti a provvedere ai bisogni spirituali dei detenuti. I cappellani hanno compiti di assistenza spirituale e di consulenza, indipendentemente dalla appartenenza fideistica dei detenuti; forniscono assistenza ai detenuti che desiderano richiedere l'accesso dei rappresentanti delle loro confessioni; si occupano della gestione dei servizi e dei programmi riabilitativi confessionalmente orientati e della formazione del personale con riguardo al diritto di libertà religiosa spettante ai detenuti. Talvolta i cappellani si rivolgono a organizzazioni religiosamente caratterizzate per provvedere al soddisfacimento di specifiche esigenze relative allo svolgimento di servizi di carattere religioso, consulenze, gruppi di studio, in rispondenza alle istanze di specifiche comunità di fede presenti all'interno degli istituti di detenzione. I cappellani svolgono talora anche compiti amministrativi, assumendo il compito di testimoni durante l'esecuzione della pena capitale o scrivendo rapporti in vista del riconoscimento della libertà su cauzione: non possono tuttavia essere coinvolti eccessivamente in ruoli gestionali degli stessi istituti, si verrebbe altrimenti a configurare una forma di *excessive religious entanglement* in materie di competenza statale; allo stesso modo configurerebbe una indebita *religious coercion* la forzosa partecipazione dei detenuti ad attività religiosamente orientate. Cfr. **UNITED STATES COMMISSION ON CIVIL RIGHTS**, *Enforcing Religious Freedom in Prison*, September 2008. Cfr. pure **B.I. BITTKER, S.C. IDLEMAN, F.S. RAVITCH**, *Religion and the State in American Law*, Cambridge University Press, New York, 2015, p. 809 ss.



carattere religioso): la legittimità costituzionale di tale stato dell'arte è stata talora oggetto di discussioni in sede giurisprudenziale ma mai seriamente compromessa⁵⁴. La Corte rimarca che anche i gruppi minoritari, alla luce del *R.L.U.I.P.A.*, sono legittimati a ricevere forme di accomodamento dell'esercizio della libertà religiosa, e che queste sarebbero da considerarsi in conformità con l'*Establishment Clause*: il *R.L.U.I.P.A.*, in tale senso, porrebbe le *nonmainstream religions* su un piano di parità rispetto alle confessioni maggioritarie, che godono tradizionalmente di numerose forme di *religious accommodation*; esso svolgerebbe un ruolo (seppur non pienamente) "compensatorio" del regime di maggior favore che finora era stato accessibile solo ad alcuni gruppi religiosi – sebbene esso non rimuova completamente alcune differenze di trattamento esistenti, che risultano non pienamente in coerenza con il principio di neutralità statale⁵⁵.

8 - Le interferenze del *Prison Litigation Reform Act* sulla tutela dell'esercizio della libertà religiosa dei detenuti

Ulteriori limiti alle rivendicazioni libertarie dei detenuti derivano dall'introduzione, risalente al 1996, di un ulteriore atto normativo, il *Prison*

⁵⁴ Risulta tuttavia in aumento il numero di controversie giudiziarie insorte alla luce dell'*Establishment Clause* e relative alla gestione di programmi riabilitativi di carattere religioso da parte di organizzazioni confessionalmente orientate, e alla legittimità dell'accesso delle stesse a forme di finanziamento pubblico. Cfr. *Americans United for Separation of Church and State v. Prison Fellowship Ministries, Inc.*, 509 F.3d 406 (8th Cir. 2007). Cfr. sul tema, più ampiamente, J.A. DAVIDS, *Putting Faith in Prison Programs, and Its Constitutionality Under Thomas Jefferson's Faith-Based Initiative*, in *Ave Maria Law Review*, vol. 6, 2008, p. 341 ss.

⁵⁵ Cfr. *Smith v. Kyler*, 295 F. App. 479 (3d Cir. 2008): in questo caso la corte ha sostenuto la legittimità di un regolamento carcerario (impugnato da un Rastafariano) che prevedeva che le attività collettive di culto fossero guidate da cappellani o da *leaders* religiosi approvati. L'istituto di detenzione aveva assunto cappellani per i gruppi religiosi più ampi, ma non era disposta a sostenere le spese di viaggio per i ministri di culto delle fedi minoritarie. La corte ha reputato che la politica adottata costituisse il mezzo meno restrittivo per realizzare l'interesse dell'istituto di detenzione al contenimento dei costi, e l'impatto negativo sui membri delle fedi di minoranza era determinata esclusivamente dalla scarsità di volontari qualificati in quell'area geografica: il regolamento rappresentava infatti "a fair means of allocating scarce prison resources because . . . to pay [for a Rastafarian Chaplain] would require the Department to pay expenses for numerous other religious leaders . . . or else be exposed to a charge of religious favoritism... hiring a Chaplain to perform religious services only for the largest major faith groups within a facility, but permitting smaller groups to worship together under the direction of a volunteer Faith Group Leader, is the least restrictive means of furthering the DOC's interests".



*Litigation Reform Act (P.L.R.A.)*⁵⁶, mirato a scrutinare più rigorosamente le istanze dei reclusi. Esso prevede una serie di requisiti amministrativi e procedurali affinché un detenuto possa proporre un'azione dinanzi a un'autorità giudiziaria di carattere federale, al fine di scoraggiare la presentazione di *frivolous lawsuits*. Le previsioni del *P.L.R.A.* finiscono con l'intersecarsi con quelle del *R.L.U.I.P.A.*, riducendo in via preliminare il numero delle istanze che potrebbero essere esaminate nel merito dalle corti federali alla luce dello stesso *R.L.U.I.P.A.* (ridimensionando così, di fatto, la misura della tutela offerta da tale atto normativo e il suo impatto sulla gestione delle istituzioni penitenziarie)⁵⁷. Fra le altre disposizioni, il *R.L.P.A.* sancisce innanzitutto che

"no action shall be brought with respect to prison conditions under section 1983 of this title, or any other Federal law, by a prisoner confined in any jail, prison, or other correctional facility until such administrative remedies as are available are exhausted":

in tale senso, viene modificata la precedente disciplina (*Civil Rights of the Institutionalized Persons Act*), che affidava alle autorità giudiziarie il compito di verificare se il detenuto ricorrente avesse esaurito tutti i rimedi disponibili in sede amministrativa, ampliando in questo ambito lo spazio di discrezionalità riservato agli organismi direttivi degli istituti di

⁵⁶ Cfr. 42 U.S.C. § 1997 (1996).

⁵⁷ Cfr. **M. SCHLANGER**, *Preserving the Rule of Law in American's Jails and Prisons: The Case for Amending the Prison Litigation Reform Act*, in *U. Pa. J. Const. L.*, vol. 11, 2008, p. 145: "[t]he PLRA emboldens prison and jail officials to make objectionable arguments that must be litigated, forcing expenditure of resources and prolonging litigation, as well as further dehumanizing prisoners and promoting a culture of callousness". Allo stesso modo, molte istanze non riescono a superare il "summary judgement stage". Per un esame più dettagliato della giurisprudenza dei diversi circuiti d'appello, cfr. **S. GERWIG-MOORE**, *Saving Their Own Souls*, cit., p. 142 ss. L'Autrice sottolinea come maggiori difficoltà incontrino i ricorrenti *pro se*, in quanto, in base al *P.R.L.A.*, sono tenuti a presentare ricorsi che abbiano "an arguable legal and factual basis", che contengano qualcosa di più di "a formulaic recitation of the elements of a cause of action", e che soddisfino le regole federali di Procedura Civile, le quali richiedono "a short and plain statement showing that the pleader is entitled to relief". Specificamente, in una azione giudiziaria presentata alla luce del *R.L.U.I.P.A.* "plaintiff must link any RLUIPA claim together with specific defendants and specific conduct". Altre previsioni contenute nel *P.R.L.A.* potenzialmente disincentivanti di azioni giudiziarie intentate da detenuti sono la disposizione che prevede il pagamento di una "tassa di deposito" preliminarmente alla presentazione di un ricorso giudiziario e il limite per cui, qualora le querele di un detenuto siano state per tre volte respinte in quanto frivole o accompagnate dall'elemento del dolo, non gli sarà più consentito di presentare azioni *in forma pauperis* a meno che egli non riesca a dimostrare la sussistenza di un imminente pericolo di una seria lesione fisica.



detenzione⁵⁸. Un'altra previsione di carattere controverso del R.L.P.A. è quella che impone la sussistenza di un "*physical harm*" affinché un detenuto possa intentare un'azione giudiziaria, che sembrerebbe stroncare in via preliminare qualunque azione giudiziaria in cui sia coinvolto un danno di natura esclusivamente spirituale: sebbene diversi circuiti abbiano reputato che sia necessario distinguere fra le azioni giudiziarie in cui sono in gioco diritti costituzionalmente protetti, fra le quali rientrano le azioni intraprese a tutela della libertà religiosa (per le quali tale previsione limitativa non dovrebbe trovare applicazione) e altre forme di *civil claims*, pure siffatta disposizione normativa ha prodotto incertezze interpretative, con riguardo alla sua compatibilità con il riconoscimento di quelle forme di "*appropriate relief*" che il R.L.U.I.P.A. garantisce ai detenuti qualora le loro istanze vengano accolte⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. *Woodford v. NGO*, 548 U.S. 81 (2006), in cui la Corte Suprema afferma che il testo del P.R.L.A. "*strongly suggests*" che il termine "*exhausted*" richieda una "*proper exhaustion*". Cfr. **G. SHAY, J. KALB**, *More Stories of Jurisdiction-Stripping and Executive Power: Interpreting the Prison Litigation Reform Act (PLRA)*, in *Cardozo L. Rev.*, vol. 29, 2007, p. 300, secondo cui "*the [Woodford] decision effectively leaves the ability to define the hurdles a prisoner must clear (in the form of prison grievance procedures) in the hands of prison officials, making them gate-keepers to both federal and, in some jurisdictions, state courts*". Cfr. pure *Booth v. Churner*, 532 U.S. 731 (2001), secondo cui le controversie concernenti esclusivamente il risarcimento di danni di carattere economico in ambito carcerario non possono essere proposte dinanzi all'autorità giudiziaria se prima non sono state esaurite tutte le azioni che il detenuto ha a disposizione all'interno dell'istituzione carceraria, rivolgendosi agli organismi disciplinari della stessa.

⁵⁹ Con riguardo ai diversi approcci dei vari circuiti relativi alla possibilità di promuovere azioni di risarcimento dei danni avverso gli Stati e i loro pubblici ufficiali statali, cfr. **T.G. STOUT**, *The Cost of Religious Accommodation in Prisons*, in *Virginia Law Review*, vol. 96, 2010, p. 1219, che sottolinea come l'orientamento prevalente sia stato quello di negare questa opzione, sulla base dell'immunità di cui gli Stati godono alla luce dell'Undicesimo Emendamento, a cui essi però possono rinunciare "*voluntarily participating in a federal spending program provided that Congress has expressed a clear intent to condition participation . . . on a State's consent to waive its constitutional immunity*"; poiché nel testo del R.L.U.I.P.A. tuttavia non si parla di danni economici, esso "*falls short of the unequivocal textual expression necessary to waive State immunity from suits for damages*". Cfr. *Madison v. Virginia*, 474 F.3d 118, 131 (4th Cir. 2006). Cfr. però *Smith v. Allen*, 502 F. 3d 1255 (11th Cir. 2007), in cui, mediante una interpretazione congiunta delle disposizioni del R.L.U.I.P.A. e del P.L.R.A., la Corte ha affermato che "*although we conclude, as a general matter, that RLUIPA's phrase "appropriate relief" contemplates monetary as well as injunctive relief, in this case it is clear that [the prisoner's] monetary award, if any, will be limited to a grant of nominal damages in light of the limiting language of § 1997(e)*". Cfr. **J.D. LARSON**, *RLUIPA, Distress, and Damages*, in *Chi. L. Rev.*, vol. 74, 2007, p. 1458: "*A prisoner who suffered some physical harm would be allowed to recover damages for accompanying mental and emotional distress, but a prisoner who suffered serious violations of his constitutional or statutory rights*



9 - La frammentazione dei parametri adoperati dai diversi circuiti d'appello

L'adozione del *R.L.U.I.P.A.* era mirata a introdurre importanti cambiamenti nella regolazione delle politiche di accomodamento religioso. In seguito alla sua emanazione si è registrato sicuramente un incremento delle controversie giudiziarie concernenti istanze di esenzioni religiosamente motivate da parte di detenuti di istituti penitenziari⁶⁰. Si è al tempo stesso creata incertezza presso i diversi circuiti d'appello sulle modalità di applicazione dello *standard* dello *strict scrutiny* nel contesto degli istituti di detenzione e su quale sia il margine di deferenza dovuto alle autorità carcerarie: sembra, infatti, che la Corte Suprema abbia introdotto, nel caso *Cutter*, uno standard "intermedio" fra un rigoroso *strict scrutiny* e il "*rational basis approach*" sollecitato dal Sesto Circuito, richiedendo alle corti inferiori, ancora una volta, di bilanciare la libertà religiosa dei detenuti con la deferenza all'interesse alla sicurezza dell'istituzione penitenziaria⁶¹.

Le corti d'appello federali fra il 2005 e il 2015 si sono divise con riguardo all'interpretazione del *R.L.U.I.P.A.*: esse oscillano fra un approccio deferenziale verso le politiche governative e i regolamenti degli istituti di detenzione, deputati ad assicurare ordine, sicurezza e disciplina, per cui andrebbe attribuito maggior peso alle decisioni degli appartenenti alle amministrazioni penitenziarie, e tentativi di dare maggior rilievo alle rivendicazioni libertarie dei detenuti, richiedendo alle autorità

without any physical harm would be unable to collect any damages. When the right violated is RLUIPA's statutory right of free exercise of religion, such a result is deeply problematic". Per una ricostruzione delle diverse posizioni giurisprudenziali, **S. GERWIG-MOORE**, *Saving Their Own Souls*, cit., p. 137, sottolinea come l'impatto del *P.R.L.A.*, sulle istanze presentate alla luce del *R.L.U.I.P.A.* sia stato poco studiato in quanto molte controversie si sono aremate nella fase dei ricorsi amministrativi.

