



ALLA RICERCA DI UN 'CONTENUTO MINIMO' DEL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE DEL DISABILE FRA GIURISPRUDENZA NAZIONALE E CORTE EDU

BIAGIO ANDO'

Abstract: Il contributo analizza il contenuto del diritto all'istruzione del disabile ai sensi all'art.2 Prot.1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. L'analisi muove da una sentenza della Supreme Court Uk vertente sul caso di un disabile che era stato privato di un'istruzione adeguata ai suoi bisogni per un lungo periodo. Vengono esaminati i precedenti su cui si regge la decisione, e tracciato un raffronto con il trattamento della fattispecie nell'ordinamento italiano. Al riguardo, l'orientamento che in Italia è invalso oscilla fra l'attuazione di tale diritto alla luce del principio di uguaglianza sostanziale e la subordinazione della sua tutela alle risorse finanziarie destinate a tal scopo dallo Stato.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. L'istruzione dei disabili nell'ordinamento inglese. Il caso Essex.- 3. La questione del contenuto minimo del diritto all'istruzione nel prisma della giurisprudenza della Corte EDU e della House of Lords: i casi Belgian Linguistic e Lord Grey. - 4. Istruzione del disabile in Italia fra normativa e interventismo giudiziale. Le pronunce della Corte Costituzionale italiana del 2010 e del 1987.-- 5. I diritti dei disabili: dall'integrazione all'inclusione.

1. Una delle polarità che orienta la riflessione giuridica attuale è sicuramente rappresentata dai "diritti", la cui raggiunta centralità è racchiusa nella felice definizione dell'epoca presente come "età dei diritti"¹.

Questo processo si è realizzato attraverso due modalità. Per un verso, si moltiplicano le situazioni soggettive alle quali si riconosce lo *status* di diritto (soprattutto in ragione della necessità di rendere incontestabili le aspettative di

¹ L'espressione, come è noto, è stata coniata da Norberto Bobbio. Per un'efficace ricostruzione di questo processo, si rinvia a D. LA ROCCA, *Introduzione. Strategia dei diritti e società di mercato*, in D. LA ROCCA (cur.), *Diritti e società di mercato nella scienza giuridica europea*, Torino, 2006, p.3 e ss., secondo la quale "l'idea oggi prevalente, non soltanto nella cultura giuridica e politica, ma persino nel 'sentire comune', è che una delle principali conquiste della nostra epoca sia la definitiva affermazione di una concezione del 'diritto' (soggettivo) quale modulo attorno al quale si definisce e stabilizza il legame tra individuo e società" (p.4).



certe categorie di soggetti)², attraverso la creazione di figure nuove il cui tratto distintivo è rappresentato dal riconoscimento in capo al titolare di un diritto ad una prestazione³. Per l'altro, le figure tradizionali, caratterizzate dal riconoscimento di una sfera individuale protetta da interferenze esterne, sono state ripensate in ragione di un mutamento della prospettiva prescelta in ordine alla determinazione della classe dei soggetti ammessi a vantare la titolarità. Centri d'imputazioni di tali situazioni soggettive non sono più soggetti astratti, bensì individui concreti che si trovano in determinate condizioni esistenziali, e che hanno specifiche esigenze⁴.

Il processo di ripensamento dei diritti non esaurisce la propria rilevanza nell'ambito di specifici ordinamenti nazionali, ma interessa trasversalmente il complesso degli ordinamenti giuridici che fanno parte della cosiddetta 'tradizione giuridica occidentale'⁵.

Esempio emblematico di questo processo è il diritto all'istruzione. Nonostante esso non sia un diritto di ultima generazione⁶, è in corso un mutamento dei suoi contorni dettato dalle pretese alla sua attuazione avanzate da soggetti "deboli". Il diritto all'istruzione si rivela un *medium* potente per

² In questo senso, E. PARIOTTI, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità: per una chiarificazione concettuale*, in *Riv.crit. dir.priv.*, 2004, 2, p.307, la quale rileva che l'incontestabilità dipende "dal superamento di numerosi problemi che investono il piano della giustificazione, il grado di positivizzazione e la loro effettività".

³ Al riguardo, S. MANGIAMELI, *I "nuovi diritti" nel costituzionalismo europeo*, in *Diritti e società di mercato*, cit., p.188, osserva che "nel caso dei diritti sociali si impone, almeno prevalentemente, l'organizzazione di un apposito apparato amministrativo volto alla concretizzazione dello specifico diritto", la cui attuazione è però condizionata alle disponibilità finanziarie del soggetto su cui grava l'obbligo.

⁴ E. PARIOTTI, *Diritti umani e tutela delle persone con disabilità*, cit., p.307. Ruotano attorno alla correlazione fra 'education' (ed in particolare sul significato da attribuire a questo termine) e 'needs' le riflessioni condotte da C. BREEN, *The right to education of persons with disabilities: disabled in interpretation and application*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2003, vol.21, 1, pp.7-37, a margine di una pronuncia della Suprema Corte irlandese resa nel 2001 con riguardo al diritto di un ragazzo autistico di ventitré anni ad una 'primary education' (correlata dunque non alla sua età ma alle sue specifiche esigenze).

⁵ Ciò non significa naturalmente che la disamina delle esperienze giuridiche nazionali non evidenzi differenze, per esempio sul piano delle categorie impiegate per verbalizzare tali aspettative individuali.

