

## Uguaglianza nell'emergenza?

Il *Persönlichkeitsrecht* della *Grundgesetz* e la *Due Process Clause* del XIV Emendamento alla prova dei limiti al diritto all'istruzione in tempo di pandemia da COVID-19

di Benedetta Barbisan

**Abstract:** *Equality in Emergency. The Persönlichkeitsrecht Under the German Basic Law and the Due Process Clause of the U.S. Fourteenth Amendment Testing the Limits to the Right to Education in Times of COVID-19 Pandemic* – The inconveniences that the school closures caused undermined the full enjoyment of the right to education and generated a number of appeals before the courts in many jurisdictions, including Germany and the United States. In the first case, the challenge of the Schulschließungen before the Bundesverfassungsgericht became an opportunity to constitutionalise the right to education at the federal level. In the second case, the failure to provide for a right to public education in the Federal Constitution gave rise before the U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit to a differentiated level of constitutional protection between public and public school students

477

**Keywords:** Education; COVID-19; Bundesverfassungsgericht; U.S. Courts of Appeals .

### 1. 'Scelte tragiche' e diritto all'istruzione

La pandemia da COVID-19 che si è abbattuta sul pianeta sin dal febbraio 2020 ha obbligato gli Stati a adottare misure tecnicamente complesse e decisamente severe in termini di restrizione dei diritti fondamentali dei loro cittadini, anche a detrimento dei poteri normativi usualmente in capo ai Parlamenti nazionali.

Se osserviamo la realtà dei ventisette Paesi dell'Unione, per molti di essi l'assetto normativo adottato in risposta alla prima ondata ha funto da base anche per gli interventi resisi necessari nel corso del 2021 e del 2022. Nel 2020, dieci Stati europei hanno dichiarato lo stato di emergenza costituzionale<sup>1</sup>, tre di essi l'hanno revocato prima della fine dell'anno senza tornare a farvi ricorso<sup>2</sup>, altri tre lo hanno protratto per tutto il

---

<sup>1</sup> Bulgaria, Estonia, Finlandia, Lussemburgo, Portogallo, Repubblica Ceca, Romania (B. Selejan-Gutan, *Romania in the Covid Era: Between Corona Crisis and Constitutional Crisis*, in *Verfassungsblog*, 21 maggio 2020, [verfassungsblog.de/romania-in-the-covid-era-between-corona-crisis-and-constitutional-crisis/](https://www.verfassungsblog.de/romania-in-the-covid-era-between-corona-crisis-and-constitutional-crisis/)), Slovacchia, Spagna, Ungheria.

<sup>2</sup> Questo è il caso della Bulgaria, ove lo stato di emergenza è stato revocato

2021<sup>3</sup> e i rimanenti quattro lo hanno mantenuto anche nel 2022<sup>4</sup>. Al comparire dell'emergenza sanitaria, alcuni Paesi non disponevano di un contesto normativo in grado di consentire ai rispettivi governi di assumere le misure idonee al contenimento della diffusione del virus<sup>5</sup>, trovandosi costretti ad adottare leggi che abilitassero il governo a introdurre misure di contrasto alla pandemia, mentre altri hanno fatto ricorso a norme preesistenti lo stato di emergenza<sup>6</sup> o le hanno adattate alla situazione corrente<sup>7</sup>.

Impostisi fra le prime restrizioni rivelatisi utili al contrasto della circolazione e trasmissione del Coronavirus<sup>8</sup>, la chiusura delle scuole e il

---

definitivamente il 14 maggio 2020, sostituito da una 'situazione epidemiologica emergenziale' che richiedeva un regime legislativo di emergenza, conclusosi nell'aprile 2022. Tale assetto ha dato luogo a molte perplessità, data l'indefinitezza della durata di questo stato e la restrizione di diritti fondamentali tramite decreti senza alcuna autorizzazione parlamentare, sottoposte anche al vaglio della Corte costituzionale, pronunciatasi a sostegno della legittimità costituzionale nel luglio 2020 (per approfondimenti si rinvia a Radosveta Vassileva, *COVID-19 in Autocratic Bulgaria: How the Anti-Corruption Protest Temporarily Limited the Abuse of Questionable Legislation*, in *Verfassungsblog*, 5 marzo 2021, [verfassungsblog.de/covid-19-in-autocratic-bulgaria/](https://verfassungsblog.de/covid-19-in-autocratic-bulgaria/)). Situazione analoga si è avuta in Estonia e in Lussemburgo.

<sup>3</sup> Così è andata nella Repubblica Ceca, con lo stato d'emergenza revocato nell'aprile 2021, sebbene brevemente replicato per trenta giorni nel mese di novembre dello stesso anno. Dello stesso tenore le misure intraprese in Finlandia, protrattesi fino all'aprile 2021, e in Spagna fino all'agosto 2021.

<sup>4</sup> Si tratta della Romania, in cui lo stato di emergenza è finito nel marzo 2022, del Portogallo, fino al settembre 2022, e della Slovacchia, fino al febbraio 2022. L'Ungheria costituisce un caso a sé stante, giacché, all'avvento della pandemia, si trovava già in uno stato di emergenza in risposta alla crisi migratoria. Nel giugno 2022 è stata dichiarata conclusa l'emergenza da COVID-19 ma, a seguito della revisione costituzionale dell'art. 53 della Costituzione magiara promossa nel maggio dello stesso anno con cui si affidava al Primo Ministro il potere di dichiarare lo stato di pericolo a motivo di un 'armed conflict, war or humanitarian disaster in a neighbouring country', Viktor Orban lo ha proclamato in risposta alla invasione dell'Ucraina da parte della Federazione Russa.

<sup>5</sup> È il caso di Austria, Belgio, Italia, Grecia, Irlanda e Svezia.

<sup>6</sup> Si tratta di Cipro (Costantino Kombos, *Constitutional Improvisation and Executive Omnipotence: The Cypriot Handling of the Pandemic*, in *Verfassungsblog*, 2 marzo 2021, [verfassungsblog.de/constitutional-improvisation-and-executive-omnipotence-the-cypriot-handling-of-the-pandemic/](https://verfassungsblog.de/constitutional-improvisation-and-executive-omnipotence-the-cypriot-handling-of-the-pandemic/)) Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Lettonia, Lituania, Paesi Bassi, Portogallo, Repubblica Ceca, Slovenia (si veda S. Bardutzky e S. Zagorc, *Slovenia: Second Wave of Challenges to Constitutionalism*, in *Verfassungsblog*, 19 marzo 2021, [verfassungsblog.de/slovenia-second-wave-of-challenges-to-constitutionalism/](https://verfassungsblog.de/slovenia-second-wave-of-challenges-to-constitutionalism/)), Slovacchia, Spagna.

<sup>7</sup> Così è avvenuto in Bulgaria, Croazia, Danimarca, Lussemburgo, Malta, Polonia (Jakub Jaraczewski, *The New Normal? - Emergency Measures in response to the Second COVID-19 Wave in Poland*, in *Verfassungsblog*, 24 marzo 2021, [verfassungsblog.de/the-new-normal-emergency-measures-in-response-to-the-second-covid-19-wave-in-poland/](https://verfassungsblog.de/the-new-normal-emergency-measures-in-response-to-the-second-covid-19-wave-in-poland/)), Repubblica Ceca e Romania.

<sup>8</sup> L'efficacia dei provvedimenti a carico del sistema scolastico per limitare il diffondersi della pandemia almeno nella prima fase è stata documentata in Europa e nel mondo rispettivamente da Mrinank Sharma et al., *Understanding the Effectiveness of Government Interventions Against the Resurgence of COVID-19 in Europe*, in *Nature Communications* 12, 5820 (disponibile alla pagina [www.nature.com/articles/s41467-021-26013-4](https://www.nature.com/articles/s41467-021-26013-4)) e Liu Yang et al., *The Impact of Non-pharmaceutical Interventions on SARS-CoV-2 Transmission*

conseguente svolgimento delle attività didattiche in modalità virtuale hanno snaturato gli ambienti ordinariamente dedicati all'apprendimento, hanno sconvolto la socialità dei più giovani, hanno aggravato le difficoltà cognitive e ampliato le distanze socio-economiche ed educative, esponendo i bambini e i ragazzi più vulnerabili alla denutrizione, alla violenza domestica, all'isolamento, a ripercussioni psicologiche ed emotive, ai ritardi dovuti alla diseguale disponibilità di risorse e sostegni in quei contesti sociali afflitti da povertà, disagio familiare e culturale. Nell'aprile 2020, con l'eccezione di alcuni asili riservati ai figli dei lavoratori necessari, tutte le scuole dell'Unione europea erano chiuse, e così accadeva per il novanta per cento dei ragazzi in età scolare su scala globale. Nel giugno 2020, l'Organizzazione per la Cooperazione Economica e lo Sviluppo (OCSE) anticipava che 'the COVID-19 pandemic is likely to generate the greatest disruption in educational opportunity worldwide in a generation'<sup>9</sup>.

