JONGE HISTORICI SCHRIJVEN GESCHIEDENIS

ROGIER VAN GULPEN

De *establishment clause* in het openbaar onderwijs

De *establishment clause* in het openbaar onderwijs

Een analyse van de beslissingen van het Supreme Court over religie op openbare scholen in de Verenigde Staten tussen 1940-2000

© 2012, Rogier van Gulpen

Uitgave van Jonge Historici Schrijven Geschiedenis, Amsterdam
Publicatienummer 60
Redactie: Jilles Al
Afbeelding voorblad: *First graders in silent prayer* (Corbis Corp. 1962)
Ontwerp en opmaak: Daan van Schijndel

www.jongehistorici.nl

Inhoudsopgave

Inleiding 2

1. Mate van sektarisme 16

2. Mate van dwang 32

3. Mate van overheidsinmenging 50

Conclusie 76

Literatuurlijst 80

Inleiding

In Augustus 2008, spande de lokale afdeling van de American Civil Liberties Union in Florida namens twee scholieren een rechtszaak aan tegen het schoolbestuur van Santa Rosa County. Twee werknemers van het schooldistrict hadden hun overheidspositie gebruikt om hun eigen religieuze overtuigingen te propageren in alle scholen van het district. De rechtszaak toonde aan dat deze ambtenaren regelmatig bij extracurriculaire activiteiten en sportevenementen studenten instrueerden in gebed, gebed organiseerden voor diploma-uitreikingen, en studenten tijdens en buiten schooltijd probeerden te bekeren.[1]

Deze praktijken zijn al verboden sinds de uitspraak van het Supreme Court in *Engel v. Vitale* in 1962. In deze zaak had de regionale onderwijsraad van een schooldistrict uit New York een nondenominationeel gebed opgesteld, maar werd het door het Supreme Court verboden ten uitvoering te brengen in het klaslokaal. Deze beslissing was gebaseerd op de 'establishment clause' van het eerste amendement op de Amerikaanse grondwet. Hierin wordt gesteld: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof." Deze twee clausules, voor de komma de 'establishment clause', na de komma de 'free exercise clause', waren ontwikkeld om religie te beschermen tegen de macht van de Amerikaanse federale staat.

Dit artikel zal de besluiten van het Supreme Court over niet-financiële steun aan religie in het openbaar onderwijs bekijken. De relevantie hiervan is onmiskenbaar. Al sinds de incorporatie van de establishment clause in het veertiende amendement, waardoor de clausule ging gelden voor de aparte staten, is er hartstochtelijke discussie over allerlei besluiten over religie en het onderwijs tussen separationisten, die een sterke scheiding van kerk en staat willen, en

---

[1] ACLU, *Doe v. Santa Rosa County School Board: Myths and Facts*, http://www.aclufl.org/pdfs/SRosaMyths.pdf (19-08-2010).

accomodationisten, die juist een hechtere samenwerking nastreven tussen kerk en staat.

In 1940 werd de free exercise clause en de establishment clause expliciet relevant voor het beleid en wetgeving van de aparte staten. In dat jaar bepaalde het Supreme Court in *Cantwell v. Connecticutt* dat deze clausules over religie zouden worden toegevoegd aan de lange lijst van clausules uit de Bill of Rights die eerder al door middel van het veertiende amendement voor staten verplicht was gesteld.

In 2001 veranderde de relatie van de wereld tegenover religie, maar vooral in Amerika. Dit beschouw ik als een goed punt om een voorlopige grens te trekken voor deze studie. Wellicht zal later blijken dat dit jaar geen breekpunt was in de relatie tussen de Amerikaanse staat en religie. Gezien de heftige reacties tot ver na de aanslagen van 11 september, vermoed ik echter dat op lange termijn deze datum een omslagpunt zou kunnen zijn.

Voordat aan de analyse van de verschillende rechtszaken kan worden begonnen, moet een aantal elementen worden belicht. Een korte geschiedenis van het openbaar onderwijs, een korte introductie in de gevoeligheden van religie in de Verenigde Staten en een uitleg van de macht van het Supreme Court over deze zaken zullen daarom hieronder volgen.

Religie heeft een belangrijke rol gespeeld in de ontwikkeling van openbaar onderwijs. Toen in 1647 in Massachusetts een wet werd aangenomen die in feite een schoolsysteem onder burgerlijk bestuur opzette, werd verklaard dat deze maatregel werd genomen om mensen de bijbel zelf te kunnen laten lezen.[2] De vroege schoolsystemen, de 'grammar schools', legden nadruk op religieus onderwijs. Met een toenemende vraag naar een onderwijssysteem dat werd bestuurd door de staat, kwam ook de roep om minder aandacht voor het sektarische onderdeel. Hieruit ontstonden de 'academies', die meer nadruk legden op algemene cultuur en praktische voorbereiding op het leven. Deze

[2] Alvin W. Johnson, en Frank H. Yost, *Separation of the church and state in the United States* (Minneapolis 1948) 19-20.

scholen werden soms financieel gesteund door een of ander overheidsorgaan. Waar de grammar school het dominante schoolsysteem was in de koloniale periode, namen de academies deze positie in tussen de revolutie en de burgeroorlog. De 'high school' nam deze positie in na de burgeroorlog. Dit was een vrij instituut, onder publieke supervisie, dat praktisch en cultureel onderwijs bood, en bovenal beschikbaar voor iedereen was op kosten van de samenleving.[3]

Al voor de burgeroorlog hadden veel staten een systeem voor openbaar onderwijs ingesteld. Hieraan lagen verschillende factoren ten grondslag. De roep om openbaar onderwijs groeide onder andere door de sterke groei van de steden, de grootschalige immigratie van niet-Engelssprekenden en de noodzaak scholen te vestigen in de frontierstaten in het Mid-Westen. Indicatief voor het openbaar onderwijs in deze tijd is het systeem in Massachusetts, waar een onderwijsbestuur werd ingesteld onder leiding van Horace Mann. Mann was overtuigd van de noodzaak niet-sektarisch onderwijs te bieden, maar vond religie zelf wel een cruciaal onderdeel van het curriculum van openbaar onderwijs, teneinde morele burgers te creëren. Zo schreef hij in zijn laatste rapport over het openbaar onderwijs in Massachusetts in 1848:

> I believed then (1837), as now, that sectarian books and sectarian instruction, if their encroachment were not resisted, would prove the overthrow of the schools. I believed then, as now, that religious instruction in our schools, to the extent which the Constitution and laws of the state allowed and prescribed, was indispensable to their highest welfare, and essential to the vitality of moral education. […] Our system earnestly inculcates all Christian morals; it founds its morals on the basis of religion; it welcomes the religion of the Bible; and in receiving the Bible, it allows it to do what it is allowed to do in no other system, to speak for itself.[4]

---

[3] Johnson en Yost, *Separation of the church and state*, 26-28.
[4] Anson Phelps Stokes, *Church and State in the United States* II (New York 1950) 53-57.

In 1860 hadden alle Noordelijke staten en verschillende Zuidelijke staten al de basis gelegd voor het Amerikaanse systeem voor openbaar onderwijs dat gratis was voor leerlingen en vrij van denominationele controle. Dit systeem zou na de burgeroorlog in het gehele land worden ingevoerd. [5] Geconfronteerd met grootschalige immigratie van katholieke Ieren, besloten de protestanten hun systeem seculier te maken, om het ook voor katholieken beschikbaar te stellen.[6] De positie van de protestanten was dan ook dat openbare scholen niet sektarisch mochten zijn en dat geen publiek geld naar sektarisch onderwijs mocht vloeien. In de praktijk betekende dit slechts het toestaan van protestante gebruiken, zoals het voorlezen uit de bijbel zonder instructie, en het voorkomen van een geldstroom naar katholieke scholen. Dit was onderdeel van een algemene tendens die geen rekening hield met katholieke gevoeligheden, of zelfs ronduit vijandig was tegenover deze snel groeiende religieuze minderheid. Het lezen van de bijbel zonder interpretatie van een religieuze autoriteit was in strijd met de katholieke doctrine.[7]

In de loop van de twintigste eeuw verplichtten verschillende staten [8], in navolging van en negentiende-eeuwse maatregel in Massachusetts, openbare scholen om Bijbellezingen aan te bieden. Andere staten stonden expliciet het lezen van de bijbel toe.[9] [10] In hun analyse uit 1948 van de regelgeving over het lezen van de bijbel in het openbaar onderwijs, vragen Johnson en Yost zich af of de federale overheid niet een rol heeft te spelen in de regulering van deze praktijken, op basis van het eerste amendement op de grondwet van de

---

[5] Stokes, *Church and State* II, 66-67.
[6] Johnson en Yost, *Separation of the church and state*, 29-30.
[7] John C. Jeffries Jr. en James E. Ryan, 'A political history of the establishment clause', *Michigan Law Review*, Vol. 100 (2001) 297-301.
[8] Naast Massachusetts, tussen 1913 en 1926 respectievelijk Pennsylvania, Delaware, Tennessee, New Jersey, Alabama, Georgia, Maine, Kentucky, Florida, Idaho, Arkansas, District of Columbia.
[9] Indiana, Iowa, Kansas, Mississippi, North Dakota, Oklahoma, South Dakota.
[10] Johnson en Yost, *Separation of the church and state*, 33-73.

Verenigde Staten en de clausules ter bescherming van religieuze vrijheden.[11]

Voordat we bij de rol van de federale overheid komen in de discussie over religie in het openbaar onderwijs, moeten eerst enkele algemene opmerkingen gemaakt worden over religie en religieuze vrijheid in de Verenigde Staten. Religie in de Verenigde Staten heeft een lange en prominente geschiedenis. Een van de belangrijkste redenen van de vroege kolonisatie in het continent is de zoektocht naar religieuze vrijheid. Bovendien is er door de jaren heen een enorme religieuze diversiteit ontstaan in het land. Volgens onderzoek van Pew Forum is de religieuze compositie van de Amerikanen als volgt: 26.3% Evangelisch protestant, 23.9% katholiek, 18.1% conventioneel protestant, 6.9% zwarte kerk, 1.7% joods, 1.7% mormoons, en minder dan 1% onder andere moslim, Christelijk orthodox, Unitariër, Jehova's getuige, Boeddhist, Hindoe of anders. 16.1% van de Amerikanen is niet bij een kerk aangesloten, wat wil zeggen dat ze atheïst of agnost zijn of geen keuze willen maken.[12] Hieruit blijkt een zeer divers religieus klimaat en is duidelijk dat geen enkele denominatie in populatie de andere kan overheersen. Dit was lange tijd geheel anders. Protestante denominaties hebben tot en met de negentiende eeuw de Verenigde Staten gedomineerd.

De ontstaansgeschiedenis van New England is mede bepaald door de zoektocht van puriteinen naar een land, waar zij hun religie vrij zouden kunnen uitoefenen. Ook de andere staten waren vanaf hun stichting zeer gehecht aan een eigen vorm van religieuze vrijheid, zoals voor de quakers in New Jersey en Pennsylvania. In de praktijk was er echter vaak conflict met de Anglicaanse staatsreligie en met de vele dissenters in de koloniën. Uiteindelijk zouden de verschillende religieuze groeperingen, vooral de quakers en baptisten, gezamenlijk de

[11] Ibidem, 36-40.
[12] http://religions.pewforum.org/affiliations (20-08-2010).

verbinding van kerk een staat aanvechten, in ieder geval wanneer die door de Anglicaanse kerk werd verzorgd.[13]

De roep om religieuze vrijheid varieerde in heftigheid en oorzaak per staat. In veel staten was de pluriforme religieuze samenstelling van de bevolking zeer belangrijk. Ook het lage enthousiasme voor kerklidmaatschap was relevant. Er is geschat dat niet meer dan een van de twintig inwoners van New England rond de eeuwwisseling van de achttiende eeuw lid was van een kerk. Misschien wel belangrijker dan het pluralistisch religieuze landschap en het lage percentage van kerklidmaatschap waren de problemen met de Anglicaanse staatskerk. Conflicten over onder andere belastingen voor de Church of England en het benoemen van bisschoppen in de koloniën zetten het conflict op scherp. Het resultaat van deze spanningen was dat het de beweging heeft gestimuleerd die uiteindelijk heeft geleid tot onafhankelijkheid en religieuze vrijheid.[14] Als reactie op de spanningen met de Anglicaanse kerk werd in de aanloop naar de Amerikaanse Revolutie het woord *establishment* een synoniem voor tirannie.[15]

Het was dus belangrijk voor de nieuwe Amerikaanse federale overheid om met zorg om te gaan met religie. In elke staat was een aparte aanpak van religieuze zaken bepaald. De discussie hieromtrent in Virginia bleek belangrijk als inspiratie voor de nationale discussie in het federale Congress. Nadat een voorstel van Thomas Jefferson voor religieuze vrijheid in 1779 werd afgewezen door de autoriteiten in Virginia, kwam de wetgever met een voorstel, general assessment genoemd, waarin slechts religies die het nieuwe testament bevestigden werden geaccepteerd. Vijf jaar later werd dit voorstel aangepast. In dit nieuwe voorstel kon de belastingbetaler zelf aangeven aan welke kerk hij zijn bijdrage gunde. De mogelijkheid bestond geen enkele kerk aan te wijzen, waarna de bijdrage in een fonds voor scholen zou worden

---

[13] Voor een uitgebreid overzicht van de ontstaansgeschiedenis religie in de Amerikaanse koloniën: Thomas J. Curry, *The first freedoms. Church and state in America to the passage of the first amendment* (Oxford 1986); en Stokes, *Church and State* II, 222-244.
[14] Anson Phelps Stokes, *Church and State in the United States* I (New York 1950) 240.
[15] Curry, *The first freedoms,* 129.

gestort. Ook dit voorstel haalde het niet, mede door publicatie van James Madison's "Memorial and Remonstrance against religious assessment"[16] en enkele gepubliceerde standpunten van presbyterianen en baptisten. Een van de petities riep zelfs de wetgever op om "Jews, Mehametans, and Christians of every denomenation" een plek te laten vinden in Virginia.[17] Uiteindelijk werd in 1785 toch het voorstel van Thomas Jefferson aangenomen. Hierin stond vermeld dat "no man shall be compelled to frequent or support any religious worship, place, or ministry whatsoever." Bovendien werd in de wet gesteld dat elke latere wet die de voorwaarden van Jefferson's Act zou beperken, een overtreding van het natuurrecht zou zijn.[18]

De andere staten hebben op zeer verscheiden manieren religie in hun eerste constituties geïncorporeerd. Van de andere twaalf overige staten die later de Verenigde Staten zouden vormen, had alleen Rhode Island geen kwalificatie-eis voor overheidsdienst, alle andere wel en de meeste met de voorwaarde protestant te zijn. Voor wat betreft establishment was er slechts één staat die expliciet een religie had gevestigd (South Carolina), zeven hadden 'establishment' expliciet verboden, alleen Georgia had 'general assessment' wettelijk ingesteld, maar niet uitgevoerd, New York had multiple establishment ingevoerd en Massachusetts, Connecticutt en Delaware hadden in feite een congregationalistische establishment gecreëerd, maar verborgen dit voor de andere staten en hun minderheden met een vernis van multiple establishment.[19] [20]

Het eerste Amerikaanse Congress heeft bij het maken van de grondwet slechts één vermelding van beleid ten opzichte van religie toegevoegd. Zelfs referenties naar het bovennatuurlijke zoals in de

---

[16] James Madison, 'Memorial and remonstrance against religious assessments', in: Hall, Kermit L. ed., *Major problems in American constitutional history. Volume II: From 1870 to the present* (Lexington 1992) 464-467.
[17] Curry, *The first freedoms,* 143-145.
[18] Douglas Laycock, '"Nonpreferential" aid to religion: a false claim about original intent', *William and Mary Law Review* (1985-1986) 897, 899.
[19] Curry, *The first freedoms*, 134-192.
[20] Laycock, 'Nonpreferential aid', 894-902, 910-913.

Declaration of Independence zijn achterwege gelaten. De enige verwijzing naar religie betrof een verbod op een religieuze toets voor federale ambtenaren: "[verschillende functies in dienst van de overheid] shall be bound by oath or affirmation, to support this constitution; no religious test shall ever be required as a qualification to any office or public trust under the United States."[21]

De relevantie om naast een eed, een belofte in te stellen, ter initiatie van de overheidsdienaar, is voornamelijk bedoeld voor vrome quakers en andere groepen die niet bij God willen zweren. Interessanter is het verbod op een religieuze test voor federale overheidsfuncties, vooral omdat slechts één van de gerepresenteerde staten op de Constitutional Convention in de constitutie van de eigen staat niet een religieuze test had ingevoerd. De diversiteit aan religieuze vertegenwoordiging van de verschillende gerepresenteerde staten zal hier een doorslaggevende rol gespeeld hebben.[22]

Niet lang na het opstellen van de grondwet, kwam de roep om bescherming van religieuze vrijheden door de nieuwe federale overheid. Deze kwam zowel uit antifederalistsche hoek als uit de hoek van religieuze minderheden, zoals de baptisten. Uiteindelijk werd de grondwet aangevuld met een pakket maatregelen om verschillende rechten te waarborgen. Dit pakket maatregelen heette de 'Bill of Rights' en bestond uit tien amendementen. De clausules over bescherming van religie staan in het eerste amendement en luiden: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof […]." Deze twee rechten worden respectievelijk de establishment clause en de free exercise clause genoemd.[23] Op deze zin, en dan vooral het gedeelte voor de komma, is de gehele discussie in het Supreme Court over uitvoering van religie in het openbaar onderwijs gebaseerd. Er is geen federale wet gemaakt die deze praktijken

[21] Stokes, *Church and State* I, 523.
[22] Ibidem, 523-526.
[23] Ibidem, 539.

problematiseert. Het is een constitutionele kwestie, slechts gebaseerd op één artikel uit 1789.

Deze clausules dienden oorspronkelijk slechts als bescherming tegen de federale overheid. Toen na de burgeroorlog het veertiende amendement werd geratificeerd om te voorkomen dat de Zuidelijke staten de burgerrechten van de bevrijde slaven zouden schenden, was er in eerste instantie geen sprake van dat deze religieuze clausules ook bindend zouden zijn voor de staten zelf. De tekst van het veertiende amandement bevat de volgende clausules: "No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law."

Deze twee clausules zijn relevant voor de religieuze vrijheden van de Amerikanen. Het eerste gedeelte is op termijn geïnterpreteerd als beschermend voor de privileges van religieuze vrijheid en immuniteiten tegen de vestiging van een nationale staatskerk, zoals die is beschermd door het First Amendment. Deze clausule trekt deze bescherming dan dus door naar staatsbeleid. Het tweede gedeelte over 'due process' heeft een verandering van interpretatie ondergaan. Dit is op termijn niet alleen een ordelijke en wettige procedure, maar een redelijke procedure en redelijke wetten gaan betekenen, waarvan het Supreme Court de redelijkheid bepaalt. Op deze manier konden verschillende elementen van de Bill of Rights worden opgelegd aan de individuele staten, waaronder de religieuze clausules, de establishment clause en de free exercise clause.[24]

De architecten van het veertiende amendement hebben niet bedoeld om delen van de Bill of Rights te betrekken in hun amendement, en ook niet om staten dezelfde beperkingen op te dringen die voor de federale staat golden. Door de formulering van het amendement, met het verbod voor staten om vrijheid te weigeren, werd het echter mogelijk om de door het

[24] Ibidem, 577.

First Amendment beschermde rechten te incorporeren in het veertiende amendement.[25]

Het federale Supreme Court is de hoogste rechtsprekende macht in de Verenigde Staten. Dit hof, bestaande uit negen rechters, bepaalt onder andere de grondwettelijkheid van wetten en overheidsmaatregelen. Op deze manier kan het Supreme Court bepalen welke rechten relevant zijn. Voor wat betreft de relatie tussen kerk en staat had het Hof tussen 1790 en 1945 slechts drie zaken behandeld.[26] Geen van deze drie zaken belichtten op een substantiële manier wat het Hof een ontoelaatbare verbintenis tussen kerk en staat vond. De moderne constitutionele wet van scheiding tussen kerk en staat begon eigenlijk pas vanaf de rechtszaak *Everson v. Board of Education* in 1947, waarop later zal worden ingegaan.[27]

Toch was al eerder sprake van een verschuiving van de wetgever naar de rechter voor minderheden die hun rechten wilden laten gelden. In 1938, tijdens de rechtszaak *United States v. Carolene Products* had het Supreme Court in een voetnoot aangegeven dat er ruimte was voor een agressievere aanpak door de rechtsprekende macht om de rechten te beschermen van minderheden. Nadruk werd gelegd op beleid "when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the

---

[25] Leonard W. Levy, 'The Supreme Court's defense of freedom of religion', in: Hall, Kermit L. ed., *Major problems in American constitutional history. Volume II: From 1870 to the present* (Lexington 1992) 501.