⁶ Sulla 'sostanza' del diritto all'istruzione, si veda una pronuncia della Corte EDU nel caso *Emin Arac v.Turchia*, 23 settembre 2008. Al fine di ottenere tutela avverso un provvedimento del giudice amministrativo, la ricorrente mette in rilievo la natura di "diritto civile" del diritto all'istruzione. La ricorrente lamentava la violazione dell'art.6 della Convenzione, secondo cui "ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente da un tribunale [...], il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile". La qualificazione del diritto all'istruzione come "diritto di carattere civile" è di non poco momento, atteso che tale qualifica è pacificamente riconosciuta nel caso di diritti attinenti alla vita privata e familiare e agli attributi fondamentali della persona, del diritto di proprietà e del diritto d'iniziativa economico-privata; per quei "diritti", cioè, la cui attuazione non sia condizionata per loro natura ad un intervento dello Stato. Più di recente, essa è stata estesa anche a situazioni soggettive appartenenti alla categoria dei diritti sociali. Sulla questione, A. TAMINETTI, *La nozione di "diritti e obbligazioni di carattere civile"*, leggibile in www.unionedirittiumani.it/Rivista/Articoli/1999/08.html



l'integrazione effettiva nel tessuto sociale di questi soggetti, uno dei mezzi attraverso i quali si esplica la loro personalità.

Le “nuove” rivendicazioni del diritto all'istruzione, proprie anche di quegli altri diritti la cui attuazione presuppone, analogamente a quanto avviene per il primo, un intervento pubblico, sono sottoposte ad una tensione indotta dalla necessità di contemperare due esigenze contrapposte: da una parte, gli obiettivi di politica sociale che impongono di prestare attenzione ai bisogni delle categorie svantaggiate; dall'altra, la compressione dei margini per l'esercizio effettivo del diritto in ragione della subordinazione della politica sociale a logiche di mercato che confinano “il sociale nell'ambito della disponibilità politica, estranea alla dimensione del garantismo costituzionale dei diritti sociali”⁷. Queste riflessioni prendono avvio da una pronuncia della Corte Suprema britannica⁸, chiamata a valutare l'ammissibilità della richiesta del risarcimento del danno, ai sensi del combinato disposto delle secc.8 (1) e 8 (3) dell'Human Rights Act, subito da un minore disabile a cui era stato per lungo tempo precluso l'accesso a strutture adeguate che ne garantissero il diritto all'istruzione. Veniva invocata al riguardo la violazione dell'art.2 del Primo Protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, primo comma, che statuisce che “il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno”. La pronuncia, pur non essendo particolarmente innovativa sotto il profilo dei principi in essa affermati, risulta comunque meritevole d'attenzione perché consente di mettere a fuoco alcune questioni, ancora aperte, inerenti al diritto all'istruzione delle persone disabili e agli strumenti volti a garantire a questo il pieno ed effettivo godimento del diritto.

2. In via preliminare, si rendono opportuni alcuni brevi cenni ai fatti di causa che fanno da sfondo alla pronuncia che si commenta.

A è un minore affetto da autismo. La scuola in cui è inserito, non essendo più in grado di far fronte ai suoi bisogni, chiede ai genitori di ritirarlo da essa. L'ente locale (l'Essex County Council) territorialmente competente in materia d'istruzione non offre tempestivamente una sistemazione alternativa. Esso impiega diciotto mesi per trovare una soluzione adeguata ai bisogni di A, durante i quali quest'ultimo è lasciato alla cura dei genitori, privo d'istruzione e di adeguata sollecitazione e stimolazione. L'assenza d'istruzione determina una rapida regressione di A, con un aumento della sua aggressività e della sua propensione all'autolesionismo.

⁷ G. MAESTRO BUELGA, *Il costituzionalismo democratico sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2004, 1, p.118. Per un'attenta analisi delle differenze intercorrenti fra la prospettiva italiana e quella europea in tema di diritti sociali, G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 3, pp.625 e ss., e spec. p.631.

⁸ A v Essex County Council UKSC 14luglio 2011.



Tra ottobre e dicembre 2002, Essex effettua una lunga serie di tentativi prima di trovare una struttura idonea a soddisfare i bisogni di A. Tuttavia, la struttura prescelta sarà concretamente disponibile ad accogliere A solo diversi mesi dopo la sua individuazione.

Parte attrice chiede alla Queen Bench Division il risarcimento dei danni ai sensi delle normative sopra menzionate.

La pretesa di parte attrice viene rigettata. La sentenza della QBD viene confermata in appello.

Il fulcro della pronuncia della *Supreme Court* è rappresentato dalla questione se sia possibile ravvisare un contenuto “minimo” essenziale del diritto all'istruzione ai sensi del già citato art.2, che imponga obblighi di condotta a carico dell'amministrazione convenuta e la cui inosservanza determini la responsabilità di essa. A tal fine, la Corte si chiede se il “right to education” del ricorrente abbia carattere di “assolutezza” (sia “absolute”)⁹. L'utilizzazione dell'aggettivo “absolute” correlata al “right” può essere fonte di equivoci per un giurista continentale, che può cadere nella tentazione di tradurre la locuzione con l'espressione che gli è familiare di “diritto assoluto”. Ad avviso dello scrivente, il significato in cui la locuzione è utilizzata dai giudici della Supreme Court è diverso. Ciò da cui i giudici della Supreme Court inglese sono impegnati è l'individuazione del contenuto dell'obbligazione da cui è gravata l'Essex County Council: se cioè, per utilizzare categorie familiari ai giuristi continentali, su di esso gravi un'obbligazione “di mezzi” o “di risultato”¹⁰.

L'analisi della questione del contenuto del diritto all'istruzione verrà condotta da un duplice angolo visuale, avendo riguardo da un lato a due ordinamenti giuridici nazionali, Inghilterra ed Italia, dall'altro alla giurisprudenza della CEDU.

La rilevanza della determinazione del contenuto del diritto all'istruzione- o, per meglio dire, del contenuto degli obblighi gravanti a carico dei soggetti ai quali è devoluto il compito di rendere effettivo il diritto all'istruzione- risulta d'immediata comprensibilità non appena si considerino le questioni di grande rilievo pratico ad esso sottese (e che nella sentenza rimangono sullo sfondo),

⁹ Sulla questione, in modo sintetico OSTI, *Il caso A (Appellant) v. Essex County Council (Respondent) di fronte alla Corte Suprema Britannica: il diritto all'istruzione di soggetti con disabilità è un diritto assoluto? Spunti per una riflessione a più ampio spettro*, in AIC, 1, 2011.

