

L'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE DURANTE IL COVID-19

di Leandra ABBRUZZO*

SOMMARIO: **1.** La centralità del diritto all'istruzione nell'ordinamento italiano. **2.** La differenza tra il diritto interno e il diritto internazionale. **3.** Il diritto all'istruzione come diritto finanziariamente condizionato e la tutela della Corte costituzionale. **4.** I provvedimenti limitativi del diritto all'istruzione durante la pandemia da Covid-19. **5.** Le ordinanze regionali e il contenzioso amministrativo. **6.** Le conseguenze della didattica a distanza. **7.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The measures adopted since March 2020 to tackle the Covid-19 pandemic and to avoid an exponential increase in infections have had repercussions on the lives of citizens, of whom many rights have been limited, including the right to education. The school and university sectors, in fact, require effective anti-contagion measures in order to ensure the protection of students. These measures, however, if on the one hand they guarantee respect for social distancing (and therefore the right to health), on the other they seem to undermine the effectiveness of the right to education.*

1. La centralità del diritto all'istruzione nell'ordinamento italiano.

* Cultrice della materia in Istituzioni di diritto pubblico presso Università degli Studi di Napoli " Federico II

La nostra Costituzione sancisce esplicitamente il diritto all'istruzione, inquadrando la disciplina scolastica nella parte I del titolo II¹. Secondo l'art. 34 Cost. "la scuola è aperta a tutti" e l'istruzione inferiore è obbligatoria e gratuita. Determinati doveri e obblighi corrispondono a tali diritti. Innanzitutto, la Repubblica deve istituire scuole statali per ogni ordine e grado (art. 33, co. 2, Cost.). La Costituzione, altresì, riconosce la libertà di insegnamento (art. 33, co. 1, Cost.), di istituire scuole ed istituti di educazione da parte di enti e privati senza oneri per lo Stato (art. 33, co. 3, Cost.) e la possibilità per le scuole anche non statali di poter esser dichiarate "pari" a quelle statali specificando che la legge deve garantire ai loro allievi un trattamento equipollente a quello delle scuole statali (art. 33, co. 4, Cost.). Infine, l'obbligo scolastico vincola l'alunno (e i suoi genitori ex art. 34, co. 2, Cost.).

Per comprendere la centralità costituzionale del diritto all'istruzione e il significato del suo riconoscimento, emersi già in molte discussioni dell'Assemblea costituente², è necessario leggere in combinato disposto gli enunciati dell'art. 34 Cost. con i principi fondamentali della Costituzione e, in particolare, con gli artt. 2, 9, co. 1, e 1, co. 1, Cost.³.

¹ Questo è un chiaro punto di rottura rispetto al passato. Lo Statuto Albertino del 1848, infatti, non conteneva alcuna disposizione concernente il settore scolastico. Pur non sancendola espressamente, lo Statuto Albertino è comunque considerato dalla dottrina dell'epoca il fondamento della libertà di insegnamento perché «secondo la mente della Costituzione là è racchiusa insieme a tutte le libertà politiche» (Cfr. F. DE GREGORIO, *La scolarizzazione in Italia dallo Statuto Albertino alla Legge Coppino*, in *Italiaica*, 2010, al sito <http://www.italiaica.it/news/articoli/22938>), risultando vigente a prescindere da una norma *ad hoc*. La dottrina, da un lato, considerava la libertà di insegnamento e le libertà accademiche diritti naturali preesistenti lo Stato, e, dall'altro, le ricavava per via interpretativa dall'articolo 28 e dall'articolo 32 dello Statuto.

² Cfr. F. CORTESE, *La costituzione scolastica: radici, temi e risultati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018, pp. 45 ss.

³ Cfr. G. LANEVE, *La scuola per la Costituzione e la Costituzione per la scuola*, in *Federalismi*, 2014, Numero 13, p. 1 e ss.

È necessario analizzare in primo luogo l'art. 2 Cost.: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo". Nonostante la Costituzione qualifichi come inviolabili solo quattro diritti⁴, la Corte costituzionale ha considerato inviolabili anche altri diritti tra cui il diritto alla vita, il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero e i diritti all'istruzione, al mantenimento ed all'educazione⁵. In particolare, si è rilevato come "fra tutti i diritti inviolabili dell'uomo, quello all'istruzione e alla formazione è fra i più intensamente tutelati, in quanto la Costituzione lo configura come diritto immediatamente esigibile ad ottenere certe prestazioni, senza condizioni di pagamento o di altro genere"⁶.

L'art. 2 Cost. sancisce, altresì, il principio di solidarietà ovvero la Repubblica richiede ad ogni persona "l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Ogni persona è membro della comunità e in quanto tale, oltre a essere titolare di diritti, le sono imposti dei doveri e degli obblighi finalizzati alla vita ed allo sviluppo della società. Lo stesso diritto all'istruzione comporta la necessità di assicurare alla persona "un percorso di conoscenza che le consente di formarsi, di crescere, di affrancarsi dai retaggi sociali e, al contempo, di integrarsi e contribuire attivamente al benessere della società"⁷. Tutto il sistema scolastico e universitario trova la propria ragion d'essere nella realizzazione dei

⁴ Sono diritti inviolabili la libertà personale (art. 13 Cost.), la libertà di domicilio (art. 14 Cost.), la libertà e segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.) ed il diritto di difesa giurisdizionale (art. 24 Cost.).

⁵ Cfr. Corte cost. sent. nn. 329/2011 e 50/2008.

⁶ A. CATELANI, *Diritto all'istruzione e pluralismo scolastico*, in *Pensare il Diritto*, 2014, p. 2.

⁷ A. SANDULLI, *Istruzione*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, p. 3305 ss.

valori personalistici, in virtù del rapporto di strumentalità tra la funzione pubblica e la persona⁸.

Tutela dei diritti e imposizione di doveri sono complementari e pertanto inseriti nella stessa disposizione costituzionale. Questa logica si ritrova spesso in Costituzione, come nella disciplina del diritto al lavoro, al voto e anche all'istruzione: non solo un diritto, ma il fondamento dell'obbligo di istruirsi e del dovere dei genitori di istruire. Connessione che è stata bene espressa dalla Corte costituzionale secondo cui "il diritto all'istruzione non è inteso nel sistema della Costituzione come un diritto che sia esclusivamente tale e sia perciò svincolato dall'adempimento di corrispondenti doveri da parte dei genitori. L'art. 30 addita (...) il binomio dovere-diritto come operante nel campo di quei rapporti etico-sociali che trovano nella famiglia il loro fondamentale ambiente e movente"⁹. La stessa dottrina contemporanea ravvisa nell'art. 34 Cost. una posizione soggettiva ancipite, che si sostanzia, per un verso, nel diritto di ricevere una formazione adeguata e, per altro verso, nell'obbligo di attivarsi per conseguirla¹⁰.

In virtù dell'art. 9, co. 1, Cost., il diritto all'istruzione è espressione dell'obiettivo costituzionale della promozione dello sviluppo della cultura, della ricerca scientifica e tecnica, della tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico nazionale (art. 9, co. 2, Cost.).

Quanto all'art. 1, co. 1, Cost., esso rinforza il *pactum societatis*¹¹: il diritto de quo serve non solo a conoscere, ma a riconoscersi in quanto cittadini. In questa seconda prospettiva, tanto la "scuola" (art. 34, co. 1, Cost.) quanto l'"istruzione inferiore" (art. 34, co. 2 Cost.) sono testualmente prospettate al singolare e, dunque,

⁸ R. MANFRELOTTI, "S'ode a destra uno squillo di tromba..." *Il diritto all'istruzione universitaria nella l. 240 del 2010*, in *Formalex- MeTis- Mondì educativi. Temi indagini suggestioni.*, Numero 1- 12/2011, p. 1 e ss.

⁹ Corte cost. sent. n. 7/1967.

¹⁰ R. MANFRELOTTI, *op. cit.*, Numero 1- 12/2011, p. 1 e ss.

¹¹ G. LANEVE, *op. cit.*, p. 9 e ss.

assumono una connotazione fundamentalmente unitaria differentemente dai "gradi più alti degli studi" (art. 34, co. 3, Cost.) assunti nella loro pluralità.

Essendo il percorso di conoscenza un elemento di ricchezza sociale, l'istruzione rappresenta uno strumento di affermazione della persona umana e una garanzia di eguaglianza sociale ex art. 3, co. 2, Cost. Il diritto ex art. 34 Cost. non è meramente formale, bensì è un diritto a godere dell'istruzione necessaria, malgrado ogni possibile ostacolo economico o sociale, un diritto soggettivo tale da incidere sull'ordinamento stesso del servizio: è compito dello Stato "porre in essere azioni positive volte a garantire a tutti di godere delle medesime condizioni di partenza"¹².