[26] *Bradfield v. Roberts*, 175 U.S. 291 (1899), over betalingen aan een religieus ziekenhuis ten behoeve van armen. *Quick Bear v. Leupp*, 210 U.S. 50 (1908), over betalingen aan een Rooms katholieke school op een Indianen reservaat. *Cochran v. Louisiana Board of Education*, 281 U.S. 370 (1930), over de aanschaf van nonsektarische boeken voor alle scholen inclusief parochiale scholen. Deze laatste beslissing is relevant door de opwerping van de "child benefit"-theorie, die aangaf, dat wanneer de steun voor de kinderen is en niet voor een religieuze institutie, er geen probleem is. Deze argumentatie zou terugkomen in de *Everson*-zaak.

[27] Frank J. Sorauf, *The wall of separation. The constitutional politics of church and state* (Princeton 1976) 18-19.

Fourteenth."[28] Hiermee werd de grondslag gelegd voor wat later de *rights revolution* zou heten. Minderheden die niet gerepresenteerd werden door de wetgevende macht, konden nu rekenen op de rechtsprekende macht om de overheid te corrigeren.[29]

Deze beslissing creëerde de mogelijkheid om een structuur van bescherming van rechten op te bouwen. Deze structuur gaf een alternatief voor lobbygroepen van minderheden, zoals de ACLU en de NAACP[30], voor het behalen van politieke overwinningen buiten de wetgeving of uitvoerende macht. De beperkte mogelijkheden voor belastingvrijgestelde groepen om te lobbyen, alsmede de schijnbare onmogelijkheid om wetgevende en uitvoerende machten te beïnvloeden en de successen behaald in de rechtszaal, veroorzaakten een verschuiving van fondsen naar de rechtszaal.[31]

In deze traditie past de begingrens van dit artikel goed. In de rechtszaak in 1940, *Cantwell v. Connecticutt*, werd bepaald dat de religieclausules van het eerste amendement via het veertiende amendement ook geldig zijn voor de staten. Hierdoor werd de weg vrijgemaakt voor aanvallen op vormen van religieuze uitoefening in het openbaar onderwijs in staten waar die nog niet verboden was. Het Hof bepaalde dat:

> The fundamental concept of liberty embodied in that [Fourteenth] Amendment embraces the liberties guaranteed by the First amendment. The First Amendment declares that Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof. The Fourteenth Amendment has rendered the legislatures of the states as incompetent as Congress to enact such laws.[32]

---

[28] *United States v. Carolene Products* co., 304 U. S. 144 (1938) voetnoot 4.
[29] Mark Tushnet, 'The Rights Revolution in the Twentieth Century', in: Grossberg, Michael en Tomlins, Christopher L. ed., *The Twentieth Century and After (1920–)* (Cambridge 2008) 29, 42-45.
[30] American Civil Liberties Union en de National Association for the Advancement of Colored People.
[31] Tushnet, 'The Rights Revolution', 29, 79-81.
[32] *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 303 (1940).

Nadat het Hof hiermee had verklaard dat de religieclausules van het eerste amendement ook voor staten geldig waren, begon de moderne constitutionele wetgeving over de relatie tussen kerk en staat pas echt vanaf *Everson v. Board of Education*, door Jeffries en Ryan genoemd als de geboorte van de "modern establishment clause", waarmee ze aangeven dat vanaf deze rechtszaak een nieuwe definitie is gegeven aan de oude establishment clause, niet gerelateerd aan wat de 'founding fathers', de makers van het eerste amendement, of de makers van het veertiende amendement hadden bedoeld.[33] In deze beslissing werd bepaald dat

> The "establishment of religion" clause of the First Amendment means at least this: neither a state nor the Federal Government can set up a church. Neither can pass laws which aid one religion, aid all religions, or prefer one religion over another. Neither can force nor influence a person to go to or to remain away from church against his will or force him to profess a belief or disbelief in any religion. No person can be punished for entertaining or professing religious beliefs or disbeliefs, for church attendance or non-attendance. No tax in any amount, large or small, can be levied to support any religious activities or institutions, whatever they may be called, or whatever form they may adopt to teach or practice religion. Neither a state nor the Federal Government can, openly or secretly, participate in the affairs of any religious organizations or groups, and vice versa. In the words of Jefferson, the clause against establishment of religion by law was intended to erect "a wall of separation between church and State."[34]

Deze strikte bepaling van de establishment clause als ratio voor een muur tussen kerk en staat was behoorlijk radicaal en zou veel invloed hebben op hoe het Hof in de toekomst om zou gaan met religie op openbare scholen.

---

[33] Jeffries en Ryan, 'A political history', 284-287.
[34] *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 15-16 (1947).

Na deze belichting van belangrijke achtergrondinformatie is het tijd om de onderzoeksvraag te definiëren. Welke ontwikkeling heeft de regelgeving over uitoefening van religie op openbare scholen in Amerika doorgemaakt, door de interpretatie van het Supreme Court van het First Amendment van de Amerikaanse grondwet van 1940 tot 2001? Deze vraag zal worden behandeld door te kijken naar de uitspraken van het hoogste Hof met betrekking tot uitoefening van religie in het openbaar onderwijs. Uitoefening van religie kan variëren van het lezen van de bijbel als religieuze autoriteit, via expliciet religieus onderwijs, tot klassikaal gebed.

Algemeen kan worden gesteld dat op drie elementen compromissen kunnen worden gemaakt om de uitoefening van religie toch in het openbaar onderwijs te krijgen. De verschillende relevante rechtszaken kunnen op verdedigingsthema's worden gesorteerd. Deze thema's komen in de verschillende rechtszaken in een aangepaste vorm terug, door de veranderde strategiën van accomodationisten. Als eerste kan worden gesleuteld aan de inhoud van de uitoefening van religie. De mate van sektarische inhoud van de religieuze uitoefening kan het verschil maken tussen een illegale en een toegestane activiteit. Een boodschap, ontdaan van enige religieuze gevoeligheid zal eerder worden toegelaten dan een sterk sektarische boodschap. Dit zal worden behandeld in hoofdstuk 2. In hoofdstuk 3 zal de mate van dwang worden behandeld. De glijdende schaal van vrijwilligheid tot dwang kan bepalend zijn in de bepaling van wettigheid van het invoeren van religie in het openbaar onderwijs. Wanneer de uitoefening van religie geheel vrijwillig is, zal het worden beschermd door de vrijheid van meningsuiting, private speech. Deze bescherming geldt echter niet wanneer de uiting is afgedwongen. Deze dwang kan worden opgelegd door de sociale omgeving, maar ook door de overheidsinstanties. In hoofdstuk 4 zal expliciet worden gekeken naar inmenging van de overheid. De mate waarin de overheid verantwoordelijkheid draagt voor de uitoefening van religie, is een belangrijke indicator van mogelijke wettigheid van de maatregel. Wanneer de overheid niet betrokken is bij de uitoefening van religie, is de establishment clause

niet relevant. Deze verbiedt immers de overheid, en niet de burgers, om een staatsreligie te vestigen. De vraag is hier dan ook, in welke mate de overheid betrokken mag zijn bij de religieuze uiting.

Over dit onderwerp is het moeilijk volledig onpartijdig te zijn, maar ik heb er alles aan gedaan mijn partijdigheid buiten de discussie te laten, alhoewel ik weet dat dit nooit volledig zal slagen. Een goed historicus doet amoreel verslag van hetgeen gebeurd is en enige vorm van een waardeoordeel is niet gepast binnen het onderzoek. In hoeverre dit mogelijk is, is een filosofisch vraagstuk en valt daardoor buiten dit onderzoek. Het enige dat mij rest, is mijn voornemen onpartijdig te zijn expliciet aan te geven.

Door de sterke nadruk op het juridische aspect rondom gebed op school zal er veel jargon in dit artikel figureren. Voor analyse van de argumenten van beide kampen is dit een voordeel, maar wellicht vermindert de leesbaarheid van het artikel hierdoor. Ik zal hierom de teksten zo helder en overzichtelijk mogelijk weergeven, zodat ook de niet-jurist de problematiek probleemloos moet kunnen volgen. Bepaalde termen in dit artikel zijn moeilijk te vertalen uit het engels of zijn begrippen die een zekere jargonkennis vereisen om de nuances ervan goed te kunnen begrijpen. Deze zullen daarom bij de eerste verschijning worden omschreven.

De rechtszaken die worden behandeld in dit artikel zijn bepleit voor het Supreme Court en behandelen niet-financiële steun voor religie in het openbaar onderwijs, in het bijzonder uitoefening van religie, zoals het voorlezen van de bijbel of schoolgebed. Zaken die gaan over het wel of niet toekennen van subsidies voor religieuze scholen of andere financiële regelingen vallen buiten dit onderzoek, evenals rechtszaken betreffende eventueel religieuze inhoud binnen het schoolcurriculum, zoals in het geval van evolutietheorie en creationisme.

1 Mate van sektarisme

In dit hoofdstuk zal de mate van partijdigheid in religieuze handelingen op openbare scholen worden behandeld. Deze discussie heeft al een lange geschiedenis. Horace Mann bepaalde al in de eerste helft van de negentiende eeuw, dat in de 'common schools', een van de voorlopers van het huidige openbaar onderwijs, een gegeneraliseerde versie van protestantisme moest worden onderwezen. Dit had als doel protesten en sektarische conflicten te verminderen. In de praktijk betekende dit, dat er dagelijks uit de bijbel werd gelezen, echter wel zonder commentaar van de leraar. Achter dit beleid stond de visie dat de vele vormen van protestantisme het over vele onderdelen oneens waren, behalve over het lezen van de bijbel. Dit was een compromis dat door alle protestanten kon worden geaccepteerd. Door deze maatregel was een onderwijsvorm gecreëerd die nondenominationeel was, maar zeker niet seculier; religieus, maar niet sektarisch.[35]

Volledig nondenominationeel was deze maatregel echter niet. Naast degenen die niet het nieuwe testament accepteerden, werden ook rooms katholieken door dit systeem buitengesloten. De keuze van de bijbel was immers doorgaans een protestante vertaling, terwijl katholieken hun eigen Douay bijbel wilden gebruiken, een voor katholieken toegestane vertaling, met bovendien gesanctioneerde connotaties en commentaren. Er werd geëist dat bij het Bijbellezen de eigen interpretatie zou worden voorkomen, wat in veel protestante gebruiken juist een essentieel onderdeel van de religie was. [36]

Dit werd eigenlijk pas werkelijk problematisch in het tweede kwart van de negentiende eeuw, toen door immigratie van rooms katholieken in de steden in het Oosten van de Verenigde Staten de

---

[35] Damian C.A. Collins, *The place of religion in public school: a geographical analysis of U.S. and Canadian law* (Auckland 2004) 66-67; en Jeffries en Ryan, 'A political history', 298-299.

[36] Collins, *geographical analysis*, 72-73; en Jeffries en Ryan, 'A political history', 300.

religieuze compositie langzaamaan begon te veranderen. Katholieken namen geleidelijk een steeds belangrijker deel in van de bevolking.[37] Het aantal katholieken steeg van 30.000 tijdens de Revolutie tot 600.000 in 1830. Dit aantal bleef significant stijgen in de volgende periode; in 1850 waren er 1,6 miljoen katholieke Amerikanen, in 1860 3,2 miljoen, in 1900 12 miljoen en in 1930 was dat aantal katholieke Amerikanen weer verdubbeld.[38] Deze aanzienlijke minderheid zou spanningen creëren voor het, in feite protestante, openbare schoolsysteem. Deze spanningen kwamen in de negentiende eeuw tot gewelddadige uitspattingen. Zo leidde een voorstel om de bijbel te verwijderen uit de openbare scholen na katholieke protesten tot de *Bible Riots* van 1844, waar 58 mensen de dood vonden en 140 mensen gewond raakten.[39]

Deze golf van immigratie verhoogde ook het belang van de openbare scholen, namelijk als middel voor assimilatie in de Amerikaanse samenleving. Het aantal kinderen in openbare basis- en middelbare scholen groeide van bijna 7 miljoen in 1870 naar meer dan 25 miljoen in 1930; percentueel van 48,8% tot 69,9%.[40]

De vraag dient zich na dit alles aan of er wel een mogelijkheid is om een nondenominationele vorm van religie kan worden opgesteld, en hoe deze kan worden toegepast in het onderwijs. Bovendien is het de vraag in hoeverre nondenominationele gebruiken toelaatbaar zijn, na incorporatie van het eerste amendement en diens religieclausules in het veertiende amendement, waardoor deze beschermingen ook voor de staten verplicht werden gesteld.

De eerste keer dat religieuze praktijken in het openbaar onderwijs door het Supreme Court tegen het licht werden gehouden, was in de zogenoemde "Regent's Prayer Case", *Engel v. Vitale* (vanaf hier *Engel*), in 1962. Een lokale onderwijsraad had een gebed ontworpen dat aan het begin van elke schooldag hardop moest worden uitgesproken in

---

[37] Stokes, *Church and State* II, 549-550.
[38] Jeffries en Ryan, 'A political history', 299-300.
[39] Collins, *geographical analysis*, 68.
[40] Collins, *geographical analysis*, 69.

aanwezigheid van een leraar. Het gebed was door de leden van de onderwijsraad ontworpen met het doel nondenominationeel van inhoud te zijn en luidde: “Almighty God, we acknowledge our dependence upon Thee, and we beg Thy blessings upon us, our parents, our teachers and our Country."[41]

De meerderheid van het Hof had hier verschillende problemen mee. Als eerste gaf het Hof aan dat dit gebed de scheiding tussen kerk en staat overtrad doordat het een door de overheid voorgeschreven gebed was.

> [W]e think that the constitutional prohibition against laws respecting an establishment of religion must at least mean that, in this country, it is no part of the business of government to compose official prayers for any group of the American people to recite as a part of a religious program carried on by government.[42]

Wijzend op de vroegste geschiedenis van de Verenigde Staten stelde het Hof, dat dit soort maatregelen mensen naar Amerika had doen vluchten.

> It is a matter of history that this very practice of establishing governmentally composed prayers for religious services was one of the reasons which caused many of our early colonists to leave England and seek religious freedom in America. [43]

Ook heeft het Hof iets te zeggen over de nondenominationaliteit van het gebed.

> To those who may subscribe to the view that, because the Regents' official prayer is so brief and general there can be no danger to religious freedom in its governmental establishment, however, it may be appropriate to say in the words of James Madison, the author of the First Amendment:

---

[41] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 422 (1962).
[42] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 426 (1962).
[43] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 426 (1962).

> [I]t is proper to take alarm at the first experiment on our liberties. . . . Who does not see that the same authority which can establish Christianity, in exclusion of all other Religions, may establish with the same ease any particular sect of Christians, in exclusion of all other Sects? That the same authority which can force a citizen to contribute three pence only of his property for the support of any one establishment may force him to conform to any other establishment in all cases whatsoever?[44]

Hiermee gaf het Hof aan dat een gebed op de openbare school, als het door de overheid wordt voorgeschreven, onconstitutioneel is, ongeacht hoe kort of algemeen de inhoud ervan is. Slechts één rechter, Justice Stewart, was het oneens met de uitspraak. Hij kon niet zien hoe het laten zeggen van een gebed een staatsreligie in zou stellen. Hiermee vond hij dat het constitutionele principe ter voorkoming van de "establishing of religion" verkeerd werd toegepast. Verwijzend naar enkele voorbeelden van religieuze symboliek, geuit door de Amerikaanse staat, stelde hij dat de onderwijsraad niet een officiële religie heeft ingesteld, maar slechts een beleid heeft uitgevoerd:

> to recognize and to follow the deeply entrenched and highly cherished spiritual traditions of our Nation -- traditions which come down to us from those who almost two hundred years ago avowed their "firm Reliance on the Protection of divine Providence" when they proclaimed the freedom and independence of this brave new world.[45]

In een rechtszaak een jaar later kwam zowel elke vorm van door de overheid gesteund gebed, als het lezen van de bijbel onder de loep van het Supreme Court. Deze zaak *was School District of Abington Township, Pennsylvania v. Schempp* (vanaf hier *Schempp*). Het schooldistrict van Abington in Pennsylvania had het beleid om elke dag te beginnen met een door een leerling voorgelezen passage uit de bijbel, waarna deze het

---

[44] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 437 (1962).
[45] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 450 (1962).

'Onze Vader'-gebed en de Pledge of Allegiance voordraagt. Dit alles over het luidsprekersysteem van de school, waardoor het voor iedereen hoorbaar was. De zaak zou gaan om het lezen van de bijbel en het voordragen van het 'Onze Vader'. De zaak was gezamenlijk berecht met de zaak *Murray v. Curlett*, die over een vergelijkbare situatie van gebed en het lezen van de bijbel in Maryland ging.[46] In 1952 had het Supreme Court nog een beslissing over deze praktijken weten te vermijden door te stellen dat de klagende partij, de vader van een zojuist afgestudeerde leerling, geen zaak meer had, doordat het kind was afgestudeerd en zijn status als belastingbetaler niet relevant genoeg was om er een zaak van te maken.[47] In 1963 was er echter geen ontkomen meer aan.

Het Hof borduurde voort op de beslissingen in *Engel*, *Everson* en andere zaken, met de conclusie dat de establishment clause niet slechts voorkeur van de overheid verbiedt van een religie boven de andere. Het herhaalde dat noch de staten, noch de federale overheid wetten mogen goedkeuren die één religie helpen, alle religies helpen, of een religie boven andere bevoordeelt.[48] Deze uitspraak verbood hiermee alle overheidsmaatregelen ter promotie van ook nondenominationele vormen van gebed, en bovendien het lezen uit de bijbel als religieuze oefening. Wel liet het Hof open de bijbel te bestuderen als literair en historisch werk.

> It certainly may be said that the Bible is worthy of study for its literary and historic qualities. Nothing we have said here indicates that such study of the Bible or of religion, when presented objectively as part of a secular program of education, may not be effected consistently with the First Amendment.[49]

---

[46] Collins, *geographical analysis*, 96-97.
[47] C.M. Hudspeth, 'Separation of Church and State in America', *Texas Law Review*, 33 (1954-1955) 1054.
[48] *School District of Abington Township, Pennsylvania v. Schempp* 374 U. S. 216 (1963).
[49] *Abington v. Schempp* 374 U. S. 225 (1963)

Justice Brennan vulde hierop aan: "[I]t is not the fact of using the Bible in the public schools, nor the content of any particular version, that is offensive, but only the manner in which it is used."[50]

Wederom is Justice Stewart de enige met een afwijkende mening over de uitspraak. Hij vond dat een verbod op religieuze oefeningen op openbare scholen religie een kunstmatig en door de staat gecreëerd nadeel geeft.

> [A] refusal to permit religious exercises thus is seen not as the realization of state neutrality, but rather as the establishment of a religion of secularism, or, at the least, as government support of the beliefs of those who think that religious exercises should be conducted only in private.[51]

Hiermee geeft Stewart aan dat volgens hem religieuze oefeningen, wanneer deze niet een voorkeur voor een bepaalde religie tonen, toelaatbaar zouden moeten zijn.

Er is veel discussie of het eerste amendement op de Amerikaanse grondwet steun aan een bepaalde religie of religie in het algemeen verboden heeft. Wat de opstellers van het eerste amendement hebben bedoeld, is hierbij het belangrijkste onderwerp van gesprek. De juridische interpretatie is aan het Supreme Court uitbesteed, waardoor deze discussie alleen relevant is om de rechters te informeren en beïnvloeden.[52]

---

[50] *Abington v. Schempp* 374 U. S. 283-284 (1963)
[51] *Abington v. Schempp* 374 U. S. 313 (1963)
[52] Voor uitvoerige discussie over dit onderwerp: Alexander Meiklejohn, 'The first amendment is an absolute', *Supreme Court Review* (1961) 245-266; M. Malbin, *Religion and politics: the intentions of the authors of the first amendment* (Washington 1978); William Van Alstyne, 'Trends in the supreme court: Mr. Jefferson's crumbling wall – A comment on *Lynch v. Donnely*', *Duke law journal*, No. 4 (1984) 770-787; Laycock, 'Nonpreferential aid', 875-923; Curry, *The first freedoms*; Robert L. Cord, 'Church-State separation: restoring the "no preference" doctrine of the first amendment', *Harvard Journal of Law & Public Policy* (1986) 129-172; en Leonard W. Levy, *The establishment clause: religion and the first amendment* (New York 1986).