¹⁰ La lettura della problematica centrata sul momento 'obbligatorio' più che su quello del 'diritto' risulta adottata in modo nitido nella pronuncia del Conseil d'Etat francese, 08.04.2009, n.311434, a margine di una caso molto simile a quello affrontato dalla Supreme Court.



attinenti ai rimedi attivabili in caso di sua lesione¹¹ e al regime di responsabilità ad essi correlato.

L'orientamento, sostenuto dalla maggioranza della Supreme Court UK, facendo leva sulla formulazione in negativo della disposizione di cui all'art.2, negava che dalla suddetta norma potessero trarsi obblighi positivi a carico dell'amministrazione competente in materia di istruzione. Il diritto all'istruzione non avrebbe un contenuto minimo insuscettibile di variazione, che prescinde cioè dalle capacità organizzative dell'amministrazione in termini di risorse umane e finanziarie; il suo esercizio sarebbe ineludibilmente dipendente da queste ultime. I numerosi tentativi fatti dall'amministrazione per trovare la struttura adeguata ai bisogni di A escluderebbero dunque la possibilità d'imputare ad essa omissioni produttive di discriminazioni nell'accesso del minore disabile alle strutture scolastiche.

Nella sua *dissenting opinion*, Lady Hale rilevava invece che il diritto avrebbe un contenuto variabile dipendente dalle condizioni concrete in cui versa colui che vanta il diritto.

Il diritto all'istruzione sarebbe pertanto svuotato di sostanza, qualora il suo titolare non fosse posto nella condizione di ricavare un beneficio dall'istruzione ricevuta¹².

3. La pronuncia della Supreme Court non può comprendersi appieno se non si sofferma l'attenzione sui precedenti che hanno chiaramente orientato la soluzione adottata dalla corte.

I precedenti in esame sono *Belgian Linguistic* della Corte EDU, ed *A v Head Teacher and Governors of Lord Grey School* della House of Lords espressamente richiamati nella pronuncia¹³.

11 Nell'ordinamento inglese, v'è una netta distinzione fra *private law remedies* e *public law remedies*. Quest'ultima categoria ha come obiettivo primario l'interesse pubblico, attuato mediante la rimozione dell'atto, e non il risarcimento del danno da esso prodotto. Questa logica contraddistingue anche l'Human Rights Act, la cui ratio è quello di garantire un'attuazione dei diritti consacrati nell'Act omogenea a quella data in tutte le giurisdizioni degli Stati che hanno aderito alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo. La tutela risarcitoria avrebbe in questo quadro solo rilievo accessorio.

12 Tale criterio è ripreso dal precedente della CEDU (su cui ritornerò immediatamente nel paragrafo successivo) *Belgian Linguistic Case (No 2)* (1968) 1 EHRR 252, che però lo applica ad un oggetto diverso, e cioè al riconoscimento del diritto di ottenere il titolo di studio: "For the 'right to education' to be effective, it is further necessary that, *inter alia*, the individual who is the beneficiary should have the possibility of drawing profit from the education received, that is to say, the right to obtain, in conformity with the rules in force in each State, and in one form or another, official recognition of the studies which he has completed".

13 [2006] UKHL 14, [2006] 2 AC 363.



Il primo prendeva spunto da un ricorso presentato da genitori belgi che avevano visto negare la possibilità per i loro figli di un'istruzione francofona. Secondo la Corte EDU, la formulazione in negativo del primo comma dell'art.2 non preclude la configurabilità di un diritto vero e proprio, che consisterebbe in: “1) a right of access to existing educational establishments; 2) a right to an ‘effective’ education; 3) and a right of official recognition of studies successfully completed”, a fronte del quale sussisterebbe a carico degli Stati aderenti l’obbligo di garantire un livello minimo di prestazioni il cui mancato raggiungimento negherebbe in concreto il diritto. Secondo la corte, infatti, “in spite of its negative formulation, this provision uses the term 'right' and speaks of a 'right to education'. Likewise the preamble to the Protocol specifies that the object of the Protocol lies in the collective enforcement of 'rights and freedoms'. There is therefore no doubt that Article 2 does enshrine a right.

It remains however to determine the content of this right and the scope of the obligation which is thereby placed upon States”.

Al riguardo viene osservato che “the negative formulation indicates, as is confirmed by the preparatory work, that the Contracting Parties do not recognize such a right to education as would require them to establish at their own expense, or to subsidize, education of any particular type or at any particular level. However, it cannot be concluded from this that the State has no positive obligation to ensure respect for such a right as is protected by Article 2 of the Protocol. As a 'right' does exist, it is secured, by virtue of Article 1 of the Convention, to everyone within the jurisdiction of a Contracting State”. Questo livello era tuttavia da considerarsi assicurato nei diversi ordinamenti giuridici nazionali: “to determine the scope of the 'right to education', within the meaning of the first sentence of Article 2 of the Protocol, the Court must bear in mind the aim of this provision. It notes in this context that all member States of the Council of Europe possessed, at the time of the opening of the Protocol to their signature, and still do possess, a general and official educational system. There neither was, nor is now, therefore, any question of requiring each State to establish such a system, but merely of guaranteeing to persons subject to the jurisdiction of the Contracting Parties the right, in principle, to avail themselves of the means of instruction existing at a given time”.

La corte aveva pertanto escluso che nel caso di specie vi fosse stata una violazione del diritto all'istruzione.