⁶⁰ Fra le decisioni pronunziate in senso favorevole alla libertà religiosa dei detenuti alla luce del *R.L.U.I.P.A.* cfr. *Charles v. Verhagen*, 348 F. 3d 601 (7th Cir. 2003), ove a un detenuto di fede islamica è stato riconosciuto il diritto di possedere uno specifico olio da usarsi a fini di preghiera; *Abdulhaseeb v. Calbone*, 600 F.3d 1301 (10th Cir. 2010), in cui si è riconosciuta la sussistenza di un onere sostanziale posto all'esercizio della libertà religiosa nel rifiuto di fornire pasti *halal* a un detenuto di fede islamica; *Warsoldier v. Woodford*, 418 F.3d 989 (9th Cir. 2005), in cui la corte ha riconosciuto che la regola contenuta nel regolamento carcerario concernente la lunghezza dei capelli (volta a prevenire l'introduzione di oggetti di contrabbando e a facilitare l'identificazione dei detenuti) non costituiva il mezzo meno restrittivo per perseguire l'interesse alla sicurezza dell'istituzione penitenziaria.

⁶¹ Cfr. **M.F. JOHNSON**, *Heaven Help Us*, cit., p. 595.



amministrative di comprovare in modo specifico le motivazioni che giustificano l'adozione di politiche restrittive di tale libertà⁶².

In particolare, le corti si sono divise con riguardo all'adozione di diverse letture del triplice parametro su cui lo *strict scrutiny* si fonda (*substantial burden - least restrictive means - compelling state interest*), secondo cui grava innanzitutto sul detenuto dimostrare che le disposizioni di un regolamento penitenziario producano un onere sostanziale per l'esercizio della libertà religiosa; solo una volta offerta tale prova ricadrà sull'amministrazione penitenziaria il gravame di dimostrare che la politica oggetto di controversia costituisca il mezzo meno restrittivo per l'esercizio della libertà religiosa per realizzare un *compelling state interest*. A tale proposito, alcune corti hanno reso più difficile per le parti attrici il superamento della soglia del *substantial burden*, onde prevenire l'insorgere delle successive questioni da esaminarsi alla luce del *compelling interest test*. Specificamente, le corti che hanno adottato un approccio deferenziale verso le decisioni degli organismi direttivi dell'amministrazione penitenziaria hanno tenuto in considerazione il carattere restrittivo del regime carcerario verso l'esercizio della libertà religiosa nel suo complesso anziché focalizzare l'attenzione solo sulla disposizione oggetto di controversia: in tale senso il riconoscimento di varie forme di accomodamento della fede di un detenuto si considera compensatorio di specifici oneri imposti alla libertà religiosa, che assumerebbero pertanto carattere "non-sostanziale"⁶³. Le corti hanno

⁶² Cfr. J.D. NELSON, *Incarceration, Accommodation, and Strict Scrutiny*, in *Virginia Law Review*, vol. 95, 2009, p. 2053 ss. Per un esame critico dell'indirizzo peculiarmente deferenziale assunto verso i regolamenti carcerari relativi alla lunghezza di barba e capelli (che non prevedono eccezioni religiosamente motivate pur ammettendo deroghe in virtù di ragioni sanitarie) tradizionalmente adottato dall'11° Circuito, senza tenere in considerazione l'approccio maggiormente permissivo seguito in altre giurisdizioni, e un esame della relativa giurisprudenza, cfr. D.S. SIDHU, *Religious Freedom and Inmate Grooming Standards*, in *University of Miami Law Review*, vol. 66, 2012, p. 923 ss. Tra le decisioni pronunziate alla luce del R.L.U.I.P.A., cfr. *Brunskill v. Boyd*, 141 F. App'x 771, 773 (11th Cir. 2005), ove la corte ha reputato che "the hair length policy [is] the least restrictive means in furthering compelling governmental interests in the security, health, and safety of inmates and staff".

⁶³ Cfr. *Smith v. Allen*, 502 F. 3d 1255 (11 Cir. 2007): in questo caso l'Undicesimo Circuito ha reputato che il rifiuto a un detenuto di un articolo di carattere religioso (un cristallo di quarzo) non costituisca un onere sostanziale all'esercizio della sua libertà religiosa in virtù di tutte le altre forme di accomodamento che gli sono state riconosciute per praticare la sua fede; *Patel v. U.S. Bureau of Prisons*, 515 F. 3d 807 (8th Cir. 2008), ove l'Ottavo Circuito ha sostenuto che permettere a un detenuto di fede islamica di ricevere un pasto vegetariano affievolisce l'onere derivante dal rifiuto dell'amministrazione carceraria di fornirgli carne *halal*. Cfr. J.D. NELSON, *Incarceration, Accommodation, and Strict Scrutiny*, cit., p. 2053 ss.



inoltre indagato sulla sussistenza dell'elemento della "coercizione" nel comportamento dell'amministrazione carceraria, tale da imporre limitazioni su pratiche di natura religiosa: qualora un programma governativo abbia solo un effetto incidentale sull'esercizio della libertà religiosa, ma non abbia uno specifico intento d'indurre gli individui ad agire in modo contrario alle loro credenze fideistiche, non verrebbe a concretizzarsi un "*substantial burden*" per l'esercizio della libertà religiosa⁶⁴; allo stesso modo si è reputato che un elevato costo economico gravante sul detenuto al fine di porre in essere pratiche connesse al culto di appartenenza non configuri un onere sostanziale⁶⁵. Riprendendo i parametri interpretativi più rigorosi talora adottati alla luce del caso *Sherbert* e del *R.F.R.A.* - secondo i quali una politica governativa costituirebbe un onere sostanziale solo qualora interferisse con un "*central tenet*" di una Confessione religiosa - le corti si sono talora discostate dallo stesso testo normativo del *R.L.U.I.P.A.*, giungendo a operare indebite valutazioni sulla "centralità" che una specifica pratica religiosa rivestiva all'interno di uno specifico sistema fideistico o sull'obbligatorietà della sua osservanza. Tale lettura ha trascurato l'indagine sulla "sincerità" delle credenze religiose (pur esigite dalle disposizioni del *R.L.U.I.P.A.* per prevenire l'accomodamento di rivendicazioni solo fittiziamente religiosamente motivate) e ha condotto a sminuire l'incidenza degli oneri imposti alla libertà religiosa, considerati come "incidentali" e "non sostanziali" qualora non andassero a intaccare aspetti fondamentali del patrimonio fideistico e qualora non venisse dimostrato che una determinata

⁶⁴ Cfr. *Jackson v. Ellis*, 38 F. 3d 574 (11th Cir. 1994): in questo caso, la corte ha reputato che la mancata fornitura di testi islamici e di uno specifico regime alimentare non costituiscono un onere sostanziale per l'esercizio della libertà religiosa in quanto non risulta una "*significant pressure which directly coerces the religious adherent*".

⁶⁵ Cfr. *Adkins v. Kaspar*, 393 F. 3d 559 (5th Cir. 2004): ad avviso della corte, la proibizione di organizzare cerimonie religiose imposta a un gruppo di fedeli della *Yahveh Evangelical Assembly* a causa dell'impossibilità di reperire volontari qualificati esterni non produce un onere sostanziale alla libertà religiosa dei detenuti: l'impossibilità di riunirsi è determinata dall'assenza di volontari e non da una diretta proibizione di svolgimento di attività religiose in forma collettiva. Cfr. altresì *Patel v. U.S. Bureau of Prisons*, 515 F. 3d 807 (8th Cir. 2008)⁶⁵. In questo caso, l'impossibilità di offrire a un prigioniero di fede islamica carne *halal* quotidianamente non costituisce, secondo la corte, un onere sostanziale per l'esercizio della sua libertà religiosa. Gli organi amministrativi hanno sostenuto che la carne *halal* poteva essere acquistata presso lo spaccio alimentare dell'istituto di detenzione. Nonostante il detenuto abbia reclamato che tale costo era per lui proibitivo l'Ottavo Circuito ha affermato che l'attore non ha dimostrato che tale costo vada a costituire un onere sostanziale per l'esercizio della libertà religiosa. Cfr. **J.D. NELSON**, *Incarceration, Accommodation, and Strict Scrutiny*, cit., p. 2053 ss.



pratica religiosa costituisca una componente indefettibile dell'esercizio di uno specifico credo⁶⁶. Questo tipo di analisi rischia inoltre di fare ricadere, ancora una volta, l'autorità giudiziaria (che finisce fra l'altro per avvalersi del supporto di esperti più o meno qualificati) in una penetrante indagine circa il "theological merit" delle rivendicazioni delle parti che lamentano una lesione della loro libertà religiosa⁶⁷.

Altre corti hanno adottato una posizione più flessibile, garantendo un livello di tutela più elevato alla libertà religiosa: esse hanno valutato la sussistenza di una limitazione alla libertà religiosa avendo riguardo alla specifica pratica religiosa oggetto di controversia, indipendentemente da una valutazione complessiva del carattere "accomodazionista" del regime di detenzione nel suo complesso; hanno reputato che costituisca un onere sostanziale per l'esercizio della libertà religiosa la deprivatione dei detenuti di una forma di *religious accommodation* precedentemente concessa, in seguito a episodi di violazione da parte degli stessi dei precetti della loro stessa fede⁶⁸, e non hanno reputato altresì che l'elemento della coercizione

⁶⁶ Cfr. *Shakur v. Selsky*, 391 F. 3d 106 (2d Cir. 2004): con questa pronunzia, il Secondo Circuito ha rigettato la concezione per cui una deprivatione della libertà religiosa di carattere sporadico possa configurare un *substantial burden* per l'esercizio della libertà religiosa.

⁶⁷ Cfr. *Smith v. Allen*, 502 F. 3d 1255 (11 Cir. 2007), ove la corte ha raccolto testimonianze di ministri di culto (non aderenti all'Odinismo) di altri istituti di detenzione, giungendo alla conclusione della non sussistenza di prove relative al carattere fondamentale del possesso di un cristallo di quarzo ai fini della pratica dell'Odinismo. Cfr. *Petel v. Bureau of Prisons*, 515 F. 3d 807 (8th Cir. 2008): "*substantially burdening one's free exercise of religion means that the regulation must significantly inhibit or constrain conduct or expression that manifest some central tenet of a person's individual religious beliefs*".

⁶⁸ Cfr. *Lovelace v. Lee*, 472 F.3d 174 (4th Cir. 2006): in questa fattispecie, in un istituto di detenzione si somministravano pasti speciali serali ai partecipanti a un regime di digiuno religiosamente motivato; ogni prigioniero sorpreso a mangiare nelle ore diurne veniva però escluso dalla partecipazione al digiuno e dai servizi religiosi. A un detenuto è stata negata la possibilità di partecipare ai servizi religiosi connessi al *Ramadan* in quanto sorpreso a consumare cibo. Il Quarto Circuito ha sostenuto che il regime dietetico e i riti religiosi non vanno considerati unitariamente e il mancato rispetto da parte del detenuto del regime alimentare non giustifica le restrizioni impostegli nella partecipazione al *Ramadan*: perché si configuri un *substantial burden* è sufficiente l'esercizio di una forma di pressione sull'esercizio della libertà religiosa anche qualora non sussista l'elemento della coercizione: "*An inmate...could decide not to be religious about fasting and still be religious about other practices, such as congregational services or group prayer. Such an inmate's right to religious exercise is substantially burdened by a policy, like the one here, that automatically assumes that lack of sincerity with respect to one practice means lack of sincerity with respect to others*". Nello stesso senso, cfr. *Calvin v. Caruso*, 605 F.3d 282 (6th Cir. 2010), ove la Corte ha reputato che "*policy of removing a prisoner from the kosher-meal program for mere possession of a non-kosher food item may be overly restrictive of inmates' religious rights*". Nonostante tali orientamenti favorevoli



sia necessario per stabilire la sussistenza di un *substantial burden*, considerando sufficiente l'esercizio di una forma di pressione o la presentazione di una difficile scelta fra l'osservanza della regola generale o l'aderenza ai precetti del proprio credo⁶⁹; hanno abbandonato il requisito della "centralità" all'interno del patrimonio fideistico della condotta pratica religiosamente motivata ai fini della configurazione di un *substantial burden*, e l'hanno sostituito, in coerenza con i dettami del R.L.U.I.P.A., con il più neutrale parametro della sincerità (che non implica valutazioni sul significato che una credenza o pratica religiosa riveste all'interno di un determinato credo)⁷⁰.

Come si è anticipato, se un detenuto riesce a dimostrare la sussistenza di un onere sostanziale che circoscrive l'esercizio della sua libertà religiosa, l'onere della prova si sposta sul soggetto pubblico, che dovrà dimostrare che la politica oggetto di controversia costituisce il mezzo meno restrittivo (per la libertà religiosa) di realizzare uno stringente interesse pubblico. In tale contesto, l'interesse pubblico a essere enfatizzato è quello alla sicurezza, che giustificerebbe una serie di restrizioni all'esercizio della libertà religiosa da parte dei detenuti (limiti concernenti la lunghezza dei capelli o il porto di copricapo, le riunioni per lo svolgimento di attività di culto, il possesso o la distribuzione di libri e riviste)⁷¹: sussiste, fra l'altro, il timore che i detenuti invochino forme di

a una tutela dell'esercizio della libertà religiosa intesa in senso ampio, rimane una questione aperta se la rimozione di un detenuto dal godimento di uno specifico regime alimentare in seguito a episodi di infrazione dello stesso venga a configurare un "onere sostanziale" per l'esercizio della libertà religiosa: cfr., più approfonditamente, **K.L. BRADY**, *Religious Sincerity and Imperfections: Can Lapsing Prisoners Recover under RFRA and RLUIPA?* in *The University of Chicago Law Review*, vol. 78, 2011, p. 1431 ss.

⁶⁹ Cfr. *Washington v. Klem*, 497 F. 3d 272 (3d Cir. 2007).

⁷⁰ Cfr. *Koeger v. Bryan*, 523 F.3d 789 (7th Cir. 2008): in questa fattispecie, gli organismi direttivi dell'istituto avevano presentato la testimonianza del ministro di culto dell'istituzione, secondo cui un regime alimentare specifico non rivestiva carattere centrale né obbligatorio all'interno del culto Thelema e la corte distrettuale si era fondata su tale testimonianza nella sua decisione. La corte d'appello ha rigettato questo approccio, reputando che la corte distrettuale sia andata oltre quanto esigito dalle disposizioni del R.L.U.I.P.A., ossia la semplice sincerità dell'aderenza a una specifica pratica religiosa. Cfr. **J.D. NELSON**, *Incarceration, Accommodation, and Strict Scrutiny*, cit., p. 2053 ss.