In de uitspraak van deze zaak is verder een toets geformuleerd die overheidsmaatregelen toetst aan de establishment clause.

> The test may be stated as follows: what are the purpose and the primary effect of the enactment? If either is the advancement or inhibition of religion, then the enactment exceeds the scope of legislative power as circumscribed by the Constitution.[53]

Vanaf dit moment moest elke overheidsmaatregel zowel een seculier doel dienen, als een seculier primair effect hebben.

De volgende rechtszaak over een nondenominationele aanpak van religie die bij het Supreme Court kwam was *Wallace v. Jaffree* in 1985 (vanaf hier *Wallace*). Hierin werd een statuut (§ 16-1-20.1) van de staat Alabama getest dat toestond om een minuut van stilte aan het begin van elke schooldag te houden voor "meditatie of vrijwillig gebed". Dit statuut was een aanpassing van een eerdere versie (§ 16-1-20) waar slechts werd gevraagd om een moment van stilte voor "meditatie". Ook een nog later statuut (§ 16-1-20.2) werd behandeld, waarin leraren werd toegestaan bereidwillige scholieren te leiden in een voorgeschreven gebed aan "almighty God […] the creator and supreme judge of the world." Uiteindelijk ging de uitspraak slechts over statuut § 16-1-20.1, waarin werd opgeroepen tot een moment van stilte voor meditatie of vrijwillig gebed.[54]

De meerderheid vond dat de twee aangepaste versies van het statuut niet voor de *Lemon* test slaagde. Deze toets was een aanpassing van de *Schempp*-toets. Naast een seculier doel en een seculier primair effect mochten overheidmaatregelen geen buitensporige verwikkeling met religie tot stand brengen.[55] Van deze drie onderdelen slaagde het statuut al niet voor het eerste deel van de *Lemon* test.

---

[53] *Abington v. Schempp* 374 U. S. 223 (1963)
[54] *Wallace v. Jaffree* 472 U.S. 39-41 (1985)
[55] Voor meer informatie over de ontwikkeling van deze toetsen, zie: Sorauf, *The wall of separation*, 24-26; Collins, *geographical analysis*, 66-67; Jeffries en Ryan, 'A political

> [I]t is appropriate to ask "whether government's actual purpose is to endorse or disapprove of religion." In this case, the answer to that question is dispositive. For the record not only provides us with an unambiguous affirmative answer, but it also reveals that the enactment of § 16-1-20.1 was not motivated by any clearly secular purpose indeed, the statute had *no* secular purpose.[56]

Deze uitspraak werd gemotiveerd door de verklaringen van de sponsor van het voorstel, senator Donald Holmes, waarin hij aangeeft dat de het indienen van deze wetgeving een poging was om vrijwillig gebed terug te krijgen in het openbaar onderwijs. Bovendien had hij aangegeven dat er geen ander doel van de wetgeving was. Ook de tekst van de wetgeving werd bestudeerd, waaruit het Hof verklaarde dat de wijziging in verwoording van “meditatie” naar “meditatie of vrijwillig gebed” slechts een niet-seculier doel had.

> The addition of "or voluntary prayer" indicates that the State intended to characterize prayer as a favored practice. Such an endorsement is not consistent with the established principle that the government must pursue a course of complete neutrality toward religion.[57]

Hiermee gaf het Hof aan dat zelfs algemeen gebed niet is toegestaan, aangezien dit een voorkeur vormde voor religie met een traditie van gebed, tegenover religie zonder die traditie of geheel geen religie. In tegenstelling tot sommige berichtgeving werd een moment van stilte voor meditatie niet aangepakt, slechts de expliciete vermelding van gebed als mogelijkheid tijdens dit moment van stilte.[58]

---

history’, 57; en Donald A. Giannella, ‘*Lemon* and *Tilton*: The bitter and the sweet of church-state entanglement’, *Supreme Court Review* (1971) 147-200.

[56] *Wallace v. Jaffree* 472 U.S. 56 (1985)

[57] *Wallace v. Jaffree* 472 U.S. 60 (1985)

[58] Enigszins misleidende berichtgeving hierover is te vinden in Michael W. McConnell, ‘Accommodation of religion’, *Supreme Court Review* (1985) 42-50, waarin de indruk wordt gewekt dat de uitspraak een veroordeling is van wetgeving die een moment van stilte voorschrijft.

Justice O'Connor, in overeenstemming met de uitspraak, voegde hieraan nog expliciet toe, dat wat hem betreft, een moment van stilte niet onder het verbod van de establishment clause valt.

> A state-sponsored moment of silence in the public schools is different from state-sponsored vocal prayer or Bible reading. First, a moment of silence is not inherently religious. […] Second, a pupil who participates in a moment of silence need not compromise his or her beliefs.[59]

Hiermee geeft hij aan dat een moment van stilte een constitutioneel aanvaardbare methode is om gebed mogelijk te maken binnen het openbaar onderwijs, omdat dit niet een bepaalde religieuze traditie ondersteunt of in het algemeen religie bevoordeelt.

O'Connor wijdt nog uit dat zijn besluit om de voorliggende overheidsmaatregel onconstitutioneel te verklaren wordt gemotiveerd door een andere toets, namelijk de 'endorsement test', voor het eerst geformuleerd in *Lynch v. Donnely* (vanaf hier *Lynch*). Met deze toets wordt gesteld dat geen overheidsmaatregel (een) religie mag goed- of afkeuren.

> Endorsement sends a message to nonadherents that they are outsiders, not full members of the political community, and an accompanying message to adherents that they are insiders, favored members of the political community. Disapproval sends the opposite message.[60]

Met deze richtlijn bepaalde Justice O'Connor dan ook, dat:

> Alabama Code § 16-1-20.1 […] does more than permit prayer to occur during a moment of silence "without interference." It endorses the decision to pray during a moment of silence, and accordingly sponsors a religious exercise.[61]

---

[59] *Wallace v. Jaffree* 472 U.S. 72 (1985)
[60] *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 688 (1984)
[61] *Wallace v. Jaffree* 472 U.S. 75-76 (1985)

Deze rechtszaak is ook opvallend door de afwijkende mening van Justice Rehnquist. Hij vond dat nieuwe interpretatie van establishment clause, zoals die was verwoord in *Everson*, fout was.

> [T]he *Everson* "wall" has proved all but useless as a guide to sound constitutional adjudication. [...] The "wall of separation between church and State" is a metaphor based on bad history, a metaphor which has proved useless as a guide to judging. It should be frankly and explicitly abandoned.[62]

Als conclusie geeft Rehnquist dan ook, dat:

> [N]othing in the establishment clause requires government to be strictly neutral between religion and irreligion, nor does that Clause prohibit Congress or the States from pursuing legitimate secular ends through nondiscriminatory sectarian means.[63]

Hiermee gaat hij, in navolging van Justice Stewart in de *Engel*- en *Schempp*-rechtszaken, in tegen het idee dat ook niet-denominationele steun aan religie verboden wordt door de establishment clause.

Toch was deze mening in 1992 nog steeds een minderheidsopinie, toen drie rechters, in overeenstemming met de meerderheidsopinie, in de rechtszaak *Lee v. Weisman* (vanaf hier *Lee*) stelden:

> Forty-five years ago, this Court announced a basic principle of constitutional law from which it has not strayed: the establishment clause forbids not only state practices that "aid one religion . . . or prefer one religion over another," but also those that "aid all religions." [...] Today we reaffirm that principle, holding that the establishment clause forbids state-sponsored prayers in public school settings no matter how nondenominational the prayers may be.[64]

---

[62] *Wallace v. Jaffree* 472 U.S. 107 (1985)
[63] *Wallace v. Jaffree* 472 U.S. 113 (1985)
[64] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 609-610 (1992)

Deze rechtszaak draaide om een schooldistrict dat geestelijken uitnodigde aanroepingen en zegeningen te geven tijdens diploma-uitreikingen. De instructie van een directeur van een *middle school* (voor leerlingen van 11 tot 14) aan een rabbijn om een niet-sektarische toespraak te houden, werd in het bijzonder bestudeerd. De meerderheid van het Supreme Court had een probleem met dit advies, dat men interpreteerde als een overheidsvoorschrift voor religieuze uitoefening.

> The First Amendment's Religion Clauses mean that religious beliefs and religious expression are too precious to be either proscribed or prescribed by the State. The design of the Constitution is that preservation and transmission of religious beliefs and worship is a responsibility and a choice committed to the private sphere, which itself is promised freedom to pursue that mission.[65]

Het idee dat de overheid een vorm van uitoefening van religie zou kunnen voorschrijven die de vestiging van een staatsreligie zou moeten voorkomen, zag het Hof als een onacceptabele tegenstrijdigheid.[66]

Justice Souter, ook sprekend namens twee andere rechters, was het eens met de meerderheidsbeslissing, maar voegde daar nog een en ander aan toe. Het verbod op zowel preferentiële steun (steun voor een religie of enkele religies boven andere) als non-preferentiële steun (steun voor religie in het algemeen) aan religie werd in deze mening ondersteund door een consistent patroon van beslissingen, sinds *Everson* in 1947. Bovendien werd de kritiek van de hand gewezen, dat historisch bewijs de conclusies in *Everson* zou tegenspreken. Historisch bewijs zou *Everson* juist ondersteunen. Als derde punt noemt Souter de incompetentie en onwenselijkheid van de rechtsprekende macht om theologie, en daarmee ook de mate van nondenominationaliteit, te bepalen.[67]

---

[65] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 589 (1992)
[66] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 590 (1992)
[67] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 609-617 (1992)

Toch waren in deze zaak maar liefst vier rechters het oneens met de meerderheidsbeslissing. Verwoord door Justice Scalia werden verschillende argumenten genoemd. Wat betreft de mate van denominationaliteit is het argument belangrijk, dat weliswaar het ondersteunen door de overheid van sektarische opvattingen waarover mensen die in een goede en almachtige god geloven het oneens kunnen zijn niet mag, maar dat nondenominationele aanroepingen en dankzeggingen gewoon constitutioneel zouden moeten zijn. Deze zijn volgens de vier dissenting Justices immers zo typisch Amerikaans, dat het geschreven had kunnen worden door Washington of Lincoln.[68] Hiermee geeft Scalia aan dat hij mensen die in een goede en almachtige god geloven een bevoorrechte positie gunt.

Interessant is dat deze minderheidsmening door minder mensen werd gedeeld in de rechtszaak *Santa Fe independent school district v. Doe* (vanaf hier *Santa Fe*), waarin slechts drie rechters waren overtuigd van de constitutionaliteit van nondenominationele praktijken op openbare scholen. In deze zaak werd een schooldistrict aangeklaagd wegens het beleid een religieuze aanroeping door scholieren toe te staan voor American football-wedstrijden. De scholieren bepaalden zelf via een verkiezing, eerst of er een "message or invocation" zal worden toegevoegd aan de ceremonie voor de wedstrijd, en daarna wie deze boodschap of aanroeping mocht voordragen.[69]

Dit beleid was gevormd naar instructie van een besluit van een lagere rechtbank die had bepaald, dat niet-sektarisch en niet-bekerend gebed, dat door scholieren werd geleid, toegestaan was tijdens diploma-uitreikingen van middelbare scholen. Volgens deze lagere rechtbank maakte de inhoud wel degelijk uit of de boodschap constitutioneel zou zijn.[70]

In *Santa Fe* had de meerderheid van het Hof problemen met de eerder genoemde verkiezing. Deze verkiezing verzekert weliswaar dat

---

[68] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 641-642 (1992)
[69] *Santa Fe Independent School District v.* Doe, 530 U.S. 298-299 (2000)
[70] *Jones v. Clear Creek Independent School District*, 977 F.2d 968 (1992).

de meerderheid van de scholieren wordt vertegenwoordigd, maar doet niets om de minderheid te beschermen en zou de ergernis van deze minderheid zelfs kunnen vergroten.[71] Het Hof besloot dat het beleid het doel had om een gebed door scholieren te doen plaatsvinden en bovendien dat het beleid de indruk gaf dat de school deze praktijken goedkeurde. Het Hof bepaalde dat het beleid hierdoor onconstitutioneel was.[72]
Justice Rehnquist, oneens met de mening van de meerderheid, schreef over de beslissing, dat:

> [E]ven more disturbing than its holding is the tone of the Court's opinion; it bristles with hostility to all things religious in public life. Neither the holding nor the tone of the opinion is faithful to the meaning of the establishment clause, when it is recalled that George Washington himself, at the request of the very Congress which passed the Bill of Rights, proclaimed a day of "public thanksgiving and prayer, to be observed by acknowledging with grateful hearts the many and signal favors of Almighty God.[73]

Hiermee zette hij het protest tegen de *Everson*-interpretatie van de establishment clause voort. Twee justices waren het met Rehnquist eens, waardoor in 2000 het Supreme Court zes tegen drie de *Everson*-interpretatie bleef ondersteunen.

Anson Phelps Stokes schreef in zijn overzichtswerk over kerk en staat in de Verenigde Staten over de mogelijkheden die nog overbleven voor religie in het openbaar onderwijs na de uitspraken van *Everson* en *McCollum*[74]. Hij noemt hiervoor vijf plannen. Zijn eerste plan was een 'common denominator' te vinden tussen de drie religies, protestantisme, katholicisme en judaïsme. Het tweede plan was een interdenominationeel christelijk onderwijs te creëren. Het derde plan

---

[71] *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 305 (2000)
[72] *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 316 (2000)
[73] *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 318 (2000)
[74] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948). Deze rechtszaak wordt in het volgende hoofdstuk behandeld.

betrof religie in het geschiedenisonderwijs te betrekken. Het vierde plan was religie in allerlei letterenvakken te betrekken, zoals in de studie van literatuur, sociale wetenschappen, muziek en kunst. Het vijfde plan was ethiek te onderwijzen, hiermee natuurlijk christelijke ethiek bedoelend.[75]

De eerste twee opties werden door de uitspraken van *Engel* en *Schempp* van tafel geveegd. Nadat *Engel* een door de overheid voorgeschreven gebed had verboden, ongeacht de lengte of algemeenheid van de inhoud, verbood *Schempp* het lezen van de bijbel en enig door de overheid geleid gebed. Het derde en vierde plan kan worden toegepast en werd nadrukkelijk in *Schempp* als mogelijkheid genoemd. Studie van religie als geschiedenis en literatuur is tot op de dag van vandaag toegestaan. Het vijfde plan was meer een manier om religieus onderwijs te bieden zonder het religie te noemen en daardoor een onpraktisch en onconstitutioneel alternatief.

Naast de plannen die waren voorgesteld door Stokes in 1950 zijn andere voorstellen gedaan om religie in een of ander nondenominationele jasje in het openbaar onderwijs te betrekken. Een moment van stilte werd goedgekeurd, totdat de overheid de optie van gebed er expliciet bij benoemde. Zolang de overheid niet impliciet of expliciet een of andere voorkeur uitsprak voor besteding van dit moment van stilte, is dit nog steeds een mogelijkheid.

De opties die hierna nog open staan zijn werkelijk nondenominationeel en non-sektarisch. Zelfs voor niet gelovigen en niet-abrahamitische gelovigen is het onderwijs van religie in historische of literaire context acceptabel, net zoals een moment van stilte voor reflectie. De religieuze handeling moet echter wel geheel in een seculiere context worden gezet, met een seculier doel, een seculier primair effect, zonder excessieve verwikkeling met religie, en zonder goed- of afkeuring van enige religieuze of niet-religieuze positie. Slechts dat is werkelijk nondenominationalisme in de context van de establishment clause zoals die is geïnterpreteerd sinds *Everson*.

---

[75] Stokes, *Church and State* I, 500-515.

Is deze interpretatie nu wat de founding fathers hebben bedoeld? Dit is een vraag die vooral door de tegenstanders van *Everson* en *Engel* wordt gesteld. Het ontstaan van de religieclausules van het eerste amendement is door verschillende tradities beïnvloed. De clausules werden opgesteld door leiders van verschillende groepen met elementen van voluntarisme, die religie graag vrijwillig gesteund zagen worden, separatisme, die tegen elke vorm van door overheid gesteunde religie was, en federalisme, die de macht van de staten tegen de federale staat wilden beschermen. Gezamenlijk konden zij het in ieder geval eens worden over de conclusie dat de federale overheid zich niet had te bemoeien met religie.[76] Nadat de religieclausules echter ook geldig werden voor de aparte staten ontstond een situatie die de founding fathers zich niet hadden kunnen voorstellen. Wel was er discussie over verbod op preferentiële steun of ook op non-preferentiële steun. Hier is veel discussie over in de wetenschappelijke literatuur en ik ben persoonlijk meer overtuigd van de positie dat beide vormen zijn verboden.[77]

Wat men vond ten tijde van de stichting van de Verenigde Staten van Amerika is in deze context echter niet belangrijk. Niet wat de bedoeling was van de Founders, maar wat door het Supreme Court wordt geïnterpreteerd, is relevant voor de uitoefening van religie in het openbaar onderwijs tussen 1940 en 2000. De meerderheid van het Hof is consistent van mening geweest dat ook non-preferentiële steun voor religie onconstitutioneel is. De tegenstand fluctueert echter en is gerelateerd aan de politieke wind. Ten tijde van de *Engel*-rechtszaak, in

---

[76] Van Alstyne, 'A comment on Lynch v. Donnely', 773-774.

[77] Wederom verwijs ik naar een verzameling aan literatuur hieromtrent: Alexander Meiklejohn, 'The first amendment is an absolute', *Supreme Court Review* (1961) 245-266; M. Malbin, *Religion and politics: the intentions of the authors of the first amendment* (Washington 1978); William Van Alstyne, 'Trends in the supreme court: Mr. Jefferson's crumbling wall – A comment on *Lynch v. Donnely'*, *Duke law journal*, No. 4 (1984) 770-787; Laycock, 'Nonpreferential aid', 875-923; Curry, *The first freedoms*; Robert L. Cord, 'Church-State separation: restoring the "no preference" doctrine of the first amendment', *Harvard Journal of Law & Public Policy* (1986) 129-172; en Leonard W. Levy, *The establishment clause: religion and the first amendment* (New York 1986).

1962, was slechts één enkele rechter overtuigd dat religie over het algemeen wel gesteund mag worden. In 1985, tijdens *Wallace*, was er nog steeds slechts één rechter die mening toegedaan. Tijdens *Lee* waren het er echter vier, en in 2000, tijdens *Santa Fe*, bleken drie rechters van mening dat accomodationisme en erkenning van bepaalde vormen van nondenominationele religieuze uitingen geheel acceptabel waren. Als de verhouding van het Supreme Court maar een beetje verschuift, als twee separationistische rechters worden vervangen door twee accomodationistische rechters, kan de gehele jurisdictie vanaf *Engel* ongeldig worden verklaard. Of dit op een correcte lezing van historische feiten wordt gebaseerd is dan, net als nu, slechts een kantlijndiscussie. De federale politieke verhoudingen in de strijd om de Senaat, het Huis van Afgevaardigden en het presidentschap zullen bepalen of theïsten een geprivilegieerde positie in de Amerikaanse samenleving krijgen, of dat staatsmaatregelen zullen moeten blijven voldoen aan de '*Lemon* test' en de 'endorsement test'.

2 Mate van dwang

Tijdens de koloniale periode was in veel staten de Anglicaanse kerk officieel als enige staatskerk gevestigd. In andere staten werd deze geprivilegieerde positie in de praktijk gedeeld met andere vormen van protestantisme, maar de Anglicaanse kerk werd gesteund met dwang van religieuze uniformiteit en verplichte eredienst, en door kracht van wet en met de dreiging van straf.