Nel secondo caso posto al vaglio della House of Lords, era in discussione se la sospensione, adottata da una scuola nei confronti di un suo alunno accusato insieme ad altri di aver appiccato un incendio doloso da cui erano derivati danni alle strutture, fosse contraria all’art.2 del Protocollo allegato alla Convenzione, perché protrattasi oltre il termine previsto dalla legislazione vigente¹⁴. Il provvedimento formale di espulsione

14 La legislazione vigente al tempo dei fatti (School Standards and Framework Act 1998) contemplava la possibilità di misure di sospensione o espulsione dalla struttura scolastica di allievi



era stato adottato sei mesi dopo la sospensione, e il minore era stato inserito in una nuova scuola quasi un anno dopo. I genitori del minore avevano lamentato che nel periodo occorso fra la sospensione e il reperimento di una nuova struttura scolastica vi fosse stata una violazione del diritto all'istruzione ai sensi dell'art.2 del Protocollo. La difesa della scuola metteva in evidenza che periodici tests di accertamento della conoscenza dei programmi scolastici furono comunque somministrati al minore, e che, nonostante alcuni mesi dopo i fatti i genitori del minore fossero stati convocati per discuterne il futuro scolastico, essi non si presentarono né mantennero in altro modo i contatti con la scuola.. Secondo la Corte, il diritto all'istruzione riconosciuto nella Convenzione non può concepirsi come diritto all'accesso ad una specifica struttura scolastica. L'art. 2 sarebbe pertanto violato qualora il sistema nazionale dell'istruzione non garantisca soluzioni alternative ad un soggetto a cui viene precluso l'accesso ad una specifica struttura scolastica. La soluzione prescelta dalla House of Lords nel secondo caso è condivisa anche dalla Corte di Strasburgo investita successivamente del caso¹⁵, che richiama l'orientamento secondo cui al fine di riconoscere l'avvenuta violazione o meno dell'art.2 occorre vedere se la condotta imputabile all'ente sia proporzionata al fine che esso intendeva perseguire; più precisamente, ciò che deve essere considerato è “whether a fair balance was struck between the exclusion and the justification given for that measure” (par.58)¹⁶.

Nonostante in tutti e tre i casi sia allegata una violazione del diritto all'istruzione, gli interessi per i quali sotto questo capo si chiede protezione sono diversi. Nel caso Essex, la questione centrale è se un disabile fosse stato o meno discriminato nella fruizione del suo diritto; in Belgian Linguistics, l'allegazione della violazione del diritto all'istruzione intende tutelare l'interesse di soggetti diversi dal minore- e precisamente, quello dei genitori alla protezione dell'identità culturale familiare attraverso l'educazione dei loro figli nella lingua d'origine; in

per motivi disciplinari. Era prevista la possibilità di una temporanea esclusione per un periodo non superiore a quarantacinque giorni. In alternativa, ed oltre tale termine, poteva essere disposta solo l'espulsione. Nel caso di specie, l'esclusione dalla scuola del minore aveva avuto una durata ben maggiore e non era stata adottata per motivi disciplinari (che rappresentavano il presupposto per l'irrogazione della misura), ma semplicemente per motivi d'opportunità, in attesa che fossero accertate le responsabilità per i fatti accaduti.

¹⁵ *Ali v. UK*, 11 gennaio 2011.

¹⁶ Sull'ascrivibilità dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza a tradizioni giuridiche diverse, il primo di matrice continentale e il secondo ascrivibile alla cultura anglosassone, si veda il saggio di M.COHN, *Legal transplant chronicles: the evolution of unreasonableness and proportionality review of the administration in the United Kingdom*, in 58 *Am. J. Comp. L.* 583 (2010). Con specifico riguardo al background culturale del criterio di proporzionalità, M. COHEN ELIYA- I.PORAT, *Proportionality and the culture of justification*, in 59 *Am.J. Comp.L.* 463 (2011).



Lord Grey, in questione sono i limiti ai quali può essere sottoposto il diritto all'istruzione a tutela del concorrente diritto all'istruzione degli altri discendenti.

Un altro profilo rilevante di differenziazione delle pronunce citate è rappresentato dal piano degli interessi in relazione ai quali (meglio, in conflitto, con i quali) viene "dimensionato" il diritto all'istruzione.

In Belgian Linguistic e Lord Grey, è in gioco la valutazione della *fattispecie astratta* del diritto, quale risulta dal bilanciamento della situazione soggettiva in cui versa il discente con situazioni soggettive di pari forza e rilevanza (interesse della comunità scolastica ad essere preservata da fonti che possano minarne la stabilità; salvaguardia della tradizione linguistica della regione; etc.).

Nel caso in cui è convenuto Essex, rileva il piano dell'*attuazione in concreto* del diritto (messa a repentaglio dalla circostanza che le risorse economiche sono limitate)¹⁷, da valutare alla luce del quadro normativo vigente, in primis dell'Education Act 1996. L'art.19 prevede l'obbligo gravante a carico delle local education authorities di "make arrangements for the provision of suitable ... education at school for those children of compulsory school age who, by reason of illness, exclusion from school or otherwise, may not for any period receive suitable education unless such arrangements are made for them". L'obiettivo pertanto è quello di fornire una "suitable education" al disabile, ai sensi del sub par.6 della disposizione citata, consistente in una "efficient education suitable to [the] age, ability and aptitude and to any special educational need" del discente. Gli "special educational needs" ai quali viene fatto riferimento consistono in "learning difficulties" superiori alla media dei coetanei o comunque in disabilità che precludono l'utilizzazione delle "educational facilities". In queste situazioni, sorge il dovere (sec.321) della *local education authority* di provvedere, in prima battuta attraverso un *assessment* dei bisogni, e poi attraverso uno *statement*, che consiste nel palesare i provvedimenti che l'*authority* intende adottare.

