

SIMONE TORRICELLI

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso Università degli studi di Firenze  
*simone.torricelli@unifi.it*

## **IL DIRITTO ALL'ISTRUZIONE NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA**

### **THE RIGHT TO EDUCATION IN ADMINISTRATIVE JURISPRUDENCE**

#### SINTESI

Lo scritto analizza la giurisprudenza amministrativa relativa al diritto all'istruzione, allo scopo di verificare se e come il giudice amministrativo abbia contribuito a definirne o disvelarne i contenuti. L'esame compiuto evidenzia l'apporto innovativo della giurisprudenza, che deriva da un'opera di raccordo del diritto all'istruzione con gli altri valori e diritti che costellano il panorama costituzionale. Un raccordo realizzato non solo definendo contesto, limiti e parametri per un bilanciamento, e dunque con il risultato di introdurre limitazioni al diritto all'istruzione, ma anche, in senso opposto, utilizzando i valori espressi dalla Costituzione come leve per potenziarne il contenuto. Così, facendo emergere le connessioni con altri diritti e altri doveri e chiarendo il quadro delle responsabilità pubbliche che presidiano la sua garanzia, il giudice amministrativo ha identificato e sviluppato le diverse dimensioni del diritto all'istruzione, definendo i suoi spazi e i suoi confini.

#### ABSTRACT

The paper focuses on case law relating to the right to education, with the aim of examining whether and how the administrative court has contributed to defining or unraveling its contents. The analysis highlights the innovative contribution given by the judge, which stems from a work of connecting the right to education with the other values and rights that dot the constitutional landscape. The administrative judge, on the one hand, balance the right to education with other constitutional values and, on the other hand, uses the values expres-

sed in the Constitution as levers to enhance it. Thus, he brings out the connections of the right to education with other rights and other duties and clarifies the framework of public responsibilities, with the effect of developing the different dimensions of the right to education and of defining its spaces and boundaries.

PAROLE CHIAVE: Diritto all'istruzione, diritti sociali, scuola, servizio pubblico, giurisdizione esclusiva.

KEYWORDS: Right to education, social rights, school, public service, exclusive jurisdiction.

INDICE: 1. Il giudice amministrativo e il quadro ordinamentale sul diritto all'istruzione. - 2. La libertà di scegliere tra pubblico e privato. - 3. L'articolazione del servizio e la scelta della scuola. - 4. Il dover essere della prestazione. - 5. Due considerazioni conclusive.

## **1. Il giudice amministrativo e il quadro ordinamentale sul diritto all'istruzione**

Come in rapporto agli altri diritti sociali, anche rispetto al diritto all'istruzione il giudice amministrativo si trova in una posizione di dialogo. È innanzitutto in dialogo con la Costituzione: con l'affermazione costituzionale del diritto sancito dall'art. 34 e con l'insieme delle altre norme costituzionali che costituiscono la trama nella quale il diritto all'istruzione prende corpo. È poi in dialogo con il legislatore, chiamato a dare attuazione alla Costituzione<sup>1</sup>, creando l'ambiente nel quale sia possibile realizzare, anche attraverso il soddisfacimento del diritto all'istruzione, quel progetto di riequilibrio sociale che nel comma II dell'art. 3 Cost. trova la sua più alta espressione. È infine in dialogo con l'amministrazione, nel momento in cui questa si trova ad approntare in concreto gli strumenti organizzativi necessari a garantire l'attuazione del diritto all'istruzione, in un contesto in cui il moltiplicarsi delle rivendicazioni legate alle sue nuove dimensioni creano tensioni crescenti<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sullo sfondo anche il diritto europeo, non privo neppure in questa materia di un effetto di orientamento delle politiche nazionali: v. F. CORTESE, *L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale*, in *Munus*, 2015, 505 ss.

<sup>2</sup> B. ANDÒ, *Alla ricerca di un 'contenuto minimo' del diritto all'istruzione del disabile fra giurisprudenza nazionale e Corte Edu*, in *Comparazione e diritto civile*, 2012, 2; si veda anche, in relazione ai profili dell'inclusione, E. BOSCOLO, *Istruzione e inclusione: un percorso giurisprudenziale attorno all'effettività dei diritti prestazionali*, in *Munus*, 2014, 165 ss.

Rileggendo questo *decalage* di fattispecie in termini di modalità di intervento del giudice, ciò che può accadere è che egli si trovi di fronte a spazi vuoti, intendendo come spazio vuoto uno spazio non normato, da riempire raccordandosi direttamente al testo costituzionale. Oppure può trovarsi di fronte a spazi mal riempiti, in cui il giudice, in sede di interpretazione, deve piegare il testo legislativo in funzione della realizzazione del diritto alla luce dei valori costituzionali. Può trovarsi infine a dover intervenire a fronte di mancanze nell'attuazione delle norme, in violazione delle prescrizioni legislative e costituzionali.

Questa varietà nelle modalità di intervento del giudice ha dato origine ad una giurisprudenza ponderosa, ancorché talora ripetitiva. Di qui la necessità di una selezione delle decisioni più rilevanti, peraltro compiuta, in questo scritto, senza alcuna pretesa di esaustività, limitando l'analisi a quelle che, non solo hanno o hanno avuto l'effetto di dare tutela al diritto all'istruzione (altrimenti ogni forma di violazione o lesione sarebbe da considerare), ma che, in qualche misura, hanno contribuito a definirne o disvelarne i contenuti. Ciò anche cercando di cogliere l'impatto che l'intervento del giudice ha avuto, così da far emergere il ruolo che egli ha assunto nella concretizzazione del diritto.