In un primo momento, lo European Centre for Disease Prevention and Control non aveva raccomandato o incoraggiato la chiusura delle scuole come strategia di contenimento del COVID-19, dal momento che, per un verso, i ragazzi al di sotto dei diciotto anni che avevano contratto il Coronavirus sembravano per lo più sperimentare un decorso piuttosto benigno della malattia senza costituire uno dei principali canali di trasmissione e, per l'altro, in considerazione del grave impatto di simili restrizioni sulle loro condizioni familiari e sul loro apprendimento<sup>10</sup>. Tale posizione veniva confermata *a fortiori* l'anno successivo, quando gli effetti pesantemente negativi della chiusura scolastica in termini di benessere fisico, mentale e scolastico, senza contare quello economico, difficilmente avrebbero potuto essere compensati dai benefici sanitari che potessero motivare tale politica<sup>11</sup>.

Dal principio della pandemia, la chiusura delle scuole ha interessato un miliardo e seicento milioni di studenti nel mondo<sup>12</sup> e poco meno di trecento miliardi di giorni di didattica sono andati globalmente perduti o interrotti<sup>13</sup>. Di quel miliardo e seicento milioni di studenti privati della scuola e dei mezzi idonei a un apprendimento regolare durante la pandemia, un miliardo e

---

*Across 130 Countries and Territories*, *BMC Medicine*, 19, 40, (disponibile alla pagina <http://dx.doi.org/10.1186/s12916-020-01872-8>).

<sup>9</sup> F.M. Reimers e A. Schleicher, *A Framework to Guide an Education Response to the COVID-19 Pandemic*, OSCE, 2020 (disponibile alla pagina [www.aforges.org/wp-content/uploads/2020/04/framework.pdf](http://www.aforges.org/wp-content/uploads/2020/04/framework.pdf)).

<sup>10</sup> È quanto emerge da European Centre for Disease Prevention and Control, *Guidelines for the Implementation of Non-Pharmaceutical Interventions Against COVID-19*, 24 settembre 2020 (disponibile alla pagina [www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/covid-19-guidelines-non-pharmaceutical-interventions](http://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/covid-19-guidelines-non-pharmaceutical-interventions)).

<sup>11</sup> European Centre for Disease Prevention and Control, *COVID-19 in Children and the Role of School Settings in Transmission - Second Update*, 8 luglio 2021 (disponibile alla pagina [ecdc.europa.eu/en/publications.data/children-and-school-settings-covid-19-transmission](http://ecdc.europa.eu/en/publications.data/children-and-school-settings-covid-19-transmission)).

<sup>12</sup> United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, *UNESCO Education: From Disruption to Recovery* (disponibile alla pagina [www.unesco.org/en/covid-19/education-response](http://www.unesco.org/en/covid-19/education-response)).

<sup>13</sup> Randa Grob-Zakhary, *COVID-19 is an Opportunity to Reset Education. Here Are 4 Ways Out*, in *World Economic Forum*, 15 ottobre 2020 (disponibile alla pagina [www.weforum.org/agenda/2020/10/covid-19-education-reset](http://www.weforum.org/agenda/2020/10/covid-19-education-reset)).

trecento milioni non disponeva di una connessione internet, per non parlare di dispositivi elettronici utili allo studio<sup>14</sup>. La penuria di mezzi ha esacerbato le diseguaglianze, lasciando affiorare inaccettabili asimmetrie di accesso, opportunità, sviluppo. Con riferimento al Goal 4 dei Sustainable Development Goals relativo alla Quality Education, il Department of Economic and Social Affairs - Sustainable Development dell'Organizzazione delle Nazioni Unite ha stabilito che, nel periodo 2020-2021, centocinquanta milioni di studenti sono stati impossibilitati a frequentare oltre la metà delle lezioni tenutesi in presenza. Ventiquattro milioni di ragazzi dal livello pre-scolare fino all'università non hanno più ripreso il loro percorso formativo. Il regolare svolgimento delle attività formative ha subito in tutto il mondo interruzioni, ritardi, complicazioni tecnologiche, generando ripercussioni psicologiche e familiari, ritardi scolastici, perdita di cultura e conoscenza<sup>15</sup> e inasprando il malessere derivato dalle disuguaglianze socio-economiche.

La Mongolia è stato il primo Paese a adottare su scala nazionale la chiusura delle scuole sin dal 16 febbraio 2020. Al 31 marzo 2020, dopo soli venti giorni dal momento in cui l'Organizzazione mondiale della Sanità aveva dichiarato la natura pandemica dell'infezione da Coronavirus, la quasi totalità dei 191 Stati di cui sono disponibili i dati ne aveva seguito l'esempio parzialmente o totalmente. Scelte tragiche si sono imposte fra l'accesso al sistema educativo, la protezione della salute individuale e collettiva e il sostegno alle attività economiche e professionali, e il bilanciamento fra tali interessi prioritari si è rivelato impervio in una circostanza di inedita gravità e diffusione.

Quantunque non paia darsi una relazione di inversa proporzionalità fra il numero di giorni di chiusura delle scuole e il numero di decessi a causa del virus, è da considerarsi che la chiusura dei sistemi scolastici abbia giovato in termini di riduzione della pressione sui posti-letto disponibili per i ricoveri da COVID-19<sup>16</sup>. I Paesi che, come Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Giappone, Norvegia, Nuova Zelanda, Singapore, hanno dato priorità alla riapertura delle scuole dopo la prima ondata facendosi trovare pronti a una recrudescenza della pandemia grazie a un deciso e fattivo sostegno della società civile (educatori e insegnanti, genitori, famiglie e altri gruppi) hanno raggiunto nel complesso esiti più soddisfacenti: con meno di cento giorni di chiusura, essi hanno sperimentato un calo del PIL inferiore al dieci per cento e meno di quaranta decessi per centomila abitanti a causa del Coronavirus. La Nuova Zelanda, per esempio, ha costituito un *Urgent Response Fund* di cinquanta milioni di dollari per rispondere ai *wellbeing needs* degli studenti e

---

<sup>14</sup> United Nations Children's Fund and International Telecommunication Union, *How Many Children and Young People Have Internet Access at Home? Estimating Digital Connectivity During the COVID-19 Pandemic*, 2020, UNICEF, New York, p. 2.

<sup>15</sup> Per Engzell, Arun Frey e Mark D. Verhagen, *Learning Inequality During the Covid-19 Pandemic. Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2021; Joana E. Maldonado e Kristof de Witt, *The Effect of School Closures on Standardised Student Test Outcomes*, in *British Educational Research Journal*, 48, 2020.

<sup>16</sup> Insights for Education. Advancing Evidence. For Every Child, *One Year of School Disruption*, 25 gennaio 2021, p. 8 (disponibile alla pagina [education.org/facts-and-insights](https://education.org/facts-and-insights)).

altri sedici per il benessere dei lavoratori della scuola<sup>17</sup>. In Danimarca, il Ministero dell'Educazione ha tempestivamente approntato un numero verde per affiancare le scuole nel processo di adattamento all'emergenza e per fornire consigli su specifiche questioni didattiche<sup>18</sup>. Nel contempo, il sistema sanitario nazionale ha redatto una guida per i dirigenti scolastici e alcuni materiali informativi per insegnanti e studenti (brochure, poster, video)<sup>19</sup>. L'istituto di salute pubblica norvegese, in collaborazione con il Directorate of Education and Training, ha elaborato e messo a disposizione un sistema a semaforo per gli istituti scolastici preparando vari protocolli in risposta ai possibili scenari epidemiologici<sup>20</sup>. L'allora Primo Ministro laburista Erna Solberg dichiarò: '(w)e are tightening the restrictions in a number of areas in order to reduce the level of infection in society overall. This will make it easier to keep children's day care centres and schools open, which is an important priority for the Government'<sup>21</sup>. Sulla stessa lunghezza d'onda, il Primo Ministro di Singapore Lee Hsien Loong ebbe a esprimere la sua contrarietà a una chiusura indifferenziata e universale delle scuole: 'I think we should look at schools as individual schools rather than one whole system. We confine and we rub out that cluster, but it does not mean that I must shut the whole system down'<sup>22</sup>.