Nell'art. 28, co. 1, del Progetto di Costituzione approvato dalla Commissione per la Costituzione dell'Assemblea costituente era previsto che "la scuola è aperta al popolo"¹³, collegando così la scuola al principio della sovranità popolare (art. 1 Cost.); successivamente, il termine "popolo" fu sostituito con "tutti", istituendo una connessione col principio di uguaglianza.

Al fine di garantire questo diritto, la Repubblica deve "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale (...) che impediscono il pieno sviluppo della persona umana". In sintesi se la scuola è aperta a tutti¹⁴, deve esserlo anche nei confronti di ciascuno, nel senso che va "garanti[to] il diritto all'istruzione malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona"¹⁵. Se tutti sono uguali, tutti devono essere garantiti allo stesso modo nel loro diritto ad essere istruiti. Pertanto "nessun tipo e ordine di studi, e

¹² A. SANDULLI, *Contro il mercato dell'istruzione scolastica*, in *www.costituzionalismo.it*, fascicolo 1, 2009, p. 2.

¹³ Cfr. Atti dell'Assemblea costituente, IV, p. 3226 e p. 3385.

¹⁴ D. PORENA, *La Scuola, l'Università e la Formazione professionale quale possibile veicolo per i processi di migrazione circolare*, in *Federalismi.it*, 2017, fasc. I, pp. 2 ss.

¹⁵ Corte cost. sent. n. 215/1987.

delle connesse attività didattiche, può essere precluso ai cittadini dell'uno e dell'altro sesso"¹⁶.

Secondo quanto disposto dall'art. 33, co. 3, Cost., infatti, "la Repubblica detta le norme generali sull'istruzione". Compete ai pubblici poteri predisporre il modello di istruzione da impartire allo studente. La legge costituzionale 3/2001 ha previsto una competenza legislativa concorrente circa l'istruzione, eliminando il monopolio dello Stato nelle politiche del settore¹⁷. È quindi necessaria l'istituzione di "scuole statali per tutti gli ordini e gradi" (art. 33, co. 2, Cost.), nonché la prospettazione all'art. 117, co. 2, lett. n), Cost. di "norme generali sull'istruzione" distinte dai principi fondamentali dell'"istruzione", di cui all'art. 117, co. 3, Cost., oggetto di una competenza legislativa esclusiva dello Stato. La Corte costituzionale ha stabilito in merito che "il sistema generale dell'istruzione (...) riveste carattere nazionale, non essendo ipotizzabile che esso si fondi su una autonoma iniziativa legislativa delle Regioni, limitata solo dall'osservanza dei principi fondamentali fissati dallo Stato"¹⁸, nonostante sia comunque consentito, ai sensi dell'art. 116, co. 3, Cost., attribuire a singole Regioni "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia".

Stato e Regioni si impegnano ovviamente a non comprimere l'autonomia scolastica (art.117, co. 3, Cost.) e ad esercitare le funzioni amministrative in materia di istruzione nel rispetto del principio di sussidiarietà verticale (art. 118, co. 1, Cost.)¹⁹.

¹⁶ Corte cost. sent. n. 173/1983.

¹⁷ Cfr. A. POGGI, *Il sistema nazionale di istruzione dopo la revisione costituzionale. Spunti per una rilettura del principio pubblico-privato alla luce del principio di sussidiarietà*, in *Federalismi*, 10 marzo 2005.

¹⁸ Corte cost., sent. n. 200/2009.

¹⁹ Sulla base dell'art. 117 lett. m) ed n) lo Stato ha una competenza esclusiva sulla definizione "dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale" e "sulle norme generali sull'istruzione". Le Regioni invece hanno una competenza concorrente, in base all'art. 117, comma 3, sull' "istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche

2. La differenza tra il diritto interno e il diritto internazionale.

Nella disciplina italiana, dunque, non vi è riferimento a ipotetiche e possibili limitazioni del diritto in questione. Bisogna sottolinearsi, tuttavia, che già nei primi riconoscimenti²⁰ il diritto de quo non è

e con esclusione dell'istruzione e della formazione professionale' che pertanto spetta alle Regioni quale competenza esclusiva. Inoltre, possono essere attribuite alle Regioni a statuto ordinario, come recita l'art. 116, comma 3, Cost., "*ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia*", sia nelle materie di competenza concorrente che nella definizione di norme generali sull'istruzione nel rispetto delle condizioni procedurali e di sostenibilità finanziaria ivi previste.

²⁰ Il diritto all'istruzione è stato riconosciuto per la prima volta dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1948 (art. 26), successivamente dal Protocollo addizionale alla CEDU sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1952 (art. 2), dalla Dichiarazione dei diritti del fanciullo del 1959 (art. 7), dalla Carta sociale europea del 1961 (artt. 7, 9 e 10), dal Patto Internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 (art. 13), dalla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981 (art. 17) e dalla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1989 (art. 28). Quest'ultima nell'art. 28 enuclea le azioni che tutti gli Stati firmatari della Convenzione si impegnano a compiere al fine di garantirne il godimento e precisa, altresì, nell'art. 29 le finalità che l'educazione deve perseguire, tra cui: favorire lo sviluppo della personalità del fanciullo, delle sue facoltà e potenzialità, il rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali, dei genitori, dei propri valori culturali e nazionali, dell'ambiente naturale nonché prepararlo ad assumere le responsabilità della vita in una società libera, in uno spirito di comprensione, di pace, di tolleranza, di uguaglianza tra i sessi e tra tutti i popoli e gruppi etnici, nazionali e religiosi.

Alcuni riferimenti al diritto in questione si rinvencono anche nelle Convenzioni che si occupano di eliminare forme di discriminazione. La Convenzione contro la discriminazione nell'educazione del 1960, ad esempio, si propone di eliminare qualsiasi distinzione che abbia lo scopo di cancellare e/o compromettere l'uguaglianza di trattamento nel campo dell'educazione; mentre la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 all'art. 5 include il diritto all'educazione nel novero di quei diritti di cui deve essere garantito il godimento, vietando ogni tipologia di discriminazione.

Possono essere citati, inoltre, l'art. 10 della Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna del 1979, che impegna gli Stati firmatari ad intraprendere tutte le misure necessarie per eliminare ogni distinzione tra uomo e donna nel campo dell'educazione; la Convenzione sulla tutela dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri delle loro famiglie del 1991, che assicura ai componenti delle famiglie dei lavoratori migranti l'uguaglianza di trattamento

presentato come un diritto assoluto. Il Patto sui diritti economici, sociali e culturali (PDESC), ad esempio, prevede, all'art. 4, che gli Stati possano assoggettare i diritti del Patto a limiti stabiliti per legge "nella misura in cui ciò sia compatibile con la natura di tali diritti". Il Protocollo addizionale CEDU, allo stesso modo, comprende la possibilità di deroga, nel rispetto del principio di proporzionalità, del diritto all'istruzione (sottoponendolo alle stesse norme della Convenzione) in caso di pericolo pubblico che "minacci la vita della nazione", previa formale notifica al Segretario Generale del Consiglio d'Europa.

La prassi della Corte europea dei diritti umani, inoltre, consente restrizioni al diritto all'istruzione, per le quali lo Stato gode di un certo margine di apprezzamento, purché non si pregiudichi «l'essenza stessa del diritto»²¹. Quest'ultima richiama i «*minimum essential levels*», stabiliti dal Comitato sui diritti economici sociali e culturali dell'ONU tra cui: istruzione conforme agli obiettivi indicati nell'art. 13, par. 1, PDESC; istruzione primaria garantita a tutti gratuitamente ed accesso non discriminatorio. Una delle sentenze avente ad oggetto la discriminazione in tema di istruzione è stata quella pronunciata nel caso D.H. e altri c. Repubblica Ceca, del 13 dicembre

rispetto ai cittadini dello Stato di impiego e pone a carico degli Stati firmatari l'obbligo di adottare delle politiche che facilitino l'integrazione dei figli dei lavoratori migranti nel sistema scolastico locale e, infine, le Linee Guida sulla Protezione dei minori stranieri non accompagnati dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati, nella cui Prefazione si legge "La scuola è uno dei modi migliori per assicurare ai minori la stabilità e la prevedibilità di cui hanno bisogno. La scuola può focalizzare l'attenzione dei minori, stimolare la loro creatività, e sviluppare le loro abilità sociali." (UNHRC, *Refugee Children: guidelines on protection and care, Preface*, p.16, Ginevra, 1994).

Con la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, la tutela dei diritti fondamentali è entrata a far parte del diritto dell'Unione. L'art. 14 garantisce a ogni individuo il diritto all'istruzione, l'accesso alla formazione professionale e continua, l'accesso gratuito all'istruzione obbligatoria, la libertà di creare istituti di insegnamento nel rispetto dei principi democratici, e il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei figli.