Le ragioni che possono rendere "cedevole" il diritto all'istruzione possono essere diverse. Nel paragrafo successivo, si soffermerà l'attenzione su una pronuncia, resa nel 2010 dalla Corte Costituzionale italiana, la cui attinenza alle

¹⁷ L'attuazione in concreto del diritto può essere preclusa da altri fattori inerenti, ad esempio, all'ordine pubblico. Nel caso (su cui si è pronunciata la Corte EDU) *Leyla Sabin c.Turchia*, Grande Camera, 10 novembre 2005, si è riconosciuta la legittimità delle restrizioni all'accesso all'istruzione in nome dell'osservanza del principio di laicità. Nel caso, era in discussione se un regolamento dell'Università di Istanbul che vietava agli studenti di indossare indumenti aventi rilevanza simbolica dal punto di vista religioso violava l'art.2 del Protocollo. La Corte esclude la lesione del diritto su un duplice terreno (v.spec.parr.158-161): da una parte, la legittimità- valutata alla stregua di una "relazione ragionevole di proporzionalità tra i mezzi usati e lo scopo considerato"- degli obiettivi della protezione dei diritti e libertà altrui e del mantenimento dell'ordine pubblico riconnessi alla restrizione; dall'altra, quello della prevedibilità della restrizione stessa per la ricorrente.



problematiche trattate nel caso Essex potrebbe sembrare discutibile se non per la circostanza che entrambe prendono le mosse da una istanza di tutela di un disabile relativa al godimento del diritto d'istruzione. Se in Essex, infatti, l'asserita violazione del diritto all'istruzione viene predicata con riguardo ad una condotta dell'amministrazione, alla quale s'imputa un tardivo inserimento del disabile in una struttura scolastica adeguata, nella pronuncia della Corte Costituzionale è in questione una legge, ovvero una decisione "politica", che riducendo i fondi stanziati per l'istruzione dei disabili, mette a repentaglio l'effettività del diritto all'istruzione di questi ultimi. Si avrà modo di vedere che la distanza fra le problematiche sottese alle due pronunce è più apparente che reale.

4. Nel 2010, la Corte Costituzionale è stata investita della questione di legittimità di due previsioni contenute nella L. n.244/2007 (Legge finanziaria per il 2008), le quali, modificavano *in peius* il regime normativo previgente in materia di insegnanti di sostegno¹⁸.

La legge 244/2007 aveva infatti precluso la possibilità d'assegnare per l'intero monte orario un insegnante di sostegno "dedicato" agli alunni affetti da handicaps particolarmente gravi.

La Corte rilevava che le misure previste nella legge finanziaria avevano determinato una negazione dei principi su cui si fondava la legislazione speciale in materia di istruzione e disabilità, ledendo l'interesse ad un'effettiva assistenza didattica, poiché veniva negato il diritto all'integrazione scolastica proprio a quei soggetti che versavano in condizioni di più grave disabilità.

Questi i passaggi argomentativi attraverso cui la Corte perveniva alla declaratoria dell'illegittimità costituzionale delle disposizioni sopra indicate:

1) i disabili non sono un gruppo omogeneo. Occorre pertanto procedere all'individuazione delle misure più opportune sul piano dell'istruzione e dell'integrazione scolastica che rendano possibile a ciascun disabile il suo completo inserimento nella società. A tal riguardo vengono invocate normative internazionali¹⁹, e di diritto interno²⁰;

18 Sent. n.80/2010.

19 L'art.24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, entrata in vigore sul piano internazionale il 3 maggio 2008 e ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18, statuisce che gli Stati Parti «riconoscono il diritto delle persone con disabilità all'istruzione».

20 L'art.12 della L. n. 104/1992 attribuisce al disabile il diritto soggettivo all'educazione ed all'istruzione a partire dalla scuola materna fino all'università al fine di garantirne l'integrazione.



- 2) il diritto del disabile all'istruzione è un diritto fondamentale;
- 3) la scelta operata dal legislatore di sopprimere la riserva che consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato non è giustificabile, “posto che detta riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave. La ratio della norma, che prevede la possibilità di stabilire ore aggiuntive di sostegno, è, infatti, quella di apprestare una specifica forma di tutela ai disabili che si trovino in condizione di particolare gravità; si tratta dunque di un intervento mirato, che trova applicazione una volta esperite tutte le possibilità previste dalla normativa vigente e che, giova precisare, non si estende a tutti i disabili a prescindere dal grado di disabilità, bensì tiene in debita considerazione la specifica tipologia di handicap da cui è affetta la persona de qua”.

La soluzione individuata dalla Corte si fonda su un bilanciamento fra il diritto allo studio del disabile e l'esigenza di contenimento della spesa pubblica, ad esito del quale essa accorda prevalenza al primo.

Il problema che la pronuncia della Corte Costituzionale evidenzia è se la quantità e qualità delle prestazioni erogate dallo Stato possano essere sottoposte a sindacato giudiziale, con la conseguenza che al vaglio dei giudici sarebbero sottoposte scelte attinenti alla politica della spesa²¹. La soluzione adottata dalla Corte risulta comprensibile attraverso i seguenti passaggi argomentativi: esiste un livello minimo- non reversibile- di talune prestazioni cui è tenuto lo Stato a garanzia del soddisfacimento di diritti individuali inviolabili²²; la compressione degli stessi non può essere giustificata da esigenze di contenimento della spesa pubblica; i tagli alla spesa pubblica non possono quindi essere tagli orizzontali, perché essi metterebbero tutti gli interessi sullo stesso piano. Il diritto all'istruzione di coloro che hanno specifiche esigenze diverse da quelle dei normodotati può considerarsi un diritto emblematico sul terreno del principio dell'uguaglianza sostanziale.

La pronuncia della Corte Costituzionale risulta chiaramente ispirata dalla logica dell'inclusione; ottica, questa, non nuova e già seguita in precedenza dalla sent. n. 215/1987. Con quest'ultima pronuncia, la Corte, era stata investita della questione di legittimità costituzionale concernente la norma di cui all'art.28, 3° comma, L. n.118/1971 che disponeva che “sarà facilitata la frequenza degli

²¹ Sul punto si rinvia a R.BIN, *Capire la Costituzione*, Roma-Bari, 2002, p.63, secondo cui “la ristrettezza delle risorse incid[e] sul livello di effettività dei diritti sociali” (p.62), ed in taluni casi “rischia di stritolare la tutela delle libertà e dei diritti” (p.63).

