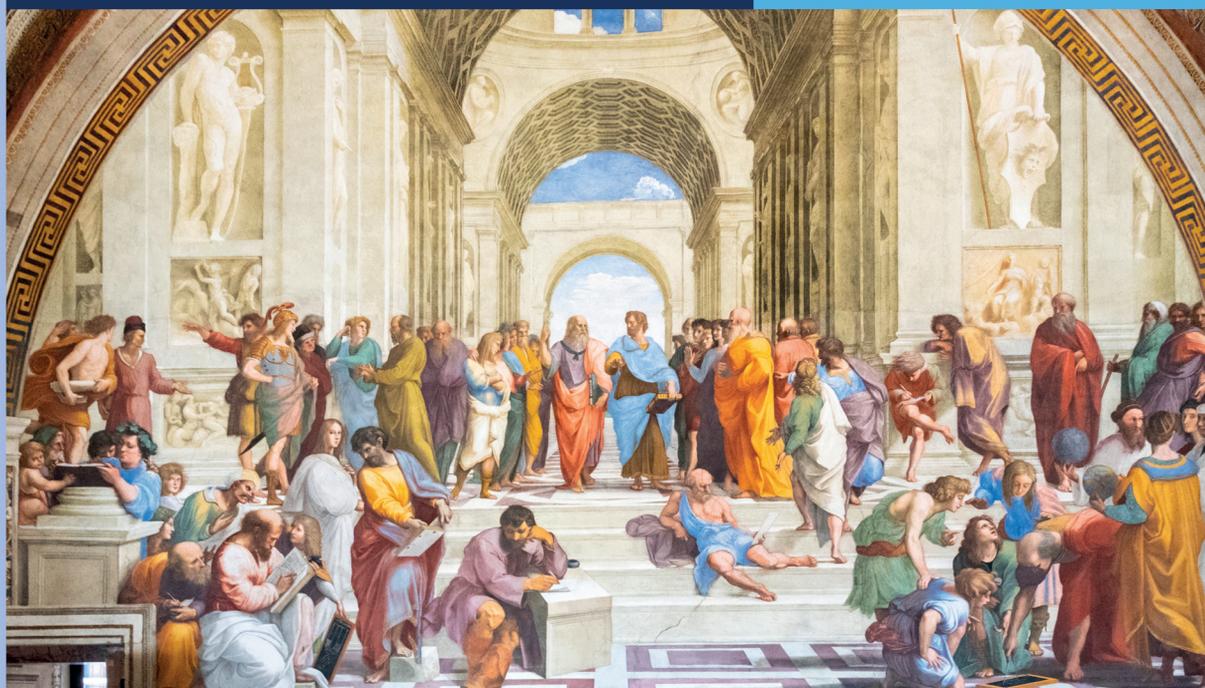


Max Bruschi
Salvatore Milazzo

Istituzioni di diritto scolastico



Giappichelli

INTRODUZIONE

LA SCUOLA DI CARTA, LA SCUOLA DI PERSONE

Una tavola, composta da 64 quadrati di due colori alternati; 16 pezzi bianchi e 16 pezzi neri di fogge diverse. Si sa, genericamente, che lo scopo del gioco è abbattere un pezzo particolare, un pezzo con la corona in testa – presumibilmente un re – e niente altro. Le regole: sconosciute. Ogni persona, a questo punto, almanacca le proprie¹.

Le regole del
gioco

L'*homo ludens*², lontano dalla visione hobbesiana, necessita però di dividerle, quelle regole, perché senza una codifica universalmente accettata ciascuno proverà a far valere la propria idea. E siccome le persone si alternano e cambiano, ogni attore legittimamente proverà a rimettere in discussione quanto eventualmente già stabilito.