⁷¹ Cfr. *Marria v. Broaddus*, 200 F. Supp. 2d 280, 284 (S.D. N.Y. 2002); *Brunskill v. Boyd*, 141 F. App. 771 (11Cir. 2005), in cui si è reputato che il regolamento carcerario che imponeva dei limiti alla lunghezza dei capelli costituisse *the least restrictive means* per realizzare i *compelling interests* alla sicurezza, alla salute, e alla salvaguardia del personale delle istituzioni penitenziarie; *Andreola v. Wisconsin*, 211 F. App. 495 (7th Cir. 2006), in cui l'autorità giudiziaria ha reputato che il rifiuto da parte dell'amministrazione penitenziaria del riconoscimento a un detenuto della possibilità di supervisionare la preparazione dei



eccezioni religiosamente motivate al fine di usufruire di speciali privilegi e di mascherare attività illecite⁷².

Seguendo l'approccio interpretativo sviluppato alla luce della precedente giurisprudenza e dello stesso *R.F.R.A.*, le corti però hanno talora accettato supinamente le valutazioni degli organismi direttivi degli istituti di detenzione relativamente al carattere "*compelling*" dell'interesse che starebbe alla base dei regolamenti oggetto di controversia. Vengono dalle corti spesso valutate favorevolmente, e reputate sufficienti, generiche esigenze di sicurezza⁷³, di "*administrative convenience*"⁷⁴, di contenimento

pasti, per assicurarsi che fossero seguiti quegli specifici metodi di preparazione che assicuravano che gli stessi pasti fossero *kosher*, è giustificato dal superiore interesse alla sicurezza che sarebbe minato dal concedere a un detenuto l'accesso a un'area sensibile quale la cucina. Cfr. pure *Sossamon v. Texas*, 560 F.3d 316 (5th Cir. 2009), ove a un detenuto è stato negato l'accesso alla cappella dell'istituto. Il Quinto Circuito ha rinviato il caso alla corte distrettuale per ulteriori accertamenti relativi alle circostanze di fatto; tuttavia ha precisato che "[e]ffective and affordable prison security at the chapel is a compelling governmental interest" e che "*Texas obviously has compelling governmental interests in the security and reasonably economical operation of its prisons*". Con riguardo alla tutela che il *R.L.U.I.P.A.* potrebbe offrire alle donne islamiche, in merito alla possibilità di indossare il *hijab* all'interno degli istituti di detenzione, cfr. **A. AMMOURA**, *Banning the Hijab in Prisons: Violations of Incarcerated Muslim Women's Right to Free Exercise of Religion*, in *Chicago-Kent Law Review*, vol. 88, 2013, p. 657 ss.

⁷² In *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005), in un *Amicus Brief* che supportava l'*Ohio Department of Rehabilitation and Correction*, si è affermato che "[g]ang members are well aware of the legal protections afforded to religious practice, and unfortunately, seek to take advantage of these special privileges. In one survey of prison gang members, one third of the members admitted that their groups had used religion as a front for gang business".

⁷³ Cfr. tuttavia *Greene v. Solano County Jail*, 513 F.3d 982, 985 (2008), in cui il Nono Circuito ha reputato che "*in light of RLUIPA, no longer can prison officials justify restrictions on religious exercise by simply citing to the need to maintain order and security in a prison*".

⁷⁴ Cfr. *Lovelace v. Lee*, 472 F.3d 174 (4th Cir. 2006), ove il giudice Wilkinson, nella sua *dissenting opinion*, recrimina avverso gli oneri amministrativi che il *R.L.U.I.P.A.* impone al personale delle istituzioni penitenziarie, resi ancora più ardui dalla tutela che tale atto offre a interpretazioni individualizzate e di carattere idiosincratico dei precetti di uno specifico credo, che tale personale è tenuto a decifrare: "*questions regarding meals, dress, hygiene, hair styles, and cell decor must now be addressed by federal courts, because all these things can bear upon religious observance. It will be the unusual activity indeed that cannot be connected to the religious tenets of some subset of the prison population*"; inoltre "*an inmate might be sincere as to subtenet A of a religious practice and insincere with respect to subtenets B and C and administrators will have to sort through and accommodate*". Lo stesso giudice lamenta che gli accomodamenti religiosi esigiti in base al *R.L.U.I.P.A.* determinano che "*prison procedures in general would have to be tailored and re-tailored to the demands of a blinding variety of religious calendars*," imponendo "*daunting administrative costs*" e "*rob prison procedures of perhaps the most important features of any fair process: uniformity and impartiality*".



del *budget*⁷⁵: i “costi”(amministrativi o finanziari) dell’accomodamento religioso verrebbero innalzati al rango di *compelling governmental interests* suscettibili di determinare la negazione di eccezioni religiosamente motivate dalla disciplina di diritto comune (e di erodere le garanzie che dovrebbero potenzialmente essere offerte dal *R.L.U.I.P.A.*)⁷⁶; la risoluzione delle numerose controversie generate dal *R.L.U.I.P.A.* implicherebbe altresì, secondo alcune autorità giudiziarie, un costo esorbitante in termini di sottrazione di tempo e risorse umane o finanziarie alla facilitazione dei compiti primari del personale delle istituzioni penitenziarie (fra cui rientra la stessa organizzazione di servizi e programmi di carattere religioso)⁷⁷.

Le autorità penitenziarie non sono talora in grado di offrire altre prove dell’esigenza di circoscrivere l’esercizio della libertà religiosa se non la loro testimonianza, ma viene permesso alle stesse di offrire prove di carattere generico relative al carattere *compelling* delle modalità di

⁷⁵ Cfr. *Baranowski v. Hart*, 486 F. 3d 112 (5th Cir. 2007) ove il Quinto Circuito ha reputato che l’esigenza dell’istituzione di contenere i costi fosse un *compelling interest* atto a giustificare il rifiuto di fornire pasti *kosher* a un detenuto di fede ebraica; tale rifiuto costituirebbe il mezzo meno restrittivo per realizzare l’interesse pubblico: “*TDCJ’s budget is not adequate to cover the increased expense of either providing a separate kosher kitchen or bringing in kosher food from the outside; that TDCJ’s ability to provide a nutrition-ally appropriate meal to other offenders would be jeopardized (since the payments for kosher meals would come out of the general food budget for all inmates); that such a policy would breed resentment among other inmates; and that there would be an increased demand by other religious groups for similar diets*”. Cfr. *Watkins v. Shabazz*, 180 F. App. 773 (9th Cir. 2006), ove la possibilità offerta dall’istituzione penitenziaria di godere di un menu vegetariano minimizza l’onere imposto all’esercizio della libertà religiosa di un detenuto di fede islamica, di non poter fruire di carne *halal*. In *Hoovenar v. Lazaroff*, 422 F.3d 366 (6th Cir. 2005), è stata accettata la giustificazione offerta dalle autorità penitenziarie per cui il riconoscimento di esenzioni dal regolamento sulla lunghezza dei capelli causerebbe confusione di carattere amministrativo, dovendo il personale verificare di volta in volta chi gode dell’esenzione. Cfr. *Fowler v. Crawford*, 534 F. 3d 931 (8th Cir. 2008), ove la corte ha reputato che “[t]he construction and maintenance of the sweat lodge and facilitating sweat lodge ceremonies would consume considerable institutional financial and personnel resources. The extended program time required for the sweat lodge ceremony would expend many institutional personnel hours”. La corte ha enfatizzato la scarsità di risorse di cui dispone l’istituzione penitenziaria, per cui l’impiego di una parte di tali risorse per fornire questa forma di accomodamento religioso implicherebbe che esse verrebbero distolte da altre importanti finalità. Cfr. infine *Linehan v. Crosby*, 346 F. App. 471 (11th Cir. 2009) in cui la corte ha reputato ragionevole la scelta dell’amministrazione penitenziaria di fornire pasti vegetariani invece che *kosher* a un detenuto avventista, e che tale opzione costituisse il mezzo meno restrittivo per realizzare il superiore interesse pubblico al contenimento dei costi. Cfr. **J.D. NELSON**, *Incarceration, Accommodation, and Strict Scrutiny*, cit., p. 2053 ss.

⁷⁶ Cfr. **T.G. STOUT**, *The Cost of Religious Accommodation*, cit., p. 1236.

⁷⁷ Cfr. **T.G. STOUT**, *The Cost of Religious Accommodation*, cit., p. 1224.



regolazione della sicurezza, senza richiedere una specifica prova che concedere una peculiare eccezione indebolirebbe l'intero sistema, o ancora viene accolta la tesi (sostenuta dal personale di tali istituti) che il riconoscimento di eccezioni religiosamente motivate verrebbe percepito come una concessione di un regime privilegiario ad alcuni detenuti a causa della loro appartenenza confessionale, precluso ai loro pari non aderenti ad alcun credo (o a un credo diverso non beneficiario della stessa forma di *religious accommodation*)⁷⁸. Le corti, infine, hanno spesso minimizzato la portata del parametro del *least restrictive means* non richiedendo alle autorità penitenziarie di offrire una prova di avere tenuto in seria considerazione la sussistenza o no di alternative meno restrittive per l'esercizio della libertà religiosa dei detenuti, e si sono appiattite in definitiva sulla valutazione operata dagli organismi direttivi degli istituti di detenzione⁷⁹, rigettando le istanze dei detenuti volte a sollecitare l'instaurazione di comparazioni con le politiche (talora più permissive) adottate in altri istituti di detenzione in quanto tali confronti "*do not outweigh the deference owed to the expert judgement of prison officials who are infinitely more familiar with their own institutions than outside observers*"⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. *Hoevenar v. Lazaroff*, 422 F.3d 366 (6th Cir. 2005); in questo caso un nativo americano richiedeva un'eccezione rispetto al regolamento carcerario che imponeva limiti alla lunghezza dei capelli (in vista di prevenire sia l'introduzione di oggetti di contrabbando sia forme di facilitazione della fuga di detenuti), con conseguenti limitazioni all'esercizio del suo credo: il Sesto Circuito ha reputato che la testimonianza offerta dalle guardie e dagli esperti di sicurezza esprimesse "*valid and weighty concerns*" e che occorresse accordare appropriata deferenza all'opinione di tali esperti del sistema penitenziario. Nel caso di specie, il detenuto era stato sorpreso più volte nel tentativo di introdurre oggetti proibiti e aveva tentato più volte la fuga. Inoltre, "*individualized exemptions are problematic because they cause resentment among the other inmates*". In *Fowler v. Crawford*, 534 F. 3d 931 (8th Cir. 2008), l'Ottavo Circuito ha adottato un approccio deferenziale verso la valutazione degli organismi amministratori dell'istituto, che reputavano che il rifiuto di fornire una sauna per le abluzioni rituali previste dalla fede del detenuto corrisponda al *compelling interest* al mantenimento della sicurezza all'interno dell'istituzione. Gli organismi direttivi temevano infatti che molti dei materiali necessari alla costruzione della sauna avrebbero potuto essere utilizzati come armi; inoltre i detenuti che avessero partecipato ai riti cerimoniali si sarebbero sottratti al controllo delle guardie carcerarie. In *Fegans v. Norris*, 537 F.3d 897 (8th Cir. 2008), la Corte ha accolto il medesimo approccio reputando che il regolamento concernente la lunghezza dei capelli fosse il mezzo meno restrittivo per realizzare uno stringente interesse pubblico; la testimonianza degli ufficiali dell'istituto di detenzione è stata considerata sufficiente a dimostrare la sussistenza del *compelling state interest*.

⁷⁹ Cfr. *Hoevenar v. Lazaroff*, 422 F.3d 366 (6th Cir. 2005)

⁸⁰ Cfr. *Fowler v. Crawford*, 534 F. 3d 931 (8th Cir. 2008). Cfr. **J.D. NELSON**, *Incarceration, Accommodation, and Strict Scrutiny*, cit., p. 2053 ss.



Le corti che hanno adottato un atteggiamento maggiormente garantista verso la libertà religiosa, hanno invece condizionato il riconoscimento della *judicial deference* al dovere delle autorità penitenziarie di “to take the unremarkable step of providing an explanation for the policy’s restrictions that takes into account any institutional need[s] [...] That explanation, when it comes, will be afforded due deference”⁸¹. Le corti, pertanto, hanno richiesto agli organi governativi degli istituti di detenzione di provare in maniera pregnante e sostanziale la presenza e l’autenticità di un *compelling interest* che giustifichi una restrizione nei confronti della libertà religiosa, che la concessione di puntuali *religious exceptions* determini un rischio attuale nei confronti di “state’s compelling penological interests”, e la necessità, al fine del perseguimento del rilevante fine pubblico, di applicare un determinato precetto di diritto comune anche ai soggetti richiedenti un’eccezione religiosamente motivata (dimostrando, ad esempio, che proprio tali soggetti costituiscano un fattore di minaccia per la sicurezza dell’istituzione)⁸², non accontentandosi di motivi generici (come l’*administrative convenience*) o pretestuosi⁸³.

Al tempo stesso non sono state accettate interpretazioni riduttive del parametro del *least restrictive means*, che lo sminuiscono a una semplice valutazione di ragionevolezza fra i mezzi e i fini impiegati, esigendosi una puntuale verifica dell’eventuale sussistenza di mezzi meno restrittivi per realizzare l’interesse pubblico e degli eventuali motivi che impedirebbero all’istituzione carceraria di adottare tali misure, tenendo in considerazione lo specifico contesto degli istituti di detenzione coinvolti⁸⁴. Nel verificare se

⁸¹ Cfr. *Lovelace v. Lee*, 472 F.3d 174 (4th Cir. 2006): “[T]he state may not merely reference an interest in security or institutional order in order to justify its actions”. Cfr. *Jova v. Smith*, 582 F.3d 410, 415 (2d Cir. 2009): “Even in light of the substantial deference given to prison authorities, the mere assertion of security or health reasons is not, by itself, enough for the Government to satisfy the compelling governmental interest requirement”. Cfr. *Washington v. Klem*, 497 F.3d 272, 283 (3d Cir. 2007): “[M]erely stating a compelling interest does not fully satisfy [State]’s burden on this element of RLUIPA”. Cfr. *Spratt v. R.I. Dep’t of Corr.*, 482 F.3d 33, 39 (1st Cir. 2007): “[t]he prison’s administration cannot avoid court scrutiny by reflexive, rote assertions”. Cfr. *Shimer v. Washington*, 100 F.3d 506, 510 (7th Cir. 1996).

⁸² Cfr. **D.S. SIDHU**, *Religious Freedom*, cit., p. 948.