Anticipando gli esiti dell'analisi, emerge in effetti evidente l'apporto innovativo della giurisprudenza, che deriva da un'opera di raccordo del diritto all'istruzione con gli altri valori e diritti che costellano il panorama costituzionale. Un raccordo realizzato non solo definendo contesto, limiti e parametri per un bilanciamento, e dunque con il risultato di introdurre limitazioni al diritto all'istruzione, ma anche, in senso opposto, utilizzando i valori espressi dalla Costituzione come leve per potenziarne il contenuto. Così, facendo emergere le connessioni con altri diritti e altri doveri e chiarendo il quadro delle responsabilità pubbliche che presidiano la sua garanzia, il giudice amministrativo ha iden-

tificato e sviluppato le diverse dimensioni del diritto all'istruzione, definendo i suoi spazi e i suoi confini<sup>3</sup>.

Il ruolo poliedrico giocato dal giudice amministrativo riflette d'altra parte la tendenza espansiva della giurisdizione amministrativa sui diritti fondamentali. Confluendo nella materia dei servizi pubblici, l'istruzione rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>4</sup>, che comprende anche la “cognizione e tutela dei diritti fondamentali, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti”<sup>5</sup>, almeno, per usare le parole dell'Adunanza Plenaria “nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali”. E non rileva, per richiamare ancora le parole dell'Adunanza Plenaria, “[la] natura vincolata o tecnica dell'esercizio della potestà oggetto del giudizio”, poiché, si può ricavarne, il potere è tale anche se non è discrezionale.

Non è questa la sede per discutere la tenuta di questo approccio; invero, l'espressione “potere vincolato” può non essere considerata un ossimoro sol che si osservi che il potere può risiedere nella necessità del ruolo organizzativo dell'amministrazione rispetto all'attuazione dei diritti. Ai fini del discorso, si può invece rilevare che, sulla base di queste premesse teoriche, la giurisdizione amministrativa finisce con il coprire le esigenze di garanzia del diritto all'istruzione sia nella parte in cui esso è integralmente ricostruibile sulla base di norme costituzionali, dunque nel suo nucleo essenziale costituzionalmente necessario, sia nella parte di contenuto ulteriore che il legislatore abbia inteso garantire a prescindere dalle circostanze, sia nella parte in cui il suo riconoscimen-

---

<sup>3</sup> Ciò al punto di avere spinto a considerare il diritto all'istruzione come un “figura essenzialmente giurisprudenziale”, così M. MIDIRI, *Il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente*, in *Munus*, 2022, 532.

<sup>4</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 16 marzo 2021, n. 1729, a proposito dell'attribuzione delle ore di sostegno ad un alunno riconosciuto portatore di handicap.

<sup>5</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2016, n. 7.

to dipenda da una valutazione comparativa tra esigenze diverse, da farsi a livello amministrativo. L'ampiezza dello spettro della sua giurisdizione spiega appunto la centralità che il giudice assume nella ricostruzione della fisionomia e della configurazione in concreto del diritto all'istruzione.

## **2. La libertà di scegliere tra pubblico e privato**

Si deve innanzitutto alla giurisprudenza amministrativa la definizione della cornice di riferimento del sistema complessivo dell'istruzione, da cui possono, per induzione, trarsi alcune coordinate ricostruttive dei contenuti fondamentali del diritto.

L'istruzione è l'unico servizio per cui la Costituzione richiede la presenza pubblica diretta, per il tramite dell'obbligo di costituire scuole di ogni ordine e grado. Ciò in un sistema potenzialmente composito in cui la combinazione tra la libertà di enti e privati di istituire scuole ed istituti di educazione, ai sensi dell'art. 33, co. III, e la libertà di insegnamento di cui all'art. 33, co. I, assicura che scuole pubbliche, private<sup>6</sup> e forme di istruzione parentale<sup>7</sup> possano coesistere<sup>8</sup>. Di qui l'emersione di alcuni profili problematici legati al ruolo delle scuole private nel sistema dell'istruzione e alle conseguenze che tale ruolo implica in termini di regime giuridico, nonché (in parte di riflesso, in parte come questione autonoma) legati alla possibilità di individuare, nel nucleo irriducibile del diritto costituzionale all'istruzione, la garanzia per il suo titolare della possibilità effettiva di scegliere tra pubblico e privato<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Si veda in particolare la L. 10 marzo 2000, n. 62, contenente le "Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione".

<sup>7</sup> Si veda il D. lgs n. 297/1994 (in particolare l'art. 111), nonché l'art. 1, co. 4, d. lgs. n. 76/2005 e 23 d. lgs n. 62/2017.

<sup>8</sup> Sulla evoluzione in chiave storica del rapporto pubblico privato in materia di istruzione, G. PIPERATA, L. TRUCCHIA, *Pubblico e privato nell'istruzione: un'analisi alla luce dell'evoluzione del quadro costituzionale e legislativo*, in *Munus*, 2015, 525 ss.

<sup>9</sup> Il diritto all'istruzione, osserva C. MARZUOLI, *Istruzione e Stato sussidiario*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 138-139, quando non si risolve in una pura pretesa di libertà, ma nella pretesa ad una prestazione, può avere come oggetto "un'istruzione di tendenza ideologica aperta o di tendenza ideologica esclusiva". In questo secondo caso, "può entrare in conflitto con il carattere pubblico di colui che deve provvedere, se non altro economicamente, alla prestazione".

La questione tocca innanzitutto la pretesa di scuole private e utenti di poter accedere a forme di sostegno pubblico. Una questione che si colloca nel punto di frizione tra la previsione costituzionale per cui la libertà privata di istituire scuole trova il limite per cui l'espressione di quella libertà non può/non deve comportare oneri per lo Stato e la previsione contenuta nella legislazione ordinaria secondo cui vi è una formale equiparazione tra scuole pubbliche e private paritarie quali elementi del servizio pubblico dell'istruzione<sup>10</sup>.