De manier waarop dit werd toegepast, verschilde wezenlijk per deel van het Britse Rijk en zeker ook per staat in het huidige Verenigde Staten. Zo was in New England meer sprake van een "establishment", een gevestigde staatskerk, van de Congregationalistische kerk,[78] was in New York in de praktijk sprake van een "multiple establishment", waarbij iedere gemeenschap zijn eigen religie via de werkingen van de staat kon bevoordelen,[79] en werd in 1682 in Pennsylvania de *Frame of Government* opgesteld, waarin stond: "no person [...] shall at any time be compelled to frequent or maintain any religious worship, place or ministry whatsoever, contrary to his or her mind."[80]

Welke religie werd geaccepteerd verschilde per staat, maar hoe en of de deelname aan de religie werd afgedwongen, was evenzeer verschillend per staat. Waar in Rhode Island, New Jersey en Pennsylvania een zekere mate van gewetensvrijheid gold, was vooral in de rest van New England de religieuze dwang behoorlijk streng. Deze roiep om conformisme leidde uiteindelijk tot het ophangen van vier Quakers tussen 1658 en 1661.[81]

'Founding father' James Madison ageerde tegen het idee van establishment van religie in zijn publicatie "Memorial and Remonstrance against religious assessment" uit 1785. Van de vijftien

---

[78] Curry, *The first freedoms*, 105-125.
[79] Ibidem, 71-72.
[80] Stokes, *Church and State* I, 524.
[81] Curry, *The first freedoms*, 22-28.

hierin genoemde argumenten verwerpen de eerste twee de mogelijkheid van dwang over religie.

> 1. Because we hold it for a fundamental and undeniable truth, "that Religion or the duty which we owe to our Creator and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction, not by force or violence." […] 2. Because Religion be exempt from the authority of the Society at large, still less can it be subject to that of the Legislative Body.[82]

Nu is natuurlijk de vraag wat religieuze dwang is. De definities lopen uiteen van dwang door wet, met dreiging van straf, tot de erkenning van de overheid van een bepaalde religie, zonder enige sanctie op het niet beoefenen van die religie. Zo is er discussie of alleen directe dwang relevant is, of dat ook indirecte dwang van belang is. Bovendien is er op openbare scholen een behoorlijk groot verschil tussen de mogelijkheid zich af te melden of af te laten melden van religieuze uitoefening (opt-out), en de mogelijkheid zich aan te melden voor religieuze uitoefening (opt-in).

In 1890 werd in een rechtszaak voor het hooggerechtshof van Wisconsin een schooldistrict aangeklaagd voor het lezen van de protestante King James bijbel. Het schoolbestuur had hierop geanticipeerd door aan te geven dat scholieren de vrijheid hadden om zich tijdens het lezen van de bijbel terug te trekken.[83] Tot aan 1940 werd deze opt-out-maatregel door de meeste schoolbesturen gezien als een geldig excuus om religieus onderwijs, het lezen van de bijbel en het voorlezen van gebed toe te staan in het openbaar onderwijs.

Als religieuze uitvoering van de scholier een eigen keuze zou zijn, zou deze als zodanig beschermd zijn door de vrijheid van meningsuiting. Als er geen dwang is, is de uitvoering “private speech”.

---

[82] Madison, ‘Memorial and remonstrance’, 464-467.
[83] *State ex rel. Weiss and others vs. District Board*, etc., 76 Wis. 177 (1890), http://www.wicourts.gov/about/organization/supreme/docs/famouscases11.pdf (20-08-2010).

Dit in tegenstelling tot "public" of "government speech", wanneer de boodschap wordt gecontroleerd door de overheid. Het is in deze context van belang onderscheid te maken tussen dwang en overheidsinmenging. Dwang hoeft niet per se door de overheid geleverd te worden, ook anderen kunnen dwang uitoefenen. In dit hoofdstuk zal ingegaan worden op puur het aspect van mate van vrijwilligheid of dwang. In het volgende hoofdstuk zal worden ingegaan op initiatief en inmenging van de overheid.

Directe dwang van religieuze uitoefening was eigenlijk in 1940 al niet meer gebruikelijk in de openbare scholen. Wel was er directe dwang door schoolplicht om kinderen naar een al dan niet openbare onderwijsinstelling te sturen. In de zaak *McCollum* v. Board of Education (vanaf hier *McCollum*) uit 1948 was er sprake van schoolplicht voor kinderen van zeven tot zeventien jaar oud. In deze zaak werd een schooldistrict aangeklaagd voor een zogenoemd "released-time" programma, waarin tijdens de periode van verplichte aanwezigheid op school, religieus onderwijs werd gegeven door protestante, katholieke of joodse leraren. Dit heette released-time, omdat de kerken het monopolie van de openbare scholen op de tijd van de kinderen wilden breken, en tijd wilden vrijmaken tijdens de "werkuren" van het kind voor religieus onderwijs.[84] Deze lessen werden gegeven in het schoolgebouw. Het systeem werkte via een opt-in-systeem, dat wil zeggen, dat de ouders de scholieren voor het religieus onderwijs dienden op te geven. Scholieren die niet met het programma meededen moesten ergens anders in het schoolgebouw werken aan seculiere vakken, terwijl scholieren die wel meededen aanwezig moesten zijn bij het religieus onderwijs. De aan- en afwezigheid van de deelnemers werd bijgehouden en meegedeeld aan de seculiere onderwijzers.[85]

De meerderheid van het Supreme Court bepaalde het beleid onconstitutioneel. Protest werd aangetekend tegen het feit dat scholieren, die normaal gesproken verplicht zijn op school seculier

---

[84] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 222 (1948).
[85] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 206-210 (1948).

onderwijs te volgen, deze verplichting niet hebben, wanneer ze naar religieus onderwijs gaan.[86] Er was dus sprake van het opheffen van een aanwezigheidsverplichting, maar wel slechts voor leerlingen die religieus onderwijs zouden volgen. Hierdoor waren leerlingen die niet het religieuze onderwijs volgden tot meer verplicht dan leerlingen die dat wel volgden. Bovendien schreef de meerderheid dat de staat onterecht hulp bood aan sektarische groepen, door scholieren aan te leveren middels de mechaniek van het verplichte openbaar onderwijs.[87]

Vier rechters, die het eens waren met de meerderheidsuitspraak, voegden hier nog aan toe dat het resultaat van de maatregel is dat er druk is ontstaan voor de scholier om mee te doen met het religieus onderwijs. Dat een alternatief was geboden was volgens de vier niet genoeg om invloeden van de school over religie toe te staan.

> Separation is a requirement to abstain from fusing functions of Government and of religious sects, not merely to treat them all equally. That a child is offered an alternative may reduce the constraint; it does not eliminate the operation of influence by the school in matters sacred to conscience and outside the school's domain. The law of imitation operates, and nonconformity is not an outstanding characteristic of children. The result is an obvious pressure upon children to attend.[88]

Hiermee oneens was Justice Jackson, die overigens wel de meerderheidsbeslissing steunde, maar stelde dat de verlegenheid die wordt veroorzaakt door het zijn van een dissenter (in dit geval iemand die niet met de meerderheidsreligie meedoet) niet duidelijk wordt beschermd door de grondwet. Aangezien geen wettelijke dwang was toegepast en geen straf was opgelegd of daarmee was gedreigd, kon volgens Jackson geen beroep worden gedaan op de establishment clause.[89] Hij gaf hiermee aan dat hij niet accepteert dat ook indirecte

---

[86] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 209-210 (1948).
[87] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 212 (1948).
[88] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 227 (1948).
[89] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 232-233 (1948).

dwang relevant was voor de interpretatie en toepassing van de religieclausules.

Justice Reed, de enige dissenting rechter, stelde dat leerlingen niet vrijgesteld mogen worden van hun wettelijke aanwezigheidsplicht om religieus onderwijs te volgen, maar dat deze plicht niet was verzaakt, omdat het schoolbestuur zelf zou mogen beslissen wat die plichten zijn. Volgens Reed verbood de grondwet niet dat een school een leerling mag vrijlaten om religieus onderwijs te volgen, binnen of buiten het schoolgebouw. Hij stelde dat:

> [t]he prohibition of enactments respecting the establishment of religion do not bar every friendly gesture between church and state.[90]

Eenzelfde soort zaak kwam in 1952 voor het Supreme Court, toen in *Zorach* v. Clauson (vanaf hier *Zorach*) een released-time-programma werd aangeklaagd, waar het religieus onderwijs niet binnen, maar buiten het schoolterrein plaatsvond. Het Hof besloot in deze zaak het programma toe te staan, voornamelijk met argumenten over de mate van dwang. Zo stelde het Hof:

> There is a suggestion that the system involves the use of coercion to get public school students into religious classrooms. There is no evidence in the record before us that supports that conclusion. […] If, in fact, coercion were used, if it were established that any one or more teachers were using their office to persuade or force students to take the religious instruction, a wholly different case would be presented.[91]

Met deze opmerking stelde het Supreme Court, dat er niet van dwang sprake was. In een voetnoot wordt echter de klacht genoemd, dat het released-time-programma:

---

[90] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 248-249 (1948).
[91] *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 311 (1952)

> has resulted and inevitably results in the exercise of pressure and coercion upon parents and children to secure attendance by the children for religious instruction.

Deze klacht werd verworpen met de opmerking dat de schoolautoriteiten geen rol hebben in deze druk.[92] Het bestaan van druk en dwang om mee te doen was dus slechts belangrijk, wanneer de overheid hierin een rol had.

Het verschil met de *McCollum*-zaak was tweeledig, namelijk het gebruik van het klaslokaal en het gewicht van de openbare school. Beide werden afwezig geacht in de situatie van *Zorach*. Justice Black, oneens met de beslissing, stelt echter dat niets wezenlijks is veranderd.

> [T]he sole question is whether New York can use its compulsory education laws to help religious sects get attendants presumably too unenthusiastic to go unless moved to do so by the pressure of this state machinery. That this is the plan, purpose, design and consequence of the New York program cannot be denied. […] New York is manipulating its compulsory education laws to help religious sects get pupils. This is not separation, but combination, of Church and State. [93]

Justice Frankfurter, eveneens oneens met de beslissing, stelde dat het Hof onterecht heeft bepaald dat niet van dwang sprake was. De klagers hadden immers van de lagere rechtbanken geen kans gekregen om bewijs van dwang te leveren, aangezien die vonden, dat bewijs van dwang irrelevant was voor deze constitutionele zaak. Frankfurter stelt dat het Hof zonder bewijs deze stap in de argumentatie niet had kunnen zetten.[94]

Justice Jackson vond dat het released-time-programma uit twee delen bestond. Het eerste deel dwong de leerling een groot deel van zijn of haar tijd op te offeren voor seculier onderwijs, terwijl het tweede deel

---

[92] *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 311 (1952)
[93] *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 318 (1952)
[94] *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 320-322 (1952)

eruit bestond, dat een deel van deze tijd terug gegeven wordt op voorwaarde dat dit aan religieus onderwijs wordt besteed. Jackson vond dat de overheid zo indirect de leerlingen dwong de teruggegeven tijd aan religieus onderwijs te besteden.

> No one suggests that the Constitution would permit the State directly to require this "released" time to be spent "under the control of a duly constituted religious body." This program accomplishes that forbidden result by indirection.[95]

Hij omschreef het effect van de dwang voor niet participerende leerlingen als een tijdelijke gevangenis, [96] daaraan later toevoegend:

> We start down a rough road when we begin to mix compulsory public education with compulsory godliness.[97]

De volgende rechtszaak waarin de mate van dwang in de uitvoering van religieuze oefeningen ter sprake kwam was in *Engel*. In deze zaak was een mogelijkheid geïmplementeerd voor ouders om hun kinderen af te melden voor de lezing van het dagelijks gebed. Dit werd door het Hof niet serieus genomen. Deze opt-out-regel werd als irrelevant beschouwd voor de grondwettelijkheid van het beleid om een voorgeschreven gebed voor te dragen.

> [T]he fact that the program, as modified and approved by state courts, does not require all pupils to recite the prayer, but permits those who wish to do so to remain silent or be excused from the room, ignores the essential nature of the program's constitutional defects. Neither the fact that the prayer may be denominationally neutral nor the fact that its observance on the part of the students is voluntary can serve to free it from the limitations of the establishment clause, as it might from the free exercise clause, of the First Amendment, both of which are operative

---

[95] *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 324 (1952)
[96] *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 324 (1952)
[97] *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 325 (1952)

> against the States by virtue of the Fourteenth Amendment. The establishment clause, unlike the free exercise clause, does not depend upon any showing of direct governmental compulsion and is violated by the enactment of laws which establish an official religion whether those laws operate directly to coerce nonobserving individuals or not.[98]

De meerderheid van het Hof had aldus bepaald dat directe dwang niet een vereiste is voor overtreding van de establishment clause. Indirecte dwang werd met deze uitspraak erkend.

> When the power, prestige and financial support of government is placed behind a particular religious belief, the indirect coercive pressure upon religious minorities to conform to the prevailing officially approved religion is plain.[99]

Justice Douglas, alhoewel eens met de meerderheidsbeslissing vanwege kosten voor de belastingbetaler[100], vond niet dat scholieren in deze situatie werden gedwongen mee te doen met het gebed en accepteerde de opt-out-regel als een redelijke bescherming.[101] Justice Stewart, geheel oneens met de beslissing, sprak over het recht van de leerlingen om vrijwillig te bidden.

> I cannot see how an "official religion" is established by letting those who want to say a prayer say it. On the contrary, I think that to deny the wish of these school children to join in reciting this prayer is to deny them the opportunity of sharing in the spiritual heritage of our Nation.[102]

In *Schempp* werden de praktijken van de aangeklaagde scholen dwingend bevonden. De rechtszaak ging over een wet die scholen verplichtte een gebed en tien verzen uit de bijbel te lezen. In navolging

---

[98] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 430 (1962).
[99] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 431 (1962).
[100] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 444 (1962).
[101] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 438-442 (1962).
[102] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 445 (1962).

van de bepaling in *Engel* bepaalde het Hof, dat de mogelijkheid voor de leerlingen om zich te verwijderen op verzoek van hun ouders niets veranderde aan de constitutionaliteit van de maatregel. Het was bij overtreding van de establishment clause niet nodig dwang aan te tonen. De wetten vereisten religieuze oefeningen, veroorzaakten daarom schending van de rechten van de klagers, en zijn daardoor in overtreding van de establishment clause.[103] Indirecte dwang bleek uit de verklaring van Edward Schempp dat hij niet zijn kinderen had laten verwijderen uit de klas tijdens deze oefeningen, om te voorkomen dat de relatie tussen zijn kinderen en hun leraar en klasgenoten zou verslechteren.[104]

Justice Brennan, eens met de beslissing, ging hier verder op in, maar beschouwde het in het licht van bescherming van de vrije uitvoering van religie. Hij stelde dat de vrije uitvoering van religie in het geding komt, doordat de opt-out-regel leerlingen voor een wreed dilemma stelt, namelijk door hen te laten kiezen tussen stigmatisering als atheïst of non-conformist in de ogen van de leraar en klasgenoten, of deelname aan voor hen walgelijke oefeningen. Kinderen zijn niet geneigd om eenvoudigweg zich anders te gedragen dan hun gelijken. Deze druk wordt ook wel “peer pressure” genoemd. Er is daarom een onacceptabele druk om mee te doen met de oefeningen. Brennan zag de beklaagde praktijken dan ook als overtreding van de free exercise clause.[105]

Justice Stewart vond dat bij gebrek aan directe dwang, de keuze over de variëteit, inhoud en implementatie van de oefeningen bij de lokale schoolgemeenschap moest blijven liggen en niet bij de rechtelijke macht en de establishment clause. Hij vond dat dwang noodzakelijk was om het verbod van de establishment clause te activeren.

---

[103] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 223-224 (1963).
[104] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 208 (1963).
[105] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 288-290, 293 (1963).

> [T]he question presented is not whether exercises such as those at issue here are constitutionally compelled, but rather whether they are constitutionally invalid. And that issue, in my view, turns on the question of coercion.[106]

Het karakter van de dwang uit deze laatste twee rechtszaken is te vinden in het feit dat de scholen worden gedwongen religieuze oefeningen uit te voeren. Hiernaast werd echter door een aantal rechters ook erkend dat er een indirecte dwang is voor de leerlingen om mee te doen met de meerderheid. Sommigen vinden dit acceptabel, anderen zien dit als een overtreding van de establishment clause of zelfs de free exercise clause. In ieder geval werd de tijd voor exclusief gebed en bijbellezen op de openbare scholen verboden.

In 1985 kwam met *Wallace* een andere praktijk voor het Supreme Court, namelijk het moment voor meditatie of vrijwillig gebed. Niet meer werd voorgeschreven wat er tijdens dit moment gedaan moest worden, maar werd het aan de leerlingen zelf overgelaten. Problematisch was echter een amendement op de maatregel, dat expliciet aangaf wat gedaan kón worden tijdens dit moment van stilte: bidden.[107] Alhoewel duidelijk in de tekst staat dat het gebed vrijwillig was, is door het Hof beoordeeld dat de toevoeging van de woorden "or voluntary prayer" onconstitutioneel was doordat de overheid op deze manier één gebruik aanraadde boven alle andere.[108] De endorsement test, geformuleerd in *Lynch*, stelt dat de overheid niet de indruk mag wekken religie of een bepaalde religie goed te keuren of af te keuren. Justice O'Connor, eens met de beslissing, weidde hierover uit.

> The endorsement test does not preclude government from acknowledging religion or from taking religion into account in making

---

[106] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 316-318 (1963).
[107] Van: "a period of silence, not to exceed one minute in duration, shall be observed for meditation", naar: "a period of silence not to exceed one minute in duration shall be observed for meditation **or voluntary prayer**" (eigen nadruk).
[108] *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 60 (1985).

> law and policy. It does preclude government from conveying or attempting to convey a message that religion or a particular religious belief is favored or preferred. Such an endorsement infringes the religious liberty of the nonadherent, for [w]hen the power, prestige and financial support of government is placed behind a particular religious belief, the indirect coercive pressure upon religious minorities to conform to the prevailing officially approved religion is plain.[109]

Hier werd herhaald dat de indirecte dwang om zich te conformeren met de meerderheid een overtreding is van de religieuze vrijheid van minderheden.

In de rechtszaak *Westside School District v. Mergens* (vanaf hier *Westside*) uit 1990 werd het Supreme Court geconfronteerd met een wet die openbare scholen verbood te discrimineren tussen extracurriculaire groepen, ongeacht hun politieke, filosofische of religieuze inhoud of uitingen tijdens hun bijeenkomsten. Als een extracurriculaire groep werd toegelaten, moesten ook andere groepen worden toegelaten, ongeacht het doel van de groep. De groepen werden georganiseerd door scholieren en de inhoud werd volledig bepaald door de leerlingen.

Het jaar ervoor was druk gezet op de eerder toegepaste endorsement test, toen in County of *Allegheny v. ACLU* (vanaf hier *Allegheny*) de coercion test was opgesteld door vier accomodationistische rechters. Deze toets gaf een beperktere visie over wat door de establishment clause werd verboden. Met hun nieuw geformuleerde toets wilden de accomodationistische rechters de limitering van staatssteun aan religie beperken tot directe dwang en het geven van directe voordelen aan religie. Dit in tegenstelling tot de endorsement test, die verbood een religieuze minderheid zelfs maar het gevoel van buitenstaander te geven

> government may not coerce anyone to support or participate in any religion or its exercise; and it may not, in the guise of avoiding hostility or callous indifference, give direct benefits to religion in such a degree

[109] *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 70 (1985).

> that it, in fact, establishes a [state] religion or religious faith, or tends to do so.[110]

In de maatregel van *Westside* leek vrijwilligheid het kernwoord en het Supreme Court was het daar in meerderheid ook mee eens. Het Hof verwierp de bewering dat met deze maatregel de indruk werd gewekt dat de overheid een voorkeur uitspreekt. Het Hof vond dat scholieren volwassen genoeg waren om het onderscheid te maken tussen het toestaan van een scholierengroep en het actief steunen ervan.

> The proposition that schools do not endorse everything they fail to censor is not complicated.[111]

Bovendien beperkte de wet expliciet de deelname van medewerkers van scholen aan de bijeenkomsten van de groepen en moesten de activiteiten van de groepen buiten schooltijden vallen, waardoor zowel het argument van leraren als rolmodel, als dat van verplichte aanwezigheid, werd verworpen. Wel werd de mogelijkheid van het ontstaan van groepsdruk erkend, maar het Hof zag hierin geen mogelijkheid tot officiële staatsdwang, wanneer de schoolmedewerkers niet actief deelnamen en de groepsactiviteiten buiten het officiële curriculum plaatsvonden.[112]

Justices Marshall en Brennan, eens met de beslissing in *Westside*, vonden echter dat waakzaamheid geboden bleef. Ze vreesden voor door de overheid gefaciliteerde groepsdruk.