²¹ Cfr. *Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, aggiornata al 2019, pp. 5-6.

2007, con cui la Corte si è espressa sulla violazione dell'art. 14 della CEDU (divieto di discriminazione) e dell'articolo 2 del Protocollo Addizionale. Tale sentenza risulta particolarmente rilevante: non solo interessa un caso di discriminazione indiretta (i ricorrenti si lamentavano della formazione di classi scolastiche costituite esclusivamente da bambini rom in alcuni istituti scolastici cechi, sulla base di un test attitudinale che non teneva conto delle difficoltà linguistiche e culturali dei bambini stranieri), ma ha escluso che il consenso dei genitori potesse giustificare disparità nel godimento del diritto all'istruzione²².

Allo stesso modo, lo *Special Rapporteur*²³ nel rapporto del 2008²⁴ sull'educazione durante le emergenze sancisce il dovere degli Stati di assicurare il diritto all'educazione riferendosi ai *Minimum Standards for Education in Emergencies, Chronic Crises and Early Reconstruction* sviluppati dall'*Inter-Agency Network for Education in Emergencies*.

3. Il diritto all'istruzione come diritto finanziariamente

Nonostante tale differenza di disciplina tra il diritto internazionale e il diritto interno, è chiara la centralità nel nostro ordinamento del diritto all'istruzione, diritto sociale che può realizzarsi solo con la collaborazione di un altro soggetto od ente²⁵. Il contenuto di tale

²² Corte Europea dei Diritti dell'uomo, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, ricorso n. 57325/00, sentenza 13.11.2007; nelle more della decisione il governo ceco abolì tale tipo di classi.

²³ Ha il compito di raccogliere, ricevere e scambiare informazioni da tutte le fonti pertinenti, compresi i governi, le organizzazioni intergovernative e non governative e la società sulla realizzazione del diritto all'istruzione e la limitazione degli ostacoli al suo accesso effettivo. Formula, altresì, raccomandazioni su misure appropriate per promuovere e proteggere il diritto all'istruzione.

²⁴Cfr. il rapporto del 2008 consultabile al sito web <https://www.ohchr.org/en/issues/education/sreducation/pages/annualreports.aspx>

²⁵ A. PACE, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, Relazione al Convegno Nazionale "Per un governo democratico della scuola. Per un federalismo cooperativo" Roma, 15 e 16 gennaio 2013, p. 7.

diritto è molto ampio perché, oltre a comprendere prestazioni che ne rappresentano il contenuto basilare (ad esempio, lezioni di insegnanti e libri di testo), vi sono anche quelle strumentali alla prestazione didattica (come la funzionalità dei locali, il riscaldamento)²⁶.

I diritti sociali, come si è visto anche per il diritto all'istruzione, sono legati al rapporto che lega gli artt. 2- 3, comma 2, Cost. perché "lo sviluppo delineato dal principio di uguaglianza sostanziale non può mai essere disgiunto dalla emancipazione dei singoli individui che la compongono"²⁷. Essi, tuttavia, essendo diritti ad una prestazione positiva, sono sempre vincolati al bilancio statale e sottoposti alla c.d. "riserva del possibile"²⁸ perché il rapporto tra risorse economiche e soddisfazione della posizione giuridica soggettiva è diretto ed immediato. Tali diritti consistono nella pretesa del soggetto a ricevere determinate prestazioni (attività, servizi, utilità) da parte dello Stato, degli altri enti pubblici territoriali, non territoriali e di soggetti privati (come accade per taluni diritti che spettano al lavoratore nei confronti del datore di lavoro). Sono diritti relativi, patrimoniali (la patrimonialità inerisce la prestazione oggetto della pretesa del soggetto come il bonus libri per gli studenti delle scuole

²⁶ M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Studio (diritto allo)*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Ist. Enc. it., Roma, 1993, 4: «A noi sembra che non vi siano ragioni per dare qui alla parola diritto un senso diverso da quello tecnico. Che così stiano le cose quando il diritto viene fatto valere nei confronti dei genitori, non è dubbio. Ma lo stesso sembra vero quando si chiede l'intervento del potere pubblico. Il fatto che il costituente abbia indicato in forma relativamente concreta i mezzi e la procedura per rendere "effettiva" la situazione di vantaggio attribuita ai soggetti, indica che esso ha segnato al legislatore una chiara linea di azione, al termine della quale deve esservi l'attribuzione, a coloro che si trovano nelle condizioni previste dalla Costituzione e specificate dalla legge, di un vero e specifico potere giuridico di ottenere dallo Stato i mezzi per affrontare gli studi occorrenti per raggiungere il "grado" prescelto».

²⁷ A. ALBANESE, *Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi*, in *Questione Giustizia*, 3/2015, p. 96.

²⁸ Cfr. Corte cost. sent. nn. 125/1975 e 208/1996.

dell'obbligo) e suscettibili di estimazione pecuniaria²⁹. Tali diritti soffrono sia delle politiche di riduzione della spesa a carico del bilancio statale incidente sulla quantità delle risorse a disposizione dei vari settori (la sanità o l'istruzione), sia dei pregiudizi che la crisi comporta sul sistema delle tutele giuridiche dei diritti garantiti.

I diritti che richiedono prestazioni per la propria soddisfazione, come il diritto all'istruzione, implicano necessariamente il bilanciamento con altri diritti in virtù della limitatezza delle risorse disponibili. Secondo una teoria elaborata all'inizio degli anni 90, infatti, i diritti sociali sarebbero finanziariamente condizionati³⁰: questa peculiarità "strutturale" rispetto ai diritti civili o ai diritti di libertà ne comporterebbe la dipendenza dalle esigenze economiche e di bilancio³¹.

La Corte costituzionale ha sposato tale teoria, aderendovi già dagli anni '90³² e riaffermandola nuovamente considerato il difficile momento economico perdurante e il contenimento della spesa pubblica imposto dall'Unione Europea. Al riguardo si parla di una cd. "giurisprudenza costituzionale della crisi"³³. La Corte costituzionale ha fatto ricorso, in particolar modo fra gli anni '80 e '90, alle sentenze additive di principio, per censurare la legittimità di leggi non adeguatamente tutelanti bisogni sociali, e a sentenze manipolative

²⁹ D. MORANA, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, p. 2.

³⁰ L'espressione "diritti finanziariamente condizionati" fu utilizzata da F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni 80*, in *AA.VV., Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, p. 30-31, secondo cui «i diritti di prestazione di un servizio pubblico non sono diritti assoluti, come i diritti politici, bensì diritti finanziariamente condizionati. Ne deriva che anche i diritti sociali garantiti dalla Costituzione, ai quali corrisponde la prestazione di un servizio, non sono diritti assoluti, ma relativi». In giurisprudenza fu usata tale espressione inizialmente in relazione al diritto alla salute, Corte cost. sent. n. 455/1990.

³¹ A. BALDASSARRE, *Diritti Sociali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1991, p. 28.

³² Cfr. Corte cost. sent. 155/90.

³³ A. ALBANESE, *op. cit.*, p. 97.

al fine di contribuire all'effettività di alcuni diritti sociali ed allo sviluppo di un ordinamento giuridico coerente con la Costituzione.

È da sottolineare fra le sentenze manipolative con oggetto il diritto all'istruzione la pronuncia 215/1987, con cui fu dichiarata incostituzionale la legge che recitava «sarà facilitata» e non «è assicurata» la frequenza dei ragazzi disabili nelle scuole superiori, perché non conforme all'art. 34 Cost. e in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost.: al disabile deve essere garantito il diritto all'istruzione «malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona».

La Corte costituzionale, altresì, è intervenuta riaffermando l'importanza dell'istruzione nel percorso di inclusione sociale dei disabili dichiarando incostituzionale l'art. 2, comma 413, l. 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria per il 2008), nella parte in cui imponeva un limite massimo nella determinazione del numero degli insegnanti di sostegno ed eliminava la possibilità di assumerne un numero aggiuntivo a tempo determinato. Le esigenze di bilancio, ha specificato, non hanno carattere assoluto e trovano un argine «nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»³⁴.

Il Giudice costituzionale, tuttavia, attualmente ha diradato tali tipologie di pronunce, mostrando maggiore attenzione all'impatto delle sentenze sulla spesa pubblica³⁵: la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'assenza di effettive tutele per i diritti sociali, ribadisce come essi siano finanziariamente condizionati. Essa ha infatti sottolineato che «l'esigenza di assicurare l'universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata

³⁴ Corte cost. sent. n. 80/2010.

³⁵ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*; Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC (Associazione Italiana Costituzionalisti), 2013, in *Rivista AIC*, 4/2013.

e si scontra attualmente con la limitatezza delle disponibilità finanziarie»³⁶.