Di fronte ad una legislazione in parte omissiva, in parte contraddittoria<sup>11</sup> e ad una giurisprudenza costituzionale non del tutto univoca<sup>12</sup>, il giudice amministrativo ha dovuto farsi carico di chiarire la misura di questa equiparazione, precisando che, per quanto le scuole paritarie contribuiscano alla realizzazione della finalità di istruzione ed educazione che la Costituzione assegna alla scuola e, sebbene non sia in discussione il riconoscimento della parità sul piano dell'offerta educativa, non può invece essere riconosciuta la parità sul "concorrente, e strumentale, piano dell'apporto finanziario pubblico, in termini di contribuzione ed erogazione di beni e servizi"<sup>13</sup>.

Così l'erogazione di contributi in forma paritaria è lasciata alla discrezionalità pianificatoria degli enti, chiamati a definire modalità e quantificare risorse eventualmente da assegnare<sup>14</sup>. In modo ancora più significativo la giurisprudenza

---

10 L'art. 1 l. n. 62/2000, pur con un richiamo espresso al limite dell'art. 33, comma II, Cost., considera infatti che il sistema nazionale di istruzione si componga tanto delle scuole statali che di quelle paritarie (co. I), alle quali è riconosciuto un compito di "servizio pubblico" (co. II).

11 M. CROCE, *La scuola pubblica e la scuola privata*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI, *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2004, 333 e 348, secondo cui "l'assetto normativo che è seguito alla legge sulla parità scolastica (l. n. 62/2000) è per molti versi insoddisfacente, proprio perché, lungi dal chiarire gli equivoci frutto del compromesso costituzionale che ha portato alla formulazione degli artt. 33 e 34 Cost., sembra rendere manifesta la difficoltà (forse l'impossibilità) di operare sviluppi legislativi coerenti, che riescano a tenere insieme e a bilanciare dettami e valori che sembrerebbero essere contraddittori. Il legislatore è parso, quindi, non riuscire a scegliere una strada chiara".

12 C. cost., sentt. n. 7/1967; n. 106/1968; n. 36/1982; n. 454/1994.

13 Cons. Stato, sez. V, 19 agosto 2019, n. 5739.

14 T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 5 maggio 2023, n. 2777, secondo cui "il principio della parità scolastica, se può garantire la libertà di scelta delle istituzioni formative ed educative e può legittimare il riconoscimento, direttamente a favore degli studenti (specie quando capaci e meritevoli), di un rimborso delle spese o di forme equipollenti di agevolazione, non può costi-

za ha escluso il diritto al rimborso degli obblighi imposti alle scuole paritarie relativamente all'accoglienza di studenti diversamente abili e di garantire loro gli strumenti del sostegno (al di là dei limiti di stanziamento fissati in via regolamentare), sulla premessa che “gli istituti privati possono comunque contare su un sistema di finanziamento di natura privata (cioè le rette pagate dalle famiglie degli alunni) che esclude in radice la possibilità di una piena e completa assimilazione degli istituti paritari a quelli pubblici e che rende ragionevole il limite normativamente imposto e annualmente replicato dai decreti attuativi”<sup>15</sup>. Questa affermazione, peraltro, può essere ascritta a quell'orientamento per cui “il soggetto obbligato sostanziale a garantire all'alunno disabile iscritto ad una scuola privata paritaria il servizio educativo e ad assicurargli le medesime prestazioni di supporto dell'insegnante di sostegno di cui egli usufruirebbe qualora fosse iscritto ad una scuola statale, è la stessa scuola privata paritaria; è nei confronti di questa che va indirizzata la pretesa ad ottenere il sostegno specializzato nella misura accertata come necessaria in concreto nel piano educativo individualizzato”<sup>16</sup>. Sempre sulla stessa scia, anche se con giurisprudenza oscillante, l'esclusione del diritto degli istituti scolastici paritari a che sia messo loro a disposizione un operatore educativo per l'autonomia, ove l'amministrazione abbia scelto di metterlo a disposizione dei soli alunni diversamente abili delle scuole pubbliche<sup>17</sup>.

Aderendo insomma alla tesi, sostenuta da alcuni anche in dottrina<sup>18</sup>, che l'inciso costituzionale del “senza oneri per lo Stato” non implichi un divieto di

---

tuire di per sé fondamento sufficiente al fine di estendere alle scuole private paritarie i finanziamenti statali e le provviste di beni e servizi naturalmente diretti agli uffici e alle istituzioni scolastiche statali. Alla quale estensione – anche laddove non si voglia, nei sensi chiariti, desumere dall'art. 33 della Costituzione, un espresso divieto – osta senz'altro, per comune e consolidato intendimento, la non esistenza di un vero e proprio diritto”.

15 T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 4 dicembre 2020, n. 5816.

16 Cass., SS. UU., 20 aprile 2017, n. 9966.

17 T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 4 marzo 2020, n. 2925; in senso contrario, ma incentrando il ragionamento sul diritto degli alunni, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 24 novembre 2022, n. 15710.

18 Ricostruiscono il dibattito, A. PACE, *Il diritto all'istruzione in tempo di crisi*, in *Dir. e soc.* 2013, 45 ss.; M. CROCE, *La scuola pubblica e la scuola privata*, *cit.*, 335 ss.

finanziamento, ma osti a che vi sia una pretesa tutelabile delle scuole private ad essere finanziate, la giurisprudenza ha posto un argine agli effetti potenzialmente dirompenti della legislazione ordinaria. La tensione che deriva tra la norma costituzionale e l'inserimento delle scuole private, ancorché di tendenza, nel sistema del servizio pubblico nazionale, si dissolve nel rilevare che tra le scuole pubbliche e quelle private vi è comunque una “ontologica differenza”<sup>19</sup>, espressione giuridicamente poco appropriata, ma capace di definire una soglia costituzionale invalicabile della assimilabilità. La scuola non è solo istruzione, ma anche valutazione, attestazione, qualificazione formale: per accedere a queste funzioni ancillari, la scuola privata deve avere la capacità di assumere gli oneri relativi, anche di tipo finanziario.

