



Paolo Bodini

(assegnista di ricerca in Filosofia politica nell' Università degli Studi di
Genova, Dipartimento di Antichità, Filosofia e Storia)

Ora et labora ai tempi del pluralismo.
La filosofia della Corte Suprema americana sulla preghiera scolastica*

Ora et labora in the times of pluralism.
The Philosophy of the American Supreme Court on School Prayer.*

ABSTRACT: Il contributo indaga gli elementi filosofici sottesi alle decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di preghiere nelle scuole. A tal fine, l'articolo ricostruisce dapprima i pareri di riferimento sul tema nei primi anni Sessanta, il consolidamento di una forte separazione tra Stato e Chiesa negli ultimi tre decenni del XX secolo e, infine, l'affermazione di un nuovo paradigma, più concessivo nei confronti delle preghiere scolastiche, nella recente decisione *Kennedy* del 2022. Questa panoramica storica delinea il quadro giuridico della questione per avanzare un duplice argomento filosofico. In primo luogo, la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sulle preghiere nelle scuole è caratterizzata dalla tensione tra due approcci alla religione nelle società pluralistiche: la neutralità da un lato e la tolleranza dall'altro. In secondo luogo, i casi di preghiera nelle scuole evocano lo scontro tra potere legislativo e giudiziario, teorizzato in letteratura come "difficoltà contro-maggioritaria". Anche su questo aspetto, le due prospettive filosofiche sopra individuate possono essere ulteriormente caratterizzate osservando la visione dinamico-statica della neutralità sulla questione contrapposta a quella statico-dinamica della tolleranza.

ABSTRACT: The paper investigates the philosophical elements implied in the decisions of the US Supreme Court on school prayers. To this end, the article first reconstructs the landmark opinions on the topic in the early Sixties, the consolidation of a strong separation between State and Church in the last three decades of the XX century and, finally, the affirmation of a new paradigm, more concessive towards school prayers, in the recent *Kennedy* decision of 2022. This historical overview outlines the legal framework of the issue to advance a twofold philosophical point. First, US Supreme Court jurisprudence on school prayers is characterized by the tension between two approaches to religion in pluralistic societies: neutrality on the one hand and toleration on the other. Second, school prayer cases evoke the clash between legislative and judicial power theorized in the literature as the "counter-majoritarian difficulty". On this aspect as well, the two philosophical perspectives identified above can be further characterized by observing neutrality's dynamic-static view on the issue opposing the toleration's static-dynamic one.

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Le sentenze apripista degli anni Sessanta - 3. Il consolidamento del principio di neutralità - 4. La svolta *Kennedy* del 2022 - 5. La preghiera nelle scuole fra neutralità e tolleranza - 6. La preghiera nelle scuole e la difficoltà contro-maggioritaria - 7. Conclusione.



1 - Introduzione

La scuola è, per eccellenza, un luogo del pluralismo. Naturalmente, l'affermazione assume diversi sensi. Di questi, almeno due necessitano di essere immediatamente isolati. Il primo e più semplice, è quello descrittivo. Nella scuola le giovani generazioni si incontrano e convivono, lasciando emergere un'estesa diversità di culture e tradizioni, abitudini e valori. Il tempo e lo spazio "scuola" concentrano, in altri termini, prospettive morali diverse, destinate a convivere, nel futuro, in un perimetro sociale più ampio e spontaneo. La scuola, però, non è soltanto una società in miniatura, ma anche una premessa di come essa evolverà, di come, più precisamente, la società vuole evolvere. Nell'organizzazione della scuola, specialmente della scuola pubblica, c'è "una visione morale, il sogno sognato dalla società su sé stessa"¹. Questo secondo aspetto, altrettanto intuitivo, amplia la prospettiva sulla scuola come luogo del pluralismo, fino ad abbracciarne il versante normativo. In una battuta, la scuola chiama in causa il dover essere del pluralismo. Nel percorso scolastico si affermano e si applicano principi più o meno concessivi sulla possibile esistenza della diversità, esercitando non solo un potere nell'immediato sulla possibilità che il pluralismo si dia nella scuola e altrove ma, più radicalmente, che i discenti siano educati alla pratica del pluralismo o della sua negazione.

Naturalmente, il binomio scuola-pluralismo richiama una serie quasi infinita di manifestazioni culturali, politiche, etniche e religiose. Inoltre, per quanto sia possibile operare delle generalizzazioni, il particolare contesto d'analisi orienta necessariamente l'indagine e, se esso viene ignorato, elementi decisivi di piccola scala rischiano di affogare nelle considerazioni di un'analisi macroscopica. Per ovviare a queste due difficoltà, l'argomentazione opererà un triplice restringimento del raggio di studio. Primo, si considererà la matrice religiosa del pluralismo, discutendo in particolare il caso della preghiera nelle scuole. Secondo, si caleranno le considerazioni qui avanzate nei confini della società statunitense. Terzo, ci si concentrerà sulle argomentazioni della Corte Suprema nel valutare e decidere sulle criticità in gioco.

La disciplina della preghiera nelle scuole intercetta i menzionati elementi, descrittivi e normativi, del pluralismo. Banalmente, in senso descrittivo, essa cristallizza una diversità di posizioni tra loro *prima facie*

* Contributo sottoposto a valutazione - Peer reviewed paper

Il contributo è stato redatto nell'ambito del Progetto PRIN 2022 "Liberal politics and nature. Democratic decisions about animals, plants and climate change", 2022W8CT4J, Finanziato dall'Unione europea – Next Generation EU, Misura M4C2 – Investimento 1.1 "Progetti di Ricerca di significativo interesse nazionale" (PRIN), CUP D53D23007470006.

¹ R.R. GARET, *Community and Existence: The Rights of Groups*, in *Southern California Law Review*, 56, 1983, p. 1033.



irriducibili² circa l'opportunità della preghiera in assoluto e la fede religiosa in cui tale atto di fede si iscrive. Secondariamente, il diverso atteggiamento verso la possibilità della preghiera nella scuola interroga normativamente, circa l'opportunità o la modalità della preghiera come esplicitazione di una visione sostantiva - in questo caso religiosa - in uno spazio pubblico. Tale interrogativo si iscrive, filosoficamente, nella relazione fra giusto e bene³, vale a dire, nella necessità di far convivere in un quadro di giusta cooperazione diverse dottrine sui fini ultimi da perseguire⁴. Tale tensione, nel caso della preghiera nelle scuole, è rappresentata dalla possibilità di pregare per coloro che hanno fede, da un lato, e la necessità, dall'altro, di non riempire lo spazio pubblico con pratiche e credenze che appartengono soltanto ad alcuni gruppi. In questo quadro, la disciplina della preghiera e la sua giustificazione nel contesto scolastico richiedono un generoso impegno argomentativo, che riempie il vuoto lasciato dal necessario esercizio di temperamento fra il libero perseguimento del bene e il necessario rispetto di ciò è dovuto ad altri in quanto giusto.