L'analogia potrebbe sembrare estrema, ma descrive tutto sommato con una certa precisione quanto capita nelle istituzioni scolastiche, forse non in generale, ma a fronte di questo o quel particolare «istituto», di quel dubbio, di quella pratica didattica o amministrativa. Vi è, ad oggi, una assoluta asimmetria di conoscenze (vere, di seconda mano, millantate o assenti che siano) e ancor più di competenze³ tra i diversi attori che interagiscono con lo specifico scolastico. Gli unici

¹ Il gioco degli scacchi (dall'arabo *el shāh*, «il re», attraverso il provenzale *escac*) nacque in India nel VI secolo.

² Johan Huizinga, storico olandese (Groninga, 1872 – De Steeg, Arnhem, 1945), nell'omonimo libro del 1938 descrisse il gioco come fondamento di ogni cultura dell'organizzazione sociale.

³ «Le competenze sono definite come una combinazione di conoscenze, abilità e atteggiamenti, in cui: la conoscenza si compone di fatti e cifre, concetti, idee e teorie che sono già stabiliti e che forniscono le basi per comprendere un certo settore o argomento; per abilità si intende sapere ed essere capaci di eseguire processi ed applicare le conoscenze esistenti al fine di ottenere risultati; gli atteggiamenti descrivono la disposizione e la mentalità per agire o reagire a idee, persone o situazioni», *Raccomandazione sulle competenze per l'apprendimento permanente*, UE 2018/C 189/01

percorsi che, sino alle nuove procedure di abilitazione dei docenti della scuola secondaria⁴, hanno previsto elementi di diritto e legislazione scolastica sono la specializzazione sul sostegno e il corso di laurea in Scienze della formazione primaria⁵.

Pure, ogni istituzione scolastica è un «ambiente giuridico», una *polis* il cui «ordinamento» è direttamente correlato al diritto all'istruzione, pur intersecandosi con altri diritti, il primo dei quali, vista anche la quantità di soggetti che coinvolge e la delicatezza del compito che è loro affidato, è il diritto dei lavoratori. Ignorarne le linee generali significa non solo deviare dagli scopi fissati dal legislatore, ma moltiplicare le occasioni di conflitto. Ora, come sarà approfondito nel primo capitolo, uno tra gli scopi del diritto è di ricondurre i conflitti entro un quadro di regole stabilito che può consentire di trasformarli in confronti. E se proprio scontro ci deve essere, le regole consentono di assimilare l'arena alla sacralità di un *dojo*, e non alla sanguinolenta anarchia di un *fight club*. Fermo restando che i conflitti si abbattono e i confronti si spostano su un altro piano, ben più produttivo, quando gli istituti, i diritti e doveri sono accuratamente disposti e soprattutto conosciuti: *in claris non fit interpretatio*.

La scuola di
carta, la
scuola di
persone

E, per l'appunto, è opportuno salire di un piano. Il *corpus* normativo sull'istruzione, per quanto spesso inutilmente ipertrofico, stabilisce dei perimetri di azione, tanto nella gestione quanto nella didattica, al cui interno si esercitano discrezionalità amministrativa (e capacità o incapacità, se non di *leadership*⁶, per lo meno di buon governo da parte dell'amministrazione, a partire dal dirigente scolastico) e libertà d'insegnamento, tra loro sovente in dialogo dialettico. La conoscenza del diritto scolastico sgombra il terreno dai detriti delle «abitudini», non sempre commendevoli, e la sua corretta e non ottusa applicazione consente di ragionare sulle persone, restituendo le «carte» alla loro funzione di strumenti.

⁴ D.P.C.M. 4 agosto 2023 recante «Definizione del percorso universitario e accademico di formazione iniziale dei docenti delle scuole secondarie di primo e secondo grado, ai fini del rispetto degli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza».

⁵ Nel caso di SFP, l'insegnamento è attivabile dagli Atenei in opzione con Igiene generale ed applicata: è appena il caso di rilevare come entrambi, invece, meriterebbero uno spazio proprio.

⁶ M. WEBER, *Il leader*, Roma, Castelvechi, 2016 raccoglie alcune delle pagine più significative dedicate al tema dal sociologo tedesco. Una semplice scorsa potrebbe suggerire una certa parsimonia nell'uso del termine *leadership* in riferimento alla dirigenza scolastica.