La centralità della Costituzione permea dunque l'interpretazione della legislazione ordinaria, sulla base di una opzione ermeneutica che esclude che possa considerarsi rispettato il divieto di oneri per lo Stato ove, assolvendo una funzione di servizio pubblico, la scuola paritaria possa avanzare una pretesa giuridicamente tutelata di ricevere somme che altrimenti verrebbero comunque impiegate nel servizio di istruzione pubblica. Anzi, la giurisprudenza arriva ad affermare che la previsione della necessaria autosufficienza è, in fondo, una stessa condizione di garanzia della libertà di insegnamento, che la dipendenza da finanziamenti pubblici finirebbe con il mettere a rischio<sup>20</sup>.

In questo quadro, l'esistenza di una scuola privata è un fatto solo eventuale, che dipende da moti spontanei della società civile (o anche, più prosaicamente, del mercato). Il pluralismo lo realizza la scuola pubblica, con una istruzione che, per i suoi contenuti, deve dare spazio e respiro alla varietà delle visioni, stimolando attraverso il confronto lo spirito critico dei discenti. È un pluralismo realizzato attraverso la neutralità, affermata ma anche assicurata attraverso regole di garanzia della libertà di insegnamento e meccanismi imparziali di selezione dei docenti che valorizzino la capacità di convogliare nell'insegna-

---

19 Cons. Stato, sez. VII, 27 dicembre 2023, n. 11193.

20 Così ancora il Cons. Stato, sez. VII, nella sentenza n. 11193/2023.

mento l'apertura alle prospettive e dalla conseguente convivenza, nel corpo docente, di sensibilità e impostazioni ideali differenti. Non è garantito invece un pluralismo che si traduca in un dovere di promozione della esistenza di offerte formative orientate.

Questa costruzione si riflette sulla posizione di chi fruisce o aspira a fruire del servizio di istruzione.

L'interazione tra l'affermazione dell'art. 34, co. II, Cost. e quella di cui all'art. 33, co. III, Cost., esclude che si possa far rientrare nel diritto all'istruzione il diritto di poter effettivamente optare per la scuola privata: una scuola privata che può non esserci (fatto questo costituzionalmente irrilevante) e che può non essere accessibile (fatto anch'esso costituzionalmente irrilevante).

Il quadro tratteggiato è certamente sommario, ma comunque tale da far emergere due aspetti. In primo luogo vi si trova una prima conferma della centralità del ruolo del giudice, dalla cui giurisprudenza si inducono coordinate interpretative decisive rispetto alla costruzione del diritto all'istruzione. E proprio gli esiti cui il giudice giunge assolvendo quel ruolo meritano di essere sottolineati, come secondo aspetto rilevante. La giurisprudenza definisce gli spazi entro cui si svolge la libertà di scelta, in un sistema in cui non solo l'affermazione del diritto all'istruzione, ma anche le implicazioni della integrazione delle scuole private nel servizio pubblico dell'istruzione lasciano un margine di interpretazione su questo aspetto molto (troppo) ampio. Uno spazio che il giudice ha riempito, relativizzando il diritto di scelta, pieno, ma non in relazione agli oneri che possono derivare dalla scelta compiuta. Ciò in un quadro nel quale la presenza di tutti nella scuola pubblica non può comunque non essere considerato un obiettivo funzionale al progetto di integrazione di cui all'art. 3, co. II, Cost., capace di radicare le soluzioni giurisprudenziali proposte in un solido substrato valoriale.

### **3. L'articolazione del servizio e la scelta della scuola**

La questione del rapporto tra diritto all'istruzione e facoltà di scelta si pone anche in relazione alla articolazione della struttura organizzativa pubblica.

Un primo dato si coglie riflettendo *a contrario* su un aspetto che emerge tra le maglie del processo. Sotto il profilo processuale, appunto, è costante l'orientamento che fa derivare dal diritto all'istruzione la legittimazione degli "alunni quali diretti fruitori del servizio scolastico" e, per essi, dei genitori<sup>21</sup>, i quali, dunque possono impugnare atti di fusione, scissione o soppressione di istituti scolastici, sempre che si prospetti l'incidenza sulla qualità del servizio in relazione ai requisiti di dimensione ottimale dell'istituto<sup>22</sup> e sempre che sia provato l'interesse ad agire<sup>23</sup>.

A prescindere dunque dalla proiezione del nucleo essenziale del diritto sociale all'istruzione, da far valere in quanto tale, quel diritto ha in sé una componente pretensiva che attiene anche alla legittimità delle scelte discrezionali che l'amministrazione si trova a dover compiere sul piano della strutturazione del servizio, sotto il profilo del rispetto dei principi che informano la discrezionalità: si presenta, cioè, anche nella forma dell'interesse legittimo.

Si coglie per questa via il rapporto diretto che esiste tra diritto all'istruzione e dovere organizzativo dell'amministrazione, che si traduce in una pretesa tutelabile all'adeguatezza del servizio approntato rispetto al diritto da soddisfare. Poi, peraltro, è inevitabilmente vero che gli spazi concreti di tutela risultano compressi per il fatto che, essendo ritenuti i provvedimenti di dimensionamento scolastico espressione di potestà di autorganizzazione dell'amministrazione competente, frutto di scelte tecnico-discrezionali, essi ricadono nelle maglie di

---

21 Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2013, n. 5383; sez. VI, 3 aprile 2001, n. 1958.

22 Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2022, n. 156.