La stessa Corte costituzionale ha, per esempio, sempre limitato la portata della gratuità del diritto all'istruzione: ha affermato che essa "si esaurisce mediante la messa a disposizione degli ambienti scolastici, del corpo insegnante e di tutto ciò che direttamente inerisce a tali elementi organizzativi", mentre le restanti misure riguardano solo "le famiglie più bisognose di ausilio"³⁷, essendo necessario adempiere il principio della gratuità "nel quadro degli obblighi dello Stato secondo una complessa disciplina legislativa e nell'osservanza dei limiti del bilancio"³⁸. Lo Stato deve valutare le risorse economiche di cui dispone per decidere come utilizzarle per soddisfare i diritti garantiti nel nostro ordinamento. La gratuità quindi non si configura come un diritto degli utenti, ma piuttosto come un obiettivo dello Stato³⁹.

La Corte Costituzionale tutela, però, l'essenza dei diritti censurando il Legislatore in caso di minaccia alla garanzia del diritto stesso. La riduzione di stanziamenti, ad esempio, ha pregiudicato nuovamente le misure di sostegno per i disabili. A tal proposito, le due celeberrime sentenze nn. 215/1987 ed 80/2010 sono state recentemente richiamate in una nuova pronuncia del Giudice costituzionale. Con la sentenza n. 275/2016, la Corte costituzionale ha dichiarato, infatti, l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2-bis, l. reg. Abruzzo n. 78/1978, nella parte in cui prevedeva, per gli interventi definiti dall'art. 5-bis della medesima legge e per lo svolgimento del servizio

³⁶ Corte cost. sent. 248/2011.

³⁷ Corte cost. sent. n. 7/1967 *cit.*

³⁸ Corte cost. sent. n. 125/1975 *cit.*

³⁹ Ad oggi, dunque, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che sia costituzionalmente garantita la cd. gratuità del servizio, che non comprende il solo insegnamento ma tutte le attività di cui il discente necessita per poter usufruire del servizio formativo, rispettando gli inevitabili limiti del bilancio statale (Corte Cost. sentenze nr. 215/1987 *cit.* e nr. 208/1996 *cit.*).

di trasporto degli studenti portatori di handicap il contributo del 50% della Giunta regionale alla spesa necessaria e documentata dalle Province solo «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa». L'illegittimità è stata dichiarata perché sussiste, secondo quanto ribadito dalla Corte costituzionale nella pronuncia 275/2016, un "limite invalicabile" alla discrezionalità del legislatore rappresentato dal rispetto di un nucleo minimo ed indefettibile di garanzie relative al diritto in esame: in tale nucleo rientra anche "il servizio di trasporto e di assistenza poiché, per lo studente disabile" perché "costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto".

È sempre imprescindibile, tuttavia, per il Giudice delle leggi «ponderare la compatibilità dei mezzi finanziari disponibili» quando gli viene richiesto di rendere effettivo un diritto a prestazione⁴⁰: solo in caso di compatibilità economica, la Corte può «rendere effettivo il diritto che altrimenti troverebbe un riconoscimento soltanto formale»⁴¹.

L'effettività del diritto sociale de quo, quindi, risente delle conseguenze derivanti dai cicli economici e, in particolare, delle profonde crisi sociali. È, purtroppo, prevedibile che siano i diritti sociali a soffrire maggiormente della difficile situazione economica, considerata la loro finalità di soddisfare i bisogni della persona in una prospettiva di solidarietà sociale⁴².

Alcuni dati⁴³ mostrano, ad esempio, che nel biennio 2011-2012 l'Italia si è collocata tra i Paesi U.E. che hanno ridotto maggiormente

⁴⁰ C. COLAPIETRO, *I trattamenti pensionistici ed il limite delle riserve disponibili nel bilanciamento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 552 ss.

⁴¹ C. COLAPIETRO, *op. cit.*, p. 552 ss.

⁴² D. MORANA, *op. cit.*, p. 10.

⁴³ EUROPEAN COMMISSION/EACEA/EURYDICE, *Funding of Education in Europe 2000-2012: The Impact of the Economic Crisis. Eurydice Report*, 2013, Luxembourg, in <http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/>.

gli stanziamenti pubblici per l'istruzione. Il Rapporto *Education at Glance* del 2011 riporta che, rispetto agli altri Paesi dell'OCSE, a parità di studenti, l'investimento italiano in istruzione è più basso, così come il «focus OCSE», oltre a riportare questo dato, sottolinea la carenza di meccanismi di valutazione delle performances delle scuole.

I vincoli di bilancio e la crisi economica hanno ridotto la consistenza dei diritti sociali, concentrandosi maggiormente sulla monetizzazione dei bisogni, piuttosto che sulla loro realizzazione⁴⁴.

4. I provvedimenti limitativi del diritto all'istruzione durante la pandemia da Covid-19.

L'Italia vanta un triste primato in Europa: l'elevato numero di NEET, giovani che non studiano, non si formano né lavorano (*Not in Employment, Education or Training*). Ne costituisce riprova la cd. "Curva del Grande Gatsby" che illustra la relazione tra due problemi: la disegualianza dei redditi e la mobilità sociale intergenerazionale, cui si aggiunge l'evidente differenza di accesso alle opportunità educative e, dunque, lavorative⁴⁵. La pandemia da Covid-19, ovviamente, ha comportato ulteriori pregiudizi in merito.

Non essendovi una direttiva europea comune sulla gestione della pandemia nelle scuole e università, gli Stati dell'Unione hanno adottato misure diverse, tuttavia vi è un dato comune: 46 Paesi OCSE hanno chiuso scuole e università, anche per 19 settimane, durante la prima ondata.

L'emergenza sanitaria causata dal Covid-19 ha travolto ogni aspetto della collettività, generando una grave crisi sanitaria ed economica. Molte difficoltà sono state anche affrontate dalle famiglie,

⁴⁴ A. ALBANESE, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁵ T. ALBERINI e A. ZORZETTO, *L'Italia post Covid-19 tra digitale e istruzione egualitaria*, in *Pandora Rivista*, 18 luglio 2020.

soprattutto in quelle in cui sono presenti figli, considerata la chiusura delle scuole.

A seguito dell'emergenza, con il D.P.C.M. del 4 marzo 2020, in base a quanto previsto dal d.l. 23 febbraio 2020, infatti, sono stati sospesi sull'intero territorio nazionale, a decorrere dal giorno successivo fino al 15 marzo 2020, i servizi educativi per l'infanzia e le attività didattiche in presenza nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché la frequenza delle attività scolastiche e di formazione superiore, comprese le università e le Istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica (AFAM), di corsi professionali, master e università per anziani, ferma in ogni caso la possibilità di svolgimento di attività formative a distanza (con alcune eccezioni quali i corsi post universitari connessi con l'esercizio di professioni sanitarie, inclusi quelli per i medici in formazione), i viaggi d'istruzione, gli scambi culturali, le visite guidate e qualsiasi tipo di uscita didattica.

Durante questo periodo, i dirigenti scolastici hanno attuato modalità di didattica a distanza (la cd. DAD) considerando le esigenze degli studenti con disabilità (pur consentendo, nel rispetto delle norme di distanziamento fisico, lo svolgimento in presenza degli esami di Stato conclusivi del secondo ciclo).

Tali misure sono state pressoché confermate nel corso dei mesi in base all'andamento della curva epidemiologica. Con il D.P.C.M. del 7 settembre è stata disposta, fino al 7 ottobre 2020 (dunque prima dell'esplosione della seconda ondata), sull'intero territorio nazionale, per la ripresa in presenza delle attività dei servizi educativi per l'infanzia e dell'attività didattica delle scuole di ogni ordine e grado secondo i rispettivi calendari, la predisposizione da parte delle istituzioni scolastiche di ogni misura utile all'avvio e al regolare svolgimento dell'anno scolastico 2020/2021, anche sulla base delle

Indicazioni operative per la gestione di casi e focolai di Sars-Cov-2 nelle scuole e nei servizi educativi dell'infanzia⁴⁶.