Negli Stati Uniti, la preghiera nelle scuole è inquadrabile a partire dalla libertà religiosa accordata dal Primo Emendamento della Costituzione, secondo cui: "Il Congresso non farà alcuna legge che istituisca una religione di Stato o vieti il libero esercizio di un culto; o che limiti la libertà di parola o di stampa; o il diritto del popolo di riunirsi pacificamente e di indirizzare petizioni al governo per la riparazione dei torti"⁵. La prima parte dell'emendamento, espressamente rivolta alla religione, enuclea la libertà religiosa negli Stati Uniti. Essa combina la libertà di culto individuale (*Free Exercise Clause*) con la garanzia che il governo non potrà promuovere una particolare religione e, conseguentemente, instaurare una religione di Stato che controlli il governo stesso (*Establishment Clause*). La Corte Suprema ha chiarito che la libertà di culto non può estendersi a qualsiasi attività connessa alla fede religiosa, come per esempio la poligamia o l'uso di droghe sul posto di lavoro⁶. Per questo, lo Stato può disciplinare aspetti della vita sociale

² Si sta assumendo, in linea necessariamente approssimativa, che esista una differenza di fondo fra credente e non credente e, ancora, fra credenti di religioni diverse. Quest'assunzione ha, però, esclusivamente un valore *prima facie*, e non esclude: i) la possibilità che il non credente si converta o l'opposto; ii) che tale differenza e pluralità non mini la possibilità di una convivenza pacifica fra i vari gruppi.

³ Questa distinzione è tematizzata da Kant con il concetto di "paradosso del metodo di una Critica della ragion pratica" che esprime la necessaria priorità della legge morale, formale, sull'idea di bene e male morale. Questi ultimi sarebbero conseguenti alla legge e non suoi componenti, cfr. **I. KANT**, *Critica della Ragion Pratica*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 137, traduzione italiana di F. CAPRA,

⁴ È questa, in linea generale, la terminologia impiegata da Rawls per riflettere sulla coppia concettuale bene-giustizia, cfr. **J. RAWLS**, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 1984, traduzione italiana di U. SANTINI, pp. 327 ss.

⁵ F. TONELLO (a cura di), *La Costituzione degli Stati Uniti*, Milano, Mondadori, 2010, pp. 115-116.

⁶ Cfr. *Reynolds v. United States* (1878) e *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* (1990).



perseguendo fini secolari (*secular goals*) e, nel farlo, gli è concesso di danneggiare, indirettamente, una particolare religione soltanto se non vi è altro modo per raggiungere tale fine⁷. In questo quadro costituzionale, come vedremo meglio nelle prossime sezioni, le preghiere nelle scuole americane vengono bandite negli istituti pubblici e permesse in quelli privati, di cui un nutrito numero sono di ispirazione confessionale. La scelta americana si distanzia, per esempio, dall'approccio britannico, che vede il legislatore prescrivere agli studenti della scuola pubblica un momento di preghiera collettiva (*collective worship*)⁸ a cui è possibile sottrarsi soltanto su richiesta dei genitori.

Concludendo, la preghiera nella scuola incarna una questione pubblica e, più specificatamente, una manifestazione del pluralismo e dei modi possibili in cui gestirlo in un contesto democratico. Richiamando la nota dicitura di Waldron, il dibattito sulla religione nel contesto scolastico si cala nelle "circostanze della politica", in cui l'azione individuale difficilmente si concerta con quella altrui per via della distanza sui valori ultimi da realizzare⁹. In quest'ottica, l'azione della Corte Suprema cerca di soppesare valori fra loro in tensione, aprendo uno spazio significativo per alcuni rilievi teorici sullo sfondo filosofico delle sue decisioni.

L'articolo si sviluppa cercando prima di ricostruire le sentenze e le argomentazioni della Corte Suprema in materia di preghiera scolastica per estrapolarne, in un secondo tempo, il significato e le implicazioni filosofiche. La seconda sezione presenta le sentenze dei primi anni Sessanta che direzionano la comprensione e la risoluzione dei casi successivi attraverso il concetto di neutralità. La terza sezione dà conto del consolidamento di questa giustificazione fra gli anni Ottanta e Duemila, entrando però anche nelle pieghe delle crescenti opinioni dissenzienti. La quarta sezione conclude l'analisi storico-teorica con la decisione *Kennedy* del 2022 che, per la prima volta, sostiene la costituzionalità di un caso di preghiera scolastica. La quinta sezione propone un criterio di lettura dell'opposizione e del sostegno alla preghiera nelle scuole da parte della Corte attraverso i rispettivi concetti di neutralità e tolleranza, approfondendone gli assunti e le implicazioni teoriche. Infine, la sesta sezione accosterà i due paradigmi individuati a un rispettivo posizionamento nel dibattito sulla "difficoltà contro-maggioritaria", che risulta dinamico-statico per la neutralità e statico-dinamico per la tolleranza.

⁷ Cfr. *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961) sulla costituzionalità della chiusura domenicale di alcuni esercizi commerciali. La Corte difese la costituzionalità di tale scelta perché connessa a un fine secolare, di natura commerciale, anche se gli esercenti ebrei ortodossi finivano per esserne indirettamente danneggiati.

⁸ Si tratta della prescrizione contenuta nella sezione 70 del *School Standards and Framework Act* (1998). Vale la pena segnalare che, dal 2004, l'ufficio preposto al monitoraggio degli standard e dei servizi scolastici nel Regno Unito non rileva più il rispetto dell'obbligo di preghiera che, secondo diversi sondaggi, risulta largamente disapplicato.

⁹ J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 102.



2 - Le sentenze apripista degli anni Sessanta

Si è mostrato come la preghiera nelle scuole pubbliche sollevi problemi e interrogativi che si legano ai conflitti di valore nell'età del pluralismo. L'introduzione ha inoltre delimitato il raggio dell'indagine al contesto statunitense, focalizzandosi sui ragionamenti della Corte Suprema e sul conseguente portato teorico. A tal fine, è stata presentata succintamente la disciplina costituzionale del diritto di culto delineata dal Primo Emendamento della Costituzione americana. Questa sezione si addentra nell'interpretazione di tale emendamento da parte della Corte Suprema nelle controversie sulla preghiera a scuola. Nel fare questo, si prenderanno in considerazione le argomentazioni del tribunale di Washington racchiuse in un arco temporale di sessanta anni, delimitato dal primo dei due *landmark case* degli anni Sessanta sul tema, *Engel v. Vitale* (1962), e dalla recente decisione in *Kennedy v. Bremerton School District* (2022).

I pronunciamenti della Corte Suprema in materia di preghiera nelle scuole possono essere raccolti in tre momenti, che identificano le tre arterie di analisi a cui l'articolo dedica rispettivamente questa e le prossime due sezioni. Innanzitutto, verrà discussa la coppia di sentenze dei primi anni Sessanta che costituiscono i segnavia per valutare i casi inerenti alle preghiere negli spazi scolastici attraverso il riferimento alla neutralità (*Engel v. Vitale* e *Abington School District v. Schempp*). In seconda battuta, nella prossima sezione, sarà presentato il consolidamento di questo principio decisionale e i relativi pareri dissenzianti in una scia di sentenze tra il 1980 e il 2000 (*Stone v. Graham*; *Wallace v. Jaffree*; *Lee v. Weisman*; *Santa Fe Independent School District v. Doe*). Infine, nella quarta sezione, l'analisi si soffermerà sulla recente decisione del 2022 a favore di Joseph Kennedy e in difesa, per la prima volta, della preghiera negli spazi scolastici.

Le due sentenze sulla preghiera nella scuola della Corte Warren all'inizio degli anni Sessanta sorpresero la dottrina per la loro nettezza¹⁰ e contrariarono la maggioranza dell'opinione pubblica, all'epoca fortemente a favore della preghiera nelle scuole¹¹. In *Engel v. Vitale* la Corte giudicò incostituzionale la preghiera composta dal *Board of Regents of New York*, responsabile dell'attività didattica nelle scuole dello Stato. La *Regents' Prayer* doveva essere recitata all'inizio della giornata

¹⁰ Bickel, per esempio, si domandava se fosse il caso che la Corte Suprema realizzasse la laicità in maniera così netta, prendendo di petto la questione della religione nello spazio pubblico pochi anni dopo il divisivo caso *Brown* (1954) sulla desegregazione razziale: cfr. A. BICKEL, *Politics and the Warren Court*, Harper & Row, New York, 1965, pp. 208 ss.