23 Secondo il Consiglio di Stato, infatti, il riconoscimento in capo ai genitori degli allievi di una "una posizione qualificata e differenziata che li legittima a ricorrere", non assorbe la necessità "della prospettazione di una concreta lesione, da parte dell'atto programmatico scolastico, nella sfera giuridica degli interessati, lesione che non può ritenersi effetto automatico o implicito di quello che l'Amministrazione ritiene, al contrario, un miglior assetto organizzativo della rete scolastica nel territorio": Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2013, n. 5383.

un sindacato stretto entro i limiti della manifesta illogicità ed erroneità. Un sindacato ulteriormente penalizzato per il fatto che, trattandosi di scelte in senso lato programmatiche, neppure richiedono un analitico onere motivazionale<sup>24</sup>.

A seguire, rispetto al reticolato scolastico, e specularmente a ciò che si è rilevato in relazione al rapporto tra scuola pubblica e scuola privata, la giurisprudenza ha dovuto interrogarsi sulla misura in cui l'esercizio del diritto all'istruzione contenga una pretesa tutelabile alla scelta tra scuole diverse. Un profilo, questo, di cui tende ad acuire l'importanza la differenziazione crescente degli istituti in funzione dell'analogo crescente tasso di autonomia e dell'ampiezza degli spazi ampi entro cui si esprime la specificità delle scuole (attraverso il Piano dell'offerta formativa).

La questione si gioca su due poli. Il primo è quello della promozione della fruizione, e dunque della pretesa alla scelta della scuola più accessibile. Il secondo è quello delle attitudini personali da coltivare attraverso l'offerta più funzionale. D'altra parte, non è ammissibile che i contenuti di un diritto non seguano le trasformazioni della legislazione che lo garantisce. Se il legislatore ha accentuato il valore della differenziazione scolastica, pur nel rispetto di regole generali unitarie, a ciò non può non corrispondere una corrispondente accentuazione di quella parte del diritto dello studente a profittare della autonomia scegliendo tra le offerte formative, in un quadro in cui, oltretutto, la libertà di scegliere dell'utente è uno degli indici per rilevare la qualità delle gestioni amministrative delle scuole. E questo si coglie bene dalla giurisprudenza (questa volta civile) che, nel contrasto tra genitori, chiama il giudice a sostituirsi ad essi e scegliere tenendo conto delle specifiche esigenze evolutive e formative del minore<sup>25</sup>.

Il valore della pretesa alla scelta è invero solo in parte recepito dalla giurisprudenza.

---

24 T.A.R. Calabria, sez. II, 25 novembre 2020, n. 1927.

25 Cass., sez. I, 19 settembre 2023, n. 26820.

In principio è garantito il diritto “alla frequenza di un istituto scolastico non solo avente un piano didattico funzionale alla continuazione della [propria] formazione ed alle [proprie] aspirazioni, ma anche situato nell’ambito territoriale più vicino al quartiere ove lo stesso risiede con la sua famiglia”<sup>26</sup>, per cui, in mancanza di istituti della stessa tipologia ad una distanza ragionevole, “nel bilanciamento dei contrapposti interessi [può apparire] prevalente quello dell’alunna a frequentare l’istituto scolastico prescelto, più vicino al luogo di residenza”<sup>27</sup>.

Ciò, peraltro, non esclude che sia “rimessa all’autonomia delle istituzioni scolastiche, riconosciuta e garantita dalla Costituzione (ai sensi dell’art. 117, comma 3), il potere di programmazione degli accessi mediante sistemi in grado di assicurare la regolare erogazione del servizio d’istruzione”. Questo perché la giurisprudenza ha riferito il diritto alla istruzione “al servizio scolastico nel suo complesso ed è garantito attraverso una rete di scuole distribuita sul territorio, in grado di soddisfare i bisogni formativi della popolazione scolastica”, ammettendo finanche un discutibilissimo accesso tramite selezione per test<sup>28</sup>. L’esigenza organizzativa, dunque, trova spazio ai fini della gestione dell’eccesso di domanda, ma solo rispetto a quella: non è così ammesso che si impedisca il trasferimento di uno studente da un istituto ad un altro motivato da una personale preferenza<sup>29</sup> e, più in generale, che si pretenda di sindacare il motivo della richiesta.

Il tipo di sentenza che il giudice adotta è quella di annullamento del diniego, cui segue la condanna dell’ente ad adottare le soluzioni organizzative che consentano l’accoglimento dello studente pretermesso. Anche in questo caso ci si trova davanti ad una giurisprudenza condotta secondo i canoni classici

---

26 Cons. Stato (ord.), sez. VI, 22 luglio 2019, n. 3756.

27 T.A.R. Calabria (ord.), sez. II, 7 settembre 2023, n. 434. La decisione si riferisce all’iscrizione di un alunno disabile, e risente della particolarità del caso, ma l’affermazione dovrebbe poter essere assunta come valida in termini generali.

28 Cons. Stato, sez. VII, 29 marzo 2023, n. 3222.

29 T.A.R. Toscana, sez. IV, 27 luglio 2023, n. 783.

dell'impugnazione dell'atto, ma con una particolarità: la ragionevolezza dell'esclusione viene infatti valutata in relazione alla opzione alternativa concretamente disponibile per lo studente, verificando se questa soluzione, assunta come *tertium comparationis*, possa considerarsi ragionevolmente idonea a soddisfare il diritto all'istruzione<sup>30</sup>.

#### 4. Il dover essere della prestazione

Rispetto al dover essere della prestazione, la giurisprudenza amministrativa ha applicato canoni di sindacato diversi.

È nelle forme ordinarie del sindacato di legittimità che essa dà applicazione alla disciplina in ordine alla composizione delle classi, in cui si riversa un principio di ragionevolezza che, in particolare, coinvolge la definizione del numero degli alunni<sup>31</sup> e la allocazione degli studenti diversamente abili, “onde evitare che vi sia un serio nocumento al diritto all'istruzione per la difficoltà di impartirlo effettivamente a classi eccessivamente connotate da percorsi differenziati di apprendimento”<sup>32</sup>.