⁸³ Cfr. *Koger v. Bryan*, 523 F.3d 789 (7th Cir. 2008), ove la Corte non ha accettato la semplice affermazione, da parte delle autorità penitenziarie, che fornire un regime alimentare privo di carne dia luogo a inconvenienti di carattere amministrativo, reputando che non sia stato soddisfatto dall’amministrazione carceraria l’onere di dimostrare la sussistenza di un *compelling interest* che necessitasse di una restrizione della libertà religiosa dei detenuti. Cfr. **J.D. NELSON**, *Incarceration, Accommodation, and Strict Scrutiny*, cit., p. 2053 ss.

⁸⁴ Cfr. *Shakur v. Shriro*, 514 F. 3d 878 (9th Cir. 2008), in cui il Nono Circuito ha rigettato



i regolamenti carcerari siano effettivamente indirizzati a perseguire l'interesse pubblico utilizzando le modalità meno restrittive per l'esercizio della libertà religiosa, le corti hanno accolto confronti, proposti dai detenuti, con gli schemi di accomodamento adottati in altre strutture carcerarie per gestire le istanze di eccezioni religiosamente motivate (quale soluzione sostenibile per risolvere il conflitto fra il diritto a esercitare la libertà religiosa dei detenuti e gli interessi dell'istituzione penitenziaria)⁸⁵, e hanno analizzato la coerenza delle restrizioni adottate all'interno di una valutazione del regime carcerario considerato nel suo insieme⁸⁶.

l'affermazione, da parte di una istituzione penitenziaria, che la negazione di un regime dietetico *kosher* fosse il mezzo meno restrittivo per l'esercizio della libertà religiosa al fine di realizzare l'interesse pubblico al contenimento delle spese dell'istituzione carceraria.

⁸³ Cfr. *Shakun v. Schiro*, 514 F. 3d 878 (9th Cir. 2008), ove il Nono Circuito (che ha deciso diversi casi a favore dei prigionieri alla luce del *R.L.U.I.P.A.*) ha usato una analisi comparativa a beneficio di un detenuto di fede islamica: la circostanza che un altro istituto di detenzione nello Stato di Washington preveda un regime alimentare che contempla carne *halal*, in quanto "*minimally more expensive than the standard diet*". Il fatto che un altro istituto di detenzione abbia potuto garantire l'accomodamento religioso richiesto senza sacrificare un "*compelling governmental interest*" implica che i convenuti nel caso in esame, ossia le autorità carcerarie, non abbiano adottato "*the least restrictive means*" nei confronti dell'esercizio della libertà religiosa per realizzare l'interesse pubblico. Cfr. *Spratt v. Rhode Island Department of Corrections*, 418 F.3d 989 (9th Cir. 2005): la proibizione per i detenuti di uno specifico istituto di tenere sermoni di carattere religioso ai loro compagni non costituisce il mezzo meno restrittivo per perseguire l'interesse statale alla sicurezza, poiché tale divieto non è previsto in altre istituzioni carcerarie. In *Fowler v. Crawford*, 534 F. 3d 931 (8th Cir. 2008), invece, la eventuale concessione di una sauna per l'osservanza di pratiche religiose al detenuto di un istituto di massima sicurezza richiedente, avrebbe messo in difficoltà gli altri istituti di detenzione nell'ambito della medesima giurisdizione, costringendoli a fornire la medesima forma di accomodamento, non potendo essi sostenere che l'interesse alla sicurezza possedesse un carattere maggiormente pregnante di quello rivestito dallo stesso interesse nel caso *Fowler*.

⁸⁶ Cfr. *Washington v. Klem*, 497 F. 3d 272 (3^d Cir. 2007), ove la corte ha considerato in maniera scettica la regola imposta dall'istituzione carceraria concernente la limitazione del numero dei libri che un detenuto poteva avere in suo possesso, non sussistendo una analoga limitazione con riguardo al numero delle riviste. A loro volta, le autorità penitenziarie sostenevano che "*an excess number of books can create a fire hazard, provide a place to conceal weapons or other contraband, and also create a sanitation problem in the relatively small confines of a prison cell*". La corte tuttavia ha reputato che il regolamento penitenziario e il relativo divieto ivi contenuto non costituissero il mezzo meno restrittivo per perseguire tali interessi. Cfr. *Warsoldier v. Woodford*, 418 F.3d 989 (9th Cir. 2005), ove la corte ha concluso che un regolamento carcerario che imponeva un limite alla lunghezza dei capelli dei detenuti di sesso maschile non perseguiva un *compelling governmental interest*, in quanto la proibizione non risultava coerente con l'assenza di una analoga restrizione per le detenute. Cfr. **J.D. NELSON**, *Incarceration, Accommodation, and Strict Scrutiny*, cit., p. 2053 ss.



10 - La decisione *Holt v. Hobbs*

In seguito ai divergenti orientamenti assunti dalle corti federali, la questione del *quantum* di libertà religiosa spettante a coloro che si trovano sottoposti a un regime limitativo della loro libertà personale, a fronte della *due deference* dovuta ai processi decisionali del personale degli istituti di detenzione, è stata affrontata dalla Corte Suprema. Come si è anticipato, in *Holt v. Hobbs* la Corte Suprema ha deciso unanimemente a favore di un detenuto di fede islamica dell'Arkansas, che rivendicava, alla luce del *R.L.U.I.P.A.*, la possibilità di potere fare crescere la barba in accordo ai precetti della sua fede, possibilità concessa, in deroga al regolamento carcerario, solo per ragioni di carattere dermatologico (e per la lunghezza massima di $\frac{1}{4}$ di pollice): la medesima forma di accomodamento prevista esclusivamente per motivi di carattere sanitario era stata negata all'attore in virtù dei regolamenti dell'istituto penitenziario dove era recluso⁸⁷.

La soluzione di compromesso fra le regole dell'istituzione e la sua fede sollecitata dalla parte attrice (ossia la richiesta di poter crescere la barba della lunghezza di $\frac{1}{4}$ di pollice) era stata respinta in prima battuta dall'autorità giudiziaria; la *district court*, infatti, aveva rigettato tale istanza in forza di generici *penological interests*, affermando che l'operato delle autorità carcerarie andava valutato alla luce della deferenza loro accordata nel determinare le regole del regime carcerario, e che l'esercizio della libertà religiosa era stato, in ogni caso, complessivamente garantito al detenuto, sia pure con modalità diverse. L'Ottavo Circuito, a sua volta, aveva sostenuto che l'istituzione penitenziaria aveva soddisfatto l'onere di dimostrare che il regolamento carcerario costituisse "*the least restrictive means*" per realizzare il "*compelling interest*" della sicurezza dell'istituto di detenzione⁸⁸. La corte d'appello, in particolare, aveva enfatizzato il parametro della deferenza dovuta agli organismi direttivi dell'istituzione, suscettibile di subire limitazioni solo ove sussista una "*substantial evidence*" che la risposta di tali organismi sia esageratamente restrittiva per l'esercizio della libertà religiosa. L'adozione da parte di altre istituzioni penitenziarie di *standards*

⁸⁷ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015). Cfr. M.L. LO GIACCO, *Libertà religiosa, convivenza e discriminazioni nelle carceri. Prime riflessioni*, in *Democrazie e religioni. Libertà religiosa diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo*, a cura di E. Camassa, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 163, sottolinea come la Corte avrebbe potuto considerare la questione pure alla luce del principio di non discriminazione, "estendendo ai motivi religiosi la possibilità già prevista dal regolamento del carcere di portare la barba lunga per motivi dermatologici".

⁸⁸ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 509 Fed. Appx 561 (2013).



diversi nel valutare le rivendicazioni di libertà religiosa non influirebbe altresì sul livello di deferenza dovuta perché gli organismi direttivi sono quelli maggiormente idonei a definire le regole più appropriate per le istituzioni da loro amministrate.

Secondo l'*opinion* di maggioranza redatta dal giudice Alito, il regolamento carcerario che imponeva ai detenuti di mantenere il volto rasato (prevedendo una eccezione solo per ragioni di carattere sanitario) costituirebbe invece una violazione del R.L.U.I.P.A.

11 - Le motivazioni della Corte

La Corte sottolinea innanzitutto come il fine del R.L.U.I.P.A. sia quello di offrire un'ampia protezione alla libertà religiosa, in coerenza con quanto previsto nel testo costituzionale, sia pure quando ciò implichi significative ricadute sull'esercizio di poteri governativi di carattere discrezionale. A tale fine la Corte conferma innanzitutto che il R.L.U.I.P.A. contiene un'estesa definizione di "*religious exercise*", ricomprendendo fra i comportamenti rientranti nell'ambito della sua tutela "*any exercise of religion, whether or not compelled by, or central to, a system of religious belief*"⁸⁹. Secondariamente il R.L.U.I.P.A. esige che questa definizione debba essere interpretata "*in favor of a broad protection of religious exercise, to the maximum extent permitted by the terms of this chapter and the Constitution*"⁹⁰. Infine il R.L.U.I.P.A. "*may require a government to incur expenses in its own operations to avoid imposing a substantial burden on religious exercise*"⁹¹. Il R.L.U.I.P.A., pertanto, tutela le pratiche religiose anche se per queste non è previsto un rigoroso obbligo di osservanza all'interno di un determinato credo; inoltre le pratiche religiose protette non devono essere necessariamente condivise da tutti i membri di un gruppo confessionale: il R.L.U.I.P.A., infatti, estende la sua copertura fino a tutelare pure forme di "*idiosyncratic beliefs*"⁹².

⁸⁹ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S._ (2015).

⁹⁰ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S._ (2015).

⁹¹ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S._ (2015).

⁹² Vengono pertanto rigettate le valutazioni operate dalla corte distrettuale «*that the burden on petitioner's religious exercise was slight because, according to petitioner's testimony, his religion would "credit" him for attempting to follow his religious beliefs, even if that attempt proved to be unsuccessful. RLUIPA, however applies to an exercise of religion regardless of whether it is compelled ...*». La Corte Suprema enfatizza altresì che "*Finally the District Court went astray when it relied on petitioner's testimony that not all Muslims believe that men must grow beards. Petitioner's belief is by no means idiosyncratic [...]. But even if it were, the protection of RLUIPA, no less than the guarantee of the Free Exercise Clause is not limited to beliefs which are shared by*



Essendo indiscusso che la fattispecie in esame ricada sotto la copertura offerta alla libertà religiosa dal *R.L.U.I.P.A.*, l'analisi della Corte si snoda facendo puntuale riferimento ai parametri delineati da tale atto normativo. Innanzitutto, secondo la Corte Suprema, l'elemento della sincerità delle credenze dell'attore non va considerato in discussione: la sua istanza è chiaramente dettata dall'esigenza di aderire ai dettami della sua fede ed egli supera quel "valore-soglia" per potere aspirare a una forma di accomodamento delle sue esigenze fideistiche. La Corte va a valutare pertanto se sussista un *substantial burden* per l'esercizio della libertà religiosa e se il mezzo adottato sia il *least restrictive means* per realizzare l'interesse dell'istituzione.

Preliminarmente la Corte ribadisce il più neutrale indirizzo per cui il carattere "sostanziale" dell'onere gravante sulla libertà religiosa va misurato "*in relation to the force or pressure that the government places on a religious believer, not on a court's allegedly objective determination that a required action does or does not impose an actual burden on religious adherents*"⁹³.

Secondo questa impostazione, l'autorità giudiziaria può, infatti, valutare il grado e l'intensità della pressione esercitati dai soggetti pubblici e indirizzati a indurre il fedele ad agire in modo contrario al proprio credo, ma le è inibito valutare in che misura la condotta imposta dall'esterno vada a interferire con le credenze religiose del singolo aderente a uno specifico credo.

La Corte adotta, pertanto, l'approccio, senza dubbio più garantista della libertà di coscienza del singolo, per cui costituirebbe in sé un onere sostanziale per l'esercizio della sua libertà religiosa porre il cittadino fedele di fronte al conflitto di lealtà fra il seguire le direttive statali violando l'imperativo che proviene dalla sua coscienza o contravvenire alla regola impostagli dallo Stato, sopportando le sanzioni (penali, economiche o disciplinari) che ne derivano⁹⁴. Nel caso di specie, quindi, la libertà religiosa del detenuto Holt subirebbe un onere sostanziale in quanto egli è costretto a scegliere fra l'adesione ai precetti della sua fede (sopportando eventuali sanzioni statalmente imposte) e il rispetto dei regolamenti penitenziari.

all the members of a religious sect". Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S._ (2015).

⁹³ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S._ (2015). Cfr. **S.W. GAYLORD**, *RFRA Rights Revisited: Substantial Burdens, Judicial Competence and the Religious Nonprofit Cases*, in *Law Review*, 2016, p. 1 ss.

⁹⁴ Secondo le parole di Guido Calabresi, "*Precedent suggests that inmates have a right not to be disciplined for refusing to perform tasks that violate their religious beliefs*". Cfr. *McEachin v. McGuinnis*, 357 F.3d 197 (2d Cir. 2004).



Risulta pertanto incontrovertibile l'impatto delle statuizioni contenute nel regolamento carcerario sull'esercizio della libertà religiosa dell'attore.

Di conseguenza la Corte si discosta dall'analisi operata dalla corte distrettuale, che sembra risentire dell'influsso di precedenti giurisprudenziali non in linea con la più compiuta protezione della libertà religiosa offerta dal *R.L.U.I.P.A.*: alla luce degli *standards* sanciti nello stesso atto normativo, la disponibilità offerta dall'istituzione penitenziaria di fornire mezzi alternativi di praticare i precetti di una fede non influisce sulla valutazione relativa alla sussistenza di un onere sostanziale a carico dell'esercizio della libertà religiosa. L'analisi alla luce di tale parametro richiede infatti, secondo l'*opinion* di maggioranza, una puntuale verifica relativa alla sussistenza di un onere a carico della specifica pratica religiosa oggetto di controversia. Di conseguenza, un accomodamento rimuove il *substantial burden* sofferto dall'esercizio della libertà religiosa solo quando favorisce la specifica convinzione o pratica religiosa in esame, e non quando offra modalità alternative di praticare una specifica fede.