¹¹ Friedman offre una ricostruzione dei malumori del pubblico in seguito alle due sentenze sulle preghiere nelle scuole: cfr. B. FRIEDMAN, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 112, 153, 2002, pp. 203-206.



scolastica e prevedeva un'invocazione aconfessionale (*non-denominational*) a Dio da cui gli studenti potevano essere esonerati su richiesta dei genitori. La preghiera era stata composta nel quadro della formazione morale e spirituale offerta dalle scuole e sulla sua costituzionalità si erano espresse le corti inferiori¹².

Nell'opinione di maggioranza, il giudice Black chiarisce che il Primo Emendamento è espressione peculiare dell'esperienza americana, che prese forma nella ricerca di libertà religiosa da parte dei primi emigranti, in fuga - scrive Black - dalla pretesa di uniformità liturgica e spirituale imposta dal sovrano nell'Inghilterra del tempo¹³. La *Regents' Prayer* rappresenterebbe in quest'ottica un tentativo dello Stato di far avanzare le credenze religiose, stabilendo con il proprio potere e il proprio prestigio le preghiere che la cittadinanza è tenuta a recitare¹⁴. Due ulteriori punti, toccati da Black e Douglas, sono decisivi nello spiegare l'incostituzionalità della pratica in esame ed entrambi riguardano il concetto di "neutralità" dello Stato verso la religione. Black nota che la neutralità confessionale (*denominationally neutral*) della preghiera in questione non può risultare conclusiva nella valutazione della sua costituzionalità¹⁵. Sullo stesso concetto ritorna il giudice Douglas nella sua opinione concorrente, presentando la neutralità come la filosofia del Primo Emendamento, che è finalizzato a tutelare tutti gli interessi religiosi e a impedire allo Stato di essere una forza divisiva¹⁶.

Tempo un anno e la Corte formula un secondo, decisivo, pronunciamento in *Abington School District v. Schempp* (1963). In questo caso, i togati dovettero valutare la costituzionalità di un esercizio confessionale nello stato della Pennsylvania centrato sulla lettura della Bibbia e la recita del Padre Nostro. Nuovamente, la Corte decise per l'incostituzionalità del provvedimento, sollevando una nuova ondata di malumori nell'opinione pubblica¹⁷. Scrivendo per la maggioranza, il giudice Clark chiarisce che la recita del Padre Nostro e la lettura di versi biblici sono ritenute attività di carattere religioso - e non secolare¹⁸ -

¹² *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962), p. 423.

¹³ Black fa riferimento, in particolare, all'imposizione nella Chiesa Anglicana del *Book of Common Prayer* da parte di Edoardo VI nel 1549, *Engel v. Vitale*, cit., pp. 425-6. Sul tema cfr. M. CHAPMAN, *Anglicanism: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 24-27.

¹⁴ *Engel v. Vitale*, cit., pp. 425 e 429.

¹⁵ *Engel v. Vitale*, cit., p. 430.

¹⁶ *Engel v. Vitale*, cit., Douglas concurring, p. 443.

¹⁷ Laats si concentra sulla reazione degli evangelici americani che, diversamente da cattolici e conservatori, approvarono *Engel v. Vitale* ma disapprovarono con forza *Schempp*. Un conto, infatti, era squalificare una preghiera scritta dallo Stato, un altro, invece, impedire la pratica - diffusissima - della preghiera confessionale in aula; cfr. A. LAATS, *Our Schools, Our Country: American Evangelicals, Public Schools, and the Supreme Court Decisions of 1962 and 1963*, in *Journal of Religious History*, Vol. 36, 3, 2012, pp. 321-325.

¹⁸ *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963), p. 223-224. Diversamente da altri casi decisi pochi anni prima, la Corte non ritenne di giustificare l'azione dello Stato sulla base di una finalità secolare da esso perseguita, come fece nel caso delle leggi



favorite dallo Stato in violazione dell'*establishment clause*. Inoltre, Clark riprese ed espanse il punto sulla neutralità avanzato nell'opinione concorrente di Douglas in *Engel v. Vitale*. È esattamente il principio di neutralità, sostiene il giudice, a proibire l'uso della macchina statale (*machinery of the State*) per favorire un credo su un altro o la religione in assoluto¹⁹. Ai fini della nostra trattazione sono importanti due punti avanzati dal giudice Stewart, unico a dissentire. Stewart contestò innanzitutto l'interpretazione restrittiva del Primo Emendamento, mostrando come la libertà di culto venisse fatta collassare sul divieto di fondare una religione, tralasciando così molte altre possibili interazioni fra Stato e religione²⁰. Seguendo la logica della maggioranza, obiettò Stewart, si dovrebbe ritenere incostituzionale l'utilizzo di soldi pubblici per pagare i cappellani militare, laddove invece tale spesa è giustificata dalla necessità di garantire la libertà di culto a chi presta servizio nelle forze armate. Inoltre, a parere del giudice, unico dissenziente anche nel caso della *Regents' Preyer*, la maggioranza starebbe inoltre tradendo l'idea di neutralità, vietando una pratica religiosa a chi spontaneamente vorrebbe esercitarla e favorendo, di contro, l'estromissione della religione nello spazio pubblico a beneficio della "religione del secolarismo"²¹.

3 - Il consolidamento del principio di neutralità

L'interpretazione del Primo Emendamento in materia di preghiera nelle scuole entra in una seconda fase a partire dagli anni Ottanta, quando al consolidamento dei pareri redatti da Black e Clark si accostano importanti dissensi, preziosi per riflettere sul tema del pluralismo nello spazio democratico. In *Stone v. Graham* (1980) la Corte è chiamata a valutare una legge del Kentucky che richiede l'affissione sulle pareti delle classi di una copia dei Dieci Comandamenti, la cui produzione veniva pagata da fondi privati. La Corte richiamò i due precedenti degli anni Sessanta, stabilendo *per curiam* la violazione del Primo Emendamento. La legge del Kentucky avrebbe infatti una finalità religiosa, non secolare, resa peraltro evidente dai primi tre comandamenti, che fissano doveri esplicitamente rivolti ai credenti (riconoscere solo il Dio biblico, non nominare Dio invano, santificare le feste)²². Il giudice Rehnquist dissentì dalla conclusione dei colleghi criticando la maggioranza per aver ignorato la volontà del legislatore, deciso a sottolineare il ruolo del decalogo nello sviluppo della civiltà

sulla chiusura domenicali delle attività commerciali, in cui fu ritenuto accettabile l'effetto indiretto sulle religioni (positivo nel caso in cui la domenica fosse giorno festivo, negativo in cui non lo fosse). Cfr., rispettivamente, *McGowan v. Maryland* (1961) e *Braunfeld v. Brown* (1961).

¹⁹ *Abington School District v. Schempp*, cit., p. 226.

²⁰ *Abington School District v. Schempp*, cit., Stewart dissenting, p. 309.

²¹ *Abington School District v. Schempp*, cit., Stewart dissenting, p. 313.