Quando si è reso necessario interrompere le ordinarie attività scolastiche, i sistemi di istruzione hanno avuto poco tempo per approntare le soluzioni di contenimento dei danni di apprendimento e crescita degli studenti. Improvvisamente, la facilità di connessione alla rete, la disponibilità di apparati elettronici e di materiali didattici di supporto, la vicinanza delle famiglie, l'aggiornamento tecnologico degli insegnanti sono divenuti fattori decisivi per reagire all'emergenza e ridurre la dispersione formativa. La chiusura degli istituti scolastici di ogni ordine e grado, pertanto, ha sottoposto la generazione dei più giovani a una inedita pressione, mettendo drammaticamente in risalto le asimmetrie sociali, economiche e culturali che si sono fatte ostacolo sulla strada di una garanzia universale del diritto a

---

<sup>17</sup> New Zealand Ministry of Education, *Urgent Response Fund (COVID-19)* (disponibile alla pagina [www.education.govt.nz/our-work/information-releases/issue-specific-releases/urgent-response-fund/](http://www.education.govt.nz/our-work/information-releases/issue-specific-releases/urgent-response-fund/)).

<sup>18</sup> New Zealand Ministry of Education, *New Zealand: Attendance Under COVID-19* (disponibile alla pagina [educationscounts.govt.nz/statistics/attendance-under-covid-19](http://educationscounts.govt.nz/statistics/attendance-under-covid-19)).

<sup>19</sup> Mike Moffitt, *Here's How Denmark Safely Reopened Schools in a Pandemic Without Requiring Masks (and Why It Might Not Work in the United States)*, in *SFGate*, 18 agosto 2020 (disponibile alla pagina [www.sfgate.com/science/article/How-Denmark-safely-reopened-schools-no-masks-15493094.php](http://www.sfgate.com/science/article/How-Denmark-safely-reopened-schools-no-masks-15493094.php)).

<sup>20</sup> Norwegian Institute of Public Health, *Nye veiledere for barnehager og skoler*, in *Folkehelseinstituttet*, 29 maggio 2020 (disponibile alla pagina [www.fhi.no/nyheter/2020/nye-veiledere-for-barnehager-og-skoler/](http://www.fhi.no/nyheter/2020/nye-veiledere-for-barnehager-og-skoler/)).

<sup>21</sup> The Office of the Prime Minister in Norway, *New National Restrictions*, 26 ottobre 2020 (disponibile alla pagina [www.regjeringen.no/en/historical-archive/solbergs-government/Ministries/smk/Press-releases/2020/new-national-restrictions/id2776995/](http://www.regjeringen.no/en/historical-archive/solbergs-government/Ministries/smk/Press-releases/2020/new-national-restrictions/id2776995/)),

<sup>22</sup> Fares Mokhtar e Sybilla Gross, *Should Schools Close to Fight Virus? These Places Say No*, in *Bloomberg*, 28 marzo 2020 (disponibile alla pagina [www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-27/should-schools-close-to-fight-virus-these-countries-say-no?leadSource=uverify%20wall](http://www.bloomberg.com/news/articles/2020-03-27/should-schools-close-to-fight-virus-these-countries-say-no?leadSource=uverify%20wall)).

proseguire il proprio percorso di istruzione. Disagi sono emersi anche nelle università, quando la chiusura dei campus ha privato gli iscritti degli spazi e dei servizi necessari allo studio e li ha costretti a tornare ad ambienti non sempre idonei a proseguire la formazione e ad attendere allo studio. Ma anche quando le scuole sono tornate a erogare la didattica in presenza, le misure di controllo dei contatti sociali ha obbligato gli studenti ad adattarsi a nuove forme di interazione, impedito o rese più complesse a causa dell'uso dei dispositivi di protezione individuale, tanto più invadenti e impedenti quanto minore l'età degli scolari. Anche in ordine al diritto all'istruzione, la vicenda pandemica ha stressato la gran parte degli ordinamenti costituzionali in una situazione che potremmo descrivere di *uguaglianza nella emergenza*: stante l'urgenza di reagire alla diffusione del Coronavirus per contenerne la mortalità e ridurre il margine delle *scelte tragiche*<sup>23</sup> che si impongono quando la scarsità di presidi sanitari esige criteri di selezione fra i tanti, i troppi che avrebbero bisogno di servirsene, i provvedimenti con cui si sono trasformati i sistemi educativi e l'apprendimento in tempo di pandemia hanno in generale aggravato le disuguaglianze, aumentato il peso delle differenze di condizione e resi ancora più vulnerabili i soggetti fragili.

I disagi, le carenze, il malessere che la chiusura di scuole e università ha provocato hanno generato un numero per nulla irrilevante di ricorsi davanti alle Corti di molti ordinamenti, nei quali l'erogazione della didattica a distanza, specie per gli studenti con difficoltà di apprendimento, così come l'obbligo di indossare la mascherina negli ambienti scolastici, l'interruzione dei servizi di istruzione così come erano stati concordati al momento dell'iscrizione hanno compromesso o notevolmente turbato il pieno godimento del diritto all'istruzione. Una tale inversione dei metodi e dei contesti formativi ha inevitabilmente inciso sugli individui e i gruppi più sensibili, di fronte ai quali le risposte in termini di tutela dei diritti hanno talvolta rivelato un ritardo per l'incapacità stessa dell'ordinamento costituzionale di accogliere simili istanze. Nell'emergenza, di quali strumenti hanno potuto servirsi le Corti costituzionali e supreme per rispondere a questi ricorsi in una situazione nella quale il bilanciamento fra interessi parimenti meritevoli di tutela è avvenuto da parte di legislatori e governi in una vicenda accelerata, ignota ed esiziale senza precedenti nell'era contemporanea?

Nelle prossime pagine, prenderemo in esame due specifici contesti: quello della Germania con la centralità costituzionale del *Persönlichkeitsrecht* e quello degli Stati Uniti con la *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento. In entrambi questi ordinamenti, le misure adottate nei confronti della scuola sono state oggetto di scrutinio da parte dei giudici di costituzionalità: in Germania il *Bundesverfassungsgericht* è stato investito di un numero di ricorsi atti a contestare le *Schulschließungen*, i provvedimenti con cui è stata interrotta l'erogazione delle lezioni in presenza nelle scuole,

---

<sup>23</sup> Il riferimento è evidentemente alle teorie di Guido Calabresi e Philip Bobbitt, *Scelte tragiche*, Milano, Giuffrè, 2006, che distinguevano fra scelte di primo grado, ossia quelle necessarie a stabilire, per esempio, quanti ventilatori produrre o quante sale operatorie attrezzare, e le scelte di secondo grado, necessarie a elaborare i criteri di priorità con cui si ordinerà l'uso di quei presidi fra la pluralità di situazioni che avrebbero bisogno di accedervi. È in questa seconda accezione che si fa uso nel testo della locuzione *scelte tragiche*.

mentre negli Stati Uniti la U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit è stata chiamata a giudicare gli *executive order* spiccati dal Governatore della California con cui il sistema di istruzione è rimasto chiuso per quasi un intero anno. Nel primo caso, l'impugnativa non è stata accolta, ma è divenuta l'occasione per costituzionalizzare il diritto all'istruzione a livello federale, aumentando il livello di tutela anche nei confronti di possibili ulteriori interventi di chiusura degli istituti scolastici. Nel secondo caso, la mancata previsione di un diritto all'istruzione pubblica nella Costituzione degli Stati Uniti ha dato luogo a uno straniante livello di protezione costituzionale differenziato fra studenti di scuole pubbliche e studenti di scuole private, con l'esito di ritenere le politiche della California legittime per le prime e illegittime per le seconde. È stato così confermato - almeno per il momento - che la Costituzione federale non dispiega alcuna tutela del diritto all'istruzione pubblica.

## 2. Le Schulschließungen al giudizio del Bundesverfassungsgericht: verso un diritto federale all'istruzione

In Germania, i primi casi di infezione da Coronavirus ufficialmente diagnosticati sono stati riscontrati in Baviera alla fine di gennaio 2020. Il tipo di Stato federale tedesco ha fondato i suoi interventi normativi a contrasto della diffusione del COVID-19 sull'*Infektionsschutzgesetz*<sup>24</sup>, ossia la legge ordinaria federale entrata in vigore nel luglio 2000 che, in caso di malattie infettive, incaricava dell'intervento i Länder nel sistema dell'*Exekutivföderalismus*, dovendosi il governo centrale limitare a formulare mere raccomandazioni. L'art. 35, co. 3 della *Grundgesetz*, mai applicato sin dal varo della Legge fondamentale, conferisce, sì, al governo federale poteri di emergenza in caso di disastri naturali o rovesci che interessino il territorio di più regioni, ma esso presuppone che i Länder non siano in grado di intervenire e, in ogni caso, non attribuisce al governo nazionale un potere sostitutivo.