Una volta soddisfatto l'accertamento relativo alla sussistenza del *substantial burden* imposto all'esercizio della libertà religiosa, la Corte concentra la propria attenzione sullo stringente interesse statale giustificativo della restrizione imposta dalle autorità carcerarie: viene, infatti, a gravare sugli organismi direttivi dell'istituto di detenzione l'onere di provare che la decisione di negare un accomodamento religiosamente motivato sia giustificato dalla sussistenza di un *compelling state interest*. Anche sotto questo profilo, l'indagine della Corte si focalizza sulla specifica posizione del detenuto "*requiring the Government to demonstrate that the compelling interest test is satisfied through application of the challenged law to [...] particular claimant whose sincere exercise of religion is being substantially burdened*": non viene considerato sufficiente dimostrare che l'osservanza della regola sia necessaria per perseguire interessi pubblici intesi in senso ampio, ma occorre una specifica congruenza fra il soddisfacimento dell'interesse pubblico e l'obbligo di osservanza della regola da parte dell'attore.

La Corte, a tale proposito, riconosce con facilità la sussistenza di uno stringente interesse da parte dell'amministrazione carceraria (ossia quello alla sicurezza), che giustifica l'imposizione del divieto di crescere la barba; risulta tuttavia nevralgica l'analisi condotta dalla stessa Corte con riguardo al parametro del *least restrictive means*, tanto da condizionare le risultanze finali della pronunzia⁹⁵.

⁹⁵ Cfr. V. FIORILLO, *La sentenza della Corte Suprema USA Holt v. Hobbs: l'esonazione cresce*



Due motivi erano stati sostenuti dagli organismi carcerari per giustificare la proibizione: evitare l'introduzione di piccoli oggetti di contrabbando, che potrebbero essere occultati mediante la barba, e facilitare l'identificazione dei prigionieri, che all'atto dell'accesso all'istituto di detenzione presentavano il volto rasato, e successivamente avrebbero potuto alterare il loro aspetto facendosi crescere la barba. La Corte considera entrambe le giustificazioni addotte dagli organismi carcerari insufficienti a soddisfare il canone del *least restrictive means* esigito dal R.L.U.I.P.A.

Innanzitutto, la Corte considera "*hard to be taken seriously*"⁹⁶ che il *compelling governmental interest* a prevenire il flusso di contrabbando possa essere seriamente compromesso dalla concessione a un detenuto di una eccezione alla regola generale di mantenere il volto rasato, e a tale scopo adduce spiegazioni minuziose: innanzitutto sarebbe molto difficile nascondere oggetti di contrabbando in una barba lunga ¼ di pollice, in quanto suscettibili di cadere con facilità. La proibizione stride, inoltre, con la mancata predisposizione di regole altrettanto rigide quanto alla lunghezza dei capelli, che potrebbero costituire un mezzo altrettanto efficace per nascondere merce di contrabbando. Soprattutto, la Corte reputa che l'amministrazione carceraria abbia omissis di ricercare mezzi meno restrittivi per l'esercizio della libertà religiosa del detenuto, con cui il personale dell'istituto di detenzione avrebbe potuto perseguire tale interesse (come la predisposizione di ispezioni periodiche o l'imposizione al detenuto di pettinare la barba in presenza delle guardie): pertanto "*without a degree of deference that is tantamount to unquestioning acceptance, it is hard to swallow the argument that denying petitioner a half-inch beard actually furthers the prison's interest in rooting out contraband*"⁹⁷.

Anche la seconda giustificazione addotta dall'amministrazione carceraria non si sottrae rigore del parametro del *least restrictive means*: la Corte individua la sussistenza di effettive contromisure potenzialmente atte a garantire l'identificazione dei detenuti (ossia un sistema di doppia fotografia del detenuto, al momento dell'ingresso dell'istituzione carceraria, senza barba, e in un momento successivo, dopo la crescita della barba), già adoperate in altri istituti di detenzione: a tale proposito, la Corte reputa che l'amministrazione penitenziaria non sia riuscita a dimostrare le ragioni per cui sarebbe difficoltoso adoperare il sistema della doppia fotografia, evitando così di imporre un onere all'esercizio della libertà religiosa del detenuto. Inoltre, ancora una volta, il regime più permissivo

con la barba del condannato, nel sito www.diritticomparati.it, 16 febbraio 2015.

⁹⁶ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015).

⁹⁷ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015).



con riguardo alla lunghezza dei capelli, e il riconoscimento di eccezioni al divieto di crescere la barba per ragioni sanitarie rende l'imposizione di una proibizione *substantially underinclusive*: l'amministrazione penitenziaria non è stata in grado di offrire una giustificazione per tale diversità di regime. Alla luce di tali considerazioni, pertanto, la Corte rigetta anche la seconda giustificazione adottata dall'amministrazione carceraria.

Infine, la Corte argomenta che la concessione di una esenzione religiosamente motivata al regolamento dell'istituzione penitenziaria non determinerebbe un affievolimento della tutela del *compelling interest* del mantenimento della sicurezza; non si preclude infatti che venga messa in discussione l'autenticità del carattere religioso di un'istanza qualora sussista il sospetto che un detenuto utilizzi un'attività religiosa al fine di "*cloak illicit conduct*"; allo stesso modo un accomodamento può essere successivamente rimosso qualora un detenuto "*abuses the exemption in a manner that undermines the prison's compelling interest*"⁹⁸.

12 - Il (parziale) ridimensionamento del parametro della *due deference*

Alla luce di questa decisione, il canone della deferenza verso gli organismi direttivi degli istituti di detenzione, sebbene non ripudiato, risulta profondamente rimodulato da un'interpretazione più strettamente connessa alle disposizioni del *R.L.U.I.P.A.*, per cui sembra che il ruolo esercitato dallo stesso canone debba considerarsi subordinato al parametro dello *strict scrutiny* per come formulato in base allo stesso *R.L.U.I.P.A.*

Le autorità giudiziarie non divengono, però, arbitri assoluti nell'individuazione della migliore soluzione di ogni questione di carattere amministrativo. L'opinione della maggioranza non preclude, infatti, il "*deferring to prison officials reasoning*", ma solo nella misura in cui "*they offer a plausible explanation for their chosen policy*"⁹⁹. Inoltre le autorità giudiziarie dovranno richiedere ai *prison officials* di addurre prove che le politiche adottate siano realmente necessarie per realizzare il *compelling governmental interest*; solo in seguito a tale dimostrazione potrà essere accordata deferenza alle giustificazioni da esse addotte.

Come si è anticipato, la Corte rigetta lo *standard* di maggiore deferenza adottato dall'Ottavo Circuito secondo cui le autorità giudiziarie aderiscono alla valutazione degli organismi penitenziari in merito alla

⁹⁸ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S._ (2015).

⁹⁹ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S._ (2015).



sicurezza a meno che non risulti “*substantial evidence that a prison’s response is exaggerated*”¹⁰⁰. La Corte ha optato, altresì, per non seguire l’approccio dell’Ottavo Circuito che deferiva alle valutazioni degli organismi direttivi degli istituti di detenzione le regole più idonee da adottare nell’ambito di “*their own institutions*”, senza operare confronti con i regolamenti vigenti in altre istituzioni.

Il parametro di deferenza, ripensato alla luce del *R.L.U.I.P.A.*, richiede, infatti, che sia l’istituto di detenzione a provare che le alternative misure proposte dall’attore non realizzerebbero in misura adeguata l’interesse della struttura penitenziaria alla sicurezza e non gravi sull’attore l’onere di fornire “*prove sostanziali*” che la politica adottata non sia strettamente aderente al caso in esame.

La Corte ha chiarito che i regolamenti di altri istituti che ammettono l’accomodamento religioso richiesto vanno analizzati alla luce di un’indagine rigorosa, per cui l’istituzione coinvolta dovrà offrire ragioni persuasive per cui il medesimo accomodamento non possa funzionare all’interno della stessa: occorre dimostrare, infatti, che la negazione dell’esenzione costituisca il mezzo meno restrittivo per realizzare il “*compelling governmental interest*”.

Al tempo stesso, la Corte sostiene che non è richiesto a un’istituzione carceraria garantire un’esenzione adeguandosi acriticamente al modello adottato presso altre istituzioni: tuttavia le corti “*should not blind themselves*” al contesto dell’analisi “*conducted in the prison setting*”¹⁰¹. Le autorità carcerarie sono dunque tenute a “*adequately respond to the less restrictive policies*” che un detenuto sottopone alla loro attenzione e non possono preventivamente “*refute every conceivable option*”¹⁰².

Ne deriva che i principi affermati in *Cutter* non sarebbero implicitamente superati: la Corte riconosce che “[p]rison officials are experts in running prisons and evaluating the likely effects of altering prison rules, and courts should respect that expertise”¹⁰³. Nell’opinione della Corte, pertanto, sebbene sia dovuto “rispetto” alle autorità carcerarie questo non può però giustificare da parte delle corti una “*abdication of the responsibility*” di applicare gli stringenti parametri delineati dal *R.L.U.I.P.A.* a tutela dell’esercizio della libertà religiosa dei detenuti.

Secondo parte della dottrina, nella pronuncia in esame permane purtuttavia un approccio minimalista al parametro della deferenza: la Corte

¹⁰⁰ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 509 Fed. Appx 561 (2013).

¹⁰¹ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S._ (2015).

¹⁰² Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S._ (2015).

¹⁰³ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S._ (2015).



rinnega, infatti, solo una “*unquestioning deference*” verso le politiche carcerarie, fondata sulla presunzione che esse siano comunque sempre necessarie a realizzare *compelling interests*. La Corte, tuttavia, declina di definire il grado di deferenza dovuto alle autorità carcerarie: in assenza di una guida certa, rimane l’incertezza, per il futuro, circa i contorni della deferenza dovuta ai regolamenti carcerari, con il rischio che su tale parametro si creino divergenze fra le corti inferiori. Non essendo offerti *standards* chiari restano, infatti, ampi i margini di movimento per le stesse corti inferiori: questo lascia un certo grado di discrezionalità agli organismi penitenziari nelle loro politiche di accomodamento religioso e innesca il rischio di una tutela disomogenea dei diritti dei detenuti¹⁰⁴.

Anche secondo la *concurring opinion* del giudice Sotomayor, il canone della deferenza non può essere assolutizzato. La sua *opinion* ruota tuttavia intorno al richiamo, in essa contenuto, alla decisione *Cutter v. Wilkinson*: il carattere distintivo della decisione *Holt v. Hobbs*, rispetto alla precedente decisione, deriverebbe dall’omissione, da parte delle autorità carcerarie, di offrire una spiegazione delle scelte operate e dal non avere preso in esame le alternative prospettate dal detenuto, e non dall’indipendente valutazione da parte della Corte concernente il merito delle alternative proposte.

L’approccio più cauto del giudice Sotomayor mira a prevenire il rischio che la pronuncia si traduca in un affievolimento della fiducia riposta nell’autorevolezza dell’agire dell’amministrazione carceraria nei suoi processi decisionali¹⁰⁵. L’opinione della Corte in *Holt* non preclude il riconoscimento di una *due deference* all’amministrazione penitenziaria; tuttavia, secondo il giudice Sotomayor, va distinta la situazione in cui le autorità carcerarie producono una “*plausible explanation for their chosen policy that is supported by whatever evidence is reasonably available to them*”, dalla circostanza in cui si limitano a “*declare a compelling government interest by fiat*”¹⁰⁶. In questa seconda ipotesi si collocherebbe la fattispecie esaminata nella decisione *Holt*: la posizione dell’amministrazione carceraria risulterebbe irrimediabilmente pregiudicata dalla sua incapacità di supportare la propria ricostruzione delle scelte operate (ossia il perché le alternative meno restrittive sollecitate da Holt siano state considerate inadeguate al perseguimento del *compelling interest* dell’istituzione carceraria) se non mediante “*unsupported assertions*”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cfr. J.J. SHEFFIELD, A.S. MOE, S.K. LICKTEIG, *Holt v. Hobbs*, cit., p. 1085.

¹⁰⁵ Cfr. G. D’ANGELO, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L’esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 179.

¹⁰⁶ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015), *concurring opinion* del giudice Sotomayor.

¹⁰⁷ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015), *concurring opinion* del giudice Sotomayor.



13 - La tutela estensiva della libertà religiosa promossa dalla Corte Roberts

La precaria sostenibilità del rapporto fra neutralità statale, regole di generale applicazione e istanze di accomodamento religiosamente motivate¹⁰⁸ (tradizionalmente oggetto di critiche da parte di quelle componenti sociali che le identificano con ingiuste disparità di trattamento operate dallo Stato) in una società vieppiù religiosamente diversificata e frammentata era stata validamente sintetizzata dalla Corte Suprema in *Smith*, ove il valore dell'uguaglianza formale viene inteso come asettica anestettizzazione delle differenze: *"we cannot afford the luxury of deeming presumptively invalid, as applied to the religious objector, every regulation of conduct that does not protect an interest of the highest order"*¹⁰⁹.

In un'epoca in cui si discute sull'opportunità della specialità offerta alla tutela della libertà religiosa¹¹⁰, si sviluppa una sorta di "resistenza culturale" verso i *free exercise rights*, si registra un "declino" dell'"investimento politico e sociale" sulla libertà religiosa¹¹¹ e risulta palpabile la crescente diffidenza verso il *religious accommodationism* (nel timore che finisca con l'indebolire il riconoscimento dei diritti civili e il rilievo assunto dal diritto antidiscriminatorio)¹¹², e in cui il soddisfacimento delle domande di libertà religiosa assume preoccupanti risvolti in conseguenza dell'aumento di rivendicazioni di *religious accommodation* non più esclusivamente da parte di gruppi confessionali minoritari (quale mezzo per controbilanciare, in sede giudiziaria, istanze di libertà trascurate da una legislazione formalmente religiosamente neutrale) ma dalle Confessioni più ampiamente consolidate, a tutela di profili del loro patrimonio valoriale reputati non negoziabili, la Corte Roberts ha inaugurato un filone giurisprudenziale indirizzato verso una tutela espansiva della libertà religiosa sia in forma individuale sia collettiva.

¹⁰⁸ Cfr. *Corporation of the Presiding Bishop of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. Amos*, 483 U.S. 327 (1987), ove la Corte ha affermato che il Governo può concedere forme di accomodamento delle pratiche religiose senza violare l'*Establishment Clause*.

¹⁰⁹ Cfr. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

¹¹⁰ Cfr. M. SCHWARTZMAN, *What if Religion isn't Special?*, in *U. Chi. L. Rev.*, vol. 79, 2012, p. 1351 ss.

¹¹¹ Cfr. J.D. INAZU, *More is More: Strengthening Free Exercise, Speech and Association*, in *Minn. L. Rev.*, vol. 99, 2014, pp. 508-510.

¹¹² Cfr. E.B. DEUTSCH, *Expanding Conscience, Shrinking Care: the Crisis in Access to Reproductive Care and the Affordable Care Act's Nondiscrimination Mandate*, in *The Yale Law Journal*. vol. 124, 2015, p. 2470 ss.