Tuttavia, considerato l'aumento dei contagi registratosi al termine della stagione estiva, è stato indispensabile ricorrere alla didattica digitale integrata nelle scuole secondarie di secondo grado. Il D.P.C.M. del 3 novembre 2020 ha stabilito, infatti, che dal 6 novembre 2020, su tutto il territorio nazionale: il 100% delle attività nelle scuole di istruzione secondaria di secondo grado si sarebbe svolto tramite il ricorso alla didattica digitale integrata (essendo comunque possibile svolgere attività in presenza per l'uso dei laboratori o per garantire l'inclusione scolastica degli alunni con disabilità e, in generale, con bisogni educativi speciali, garantendo il collegamento on line con gli alunni della classe che sono in didattica digitale integrata (art. 1, co. 9, lett. s)); le attività didattiche avrebbero continuato a svolgersi in presenza nei servizi educativi per l'infanzia, nelle scuole dell'infanzia e in quelle del primo ciclo di istruzione, ma con uso obbligatorio di dispositivi di protezione delle vie respiratorie, fatta eccezione per i bambini di età inferiore ai 6 anni e per i soggetti con patologie o disabilità incompatibili con l'uso della mascherina (art. 1, co. 9, lett. s)); non si sarebbero tenute le iniziative di scambio o gemellaggio, le visite guidate e le uscite didattiche comunque denominate, programmate dalle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado, fatte salve le attività inerenti i percorsi per le competenze trasversali e per l'orientamento, nonché le attività di tirocinio previste nel percorso formativo per l'insegnamento nella scuola dell'infanzia e nella scuola primaria, di cui al DM 249/2010, da svolgersi nei casi in cui sia possibile garantire

⁴⁶ In questo documento si rappresentava, ai fini dell'identificazione precoce dei casi sospetti, la necessità di un sistema di monitoraggio dello stato di salute degli alunni e del personale scolastico e del coinvolgimento delle famiglie nell'effettuare il controllo della temperatura corporea dell'alunno a casa ogni giorno prima di recarsi al servizio educativo dell'infanzia o a scuola.

il rispetto delle prescrizioni sanitarie e di sicurezza vigenti (tali attività erano state sospese dal 14 ottobre 2020) (art. 1, co. 9, lett. t)).

Il D.P.C.M. del 3.11.2020, tuttavia, al fine di limitare il contagio da Covid-19 ha introdotto un sistema di classificazione del rischio ripartito per Regioni sulla base di un monitoraggio settimanale, confermato dai D.P.C.M. del 3.12.2020 e del 14.01.2021 (efficace sino al 05.03.2021).

La classificazione delle Regioni avviene in base a un monitoraggio dei dati epidemiologici e della resilienza dei servizi sanitari⁴⁷. Con il d. l. 1 del 5 gennaio 2021 e con il successivo d. l. 2 del 14 gennaio 2021 i criteri di individuazione dei livelli di rischio sono stati modificati per divenire ancora più stringenti.

Con il D.P.C.M. 14.01.2021 sono state previste misure di carattere generale (anche per le scuole) valide per l'intero territorio nazionale⁴⁸, fatte salve misure aggiuntive di restrizione per le Regioni classificate come "zone arancioni" o "zone rosse", dovute al maggior livello di rischio.

Per le cd. zone rosse, le norme statali prevedono la didattica in presenza sino alla prima classe della scuola secondaria di primo grado compresa e la didattica digitale integrata (DDI) dalla classe successiva. Per le cd. zone gialle e arancioni, è prevista didattica in presenza per le scuole primarie e per le secondarie di primo grado, diversamente dalle scuole secondarie di secondo grado.

⁴⁷ Descritto dettagliatamente nel documento di "Prevenzione e risposta a COVID-19", allegato 25 del D.P.C.M. 14.01.2021.

⁴⁸ Il D.P.C.M. 14 gennaio 2021 ha previsto che "le istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado adottano forme flessibili nell'organizzazione dell'attività didattica ai sensi degli articoli 4 e 5 del decreto del presidente della repubblica 8 marzo 1999, n. 275, in modo che, a decorrere dal 18 gennaio 2021, almeno al 50 per cento e fino a un massimo del 75 per cento della popolazione studentesca delle predette istituzioni sia garantita l'attività didattica in presenza. La restante parte dell'attività didattica è svolta tramite il ricorso alla didattica a distanza (...) L'attività didattica ed educativa per i servizi educativi per l'infanzia, per la scuola dell'infanzia e per il primo ciclo di istruzione continua a svolgersi integralmente in presenza".

È evidente quanto siano state e siano grandi le difficoltà che le famiglie, in particolare quelle con figli minorenni. È stato fondamentale quindi intervenire per soddisfare la domanda di protezione sociale⁴⁹ e incrementare le risorse dei Fondi sociali (Fondo per le non autosufficienze, Fondo Dopo di noi, Fondo politiche per la famiglia) al fine di rafforzare gli interventi per la famiglia.

Una quota delle risorse messe a disposizione è stata destinata ai Comuni per potenziare i centri estivi diurni, i servizi socio-educativi territoriali e i centri con funzione educativa e ricreativa, per i bambini e le bambine di età compresa tra i 3 ed i 14 anni anche collaborando, laddove necessario, con gli istituti privati, durante il periodo estivo.

Le diverse misure dovrebbero servire a contrastare anche la povertà educativa e recuperare almeno in parte l'offerta educativa e culturale destinata ai bambini ed agli adolescenti che non hanno potuto svolgere adeguate esperienze al di fuori del contesto domestico e familiare⁵⁰.

Lo stesso d. l. 34/2020, il cd. "Decreto rilancio", agli artt. 233-236, ha stabilito per il Fondo nazionale per il sistema integrato di educazione e di istruzione un'integrazione di 20 milioni di euro per l'anno 2020 e l'erogazione di due contributi, rispettivamente di 65 milioni di euro nell'anno 2020, ai soggetti che avevano la gestione in via continuativa dei servizi educativi e alle istituzioni scolastiche dell'infanzia nella fascia 0-6 anni e di 70 milioni di euro nell'anno 2020 per le scuole primarie e secondarie paritarie fino ai 16 anni, a titolo di sostegno economico in seguito alla riduzione o al mancato versamento delle rette a causa della sospensione dei servizi in

⁴⁹ Camera dei deputati, *Studi-Affari sociali, Welfare, Politiche sociali per fronteggiare l'emergenza coronavirus*, 17 giugno 2020, su www.temi.camera.it

⁵⁰ Camera dei deputati, *Studi-Affari sociali, Welfare, Politiche sociali per fronteggiare l'emergenza coronavirus*, 17 giugno 2020, su www.temi.camera.it.

presenza, a seguito delle misure adottate per contrastare la diffusione del Covid-19⁵¹.

Per quanto riguarda gli spazi di socialità e gioco per bambini e adolescenti, l'11 giugno 2020 sono state pubblicate dal Dipartimento per le politiche della famiglia, con il contributo scientifico anche dell'Istituto degli Innocenti di Firenze, le Linee guida per la gestione in sicurezza di opportunità organizzate di socialità e gioco per bambini ed adolescenti nella fase 2 dell'emergenza Covid-19. Nell'introduzione al documento si afferma che, sebbene le esigenze di garantire condizioni di sicurezza e di salute per la popolazione abbiano giustificato i provvedimenti restrittivi, una delle conseguenze degli stessi è stata quella di incidere fortemente su quelle condizioni di ordinario benessere dei bambini e degli adolescenti che si legano strettamente a diritti rilevanti come quelli all'incontro sociale fra pari, al gioco ed all'educazione⁵².

5. Le ordinanze regionali e il contenzioso amministrativo.

Bisogna considerare, oltre i provvedimenti emanati a livello centrale, anche le misure regionali adottate in ambito scolastico⁵³: oltre il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in materia di igiene e sanità pubblica ex art. 32, l. 23 dicembre 1978, n. 833, le Regioni possono «introdurre misure derogatorie restrittive» rispetto a quelle

⁵¹ Presidenza del Consiglio dei Ministri, DI Rilancio, informazioni per famiglie, lavoratori e imprese, 6 luglio 2020, su www.governo.it.

⁵² Dipartimento politiche per la famiglia, Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Linee guida per la gestione in sicurezza di opportunità organizzate di socialità e gioco per bambini ed adolescenti nella fase 2 dell'emergenza COVID-19*, 11 giugno 2020, su www.famiglia.governo.it.

⁵³ In Lombardia ed Emilia Romagna restrizioni 'aggiuntive' hanno interessato le scuole superiori, per le quali è stata in alcuni periodi stabilita la sospensione totale della didattica in presenza anche in regioni non caratterizzate da rischio alto. Si deve sottolineare che tali misure restrittive hanno riguardato esclusivamente le scuole, che venivano chiuse oltre quanto deciso dai D.P.C.M., mentre, nello stesso periodo, le Regioni spesso insistevano con lo Stato addirittura per una attenuazione della propria fascia di rischio (come nel caso della Lombardia).

statali «ovvero anche ampliative» sulla base di un costante monitoraggio dei contagi al fine di «garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali»⁵⁴.