Tra la «scuola di carta» e la «scuola di persone» sussiste infatti la stessa differenza che si riscontra tra burocrazia e amministrazione. La prima, autoreferenziale, devasta l'ingranaggio del rapporto tra Stato e cittadini con distratte spolverate di granelli di sabbia. La seconda, ha il compito di aiutare i processi e di oliare quello stesso meccanismo, per il pubblico e per i propri dipendenti. Allo stesso modo, la «scuola di carta» è vittima, a volte con compiacimento masochistico, della logica dell'adempimento e adotta l'abitudine come costume mentale; la «scuola di persone» usa come stella polare della propria attività il diritto all'istruzione e l'efficacia come criterio di azione.

Il diritto scolastico, infatti, non si limita a regolare i comportamenti tra gli attori. Non è autoreferenziale, ma correlato alla necessità di garantire il diritto all'istruzione. Gli dà corpo. Perché la forma giuridica di per sé non sussiste, ma è ciò che rende la sostanza quello che è. Il diritto scolastico non è scienza teoretica, è scienza pratica, si applica alla realtà. Ma occorre per l'appunto, come negli scacchi, conoscere le regole e soprattutto i principi.

Le *Istituzioni* offrono pertanto anche alcuni squarci di applicazione pratica del diritto nella «scuola di persone» a confronto con il «rovescio» attuato nella «scuola di carta». Un esempio è dato dall'uso degli strumenti compensativi: se essi rientrano nelle «azioni positive» in favore degli alunni con BES e rappresentano un diritto per gli alunni con disabilità o per gli alunni con disturbo specifico dell'apprendimento, sono soprattutto uno strumento didattico che nessuna norma vieta di utilizzare, a discrezione, per ogni altro alunno. Perché la finalità dell'azione didattica non è riempire un PEI o un PDP di crocette, ma di favorire l'acquisizione degli obiettivi di apprendimento⁷.

Le pagine che seguono compiono alcune scelte. Innanzitutto, non sono esaustive del *mare magnum* della legislazione scolastica, tanto meno ne rappresentano un sunto o un compendio; soprattutto non sostituiscono l'attenta lettura della normativa, che è uno degli ambiti più negletti della vita delle istituzioni scolastiche. Il rapporto con la nor-

Alcune scelte

⁷L'aneddotica in proposito, purtroppo riscontrata nella realtà, a partire dalla lettura ad alta voce di alunni con dislessia «perché non c'è ancora il PDP», meriterebbe una campagna pubblica, *Dumb ways to teach*, sull'esempio della fortunata campagna *Dumb ways to die*, lanciata nel 2012 dalla Metro Trains Melbourne per promuovere la sicurezza ferroviaria. Il video della campagna è diventato virale su YouTube ed è stato rapidamente condiviso su tutti i *social media*, mentre la *game app* è stata giocata più di sei miliardi di volte. Cfr. www.dumbwaystodie.com/psa.

ma deve essere, innanzitutto, personale: dapprima la conoscenza dei fondamenti teorici, del perché delle norme e del loro funzionamento; a seguire, l'eventuale interlocuzione con l'esperto. Quando si affronta un quadro normativo, per di più estremamente cangiante quale quello che sovrintende l'istruzione, conta innanzitutto impossessarsi di alcuni concetti generali e di un metodo che consenta di valutare e applicare le innovazioni e i mutamenti, avendo sempre a riferimento la specifica funzione del sistema di istruzione. In tal modo, l'apprendimento può diventare «significativo» e dunque utile⁸.

La seconda scelta è rispetto al linguaggio. Le *Istituzioni* si rivolgono anche a un pubblico di non specialisti – vista la finalità eminentemente professionalizzante dell'insegnamento – per di più, spesso, in formazione. Ma hanno il rigore necessario a un testo giuridico, a partire dalla lezione dell'art. 12 delle Preleggi: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole». I tecnicismi sono stati dunque evitati quando inutili, chiariti quando necessari. In questa direzione va anche la spiegazione, spesso riferita all'etimologia, di alcuni termini non solo giuridici, ma anche pedagogici, per come sono al momento cristallizzati dalle norme. Impossessarsi delle parole nel loro corretto significato costituisce un punto di partenza da cui scaturisce altresì la necessità di far sapiente uso di tutti i criteri ermeneutici che guidano l'analisi della legislazione e della contrattualistica.