Il carattere innovativo di quest'indirizzo deriva dallo slittamento del baricentro della protezione della libertà religiosa negli U.S.A. dal testo costituzionale a testi normativi federali (che sanciscono il "*primacy of political actors in accommodation of religion*"¹¹³) con inevitabili riflessi sulla sua portata¹¹⁴: sembra infatti che l'atteggiamento più recentemente adottato dalla Corte non sia quello di una neutralizzazione delle istanze di libertà religiosa ma di riconoscimento di un diritto alla diversità di cui beneficiano anche le presenze confessionali maggiormente inquietanti¹¹⁵. Questo indirizzo, volto a veicolare la protezione della libertà religiosa verso strumenti altri rispetto a quella offerta dal testo costituzionale (e quindi dotati in misura minore delle garanzie della stabilità e della permanenza)¹¹⁶, è confermato dalla pronuncia *Holt v. Hobbs*.

14 - *Holt e Hobby Lobby a confronto*

In particolare, la decisione *Holt* sembra collocarsi nell'ambito dello stesso filone interpretativo della precedente decisione *Hobby Lobby*¹¹⁷. Lo stesso

¹¹³ Cfr. **W.K. KELLEY**, *The Primacy of Political Actors in Accommodation of Religion*, in *Waw. L. Rev.*, vol. 22, 2000, p. 403 ss.

¹¹⁴ Cfr. **M.O. DE GIROLAMI**, *Constitutional Contraction: Religion and the Roberts Court*, Relazione presentata al Convegno "La Corte Roberts e la tutela della libertà religiosa", Fiesole, 22 ottobre 2014, *pro manuscripto*.

¹¹⁵ Cfr. *E.E.O.C. v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 U.S. (2015).

¹¹⁶ Cfr. **M.O. DE GIROLAMI**, *Free Exercise by Moonlight*, in *San Diego Law Review*, 2015, p. 6, che sottolinea come la protezione offerta dalla *Free Exercise Clause* fosse ulteriormente rafforzata dall'essere assoggettata alla valutazione degli organi giudiziari, in grado di svolgere un ruolo "correttivo"; la tutela offerta da atti normativi, sia pure elevati al rango di "*super-statutes*" rimane soggetta invece alle fluttuazioni derivanti dalle dinamiche che caratterizzano le "*popular majorities*".

¹¹⁷ In *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014), la Corte Suprema ha reputato che alcune *closely-held corporations* con fini di lucro, i cui proprietari siano ispirati da principi religiosi, possono fruire della tutela della libertà religiosa offerta dal *Religious Freedom Restoration Act* e godere di una esenzione rispetto all'osservanza del cosiddetto "*Contraception Mandate*", un regolamento adottato dal U.S. Department of Health and Human Services sulla base del *Patient Protection and Affordable Care Act*. Tale provvedimento normativo è mirato a estendere la copertura sanitaria pubblica, prescrivendo ai datori di lavoro di garantire ai loro dipendenti, nell'ambito del piano di assicurazione sanitaria loro assicurato all'interno di un rapporto lavorativo, alcuni servizi sanitari di carattere preventivo (fra cui sono compresi i metodi contraccettivi, le procedure di sterilizzazione, i servizi di educazione e consulenza per le donne con capacità riproduttiva). Per un commento, cfr. **M. GRECO**, *Il caso "Hobby Lobby": la difesa della libertà religiosa di una particolare tipologia di datore di lavoro nel più recente arresto*



giudice Alito (autore dell'*opinion* di maggioranza in entrambi i casi) in *Holt* richiama in più punti la recente decisione *Burwell v. Hobby Lobby*, e ne ripropone il medesimo *iter* argomentativo. In particolare, l'analisi congiunta di *Hobby Lobby* e *Holt* sembra enfatizzare una valorizzazione di un *three-pronged test* (*substantial burden, compelling interest, least restrictive means*) che consente di calibrare il complesso rapporto regola/eccezioni.

In entrambe le decisioni la Corte, in primo luogo, affronta la questione relativa al livello di protezione offerto all'esercizio della libertà religiosa dagli atti normativi alla cui luce sono rivendicate le istanze di esenzioni rispetto a precetti di diritto comune (*R.F.R.A.* e *R.L.U.I.P.A.*), ossia se tale livello corrisponda alla protezione offerta dal *balancing test* utilizzato nella giurisprudenza pre-*Smith* o sia in gioco un tipo di tutela più incisiva. In entrambe le decisioni viene sottolineato, innanzitutto, il carattere ampio della protezione offerta alla libertà religiosa dal *R.F.R.A.* e dal *R.L.U.I.P.A.*, entrambi approvati "*in order to provide very broad protection for religious liberty*"¹¹⁸. Il *R.F.R.A.*, in particolare, "*provid[e]s greater protection for religious exercise than is available under the First Amendment*"¹¹⁹. A sua volta, il *R.L.U.I.P.A.* è stato approvato quale risposta del Congresso alla decisione *Boerne v. Flores* che aveva dichiarato incostituzionale il *R.F.R.A.* nella sua applicazione ai singoli Stati¹²⁰: esso "*imposes the same general test as RFRA but on a more limited category of governmental action*"¹²¹ (nella specie, con riguardo alla materia urbanistica e a quella delle comunità segreganti). Il *R.L.U.I.P.A.* pertanto permette alle persone detenute "*to seek religious accommodations pursuant to the same standard as set forth in RFRA*"¹²².

Come si è già segnalato, per assicurarsi tale "*expansive protection for religious liberty*" alla luce del *R.F.R.A.* e del *R.L.U.I.P.A.*, gli attori hanno esclusivamente l'onere iniziale di dimostrare che "*the relevant exercise of religion is grounded in a sincerely held religious belief*", e che la regola statalmente imposta "*substantially burdened that exercise of religion*". Se l'attore prova che il governo ha imposto un onere sostanziale alle sue sincere credenze religiose, graverà sul soggetto pubblico il "*demonstrate*]

della Corte Suprema americana, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2014/3, pp. 895-908; M. PARISI, *La vicenda Hobby Lobby: un caso di difficile equilibrio tra libertà religiosa e diritto alla salute*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2016/1, p. 378 ss.

¹¹⁸ Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

¹¹⁹ Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

¹²⁰ Cfr. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997)

¹²¹ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015).

¹²² Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015).



*that application of the burden to the person—(1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling interest*¹²³. Alla luce della protezione offerta da tali testi normativi sono, pertanto, ammissibili indagini da parte dell'autorità giudiziaria sulla sincerità di una credenza religiosa (che la Corte, tuttavia, in entrambe le decisioni si autopreclude, limitandosi a una formale verifica della coerenza fra precetto fideistico ed eccezione rivendicata in nome dello stesso), mentre restano inibite valutazioni e indagini sul fondamento teologico delle scelte religiose del singolo, sul significato e sulla centralità all'interno di uno specifico sistema fideistico di determinate pratiche religiose, sul carattere "sostanziale" degli oneri volta a volta imposti alla coscienza del fedele e sull'impatto che la proibizione di tali pratiche avrebbe sull'aderenza confessionale del fedele.

In entrambe le pronunzie ricorre, invece, il rilevante interrogativo (sul quale i diversi circuiti d'appello si sono divisi) del "chi" abbia il potere decisionale di determinare quando una *government policy* produca un onere sostanziale a carico dell'esercizio della libertà religiosa, ossia se spetti all'autorità giudiziaria compiere una valutazione il più possibile obiettiva circa la natura dell'onere gravante sulla libertà religiosa (secondo la posizione sostenuta dai soggetti governativi) o occorra rifarsi esclusivamente alla natura della pressione che il soggetto pubblico esercita sull'aderente a uno specifico credo, al fine di indurlo a porre in essere una condotta che egli considera in violazione delle sue sincere convinzioni religiose, e quale sia il *quantum* di deferenza dovuto alla rivendicazione del singolo fedele che la stessa politica gli imponga un onere sostanziale in relazione alla sua appartenenza confessionale¹²⁴.

A tale proposito, la Corte Suprema in entrambe le pronunzie conferma il suo consolidato orientamento in base al quale "*repeatedly and in many different contexts, we have warned that courts must not presume to determine [...] the plausibility of a religious claim*"¹²⁵. Resta precluso alle corti esercitare una forma di sindacato sul significato, sulla "accettabilità" o sulla "ragionevolezza" delle specifiche convinzioni fideistiche, dovendo l'analisi dell'autorità giudiziaria soffermarsi piuttosto sull'intensità della sollecitazione esercitata dal governo per indurre il fedele ad agire in maniera contraria alle sue credenze religiose; compito della Corte è esclusivamente valutare la sincerità di tali credenze religiose e non

¹²³ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015).

¹²⁴ Cfr. **S.W. GAYLORD**, *RFRA Rights Revisited*, cit., p. 6.

¹²⁵ Cfr. *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).



analizzare, sia pure mediante una *objective determination*, se l'azione richiesta (o le conseguenti misure sanzionatorie derivanti, per il fedele, dalla sua mancata osservanza dell'obbligo che gli viene statalmente imposto) impongano o no un effettivo onere al singolo credente: in quest'ultimo caso l'autorità giudiziaria interferirebbe in un ambito di stretta pertinenza confessionale, sostituendosi al singolo fedele nel valutare un profilo che attiene alla sfera più intima della sua coscienza. La Corte a tale proposito aveva già in passato segnalato che "*it is not within the judicial function and judicial competence to inquire whether the petitioner or [the courts] more correctly perceive[] the commands of [the plaintiff's] faith*" because "[c]ourts are not arbiters of scriptural interpretation"¹²⁶.

Alla luce dell'insegnamento derivante da *Hobby Lobby* e *Holt*, la sussistenza di un *substantial burden* all'esercizio della libertà religiosa si sussume pertanto dalla semplice insorgenza del conflitto di lealtà nell'animo del fedele, in quanto il soggetto pubblico lo pone dinanzi alla scelta alternativa di "*engaging in conduct that seriously violates its religious beliefs [...] or facing serious disciplinary action*"¹²⁷ o, comunque sia, sanzioni penali per non essersi conformato alle direttive statalmente imposte¹²⁸, senza predisporre una sufficiente o adeguata forma di accomodamento delle convinzioni o pratiche religiose della parte attrice.

Lo standard del *substantial burden* è, pertanto, soddisfatto in *Holt*, dove l'*Arkansas Department of Corrections* pone l'attore di fronte all'opzione fra il violare le sue sincere credenze religiose oppure l'andare incontro a severe sanzioni disciplinari. In *Hobby Lobby*, a sua volta, il *Contraceptive Mandate* impone un "onere sostanziale" ad alcune *closely held corporations* "[b]ecause the contraceptive mandate forces them to pay an enormous sum of money

¹²⁶ Cfr. *Thomas v. Review Bd. of Ind. Emp't Sec. Div.*, 450 U.S. 707 (1981). In *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014), la Corte ribadisce a tale proposito che "*the federal courts have no business addressing ... difficult and important question[s] of religion and moral philosophy*".

¹²⁷ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015).

¹²⁸ Cfr. pure *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963), ove la Corte reputa che la negazione a un dipendente del sussidio di disoccupazione, in seguito al licenziamento causato dal rifiuto dello stesso lavoratore di lavorare durante il giorno del *Sabbah* "*forces her to choose between following the precepts of her religion and forfeiting benefits, on the one hand, and abandoning one of the precepts of her religion in order to accept work, on the other hand. Governmental imposition of such a choice puts the same kind of burden upon the free exercise of religion as would a fine imposed against appellant for her Saturday worship*". Cfr. pure *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 217 (1972).



[...] *if they insist on providing insurance coverage in accordance with their religious beliefs*"¹²⁹.

Sicuramente un peso determinante nel bilanciamento d'interessi operato dalla Corte è giocato, in entrambe le decisioni, dal ruolo assunto dallo *standard* del *least restrictive means*. La Corte sottolinea, infatti, la stretta connessione fra il *R.F.R.A.* e il *R.L.U.I.P.A.*: la tutela della libertà religiosa vieppiù rinforzata assicurata da tali atti normativi è, infatti, garantita dall'adozione di uno *standard* più esigente ("*exceptionally demanding*"), il parametro del *least restrictive means*. Tale elemento costituisce il punto nevralgico dell'*iter* argomentativo della Corte. In base a tale canone infatti si richiede al Governo di

*"sho[w] that it lacks other means of achieving its desired goal without imposing a substantial burden on the exercise of religion by the objecting part[y] [...] .[I]f a less restrictive means is available for the Government to achieve its goals, the Government must use it"*¹³⁰.

Il Governo non può, pertanto, forzare gli aderenti a un determinato credo a violare le loro sincere credenze religiose se non è stato prima soddisfatto il *least restrictive means test*, e in entrambe le decisioni la Corte riscontra la sussistenza di modalità meno restrittive per l'esercizio della libertà religiosa mediante le quali avrebbe potuto essere garantita la realizzazione del *compelling governmental interest*.

Al di là dei tratti che accomunano l'articolazione argomentativa della Corte, che conducono in entrambi i casi a esimere una condotta religiosamente motivata dal conformarsi alla regola di carattere generale atta a salvaguardare il soddisfacimento di un *compelling governmental interest*, le due pronunzie presentano rilevanti tratti differenziali.

In *Holt* la Corte si muove sul più agevole terreno dell'analisi di una istanza di libertà religiosa rivendicata dal singolo aderente a una specifica appartenenza confessionale, che rientra a pieno titolo sotto l'ombrello della copertura offerto dal *R.L.U.I.P.A.* (e non su quello più "nuovo" del riconoscimento di una dimensione collettivo-istituzionale della libertà religiosa e dei suoi limiti); si individua un'immediata connessione fra regola generale e obiezione di coscienza, e fra appartenenza fideistica del singolo e rivendicazione libertaria individuale religiosamente motivata¹³¹.

¹²⁹ Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

¹³⁰ Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014); *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015).

¹³¹ Cfr. **G. D'ANGELO**, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 180.