²² *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980), pp. 41-2.



occidentale, in particolare dei codici di legge²³. Nella sua conclusione, Rehnquist cita un lungo passo della *concurring* del giudice Jackson in *McCullum v. Board of Education* (1948), per mostrare come il Primo Emendamento non richieda di espungere tutto ciò che è religioso dalla formazione scolastica: si potrebbe studiare l'architettura o la musica senza guardare alle cattedrali e ascoltare le composizioni sacre?²⁴

Cinque anni dopo, la Corte Suprema discute tre leggi dell'Alabama sull'introduzione di un minuto di silenzio e meditazione personale (1979), a cui si aggiunge la possibilità della preghiera volontaria (1981) e la facoltà per i docenti di condurre tale preghiera (1982)²⁵. La maggioranza, redatta da Stevens, salva dall'incostituzionalità soltanto la prima legge. Nuovamente, la decisione si basa sulla neutralità e respinge i due addendi del 1981 e 1982 perché finalizzati a promuovere espressamente la pratica religiosa, già resa possibile dal minuto di silenzio²⁶. Dei tre dissensi, il più importante ai fini della nostra trattazione è nuovamente di Rehnquist, interessato innanzitutto a smarcare l'interpretazione del Primo Emendamento, ispirata a Jefferson, per cui vi debba essere un "muro" fra Stato e Chiesa²⁷. Piuttosto, nota il giudice, è a Madison che si dovrebbe guardare. Diversamente da Jefferson, Madison fu protagonista assoluto nella stesura del Primo emendamento, vedendosi bocciare una prima formulazione perché ritenuta troppo ostile alla religione²⁸. Da questo, conclude Rehnquist, si coglie la ratio del Primo emendamento, che consisterebbe nell'evitare la creazione di una religione di Stato: quello che è certo, conclude il giudice, è la mancanza nella Costituzione del divieto per lo Stato di aiutare tutte le religioni in maniera imparziale (*evenhandedly*)²⁹.

Un terzo consolidamento arrivò in *Lee v. Weisman* (1992), quando la Corte negò nuovamente la costituzionalità della preghiera scolastica, questa volta condotta senza riferimenti confessionali da un religioso (un rabbino, nel caso specifico) durante la cerimonia del diploma (*graduation ceremony*). Richiamando *Engel* e *Schempp*, il giudice Kennedy riaffermò - per conto della maggioranza - la necessità di una forte neutralità, perché la semplice tolleranza rischia di far sfociare l'azione statale nell'indottrinamento³⁰. Non solo, la preghiera in un evento solenne come la consegna del diploma favorisce la religione attraverso la pressione

²³ *Stone v. Graham*, cit., Rehnquist dissenting, pp. 43 e 45.

²⁴ *Stone v. Graham*, cit., Rehnquist dissenting, p. 46.

²⁵ *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985), p. 40.

²⁶ *Wallace v. Jaffree*, cit., p. 59-60 e O'Connor concurring, p. 84.

²⁷ Rehnquist fa notare che Jefferson viveva in Francia al tempo della stesura della Costituzione e formulò la fortunata chiosa del "muro" solamente 14 anni dopo la ratifica della stessa da parte del Congresso, cfr. *Wallace v. Jaffree*, cit., Rehnquist dissenting, p. 92. È stato notato che Jefferson avesse un pensiero più sfumato sulla separazione fra Stato e Chiesa, a dispetto della plastica rappresentazione del "muro" con cui spesso si rappresenta il suo punto; cfr. **D. DREISBACH**, *Thomas Jefferson and the Wall of Separation Between Church and State*, NYU Press, New York, 2002.

²⁸ *Wallace v. Jaffree*, cit., Rehnquist dissenting, pp. 95-6.

²⁹ *Wallace v. Jaffree*, cit., Rehnquist dissenting, pp. 98-9.

³⁰ *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992), pp. 591-2.



sociale esercitata dal corpo docente e dai discenti che vi aderiscono su coloro che non vorrebbero pregare³¹. Di questo sarebbe complice lo Stato. È il preside, infatti, a istruire il rabbino sulla conduzione della preghiera³². A Kennedy si oppone Scalia, con un *dissent* sostenuto dai giudici Rehnquist e Thomas. Scalia riprende, innanzitutto, la caratterizzazione della preghiera non confessionale negli eventi pubblici come un tratto caratteristico della tradizione americana, come già rimarcato anche da Stewart e Rehnquist nei rispettivi dissensi in *Engel v. Vitale* e *Stone v. Graham*³³. Questa lunga pratica suggerirebbe due aspetti decisivi. Innanzitutto, non si può ritenere, secondo Scalia, che assistere a una preghiera non confessionale implichi partecipazione, approvazione o coercizione alla preghiera stessa³⁴. Il ragionamento della maggioranza potrebbe funzionare, chiosa sarcastico Scalia, assumendo l'esistenza di una norma sociale secondo la quale assistere a una preghiera senza urlare oscenità significherebbe aderire alle credenze di chi sta pregando³⁵. Per evitare la difficoltà, conclude Scalia, si potrebbe tranquillamente continuare a pregare affiggendo un avviso sul fatto che il silenzio - al posto delle urla di protesta - da parte di chi non prega non implica la partecipazione alla preghiera³⁶. Secondo, la neutralità imbracciata dalla Corte priverebbe la religione della sua costitutiva dimensione pubblica, rinchiudendola nelle stanze del privato - come fosse pornografia, nota puntuto Scalia³⁷. Questo contravverrebbe al Primo Emendamento, che non vieta di certo la tolleranza verso chi prega in pubblico. La Costituzione rinforza il pluralismo e le differenze in materia di religione incoraggiando la convivenza tollerante, anzi, quasi affettuosa - scrive il giudice - fra credenti e non credenti attraverso l'atto stesso di pregare e non-pregare insieme³⁸.

I medesimi schieramenti si ritrovano nel 2000 in *Santa Fe Independent School District v. Doe*. Facendo leva sulla decisione in *Lee*, oltre che sui precedenti già illustrati, Stevens motivò il 6-3 con cui la Corte ritenne incostituzionali le preghiere nelle partite di football della scuola, anche quando queste vengono proposte e condotte dagli studenti e sono non confessionali. Nella sentenza ritornano gli argomenti già visti: la necessità che la preghiera si collochi nel privato, il rischio inaccettabile di esporre chi non vorrebbe pregare alla pressione di doverlo fare e la percezione che la scuola pubblica stia prendendo posizione in favore della religione. C'è però un aspetto nevralgico toccato da *Doe*, che riguarda il rapporto fra democrazia e diritti fondamentali (come vedremo nella sesta sezione). La decisione di pregare, in questo caso, viene presa dagli stessi studenti democraticamente, passando per una

³¹ *Lee v. Weisman*, cit., pp. 593-4.

³² *Lee v. Weisman*, cit., pp. 587 e 590.

³³ *Lee v. Weisman*, cit., Scalia dissenting, pp. 632-635.

³⁴ *Lee v. Weisman*, cit., Scalia dissenting, p. 637.

³⁵ *Lee v. Weisman*, cit., Scalia dissenting, p. 637.

³⁶ *Lee v. Weisman*, cit., Scalia dissenting, p. 645.

³⁷ *Lee v. Weisman*, cit., Scalia dissenting, p. 645.

³⁸ *Lee v. Weisman*, cit., Scalia dissenting, p. 638 e 646.



procedura elettorale che permette al corpo studentesco di 1) decidere se far intervenire un portavoce prima della partita e 2) designare chi sarebbe stato il portavoce. Questo processo sarebbe però, scrive Stevens, intollerabilmente vessatorio nei confronti delle minoranze e - più importante - tale processo maggioritario non potrebbe comunque prevalere sui diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione³⁹. A dissentire furono gli stessi tre giudici di Lee, con il giudice capo Rehnquist a scrivere l'opinione. In essa veniva fatta notare la dimensione privata, non pubblica, delle opinioni espresse da un singolo portavoce e la presenza di un fine secolare, non religioso, alla base del provvedimento scolastico: conferire solennità all'evento⁴⁰. Vale la pena focalizzarsi però sulla trattazione fatta da Rehnquist del processo elettorale con cui gli studenti proponevano le preghiere. Il punto del giudice è innanzitutto fattuale: il caso affrontato dalla corte non nasce dalla provata dittatura di una maggioranza nella gestione della preghiera. Più importante, sottrarre la decisione dalle mani del corpo studentesco per timore che questo possa contravvenire al Primo Emendamento è un errore, perché si starebbe sorvolando sulla possibilità che la scuola monitori e migliori il processo democratico con cui i discenti decidono su come riempire il tempo prima delle partite⁴¹.