Dopo i primi isolati provvedimenti di chiusura delle scuole, entro il 13 marzo la misura si era estesa a tutti i sedici i Länder con la sola eccezione dei figli dei lavoratori in posizioni vitali come quelli impiegati nel sistema sanitario nazionale, nelle forze di polizia, nei trasporti pubblici, nel settore agro-alimentare che potevano eccezionalmente servirsi di strutture scolastiche di emergenza (*Notbetreuung*). Tutta la prima fase è stata caratterizzata da interventi episodici e poco coerenti lasciando in molte circostanze alla discrezionalità di singoli istituti scolastici e del personale

---

<sup>24</sup> *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen*, BGBl. I S. 1045. Nel marzo 2020, il Bundestag si risolse a emendare l'art. 28 di questa legge nella parte in cui non autorizzava le restrizioni in atto al tempo della libertà di circolazione dei cittadini, specie in ordine al divieto di lasciare la propria residenza (*Ausgangssperre*) (in questo senso, Andrea Kießling, *Rechtssicherheit und Rechtsklarheit bei Ausgangssperren & Co? Zur geplanten minimalinvasiven Änderung des § 28 I IfSG*, in *Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht*, 33, 2020 (disponibile alla pagina [www.juwiss.de/33-2020/](http://www.juwiss.de/33-2020/)).

docente di valutare e agire<sup>25</sup>. Nella seconda metà di aprile 2020, gli esecutivi regionali hanno deciso una riapertura graduale delle ultime classi dei cicli scolastici<sup>26</sup>, a maggio e giugno sono ritornati in classe gli altri con orario ridotto e a turno, il tutto, però, ancora senza una sintonia politica nazionale atta a governare e mettere ordine fra i differenti *Rechtsverordnungen* emanati dal governo (o anche da un singolo ministro) di ogni Land.

A una tale varianza dei provvedimenti assunti su scala locale, è successa una fase più corale in coincidenza con la seconda ondata di contagi fra ottobre e novembre 2020, nella quale la Cancelliera Angela Merkel, in accordo con i governi regionali, ha preso la decisione di una chiusura estesa alle scuole di tutto il Paese<sup>27</sup>. Se, per taluni<sup>28</sup>, il modello di federalismo collaborativo tedesco ha dato tutto considerato una buona prova di sé, dispiegando le varie sedi di confronto e coordinamento fra livello regionale e livello nazionale, come, per esempio, la Conferenza dei Ministri della Sanità o quella dei Primi Ministri, mostrando così una buona dose di flessibilità e capacità di adattamento alle situazioni in imprevedibile evoluzione, non si può non notare il difetto di centralizzazione nella gestione della crisi. L'eterogeneità degli interventi, la varietà di misure, il complesso catalogo di politiche messe in atto ha ingenerato un certo senso di caos (quello che dalla stampa è stato apostrofato come *föderaler Flickenteppich*<sup>29</sup>, vale a dire una sorta di coperta *patchwork*). Si tratta di un'impressione di disordine che ha riguardato senza dubbio anche gli interventi su scuole e università tanto da arrivare a osservare che '(a)n interesting feature of Germany's education policy during the COVID-19 pandemic is that the lines of responsibility for education decision making seemed to become more and more blurred'<sup>30</sup>.

Infine, nell'aprile 2021, il Bundestag ha approvato un ulteriore emendamento all'*Infektionsschutzgesetz*, il *Bundesnotbremse* (letteralmente: il freno all'emergenza federale), la legge che imponeva a livello federale alcune delle misure più restrittive come il divieto di assembramenti privati,

---

<sup>25</sup> Kultusministerkonferenz, 13 March 2020, [www.kmk.org/presse/pressearchiv/mitteilung/detail/News/zum-umgang-mit-dem-corona-virus.html](http://www.kmk.org/presse/pressearchiv/mitteilung/detail/News/zum-umgang-mit-dem-corona-virus.html).

<sup>26</sup> Kultusministerkonferenz, 16 April 2020, [www.kmk.org/aktuelles/artikelansicht/hubig-kmk-bereitet-schuloeffnungen-vor.html](http://www.kmk.org/aktuelles/artikelansicht/hubig-kmk-bereitet-schuloeffnungen-vor.html) [accessed 15 April 2021], and Kultusministerkonferenz, 28 April 2020, [www.kmk.org/dokumentation-statistik/beschluesse-und-veroeffentlichungen/bildung-schule/allgemeine-bildung.html#c7795](http://www.kmk.org/dokumentation-statistik/beschluesse-und-veroeffentlichungen/bildung-schule/allgemeine-bildung.html#c7795).

<sup>27</sup> Bundesregierung, 13 December 2020, [www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/telefonkonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-13-dezember-2020-1827392.pdf](http://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/telefonkonferenz-der-bundeskanzlerin-mit-den-regierungschefinnen-und-regierungschefs-der-laender-am-13-dezember-2020-1827392.pdf) e, successivamente, anche Bundesregierung, 10 February 2021, [www.bundesregierung.de/breg-de/suche/regierungspressekonferenz-vom-10-februar-2021-1852774](http://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/regierungspressekonferenz-vom-10-februar-2021-1852774).

<sup>28</sup> Lino Munaretto, *Die Wiederentdeckung des Möglichkeitshorizonts*, in *Verfassungsblog*, 30 marzo 2020 (disponibile alla pagina [verfassungsblog.de/die-wiederentdeckung-des-moeglichkeitshorizonts/](http://verfassungsblog.de/die-wiederentdeckung-des-moeglichkeitshorizonts/)).

<sup>29</sup> Lo riporta Laura Hering, *COVID-19 and Constitutional Law: The Case of Germany*, in José María Serna de la Garza (a cura di), *COVID-19 and Constitutional Law*, Universidad Nacional Autónoma de México, Città del Messico, 2020, p. 151.

<sup>30</sup> Vera Freunde et al., *Germany's Education Policy During the COVID-19 Crisis*, in *Z Politikwiss*, 31, 2021, p. 111.



l'intimazione del coprifuoco serale e, non ultima, la chiusura delle scuole sulla base dei dati di diffusione locale del Coronavirus. Nel corso dei mesi di chiusura delle scuole nella primavera 2020, gli studenti tedeschi avevano trascorso una media di poco superiore a tre ore e mezzo al giorno dedicate alle attività di apprendimento contro le quasi sette e mezzo di prima della pandemia<sup>31</sup>. Malgrado si fosse rivelato molto complesso intervenire per rimediare a simili perdite nell'apprendimento delle competenze e della conoscenza, nel secondo anno di pandemia - peraltro, l'anno in cui si sarebbero tenute le elezioni politiche generali<sup>32</sup> - la Germania ancora non disponeva di regole coerenti e organiche per stabilire quando chiudere le scuole, come organizzare le attività didattiche a distanza, come strutturare e svolgere le prove e gli esami finali.

Accadde, dunque, che, nel bel mezzo della terza ondata, con una campagna vaccinale che aveva portato alla immunizzazione di nemmeno il venti per cento della popolazione, di fronte all'opposizione di alcuni Länder di inasprire ulteriormente i divieti, il governo federale ravvisò la necessità di adottare misure uniformi e severe per contrastare l'aumento dei contagi. Il *Bundesnotbremse* prevedeva tassativamente per ogni distretto amministrativo o città autonoma un numero di contagi (cento su centomila abitanti per tre giorni consecutivi nell'arco di sette giorni) oltre i quali si sarebbero applicati direttamente (senza, pertanto, un ruolo esecutivo da parte dei Länder) il coprifuoco notturno e la chiusura di ristoranti, musei e alberghi. Una soglia anche più rigorosa (165 su centomila abitanti per tre giorni consecutivi) era contemplata per la chiusura totale delle scuole. Se, invece, la proporzione fosse stata di soli cento infetti ogni centomila abitanti, le lezioni si sarebbero potute svolgere in classe in forma ibrida, con metà di ogni coorte alternata in presenza o collegata da casa e comunque per un tempo limitato. In ogni caso, gli istituti scolastici avrebbero dovuto assicurare le condizioni igienico-sanitarie idonee e i presidi di protezione individuale, atteso che gli studenti sarebbero stati ammessi alla presenza a scuola solo previa produzione dell'esito negativo di un test per il SARS-CoV-2 due volte la settimana. Ai Länder era consentito di escludere dal divieto di presenza le ultime classi dei cicli di scuola e le scuole per studenti con bisogni speciali e di definire criteri specifici per aprire in emergenza le scuole materne e gli asili nido.