La pronunzia *Hobby Lobby* contiene maggiori elementi di problematicità, in quanto la Corte è tenuta a risolvere alcune questioni preliminari: in primo luogo la difficoltà di determinare se alcune tipologie di organizzazioni, sia pure confessionalmente orientate, possono esigere forme di *religious accommodation* della loro “tendenza” e avvalersi dalla protezione offerta dal *R.F.R.A.* La peculiarità di questo caso non è tuttavia limitata alla specifica qualifica soggettiva (*corporate entities*) dei soggetti che rivendicano un’esenzione religiosamente motivata, ma si estende anche al tipo di rivendicazione libertaria sollevata dagli attori: una forma di obiezione di coscienza al compimento di un atto imposto da una norma di carattere generale, che implicherebbe non una violazione diretta di un precetto religioso, bensì una sorta di complicità morale con una condotta, posta in essere da soggetti terzi, considerata peccaminosa nell’ambito del sistema fideistico non di questi ultimi, bensì in quello degli stessi attori: ne deriva una sorta di catena di causalità fra l’obbligo statalmente imposto (di fornire copertura assicurativa) al soggetto (impresa commerciale) che rivendica la possibilità di compiere una scelta religiosamente orientata e le scelte individuali dei dipendenti (di accedere a determinati servizi sanitari, fra cui quelli contraccettivi) e una maggiore difficoltà a ricostruire l’attenuato (in quanto indiretto) nesso causale che conduce al coinvolgimento morale del soggetto collettivo in una azione (l’utilizzo di strumenti contraccettivi) considerata in contrasto con il patrimonio assiologico cui è informata la *mission* dello stesso soggetto¹³².

15 - Il crescente rilievo assunto dall’elemento dei *third-party burdens* nella giurisprudenza della Corte

In entrambe le pronunzie, l’ampia nozione della libertà di esercizio religioso accolta viene, tuttavia, controbilanciata dall’esigenza di tenere in adeguata considerazione i *third-party burdens* che potrebbero scaturire dal soddisfacimento d’istanze di esenzioni religiosamente motivate.

Questa nuova sfida alla legittimità costituzionale degli accomodamenti, sia pure elaborata per via giurisprudenziale¹³³, sembra

¹³² Nel caso *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014), la posizione sostenuta dal Governo è infatti “*that the connection between what the objecting parties must do (provide health-insurance coverage for four methods of contraception that may operate after the fertilization of an egg) and the end that they find to be morally wrong (destruction of an embryo) is simply too attenuated*”.

¹³³ Cfr. *Estate of Thornton v. Caldor*, 472 U.S. 703 (1984), in cui la Corte ha sancito che il



destinata ad assumere un ruolo centrale nella più recente giurisprudenza, in un'epoca di crescente interventismo statale indirizzato a disciplinare ogni aspetto del vivere sociale, in cui "*more injuries are transformed into legally (and perhaps even constitutionally) cognizable rights*"¹³⁴. La sussistenza di ricadute in capo a soggetti terzi non beneficiari che non condividono il medesimo credo di colui che rivendica un'eccezione in conseguenza della propria appartenenza fideistica costituirebbe, pertanto, un elemento frenante alla possibilità di riconoscere forme di accomodamento d'istanze di esenzioni religiosamente motivate.

A tale proposito, parte della dottrina assume un atteggiamento prudente, reputando che forme di accomodamento "permissivo" (ovvero non costituzionalmente imposte alla luce della *Free Exercise Clause* ma assecondate dal Congresso o dai legislatori statali in vista di ridimensionare gli oneri che altrimenti graverebbero sulla libertà religiosa) siano assoggettate ai limiti imposti dall'*Establishment Clause*¹³⁵.

Altra parte della dottrina, partendo dal presupposto, invece, del cosiddetto carattere "strutturale" dell'*Establishment Clause*, afferma che il riconoscimento di *religious exemptions* possa essere fondato proprio sulla base del principio di separazione: a tale proposito, infatti, la Corte Suprema avrebbe valutato in contraddizione con l'*Establishment Clause* solo quelle rivendicazioni di accomodamento religioso produttive di un trattamento di favore verso talune credenze e pratiche religiose in quanto "*government [...] must take pains not to compel people to act in the name of any religion*"¹³⁶: solo in questa circostanza la ricaduta di oneri su soggetti terzi andrebbe valutata in

riconoscimento di una esenzione religiosamente motivata (il diritto di non lavorare il giorno del *Sabbah*) a favore di coloro che osservavano tale giorno di riposo si traduceva tuttavia in un "*absolute and unqualified burden*" per i datori di lavoro e gli altri dipendenti, dando luogo a una violazione dell'*Establishment Clause*, in quanto costringeva pure gli aderenti a diverse Confessioni religiose e i non credenti ad agire in modo conforme ai precetti di uno specifico credo ed elevava gli interessi di carattere religioso al di sopra di tutti gli altri interessi concomitanti, promuovendo così indebitamente l'aderenza a uno specifico credo. *Texas Monthly, Inc. v. Bullock*, 489 U.S. 1, 15 (1989), dove la Corte ha reputato che la forma di *religious accommodation* rivendicata violi l'*Establishment Clause* quando "*either burdens nonbeneficiaries markedly or cannot reasonably be seen as removing a significant state-imposed deterrent to the free exercise of religion*".

¹³⁴ Cfr. M.O. DE GIROLAMI, *Free Exercise by Moonlight*, cit., p. 22.

¹³⁵ F.M. GEDICKS, R.G. VAN TASSELL, *Of Burdens and Baselines: Hobby Lobby's Puzzling Footnote 37*, in *The Rise of Corporate Religious Liberty*, a cura di Z. Robinson, C. Flanders, M. Schwartzman, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 323 ss.

¹³⁶ Cfr. *Estate of Thornton v. Caldor, Inc.*, 472 U.S. 703 (1985) in cui si afferma il principio per cui il Primo Emendamento "*gives no one the right to insist that in pursuit of their own interests other must conform their conduct to his own religious necessities*".



relazione al suo stretto legame logico con la stessa clausola¹³⁷. A prescindere dalle interferenze con l'*Establishment Clause*, traspare tuttavia che i "*third-party burdens*" divengono una componente imprescindibile dello *strict scrutiny test* (sebbene ancora sia fluttuante la soglia in cui questi assumerebbero carattere significativo, avverso il rischio di deprivere di significato l'intero assetto normativo mirato a offrire protezione all'esercizio della libertà religiosa)¹³⁸, nella ricerca di un equilibrio fra stringente interesse pubblico e istanze di eccezioni religiosamente motivate¹³⁹.

Se in passato l'interesse dei terzi è venuto in considerazione solo qualora esso fosse connesso con quello pubblico¹⁴⁰, sempre maggiormente

¹³⁷ Cfr. **C.H. ESBECK**, *Third-Party Harms, Congressional Statutes Accommodating Religion and the Establishment Clause*, *Hearings on: Oversight of the Religious Freedom Restoration Act and the Religious Land Use and Institutionalized Persons Act*, University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2015-10, February 13, 2015, nel sito <http://ssrn.com/abstract=2607277>.

¹³⁸ Cfr. **N. TEBBE, M. SCHWARTZMAN, R. SCHRAGGER**, *When do Religious Accommodations Burden Others?*, in *The Conscience Wars: Rethinking the Balance between Religion, Identity and Equality*, a cura di S. Mancini, M. Rosenfeld, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, in corso di pubblicazione. Gli Autori evidenziano come i sostenitori di una forte protezione della libertà religiosa abbiano assunto atteggiamenti disparati con riguardo all'introduzione di questo nuovo limite alle forme di *religious accommodation*: alcuni hanno tentato di negare l'esistenza del principio dei *third-party harms* come "*matter of doctrine*", altri hanno negato che un peculiare impatto su soggetti terzi possa rilevare come onere, sottolineando la distinzione fra un intervento governativo che determina l'imposizione di un onere su terzi non beneficiari in conseguenza della attribuzione di forme di *religious accommodation* e un intervento pubblico che si limita a deprivere gli stessi di un beneficio in precedenza concesso, che però andrebbe a intaccare la sfera della libertà religiosa di alcuni individui o gruppi: seguendo infatti questo ragionamento (che la Corte Suprema sembra incidentalmente accogliere anche in *Hobby Lobby*), il Governo potrebbe imporre una regolamentazione che produca un onere a danno di *religious believers* in virtù della circostanza che tale normativa conferisce un beneficio a soggetti terzi: resterebbe consequenzialmente priva di significato la normativa volta a tutelare la libertà religiosa "*By framing any Government regulation as benefiting a third party....the Government could turn all regulations into entitlements to which nobody could object on religious grounds, rendering RFRA meaningless*". Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

¹³⁹ Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014). Cfr. R. GARNETT, *Accommodation, Establishment, and Freedom of Religion*, in *Vand. L. Rev.*, vol. 67, 2016, p. 46.

¹⁴⁰ Cfr. **A.J. SEPINHALL**, *Corporate Piety and Impropriety: Hobby Lobby's Extension of RFRA Rights to the For Profit Corporation*, in *Harvard Business Law Review*, 2015, p. 8 e p. 52, cita diverse pronunzie della Corte Suprema in cui è un interesse pubblico (pubblica sicurezza, ordine pubblico, principio di separazione) a rivestire preminente interesse e solo "indirettamente" lo è l'impatto della forma di accomodamento richiesta su soggetti terzi.



il sistema giurisprudenziale che garantisce di forme di “*religious accommodation*” si va organizzando in vista del riconoscimento degli oneri gravanti su soggetti terzi – quale effetto indiretto del riconoscimento di forme di accomodamento religioso – come elemento autonomo di valutazione nell’opera di bilanciamento effettuata in sede giudiziaria. Un pluralismo mirato al riconoscimento delle differenze deve sicuramente garantire strumenti di espressione alle voci dissenzienti rispetto ai valori supportati dal consenso maggioritario, ma non può articolarsi in chiave di sproporzionata interferenza sulla libertà di autodeterminazione di soggetti terzi¹⁴¹: si esige, pertanto, l’adozione di un criterio che, nel perseguimento del “*least restrictive means*” circa l’esercizio della libertà religiosa, non trascuri un parametro di proporzionalità¹⁴², al fine di calibrare ragionevolmente le rinunzie richieste a tutte le parti coinvolte.

A tale proposito, come si è accennato, già in *Cutter* la Corte inseriva questo parametro nella sua opera di bilanciamento del rapporto regola generale/essenze religiosamente motivate, ossia che alla luce di una corretta applicazione del *R.L.U.I.P.A.*, un accomodamento non risulta affetto da illegittimità costituzionale nella misura in cui sia finalizzato a alleviare un onere sostanziale statalmente imposto all’esercizio della libertà religiosa, sia amministrato in maniera neutrale fra le diverse fedi; infine *courts must take adequate account of the burdens that a requested accommodation may impose on nonbeneficiaries*¹⁴³.

A tale proposito è stata espressa, all’indomani della decisione *Cutter v. Wilkinson*, la preoccupazione che tale specifico ultimo parametro costituisse il segnale di un arretramento giurisprudenzialmente operato

¹⁴¹ Cfr. **A SEPINHALL**, *Corporate Piety and Impropriety*, cit., p. 61.

¹⁴² Sull’uso sempre più diffuso di tale parametro in sede giurisprudenziale, **A. LICASTRO**, *Il dubbio di una “velata” discriminazione: il diritto di indossare l’hijab sul luogo di lavoro privato nei pareri resi dall’Avvocato generale alla Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), settembre 2016, p. 19; **A. LICASTRO**, *Quando è l’abito a fare il lavoratore. La questione del velo islamico, tra libertà di manifestazione della religione ed esigenze dell’impresa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., settembre 2015, p. 3.

¹⁴³ Cfr. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005). La Corte riconosce che “[a]t some point, accommodation may devolve into an unlawful fostering of religion”; più avanti, la tutela della libertà religiosa dei detenuti è mitigata dall’affermazione per cui “[w]e do not read RLUIPA to elevate accommodation of religious observances over an institution’s need to maintain order and safety. Our decisions indicate that an accommodation must be measured so that it does not override other significant interests”. Infine la Corte specifica che “Should inmate requests for religious accommodations become excessive, impose unjustified burdens on other institutionalized persons, or jeopardize the effective functioning of an institution, the facility would be free to resist the imposition. In that event, adjudication in as applied challenges would be in order”.



rispetto allo *standard* più garantista per la libertà religiosa affermato nel *R.L.U.I.P.A.*, nel momento in cui le istanze libertarie vengono a essere calibrate con gli oneri ricadenti su soggetti terzi, talora di difficile determinazione: in tale senso parte della dottrina invita a una cauta distinzione fra le fattispecie in cui il “costo” dell’esercizio della libertà religiosa sia di carattere “diffuso”, e abbia pertanto un impatto minimo e indiretto su un ampio e indeterminato numero di soggetti terzi, e quelle in cui un’esenzione religiosamente motivata concessa ad alcuni vada a incidere specificamente su un beneficio conferito a una classe identificabile di soggetti altri¹⁴⁴.

Le pronunzie pre-*Holt* hanno, però, esaminato le istanze di *religious accommodation* in ambito carcerario utilizzando una versione spesso “debole” (in quanto temperata dal parametro della *due deference*) dello *strict scrutiny*, e hanno così evitato di confrontarsi con il nodo cruciale della sostenibilità delle forme di accomodamento religioso alla luce dei più rigorosi parametri esigiti dal principio di neutralità statale¹⁴⁵.

Il ruolo giocato dai *third-party burdens* torna invece in primo piano con le due pronunzie *Hobby Lobby* e, per quanto attiene il contesto degli istituti di detenzione, *Holt*.

A tale proposito, emerge però fra le due pronunzie una rilevante differenza nella struttura dell’esenzione religiosamente motivata rivendicata.

In *Hobby Lobby* la Corte, pur considerando centrale la valutazione dei *third-party harms*, ha rintracciato la soluzione in una possibile ingegnosa estensione ad alcuni soggetti svolgenti attività a fini di lucro della stessa forma di accomodamento già prevista con specifico riguardo alle organizzazioni non lucrative: in tale modo il “costo” dell’esenzione religiosamente motivata non ricadrebbe sulle dipendenti (deprivate così della possibilità di fruire di una copertura assicurativa che copra le pratiche contraccettive) il quanto il Governo “*can readily arrange for other methods of*

¹⁴⁴ Cfr. N. TEBBE, M. SCHWARTZMAN, R. SCHRAGGER, *When do Religious Accommodations Burden Others?*, cit.

¹⁴⁵ Cfr. T.G. STOUT, *The Cost of Religious Accommodation in Prisons*, cit., p. 1201 ss. Confrontando tuttavia il caso *Cutter* con *Estate of Thornton v. Caldor* l’Autore nota tuttavia che “terzi non beneficiari” non possono essere considerati gli stessi istituti di detenzione, in quanto il loro conformarsi al *R.L.U.I.P.A.* comporta per essi il vantaggio dell’accesso a forme di finanziamento pubblico federale. Inoltre le restrizioni all’esercizio della libertà religiosa, nei casi che rientrano sotto l’ombrello della protezione del *R.L.U.I.P.A.*, sono imposte da soggetti pubblici e non privati (come invece si verifica nel caso *Caldor*).



providing contraceptives, without cost sharing, to employees who are unable to obtain them [...] due to their employers' religious objections"¹⁴⁶.