Più complesso, anche per la forza conformante della giurisprudenza costituzionale<sup>33</sup>, lo schema di tutela del diritto all'istruzione del disabile. Esso si

---

30 Le esigenze dell'organizzazione, intese in questo caso come esigenze di tutela dei diritti degli altri, confluiscono anche nell'affermazione per cui l'accesso, almeno alla scuola dell'infanzia, può essere legittimamente subordinato dall'amministrazione alla compatibilità della presenza dello studente con altri valori, come quello della salute, come emerge dalla giurisprudenza che ritiene legittimi atti amministrativi che subordinano l'accesso alla vaccinazione obbligatoria per legge: T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 16 gennaio 2017, n. 20.

31 Questo per quanto riguarda in particolare la deroga ai limiti numerici da applicarsi ordinariamente alle classi nelle quali sia presente uno studente disabile, per la quale è l'art. 5, c. 2, Dpr n. 81/2009 a richiedere sia una adeguata motivazione, sia la elaborazione di un progetto articolato di integrazione che “definisca espressamente le strategie e le metodologie adottate dai docenti della classe, dall'insegnante di sostegno, o da altro personale operante nella scuola”. Sul punto della motivazione, T.A.R. Toscana, sez. I, 7 dicembre 2018, n. 1581, e T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 8 luglio 2014, n. 1214 (che richiama l'esigenza di compiere un bilanciamento tra “le opposte esigenze, non solo quelle degli alunni a frequentare l'istituto scolastico in cui hanno effettuato l'iscrizione, ma soprattutto quello del disabile a non essere inserito in una classe [troppo numerosa] e verificare la sussistenza di quelle eccezionali e motivate esigenze” che possono giustificare la soluzione assunta). Ciò, peraltro, senza potere invocare l'impossibilità di rispettare il limite numerico per impedire l'iscrizione dell'alunno disabile (T.A.R. Toscana, sez. I, 26 marzo 2018, n. 43).

32 Cons. Stato (ord.), sez. VI, 24 gennaio 2020, n. 278.

33 C. cost. sent. n. 215/ 1987 e n. 52/ 2000.

concretizza attraverso un processo progressivo di rilevazione della patologie e degli strumenti per farvi fronte, approntato a livello legislativo<sup>34</sup>, che definisce un quadro rigido, rispetto al quale il sindacato sull'adeguatezza della scelta a valle risulta particolarmente penetrante. La giurisprudenza manifesta però alcune oscillazioni, legate alle incertezze circa il rilievo che può essere riconosciuto alle esigenze organizzative.

In effetti si trovano decisioni nelle quali l'accento, in relazione alla fase a monte dell'attività programmatica, è posto sulla regolazione pubblica e sulla necessità di assicurare un bilanciamento tra il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica del minore diversamente abile con altre contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali<sup>35</sup>. Ne segue che "la pretesa del soggetto diversamente abile a fruire delle ore di sostegno necessarie a rendere possibile la soddisfazione del suo diritto all'istruzione e la sua integrazione scolastica, non è incondizionata ma è assoggetta al potere dell'amministrazione di organizzare il servizio pubblico scolastico individuando quali siano, nella situazione data, le ore di sostegno da assegnare"<sup>36</sup>. C'è da chiedersi se queste decisioni, che suscitano non poche perplessità, non dipendano dal fatto che quelle premesse servivano ad affrontare questioni di natura processuale (l'ampiezza della giurisdizione del giudice amministrativo, l'onere di impugnazione del piano educativo individualizzato nel termine decadenziale), cui i giudici amministrativi sono notoriamente molto sensibili. Un dubbio alimentato dal rilievo per cui la giurisprudenza che si è occupata invece del "fondo" delle questioni si è attestata diversamente.

La giurisprudenza prevalente, infatti, sembra valorizzare la coerenza dell'iter procedimentale, considerando a valle doverosa<sup>37</sup> l'attribuzione delle ore

---

<sup>34</sup> Se ne trova un analitico esame in Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 5 giugno 2023, n. 3438.

<sup>35</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2016, n. 7.

<sup>36</sup> Cons. Stato, sez. VI, 14 giugno 2021, n. 4601; si veda anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 19 gennaio 2021, n. 738.

<sup>37</sup> Ciò nonostante la modifica dell'art. 10 d. lgs n. 66/2017, che, nella formulazione riformata dall'art. 9 d. lgs n. 96/2019, dispone ora che "il dirigente scolastico, sulla base del PEI di

di sostegno come determinata a monte da un organo tecnico<sup>38</sup> sulla base non già di un giudizio discrezionale amministrativo, ma applicando conoscenze tecniche in materia di neuropsichiatria infantile<sup>39</sup> che, stabilendo la misura del bisogno, definiscono anche il nucleo indefettibile del diritto<sup>40</sup> non condizionabile da esigenze finanziarie<sup>41</sup>. E per poter attuare il diritto non si può esautorare l'organo tecnico con scelte fatte *ex ante* in via normativa, in ordine alle modalità del sostegno, come anche, per lo stesso motivo, non si possono ridurre gli obblighi di frequenza, né si può imporre la rinuncia alla partecipazione di attività comuni<sup>42</sup>.

È, questa, una giurisprudenza difficile da ricondurre ad unità, in cui d'altra parte si avverte il peso di impostazioni tradizionali; nonostante le incertezze, però, sembra che sia proprio attraverso lo schema della tutela del diritto che nella sostanza si afferma il diritto all'istruzione dei disabili.