In ambito scolastico, l'orientamento delle Regioni è stato piuttosto differente rispetto quello espresso dal Governo: se da un lato i D.P.C.M. hanno cercato di bilanciare istruzione e salute evitando la chiusura degli istituti scolastici (prevedendo, ad esempio, aperture scaglionate), dall'altro le ordinanze regionali hanno imposto la didattica a distanza. Su queste ultime è intervenuta la giurisprudenza amministrativa, le cui valutazioni si sono basate sul rispetto del principio di precauzione e di proporzionalità nonché su un esame della motivazione delle ordinanze: la chiusura delle scuole richiede una motivazione aggiornata e conoscibile⁵⁵. È necessario, infatti, che le Regioni motivino "per gli alunni più giovani ... con dati scientifici evidenzianti il collegamento fra focolai attivi sul territorio e impatto dell'attività scolastica in presenza" i provvedimenti che introducono misure ancor più stringenti rispetto quelle statali, considerato che la valutazione delle "chiusure" scolastiche ragionevoli per ciascuna fascia di rischio era già stata compiuta dallo Stato, e nemmeno "le problematiche relative al trasporto (movimentazione di persone)-risolvibili con diligente ed efficace impegno nei servizi interessati- possono giustificare la compressione grave di diritti costituzionalmente tutelati"⁵⁶.

Molteplici sono state le pronunce in merito nell'ultimo periodo.

⁵⁴ Così, art. 1, comma 16, d.l. 16 maggio 2020, n. 33, conv. con l. 14 luglio 2020, n. 74. Le deroghe devono essere previamente comunicate al Ministero della Salute ove peggiorative delle disposizioni statali; sono invece sottoposte a previa intesa con il medesimo Ministero nel caso di deroga *in melius*.

⁵⁵ C. NAPOLITANO, *Scuola, regioni e COVID-19. Sviluppi giurisprudenziali*, in *Giustizia insieme*, 7 gennaio 2021, p. 2.

⁵⁶ Cons. St., sez. III, decreto cautelare n. 18/21.

Il Tar Piemonte si è pronunciato sull'impugnazione del decreto del Governatore della Regione n. 132/2020, con cui era disposta la sospensione dell'attività didattica in presenza per le classi seconde e terze delle scuole secondarie di primo grado sino al 23 dicembre 2020. Il Giudice amministrativo piemontese ha ribadito, anzitutto, che il sistema delle fonti nella gestione dell'emergenza consente espressamente un potere derogatorio da parte delle Regioni rispetto alle disposizioni statali: mentre la derogabilità in *peius* è ammessa in connessione con l'andamento della situazione epidemiologica, quella in senso migliorativo è limitata a ipotesi tassative e prevede anche «un iter procedimentale rafforzato, richiedendo l'intesa inter-istituzionale con il Ministero della Salute a riprova del fatto che la ratio immanente al sistema emergenziale delle fonti privilegia le misure più contenitive, mentre irreggimenta in un fitto reticolo di cautele l'eventuale allentamento dei regimi ad iniziativa delle Regioni»⁵⁷. Per il TAR, la Regione Piemonte ha esercitato un potere derogatorio in *pejus* conforme ai limiti previsti dal combinato disposto dei dd.l. n. 19 e 33 del 2020, motivando le misure restrittive con riferimento all'andamento della situazione epidemiologica nel territorio piemontese: infatti «l'attuazione del principio di precauzione comporta che, ogni qual volta non siano conosciuti con certezza i rischi indotti da un'attività potenzialmente pericolosa, l'azione dei pubblici poteri debba tradursi in una prevenzione anticipata rispetto al consolidamento delle conoscenze scientifiche»⁵⁸. La scelta della Regione, pertanto, è apparsa logica. Diverso il caso della Regione Calabria. Il TAR Calabria ha accolto il ricorso avverso l'ordinanza della Regione Calabria n. 87 del 14 novembre 2020, nella parte in cui ordinava dal 16 novembre 2020 a tutto il 28 novembre 2020 la sospensione in presenza di tutte le attività scolastiche di ogni ordine e grado. Il Giudice amministrativo,

⁵⁷ TAR Piemonte, sez. I, sent. n. 834/20.

⁵⁸ Cons. St., sez. III, sent. n. 6655/2019.

oltre ad individuare un «grave pregiudizio educativo, formativo e apprendimentale ricadente sui destinatari ultimi del servizio scolastico» e il contrasto con le misure predisposte mediante D.P.C.M., riscontrava un vizio d'istruttoria dell'ordinanza regionale perché basata sulla mera rappresentazione della «problematica connessa ai numerosi contagi di studenti e operatori scolastici», senza certezza alcuna del nesso di causalità intercorrente fra lo svolgimento in presenza delle attività didattiche nella scuola materna, in quella elementare e media di primo grado (limitatamente al primo anno) e il verificarsi dei contagi⁵⁹. Pertanto il TAR ha accolto l'istanza presentata dai ricorrenti.

Allo stesso modo il TAR Calabria ha sospeso l'efficacia dell'ordinanza regionale n. 1 del 5.01.21, sottolineando che «l'intervento statale (...) deve ritenersi caratterizzato da un previo bilanciamento e ricomposizione a livello nazionale dei vari interessi coinvolti e cioè quello alla salute, all'istruzione e quello allo svolgimento della personalità dei minori e degli adolescenti⁶⁰.

Successivamente il TAR Emilia Romagna ha sospeso l'ordinanza del Presidente della Giunta Regionale dell'Emilia Romagna n.3 dell'8/01/2021 di chiusura della didattica in presenza per le scuole superiori, poiché comprimeva «in maniera eccessiva (se non a conculcare integralmente) il diritto degli adolescenti a frequentare di persona la scuola quale luogo di istruzione e apprendimento culturale nonché di socializzazione, formazione e sviluppo della personalità dei discenti, condizioni di benessere che non appaiono adeguatamente assicurate con la modalità in DAD a mezzo dell'utilizzo di strumenti tecnici costituiti da videotermini (di cui peraltro verosimilmente non tutta la popolazione scolastica interessata è dotata)⁶¹.

⁵⁹ TAR Calabria, sez. I, decreto cautelare n. 609/2020.

⁶⁰ TAR Calabria, sez. I, decreto cautelare n. 23/21.

⁶¹ TAR Emilia Romagna, sez. I, decreto cautelare n. 30/2021.

Anche il TAR Lombardia ha sospeso l'ordinanza del Presidente della Regione Lombardia n. 676 dell'8 gennaio 2021, rilevandone contraddittorietà perché, riferendosi al solo rischio di assembramenti fuori gli istituti scolastici, non motivava circa la pericolosità dell'attività interna alla scuola. "Per contenere gli assembramenti", dunque, non si possono adottare "misure incidenti sulla didattica in presenza", anche perché "il provvedimento regionale non tiene neppure conto dei piani" puntualmente predisposti dalle Prefetture "per consentire la progressiva ripresa in sicurezza della didattica frontale proprio in relazione agli spostamenti ad essa correlati"⁶².

In Basilicata il TAR Basilicata ha accolto con un decreto⁶³ l'istanza cautelare monocratica avverso l'ordinanza regionale n. 44 del 15 novembre 2020 che imponeva la didattica a distanza nella scuola primaria e secondaria di primo grado. Secondo il Giudice amministrativo, "in base all'art. 56 c.p.a., per l'adozione di un provvedimento cautelare monocratico, occorre necessariamente la sussistenza di una estrema gravità ed urgenza tale da non consentire neppure la dilazione fino alla trattazione in sede collegiale nella prima camera di consiglio utile" e quindi avere un *quid pluris* rispetto alla tutela cautelare collegiale ex art. 55 c.p.a. Nel caso di specie "i ricorrenti (...) non hanno tuttavia dimostrato una "estrema gravità ed urgenza", secondo il normale significato di tali termini". Non consentendo, inoltre, la durata del provvedimento "neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio", il Giudice monocratico, per accogliere la domanda cautelare ha valutato gli elementi del *periculum* e del *fumus* come se i ricorrenti avessero invocato una tutela cautelare collegiale ex art. 55 c.p.a. perché al fine di garantire l'effettività della tutela «occorre seguire canoni interpretativi costituzionalmente orientati per ricavare il senso di una "estrema gravità ed urgenza"». Il TAR ha specificato, altresì, che il

⁶² TAR Lombardia, sez. I, decreto cautelare n. 32/2021.

⁶³ TAR Basilicata, sez. I, decreto cautelare n. 272/2020.

Presidente della Regione può solo motivatamente derogare i provvedimenti varati dal Governo, introducendo misure più restrittive per tutelare i cittadini, ma non può "in maniera generalizzata, modificare l'assetto organizzativo dell'attività scolastica, alterando il quadro delle misure calibrate nel D.P.C.M. per effetto di un diverso apprezzamento dei parametri di rischio epidemiologico e delle misure di contenimento". Per questi motivi, il Giudice amministrativo ha accolto l'istanza cautelare, ma senza sospendere l'ordinanza, imponendo alla Regione un riesame dell'ordinanza impugnata.