Il meccanismo predisposto, secondo parte della dottrina, risulta però solo apparentemente a costo zero, potendo potenzialmente attivare inaspettati meccanismi di distribuzione dei costi suscettibili di ledere le scelte femminili di autodeterminazione. Tali preoccupazioni trovano puntuale riscontro nella *dissenting opinion* del giudice Ginsburg, che vede con timore l'ampliarsi di quelle eccezioni religiosamente qualificate a leggi generali, il cui prezzo potrà avere negative ripercussioni sulla società civile.

Il giudice Ginsburg, altresì, nella sua *concurring opinion* nel caso *Holt* accentua l'importanza che l'accomodamento fornito, nel caso di specie, non arrechi detrimento a soggetti terzi: questo elemento, secondo lo stesso giudice, segna la sostanziale differenza fra la richiesta di un'eccezione alla regola generale nel caso *Holt* e le rivendicazioni libertarie contenute in *Hobby Lobby: "Unlike the exemption this Court approved in Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc., accommodating petitioner's religious belief in this case would not detrimentally affect others who do not share petitioner's belief"*¹⁴⁷.

Garantire a Holt la forma specificamente rivendicata di accomodamento della sua libertà religiosa, invece, produce un impatto minimo sul sistema penitenziario nel suo complesso e non vi sono individui o gruppi chiamati a sopportare il costo dell'esercizio della libertà religiosa da parte dello stesso Holt¹⁴⁸: a tale proposito, è stato sottolineato che la rivendicazione libertaria sollecitata rientra fra quelle *statutory claims for religious accommodation* provenienti da individui o gruppi privi di peso politico (su cui del resto focalizzava la sua attenzione la stessa giurisprudenza pre-*Smith*) che negli anni recenti hanno guadagnato il consenso unanime della Corte, la cui propensione ad accordare forme di accomodamento alla libertà religiosa non è in questi casi particolarmente messa alla prova, non dovendo realizzare difficili bilanciamenti fra la concessione di esenzioni religiosamente motivate e rilevanti interessi contrapposti di carattere secolare¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Cfr. *Burwell, Secretary of Health and Human Services, et al., v. Hobby Lobby Stores, Inc., et al.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

¹⁴⁷ Cfr. *Holt v. Hobbs*, 574 U.S. (2015), *concurring opinion* del giudice Ginsburg.

¹⁴⁸ Cfr. **D. NEJAIME, R.B. SIEGEL**, *Conscience Wars: Complicity-Based Conscience Claims in Religion and Politics*, in *The Yale Law Journal*, vol. 124, 2015, p. 2524.

¹⁴⁹ Cfr. **M.O. DE GIROLAMI**, *Free Exercise by Moonlight*, cit., p. 4, ricorda a tale proposito anche le decisioni *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005) e *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).



Questo profilo non esclude *a priori* che, pure nel contesto degli istituti di detenzione, le istanze libertarie dei detenuti siano destinate a confrontarsi, nel prossimo futuro, con il rischio di ricadute a carico di terzi non beneficiari, tanto più insidiose da valutare quanto più ampia sarà riconosciuta la gamma dei soggetti terzi (che potrebbero essere, in una prospettiva più ridotta, altri detenuti e guardie carcerarie; in una più ampia e generica l'intera compagine dei contribuenti che sostengono fiscalmente il sistema carcerario), che possono reclamare la sussistenza di un onere a proprio carico in conseguenza dell'altrui esercizio di forme di libertà religiosa. Occorre tenere in considerazione, altresì, che quanto più si affievolisce per le istituzioni carcerarie la possibilità di godere di una *unquestioned deference* tanto più emerge il rischio che si avvalgano, a tutela degli interessi che esse sono deputate a salvaguardare, dell'argomentazione (emersa in *Cutter* e "sfiorata" in *Holt* solo nella *concurring opinion* del giudice Ginsburg) relativa alla "giusta dose" di *religious accommodation* che può essere garantita in questo ambito senza produrre oneri eccessivi su soggetti terzi, tali da andare a intaccare l'*Establishment Clause*: spetterà allora, ancora una volta, alla Suprema Corte verificare se e in che misura possono essere "tollerati" i costi derivanti dall'esercizio della libertà religiosa¹⁵⁰ senza andare a pregiudicare il precario equilibrio realizzato dal rapporto fra neutralità statale e *free exercise of religion*.

16 - Annotazioni conclusive

La decisione *Holt v. Hobbs* sembra costituire un ulteriore tassello di quel mosaico pazientemente disegnato dalla Corte Suprema negli ultimi anni, mirato a una valorizzazione della libertà religiosa nella sua dimensione sia individuale sia istituzionale¹⁵¹. Alcune precedenti pronunzie, da un lato, sembrano essere indirizzate a ratificare la legittimità di forme di presenza confessionale in spazi di pertinenza pubblica (mediante un ampio riconoscimento di forme di *religious display* negli stessi)¹⁵²; dall'altro, sembrano avere ristretto l'opportunità del singolo di esercitare il diritto di agire in giudizio (*standing to sue*) avverso quelle presunte trasgressioni

¹⁵⁰ Cfr. B. LEITER, *Why Tolerate Religion?*, Princeton University Press, Princeton, 2013.

¹⁵¹ Cfr. D. LAYCOCK, *Religious Liberty and the Culture Wars*, in *University of Illinois Law Review*, 2014/3, p. 839 ss. Cfr. altresì F. MACIOCE, *La laicità e l'integrazione sociale: un rapporto ambiguo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., settembre 2016, pp. 1-19.

¹⁵² Cfr. *Pleasant Grove City v. Summum*, 129 S. Ct. 1125 (2009); *Salazar v. Buono*, 559 U.S. 700 (2010).



dell'*Establishment Clause* che si esplicano in forme di promozione pubblica del fenomeno religioso¹⁵³.

La Corte, nelle sue più recenti decisioni, ha altresì rivelato un'addizionale "speciale sollecitudine" verso i diritti delle organizzazioni confessionalmente affiliate in virtù della loro "unicità" che, in forza della tutela costituzionalmente garantita, le immunizza rispetto a orientamenti ermeneutici suscettibili di ridimensionare l'autonomia ecclesiale¹⁵⁴, rintracciando sempre nuovi percorsi al fine di assicurare un più elevato livello di garanzia a forme di accomodamento religioso¹⁵⁵.

Con riguardo al bilanciamento fra interessi pubblici e libertà religiosa, la decisione *Holt*, nonostante la sua connotazione *context sensitive* (il cui rilievo sembra sfumare nel ragionamento di una Corte sempre meno incline ad articolare un percorso differenziato per la tutela della libertà religiosa dei detenuti), sembra dimostrare come ancora una volta il pendolo della Corte oscilli verso la finalità protettiva della libertà religiosa, recuperando il suo ruolo anche in ambiti ove finora l'autorità giudiziaria aveva riconosciuto ampia discrezionalità alle autorità amministrative: si adotta pertanto uno *standard* a presidio dell'esercizio della libertà religiosa che costituisce sicuramente un passo avanti rispetto a quello cristallizzato nella precedente giurisprudenza in materia sia di *free exercise* (*Turner*) sia di *R.L.U.I.P.A.* (*Cutter*) con riguardo all'ambito delle istituzioni penitenziarie, suscettibile di sconfinare in un'obiettivo, seppure pregnante, valutazione di scelte operate dagli organi di carattere amministrativo.

La pronuncia esplicita, altresì, il riconoscimento di una tutela estensiva della libertà religiosa che ricomprende in eguale misura le fedi maggioritarie come quelle minoritarie. *Burwell v. Hobby Lobby* poteva avere suscitato l'impressione che la Corte fosse peculiarmente sensibile alle istanze di libertà religiosa dei gruppi maggioritari (che finirebbero con il fare prevalere le loro convinzioni, anche a scapito dell'altrui libertà di

¹⁵³ Cfr. *Hein v. Freedom from Religious Foundation*, 551 U.S. 587 (2007); *Arizona Christian School Tuition Organization v. Winn*, 131 S. Ct. 1436 (2011).

¹⁵⁴ Cfr. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012). Per un commento, cfr. P. ANNICCHINO, *Il conflitto tra il principio di autonomia dei gruppi religiosi ed altri diritti fondamentali: recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2013/1, p. 56 ss.; C. LABORDE, W.F. SULLIVAN, *Religious Exemptions? A Dialogue on the Impossibility of Religious Freedom*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, 2013/1, pp. 5-17.

¹⁵⁵ Cfr. *E.E.O.C. v. Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 U.S. (2015), in cui il *Civil Rights Act* diviene un mezzo ulteriore che va ad amplificare la molteplicità degli strumenti presenti nel sistema statunitense a presidio dell'esercizio della libertà religiosa.



autodeterminazione)¹⁵⁶. *Holt* ha rappresentato l'opportunità di mettere alla prova la portata e i limiti dell'*accommodationism* in materia di libertà religiosa – sebbene tale orientamento sembri tuttora bisognoso di ulteriori forme di consolidamento in relazione al contesto specifico degli istituti di detenzione, alla luce della persistenza di quei fattori irrisolti di problematicità già menzionati (fra cui la previsione di asimmetriche forme di assistenza spirituale per i diversi gruppi religiosi, spesso legate a esigenze di contenimento del *budget*) che ancora sembrano giocare a detrimento dei gruppi minoritari¹⁵⁷ - dimostrando come l'intento della

¹⁵⁶ Cfr. **F.M. GEDICKS**, *One Cheer for Hobby Lobby: Improbable Alternatives, Truly Strict Scrutiny, and Third-Party Employee Burdens*, in *Harv. J.L. & Gender*, vol. 39, 2015, p. 153 ss.

¹⁵⁷ Un arretramento rispetto all'indirizzo seguito in *Holt* è rappresentato infatti dalla negazione da parte della Corte Suprema del *Writ of Certiorari* il 29 febbraio 2016 nel caso *Israel Ben-Levi, Aka Danny L. Loren v. Betty Brown*, 577 U.S. (2016). In questa fattispecie, a un detenuto di fede ebraica è stata negata la possibilità di costituire un gruppo finalizzato alla preghiera e allo studio della *Torah*. Alla sua richiesta, l'amministrazione penitenziaria ha risposto (dopo aver consultato una figura qualificata esterna) che il ricorrente dimostrava di misconoscere i precetti della sua fede, secondo cui per costituire un gruppo di studio ebraico è necessaria la presenza di dieci aderenti a tale credo. Nel contesto carcerario tale regola può essere derogata qualora il gruppo sia guidato da un rabbino: nel caso di specie, la scarsità del numero degli aderenti all'Ebraismo, e la mancata disponibilità di un rabbino ortodosso, impediva l'accoglimento dell'autorizzazione richiesta, anche se tale negazione implica una disparità di trattamento tra l'Ebraismo e gli altri gruppi confessionali all'interno dell'istituto di detenzione. La corte distrettuale ha reputato che l'esercizio della libertà religiosa del ricorrente (di cui egli lamentava la lesione alla luce sia della *Free Exercise Clause* sia del *R.L.U.I.P.A.*) non era soggetto a una forma di onere sostanziale, potendo egli pregare in forma privata. Inoltre, la decisione dell'amministrazione penitenziaria era giustificata da "*legitimate penological interests*" quali "(1) *maintaining order, security, and safety*; (2) *balancing inmate relationships*; and (3) *conserving personnel resources*". La corte osservava altresì che spesso l'organizzazione di gruppi di studio da parte di detenuti è stata finalizzata "*to mask their gang activity*". In seguito all'appello del ricorrente, il Quarto Circuito ha confermato la decisione della corte distrettuale. Il giudice Alito, nella sua *dissenting opinion* alla negazione del *Writ of Certiorari*, osserva che la Corte Suprema, in altre decisioni, si è astenuta dall'indagare sulla centralità che specifiche pratiche religiose rivestono all'interno di un dato credo e sulla plausibilità di rivendicazioni confessionalmente motivate. L'autorità giudiziaria non è infatti deputata a valutare la correttezza della comprensione dei precetti dell'Ebraismo da parte della parte attrice, ma a stabilire se le decisioni dell'istituzione carceraria impongono un onere sostanziale all'esercizio delle credenze religiose del ricorrente, per come egli stesso le comprende e interpreta: se egli preferisce la costituzione di un gruppo di studio di entità ridotta rispetto all'assenza completa dello stesso, afferma il giudice Alito "*it is not for us to say that the line he drew was an unreasonable one*". Se la possibilità di pregare e studiare in privato fosse sufficiente ad assicurare quella protezione della libertà religiosa che è garantita dal Primo Emendamento, gli istituti di detenzione potrebbero facilmente giustificare qualsiasi forma di restrizione all'esercizio della libertà religiosa. Né, secondo Alito, l'istituzione carceraria



Corte sia principalmente quello di assicurare un'ampia protezione a tale libertà, e recuperando quel ruolo "contromaggioritario"¹⁵⁸ che fa ergere la Corte a difensore dei gruppi *outsiders*, la cui tutela risulta ancora una volta rafforzata in sede di arena giudiziaria.

ha dimostrato che la limitazione all'esercizio della libertà religiosa sia effettivamente connessa a "legitimate penological interests": l'invocazione di tali interessi (di cui non viene messa in dubbio l'autenticità) non è sufficiente a giustificare la limitazione dell'esercizio della libertà di religione oggetto della presente controversia: *"The problem with these asserted justifications is that they seem to apply equally to inmates of other religions, who were nevertheless allowed to meet in groups of fewer than 10 without an outside leader. For instance, respondent has given no reason to believe that Jewish prisoners are more inclined than prisoners of other religions to us[e] faith practice to mask their gang activity. Nor is there any indication that a Jewish study group is more likely than a Christian or Muslim group to impede order, compromise inmate relationships, or absorb personnel resources"*.

¹⁵⁸ Cfr. **M. ROSENFELD**, *A Comparative Critique of U.S. Judicial Review of Fundamental Rights Cases: Exceptionalisms, Paradoxes and Contradictions*, in *Rights-Based Constitutional Review – Constitutional Courts in a Changing Landscape*, a cura di J. Bell, M.L. Paris, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2015, p. 29 ss.