²² Questo principio risulta chiaramente enunciato dall'art.117, 2° comma, lett.m, che riconosce competenza legislativa esclusiva allo Stato per la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni.



invalidi e mutilati civili alle scuole medie superiori ed universitarie”. Dopo un’analitica ricostruzione dell’evoluzione della legislazione in materia di sostegno all’handicap, la Corte riconosceva che l’obiettivo principale era quello dell’inclusione. Al fine di promuovere la socializzazione del disabile, la formazione scolastica rappresenta un momento essenziale. In tal senso, la Corte faceva leva sull’art.38 della Costituzione, che riconosce il diritto all’educazione di “inabili” e “minorati”, nell’ambito del quale rilievo non secondario riveste l’istruzione superiore. In particolare, l’art. 34, sancendo che “la scuola è aperta a tutti”, pone un principio nel quale” la basilare garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo ‘nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità’ apprestata dall’art. 2 Cost. trova espressione in riferimento a quella formazione sociale che è la comunità scolastica”. Che l’art.34 debba venire interpretato come comprensivo di quegli ostacoli preclusivi differenti da quelli di natura economica, viene così dalla corte argomentato: “le successive disposizioni contenute nell’art. 34 palesano il significato di garantire il diritto all’istruzione malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona. L’effettività dell’istruzione dell’obbligo è, nel secondo comma, garantita dalla sua gratuità; quella dell’istruzione superiore è garantita anche a chi, capace e meritevole, sia privo di mezzi, mediante borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze (terzo e quarto comma).

In tali disposizioni, l’accento è essenzialmente posto sugli ostacoli di ordine economico, giacché il Costituente era ben consapevole che era principalmente in questi la radice della disuguaglianza delle posizioni di partenza e che era perciò indispensabile dettare al riguardo espresse prescrizioni idonee a garantire l’effettività del principio di cui al primo comma. Ciò però non significa che l’applicazione di questo possa incontrare limiti in ostacoli di altro ordine, la cui rimozione è postulata in via generale come compito della Repubblica nelle disposizioni di cui agli artt. 2 e 3, secondo comma: sostenere ciò significherebbe sottacere il fatto evidente che l’inserimento nella scuola e l’acquisizione di una compiuta istruzione sono strumento fondamentale per quel ‘pieno sviluppo della persona umana’ che tali disposizioni additano come meta da raggiungere.” La corte collega poi l’art.34 all’art.38, il quale prevede che “‘gli inabili ed i minorati hanno diritto all’educazione ed all’avviamento professionale’. Attesa la chiara formulazione della norma, che sancisce un duplice diritto, non potrebbe dedursi dalla sua collocazione nel titolo dedicato ai rapporti economici che essa garantisca l’educazione solo in quanto funzionale alla formazione professionale e che quindi solo per questa via sia a tali soggetti assicurato l’inserimento nella vita produttiva: se così fosse, il primo termine sarebbe evidentemente superfluo [...] la seconda garanzia [...] ha per costoro fondamentale importanza, specie per quei casi di handicaps gravi o gravissimi per i quali risulti concretamente impossibile l’apprendimento e l’integrazione nella scuola secondaria superiore”.



Viene pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale della previsione contenuta nella L. del 1971 nella misura in cui essa si limitava a prevedere che sarebbe stata "facilitata" la frequenza, e non "assicurata".

Da una visione propriamente "medica", condotta sul piano terapeutico volta ad assicurare un'assistenza al disabile nel presupposto di una sua "malattia", e cioè di una sua "anormalità", e dunque escludente, si è passati ad una visione "sociale", ad una strategia dell'inclusione, nel presupposto che il disabile possa far parte attiva della comunità²³. La diversità, lungi dall'essere sinonimo d'inferiorità, impone risposte personalizzate a bisogni specifici²⁴. La stessa definizione di "disabilità" è evocativa di una diversa abilità, di una "capacità residua", che non viene come in passato pregiudizialmente negata, ma, al contrario, riconosciuta, da un lato, come esistente, pur con tutte le sue particolarità, e, dall'altro, ritenuta meritevole di valorizzazione²⁵.

Sulla base di quanto finora detto, il nesso fra la pronuncia della Supreme Court inglese e la Corte Costituzionale italiana è evidente. Entrambe si confrontano con il tema centrale del contenuto "minimo" del diritto all'istruzione alla luce di fonti normative diverse. Nel caso Essex, è in gioco l'osservanza da parte del Regno Unito delle prescrizioni di una fonte sovranazionale, laddove invece nei casi sottoposti al vaglio della Corte Costituzionale italiana è in discussione una scelta del legislatore in relazione ad un valore (quello dell'istruzione del disabile: o meglio quello della garanzia delle condizioni alle quali a questo sia garantito pari accesso all'istruzione) la cui misura è fatta oggetto di sindacato da parte del giudice delle leggi.

5. Conclusivamente, si può osservare che il diritto all'istruzione è stato oggetto d'un processo evolutivo nazionale e sovranazionale improntato alla necessità di garantire un trattamento adeguato agli specifici bisogni speciali delle categorie "svantaggiate".

²³ Si veda anche la recente sentenza della Corte Cost. 251/2008, secondo la quale la legislazione relativa alle persone disabili ha determinato un "radicale mutamento di prospettiva rispetto al modo stesso di affrontare i problemi delle persone affette da invalidità, considerati come problemi non solo di carattere individuale dei disabili, ma dell'intera collettività".

²⁴ E. LONGO, *Unitarietà del bisogno di cura. Riflessione sugli effetti giuridici conseguenti al passaggio dal modello medico al modello sociale di disabilità*, in *Non profit*, 2011, 2, pp.35 ss.