> The State has structured an environment in which students holding mainstream views may be able to coerce adherents of minority religions to attend club meetings or to adhere to club beliefs. Thus, the State

---

[110] *County of Allegheny v. ACLU*, 492 U.S. 659 (1989).
[111] *Westside School District v. Mergens*, 496 U.S. 250 (1990).
[112] *Westside School District v. Mergens*, 496 U.S. 250-251 (1990).

cannot disclaim its responsibility for those resulting pressures.[113]

Marshall en Brennan stelden, dat als een openbare school een religieuze extracurriculaire groep zou huisvesten, er ófwel meerdere controversiële groepen zouden moeten worden opgericht, ófwel dat de school zich geheel zou moeten distantiëren van het extracurriculaire programma.[114]

Justice Stevens, als enige oneens met de beslissing, deelde de zorgen van Marshall en Brennan, maar vond bovendien dat de voorgestelde wet gevaarlijk dichtbij kwam bij het verplicht stellen van georganiseerd gebed. Elke school die immers een schaak- of duikclub heeft toegestaan als extracurriculaire groep, moet zijn deuren openen voor religieuze groepen.[115]

Georganiseerd gebed op de openbare school kwam voor het Supreme Court, toen in 1992 tijdens *Lee v. Weisman*, het beleid van een openbare school werd getoetst om een geestelijke uit te nodigen invocaties en zegeningen te geven tijdens een diploma-uitreiking. Het Hof veroordeelde dit beleid en gaf aan dat de overheid, door de supervisie over en controle van de diploma-uitreiking, ongeoorloofde druk uitoefende op de bijwonende scholieren om deel te nemen aan de religieuze uitingen. Het Hof noemde tween vormen van druk: openbare druk, door overheid en maatschappij, en peer pressure, waarvoor voornamelijk leerlingen van het basis- en secundair onderwijs vatbaar zouden zijn. Het Hof stelde dan ook dat de school in feite deelname aan een religieuze oefening had afgedwongen. [116]

De opt-out-regel, de mogelijkheid voor leerlingen om niet aanwezig te zijn bij de diploma-uitreiking, en de claim dat hierdoor aanwezigheid vrijwillig was, werd door het Hof verworpen, doordat het vond dat afwezigheid bij een diploma-uitreiking niet werkelijk vrijwillig zou zijn.

---

[113] *Westside School District v. Mergens*, 496 U.S. 269 (1990).
[114] *Westside School District v. Mergens*, 496 U.S. 265-269 (1990).
[115] *Westside School District v. Mergens*, 496 U.S. 286-288 (1990).
[116] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 590-594 (1992).

> Attendance may not be required by official decree, yet it is apparent that a student is not free to absent herself from the graduation exercise in any real sense of the term "voluntary," for absence would require forfeiture of those intangible benefits which have motivated the student through youth and all her high school years.[117]

Justice Blackmun voegde hier nog aan toe, dat deze opt-out-regeling sowieso irrelevant zou zijn, omdat de overheid zich verre moest houden van religieuze praktijken. Formele dwang was niet noodzakelijk, want de establishment clause verbood de openbare scholen om de boodschap, dat religie of een bepaalde religie wordt bevoordeeld of geprefereerd, over te brengen of daar een poging toe te doen.[118] Justices Souter, Stevens en O'Connor waren het eens met Blackmun, dat dwang niet vereist is voor een overtreding van de establishment clause.[119]

Justice Scalia, mede namens Justices Rehnquist, White en Thomas, was het niet eens met de meerderheidsopinie, die had aangegeven dat aanwezigheid en deelname aan de religieuze oefeningen in feite verplicht was. Hooguit zou de gewetensbezwaarde leerling psychologisch worden gedwongen om te staan en respect te betuigen voor de religieuze uiting, wat Scalia juist graag aangemoedigd had gezien:

> [E]ven if it were the case that the displaying of such respect might be mistaken for taking part in the prayer, I would deny that the dissenter's interest in avoiding even the false appearance of participation constitutionally trumps the government's interest in fostering respect for religion generally.[120]

Scalia zag dwang eigenlijk alleen als relevant als dat door kracht van wet en met dreiging van straf plaatsvond. Vroegere staatskerken waren

---

[117] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 594-595 (1992).
[118] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 604-605 (1992).
[119] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 618-622 (1992).
[120] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 637-638 (1992).

immers doorgaans op deze manier gevestigd. Het peer pressure-argument vond hij irrelevant, doordat bij de diploma-uitreiking de meeste leerlingen al bijna konden stemmen en bovendien de ouders aanwezig waren. Psychologische dwang zag Scalia als ongefundeerd in de historische praktijk en zonder logisch einde. Hierdoor vond hij dat de uitspraak van de meerderheid van het Supreme Court met een kneedbare definitie van dwang onnodig de samenleving een last oplegde.

> The issue before us today is not the abstract philosophical question whether the alternative of frustrating this desire of a religious majority is to be preferred over the alternative of imposing "psychological coercion," or a feeling of exclusion, upon nonbelievers. Rather, the question is whether a mandatory choice in favor of the former has been imposed by the United States Constitution.[121]

In *Santa Fe* wordt de dwang ook indirect geconstateerd. Het Hof bepaalde in meerderheid dat er wel degelijk sprake was van dwang bij de boodschap voor elke American Footballwedstrijd. Het Hof verwierp hiertoe de twee argumenten dat er geen overheidsdwang was doordat de scholieren zelf de keuze maakten, en dat aanwezigheid bij een extracurriculaire gelegenheid, zoals een sportwedstrijd, niet verplicht was. Het eerste argument werd verworpen door te wijzen op de door de school geautoriseerde verkiezingen om wel of niet een gebed voor te dragen. Hierover zei het Hof:

> One of the purposes served by the establishment clause is to remove debate over this kind of issue from governmental supervision or control. The two student elections authorized by the policy, coupled with the debates that presumably must precede each, impermissibly invade that private sphere.[122]

---

[121] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 636-646 (1992).
[122] *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 310-311 (2000).

Deze voor het Hof al ontoelaatbare discussie wordt nog verergerd door het feit dat, door het proces van verkiezingen, de visie van de minderheid tot zwijgen zal worden gebracht.[123]

Het tweede argument werd verworpen door het wijzen op het feit dat voor sommige scholieren (de sporters, cheerleaders) aanwezigheid in de praktijk wel degelijk verplicht is. Bovendien zullen andere scholieren die de wedstrijd willen zien voor een wreed dilemma worden gesteld. Zij zullen moeten kiezen tussen het bijwonen van de wedstrijd en het ontwijken van aanstotelijke religieuze rituelen. De school mag volgens het Hof deze keuze niet opdringen. Zelfs als het bijwonen door de scholieren van een sportwedstrijd volledig vrijwillig zou zijn, stelde het Hof, zou een gebed voor de wedstrijd de aanwezigen onbevoegd dwingen te participeren in een religieuze oefening.[124]

De discussie over de relevante mate van dwang was zeer belangrijk in de bepaling van de grondwettelijkheid van maatregelen betreffende de uitvoering van religie in het openbare onderwijs. Het belangrijkste strijdpunt was of indirecte dwang ook relevant was in de beoordeling van de besproken overheidsmaatregelen. Tussen 1948 en 1953, in de rechtszaken *McCollum* en *Zorach*, beargumenteerden de accomodationisten dat slechts dwang door wet, met dreiging van straf werkelijk onconstitutioneel zou zijn. Als voor de leerling een optie werd verschaft om zich af te melden en niet mee te doen met het gebed of het lezen van de bijbel, zou de overheidsmaatregel toelaatbaar zijn. Deze argumentatielijn werd volgehouden in 1963 tijdens *Schempp* en in 1992, toen tijdens *Lee* een minderheid van vier rechters hetzelfde stelde. In 1989 was door accomodationisten geprobeerd een constitutionele toets te formuleren die dwang over religie in deze minimalistische interpretatie zou beschouwen.

Separationisten stelden hier tegenover dat de opengelaten opties, of het nu opt-in- of opt-out-maatregels waren, niet geheel vrijwillige opties waren door verschillende vormen van indirecte

---

[123] *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 304 (2000).
[124] *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 311-312 (2000).

dwang. Zo werd tijdens *McCollum* en *Zorach* door de separationisten gesteld dat het released-time-programma indirect religieuze dwang was door de vrijstelling van verplichting voor religieuze leerlingen, waardoor niet praktiserende leerlingen in feite benadeeld werden. In 1962 werd tijdens *Engel* verklaard dat directe overheidsdwang niet nodig was voor een overtreding van de establishment clause.

Een tweede erkende vorm van indirecte dwang betrof wetgeving die weliswaar niet de leerlingen zelf dwong, maar de overheidsinstellingen verplichtte om bepaalde religieuze rituelen ten uitvoer te brengen. Hierdoor hadden de leerlingen eventueel een keuze wel of niet mee te doen, maar dit was irrelevant, omdat de praktijk van overheidsinmenging in religieuze praktijken door de establishment clause werd verboden. Dit argument werd gebruikt in *Schempp* en Lee.

Een derde vorm van indirecte dwang was het plaatsen van een leerling voor een "cruel dilemma", waarin deze moet kiezen tussen het volgen van het geweten of het bijwonen van een schoolactiviteit. Voorbeelden hiervan waren het niet kunnen bijwonen van een diploma-uitreiking in Lee, een sportwedstrijd in Santa Fe, en stigmatisering in onder andere *Schempp*, wat kan leiden tot een beschadigd gevoel van eigenwaarde, woede, en depressie.[125]

Een vierde vorm van indirecte dwang werd gevonden in het element van groepsdruk. Niet alleen de druk van de samenleving, maar vooral die van de medeleerlingen werd al snel als een belangrijke factor gezien. Vooral voor kinderen in het primair en secundair onderwijs is de druk om te conformeren zeer groot.[126] Peer pressure die leidde tot conformering aan religieus gedrag werd door de separationisten gevreesd.

Accomodationisten vonden echter, dat als de overheid hierin geen directe rol had, het Supreme Court hierover niets te zeggen had. In

---

[125] Gary B. Melton, 'Populism, school prayer, and the courts: Confessions of an expert witness, New Directions for Child and Adolescent Development', *New Directions for Child and Adolescent Development*, 33, Autumn (1986) 68.
[126] Melton, 'Confessions of an expert witness', 67.

Zorach en in *Westside* stelde de meerderheid van het Hof dan ook dat de bestaande groepsdruk irrelevant was door gebrek aan actieve overheidsinmenging. Hoe het Supreme Court is omgegaan met de mate van overheidsinmenging met religie zal worden behandeld in het volgende hoofdstuk.

De discussie over de mate van dwang is in argumentatie niet veel veranderd sinds de eerste toets voor het Supreme Court. Separationisten blijven wijzen op allerlei elementen van indirecte dwang en het gebrek aan werkelijk vrijwillige opties, terwijl accomodationisten het punt blijven aanhalen dat dwang van religie slechts relevant is wanneer er sprake is van directe dwang door wet en met dreiging van straf.

3 Mate van overheidsinmenging

In de vorige twee hoofdstukken is beschreven hoe de mate van sektarisme en dwang van invloed zijn geweest op de beslissingen van het Supreme Court over uitvoering van religie in het openbaar onderwijs. In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de mate van overheidsinmenging. De overheid kan verschillende rollen spelen in het faciliteren van religie. Zo kan de overheid de initiatiefnemer zijn van een religieus ritueel, of kan zij tijden vrijhouden in het rooster van leerlingen voor religieus onderwijs. De overheid kan de financiering van religie zelf aanleveren, of geheel aan particulieren overlaten. De overheid kan zelf een ritueel voorschrijven, of het kan de inhoud geheel in handen leggen van onafhankelijken. Het religieuze ritueel kan in een klaslokaal plaatsvinden, of buiten het schoolterrein.

In het onderwijs kan de overheid op veel manieren een bepalende rol spelen ten opzichte van religie. In de periode 1940-2000 zijn hierover dan ook veel rechtszaken bij het Supreme Court gekomen, waar burgers de overheid op afstand hebben willen houden. Wanneer de overheid zich volledig afzijdig houdt van een religieuze uiting, is deze, binnen bepaalde beperkingen, beschermd door zowel de vrijheid van religieuze uitoefening, als de vrijheid van meningsuiting. Beide vrijheidsrechten zijn vastgelegd in het eerste amendement op de Amerikaanse grondwet. In dit eerste amendement staat ook de establishment clause, waarin wordt gesteld, dat de overheid geen wetten mag maken "respecting an establishment of religion". Effectieve controle van particulieren over de boodschap maakt de grenzen opgesteld door de establishment clause irrelevant.[127] Als de overheid zich niet bemoeit met de boodschap, heeft het Supreme Court niets te zeggen over de uiting: dan is het "private speech" en niet "government speech".

---

[127] Claudia E. Haupt, 'Mixed Public-Private Speech and the establishment clause' *Tulane Law Review* (Forthcoming), http://ssrn.com/abstract=1616167 (May 1, 2010).

Caroline Mala Corbin vindt echter dat de herkomst van religieuze uitingen niet heel eenvoudig te duiden is. Zij stelt dat de uiting van religieuze boodschappen in een schoolcontext vaak gemengd is. Ter identificatie stelt ze vijf factoren voor. Wie is de spreker? Wie controleert de boodschap? Wie betaalt de boodschap? Wat is de context van de uiting? En aan wie zou een redelijke luisteraar de boodschap toeschrijven?[128] Andy G. Olree stelt een driedelige toets[129] voor om overheidsboodschappen te identificeren, lettend op de initiatie van de boodschap, het medium van de boodschap, en de spreker van de boodschap.[130] Deze recente eenentwintigste-eeuwse discussies geven aan dat het niet eenvoudig is om verantwoordelijkheid van de overheid aan te tonen. In dit licht moeten de discussies worden gezien tijdens de rechtszaken over religie in het openbaar onderwijs tussen 1940 en 2000.

Het is verder nog nodig in te gaan op het verschil in onderwerp tussen het vorige en dit hoofdstuk. Het vorige hoofdstuk betrof dwang, die vaak, maar niet noodzakelijkerwijze door de overheid werd verzorgd. Dit hoofdstuk beslaat overheidsinmenging, soms dwingend, soms vrijwillig. Er is weliswaar overlap in de behandelde zaken en onderwerpen, maar er is verschil in analytisch perspectief, en verschil in relevantie voor eventuele constitutionaliteit.

In alle eerder behandelde rechtszaken is een zekere mate van overheidshandelen onderzocht. Overheidsoptreden is op openbare scholen altijd in zekere mate dwingend door leerplicht en de daardoor

---

[128] Caroline Mala Corbin, 'Mixed Speech: When Speech is both Private and Governmental', *New York University Law Review*, Vol. 83 (2008) 618, 626-640.
[129] "(1) Did the government independently generate the idea of reaching an audience with this particular message in this medium? (2) Was the message expressed in a medium or format effectively owned and controlled by government and clearly reserved for the purpose of expressing only those messages the government regards as its own, never opened to multiple private speakers for the purpose of raising revenue or supporting their speech or welfare? (3) Is there a clear literal speaker who is employed by the government to send messages on this subject in this format?"
[130] Andy G. Olree, 'Identifying Government Speech', *Connecticutt Law Review*, 42 (2009-2010) 410-422.

verplichte aanwezigheid van kinderen op school. De autoriteit die de school met zich meedraagt, geeft de overheid een indringende invloed op leerlingen, zowel op locatie van de school, en dan voornamelijk in het klaslokaal, als via medewerkers van de school.

De eerste rechtszaken waar schoolautoriteiten voor het Supreme Court werden gebracht, waren de released-time-programma's van *McCollum* en *Zorach* in respectievelijk 1948 en 1952. De praktijk van deze programma's had grote gelijkenissen, maar één cruciaal verschil. In beide gevallen werden leerlingen vrijgelaten van hun verplichtingen teneinde religieuze opleiding te volgen. Voor beide programma's kwamen alleen leerlingen in aanmerking wier ouders hen hadden aangemeld. Leerlingen die niet de religieuze lessen volgden, moesten een vervangende opdracht doen. En in beide programma's waren de religieuze leraren geen onderwijzers van de openbare school. Waar de twee programma's in verschilden was wáár het onderwijs werd gegeven. In *McCollum* was dat op het schoolterrein, in *Zorach* daarbuiten. Het programma van *Zorach* werd toegestaan, dat van *McCollum* werd verboden.[131]

In *McCollum* werd in de meerderheidsopinie geschreven dat zowel door het gebruik van het schoolgebouw, als door de indirecte hulp aan sektarische groepen via verplichte aanwezigheid door leerplicht, de scheiding tussen kerk en staat overtreden was.

> Here not only are the State's tax-supported public school buildings used for the dissemination of religious doctrines. The State also affords sectarian groups an invaluable aid in that it helps to provide pupils for their religious classes through use of the State's compulsory public school machinery. This is not separation of Church and State.[132]

Hieraan werd door een aparte opinie van vier rechters, Justices Frankfurter, Jackson, Rutledge en Burton, toegevoegd, dat in het

---

[131] Philip B. Kurland, 'The regents' prayer case: "full of sound and fury, Signifying..."', *Supreme Court Review* (1962) 25.
[132] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 212 (1948).

systeem van *McCollum* de tijd en plaats van de school verweven is met religieus onderwijs.[133] Dit moest volgens deze vier rechters strikt apart gehouden worden.

> In no activity of the State is it more vital to keep out divisive forces than in its schools, to avoid confusing, not to say fusing, what the Constitution sought to keep strictly apart. […] It is the Court's duty to enforce this principle in its full integrity.[134]

De enige dissenting rechter, Justice Reed, gaf aan dat er niet zo'n strikte scheiding hoeft te zijn tussen kerk en staat. Hij erkende dat de onderwijzers van religieus onderwijs goedgekeurd en gecontroleerd werden door een overheidsmedewerker, maar vond dat in de praktijk de inhoud niet werd beïnvloed door de overheid.[135] Hij vond dan ook dat de grondwet te breed werd geïnterpreteerd door de meerderheidsopinie.[136] Hij vroeg zich daarnaast af wat nu precies onwettig was aan het released-time-programma.

> I find it difficult to extract from the opinions any conclusion as to what it is in the Champaign plan that is unconstitutional. Is it the use of school buildings for religious instruction; the release of pupils by the schools for religious instruction during school hours; the so-called assistance by teachers in handing out the request cards to pupils, in keeping lists of them for release and records of their attendance; or the action of the principals in arranging an opportunity for the classes and the appearance of the Council's instructors?[137]

Deze vragen zouden in *Zorach* beantwoord worden. In de meerderheidsopinie gaf het Hof aan, dat in het released-time-programma van *Zorach* geen sprake was van religieuze instructie in de

---

[133] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 227 (1948).
[134] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 231 (1948).
[135] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 242-244 (1948).
[136] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 248-249 (1948).
[137] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 240 (1948).

klaslokalen van openbare scholen, en geen uitgave van publieke gelden.[138] Aangaande de eerder veroordeelde "aid […] through use of the State's compulsory public school machinery"[139], ging het Hof in op de religieuze tradities van het land. Veroordeling van het beschikbaar stellen van tijd voor religieus onderwijs zou juist vijandschap naar religie tonen, in plaats van neutraliteit.

> We are a religious people whose institutions presuppose a Supreme Being. […] When the state encourages religious instruction or cooperates with religious authorities by adjusting the schedule of public events to sectarian needs, it follows the best of our traditions. For it then respects the religious nature of our people and accommodates the public service to their spiritual needs. To hold that it may not would be to find in the Constitution a requirement that the government show a callous indifference to religious groups. That would be preferring those who believe in no religion over those who do believe.[140]

Justices Black, Frankfurter en Jackson, die het oneens waren met de meerderheidsbeslissing, vonden dat de meerderheid hiermee tegen de jurisprudentie van *McCollum* was ingegaan.[141]

> *McCollum* […] held that Illinois [*McCollum*] could not constitutionally manipulate the compelled classroom hours of its compulsory school machinery so as to channel children into sectarian classes. Yet that is exactly what the Court holds New York [*Zorach*] can do.[142]

Jackson voegde hier nog aan toe, dat het onderliggende element van dwang door de meerderheid onterecht zou zijn gebagatelliseerd.