I mesi successivi, in bilico fra il governo uscente di Angela Merkel e le trattative per la nascita del nuovo dopo le elezioni del settembre 2021, sono stati contraddistinti da numerosi ricorsi contro il *Bundesnotbremse* presso il

---

<sup>31</sup> Elisabeth Grewenig et al., *COVID-19 and Educational Inequality: How School Closures Affect Low- and High-Achieving Students*, 2020, CESifo Working Paper, 2020 (disponibile alla pagina [www.cesifo.org/en/publications/2020/working-paper/covid-19-and-educational-inequality-how-school-closures-affect-low](http://www.cesifo.org/en/publications/2020/working-paper/covid-19-and-educational-inequality-how-school-closures-affect-low)).

<sup>32</sup> Larga parte dell'elettorato tedesco considera l'istruzione un settore determinante per determinare il proprio orientamento politico alle urne (così Ludger Woessman et al., *Fuerchten sich die Deutschen vor Digitalisierung? Ergebnisse des info Bildungsbarometer 2017*, ifo Institut, 2017 (disponibile alla pagina [www.ifo.de/publikationen/2017/aufsatz-zeitschrift/fuerchten-sich-die-deutschen-vor-der-digitalisierung](http://www.ifo.de/publikationen/2017/aufsatz-zeitschrift/fuerchten-sich-die-deutschen-vor-der-digitalisierung)) e Ludger Wessman et al., *Deutsche sind für mehr Einheitlichkeit und Vergleichbarkeit in Bildungssystem - Ergebnisse des info Bildungsbarometer 2020*, ifo Institut, 2020 (disponibile alla pagina [www.ifo.de/publikationen/2020/aufsatz-zeitschrift/deutsche-sind-fuer-mehr-einheitlichkeit-und-vergleichbarkeit](http://www.ifo.de/publikationen/2020/aufsatz-zeitschrift/deutsche-sind-fuer-mehr-einheitlichkeit-und-vergleichbarkeit)).

*Bundesverfassungsgericht*, che ha proceduto a raccogliarli in due giudizi emessi con sollecitudine degna di nota già alla fine di novembre 2021, consapevole dei riverberi che le sue decisioni avrebbero avuto sulla scena politica del momento<sup>33</sup>. Mentre il primo riguardava le restrizioni alle riunioni private e l'ingiunzione del coprifuoco notturno<sup>34</sup>, il secondo rispondeva ai dubbi di legittimità costituzionale sollevati intorno ai divieti alle scuole di tenere lezione in classe allo scopo di contenere la diffusione del contagio rimasti in vigore dal 22 aprile 2021 al 30 giugno dello stesso anno al più tardi<sup>35</sup>.

In nessuno dei due casi il Primo Senato del Tribunale costituzionale federale ha accolto le eccezioni di incostituzionalità mosse dai ricorrenti. In entrambi, è stata l'applicazione del principio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit*) ad aver determinato l'esito del giudizio. Con riferimento al secondo giudizio, che è quello che rileva in questo contesto, i giudici hanno riconosciuto che le misure contro lo svolgimento ordinario delle attività scolastiche potevano considerarsi costituzionalmente legittime formalmente e sostanzialmente. Dal punto di vista formale, era escluso che occorresse il consenso del Bundesrat per l'approvazione della legislazione in questione. Dal punto di vista sostanziale, ha avuto buon esito l'applicazione dei criteri con cui valutare la proporzionalità dell'interferenza pubblica con l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito - vale a dire che la legge si prefigga una finalità legittima (*legitimiert Zweck*), che sia idonea a raggiungere quella finalità (*Geeignetheit*), che sia la soluzione meno invadente nel perseguimento della finalità dichiarata (*Erforderlichkeit*) e che gli interessi della comunità che motivano la finalità prefissata giustifichino la compressione del diritto individuale di cui si lamenta il godimento limitato (*Angemessenheit*). Più specificamente, i divieti operanti sulla scuola intendevano agire, in consonanza con altri provvedimenti simili, sulla riduzione della circolazione del virus: gli esperti ascoltati - anche se non unanimemente concordi - hanno confermato che bambini e giovani, benché affetti da sintomatologie lievi, contribuivano a diffondere la malattia, aggravando la pressione sul sistema sanitario nazionale. Quantunque i giudici riconoscano che il numero di scuole chiuse (complessivamente piuttosto elevato) abbia implicato una perdita di socializzazione e gravi deficit di apprendimento specie in famiglie socialmente svantaggiate, poiché lo sviluppo della personalità con la didattica a distanza, soprattutto se si traduce solo nella fornitura di materiali, non può avere luogo analogamente a quello che avverrebbe con un'interazione diretta, essi ritengono che il legislatore non abbia violato il diritto. Nella situazione infettiva esistente all'epoca, stanti le eccezioni contemplate per le classi conclusive dei cicli di studio e per le scuole speciali, i Länder garantivano comunque uno standard

---

<sup>33</sup> Lo scenario politico del momento, infatti, sullo sfondo di queste sentenze era complicato non solo dal fatto che il gruppo parlamentare del Partito Liberale (*Freie Demokratische Partei* - FDP) figurava fra i ricorrenti, ma che partecipasse alla coalizione a sostegno del nuovo governo, in cui avrebbe espresso il futuro (attualmente in carica) Ministro della Giustizia nella persona di Marco Buschmann.

<sup>34</sup> *Bundesnotbremse I*, 1 BvR 781/21, 19 novembre 2021 (disponibile alla pagina [www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20211119\\_1bvr078121.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20211119_1bvr078121.html)).

<sup>35</sup> *Bundesnotbremse II*, 1 BvR 971/21, 19 novembre 2021 (disponibile alla pagina [www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20211119\\_1bvr097121.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20211119_1bvr097121.html)).

minimo, né si può rimproverare allo Stato di non aver presto precauzioni in tempo dato lo sviluppo tanto dinamico della pandemia.

Con la sola eccezione della città di Amburgo, che garantisce il diritto all'istruzione mediante una semplice legge, tutti i Länder lo prevedono a livello costituzionale: così, a titolo d'esempio, l'art. 128 della Costituzione della Baviera del 1946, che riconosce a ogni residente il diritto a ricevere un'istruzione in linea con i talenti che dimostra e con la propria vocazione personale; l'art. 8 della Costituzione del Nord Reno-Westfalia, in cui oltre al diritto di ogni bambino all'istruzione, è sancito quello naturale dei genitori di determinare l'educazione dei propri figli come base del sistema scolastico; l'art. 11 della Costituzione del Baden-Württemberg, per il quale ogni giovane, a prescindere dalla situazione economica, ha diritto a un'istruzione adeguata alle sue capacità, principio sul quale deve reggersi l'organizzazione del sistema scolastico.

La pronuncia sulle *Schulschließungen* è stata l'occasione per il *Bundesverfassungsgericht* di proclamare per la prima volta il *Recht auf schulische Bildung*, il diritto di bambini e minori<sup>36</sup> a pretendere dallo Stato il sostegno e la promozione del loro sviluppo in una personalità autonoma anche attraverso l'istruzione scolastica. Si è trattato di una sentenza innovativa, se non addirittura rivoluzionaria<sup>37</sup>. Frutto della lettura combinata dell'art. 2, co. 1 GG e dell'art. 7, co. 1 GG e in linea con numerosi standard riconosciuti sul piano internazionale, il diritto all'istruzione scolastica si compone di tre dimensioni: il dovere di protezione da parte dello Stato, un elemento positivo consistente nel diritto di esigere dallo Stato uno standard minimo di offerta formativa nelle scuole statali e un accesso senza disparità di trattamento, e un elemento negativo nella veste del diritto di difendersi da misure con cui la scolarizzazione venga selettivamente limitata o impedita dallo Stato.

Malgrado, dunque, i giudici di Karlsruhe non abbiano ravvisato nelle misure di chiusura delle scuole una sproporzione tale da costituire una violazione del diritto all'istruzione, essi hanno gettato le fondamenta future per assicurarne una tutela più intensa. Tale sensibilità da parte del Tribunale costituzionale si era colta già guardando alla velocità con cui ha deciso la questione, con tempi di reazione pressoché immediati rispetto alla gravità delle limitazioni inflitte, e con la formulazione di un giudizio separato rispetto ai ricorsi aventi per oggetto le altre misure del *Bundesnotbremse*, come a sottolineare l'importanza a sé stante della presenza fisica a scuola e della frequenza di persona. Il *Bundesverfassungsgericht* è così riuscito a

---

<sup>36</sup> Altro primato di questa decisione è riservare ai soli bambini e minori, dunque a soggetti non adulti, la titolarità di un diritto: così Isabel Lischewski, *Ein Recht nur für Kinder?*, in *Verfassungsblog*, 30 novembre 2021 (disponibile alla pagina [verfassungsblog.de/ein-recht-nur-fur-kinder/](https://verfassungsblog.de/ein-recht-nur-fur-kinder/)), che, però, osserva come il diritto non sia *solo* dei più piccoli, ma conti per l'intera società.