²⁵ C. COLAPIETRO, *L'inclusione sociale delle persone con disabilità: un imperativo costituzionale*, *ivi*, p.18. Per un'applicazione della tecnica del bilanciamento produttiva di un esito sfavorevole alle ragioni dei disabili, si rinvia alla già citata pronuncia della Corte Costituzionale n.251/2008 che ha di recente escluso che nell'ordinamento trovi "ingresso un complesso normativo che sia tale da privilegiare, senza alcun limite, il diritto fondamentale dei disabili rispetto a qualsiasi altro interesse costituzionale confliggente, fosse anche connesso ad esigenze di incolumità e sicurezza".



Dalla logica dell'integrazione, informata al forzato adattamento del "diverso" al contesto (dei normodotati), si è passati alla diversa logica dell'inclusione, che richiede l'adozione degli accorgimenti necessari ad assicurare a tutti i soggetti che, pur non affetti da una minorazione fisica o psichica, versino in una posizione di debolezza, la concreta possibilità di godere del diritto. Emblematica in tal senso è la presa di posizione della Corte EDU che a più riprese ha statuito che la creazione di classi "speciali", in quanto manifestazione di un trattamento deteriore basato sull'appartenenza ad un gruppo etnico, crea discriminazioni in violazione delle previsioni della convenzione²⁶.

Nel caso *Orsus v Croatia*, la corte ha avuto modo di precisare che "the fact that the measure in question was applied exclusively to the members of a singular ethnic group, coupled with the alleged opposition of other children's parents to the assignment of Roma children to mixed classes, calls for an answer from the State to show that the practice in question was objectively justified by a legitimate aim and that the means of achieving that aim were appropriate, necessary and proportionate"²⁷.

L'inclusione è oggi la logica prevalente a livello internazionale, come risulta chiaramente enunciato dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. La piena partecipazione del disabile è riconosciuta fra i principi cardine della Convenzione, e più specificamente nell'art.24, in materia di diritto all'istruzione²⁸.

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce all'art.26 il diritto di inserimento dei disabili, statuendo espressamente che "l'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità"²⁹.

Non solo le Carte internazionali esprimono chiaramente un *favor* per la politica dell'inclusione, ma anche le Carte costituzionali approvate nell'ultimo

26 Cfr. al riguardo *Sampanis v. Grecia*, 5 settembre 2008.

27 *Orsus and others v. Croatia*, 16 marzo 2010, par.155.

28 Nella Convenzione è riconosciuto il diritto all'istruzione nei limiti della "reasonable accommodation". L'accomodamento può considerarsi "ragionevole" ai sensi dell'art.2 tenuto conto delle "modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato o eccessivo [...] per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali".

29 Su questa disposizione si trovano in M.OLIVETTI, commento all'art.26, in R. BIFULCO-M.CARTABIA- A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, pp.202 ss. Accordano rilevanza all'autonomia del disabile l'art.52, secondo comma, della Costituzione slovena che riconosce al disabile il diritto ad un insegnamento che consenta una vita attiva, e l'art.17, comma secondo, della Costituzione del Meclemburgo.



quarto del ventesimo secolo testimoniano l'impegno all'adozione di misure promozionali volte a favorire l'inserimento sociale dei disabili³⁰.

Le nuove declinazioni del diritto all'istruzione concernono pertanto quelle minoranze (etniche, linguistiche, portatori di handicaps) il cui rischio di ghettizzazione viene fronteggiato proprio sul terreno dell'accesso all'istruzione.

Ad una prima impressione, la pronuncia della Supreme Court inglese esaminata sopra sembra manifestazione di un atteggiamento di chiusura alle ragioni del disabile. Questa impressione si rivela però fuorviante, non appena si consideri, in primo luogo, la specifica questione di diritto devoluta all'attenzione della Corte, ed inoltre il quadro normativo e giurisprudenziale che fa da sfondo alla pronuncia della Supreme Court inglese.

Sotto il primo profilo, la Supreme Court era chiamata a rispondere al quesito se il diritto all'istruzione avesse o meno un contenuto minimo ai sensi dell'art.2 P1 allegato alla CEDU. La risposta negativa data a tale questione è il riflesso d'un orientamento interpretativo consolidato secondo cui fine della già menzionata norma sarebbe quello di assicurare condizioni omogenee per l'accesso all'istruzione nei diversi Stati aderenti alla Convenzione; norma che peraltro non legittimerebbe indebite interferenze dei giudici di Strasburgo nelle scelte compiute dal legislatore statale.

Sotto il secondo, i principi di diritto formulati dalla Suprema Corte devono essere valutati alla luce del modello normativo di regolamentazione dell'istruzione del disabile (ispirato alla logica della creazione di strutture specifiche per i disabili distinte da quelle in cui è inserita la comunità dei discendenti normodotati) e dal più generale orientamento restrittivo invalso in giurisprudenza in merito ai presupposti per il riconoscimento della responsabilità dei *public bodies* per danni subiti dai consociati.

L'orientamento sfavorevole al riconoscimento di una tutela giurisdizionale dei privati a fronte di condotte dannose tenute dalla pubblica amministrazione affonda le proprie radici nel fatto che la responsabilità dei *public bodies* è riconosciuta entro limiti assai rigorosi in virtù del principio della *supremacy of Parliament* e del ristretto spazio riservato al sindacato del giudice sugli atti della pubblica amministrazione.

Pur tenendo conto dei fattori di specificità del quadro normativo inglese, sembra di poter affermare che la fattispecie non sarebbe stata decisa in modo sostanzialmente diverso allorché della controversia fosse stato investito un giudice italiano.