D'altra parte, più in generale, l'esigenza che la scuola sia capace di affrontare situazioni di fragilità e di riconoscere nel diritto all'istruzione un diritto so-

ciascun alunno, raccolte le osservazioni e i pareri del GLL, sentito il GIT, tenendo conto delle risorse didattiche, strumentali, strutturali presenti nella scuola, nonché della presenza di altre misure di sostegno, al fine di realizzare un ambiente di apprendimento favorevole allo sviluppo dell'autonomia delle bambine e dei bambini, delle alunne e degli alunni, delle studentesse e degli studenti con accertata condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica, invia all'ufficio scolastico regionale la richiesta complessiva dei posti di sostegno". È stato così osservato che "[i]l legislatore avrebbe in tal modo modificato la natura del potere dirigenziale da vincolato a discrezionale, per quanto si tratti di una scelta discutibile atteso che solo il GLHO è titolare delle necessarie competenze specifiche per poter quantificare in termini di ore di sostegno le esigenze dei minori; ancor più discutibilmente tale potere discrezionale sarebbe stato modellato dal legislatore includendovi profili di dubbia legittimità costituzionale. Difatti i criteri richiamati nel ridetto art. 10 si prestano ad essere intesi nel senso che la limitatezza delle risorse a disposizione della scuola possa scalfire quel "nucleo indefettibile di garanzie" a tutela di diritti fondamentali del disabile, sul quale la stessa Corte costituzionale ha già avuto modo di esprimersi (sentenza n. 80/2010), e conseguentemente il dirigente possa richiedere un numero di ore di sostegno inferiori rispetto a quelle previste nel PEI (tanto più se si considera che il comma 2 *bis* dell'art. 7 fa oggi esplicito riferimento al fatto che le misure attuative del PEI debbano avvenire ad "*invarianza di spesa e nel rispetto del limite dell'organico docente ed ATA assegnato*")": T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 settembre 2020, n. 9312.

38 Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2021, n. 54142.

39 T.A.R. Liguria, sez. II, 28 novembre 2008, n. 2068, richiamato da T.A.R. Toscana, sez. IV, 12 aprile 2023, n. 2241; Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2018, n. 4634.

40 T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 10 febbraio 2021, n. 349.

41 T.A.R. Umbria, sez. I, 7 novembre 2019, n. 573; T.A.R. Molise, sez. I, 29 ottobre 2020, n. 295.

42 T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *bis*, 14 settembre 2021, n. 9795.

stanzialmente capace di assicurare forme di riequilibrio, appare molto presente nella giurisprudenza.

Così, essa riconduce al diritto all'istruzione la pretesa alla predisposizione di adeguate attività formative e di recupero, anche attraverso piani didattici individualizzati, o utilizzando forme di didattica a distanza<sup>43</sup> (ancorché, superando alcuni discutibili orientamenti di segno opposto, tende a considerare che la violazione di questo obbligo non possa incidere sul giudizio di sufficienza o insufficienza ai fini del passaggio alla classe successiva<sup>44</sup>). Appartiene anche al diritto all'istruzione, secondo il giudice amministrativo, l'obbligo di adeguata informazione ai genitori e, parallelamente, l'obbligo di questi di attivarsi per conoscere l'andamento scolastico<sup>45</sup>, funzionale a creare un clima collaborativo nel quale i soggetti responsabili dell'istruzione possano contribuire alla migliore riuscita del percorso formativo. Tutto ciò, dando una interpretazione del quadro normativo coerente con l'obiettivo del "proficuo apprendimento", che porta ad interpretare il presupposto del numero massimo ammesso di assenze senza "eccessiva severità, dal momento che una bocciatura motivata solo [su quel presupposto] potrebbe ingiustificatamente compromettere lo sviluppo personale ed educativo di colui che, dal punto di vista dell'apprendimento e dei risultati conseguiti rispetto agli insegnamenti impartiti, sarebbe stato altrimenti idoneo al passaggio alla classe successiva"<sup>46</sup>.

Si può ascrivere alla generale ispirazione verso una scuola inclusiva anche la protezione del diritto a non avvalersi della religione cattolica, che altrimenti finirebbe con l'ostacolare la fruizione dell'istruzione, diritto che non ammette mediazioni e che non tollera l'apposizione di un qualsiasi tipo di limite, ivi

---

43 T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 2 marzo 2023, n. 3526.

44 La verifica è infatti preordinata "a valutare la presenza di una preparazione complessivamente idonea a consentire una proficua prosecuzione degli studi" e rileva sul piano meramente risarcitorio: T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 17 maggio 2022, n. 96; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 26 febbraio 2020, n. 481; T.A.R. Piemonte, sez. II, 12 giugno 2023, n. 586; Cons. Stato sez. VI, 27 gennaio 2020, n. 617.

45 T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 17 gennaio 2022, n. 10.

46 T.A.R. Marche, sez. I, 21 marzo 2017, n. 220.

compresa la fissazione dei termini per esercitare l'opzione<sup>47</sup>. Come vi si può ascrivere il diritto ad essere parte del gruppo scolare anche durante attività non strettamente legate alla formazione tecnica, in quanto “il diritto all'istruzione primaria non corrisponde più al solo diritto di ricevere cognizioni, ma coincide con il diritto di partecipare al complessivo progetto educativo e formativo che il servizio scolastico deve fornire nell'ambito del ‘tempo scuola’ in tutte le sue componenti e non soltanto a quelle di tipo strettamente didattico, ragion per cui il permanere presso la scuola nell'orario della mensa costituisce un diritto soggettivo perfetto proprio perché costituisce esercizio del diritto all'istruzione così come delineato”<sup>48</sup>.

Riconosciuto così che il diritto all'istruzione appare funzionale ad una crescita complessiva della persona, le sue potenzialità si ampliano. Coerentemente, l'omissione o il ritardo nel fornire un servizio di trasporto scolastico che sviluppi appunto autonomia e relazioni, dà luogo al diritto al risarcimento del danno esistenziale (ancorché essi fossero compensati dalla corresponsione di un contributo per le spese sostenute, perché il servizio da assicurare, per le funzioni che assolve, non può essere “utilmente sostituibile con l'impegno personale dei familiari, anche se ristorato economicamente”)<sup>49</sup>.