4 - La svolta *Kennedy* del 2022

Il caso *Kennedy* del 2022 riapre e attualizza la questione della preghiera nella scuola. Per la prima volta da decenni, la Corte Suprema riconosce il diritto di un dipendente pubblico di effettuare una preghiera confessionale nello svolgimento delle sue funzioni davanti al corpo studentesco e alle loro famiglie. I fatti del caso, prima ancora delle loro implicazioni, sono terreno di un aperto scontro interpretativo in seno alla Corte. Protagonista della vicenda è Joseph Kennedy, un ex-marine e coach di football in servizio presso il distretto scolastico di Bremerton, nello stato di Washington. A innescare la controversia giudiziaria è l'abitudine di Kennedy di offrire una preghiera di ringraziamento a fine partita inginocchiandosi al centro del campo di gioco. Questa pratica prosegue per anni fino a quando la scuola, ricevuta una segnalazione, chiede al coach di astenersi dal gesto in pubblico arrivando anche a proporre, nel corso di una lunga trattativa, uno spazio privato per consentire comunque all'allenatore di offrire la propria preghiera. A muovere la scuola è il timore di contravvenire al Primo Emendamento, permettendo a un suo dipendente di indulgere in comportamenti che possano favorire la propria religione. Davanti al rifiuto di Kennedy di interrompere la preghiera in campo e alla crescente attenzione intorno al

³⁹ *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000), pp. 304-305.

⁴⁰ *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, cit., Rehnquist dissenting, pp. 322 e 324.

⁴¹ *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, cit., Rehnquist dissenting, Rehnquist dissenting, pp. 320-321.



gesto nel post-partita da parte di persone interne ed esterne alla scuola (media e politici locali inclusi), il distretto solleva Kennedy dall'incarico. Quest'ultimo denuncia la scuola innescando una serie di ricorsi che portano il caso alla Corte Suprema⁴².

La posizione della scuola guarda all'*establishment clause* del Primo Emendamento, mentre Kennedy si appella al *free exercise clause* per rivendicare il diritto di pregare nella modalità che gli è costata l'incarico. Ribaltando la decisione della Corte d'Appello, con una maggioranza di 6-3, la Corte Suprema dà ragione a Kennedy. La decisione della Corte è redatta dal giudice Gorsuch, il quale riprende diversi argomenti apparsi nei dissensi in materia di preghiera nelle scuole che però, per la prima volta, strutturano un'opinione di maggioranza. Il primo aspetto, come già anticipato, riguarda però i fatti: quella di Kennedy sarebbe una preghiera mite (*quiet*), non dimostrativa e non motivata da proselitismo⁴³. Riprendendo il tema della potenziale coercizione e della pressione esercitata dalla preghiera dell'allenatore sugli studenti, Gorsuch fa leva da un lato sulla pacatezza delle azioni di Kennedy, proseguite per anni senza che nessuno le segnalasse, e richiama dall'altro il distinguo di Scalia in *Lee* per sostenere che assistere a una preghiera nel caos del post-partita non comporta né parteciparvi né essere forzati a farlo⁴⁴. Non solo, riflettendo sulla collocazione della religione nello spazio pubblico, riecheggiano nell'opinione di maggioranza anche i dissensi di Stewart e Rehnquist nei precedenti sulla preghiera. La posizione del distretto scolastico, sostiene Gorsuch, non è neutrale, ma ostile alla religione⁴⁵. La giurisprudenza sulla *establishment clause*, sentenza Gorsuch, è andata fuori strada, arrivando paradossalmente a sopprimere la religione mentre si dichiarava intenta a preservarla⁴⁶.

Il dissenso viene redatto dalla giudice Sotomayor e sostenuto da Breyer e Kagan. In prima battuta, Sotomayor sottolinea la grande novità della decisione. La Corte apre un nuovo sentiero giurisprudenziale in materia di preghiera nelle scuole, smentendo del tutto i precedenti e il correlato principio di neutralità⁴⁷. Questa svolta troverebbe propulsione, peraltro, in un riassunto del tutto sviante dei fatti⁴⁸. Sotomayor allega persino delle foto alla sua opinione dissenziente per contestare la tesi di una preghiera espressa *quietly* da parte di Kennedy, contestabile - a detta

⁴² Questa ricostruzione della controversia è derivabile dalle parti iniziali dell'opinione di maggioranza e di quella dissenziente di *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. 507 (2022).

⁴³ *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., pp. 1-6.

⁴⁴ *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., pp. 1 e 18. Cfr. *supra* il punto di Scalia in *Lee*.

⁴⁵ *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., p. 14. Si rivedano i punti simili avanzati da Stewart in *Schempp* e Rehnquist in *Doe*.

⁴⁶ *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., p. 28.

⁴⁷ *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., Sotomayor dissenting, pp. 16 e 22. Va notato che l'opinione di maggioranza non ritiene i precedenti in materia *overruled*.

⁴⁸ *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., Sotomayor dissenting, p. 1.



della giudice - anche sulla base delle testimonianze sul proselitismo di Kennedy e la pressione sentita da alcuni giocatori⁴⁹.

In secondo luogo, la maggioranza ignora completamente la pubblicità della scelta di fede di Kennedy, tutelando come atto individuale e personale azioni che, invece, hanno decise ripercussioni sulla scuola e la sua utenza. In altri termini, il comportamento di Kennedy porta, inevitabilmente, a violazioni delle sue responsabilità professionali e appare, quindi, contestabile a partire dalle funzioni pubbliche che egli sta svolgendo. Le conseguenze della sua condotta, osserva Sotomayor, spaziano dall'invasione di campo da parte di persone non autorizzate alla pretesa dei satanisti di poter accedere al campo pubblico per poter, a loro volta, offrire una preghiera⁵⁰.

Infine, la decisione viene contestata per la sproporzionata tutela della libertà di culto a danno del divieto di favorire una religione. La Corte Suprema finisce così, ammonisce Sotomayor, per collassare l'*establishment clause* nella *free exercise clause*, disattendendo, nuovamente, la consolidata cautela con cui il giudiziario americano aveva trattato la religione nella scuola pubblica⁵¹. Sotomayor lamenta su questo la mancata applicazione del bilanciamento come sensata strategia di risoluzione di beni e interessi fra loro irriducibili⁵². Così facendo, esplicita la giudice, si finisce per ragionare in termini assoluti⁵³ a danno di una comprensione più ponderata delle prerogative da accordare a credenti e non credenti nella società pluralistica.

5 - La preghiera nelle scuole americane fra neutralità e tolleranza

La lunga scia di sentenze analizzate nelle tre sezioni precedenti condensa un corpo di problemi teorici che stanno al cuore della società pluralistica e delle tensioni che la animano. La presente e la prossima sezione si concentrano su due specifici fronti teorici. In questa sezione l'indagine si stringe attorno a due paradigmi filosofici sottesi alle argomentazioni della Corte: quello della neutralità e quello della tolleranza. Si procederà così in due passi. Innanzitutto, si cercherà di scomporre il concetto di neutralità che ha orientato la Corte a partire da *Engel*. In seconda battuta, si tematizzerà la differenza fra neutralità e tolleranza, mostrando da un lato il ruolo della seconda nei pareri dissenzienti dei giudici e in quello di maggioranza in *Kennedy*, esplicitando dall'altro l'apparato giustificativo dischiuso dai due approcci alla preghiera nello spazio pubblico.