<sup>37</sup> Michael Wrase, *Recht auf schulische Bildung: Die Schulschließungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist wegweisend*, Friedrich Ebert Stiftung, 7 gennaio 2022 (disponibile alla pagina [www.fes.de/themenportal-bildung-arbeit-digitalisierung/bildung/artikelseite-bildungsblog/recht-auf-schulische-bildung-die-schulschliessungs-entscheidung-des-bundesverfassungsgerichts-ist-wegweisend](https://www.fes.de/themenportal-bildung-arbeit-digitalisierung/bildung/artikelseite-bildungsblog/recht-auf-schulische-bildung-die-schulschliessungs-entscheidung-des-bundesverfassungsgerichts-ist-wegweisend)). Si veda anche Id., *Ein Beschluss mit weitreichenden Folgen*, in *Verfassungsblog*, 5 dicembre 2021 (disponibile alla pagina [verfassungsblog.de/ein-beschluss-mit-weitreichenden-folgen/](https://verfassungsblog.de/ein-beschluss-mit-weitreichenden-folgen/)).

convertire l'emergenza che tanti sacrifici ha imposto al mondo dell'istruzione in una opportunità di intensificazione delle garanzie, ora esigibili anche in sede federale.

### 3. Scuole pubbliche, scuole private e garanzia costituzionali: quale strada per un diritto federale all'istruzione?

Negli Stati Uniti, alla fine del gennaio 2020, quando erano stati certificati solo cinque casi di contagio da Coronavirus, alcune scuole hanno preso ad assumere le prime misure precauzionali. L'11 febbraio la *American Federation of Teachers* chiese di poter ricevere dal governo federale delle linee guida per affrontare un eventuale peggioramento della situazione sanitaria. Le prime episodiche e temporanee chiusure scolastiche sono giunte solo pochi giorni più tardi, mentre le prime istruzioni per prepararsi a scenari più complessi sono arrivate dal Center for Disease Control and Prevention (CDC) il 25 febbraio. Quarantotto ore dopo, la prima scuola a chiudere a causa del COVID-19 è stata la Bothell High School nello Stato di Washington. L'Ohio è stato il primo ad annunciare la chiusura dell'intero sistema scolastico statale. Prima della fine del mese di marzo, la chiusura si era comunque estesa a tutte le scuole pubbliche degli Stati Uniti e agli atenei, molti dei quali avevano contestualmente stabilito di svolgere tutti i corsi dell'intero semestre *online*.

Lo Stato della California ha deciso per un approccio sistemico, alla luce del quale, il 19 marzo 2020, il Governatore Gavin Newsom ha emanato l'*executive order* N-33-20. Con questo provvedimento, destinato a rimanere in vigore fino all'11 giugno 2021, si vietava a tutti i residenti di lasciare le proprie abitazioni per qualsiasi motivo, con l'eccezione di specifiche attività per le quali sarebbe stato consentito spostarsi. L'operatività degli istituti scolastici, pertanto, era rimessa agli amministratori locali, a seconda che le scuole fossero considerati servizi valevoli di godere di queste deroghe. Il successivo 22 marzo, il California State Public Health Officer (CDPH) ha stilato un elenco di lavoratori reputati 'essenziali', fra i quali figuravano gli insegnanti delle scuole private e pubbliche, ma solo per impartire il *distance learning*. L'*executive order* N-60-20 del 4 maggio disponeva una *roadmap* in quattro fasi per la graduale ripresa di tutte le attività e indicava alla fase 2 il riavvio delle regolari attività scolastiche in presenza, ma di lì a qualche settimana il piano venne ripensato e la riapertura procrastinata.

Il 21 luglio 2020, Matthew Brach, un'altra dozzina di genitori e uno studente<sup>38</sup> hanno presentato la richiesta di un provvedimento ingiuntivo contro lo Stato della California davanti alla Corte distrettuale federale, lamentando il grave detrimento accademico e sociale procurato ai propri figli dall'interruzione delle attività didattiche e obiettando alla protratta chiusura della scuola nonostante le precauzioni sanitarie assicurate per una ripresa in

---

<sup>38</sup> Fra questi, uno era da poco giunto dal Camerun, un altro identificato come ispanico con due ragazzi entrambi affetti da autismo, uno almeno era un genitore *single*, uno era un pastore afro-americano il cui figlio era inserito in un piano educativo individualizzato.

sicurezza<sup>39</sup>. Essi accusavano la politica di chiusura delle scuole di isolare i ragazzi e di esporli a una ingiustificata disparità di trattamento nella erogazione della istruzione, dipendente dalla disponibilità dei dispositivi e delle connessioni alla rete, e di ampliare in questo modo le distanze economiche e sociali.

Nel suo *summary judgment*, la Corte distrettuale federale ha respinto le ragioni dei richiedenti, che pure sostenevano che la riapertura delle scuole rappresentava a quel punto un rischio minimo a giudicare dai dati forniti dalle autorità federali e sanitarie. Il diniego era nel solco di quanto stabilito dal precedente *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*<sup>40</sup>, vale a dire che la Due Process Clause del Quattordicesimo Emendamento non contiene un diritto fondamentale all'istruzione. Pertanto, per decretare la legittimità costituzionale degli atti impugnati occorreva sottoporli a un mero test di ragionevolezza (*rational basis review*), teso a valutare semplicemente se la legge portata in giudizio sia ragionevolmente motivata da un interesse pubblico legittimo. Tale scrutinio si fa più severo nei casi in cui gli effetti della legge incidano sul godimento di un diritto fondamentale costituzionalmente tutelato, mentre in tutti gli altri casi - come in quello presente - si traduce in una verifica decisamente più blanda<sup>41</sup>. L'obiettivo

---

<sup>39</sup> Vari studi condotti negli Stati Uniti (per esempio, L. Goldhaber et al., *The Consequences of Remote and Hybrid Instruction During the Pandemic*, National Center for Analysis of Longitudinal Data in Education Research, working paper n. 267-0522, maggio 2022; Vladimir Kogan e Stéphane Lavertu, *How the COVID-19 Pandemic Affected Student Learning in Ohio: Analysis of Spring 2021 Ohio State Tests* (disponibile alla pagina [glenn.osu.edu/sites/default/files/2021-10/210828\\_KL\\_OST\\_Final\\_0.pdf](http://glenn.osu.edu/sites/default/files/2021-10/210828_KL_OST_Final_0.pdf))) hanno dimostrato la relazione fra la prolungata chiusura delle scuole - di gran lunga superiore a quella praticata in Europa - e la perdita di profitto scolastico emersa guardando ai voti conseguiti agli esami finali. 'Doing the brute utilitarian math of death versus learning, one might argue that a decline in test scores was a fair price for avoiding deaths' (così Derek Thompson, *School Closures Were a Failed Policy*, in *The Atlantic*, 26 ottobre 2022).

<sup>40</sup> 411 U.S. 37 (1973). Oltre a una base di fondi statali erogati per assicurare una soglia minima di istruzione in ogni scuola, le scuole pubbliche elementari e secondarie dello Stato del Texas dipendevano per la loro sussistenza dalle imposte locali levate sulle proprietà collocate nei rispettivi distretti. Demitrio Rodriguez e un gruppo di altri genitori che vivevano in distretti poveri contestarono la legittimità costituzionale di questo sistema di finanziamento che ingenerava irragionevoli disparità fra studenti a motivo della diversa base imponibile immobiliare del distretto di residenza. Con una decisione deliberata di misura, cinque giudici contro quattro, la Corte Suprema rifiutò di applicare lo *strict scrutiny test* perché la Costituzione degli Stati Uniti non garantisce un diritto all'istruzione pubblica e perché in ogni caso il sistema non discriminava intenzionalmente e sistematicamente le famiglie povere rispetto a quelle abbienti. Nella *majority opinion* redatta dal giudice Powell, si disse che la *Equal Protection Clause* del Quattordicesimo Emendamento non doveva necessariamente tradursi in una uguaglianza assoluta o nella previsione degli stessi vantaggi per tutti.