Il ritardo nell'individuazione della struttura adeguata e il conseguente danno risentito dal minore disabile non sembrano essere dipesi da una lentezza o inerzia dell'Essex County Council. A diversa conclusione si sarebbe potuto giungere nel caso in cui i ricorrenti avessero esperito un'azione contro la scuola nella quale il ricorrente era originariamente inserito. Si sarebbe potuto sostenere infatti che essa

³⁰ Un esempio è rappresentato dall'art.71 della Costituzione portoghese.



non aveva garantito, nel periodo nel quale l'Essex Council era impegnato nell'individuazione di un'altra struttura scolastica, un percorso educativo alternativo efficace. Il materiale didattico e le sessioni di linguaggio si rivelarono inadatte a soddisfare le esigenze del minore.

Le sentenze della Corte Costituzionale italiana affrontano il tema del 'contenuto minimo' del diritto all'istruzione del disabile (ma come detto sopra, il discorso è suscettibile di essere esteso ad altre "minoranze") *sul terreno del sindacato giudiziale di scelte politiche*.

Il riconoscimento e la tutela dei diritti individuali pone con sempre maggiore evidenza il problema dello spazio da riconoscere al sindacato dei giudici in un ambito la cui dimensione è segnata necessariamente da decisioni politiche; in questione viene il problema se le corti possano farsi interpreti, attraverso la soluzione del 'caso concreto', di istanze individuali al fine di realizzare una maggiore equità sociale. E' sempre più frequente nell'individuazione della 'soluzione giusta' il ricorso alla tecnica del bilanciamento fra i diversi interessi in gioco. Il bilanciamento operato dalle Corti Costituzionali fra (scelte del) potere pubblico in ordine all'allocazione delle risorse pubbliche e (tutela ed attuazione dei) diritti individuali è cosa ben diversa rispetto a quello operato dal legislatore: se il bilanciamento operato da quest'ultimo è finalizzato alla realizzazione di esigenze di giustizia nel sistema, quello operato dai giudici è circoscritto al caso concreto³¹.

Questa tecnica è praticata non solo dalle Corti costituzionali europee e dalla Corte di Giustizia nella forma del giudizio di proporzionalità, ma anche dai giudici nazionali di rango inferiore. E' un esempio significativo di questo *trend* l'ordinanza resa dalla seconda sezione del Tribunale di Roma il 27 febbraio 2006 chiamato a pronunciarsi su una fattispecie che presenta evidenti similitudini con

31 Si rinvia sul punto a F. LOSURDO, *La 'tecnica del bilanciamento' alla prova della sua 'giustizia'*, in Cantaro (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, 2011, pp.231-232, secondo cui "la giustizia che persegue il legislatore con la legge [...] è una giustizia che mira a fissare un equilibrio tra diritti e doveri [...] una giustizia tendenzialmente distributiva, quando non redistributiva. La giustizia che persegue il giudice con la sentenza, combinando e ricombinando incessantemente i principi costituzionali, è una giustizia in cui è prevalente la tensione alla soddisfazione incessante di diritti e nuovi diritti, che rifiutano l'esistenza di limitazioni in nome di corrispondenti doveri. Una giustizia tendenzialmente *inter-individuale, interpretata*". Questione ancora diversa è quella dell'individuazione dei criteri attraverso cui operare il bilanciamento fra diritti fondamentali collettivi e libertà economiche: questo piano d'indagine è stato posto all'attenzione della dottrina (non solo italiana) dai notissimi casi Viking e Lavall affrontati dalla Corte di Giustizia. In questi casi, la Corte era stata investita dal compito di verificare la legittimità dello sciopero di lavoratori distaccati dalle proprie imprese in sedi diverse da quelle di appartenenza in quanto il quadro normativo, garantendo minore protezione per i lavoratori, risultava essere meno oneroso per le imprese. In entrambi i casi, la corte di Giustizia ha giudicato gli scioperi illegittimi attribuendo prevalente rilievo alla libertà economica dell'impresa. Gli obiettivi di politica sociale dell'Unione (miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro) potrebbero limitare la libertà di prestazione dei servizi solo nel caso in cui non venga assicurato il livello minimo di protezione nello Stato ospitante consacrato nella direttiva 71/1996 sul distacco dei lavoratori. Di conseguenza, sarebbe vietate azioni sindacali che si prefiggano di ottenere per i lavoratori distaccati condizioni migliori di quelle minime.



quella su cui è intervenuta la citata sentenza della Corte Costituzionale n.80. Il Tribunale di Roma sposa l'orientamento secondo cui il diritto al sostegno scolastico apparterebbe alla sfera dei "diritti soggettivi perfetti", pieni ed insuscettibili di affievolimento, caratterizzati da un "nucleo essenziale", prevalente rispetto alle esigenze della finanza pubblica. L'ascrizione alla categoria dei 'diritti soggettivi perfetti' del diritto al sostegno scolastico (a sostegno della quale s'invocano la L. n. 281/1998, che riconosce natura di diritto fondamentale al diritto degli utenti all'erogazione di servizi pubblici, e il già citato art.117, co. 2, lett. M della Costituzione italiana) porrebbe al di fuori della sfera della discrezionalità amministrativa il provvedimento di assunzione degli insegnanti di sostegno. La legislazione vigente consente all'amministrazione la scelta degli strumenti più idonei all'integrazione del disabile, ma non consente ad essa di apprezzare (ed eventualmente sacrificare) l'interesse di quest'ultimo. Più di recente, questa impostazione è stata confermata dal Consiglio di Stato³².

L'utilizzo della tecnica del bilanciamento da parte dei giudici di merito che fanno ricorso a questo strumento nell'intento di tutelare in modo più efficace i diritti dei più deboli porta con sé il rischio che le decisioni del caso singolo veicolino ciascuna una misura diversa della tutela dei diritti individuali, dipendente non dall'applicazione/osservanza di parametri obiettivi, bensì connessi alla sensibilità personale del singolo giudice. C'è da interrogarsi sulla reale efficacia di soluzioni di matrice giurisprudenziale nell'assicurare tutela ai disabili nella prospettiva d'una logica "inclusiva".

³² Cons. Stato 2231/2010.