⁴⁹ *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., Sotomayor dissenting, pp. 7 e 13.

⁵⁰ *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., Sotomayor dissenting, pp. 6-8.

⁵¹ *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., Sotomayor dissenting, p. 2.

⁵² Fra le varie caratterizzazioni di bilanciamento, quella più aderente alla soluzione vagheggiata da Sotomayor sembra quella di Alexy, secondo cui nell'affermare un principio occorre minimizzare la violazione del concorrente, cfr. **R. ALEXY**, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 401 ss.

⁵³ *Kennedy v. Bremerton School District*, cit., Sotomayor dissenting, p. 20.



Fin da *Engel* la Corte identifica la neutralità come il principio guida nei casi sulle preghiere. Il concetto di neutralità è stato esplorato nel più ampio dibattito sul liberalismo⁵⁴. In questa chiave, possiamo definire la neutralità compattando tre elementi: il potere pubblico; l'indifferenza verso le varie dottrine o l'equidistanza da esse; la convivenza pacifica. Del Bò sintetizza questi elementi presentando la neutralità come la necessità che il potere pubblico (attraverso le leggi e l'azione statale in generale) non favorisca né penalizzi alcuna religione al fine di garantire la convivenza pacifica nella società pluralistica⁵⁵.

I tre elementi di questa concettualizzazione ricorrono, puntali, nel principio di neutralità che la Corte definisce nelle sue opinioni. Innanzitutto, si dimostra centralissima la funzione del potere statale nei casi sulle preghiere. Emerge da subito, infatti, la necessità di non legare l'adesione a un credo, che deve richiamare libertà, alla forza dello Stato, che non può non richiamare coercizione. In *Engel* questo aspetto viene richiamato da Clark nel raffronto con l'Inghilterra del Seicento e l'uso del potere pubblico da parte della Corona per creare conformità e quindi adesione coatta alla religione anglicana. È da questo ruolo del potere che la Corte prende innanzitutto le distanze nel segno della neutralità. La concezione neutralista, diranno i giudici *per curiam* in *Schempp*, strappa la promozione della religione dai gangli della macchina statale (*machinery of the State*). Questo obiettivo, si vede chiaramente nel parere di Kennedy in *Lee*, riguarda diffusamente lo Stato - dall'alto (il legislatore in *Schempp*, *Stone* e *Wallace*) al basso (il distretto scolastico in *Engel*, *Doe* e *Kennedy* o il preside in *Lee*).

Il secondo elemento, l'indifferenza verso le dottrine o l'equidistanza dalle stesse, riconnette la ricerca della neutralità al pluralismo confessionale degli Stati contemporanei. Questa preoccupazione impegna l'approccio neutralista nel disinnescare le tensioni fra le varie fedi, portate a esplodere quando il proselitismo di una di queste trova nelle leve pubbliche un abbrivio decisivo. Attorno a questo obiettivo gravita, per esempio, *Stone v. Graham* e l'incostituzionalità sollevata dall'introduzione di riferimenti esplicitamente confessionali (Padre Nostro e Dieci Comandamenti) nelle aule scolastiche al fine di favorire, secondo la Corte, la diffusione delle dottrine a essi connesse.

Il terzo aspetto, la convivenza pacifica⁵⁶, evoca infine il fondamento giustificativo della neutralità - su cui torneremo nella

⁵⁴ Cfr. per esempio J. RAWLS, *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993; R. AUDI, *Religious Commitment and Secular Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; J. HABERMAS, *Religion in the Public Sphere*, in *European Journal of Philosophy*, 14, 2006, pp. 1-25; M. NUSSBAUM, *Liberty of conscience. In defense of America's tradition of religious equality*, Basic Books, New York, 2008.

⁵⁵ C. DEL BO', *La neutralità necessaria. Liberalismo e religione nell'età del Pluralismo*, ETS, Pisa, 2014, p. 14; C. DEL BO', *L'idea di neutralità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, VII, 1, 2018, p. 78.

⁵⁶ Vale la pena notare, in maniera davvero cursoria, che questo obiettivo è corroborato da evidenza storica. È noto come la contrapposizione fra religioni diverse



prossima sezione - e cioè l'uguale rispetto fra i cittadini⁵⁷. La neutralità rincorre questo obiettivo sistematizzando il ricorso a giustificazioni morali e squalificando l'utilizzo della violenza. In definitiva, l'uguale rispetto, o per estensione l'uguaglianza politica, bandisce la risoluzione del disaccordo per mezzo dei rapporti di forza che, all'opposto, esplicitano tanto la disuguaglianza fra forte e debole quanto la negazione del rispetto attraverso la violenza nei confronti di chi dissente. L'uguale rispetto come messa al bando di prevaricazioni è, per esempio, richiamato dal dissenso di Sotomayor in *Kennedy* nelle righe sulla dimensione pubblica della religione, in cui la condotta del coach viene descritta come latrice di esagerazioni e forzature da parte di chi si sente coinvolto a dare sostegno o esprimere contrarietà.

La neutralità nelle sentenze della Corte si contrappone spesso alla tolleranza. I due concetti sono distinguibili dalla loro posizione sull'equidistanza o l'indifferenza in materia confessionale. Diversamente dalla neutralità, la tolleranza non teorizza la necessità di un "velo d'ignoranza laicista"⁵⁸. Piuttosto, la tolleranza convive con una preferenza verso una posizione dottrinale, senza per questo impegnarsi a rendere impossibili prospettive differenti e concorrenti. Urge su questo un'importante specificazione. Il paradigma della tolleranza può infatti articolarsi in diversi gradi, assumendo i tratti della mancata repressione di pratiche che non sono solo sentite "diverse" ma anche apertamente "sbagliate"⁵⁹. Il caso americano sembra diverso sotto questo profilo, enucleando uno schema di tolleranza legato alla tradizione, più che all'approvazione di una dottrina. Nei casi sulla preghiera scolastica la causa della tolleranza è perorata da chi vorrebbe che lo Stato si impegni a riconoscere l'esistenza di una tradizione sulla pratica della preghiera che ha assunto nei secoli una matrice pubblica senza per questo volersi mai imporre come credo ufficiale. Nelle sentenze esplorate, ritroviamo questo retaggio filosofico nei dissensi di Stewart (in *Schempp*), Rehnquist (in *Wallace v. Jaffree*), Scalia (in *Lee*) e nell'opinione di maggioranza di Gorsuch (in *Kennedy*). In tutte queste opinioni ricorre, puntualmente, il riferimento a una tradizione, non confessionale o genericamente giudaico-cristiana, di preghiera in eventi pubblici.

Questo schema di tolleranza può essere ritrovato nel dibattito sulla menzione delle radici cristiane dell'Europa nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata nel 2000. In quel dibattito era stata posta la necessità di riconoscere come un fatto storico l'influenza cristiana sull'identità culturale e politica europea sottolineando la piena possibilità per i non credenti di non riconoscersi in quell'eredità

ha indotto le parti a tentare di prevalere con la forza delle armi. Il punto più drammatico di questa pagina storica sono forse le guerre in Europa del Cinquecento e Seicento; cfr. C. VIVANTI, *Le guerre di religione nel Cinquecento*, Laterza, Roma, 2007, e C.V. WEDGWOOD, *La Guerra dei trent'anni*, Mondadori, Milano, 1991, traduzione italiana di A. CETTUZZI.