<sup>41</sup> I due livelli di *scrutiny* sono stati spiegati nella celebre *Footnote 4* che il giudice Harlan Fiske Stone accluse nella *majority opinion* del caso *United States v. Caroline Products Company*, 304 U.S. 144 (1938). La pronuncia, che riguardava la legittimità costituzionale di una legge del Congresso concernente la commercializzazione fra gli Stati di un surrogato del latte, mise fine negli anni del New Deal rooseveltiano alla cosiddetta *Lochner Era* e inaugurò il nuovo metodo di giudizio delle leggi per le Corti federali basato appunto sullo *strict scrutiny* in presenza di un diritto fondamentale o di una *discrete and insular minority*.

statale di contenere la diffusione della pandemia era, per i giudici di distretto, un interesse pubblico legittimo sufficiente a giustificare l'imposizione della didattica a distanza.

Di altro avviso, almeno in certa misura, è stata la U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit<sup>42</sup>, a cui i ricorrenti si sono rivolti in appello per violazione, oltre che del Quattordicesimo Emendamento, anche del *Civil Rights Act*, del *Rehabilitation Act*<sup>43</sup>, dell'*Americans with Disabilities Act* (ADA)<sup>44</sup> e dell'*Individuals with Disabilities Education Act* (IDEA)<sup>45</sup>. La pronuncia dei giudici di secondo grado è piuttosto sorprendente, poiché ha, sì, in parte accolto gli argomenti dei genitori e ribaltato la prima sentenza, ma lo ha fatto distinguendo fra i diritti esigibili da parte di coloro che provenivano da scuole pubbliche e quelli spettanti a chi era iscritto a scuole private. Mentre, cioè, nel primo caso, le pretese delle famiglie hanno incontrato un ostacolo insuperabile, vale a dire la mancanza di una tutela costituzionale del diritto all'istruzione, che si traduce nell'applicazione di uno scrutinio blando della legge per giudicarne la legittimità costituzionale, nel caso delle scuole private i genitori sono portatori del diritto costituzionalmente garantito di scegliere il modello educativo in linea con i propri convincimenti. La presenza di un diritto fondamentale esige di giudicare la costituzionalità della legge non più solo *on a rational basis*, ma applicando il cosiddetto *strict scrutiny test*. Lo *strict scrutiny test* implica che l'interesse pubblico perseguito dalla legge debba dimostrarsi *compelling* al fine di superare il controllo di costituzionalità: solo se il legislatore sarà in grado di provare che la soluzione normativa adottata per una certa finalità pubblica è quella che contrasta meno con il godimento del diritto individuale potenzialmente leso, allora potrà ritenersi costituzionalmente legittima.

In questo modo, i richiedenti che avevano condiviso il ricorso nella comunanza delle lagnanze nei confronti di misure gravemente disagiate per i loro figli (alcuni dei quali affetti da gravi disabilità cognitive), sono stati divisi quando quella che a tutti gli effetti era una istanza comune è stata scomposta lungo due linee di giurisprudenza: quella che, a partire dalla decisione *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, nega che la *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento garantisca il diritto a un livello minimo di istruzione pubblica e quella che, a partire da *Meyer v. Nebraska*<sup>46</sup> e *Pierce v. Society of Sisters*<sup>47</sup>, nella stessa *Due Process Clause* ha innestato il diritto fondamentale dei genitori di prendere decisioni sulla cura, la custodia e il controllo dei loro figli, incluso il diritto a orientare la loro crescita e istruzione. Pertanto, i medesimi atti superano il test di costituzionalità se si misurano con il non fondamentale, non

---

<sup>42</sup> *Matthew Brach v. Gavin Newsom*, n. 20-56291 (9th Cir. 2022). Nel settembre 2022, i ricorrenti hanno presentato istanza alla Corte Suprema degli Stati Uniti per un *writ of certiorari* (disponibile alla pagina [www.supremecourt.gov/DocketPDF/22/22-250/237778/20220913145947856\\_Petition.pdf](http://www.supremecourt.gov/DocketPDF/22/22-250/237778/20220913145947856_Petition.pdf)), la cui valutazione è, al momento in cui si scrive, ancora pendente.

<sup>43</sup> 29 U.S.C. § 701 (26 settembre 1973).

<sup>44</sup> 42 U.S.C. § 12101 (26 luglio 1990).

<sup>45</sup> Pub. L. No. 101-476 (originariamente approvato nel 1975 con il nome di *Education of Handicapped Children Act*).

<sup>46</sup> 262 U.S. 390 (1923).

<sup>47</sup> 268 U.S. 510 (1925).

costituzionalmente tutelato diritto all'istruzione pubblica, ma cadono sotto la scure dello *strict scrutiny test* se il parametro diviene il diritto a scegliere il miglior modello di istruzione privata per i propri figli. La Corte ha, infatti, decretato che

California's broad and lengthy closure of schools was more severe than what many other jurisdictions have done, thereby negating any suggestion that California adopted the least restrictive means of accomplishing the compelling interest. [...] We certainly cannot say that, as a matter of law, California's "drastic measure" of closing the private-school Plaintiffs' schools for nearly a year survives strict scrutiny<sup>48</sup>.

La dottrina *Meyer-Pierce* risale agli anni Venti del Novecento. Nel primo caso, la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiarò incostituzionale una legge dello Stato del Nebraska (il cosiddetto *Siman Act*)<sup>49</sup> che, all'indomani della Prima guerra mondiale, interveniva sulla facoltà delle scuole pubbliche di impartire insegnamenti in lingue diverse dall'inglese o di offrire lo studio delle lingue straniere. Tali divieti confliggevano con la *liberty* contenuta nella Due Process Clause del Quattordicesimo Emendamento e non superavano lo *strict scrutiny test* per mancanza di un *compelling state interest*: infatti, l'interesse pubblico a evitare interazioni con cittadini di altri Paesi e contaminazioni con lingue diverse si sarebbe spiegato durante il conflitto, ma non era ormai più giustificato in tempo di pace. Non ne andava solo del diritto degli insegnanti di lingue straniere a esercitare la loro professione, ma riguardava anche il diritto delle famiglie di scegliere per i propri figli il modello di istruzione che prediligevano. Nel 1925, un'altra legislazione figlia di quegli anni post-bellici, il *Compulsory Education Act* dello Stato dell'Oregon, obbligava le famiglie a iscrivere i loro figli esclusivamente in scuole pubbliche. Anche in questo caso, la legge non era sostenuta da un *compelling state interest* a fronte del diritto dei genitori di scegliere i programmi formativi più adatti al tipo di istruzione che auspicavano per i propri figli.

Entrambi questi precedenti prefigurano l'istruzione come lo spazio costituzionalmente garantito grazie al quale le famiglie possono esercitare un diritto a *scegliere*. Non sorprenderà, allora, se queste due sentenze sono fra quelle che hanno contribuito a costruire quel concetto di *liberty* e quella funzione della *Due Process Clause* che si riveleranno capitali nella elaborazione del *right to privacy* di *Griswold v. Connecticut*<sup>50</sup> e di *Roe v. Wade*<sup>51</sup> che, dal dopoguerra a oggi, ha rappresentato il culmine della costituzionalizzazione dell'individualismo americano.

#### 4. Dopo l'emergenza: più uguaglianza?

Fino a ora, l'offerta scolastica dei Länder tedeschi è stata soggetta al principio di uguaglianza formale dell'art. 3 GG, essendosi il *Bundesverfassungsgericht* astenutosi dal costituzionalizzare la politica

---

<sup>48</sup> U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 20-56291, D.C. No. 2:20-cv-06472-SVW-AFM, pp. 51 e 52-53.

<sup>49</sup> *An Act Relating to the Teaching of Foreign Languages in the State of Nebraska*.

<sup>50</sup> 381 U.S. 479 (1965).

<sup>51</sup> 410 U.S. 113 (1973).

scolastica statale e di sottoporla al suo controllo. L'impossibilità per il giudice federale delle leggi di rinvenire nelle politiche di contenimento alla pandemia una sproporzione a detrimento del diritto all'istruzione e, dunque, di dare ristoro alle disuguaglianze che quelle misure hanno drammaticamente inasprito si è, però, accompagnata alla introduzione di un diritto federale all'istruzione di cui, comunque, qualcuno fatica a comprendere l'applicazione futura<sup>52</sup>. Al momento in cui i giudici di Karlsruhe decidevano la questione (estate e primo autunno 2021), la formulazione del diritto federale all'istruzione rappresentava una novità recante la promessa di un più severo scrutinio sui provvedimenti che l'emergenza pandemica avrebbe potuto eventualmente ancora esigere nel caso di aggravamento della situazione medico-sanitaria complessiva. Il Tribunale costituzionale sembra così aver trovato una strada per confortare le famiglie alla ricerca di comprensione per il senso di isolamento e affanno che la chiusura delle scuole ha determinato in tante di loro.