Altro caso rilevante è stato quello della Regione Puglia. L'ordinanza n. 407 del 27 ottobre 2020 imponeva la sospensione delle attività in presenza in tutte le scuole di ogni ordine, escluse le attività da svolgere nei laboratori e la frequenza degli alunni con bisogni educativi speciali. Su tale provvedimento si sono pronunciate in via cautelare entrambe le sezioni dei Tribunali amministrativi della regione Puglia: Bari e Lecce⁶⁴ con decisioni opposte.

Il Giudice amministrativo di Bari, rilevando l'incoerenza con le misure statali del provvedimento impugnato, dalla cui motivazione "non emergono ragioni particolari per le quali la Regione Puglia non debba allinearsi alle decisioni nazionali in materia di istruzione", ha accolto l'istanza cautelare sottolineando che "vi sono in Puglia molte scuole e molti studenti non sufficientemente attrezzati per la didattica digitale a distanza, di guisa che l'esecuzione del provvedimento impugnato si traduce in una sostanziale interruzione delle attività didattiche e dei servizi all'utenza scolastica"⁶⁵.

⁶⁴ Il TAR Puglia- Lecce, secondo i criteri di competenza inderogabile ex art. 13 c.p.a., non sarebbe stato competente a pronunciarsi. Il Tribunale, pertanto, pronunciandosi in violazione di norme sulla competenza, ha determinato un contrasto giurisprudenziale, che ha condotto all'ordinanza della Regione Puglia n. 413/2020.

⁶⁵ TAR Puglia- Bari, sez. III, decreto cautelare n. 680/2020.

Il TAR Puglia- Lecce, invece ha rigettato l'istanza cautelare avverso la medesima ordinanza regionale, in ragione della temporaneità misure di sospensione dell'attività in presenza e del "necessario contemperamento del diritto alla salute con il diritto allo studio nella attuale situazione epidemiologica che vede prevalere il primo sul secondo (comunque parzialmente soddisfatto attraverso la didattica a distanza)"⁶⁶.

La Regione Puglia, considerate le due pronunce antitetiche, con l'ordinanza 413/2020, ha modificato le misure poste in essere atteso che «il conflitto tra pronunce dello stesso TAR Puglia (sede di Lecce e sede di Bari) dimostra indiscutibilmente l'incertezza della stessa Magistratura a valutare in modo univoco il bilanciamento tra il diritto alla salute con il diritto allo studio». La Regione ha tutelato il diritto allo studio in modo alternativo disponendo con la successiva ordinanza n. 444/2020 che le scuole devono garantire la didattica a distanza nelle scuole elementari e medie «per le famiglie che ne facciano richiesta».

Differente è il caso della Regione Campania che ha applicato in maniera pressoché continuativa misure più afflittive di quelle previste dal Governo: l'attività didattica si è svolta a distanza dall'inizio di marzo 2020 alla fine di gennaio 2021, esclusa una breve parentesi ad ottobre 2020, per i bambini delle ultime classi della scuola primaria e di tutte le classi della scuola secondaria di primo grado. Le molteplici ordinanze regionali sono state oggetto di impugnazione dinanzi al Giudice amministrativo.

Emblematico è stato il decreto cautelare del Consiglio di Stato, sez. III, n. 6453/2020⁶⁷: tale pronuncia si colloca in antitesi rispetto all'orientamento maggioritario secondo cui i decreti cautelari

⁶⁶ TAR Puglia- Lecce, sez. II, decreto cautelare n. 695/2020.

⁶⁷ Cfr. C. NAPOLITANO, *Regioni, scuola e COVID-19: il Giudice Amministrativo tra diritto allo studio e tutela della salute (Nota Cons. Stato 6453/2020)*, in *Giustizia insieme*, 2020.

monocratici non sono impugnabili⁶⁸. Per il Giudice di seconde cure, infatti, "ricorre uno dei limitatissimi casi per i quali il Consiglio di Stato, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata del c.p.a., ammette l'istanza in appello, visto il pericolo affermato di irreversibile lesione di interessi che trovano diretto fondamento nella Carta"⁶⁹. Con l'ordinanza n. 89 del 5 novembre 2020, impugnata in primo grado, la Regione aveva confermato le misure adottate con le precedenti ordinanze nn. 86 del 30 ottobre 2020 e 87 del 31 ottobre 2020 concernenti la sospensione delle attività didattiche ed educative in presenza per le scuole dell'infanzia, primaria e secondaria, con alcune eccezioni per alunni disabili. Il TAR Campania, in primo grado, si era pronunciato respingendo la domanda dei ricorrenti⁷⁰.

Il Consiglio di Stato ha respinto il difetto d'istruttoria e di motivazione dell'ordinanza de qua, fondata sulla relazione dall'Unità di crisi regionali, che ne costituiva la motivazione per relationem. Tuttavia, pur essendo l'istruttoria completa, secondo il Giudice amministrativo, rimane fermo «il dovere dell'Amministrazione di rendere conoscibili i dati scientifici nella loro interezza, con gli aggiornamenti giornalieri e con le indicazioni scientifiche prognostiche del minor impatto-contagio dovuto alla sospensione "in presenza" dell'attività didattica». Ciononostante, prevalendo la necessità di tutelare il diritto alla salute nel contemperamento degli interessi, l'appello cautelare è stato rigettato.

Il TAR Campania si è nuovamente pronunciato sospendendo le ordinanze del Presidente della Regione Campania n. 2 del 16 gennaio

⁶⁸ L'art. 56 c.p.a., che disciplina le misure cautelari monocratiche, non detta nulla circa i rimedi avverso il decreto che si pronuncia sull'istanza del ricorrente. L'orientamento giurisprudenziale prevalente propende per l'inappellabilità dei decreti cautelari monocratici. Cfr. M.A. SANDULLI, *La tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2010, pp. 1130 ss.

⁶⁹ Cons. St., sez. III, decreto cautelare n. 6453/2020.

⁷⁰ TAR Campania-Napoli, sez. V, decreto n. 2025/2020.

2021, n. 1 del 5 gennaio 2021, n. 95 del 7 dicembre 2020 e n. 93 del 28 novembre 2020 che impedivano la didattica in presenza per le ultime classi delle scuole elementari e per le scuole medie. Secondo il giudice amministrativo, infatti, la Regione Campania non ha dimostrato "l'insufficienza (...) delle misure già apprestate, che, allo stato, costituiscono l'ordinaria gestione centralizzata dell'emergenza (...) tanto più che occorrerebbe dimostrare che si tratti di misura anche indispensabile (...) e "proporzionata"⁷¹.

6. Le conseguenze della didattica a distanza.

L'istruzione si presenta, dunque, come uno degli aspetti della collettività maggiormente coinvolti dalla pandemia: oltre al rischio del contagio, difatti, bisogna aggiungere quelli connessi alla chiusura delle scuole, che, inevitabilmente ha inciso e sta incidendo sulla povertà educativa e su diseguaglianze, sicuramente già esistenti, ma ad oggi più evidenti.

Nonostante l'utilizzo di mezzi di comunicazione generalisti, il ricorso alla didattica a distanza ha mostrato il divario nell'accesso a internet e alle nuove tecnologie per i ragazzi che vivono nelle periferie, atteso che questi strumenti risultano molto più dispendiosi per le famiglie a reddito medio-basso e nelle zone più periferiche, subendo un chiaro pregiudizio educativo.

Il nuovo Rapporto di Save the Children afferma infatti che "in Italia 1 studente su 8 non ha un laptop e più di 2 minori su 5 (42%) vivono in case prive di spazi adeguati a studiare"⁷².

⁷¹ TAR Campania- Napoli, sez. V, decreto cautelare n. 142/21.

⁷² "Covid e minori: in Italia rischio aumento della dispersione scolastica, già al 13,5%", in *Il Redattore sociale*, al sito https://www.redattoresociale.it/article/notiziario/covid_e_minori_in_italia_rischio_aumento_della_dispersione_scolastica_gia_al_13_5

Tutto ciò su ripercuote sul tasso di dispersione scolastica, che in Italia, purtroppo, nell'ultimo quinquennio, è oscillato tra il 14% e il 15%, al di sopra del target Ue che ne prevedeva la diminuzione almeno al 10% entro il 2020, e, secondo quanto riportato dalla relazione del Censis dell'aprile 2020, oggi è superiore al 20%⁷³.

L'istruzione è indispensabile per la realizzazione degli altri diritti umani, soprattutto in relazione all'alimentazione, alla salute e alla sicurezza. Senza la scuola, i giovani sono più esposti non solo ad abusi e a maltrattamenti nell'ambito familiare (considerando il maggior stress di genitori dovuto a una profonda incertezza economica), ma l'assenza di socializzazione può determinare seri pericoli dovuti all'assenza di adeguati stimoli, contatti e della socializzazione.