⁵⁷ C. DEL BO', *La neutralità necessaria*, cit., p. 20.

⁵⁸ C. DEL BO', *La neutralità necessaria*, cit., p. 138.

⁵⁹ P. KING, *Toleration*, St. Martin Press, New York, 1976, pp. 44-54.



spirituale⁶⁰. Alla fine, prevalse l'approccio neutralista e il cristianesimo non venne menzionato nel documento. Due rapide considerazioni possono esserne tratte. Primo, l'approccio della neutralità e quello della tolleranza sono separati - in questi casi - dal peso accordato all'indifferenza delle istituzioni pubbliche verso il fenomeno religioso. La neutralità pretende che non vi siano preferenze di sorta, mentre la tolleranza è sensibile alla storia o alla tradizione, che potrebbero essere rispettivamente riconosciute (la storia nel caso europeo) o preservate (la tradizione nel caso delle preghiere in America) a patto che la prospettiva di chi non vi si riconosce possa resistere e diffondersi. Secondo, i due approcci sono segnati rispettivamente da ottimismo e pessimismo. Questo aspetto emerge in *Lee*. Il dissenso di Scalia - nel segno della tolleranza - intravede nella preghiera in pubblico l'occasione per un'educazione al pluralismo e di "affettuosa" convivenza (*affection*) fra credenti e non credenti. L'opinione di Kennedy - di segno neutralista - denuncia il rischio intrinseco del legame fra religione e Stato, che prepara il terreno all'uso della coercizione, e quindi dell'indottrinamento, nell'ambito confessionale.

6 - La preghiera nelle scuole e la difficoltà contro-maggioritaria

Il caso americano della preghiera scolastica permette di isolare un secondo articolato problema teorico, particolarmente sentito e dibattuto negli Stati Uniti. Si tratta della "difficoltà contro-maggioritaria", ovvero, del complesso di interrogativi sollevati dalla dialettica fra l'autorità maggioritaria del legislatore e il potere contro-maggioritario delle corti (supreme e costituzionali soprattutto). La sezione presenterà innanzitutto il problema, guardando in particolare alle istituzioni americane, mostrandone la presenza nei ragionamenti delle decisioni analizzate. In seconda battuta, l'analisi presenterà una coppia di posizioni sul tema sulla base di due criteri valutazioni: il posizionamento sul ruolo del giudiziario nel cambiamento politico della società e la concretizzazione dell'uguaglianza nello spazio democratico. Su questa base, l'indagine avanzerà l'ipotesi di una visione dinamica-statica nel caso dei pareri neutralisti e statica-dinamica nelle opinioni in difesa della tolleranza.

Il termine "difficoltà contro-maggioritaria", talvolta "dilemma contro-maggioritario", è stato coniato da Alexander Bickel. Il giurista americano ne scrive nei primi anni Sessanta, inserendosi in un dibattito accesiissimo sulla Corte Suprema e l'attivismo in materia di diritti civili

⁶⁰ Per un simile approccio nel dibattito sulle radici cristiane dell'Europa cfr. J. CASANOVA, *Religion, European Secular Identities, and European Integration*, in *Religion in an Expanding Europe*, a cura di T.A. BYRNES e P.J. KATZENSTEIN, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 65-92; J.H.H. WEILER, *A Christian Europe? Europe and Christianity: Rules of Commitment*, in *European View*, 6(1), 2007, pp. 143-150.



dei togati guidati da Earl Warren⁶¹. Secondo Bickel, esiste una tensione fra il giudiziario e il legislativo, che genera una difficoltà radicale (*root difficulty*) nel cuore della democrazia americana⁶². Di più, la capacità dei giudici di annullare le leggi costituisce un qualcosa di deviante nelle istituzioni statunitensi⁶³. Infatti, la volontà popolare, nelle mani di rappresentanti eletti, si troverebbe ostacolata da custodi non eletti né rimuovibili⁶⁴ e, per giunta, dotati di un potere contro-maggioritario sulla legislazione⁶⁵.

Come si anticipava, non è un caso che una tesi del genere venga posta negli Stati Uniti. Il discorso di Bickel si innesta su almeno tre caratteristiche peculiari dell'ordinamento americano. Primo, la presenza di una marcata *judicial supremacy*⁶⁶, che consente alla Corte Suprema un intervento netto e vincolante, su cui il legislatore non ha possibilità di azione⁶⁷. Secondo, la possibilità per i giudici supremi, nominati a vita, di influenzare per decenni, persino attraverso il proprio ritiro⁶⁸, l'attuazione dei diritti fondamentali. Infine, il ruolo decisivo della Corte Suprema nella storia degli Stati Uniti che è intervenuta in maniera dirimente su temi chiave come, ad esempio, la segregazione razziale, la legislazione socioeconomica, l'aborto⁶⁹.

Nel caso delle preghiere nelle scuole il problema contro-maggioritario affiora sotto almeno due profili. Il primo, più immediato, è l'opposizione della Corte a un'iniziativa del legislatore (da *Abington School District v. Schempp* a *Wallace v. Jaffree*). Rehnquist, nel suo dissenso in *Stone v. Graham*, criticò aspramente i colleghi per aver privato il

⁶¹ Sul legame fra la difficoltà contro-maggioritaria e la Corte Warren, cfr. **B. FRIEDMAN**, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 112, 153, pp. 153-259.

⁶² Bickel include anche le azioni dell'esecutivo nella prima caratterizzazione cfr. **A. BICKEL**, *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962, p. 16. Ci concentreremo qui, per ovvi motivi di spazio, sul corno del problema che investe giudiziario e legislativo.

⁶³ **A. BICKEL**, *The Least Dangerous Branch*, cit., p. 18.

⁶⁴ Si sta ovviamente facendo riferimento alla rimozione politica, elemento cardine del concetto di *accountability*.

⁶⁵ **A. BICKEL**, *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 17-19.

⁶⁶ Sul legame costitutivo fra difficoltà contro-maggioritaria e *judicial supremacy* cfr. **B. FRIEDMAN**, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Law Review*, Vol. 73, 2, 1998, pp. 333-433.

⁶⁷ Su possibili configurazioni più "morbide" del potere di revisione, cfr. **A.C. HUTCHISON**, *Democracy and Constitutions. Putting Citizens First*, Toronto University Press, Toronto, 2021, pp. 125-183.

⁶⁸ Questo avviene attraverso il fenomeno del "ritiro strategico" (*strategic retirement*), che consiste nelle dimissioni da parte del giudice nel momento in cui Presidente e Senato - responsabili rispettivamente della nomina e della conferma del successore - sono controllate dal partito ideologicamente più vicino al giudice uscente. In questo modo, l'avvicendamento viene orientato dal dimissionario e la permanenza alla Corte di un certo approccio al diritto, potenzialmente, si prolunga per decenni.

⁶⁹ Si sta facendo riferimento rispettivamente a *Plessy v. Ferguson* (1896) e *Brown v. Board of Education* (1954) sulla segregazione e desegregazione razziale; *Lochner v. New York* (1905) e *West Coast Hotel Co. v. Parrish* (1937) in materia economica e sociale; *Roe v. Wade* (1973) e *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022) sull'aborto.



legislatore della sua facoltà di promuovere valori occidentali attraverso la scelta, per la quale è *accountable*, di affiggere i Dieci Comandamenti nelle classi del Kentucky. Il secondo profilo si palesa invece nel caso *Doe* e riguarda la differente interpretazione dell'autorità democratica - nella fattispecie del corpo studentesco del Distretto di Santa Fe - di fare una scelta sul tema delle preghiere. Rappresentando perfettamente la biforcazione della difficoltà contro-maggioritaria, che vedremo meglio a breve, Stevens difende la tutela dei diritti svolta dalla Corte, mentre Rehnquist ne denunciava il sopruso ai danni del "parlamento" studentesco.