Un filo comune sembra insomma cogliersi, in una giurisprudenza che è ovviamente sempre molto condizionata dalla particolarità di ogni caso. Vi è, alla base, l'accoglimento di un'idea multidimensionale della funzione di istru-

---

47 T.A.R. Toscana, sez. IV, 28 luglio 2023, n. 792; Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2018, n. 4634.

48 T.A.R. Lazio, Roma, sez. III bis, 13 dicembre 2019, n. 14368; si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 2 dicembre 2020, n. 7640. Qualifica invece questa pretesa in termini di interesse legittimo, Cons. Stato, sez. VI, 5 ottobre 2020, n. 5839, che lega comunque la situazione soggettiva al “diritto costituzionale alla scelta alimentare tutelato dagli articoli 2 e 32 Cost. [che] deve avere pari dignità rispetto a qualsiasi altra scelta clinica, etica o religiosa, specie in presenza di documentate ragioni igienico-sanitarie”; ne deriva che “la sua esplicazione non comporta necessariamente una modalità solitaria di consumazione del pasto, dovendosi, per quanto possibile, garantire, da parte dell'Amministrazione scolastica, la consumazione dei pasti degli studenti in un tempo condiviso che favorisca la loro socializzazione”.

49 Cons. Stato, sez. II, 28 aprile 2021, n. 3422.

zione, che diventa anche l'occasione per implementare la capacità sociale e relazionale dello studente, come anche la sua autonomia dal contesto.

## **5. Due considerazioni conclusive**

L'esposizione è sommaria, ma permette nondimeno alcune osservazioni di sintesi.

Se la giurisdizione esclusiva si giustifica per la complessità, nei settori che essa comprende, degli intrecci tra situazioni soggettive e per l'embricarsi, in essi, di poteri e obblighi, di doveri e responsabilità, il settore dell'istruzione conferma il senso della sua estensione al campo dei servizi pubblici.

L'attuazione giurisprudenziale del diritto all'istruzione riflette un intricato mosaico in cui la natura delle situazioni soggettive non sempre emerge con nettezza o comunque cambia al cambiare delle prospettazioni.

Il giudice a sua volta, smarcato dal limite ordinario della sua giurisdizione, interviene con uno strumentario variegato, fatto di attrezzi che gli permettono di imporre e annullare, condannare e conformare. Questo oscillare tra tecniche di tutela tipiche del processo impugnatorio e tecniche di tutela proprie della protezione dei diritti, appare insomma particolarmente coerente con i contenuti variabili del diritto sociale all'istruzione. È in questo modo che il giudice mette in relazione il diritto all'istruzione con la complessa trama costituzionale di cui esso costituisce uno dei nodi, rilevante, ma non unico, perseguendo l'obiettivo di definirne in concreto la forma e i contenuti, in contatto diretto con la Costituzione e in aderenza alle trasformazioni sociali che ne impongono un continuo adattamento.

Ciò implica peraltro per il giudice una particolare responsabilità, nell'evitare il rischio che, anziché profittare della sinergia tra strumenti diversi, si crei confusione e che dunque, nello spazio magmatico della giurisdizione esclusiva, si finisca con il trasformare diritti in interessi e obblighi in doveri. Che si finisca cioè non con il tutelare di più ma con il tutelare di meno, magari dando rilievo ad esigenze di interesse pubblico di cui non è il giudice a doversi far carico.

Una seconda osservazione da fare appare legata all'apporto molto significativo che la giurisprudenza ha fornito alla concretizzazione del diritto all'istruzione e, da un diverso punto di vista, alla definizione dei caratteri necessari del servizio pubblico deputato a darvi attuazione, in termini di standard da osservare, obiettivi da perseguire e pretese da soddisfare<sup>50</sup>. Il contributo giurisprudenziale, come si è visto, non si è limitato e non si limita alla realizzazione del nucleo essenziale del diritto, ma interviene in modo pervasivo a sindacare (tra l'altro) la coerenza dell'attività amministrativa posta in essere per perseguire l'obiettivo costituzionale di arricchirne il contenuto, anche compiendo quelle operazioni di bilanciamento tra diritti costituzionali e tra principi che ne consente la coesistenza.

Prescindendo dalla condivisibilità nel merito delle soluzioni cui il giudice è approdato, di cui si è dato conto nel corso dell'analisi, vi è da chiedersi se, in termini di sistema, non vi sia stata una eccessiva latitanza del legislatore tale da indurre la giurisprudenza ad assumere un ruolo di supplenza che esonda dai limiti propri della sua funzione. L'analisi svolta, pur nella sua limitatezza, sembra confermarlo. Rapporto tra pubblico e privato; libertà di accesso ed effettività della pretesa alla scelta; garanzie nell'istruzione e dell'istruzione. Tutti aspetti rispetto ai quali la legge, analizzata alla luce dei conflitti portati di fronte al giudice, appare, a dispetto del suo carattere alluvionale<sup>51</sup>, talora inadeguata.

Rispetto all'attuazione del diritto all'istruzione (e in generale rispetto all'attuazione dei diritti sociali), sono in gioco valori decisivi, si pongono questioni sensibili, debbono essere assunte decisioni politicamente complesse e talora divisive. Ma proprio questa è la ragione per la quale occorrerebbe che il legislatore stabilisse regole più precise e definisse coordinate più pervasive<sup>52</sup>, assumendosi la responsabilità di compiere scelte che debbono dipendere da indi-

---

50 M. MIDIRI, *Il diritto all'istruzione nella giurisprudenza amministrativa recente*, cit., 532.

51 A. SANDULLI, *Scuola e istruzione* (voce), in B. G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *Funzioni amministrative*, *Enc. Dir.*, 2022, 1036.

52 M. CROCE, *La scuola pubblica e la scuola privata*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2004, 333 e 348.

rizzi politici prodotti nel circuito democratico della legittimazione rappresentativa e che, almeno in quella misura, non dovrebbero essere proprie dell'attività del giudice.