Più di 700 tra psicologi e psichiatri hanno indirizzato, infatti, un comunicato alle istituzioni, circa gli effetti collaterali e i pericoli che le misure adottate potrebbero avere sulla salute mentale e sul benessere della comunità. In merito sono state condotte molteplici indagini. Uno studio dell'Ospedale pediatrico Istituto Giannina Glasini di Genova sul periodo di quarantena, ad esempio, ha mostrato problematiche comportamentali e sintomi di regressione nel 65% dei bambini minori di 6 anni e nel 71% di bambini e ragazzi compresi tra i 7 e i 18 anni. Un'indagine è stata realizzata anche dal Comune di Trento con 21.626 questionari consegnati a bambini e ragazzi per comprenderne le necessità e le sofferenze dovute alla chiusura delle scuole.

Particolarmente rilevanti, in tal senso, sono state le recenti dichiarazioni del Comitato Tecnico Scientifico del 17.01.21, secondo cui "esistono tutte le condizioni che consentono il ritorno in classe nelle zone gialle e arancioni", e del dr. Agostino Miozzo, coordinatore

⁷³ A. JANNONE, *La scuola nel post covid*, in *Italia che cambia*, al sito <https://www.italiachecambia.org/2020/07/scuola-post-covid/>

dello stesso Comitato, il quale ha evidenziato le difficoltà dei minori secondo cui “La DAD fa più danni della presenza ben gestita”.

La riduzione dei servizi scolastici, ma probabilmente anche le misure di sicurezza quali mascherine e distanziamento sociale possono pregiudicare le tappe evolutive ed educative.

Una delle soluzioni è, ovviamente, provvedere a un ingente finanziamento del settore dell’istruzione.

Prima della pandemia, all’istruzione veniva dedicato in media l’11% della spesa pubblica.

L’Italia, purtroppo, con una quota del 7,5%, era penultima per spesa pubblica in istruzione in rapporto alla spesa pubblica totale. Secondo il rapporto dell’OCSE⁷⁴, infatti, se nel breve periodo nel nostro Paese sono state stanziati risorse per fornire alle scuole gli opportuni mezzi tecnologici per la didattica a distanza, nel lungo periodo l’istruzione sarà oggetto di una grave crisi causata da una (ancora maggiore) riduzione delle risorse.

L’aspetto economico, tuttavia, non rappresenta l’unico problema.

La didattica a distanza non può essere considerata garanzia di qualità. Il cambiamento è stato fin troppo repentino, ma non solo per gli studenti. A essere impreparato è stato proprio il corpo docente. Secondo il sondaggio internazionale sull’insegnamento e l’apprendimento dell’OCSE (TALIS) del 2018, in media solo il 53% degli insegnanti della scuola secondaria sfruttava l’utilizzo delle moderne tecnologie per lavori in classe. Ovviamente, anche questa volta, l’Italia si posizionava sotto la media con una percentuale inferiore al 50%, il cui 30% dei dirigenti scolastici rappresentava l’inadeguatezza dei mezzi a disposizione della scuola. Si comprende quindi chiaramente la lacuna formativa dei docenti.

Particolarmente pregnante è il problema relativo all’accessibilità per garantire, non solo l’essenza del diritto de quo, ma soprattutto

⁷⁴ Cfr. Report OCSE *Education at Glance 2020*.

un accesso non discriminatorio, utilizzando metodi di insegnamento online e di *distance learning*. Il principio di non discriminazione, alla luce delle considerazioni esposte preliminarmente, deve essere garantito formalmente e sostanzialmente: le misure attuate facilmente hanno prodotto discriminazioni de facto nei confronti di soggetti più deboli per condizione economica, per status sociale, per stato di salute, per luogo di residenza. Gli Stati possono e devono in determinate situazioni porre in essere tutte le misure necessarie per eliminare le condizioni che costituiscono fonti di discriminazione⁷⁵.

7. Conclusioni.

Per chi scrive appare evidente come il bilanciamento tra il diritto all'istruzione e il diritto alla salute sia delicato. Al riguardo La Corte costituzionale pronunciandosi sul cd. caso Ilva⁷⁶ ha espresso un principio chiaro: nessun diritto può comportare la sospensione di un altro diritto o di una libertà altrimenti «diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Secondo la Corte, infatti, «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»⁷⁷. È esclusa quindi la cd. "tirannia dei valori" in cui «il valore più alto ha il diritto e il dovere di assoggettare a sé il valore inferiore, e il

⁷⁵ Cfr. *General Comment n. 20* del 2009, par. 9 del Comitato per i diritti economici, sociali e culturali consultabile al sito web <https://www.refworld.org/docid/4a60961f2.html>

⁷⁶ Il caso risale al 2012, quando la Procura della Repubblica di Taranto stabilì la chiusura del polo siderurgico e l'arresto dei suoi dirigenti, a causa delle gravissime violazioni ambientali che portarono alla morte di centinaia di persone.

⁷⁷ Corte cost. sent. n. 85/2013.

valore in quanto tale annulla giustamente il disvalore in quanto tale»⁷⁸.

Il diritto alla salute, infatti, non può definirsi tale perché le attività didattiche non possono essere completamente interrotte per la sua tutela, bensì devono essere garantite dai soggetti pubblici anche se con modalità diverse e nuove. Sebbene il diritto alla salute si trovi al «vertice della scala dei valori costituzionali (...) il diritto all'istruzione viene "poco dietro" in quanto permette l'accesso al lavoro su cui la Repubblica è fondata e perché è strumento ex art. 3 co. 2 Cost. con cui lo Stato, specie in ipotesi di territori più svantaggiati, rimuove le disuguaglianze»⁷⁹, quindi "l'attività amministrativa (...) non può spingersi al punto tale da sacrificare in toto altri interessi costituzionalmente protetti, dovendo l'agire della P.A. svolgersi in un quadro di bilanciamento delle tutele di entrambe le esigenze pubbliche in rilievo, quella sanitaria e quella del diritto all'istruzione"⁸⁰.

Il Giudice amministrativo, come suesposto, si è spesso pronunciato per ripristinare un equo bilanciamento tra i due diritti in questione richiamando i principi di precauzione e di proporzionalità, poiché il diritto all'istruzione e dello sviluppo della persona nelle formazioni

⁷⁸ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Brescia, 2008, p. 61. L'Autore, attraverso l'episodio storico dello sterminio degli ebrei, vuol fare comprendere quanto possano essere distruttivi la "forza del valore" e la "logica dei valori" che minacciano il bene più prezioso: la difesa della dignità umana. «Il valore ha la sua logica intrinseca» «la logica del valore deve sempre tener fermo il principio che per il valore supremo il prezzo più alto non è troppo alto, e deve essere pagato. Questa logica è troppo forte ed evidente per poter essere ridotta o condizionata entro il conflitto dei valori. È sufficiente solo confrontare fra loro l'antiquato rapporto tra fine e mezzo con il moderno rapporto fra valore più alto e più basso o perfino tra valore e disvalore, per comprendere in che modo sfuggano di mano scrupoli e riguardi in conseguenza della logica specifica del valore» p. 63. Ogni valore ha la tendenza a erigersi a tiranno esclusivo a spese di tutti gli altri valori.

⁷⁹ TAR Calabria, sez. I, sent. 2075/20 cit.

⁸⁰ TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. I, decreto cautelare n. 30/2021 cit.

sociali dev'essere comunque tutelato tramite misure alternative e telematiche che, ad oggi per chi scrive, sono le uniche possibili.

Pensare ad un ritorno in aula in piena sicurezza, soprattutto per i più piccoli, appare impossibile alla luce dei dati epidemiologici e della minaccia delle nuove varianti per la scrivente. Tuttavia, gli interventi finora realizzati dalle istituzioni non si sono rilevati particolarmente efficaci né da un punto di vista scolastico né educativo, considerati i risultati delle molteplici indagini condotte. Se tornare in classe, dunque, non è attualmente sicuro, bisognerebbe quantomeno rinforzare l'erogazione della didattica a distanza con stanziamenti destinati a risorse non solo fisiche, ma anche digitali ed incrementare alcune agevolazioni, quali il comodato d'uso per computer e *tablet* (ne sono un esempio le misure adottate in Italia della cd. Solidarietà digitale) e le opportunità di accesso materiale ad Internet per garantire l'essenza del diritto all'istruzione⁸¹ affinché quest'ultima sia maggiormente inclusiva per impedire che un'emergenza sanitaria possa compromettere i diritti dei bambini.

⁸¹ L'Alta Corte del Kerala in India in una recentissima sentenza ha dichiarato il diritto di accesso ad Internet un diritto fondamentale, parte integrante dei diritti all'istruzione e alla *privacy*, garantiti dalla Costituzione indiana.