In definitiva, allora, l'emergenza si è rivelata un'opportunità per il giudice delle leggi tedesco di intensificare la tutela *pro futuro* nel mentre che non aveva titolo di bilanciare diversamente le situazioni del recente passato. D'altra parte, la *Grundgesetz* si fonda su una teoria della persona in cui è inscritta l'idea dell'autodeterminazione necessaria allo sviluppo individuale. La scuola è chiamata a educare i giovani in modo da occupare un ruolo nella società che, allo stesso tempo, porti felicità personale e utilità al benessere della comunità nel suo complesso, sebbene in più passi della sentenza affiori un'idea di scuola meno eminentemente pedagogica e più come spazio nel quale lo Stato fornisce i servizi formativi<sup>53</sup> e gli studenti ne sono gli utenti che se ne servono per il libero sviluppo della propria personalità<sup>54</sup>.

La decisione della U.S. Court of Appeals of the Ninth Circuit è nel solco della giurisprudenza della Corte Suprema federale in ordine alla esclusione di un diritto all'istruzione nella garanzia della *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento. Tale diritto ricorre, invece, nelle cosiddette

---

<sup>52</sup> In senso dubitativo sulla percorribilità delle garanzie che provengono da un *derivative Teilhaberecht* (un diritto derivato di partecipazione) si veda in particolare Martin Nettesheim, *Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote*, in *Verfassungsblog*, 30 novembre 2021 (disponibile alla pagina [verfassungsblog.de/schule-als-markt-staatlicher-bildungsangebote/](https://verfassungsblog.de/schule-als-markt-staatlicher-bildungsangebote/)): 'Es deutet auf ein grundsätzliches Missverständnis hin, wenn das BVerfG Schule und schulische Pädagogik als "Angebot" begreift. Es geht in der Schule vielmehr um strukturierte Sozialbeziehungen, in die die Schüler über die allgemeine Schulpflicht (zu Recht und mit guten Gründen) hineingezwungen werden und in denen sie (grundsätzlich ohne Wahl- und Ablehnungsmöglichkeiten) einem erziehungswissenschaftlich abgesicherten, gesellschaftlich vernünftigen und politisch legitimierten Bildungsprogramm unterzogen werden. Selbstverständlich ist dabei, dass dieses Programm so strukturiert sein und durchgeführt werden muss, dass es die heranwachsenden Menschen – in Abhängigkeit zum Alter – als junge Individuen respektiert, dass es (als Teil des pädagogischen Programms) die Selbstentfaltung fördern und die Identitätsformung unterstützen muss, ja dass es auch Anstoß zur Selbstentwicklung ist. Die Formulierung schulischer Bildungsprogramme, die die jungen Individuen integrieren, ist aber etwas ganz anderes als die Einordnung und Behandlung der Schüler als Rechtsträger, die mit einem "Angebot" konfrontiert werden'.

<sup>53</sup> 1 BvR 971/21, 19 novembre 2021, par. 52.

<sup>54</sup> 1 BvR 971/21, 19 novembre 2021, par. 62.



*Education Clauses* (altrimenti definite *Education Articles*) che si trovano nelle Costituzioni statali. La versione più dettagliata fra queste è quella contenuta nella Costituzione della Florida all'art. IX, che ne fa un diritto fondamentale prefigurando un dovere in capo allo Stato di fornire 'a uniform, efficient, safe, secure, and high Quality System of free public schools that allows students to obtain a high quality education'. In generale, fra il 1990 e il 2018, la gran parte delle previsioni costituzionali statali aventi a oggetto l'istruzione sono state oggetto di emendamenti: si contano un totale di 312 proposte di revisione, con alcuni Stati come Colorado, Oregon e Texas che ne hanno discussi più di venti ciascuno e New Jersey e Illinois con una sola proposta di modifica. Solo lo Stato del Minnesota risulta non averne mai discusso<sup>55</sup>.

Ma, all'esito della decisione della Corte di appello, due considerazioni si impongono: intanto, che mandare un figlio alla scuola pubblica equivale per un genitore a perdere un diritto che invece gli è riconosciuto se preferisce una istruzione privata. Solo in questo secondo caso, infatti, gli sarebbe possibile contestare come e cosa lo Stato insegni al proprio figlio. Una tale disparità non ha precedenti e apre il varco a vistose ineguaglianze, tenuto in conto che sulla scelta di un percorso formativo insiste il retroterra culturale, sociale e, non da ultimo, economico di una famiglia. La scelta, in altri termini, è l'espressione di una condizione che non sempre si ha il bene di poter determinare con un atto di volizione.

La seconda considerazione è alla prima strettamente correlata: se possiamo supporre che il versamento della retta di una scuola privata sia agevolata da una maggiore disponibilità di mezzi, lo stesso agio economico pare poter 'acquistare' anche l'esigibilità di un diritto negato, invece, a coloro che si avvalgono di una istruzione pubblica<sup>56</sup>.

La questione è forse destinata a generare potenziali sviluppi, anche se non siamo in grado di prevedere quanto innovativi: il 13 settembre 2022 i legali di Matthew Brach e degli altri genitori hanno depositato una richiesta di *writ of certiorari* davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti. Nel frattempo, molti sono i *brief* presentati da vari *amici curiae*, fra cui quella della California Constitutional Rights Foundation. Fra la fine di dicembre 2022 e l'inizio di gennaio 2023, la Corte Suprema ha raccolto le memorie delle parti e il caso è stato messo a calendario per l'eventuale discussione per il 17 febbraio 2023. Il *thema decidendum*, in verità, non riguarda direttamente la tutela federale del diritto all'istruzione, quanto se la revoca degli *executive order* emanati durante la pandemia a stato di emergenza ancora in vigore renda un ricorso *moot* oppure se esso possa essere accolto. Ma certo si è che

---

<sup>55</sup> Uno studio aggiornato e organico sulla questione è Scott Dallman e Anusha Nath, *Education Clauses in State Constitutions Across the United States* (disponibile alla pagina [www.minneapolisfed.org/~media/assets/articles/2020/education-clauses-in-state-constitutions-across-the-united-states/education-clauses-in-state-constitutions-across-the-united-states.pdf?la=en](http://www.minneapolisfed.org/~media/assets/articles/2020/education-clauses-in-state-constitutions-across-the-united-states/education-clauses-in-state-constitutions-across-the-united-states.pdf?la=en)). Per un'analisi in chiave comparativa fra i diversi modelli di protezione fra gli Stati degli Stati Uniti, si rimanda a Robert M. Jensen, *Advancing Education Through Education Clauses of State Constitutions*, in *Brigham Young University Education and Law Journal*, 1, 1997.

<sup>56</sup> In questo senso, si veda Jonathan D. Glater, *A Brief Reflection on the Doctrinal Entrenchment of Inequality: Brach v. Newsom*, in *California Law Review*, settembre 2022 (disponibile alla pagina [californialawreview.org/a-brief-reflection-on-the-doctrinal-entrenchment-of-inequality-brach-v-newsom/](http://californialawreview.org/a-brief-reflection-on-the-doctrinal-entrenchment-of-inequality-brach-v-newsom/)).

non sarebbe la prima volta nella storia costituzionale statunitense - non è accaduto così già al tempo di *Marbury v. Madison*<sup>57</sup>, alle origini del *judicial review*? - che una mera questione formale si riveli più dirompente del previsto. Del resto, fra i costituzionalisti statunitensi<sup>58</sup> la decisione *San Antonio Independent School District v. Rodriguez* è compresa fra le pronunce più deplorate, accusata di aver contribuito a creare un sistema scolastico nazionale 'separate and unequal'<sup>59</sup> in cui i bambini soprattutto sono 'imprisoned in a system of educational inequality'<sup>60</sup>.

Benedetta Barbisan  
Dip.to di Sc. pol., comunicaz. e rel. internaz.  
Università degli Studi di Macerata  
benedetta.barbisan@unimc.it

---

<sup>57</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

<sup>58</sup> Dopo che la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva reso due storiche decisioni come *Obergefell v. Hodges* (576 U.S. 644 (2015)) sul matrimonio fra persone dello stesso sesso e *King v. Burwell* (576 U.S. 473 (2015)) sul *Patient Protection and Affordable Care Act*, Pub. L. No. 111-148 (2010), la rivista *Time* realizzò un numero speciale in cui più di cinquanta costituzionalisti vennero interpellati perché indicassero le migliori e le peggiori pronunce decise dalla Corte Suprema dal 1960 (Time, *The Supreme Court. Decisions That Changed America*, 2016).

<sup>59</sup> Così Erwin Chemerinsky, costituzionalista della University of California, Irvine.

<sup>60</sup> Così Steven Shiffrin, costituzionalista della Cornell Law School.