Questo scontro sul ruolo e l'autorità della Corte nel meccanismo democratico può essere meglio posto servendosi della coppia di aggettivi "statico" e "dinamico". Sul tema delle preghiere sembrano prendere forma due posizioni giusfilosofiche sull'ampio tema del giudiziario nel recinto democratico. Una prima posizione, assunta dalla corte promotrice dell'approccio neutralista e oppositrice delle preghiere nello spazio pubblico, può definirsi "dinamica" nell'intendere i canali democratici del cambiamento e "statica" nel realizzare l'ideale, supremo per la democrazia, dell'uguaglianza politica. In poche battute, la dinamicità tradisce, in questo contesto, l'idea per cui la Corte sia un primo attore nel gioco politico, pienamente legittimato a intervenire per regolare, *rectius*, costituzionalizzare la sfera pubblica⁷⁰. La Corte non può che essere interventista per assicurare la neutralità, contrastando - prima che possa o debba farlo la cittadinanza alle urne⁷¹ - il legislatore che contravviene ai suoi impegni costituzionali. Dietro a questa postura si pone un intendimento sovra-democratico o, meglio, pre-democratico dei diritti fondamentali, che non rientrano nella disponibilità di nessuna maggioranza e sono anzi propedeutici alla democrazia⁷². In questo senso, la prospettiva in esame è "statica", cioè non lascia margini al procedimento maggioritario di limare il contenuto dei diritti, che si pongono - come espresso da Stevens in *Doe* - a tutela delle minoranze e, quindi, del mantenimento dell'uguaglianza fra i cittadini davanti allo Stato⁷³. In questa prima prospettiva, riconducibile all'ala neutralista della Corte, il bilanciamento fra *establishment clause* e *free exercise clause* è posto nelle mani del giudiziario, che ne può valutare il contemperamento uscendo dai rapporti di forza che marciano invece la relazione fra maggioranze e minoranze nell'agone politico.

Una seconda posizione, incarnata invece dallo schieramento "tollerantista" della Corte, più permissiva in materia di preghiera nella

⁷⁰ C. LAFONT, *Democracy Without Shortcuts*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 240.

⁷¹ Y. MENY, *Il popolo ma non troppo*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 178.

⁷² Cfr. L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2021, pp. 121-168.

⁷³ Sul ruolo contro-maggioritario delle Corti a presidio della "sostanza" egualitaria della democrazia, cfr. R. DWORKIN, *Is Democracy Possible Here?*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 134-147, e R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge, p. 396.



scuola pubblica e più deferente al legislatore, si dimostra statica sul cambiamento e dinamica sulla tutela dell'uguaglianza democratica. La staticità qualifica, questa volta, il *desideratum* di un giudiziario fermo e lucido nel lasciar correre⁷⁴ il più possibile il legislatore⁷⁵, vero motore del cambiamento politico in un paese democratico⁷⁶. È il legislatore, infatti, a rispondere del proprio operato alla cittadinanza, intessendo con la società un rapporto di autorizzazione e *accountability*, partecipazione e deliberazione⁷⁷. È esattamente su questo ambito, più limitato, ma vitale, che dovrebbe concentrarsi l'azione della Corte, in difesa dell'integrità del processo politico-rappresentativo, affinché questo sia realmente in grado di garantire il cambiamento e l'inclusione di tutte le voci, specialmente delle minoranze⁷⁸. È in questo perimetro che si gioca il ruolo chiave della Corte Suprema di garantire un processo democratico aperto e responsivo, in cui l'operato del legislatore può essere emendato dallo stesso ciclo democratico. Emerge in questo aspetto la sfumatura "dinamica" di uguaglianza politica, che si traduce in questa concezione nella garanzia di un'uguale possibilità di azione, di un'*agency* democratica, che può intervenire anche su aspetti sì fondamentali, ma pur sempre generalissimi, come i diritti costituzionali⁷⁹. In questa seconda prospettiva, il bilanciamento fra *establishment clause* e *free exercise clause* può dunque essere interpretata dal legislatore eletto e *accountable*, anche nella direzione di un uso tollerante della tradizione e quindi permissivo verso la preghiera.

7 - Conclusione

Scrivendo Kierkegaard che arriva un'ora della notte in cui tutti devono togliersi la maschera⁸⁰. L'indagine proposta sulla preghiera scolastica sembra fermarsi prima che quell'ora giunga, preoccupandosi, più che di

⁷⁴ Bickel sviluppa questa idea con la fortunata etichetta di "virtù passive" (*passive virtues*): cfr. A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, cit., pp. 111-198.

⁷⁵ E anche il potere esecutivo su cui, come detto, non si approfondirà oltre in questa sede.

⁷⁶ È questa, con buona approssimazione, la posizione dell'influente scuola del *judicial restraint* nella giurisprudenza americana a cui aderirono giudici come Holmes e Frankfurter. In dottrina, tale posizione trova una prima, influente, sistematizzazione in J.B. THAYER, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 7, 1893, pp. 129-156.

⁷⁷ M.B. BROWN, *Science in Democracy. Expertise, Institutions, and Representation*, MIT Press, Boston, 2008, pp. 206-237.

⁷⁸ J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1980, pp. 73-104.

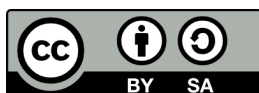
⁷⁹ Un'idea esplorata dal costituzionalismo "politico" o "popolare", cfr. M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999; L. KRAMER, *The People Themselves*, Oxford University Press, Oxford, 2004; R. BELLAMY, *Political Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

⁸⁰ S. KIERKEGAARD, *Aut-Aut*, Mondadori, Milano, 2014, traduzione italiana di K.M. GULDBRANDSEN e R. CANTONI, p. 6.



smascherare, di descrivere con la maggior cura possibile gli attori - cioè le idee - in gioco nella intricata discussione sullo spazio da accordare alla religione nell'ordito della società pluralistica. Questo lavoro ha cercato di catturare le mire e gli assunti delle forze intellettuali in gioco nella discussione, esplicitandone le criticità teoriche e i legami intessuti con i concetti di neutralità e tolleranza, azione democratica e salvaguardia dei diritti costituzionali.

L'analisi proposta e le connessioni individuate in essa fra il posizionamento in materia di preghiera scolastica e determinati paradigmi concettuali possono peraltro ben servire, come ipotesi di lavoro, per leggere lo sviluppo del dibattito in questione. Nel 1963, il giudice Stewart denunciava il collasso del diritto di culto nel divieto di stabilire una religione di Stato; cinquantanove anni dopo, nella sua opinione dissenziente in *Kennedy*, la giudice Sotomayor riporta esattamente l'opposto. La giurisprudenza della Corte potrebbe ulteriormente evolvere, come ipotizzato da molti osservatori da quando è stata avviata la causa in risposta alla legge della Louisiana che prescrive l'affissione dei Dieci Comandamenti nelle aule dello Stato, contravvenendo al precedente *Stone v. Graham*⁸¹. Potrebbe, dunque, aprirsi presto una nuova partita in cui sarà essenziale conoscere la traiettoria delle idee in gioco e isolarne con maggior facilità gli obiettivi e le debolezze.



⁸¹ Si tratta della *House Bill 71*, approvata dai legislatori della Louisiana e firmata dal governatore dello Stato nel giugno del 2024.