> The distinction attempted between that case and this is trivial, almost to

---

[138] *Zorach v. Cla*uson, 343 U.S. 308-309 (1952).
[139] *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 212 (1948).
[140] *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 313-314 (1952).
[141] *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 317, 322, 325 (1952).
[142] *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 317 (1952).

> the point of cynicism, magnifying its nonessential details and disparaging compulsion which was the underlying reason for invalidity.[143]

De discussie in deze twee zaken gaat voornamelijk over overheidscontrole en dwang. De meerderheid in beide zaken vond, dat de relevante factor in het bepalen van constitutionaliteit van de released-time-programma's de locatie van het onderwijs was. Toen het religieus onderwijs werd gegeven in de klaslokalen van de scholen, waren deze lessen gesteund door de autoriteit van de school. Bovendien was de controle van de school over de inhoud op deze manier groter, dan toen het onderwijs buiten het schoolterrein werd aangeboden. Locatie was in deze zaken dus een doorslaggevende factor.

In *Engel* en *Schempp* was de locatie hetzelfde als in *McCollum*, maar de aangeklaagde praktijk was niet onderwijs, maar voorgeschreven gebed en bijbellezen. In *Engel* was het gebed door ambtenaren opgesteld, in *Schempp* betrof het door de overheid geselecteerd en gesteund gebed en het lezen van de bijbel.

In *Engel* had de meerderheid grote problemen met het feit dat overheidsmedewerkers een gebed hadden opgesteld:

> [W]e think that the constitutional prohibition against laws respecting an establishment of religion must at least mean that, in this country, it is no part of the business of government to compose official prayers for any group of the American people to recite as a part of a religious program carried on by government.[144]

Belangrijker dan het gebed zelf is dus het feit dat de overheid de bron is van de inhoud ervan. Justice Douglas, eens met de beslissing van de meerderheid, legt de nadruk echter op de financiering van religie. Volgens hem mag geen enkele cent van het belastinggeld naar religie gaan, hoe klein of indirect de bijdrage ook is.

---

[143] *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 325 (1952).
[144] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 425 (1962).

> A religion is not established in the usual sense merely by letting those who choose to do so say the prayer that the public school teacher leads. Yet once government finances a religious exercise, it inserts a divisive influence into our communities.[145]

De overheid zou zich financieel buiten de zaken van de kerk moeten houden. Citerend uit *Everson*, wees Douglas op de gevolgen van financiële steun voor religies.

> Public money devoted to payment of religious costs, educational or other, brings the quest for more. It brings too the struggle of sect against sect for the larger share or for any. Here one by numbers alone will benefit most, there another. […] The end of such strife cannot be other than to destroy the cherished liberty. The dominating group will achieve the dominant benefit; or all will embroil the state in their dissensions.[146]

Justice Stewart, als enige rechter oneens met de meerderheidsopinie, vond dat religie wel degelijk een plaats had in overheidsbeleid, vanwege de religieuze tradities van het land. Om dit te ondersteunen wees hij op vele religieuze elementen in de dagelijkse praktijk van instituties en vertegenwoordigers van de staat. Stewart vond dat het schoolbestuur niets anders gedaan had, dan de gewaardeerde spirituele tradities van het land te volgen.

> What [het schoolbestuur] has done has been to recognize and to follow the deeply entrenched and highly cherished spiritual traditions of our Nation -- traditions which come down to us from those who almost two hundred years ago avowed their "firm Reliance on the Protection of divine Providence" (citaat uit onafhankelijkheidverklaring) when they proclaimed the freedom and independence of this brave new world.[147]

---

[145] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 441-442 (1962).
[146] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 444 (1962).
[147] *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 450 (1962).

In *Schempp* stelde een meerderheid dat overheidsmaatregelen zowel een seculier doel als een seculier effect moeten hebben.[148] In dit licht werd gebed en het klassikaal lezen van de bijbel verboden. De overheid werd verantwoordelijk gehouden voor de religieuze oefeningen doordat deze voorgeschreven waren als deel van de curriculaire activiteiten van leerlingen, die per wet verplicht waren op school aanwezig te zijn. Bovendien werden de oefeningen in het schoolgebouw gehouden en werden ze gecontroleerd door in overheidsdienst opererende leraren, die tevens zelf participeerden in de oefeningen. Al deze elementen waren afwezig in *Zorach*, zo constateerde het Hof.[149]

De meerderheid van het Hof bepaalde verder dat het eerste amendement op de grondwet neutraliteit van de overheid verlangde op het gebied van religie. Dit concept van neutraliteit van religie zou de staat verbieden om wie dan ook het recht van vrije uitoefening te ontzeggen, maar zou niet betekenen dat een democratische meerderheid de machinerie van de staat zou kunnen gebruiken om de eigen religie uit te oefenen.[150]

Justice Douglas, eens met de meerderheidsopinie, ging net als bij *Engel* in op het financiële aspect. Hij stelde wederom dat het niet ging om de hoeveelheid geld, maar om het doel van de publieke fondsen, waarmee hij zowel directe financiële steun als indirecte financiële steun bedoelde.[151]

Justice Brennan, eens met de beslissing, maakte een onderscheid tussen deze zaak en de situatie van enkele wél geaccepteerde praktijken. In de gevangenis en in het leger zou het toegestaan zijn om geestelijken te financieren, omdat anders de overheid religie zou hinderen. In het geval van een school is hier geen sprake van door de mogelijkheid van privéschool, de vrijheid van leerlingen buiten schooluren, en de mogelijkheid tot vrijwillig zelf-ondernomen gebed.

---

[148] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 222 (1963).
[149] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 223 (1963).
[150] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 225-226 (1963).
[151] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 230 (1963).

Bovendien constateerde Brennan verschil door de volwassenheid van mensen in de gevangenis en in het leger, en de onvolwassenheid van leerlingen op het primair en secundair onderwijs.[152] In het geval van geestelijken die gebed oproepen voor wetgevende instituties waren de toehoorders volwassenen die zich zonder directe of indirecte consequenties kunnen verwijderen tijdens het uitspreken van het gebed.[153] Ook gaf Brennan nog expliciet aan dat een gebed en het lezen van de bijbel op een manier was gebeurd die religieus in praktijk en van aard was.[154] Hij gaf aan dat onder meer de inachtneming van een moment van stilte tijdens het begin van de les een maatregel met seculier doel zou zijn, zonder dat de wettelijke scheiding van kerk en staat noodzakelijkerwijze zou worden overtreden.[155]

Justice Goldberg, ook eens met de meerderheidsbeslissing, gaf aan, verwijzend naar *Engel*, dat het feit dat de vorm van religieuze uitvoering (gebed en het lezen van de bijbel) geselecteerd was door de overheid in plaats van gecomponeerd, irrelevant was voor de constitutionaliteit van de maatregel.[156]

Justice Stewart, weer als enige tegen de beslissing, sprak van een oneerlijke en kunstmatige hindering van religie door de beslissing van het Supreme Court. Door de afwezigheid van dwang vond Stewart dat de maatregel in *Schempp* mensen louter de mogelijkheid zou bieden uitvoering te geven aan religie, zonder de vrijheid van religie van anderen te hinderen. Sterker nog, de beslissing van het Hof zou overheidssteun instellen voor hen die geloven dat religie individueel zou moeten worden uitgeoefend. Door het verbod van het Supreme Court zou de overheid in feite vrije uitvoering van religie tegenwerken:[157]

---

[152] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 298-299 (1963).
[153] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 299-300 (1963).
[154] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 300-301, 303-304 (1963).
[155] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 281 (1963).
[156] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 307 (1963).
[157] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 312-313, 316-318 (1963).

> [A] compulsory state educational system so structures a child's life that, if religious exercises are held to be an impermissible activity in schools, religion is placed at an artificial and state-created disadvantage.[158]

Net als bij *McCollum* en *Zorach*, werd bij *Engel* en *Schempp* gesproken over de mate van overheidscontrole over de religieuze oefening. Zowel compositie, als selectie van religieuze uitoefening door overheidsorganen werd ongrondwettelijk verklaard. Bovendien werden bepaalde gevaren van overheidscontrole geconstateerd. Het Hof vond deze gevaren in de bepaling van het curriculum, de locatie (het schoolterrein), en supervisie en participatie door schoolmedewerkers. De tegenargumenten waren gebaseerd op de spirituele traditie van de Verenigde Staten en verwoord met het beroep op rechten, namelijk het recht op vrije uitoefening van religie. Justice Douglas vond in beide zaken dat de maatregelen verworpen dienden te worden, omdat financiële bijdrage van de overheid voor religie uit den boze was.

Deze nadruk op de financiële motivering werd relevant toen in 1980, met *Stone v. Graham* (vanaf hier *Stone*), een zaak voor het Supreme Court kwam over de plaatsing van een afbeelding van de tien geboden in elk schoollokaal in Kentucky. Deze afbeeldingen werden echter niet door de overheid gefinancierd, maar vanuit particuliere bijdragen.

Ter motivering van de beslissing werd door het Supreme Court de *Lemon* test aangehaald, die van elke overheidsmaatregel een seculier doel, een seculier primair effect en geen buitensporige verwikkeling van de staat met religie vereiste. Het doel en het effect van de voorgestelde maatregel werd geacht religieus te zijn, waardoor het Hof deze maatregel afkeurde.[159] Men vond het irrelevant dat het werd gefinancierd vanuit particuliere bijdragen, of slechts op de muur werd geplaatst in plaats van voorgelezen.

---

[158] *Abington v. Schempp*, 374 U.S. 313 (1963).
[159] *Stone v. Graham*, 449 U.S. 41-42 (1980).

> It does not matter that the posted copies of the Ten Commandments are financed by voluntary private contributions, for the mere posting of the copies under the auspices of the legislature provides the "official support of the State . . . Government" that the establishment clause prohibits. [...] Nor is it significant that the Bible verses involved in this case are merely posted on the wall, rather than read aloud as in *Schempp* and *Engel*, for "it is no defense to urge that the religious practices here may be relatively minor encroachments on the First Amendment."[160]

Vier van de negen rechters waren het oneens met de beslissing, maar slechts één rechter, Justice Rehnquist, schreef een eigen opinie over de zaak. Hierin gaf hij aan, dat door het seculiere effect van de tien geboden in het verleden, met het plaatsen van de tien geboden in klaslokalen ook een seculier doel gediend was.[161] Bovendien stelde de establishment clause niet dat de staat volledig geïsoleerd moest worden van religieuze invloeden: "The establishment clause does not require that the public sector be insulated from all things which may have a religious significance or origin."[162]

Slechts een kleine meerderheid bepaalde aldus dat overheidmaatregelen met een religieus doel en effect onconstitutioneel was, wanneer deze werd gefinancierd door particulieren. Er werd niet ingegaan op de locatie waar de afbeelding van de tien geboden zou komen te hangen.

In *Wallace* (1985) werd het moment van stilte nader bekeken door het Supreme Court. Zoals al eerder is aangegeven werd de maatregel om "een moment van stilte voor meditatie" te veranderen in "een moment van stilte voor meditatie of vrijwillig gebed" afgekeurd. Deze beslissing werd genomen vanwege het religieuze doel van de maatregel, wat openlijk werd toegegeven door de indiener ervan. Wat echter ook uit de uitspraak bleek is dat de overheid wel de mogelijkheid

---

[160] *Stone v. Graham*, 449 U.S. 42 (1980).
[161] *Stone v. Graham*, 449 U.S. 44-45 (1980).
[162] *Stone v. Graham*, 449 U.S. 45-46 (1980), ook voetnoot 2.

had om tijd vrij te maken voor volledig vrijwillig gebed. De maatregel die niet werd bestreden door de eisers luidde als volgt.

> At the commencement of the first class each day in the first through the sixth grades in all public schools, the teacher in charge of the room in which each such class is held shall announce that a period of silence, not to exceed one minute in duration, shall be observed for meditation, and during any such period silence shall be maintained and no activities engaged in.[163]

Justices O'Connor en Powell, in aparte opinies, beiden eens met de meerderheidsbeslissing, beschreven expliciet dat een moment van stilte wel constitutioneel kan zijn.[164] O'Connor beargumenteerde dit door te stellen, dat zo'n moment van stilte niet noodzakelijkerwijze religieus zou zijn en dat door het gebrek aan dwang er geen inbreuk op religieuze gevoelens zou plaatsvinden. Bevoordeling van religie zou kunnen plaatsvinden in zo'n situatie, maar was niet noodzakelijk. In het geval van de zaak voor *Wallace*, vond O'Connor dat er wel sprake was van bevoordeling van religie, waardoor de *Lemon* test werd overtreden en de maatregel onconstitutioneel zou moeten worden verklaard.[165]

Drie rechters waren het oneens met de meerderheidsbeslissing. Justice Burger vond dat de beslissing vijandigheid tegenover religie vertoonde, en niet neutraal was. Hij vond dat het overheidsstatuut slechts de mogelijkheid bood voor de vrijheid van uitvoering van religie.[166] Justice O'Connor had hierop geanticipeerd door te stellen dat studenten toch wel het recht hadden om te bidden, beschermd door het eerste amendement op de grondwet, en dat het statuut geen overheidsbarrière hiertoe verwijderde, waardoor het statuut vrije uitvoering van religie niet stimuleerde.[167]

---

[163] *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 40 (1985), voetnoot 1.
[164] *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 62, 67 (1985).
[165] *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 72-75 (1985).
[166] *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 85, 89-90 (1985).
[167] *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 83-84 (1985).

Justice White vond dat de establishment clause noch een moment van stilte, noch een moment van stilte voor meditatie of gebed verbood. Hij vond de wijze van totstandkoming van het statuut irrelevant, ook al zou het zwak zijn. Slechts de uiteindelijke tekst vond hij geldig. Hierdoor was er geen bewijs voor bevoordeling van religie. Bovendien steunde hij Justice Rehnquist in diens stelling dat de establishment clause jarenlang verkeerd uitgelegd was.[168]

Justice Rehnquist beriep zich op de motieven van de opmakers van de grondwet en de Bill of Rights. Zijn conclusie was, dat er geen neutraliteit van de staat nodig was ten opzichte van religie. Hierdoor zou er geen verbod moeten zijn op overheidswetgeving die middels nondenominationele sektarische middelen een seculier doel zou nastreven, zowel voor de federale overheid als voor de aparte staten.[169] Hierdoor had hij problemen met de *Lemon* test, die vanuit zijn oogpunt een werkbare regel vormde gebaseerd op een foutieve doctrine.[170]

Justice O'Connor reageerde op het historische argument van Rehnquist door te stellen, dat openbaar religieus onderwijs nog niet bestond ten tijde van het opstellen van het eerste amendement. Zelfs tijdens het instellen van het veertiende amendement was onderwijs nog grotendeels in particuliere handen. Hierdoor konden de opstellers van de grondwet geen rekening houden met de situatie van een alomtegenwoordig openbaar onderwijs en kan niet eenduidig worden bepaald wat de stichters van de Amerikaanse staat in deze situatie zouden hebben bepaald: "When the intent of the Framers is unclear, I believe we must employ both history and reason in our analysis"[171]

Aldus gaf het Hof in grote meerderheid aan, dat als de overheid geen inmenging toonde bij de uitvoering van religieuze praktijken, zoals gebed, maar hier slechts de mogelijkheid voor bood, zelfs in het klaslokaal, er geen overtreding van de establishment clause zou zijn.

---

[168] *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 90-91 (1985).
[169] *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 107, 113 (1985).
[170] *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 110 (1985).
[171] *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 81 (1985).

Ook in *Westside* kwam dit thema naar boven. De Equal Access Act (E.A.A.) uit 1984 gaf extracurriculaire groepen gelijke rechten op scholen. Wanneer een school een extracurriculaire groep toeliet op het schoolterrein, moest het ook groepen toelaten die op andere gronden waren opgericht, waaronder ook religieuze gronden. Deze wet, die in *Westside v. Mergens* ter discussie stond, beperkte expliciet de deelname van schoolmedewerkers, en bepaalde dat bijeenkomsten van extracurriculaire groepen buiten lestijden moesten worden georganiseerd. Het schoolbestuur had, volgens de meerderheid van het Supreme Court, onjuist gehandeld door tegen de regels van de E.A.A. in, religieuze extracurriculaire groepen te weigeren, terwijl het andere extracurriculaire groepen wel toe had gelaten.

De meerderheid van het Supreme Court vond dat de overheid geen invloed had op de uitingen tijdens deze bijeenkomsten en de Equal Access Act. Het Hof vergeleek de situatie van de middelbare school in *Westside*, met de situatie van een universiteit in Missouri, behandeld in de rechtszaak *Widmar v. Vincent* (vanaf hier *Widmar*) uit 1981.[172] In *Widmar* werd bepaald, dat volgens de establishment clause religieuze groepen gewoon gebruik mochten maken van openbare faciliteiten van de school, als ook niet-religieuze groepen daarvan gebruik konden maken. De maatregel slaagde voor de *Lemon* test vanwege het seculiere doel van de maatregel, en vanwege het ontbreken van buitensporige verbintenis van de overheid met religie. In de situatie van een gevarieerd forum, waarin onder andere religieuze groepen zich konden bewegen, was er bovendien geen religieus primair effect.[173] De meerderheid van het Supreme Court bepaalde dat de maatregel in *Westside,* net als die in *Widmar,* slaagde voor de *Lemon* test. Het seculiere doel was het aanpakken van wijdverspreide discriminatie. Bovendien zou het weigeren van religieuze groepen vijandigheid tegenover religie betekenen, niet neutraliteit.[174]

---

[172] *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981).
[173] *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 270-275 (1981).
[174] *Westside v. Mergens*, 496 U.S. 239, 248-249 (1990).

Het Hof besloot tevens dat er geen sprake was van het bevoordelen van religie als primair effect. Door het gebrek aan controle door de school op de extracurriculaire groepen, door verschillende maatregelen in de E.A.A., werd er geacht geen officiële goedkeuring of officiële dwang te zijn.[175] Daarnaast maakte het Hof onderscheid tussen uitingen door de overheid en uitingen door privépersonen die religie ondersteunen, een verschil tussen government speech en private speech. Leerlingen werden geacht oud genoeg te zijn om te kunnen herkennen dat het toelaten van bepaalde meningen niet direct het ondersteunen ervan zou betekenen.[176] Justice Stevens, als enige rechter oneens met de beslissing van de meerderheid, zette hier zijn kanttekeningen bij. Hij vond dat uitspraken gedaan in de religieuze groepen niet onder individuele meningsuiting zouden moeten vallen, maar onder collectieve meningsuiting, en wel van een groep die slechts bestond als gevolg van overheidsbeleid.[177] Bovendien vond hij dat open fora van extracurriculaire groepen voor middelbare scholieren minder geschikt zouden kunnen zijn dan voor universiteitsstudenten. Hij waarschuwde voor een te vroege behandeling van deze leerlingen als volwassenen.[178] Justices Marshall en Brennan, het eens met de maatregel, maar oneens met de directe vergelijking met *Widmar*, vonden dat het verschil tussen de twee zaken niet lag in de leeftijd van de leerlingen, maar in het beleid van de onderwijsinstellingen. Zij vonden immers dat bij *Westside*, in tegenstelling tot bij *Widmar*, geen open forum aanwezig was.[179]

De meerderheid gaf het bestaan van dit open forum aan als ondersteuning van het derde argument, de afwezigheid van een religieus primair effect. Door de aanwezigheid van een breed spectrum van officieel erkende leerlingengroepen, zou er geen sprake zijn van goedkeuring door de overheid van één van deze groepen. Een objectieve

---

[175] *Westside v. Mergens*, 496 U.S. 236, 251 (1990).
[176] *Westside v. Mergens*, 496 U.S. 250 (1990).
[177] *Westside v. Mergens*, 496 U.S. 287-288 (1990).
[178] *Westside v. Mergens*, 496 U.S. 275 (1990).
[179] *Westside v. Mergens*, 496 U.S. 267 (1990).

toeschouwer zou geen overheidssteun herkennen.[180] Justice Stevens, maar ook Justices Marshall en Brennan, waren het hier niet mee eens. Deze drie rechters vonden dat er niet een zodanig breed spectrum aanwezig was in het forum van *Westside* om alle risico's weg te halen. Ze constateerden immers dat daar geen enkele andere controversiële leerlingengroep bestond.[181] Marshall en Brennan vonden dat deze situatie, samen met het beleid van *Westside* om niet slechts te tolereren, maar ook actieve steun te bieden voor extracurriculaire groepen, kon leiden tot de perceptie van overheidsgoedkeuring.[182] Dit vonden ze niet acceptabel en Marshall en Brennan vonden dan ook dat het voor schooldistricten nodig was zich te distantiëren van de leerlingengroepen.[183]

De meerderheid van het Hof bepaalde over het derde deel van de *Lemon* test, dat er geen buitensporige verbintenis met religie was. De enige inmenging die overheidsmedewerkers mochten hebben met de groepen was een rol van toezichthouder, zonder dat eraan mocht worden deelgenomen. Hierin constateerde de meerderheid geen controle over de inhoud van de groep. Daarnaast bepaalde het Hof, dat het niet toelaten van religieuze groepen zou leiden tot veel grotere religieuze verbintenisproblemen door de noodzaak om tijdens bijeenkomsten uitingen te controleren op religieuze inhoud.[184]

Hoewel ze het eens waren met de beslissing, vonden Justices Kennedy en Scalia het nog nodig aan te geven dat volgens hen het begrip endorsement niet gebruikt zou moeten worden. Zij vonden dat de letterlijke toepassing van dit begrip neutraliteit in naam, maar vijandelijkheid in de praktijk zou betekenen tegenover religie.[185]

Het Supreme Court was behoorlijk eensgezind over de wettigheid van het toelaten van religieus gedrag op eigen initiatief van

---

[180] *Westside v. Mergens*, 496 U.S. 252 (1990).
[181] *Westside v. Mergens*, 496 U.S. 265, 274 (1990).
[182] *Westside v. Mergens*, 496 U.S. 265, 268 (1990).
[183] *Westside v. Mergens*, 496 U.S. 264-266, 270 (1990).
[184] *Westside v. Mergens*, 496 U.S. 253 (1990).
[185] *Westside v. Mergens*, 496 U.S. 261 (1990).

leerlingen. Er ontstond echter wel discussie, wanneer door het gedrag van scholen, een bepaalde religieuze praktijk leek te worden bevoordeeld. In *Lee* was hier weinig twijfel over door het vanuit de school georganiseerde gebed tijdens de diploma-uitreiking.

In de meerderheidsopinie bevestigde het Hof eerdere beslissingen met de opmerking dat de establishment clause tenminste de overheid verbood mensen te dwingen religie of uitvoering daarvan te steunen of daaraan deel te nemen, of op een andere manier te handelen waardoor het een staatsreligie instelt, of dat neigt te doen. Met deze definitie besloot het Hof dat drie praktijken van de overheid in deze zaak onwettig waren. Ten eerste had een medewerker van de school bepaald, dat een openings- en slotgebed gegeven zou moeten worden tijdens de diploma-uitreiking. Ten tweede had een medewerker van de school de spreker van deze gebeden uitgekozen. Ten derde had een schoolmedewerker de gebeden gestuurd en gecontroleerd, door de spreker een instructieboek over openbare gelegenheden te geven en hem over de inhoud ervan het advies te geven deze non-sektarisch te maken.[186] De overheid controleerde op deze manier de vorm, spreker en de inhoud van de religieuze uitvoering.

Hier bovenop kwam nog eens dat door de supervisie en het toezicht van de school over de diploma-uitreiking sociale druk was ontstaan om te participeren in de gebeden.[187] Ook was de druk om zich aan te passen tijdens een diploma-uitreiking vergelijkbaar met de situatie in een klaslokaal, zoals in *Engel* en *Schempp*.[188]

Justice Souter was het eens met de meerderheidsbeslissing en werd in zijn opinie gesteund door Justices Stevens en O'Connor. Hij vond echter dat ondanks de noodzaak dat de staat neutraal tegenover religie moest staan, de overheid niet verboden werd om rekening te houden met religie. Volgens Souter mocht de staat de vrije uitvoering van religie accommoderen als hiermee een waarneembare hindernis zou worden

---

[186] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 586-588 (1992).
[187] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 593 (1992).
[188] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 596 (1992).

verwijderd. In deze zaak was echter geen sprake van hindernis, omdat leerlingen eventueel voor en na de ceremonie een gebed zouden kunnen organiseren. Omdat de machinerie van de overheid niet noodzakelijk was om geloof uit te oefenen, was de overheidssteun voor gebed in feite een goedkeuring van religie, en daardoor in overtreding met de establishment clause.[189]

Justice Scalia verwoordde de mening van de vier rechters die het oneens waren met de meerderheidsbeslissing. Scalia was het op drie punten oneens met de beslissing. Ten eerste vond hij dat er geen dwang was voor leerlingen om de gebeden bij te wonen.[190] Ten tweede was Scalia het oneens met de bepaling dat de overheid de gebeden had gestuurd. Hij vond niet dat de adviezen van de medewerker van de school werkelijk betekende dat de overheid de inhoud gestuurd had.[191] Ten derde, en fundamenteler dan de andere punten, vond Scalia dat de staat niet neutraal hoefde te zijn tegenover religie. Bovendien zou de overheid niet slechts gevoelig moeten zijn tegenover individuele vormen van eredienst, maar ook tegenover openbare vormen van eredienst, zeker als deze onderdeel zijn van een langdurige Amerikaanse traditie.

> One can believe in the effectiveness of [...] public worship, or one can deprecate and deride it. But the longstanding American tradition of prayer at official ceremonies displays with unmistakable clarity that the establishment clause does not forbid the government to accommodate it.[192]

Hier deed Scalia een beroep op het recht van vrije uitoefening van religie, dat ook openbare vormen van religie zou moeten beschermen. Deze openbare vormen van religie werden door de meerderheid van het Hof echter als minder belangrijk geacht dan het verbod voor de

---

[189] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 627-630 (1992).
[190] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 637-639 (1992).
[191] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 639-640 (1992).
[192] *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 645 (1992).

overheid om religie te bevoordelen, zoals bepaald door de establishment clause. Het conflict tussen de free exercise clause en de establishment clause bleef door de krappe meerderheid van het Hof beslist in het voordeel van de establishment clause.

Het beroep op rechten kwam terug als thema in Santa Fe. Hier werd echter voornamelijk een beroep gedaan op de vrijheid van meningsuiting, terwijl de invloed van de school op vrijwillig gedrag van leerlingen ter discussie stond. In *Lee* was de invloed van de school op de uitvoering van religie zeer duidelijk te constateren. In *Santa Fe* was de invloed van de school minder direct. Hier stond de school toe dat leerlingen zelf, op eigen initiatief, een tweedelige verkiezing zouden organiseren. De eerste verkiezing bepaalde of een religieus element, zoals een openings- of slotgebed, zou worden toegevoegd aan de ceremoniën voor een sportwedstrijd. De tweede verkiezing bepaalde wie deze religieuze voordracht zou uitvoeren. De religieuze inhoud werd aan de gekozen leerling overgelaten, maar mocht niet sektarisch of bekerend zijn. [193] Ondanks deze duidelijk mindere mate van overheidsinmenging vond de meerderheid van het Supreme Court dat de beslissing in *Lee* leidend was.[194]

De meerderheidsbeslissing draaide om de vraag of de uiteindelijke boodschap van de leerlingen private speech was, of government speech. Door de verkiezing leek het alsof de leerlingen een volledig eigen beslissingsbevoegdheid hadden en slechts hun eigen mening zouden uiten voor de footballwedstrijd. Dit zou zijn beschermd door het eerste amendement en de vrijheid van meningsuiting. Een meerderheid van zes van de negen rechters vond echter dat er sprake was van teveel overheidsinmenging om de uiting als volledig individueel te erkennen.

De meerderheid constateerde dat het beleid van de overheid op een aantal gebieden invloed uitoefende op de uiteindelijke communicatie van de boodschap. De spreker werd bepaald door een

---

[193] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 298 (2000), voetnoot 6.
[194] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 301-302 (2000).

verkiezing, welke was toegestaan en erkend door de overheid en slechts rekening zou houden met de wensen van de meerderheid. Minderheden zouden worden genegeerd, en het resultaat zou worden erkend en gesteund door de school, en hiermee door de overheid. De overheid had hiermee niet een openbaar forum gecreëerd, maar een forum, waar slechts de meerderheid vrijheid van meningsuiting had.[195] Hoewel de keuze van de spreker uiteindelijk toe te schrijven was aan de leerlingen, was de beslissing om de verkiezing te houden toe te schrijven aan de staat, waardoor de staat uiteindelijk mede verantwoordelijk was voor de boodschap.[196]

Dit forum genoot bovendien veel elementen van overheidssteun. De boodschap werd gebracht in aanwezigheid van een groot publiek dat was samengekomen als onderdeel van een schoolevenement, vond plaats op het terrein van de school, en werd bovendien omgeroepen via het, door de school gecontroleerde, luidsprekersysteem. [197]

Volgens het Hof was ook de inhoud door de overheid beïnvloed. De beleidstekst stelde dat het schoolbestuur had toegelaten dat leerlingen een kort openingsgebed of een boodschap ("invocation and/or message") zouden aanheffen. Deze expliciete suggestie van een openingsgebed vond het Hof een bevoordeling van een religieuze handeling. Hiernaast werd in het beleid gesteld dat de boodschap het evenement plechtig moest maken ("solemnize"). Het Hof vond dat een religieuze boodschap de meest logische wijze van het plechtig maken van een evenement was.[198] Door al deze elementen bepaalde het Hof dat de boodschap een religieuze zou zijn en vanuit een objectieve toeschouwer zou worden geïnterpreteerd als gesteund door de school, en daarmee door de overheid.

> Regardless of the listener's support for, or objection to, the message, an objective Santa Fe High School student will unquestionably perceive the

---

[195] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 302-305 (2000).
[196] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 311 (2000).
[197] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 307-308 (2000).
[198] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 306-307 (2000).

> inevitable pregame prayer as stamped with her school's seal of approval. […] The text and history of this policy, moreover, reinforce our objective student's perception that the prayer is, in actuality, encouraged by the school.[199]

De gelegenheid in Santa Fe, een sportevenement, verschilde duidelijk van de gelegenheid in Lee, een diploma-uitreiking. Voor de constitutionaliteit van de maatregel maakte dit echter niet veel uit. In beide gevallen was er sprake van indirecte dwang tot participatie in de religieuze uiting, en in beide gevallen werd de gelegenheid door de overheid georganiseerd en gecontroleerd.[200]

Al met al bepaalde de meerderheid van het Supreme Court, door het medium van de boodschap, de spreker, de overheidssupervisie en het overheidsvoorschrift, dat er geen sprake was van private speech. Men stelde echter niet expliciet dat de boodschap government speech was. "The delivery of such a message—over the school's public address system, by a speaker representing the student body, under the supervision of school faculty, and pursuant to a school policy that explicitly and implicitly encourages public prayer—is not properly characterized as "private" speech."[201]

Drie rechters waren het oneens met de meerderheidsbeslissing. Zij vonden dat er wel degelijk sprake was van private speech, omdat de gekozen spreker zelf kon bepalen wat de inhoud van de boodschap zou zijn.[202] Bovendien werd het doel van het beleid als seculier herkend doordat het doel werd geformuleerd als "solemnizing".[203] De meerderheid vond dit niet een oprecht doel van de overheidsmaatregel en stelde dat door het Hof een onderscheid gemaakt zou moeten worden gemaakt tussen een oprecht en een voorgewend doel:

---

[199] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 308 (2000).
[200] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 310-312 (2000).
[201] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 310 (2000).
[202] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 320-322 (2000).
[203] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 322-323 (2000).

> When a governmental entity professes a secular purpose for an arguably religious policy, the government's characterization is, of course, entitled to some deference. But it is nonetheless the duty of the courts to "Distinguis[h] a sham secular purpose from a sincere one."

De minderheid vond dit niet nodig en ging op het woord af van de ontwerper van de maatregel. Ook de expliciete vermelding van de term "invocation" werd niet als bevoordeling gezien, maar slechts als een voorbeeld van een van de vele boodschappen die waren toegestaan.[204] Hiernaast herhaalde de minderheid het standpunt dat de establishment clause geen neutraliteit van de staat vereiste met betrekking tot religie.[205]

Het verschil tussen de voor- en tegenstanders van de maatregel in *Santa Fe* lag voornamelijk in de acceptatie van indirecte invloeden, zowel voor wat betreft de mate van dwang, als de mate van overheidsinvloed op de uiteindelijke boodschap. De meerderheid vond dat de indirecte invloeden zodanig waren, dat er wel sprake was van dwang en niet van individuele vrijheid van meningsuiting of van een seculier doel. De minderheid erkende deze indirecte invloeden niet en vond geen bewijs voor dwang en stelde daarnaast dat de boodschap wel degelijk individueel bepaald werd en dat de maatregel een seculier doel had.

Concluderend zijn de argumenten in de separationistische opinies onder te verdelen aan de hand van de elementen van het communicatieschema: de spreker, de boodschap, het medium, de ontvanger en de feedback. Aangezien het onderwerp van dit artikel eenzijdige communicatie van religie betreft, werd er geen aandacht besteed aan feedback. Ondanks dat de onderwerpen van de behandelde rechtszaken allemaal niet-financieel zijn, is er ook over de financiën een

---

[204] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 323 (2000), voetnoot 4.
[205] *Santa Fe v. Doe*, 530 U.S. 325 (2000).

en ander gesproken. Dit is niet goed in te delen in het communicatieschema, dus worden die elementen apart behandeld.

De spreker uit het communicatieschema is behandeld in *Schempp*, toen participatie van de leraar werd verboden. De optie van de leerling als spreker werd open gehouden, zolang de boodschap maar wel van de spreker zelf kwam. In *Westside* beargumenteerde de enige afwijkende rechter dat de overheid tenminste gedeeltelijk verantwoordelijk was voor uitspraken gedaan in de extracurriculaire religieuze groepen, omdat die groepen niet zouden bestaan zonder overheidsingrijpen. In *Santa Fe* werd door de meerderheid bepaald dat de potentiële religieuze uitspraken van de leerlingen niet geheel vielen onder de noemer private speech. Toch werd hier niet bepaald dat er sprake was van government speech. Niet slechts de overheid was verantwoordelijk. Het was echter al genoeg dat de overheid een stempel van goedkeuring gaf aan de boodschap om een voorbeeld van mixed speech te zijn, een boodschap met gedeelde oorsprong: zowel het individu als de overheid was hier de spreker.[206] Het Hof bepaalde in *Santa Fe* dan ook dat de overheid zelfs niet gedeeld spreker van religieuze boodschappen mocht zijn.

Over de boodschap hadden de separationisten achtereenvolgens bepaald dat het niet mogelijk was voor de overheid om een religieuze boodschap te componeren (*Engel*), te selecteren (*Schempp* en *Lee*), of zelfs maar te beïnvloeden door sturing en controle (*Lee* en *Santa Fe*). Als de overheid daarom een boodschap wilde brengen in het openbaar onderwijs, moest het doel ervan seculier zijn, zoals werd gesteld in het eerste deel van de *Lemon* test. Vele maatregelen werden hierom afgekeurd, maar het moment van stilte, zonder suggestie wat tijdens dat moment te doen, werd al in *Schempp* gesuggereerd en in *Wallace* geaccepteerd.

Met betrekking tot het medium van de religieuze boodschap werd gekeken naar de mate waarin de overheid controle had, en in welke mate overheidssteun hieruit kon blijken. Al in *McCollum* werd

---

[206] Corbin, 'Mixed Speech', 623.

religieus onderwijs in het schoollokaal verboden, mede vanwege de aan de school ontleende autoriteit die hiermee aan het religieus onderwijs werd gegeven. Precies hetzelfde religieus onderwijs werd in *Zorach* wel toegestaan zonder deze schijnbare overheidsgoedkeuring. In *Schempp* werd bepaald dat uitvoering van religie in het schoolgebouw, met controle van overheidsmedewerkers, niet toelaatbaar was. Dit werd herhaald in Lee, toen bepaald werd dat overheidstoezicht tijdens een diploma-uitreiking tot sociale druk leidde om aan de religieuze boodschap mee te doen. In *Westside* werd hierop gereageerd door religieuze groepen te creëren in een open forum, zonder substantiële bijdrage van de schoolmedewerkers. De situatie van *Westside* werd door de meeste rechters wel geaccepteerd als open forum, maar een minderheid vond dat hier niet werkelijk sprake van was door het ontbreken van andere controversiële groepen. In *Santa Fe* bepaalde de meerderheid van het Hof dat er geen sprake was van een open forum, omdat een verkiezing de spreker bepaalde en minderheden niet konden worden gehoord. Bovendien leek hier de religieuze boodschap gesteund te worden door de overheid, omdat deze werd uitgesproken tijdens een schoolevenement, op het terrein van de school en werd uitgezonden over het luidsprekersysteem van de school. Wanneer er overheidscontrole was, of overheidssteun leek te zijn, bepaalde het communicatiemedium dat de religieuze uiting onconstitutioneel was.

Over de ontvanger werd slechts af en toe gesproken door de separationisten. Cruciaal vonden zij wel dat leerlingen niet volwassen waren, en daardoor niet goed in staat om zichzelf te verwijderen tijdens de uitvoering van een religieuze boodschap (Brennan in *Schempp* en Stevens in *Westside*). Het tweede deel van de *Lemon* test toetste of er wel een seculier primair effect van de maatregel was. Slechts eenmaal, in *Stone*, werd een overheidsmaatregel mede hierop afgekeurd, toen het effect op de ontvanger werd geacht religieus te zijn. Dit element in het communicatiemodel onderscheidt het lager en voortgezet onderwijs van vele andere taken van de overheid door de betrokkenheid van minderjarigen.

Naast deze argumenten betreffende communicatie, waren ook enkele opmerkingen gemaakt over financiering van de religieuze boodschap. Justice Douglas was als enige rechter in *Engel* en *Schempp* van mening, dat religieuze boodschappen slechts illegaal zouden zijn, als ze werden gefinancierd door de overheid. In *Stone* bepaalde de meerderheid echter dat financiering ondergeschikt was aan de drie voorwaarden voor overheidsmaatregelen in de *Lemon* test: een seculier doel, een seculier primair effect en geen buitensporige verwikkeling van staat en religie. Deze op het oog lage hoeveelheid opmerkingen over financiën heeft natuurlijk te maken met de onderwerpkeuze van deze analyse en behandeling van slechts rechtszaken met betrekking tot niet-financiële steun.

Ook accomodationistische rechters hadden een ontwikkeling doorgemaakt. Buiten de ad hoc-argumenten, waren er drie elementen die terug bleven komen in de verschillende rechtszaken over religie in het onderwijs. Hun grootste probleem was met de strenge interpretatie van de establishment clause sinds *Everson* in 1947. Het meningsverschil werd steeds feller geuit. In *McCollum* sprak de enige dissenting rechter over een te brede interpretatie van de grondwet. In *Stone* gaf Justice Rehnquist aan dat volgens hem de establishment clause niet beval dat de staat volledig moest worden geïsoleerd van religieuze invloeden. In *Wallace* werd Rehnquist feller en stelde, gesteund door één andere rechter, dat het Hof werkte met een foutieve doctrine en dat er geen neutraliteit van de staat nodig was ten opzichte van religie. Deze stelling werd herhaald in *Lee* door een nipte minderheid van vier rechters en in *Santa Fe* door een minderheid van drie rechters.

Deze positie werd gesteund door een beroep op traditie en door een beroep op rechten. Het tweede terugkerende element is het beroep op traditie dat al werd gebruikt in *Zorach*, waar de meerderheid zich beriep op de religieuze tradities van het land. Later, in *Engel*, deed de enige dissenter, Justice Stewart, hetzelfde, net als Rehnquist in *Wallace,* en Scalia in Lee.

Het derde terugkerende element was het beroep op rechten. Dit argument werd voor het eerst verwoord door Justice Stewart in

Schempp, toen hij constateerde dat het conflict tussen de free exercise clause en de establishment clause in het voordeel van de establishment clause werd beslecht. Hij vond dat de vrije uitoefening van religie niet mocht worden tegengewerkt en dat naast individuele ook collectieve religie moest worden beschermd. Ook in *Wallace* en *Lee* werd een beroep gedaan op het recht op vrije uitoefening van religie. In *Santa Fe* beriepen de accomodationistische rechters zich daarnaast op het recht op vrije meningsuiting.

Conclusie

Het Supreme Court heeft sinds 1940 de mogelijkheden voor openbare scholen om religieuze elementen te behandelen sterk verminderd en heeft daarmee allerlei langdurige tradities verboden. De oplossingen die door Horace Mann waren voorgesteld, om het onderwijs religieus, maar nondenominationeel te maken werden verworpen. Nondenominationale religie was voor het Supreme Court even ongrondwettig als zwaar sektarische religie. Pas toen de nondenominationaliteit zo ver werd doorgetrokken dat zelfs atheïsten er geen probleem mee konden hebben, werd het acceptabel gevonden.

Vooral daarover zijn veel politici gevallen, veelal republikeinen, maar ook democraten.[207] Als reactie op het verbod op gebed en op het lezen van de bijbel in het klaslokaal na *Engel* en *Schempp* hebben vooral lokale politici openlijk gepleit voor het niet naleven van de beslissing van het Supreme Court. De instructies die voortkwamen uit de beslissingen werden op grote schaal genegeerd. Dit was vooral het geval in het Zuiden van de Verenigde Staten, waar in 1966 over 49,5 procent van de openbare scholen nog steeds het lezen van de bijbel werd gerapporteerd.[208]

Naast het simpelweg niet navolgen van de implicaties van de besluiten van het Supreme Court lag een andere optie open, een constitutioneel amendement. Tussen 1964 en 1966 hield het congres een serie hoorzittingen over een constitutioneel amendement die de beslissingen van *Engel* en *Schempp* zou terugdraaien en nondenominationeel schoolgebed zou vrijstellen van de beperkingen van de establishment clause. De conclusie was echter voor veel politici onbevredigend vanwege de twijfel of gebed wel of niet nondenominationeel zou kunnen zijn. Men kon ook niet bepalen of de

---

[207] 'L.A. school board prayer violates constitution, says court', *Church and state* (April 2005) 3, 21.
[208] Sorauf, *The wall of separation*, 285-300.

bijbel nu wel of niet een sektarische tekst was.[209] In de aanloop van het eerste voorstel in het Amerikaanse Congress werden maar liefst 147 verschillende versies opgetekend. Sindsdien zijn er vele constitutionele amendementen ingediend, maar geen enkele is door het Congress gekomen met een tweederde meerderheid,[210] al was er wel meer dan eens een gewone meerderheid, wat echter niet genoeg is voor de acceptatie van een grondwettelijk amendement.[211]

In het amendementsvoorstel van 1980 werd voorgesteld vrijwillig gebed buiten het bereik van het Supreme Court te plaatsen. Het Hof had echter al in meerderheid op verschillende gelegenheden bepaald dat ook indirecte dwang relevant was in deze constitutionele kwestie, waardoor vrijwilligheid van gebed toch betwistbaar zou blijven. De discussie over de noodzaak van directe dwang bleef echter gaande gedurende de gehele periode, doordat accomodationistische rechters bleven stellen dat er slechts één soort onwettige handeling was voor overheidshandelen met betrekking tot religie in het openbaar onderwijs: dwang door wet, met dreiging van straf. Deze visie heeft echter tussen 1940 en 2000 nooit de meerderheid in het Supreme Court bemachtigd.

Dezelfde rechters die vonden dat slechts deze letterlijke beperking gold voor de overheid, vonden ook dat neutraliteit van de overheid niet nodig was in religieus beleid. De rechters die wel de traditie van *Everson* volgden waren echter in de meerderheid, waardoor de rol van de overheid steeds verder werd teruggedrongen. De overheid werd eerst verboden om de spreker te zijn van religieuze uitingen, later om zelfs maar de spreker te selecteren. Eerst werd de overheid verboden een religieuze boodschap op te stellen, later die te selecteren, en nog later ook maar enige, zelfs gedeelde, invloed te hebben op de

---

[209] Collins, *geographical analysis*, 106.
[210] Constitutionele amendement om gebed op openbare scholen mogelijk te maken werden ingediend in 1964, 1966, 1970, 1980, 1982 en 1997-1998.
[211] Geoffrey R. Stone, 'In Opposition to the School Prayer Amendment', *University of Chicago Law Review*, Vol. 50, No. 2 (1983) 823-848; Collins, *geographical analysis*, 106-110, 134-135.; en Sorauf, *The wall of separation*, 312-315, 369.

boodschap. In *McCollum* werd al verboden dat de overheid via het medium van de religieuze boodschap haar goedkeuring mee zou geven. Dit verbod bleef in stand tot en met *Santa Fe* in 2000.

Regelgeving over religie in het openbaar onderwijs is aanzienlijk veranderd sinds de "rights revolution" en de incorporatie van de religieclausules in het veertiende amendement op de Amerikaanse grondwet. De praktijk van uitvoering van een nondenominationele vorm van religie werd verboden door de onmogelijkheid een voor iedereen nondenominationele vorm van religie te vinden. De definitie van dwang werd langzamerhand steeds verder uitgebreid. Dit leidde tot een erkenning van onder andere allerlei psychologische elementen als dwang, waardoor ook indirecte dwang via sociale druk een relevante factor werd voor de establishment clause-beschermingen. Vooral de rol van de overheid werd gaandeweg steeds verder teruggedrongen, totdat zij in de openbare school niet meer auteur, spreker of ondersteuner mocht zijn van religieuze uitingen.

Over dit onderwerp is al veel historisch en juridisch onderzoek gedaan, maar nauwgezet onderzoek naar de partijen in dit conflict kan nog zeker meer licht schijnen op maatschappelijke ontwikkelingen van seculiere en religieuze bewegingen. In elke rechtszaak kan een partij bijvoorbeeld een amicus curiae sturen, waarin argumenten en standpunten kunnen worden medegedeeld aan het Hof. Analyse van deze stukken kan de posities van posities van verschillende partijen historisch in kaart brengen. Ander onderzoek zou zich kunnen richten op de rechtszaken over het onderwijs van creationisme en evolutietheorie.[212] Interessant zou zijn te bepalen hoe het stemgedrag van de rechters en de standpunten van verschillende maatschappelijke organisaties in die zaken zich verhouden tot hun posities met betrekking tot gebed op school.

---

[212] Belangrijke rechtszaken zijn onder andere: *The State of Tennessee v. John Thomas Scopes* (1926), *Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 (1968), *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987), en *Tammy Kitzmiller, et al. v. Dover Area School District*, et al., 400 F. Supp. 2d 707 (2005).

De discussie over de uitoefening van religie is nog lang niet ten einde en zal door de gevoeligheid van het onderwerp nog zeker veel aandacht blijven krijgen. Met de recente rechtszaken over elementen van Amerikaanse civiele religie, zoals de frase "under God" in de pledge of allegiance[213], is duidelijk geworden dat staatsgesteunde religieuze elementen in ieder geval in het onderwijs onder vuur zijn komen te liggen.[214] Ook symbolische en nondenominationele elementen van de Amerikaanse civiele religie zullen worden betwist, al zeggen sommigen dat het begrip civiele religie deze elementen in stand zou kunnen houden.[215] Wat het Supreme Court hierover zal zeggen is lastig te voorspellen en zal mede afhangen van de politieke wind. Als de voortekenen echter niet bedriegen zal religie in het openbaar onderwijs ook de komende tijd een dynamische constitutionele kwestie blijven.

---

[213] Volledige tekst van pledge of allegiance is: "I pledge allegiance to the flag of the United States of America, and to the republic for which it stands, one nation under God, indivisible, with liberty and justice for all."

[214] *Newdow v. US Congress*, 292 F. 3d 597 (2002); *Elk grove unified school dist. V. Newdow* (02-1624) 542 U.S. 1 (2004); en *Newdow v. Rio Linda Union School District*, 05-17257, 05-17344, 06-15093 (2010).

[215] Yehudah Mirsky, 'Civil religion and the establishment clause', *Yale Law Journal*, 95 (1985-1986) 1257; Richard H. Jones, '"in God We Trust" and the establishment clause', *Journal of Church and State*, Vol. 31, No. 3 (1989) 381-417; Derek H. Davis, 'Editorial: Separation, Integration, and Accommodation: Religion and State in America in a Nutshell', *Journal of Church and State*, Vol. 43, No. 4 (2001) 16-17; en Matthew W. Cloud, '"One nation, under God": tolerable acknowledgement of religion or unconstitutional cold war propaganda cloaked in American civil religion?', *Journal of Church and State*, Vol. 46, No. 2 (2004) 311-340.

Literatuurlijst

Primaire literatuur:[216]

State ex rel. Weiss and others vs. District Board, etc., 76 Wis. 177 (1890).[217]
Bradfield v. Roberts, 175 U.S. 291 (1899).
Quick Bear v. Leupp, 210 U.S. 50 (1908).
Cochran v. Louisiana Board of Education, 281 U.S. 370 (1930).
United States v. Carolene Products Company, 304 U.S. 144 (1938).
Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296 (1940).
Everson v. Board of Education, 330 U.S. 1 (1947).
McCollum v. Board of Education, 333 U.S. 203 (1948).
Zorach v. Clauson, 343 U.S. 306 (1952).
Engel v. Vitale, 370 U.S. 421 (1962).
Abington v. Schempp, (samen met *Murray v. Curlett*), 374 U.S. 203 (1963).
Chamberlin v. Dade County Board of Public Instruction, 377 U.S. 402 (1964).
Walz v. Tax Commission of the City of New York, 397 U.S. 664 (1970).
Tilton v. Richardson, 403 U.S. 672 (1971).
Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971).
Stone v. Graham, 449 U.S. 39 (1980).
Widmar v. Vincent, 454 U.S. 263 (1981).
Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668 (1984).
Wallace v. Jaffree, 472 U.S. 38 (1985).
County of Allegheny v. ACLU, 492 U.S. 573 (1989).
Westside School District v. Mergens, 496 U.S. 226 (1990).
Lee v. Weisman, 505 U.S. 577 (1992).

---

[216] Teksten van rechtszaken gevonden op http://supreme.justia.com, tenzij anders vermeld.
[217] Tekst gevonden op http://www.wicourts.gov.

Jones v. Clear Creek Independent School District, 977 F.2d 963 (1992).[218]
Santa Fe Independent School District v. Doe, 530 U.S. 290 (2000).
Newdow v. US Congress, 292 F. 3d 597 (2002).
Elk grove unified school dist. v. Newdow (02-1624) 542 U.S. 1 (2004).
Newdow v. Rio Linda Union School District, 05-17257, 05-17344, 06-15093 (2010).[219]

Secundaire literatuur

ACLU, *Doe v. Santa Rosa County School Board: Myths and Facts*, http://www.aclufl.org/pdfs/SRosaMyths.pdf (19-08-2010).

Anonymous, 'L.A. school board prayer violates constitution, says court', *Church and state* (April 2005) 3, 21.

Beaufort, Fleur, de, Hägg, Ingemund, en Schie, Patrick, van, *Separation of church and state in Europe: with views on Sweden, Norway, the Netherlands, Belgium, France, Spain, Italy, Slovenia and Greece* (Brussel 2008).

Belknap, Michael, 'Anticommunist hysteria and political persecution', in: Major problems in American constitutional history. Volume II: From 1870 to the present, ed. Hall, Kermit L. (Lexington 1992) 271-283.

Berra, Tim M., *Evolution and the myth of creationism: a basic guide to the facts in the evolution debate* (Stanford 1990).

Bruce, Steve, 'Modernity and fundamentalism: the new Christian right in America', *The British Journal of Sociology*, vol. 41, no. 4 (1990) 477-496.

[218] Tekst gevonden op http://www.faculty.piercelaw.edu.
[219] Tekst gevonden op http://www.ca9.uscourts.gov.

Cloud, Matthew W., '"One nation, under God": tolerable acknowledgement of religion or unconstitutional cold war propaganda cloaked in American civil religion?', *Journal of Church and State*, Vol. 46, No. 2 (2004) 311-340.

Collins, Damian C.A., *The place of religion in public school: a geographical analysis of U.S. and Canadian law* (Auckland 2004).

Corbin, Caroline Mala, 'Mixed Speech: When Speech is both Private and Governmental', *New York University Law Review*, Vol. 83 (2008) 605-692.

Cord, Robert L., 'Church-State separation: restoring the "no preference" doctrine of the first amendment', *Harvard Journal of Law & Public Policy* (1986) 129-172.

Couvillion, Vic, 'School Board might OK teaching creationism', *The Advocate*, http://www.2theadvocate.com/news/99153999.html (24 juli 2010).

Crabb, Kelly C., 'Religious symbols, American traditions and the constitution', *Brigham Young University Law Review* (1984) 509-562.

Craig, James E. M., '"In God we trust," unless we are a public elementary school: making the case for extending equal access to elementary education', *Idaho Law Review*, 36 (2000) 529-562.

Craig, Robert H., *Religion and radical politics: an alternative Christian tradition in the United States* (Philadelphia 1992).

Curry, Thomas J., *The first freedoms. Church and state in America to the passage of the first amendment* (Oxford 1986).

Davis, Derek H., 'Editorial: Separation, Integration, and Accommodation: Religion and State in America in a Nutshell', *Journal of Church and State*, Vol. 43, No. 4 (2001) 5-17.

Edge, Peter W., *Legal responses to religious difference* (Den Haag 2002).

Giannella, Donald A., '*Lemon* and *Tilton*: The bitter and the sweet of church-state entanglement', *Supreme Court Review* (1971) 147-200.

Gibson, Alan Ray, *Interpreting the founding: guide to the enduring debates over the origins and foundations of the American republic* (Lawrence 2006).

Hall, Kermit L., 'Freedom of and freedom from religion', in: Hall, Kermit L. ed., *Major problems in American constitutional history. Volume II: From 1870 to the present* (Lexington 1992) 462-493.

Haupt, Claudia E., 'Mixed Public-Private Speech and the establishment clause' *Tulane Law Review* (Forthcoming), http://ssrn.com/abstract=1616167 (May 1, 2010).

Hebel, Udo J., *The construction and contestation of American cultures and identities in the early national period* (Heidelberg 1990).

Helms, Jesse, 'Jesse Helms on prayer in the public schools', in: Hall,

Kermit L. ed., *Major problems in American constitutional history. Volume II: From 1870 to the present* (Lexington 1992) 491-493.

Hudspeth, C.M., 'Separation of Church and State in America', *Texas Law Review*, 33 (1954-1955) 1035-1056.

Hutchison, William R., *Religious pluralism in America: the contentious history of a founding ideal* (New Haven 2003).

Hyneman, Charles S. en Lutz, Donald S., *American political writing during the founding era, 1760-1805* (Indianapolis 1983).

Jeffries, John C. Jr., en Ryan, James E., 'A political history of the establishment clause', *Michigan Law Review*, Vol. 100 (2001) 279-370.

Johnson, Alvin W., en Yost, Frank H., *Separation of the church and state in the United States* (Minneapolis 1948).

Jones, Richard H., '"in God We Trust" and the establishment clause', *Journal of Church and State*, Vol. 31, No. 3 (1989) 381-417.

Finzsch, Norbert, *Identity and intolerance: nationalism, racism, and xenophobia in Germany and the United States* (Washington, D.C. 1998).

Kirven, Gerald, 'Freedom of religion or freedom from religion?', *American Bar Association Journal*, 48 (1962) 816-819.

Kurland, Philip B., 'The regents' prayer case: "full of sound and fury, Signifying..."', *Supreme Court Review* (1962) 1-32.

Lambert, Frank, *Religion in American politics. A short history* (Princeton 2008).

Larson, Edward J., *Summer for the gods: the Scopes trial and America's continuing debate over science and religion* (Cambridge, MA. 1998).

Laycock, Douglas, '"Nonpreferential" aid to religion: a false claim about original intent', *William and Mary Law Review* (1985-1986) 875-923.

Levy, Leonard W., 'The Supreme Court's defense of freedom of religion', in: Hall, Kermit L. ed., *Major problems in American constitutional history. Volume II: From 1870 to the present* (Lexington 1992) 500-504.

Lind, Michael, *The next American nation: the new nationalism and the fourth American revolution* (New York 1995).

MacGarvie, Mark D., *One nation under law: America's early national struggles to separate church and state* (DeKalb 2005).

Madison, James, 'Memorial and remonstrance against religious assessments', in: Hall, Kermit L. ed., *Major problems in American constitutional history. Volume II: From 1870 to the present* (Lexington 1992) 464-467.

McClellan, James, 'The Supreme Court's usurpation of freedom of religion', in: Hall, Kermit L. ed., *Major problems in American constitutional history. Volume II: From 1870 to the present* (Lexington 1992) 493-500.

McConnell, Michael W., 'Accommodation of religion', *Supreme Court Review* (1985) 1-59.

Meiklejohn, Alexander, 'The first amendment is an absolute', *Supreme Court Review* (1961) 245-266.

Melton, Gary B., 'Populism, school prayer, and the courts: Confessions of an expert witness, New Directions for Child and Adolescent Development', *New Directions for Child and Adolescent Development*, 33, Autumn (1986) 63–73.

Mirsky, Yehudah, 'Civil religion and the establishment clause', *Yale Law Journal*, 95 (1985-1986) 1237-1257.

Moen, Matthew C., 'From revolution to evolution: the changing nature of the Christian Right', *Sociology of religion*, 55:3 (1994) 345-357.

Monsma, Stephen V., en Soper, J. Christopher, *The challenge of pluralism. Church and state in five democracies*, tweede editie (Lanham 2009).

Oldfield, Duane Murray, *The right and the righteous: the Christian Right confronts the Republican Party* (Lanham 1995).

Olree, Andy G., 'Identifying Government Speech', *Connecticutt Law Review*, 42 (2009-2010) 365-434.

Pfeffer, Leo, 'Court, constitution and prayer', *Rutgers Law Review*, 16 (1961-1962) 735-752.

Richardson, Elmo R., *The presidency of Dwight D. Eisenhower* (Lawrence 1979).

Schama, Simon, *De Amerikaanse toekomst: een geschiedenis*, Delft, Frans van, Houtzager, Guus, en Snijders, Meile vert. (Amsterdam 2008).

Smidt, Corwin, *Pulpit and politics: clergy in American politics at the advent of the millennium* (Waco 2004).

Smith, Christian, *The secular revolution: power, interests, and conflict in the secularization of American public life* (Berkeley 2003).

Smith, Michael E., 'The special place of religion in the constitution', *Supreme Court Review* (1983) 83-123.

Sorauf, Frank J., *The wall of separation. The constitutional politics of church and state* (Princeton 1976).

Stokes, Anson Phelps, *Church and State in the United States* I (New York 1950).

Stokes, Anson Phelps, *Church and State in the United States* II (New York 1950).

Stokes, Anson Phelps, *Church and State in the United States* III (New York 1950).

Stone, Geoffrey R., 'In Opposition to the School Prayer Amendment', *University of Chicago Law Review*, Vol. 50, No. 2 (1983) 823-848.

Trees, Andrew S., *The founding fathers and the politics of character* (Princeton 2004).

Turner, James Crewdson, *Without God, without creed: the origins of unbelief in America* (Baltimore 1985).

Tushnet, Mark, '"of church and state and the supreme court": Kurland revisited', *Supreme Court Review* (1989) 373-402.

Tushnet, Mark. 'The Rights Revolution in the Twentieth Century', in: Grossberg, Michael en Tomlins, Christopher L. ed., *The Twentieth Century and After (1920–)* (Cambridge 2008).

Van Alstyne, William, 'Trends in the supreme court: Mr. Jefferson's crumbling wall – A comment on *Lynch v. Donnely*', *Duke law journal*, No. 4 (1984) 770-787.

White, James Boyd, 'Talking about religion in the language of the law. Impossible but necessary', *Marquette Law Review*, Vol. 81, No. 2 (Winter 1998) 177-202.

Wuthnow, Robert, *The restructuring of American religion. Society and faith since world war II* (Princeton 1988).
http://religions.pewforum.org/affiliations (19-08-2010).

AUTEURSRECHT

Op alle publicaties rust auteursrecht. Alle door de JHSG gepubliceerde stukken zijn uitsluitend bedoeld voor persoonlijk gebruik. Op verveelvoudiging van werk staan de sancties die de auteurswet aan schrijvers en uitgevers verleent.
Het is wel mogelijk toestemming vooraf te vragen wanneer verveelvoudiging overwogen wordt.