La storia del
testo (e delle
sue
espansioni)

Gli autori condividono oramai più di un decennio di analisi e ricerca comuni all'interno del settore istruzione. Il materiale grezzo che è stato ricomposto nelle *Istituzioni* è formato dalle osservazioni compiute in sede accademica, nel confronto con alunni, docenti, dirigenti scolastici e amministrativi, funzionari; nell'attività di insegnamento universitario⁹, nelle risposte ai quesiti posti attraverso i *social*¹⁰. Mutuando la lezione dello storico Edmund Carr, la legislazione scolastica e il mondo dell'istruzione che ne è (o dovrebbe essere) ordinato è as-

⁸ L'apprendimento può considerarsi significativo se si sedimenta nel tempo, se sviluppa capacità di *problem solving*, trasformando le conoscenze in competenze. Lo psicologo statunitense Ausubel lo definisce come un processo che dà un senso alle conoscenze, integrando nuove informazioni con quelle già possedute. Cfr. D.P. AUSUBEL, *Educational psychology: a cognitive view*, New York, Rinehart and Winston, 1968.

⁹ Le *Istituzioni* si avvalgono anche della rielaborazione, dell'ampliamento, della revisione, attraverso le esperienze via via compiute, di precedenti riflessioni degli Autori di cui si dà conto in bibliografia.

¹⁰ Cfr. la pagina pubblica www.facebook.com/max.bruschi.

similabile a una montagna: «Il fatto che una montagna assuma forme diverse a seconda dei punti di vista dell'osservatore non implica che essa non abbia alcuna forma oggettiva, oppure un'infinità di forme»¹¹. Il punto di vista, in questo caso, è dato dall'intreccio di prospettive diverse: lo studio scientifico, le lezioni universitarie, l'attività ispettiva, amministrativa e legistica¹² hanno costituito altrettanti setacci volti non solo alla selezione e al riordino del materiale, ma a tenere ancorate storia, norme, dottrina e ricadute nella pratica. Proprio a partire dalla volontà di costruire un testo in grado di offrire solide basi concettuali, ma che sia anche un canovaccio da usare didatticamente e da arricchire sulla base delle diverse esigenze, una particolare cura è rivolta all'ambiente *on-line*.

Le risorse informatiche consentono e consentiranno una espansione del testo e un costante aggiornamento sulle novità normative, attraverso le diverse sezioni reperibili nella versione *on-line*, destinate ad essere costantemente ampliate. A partire dai *link* alla normativa, passando attraverso le novità legislative e i relativi commenti per arrivare alla presentazione di casi significativi (in positivo e in negativo: l'apprendimento «per errori» non vale solo per gli alunni), l'ambiente virtuale permette anche di creare delle piste di lavoro didattiche, funzionali all'attività di insegnamento universitario e a scelte di approfondimento correlate alla specificità dei corsi. Da Scienze della formazione primaria alle abilitazioni per il secondo grado di istruzione; dai corsi di specializzazione sul sostegno a iniziative rivolte al personale in servizio sino all'uso nella quotidianità del lavoro didattico e amministrativo, il testo delle *Istituzioni* è il perno su cui montare gli approfondimenti necessari a cogliere gli obiettivi di apprendimento e a sciogliere i nodi interpretativi, anche a partire dalla bibliografia essenziale posta in calce a ciascun capitolo.

La struttura delle *Istituzioni* è in sette capitoli, ognuno dei quali dedicato a un tema e a un possibile modulo di insegnamento. Il punto di partenza è costituito da alcune nozioni generali del diritto, dall'illustrazione delle specificità del diritto scolastico e da una descrizione delle funzioni degli organi amministrativi, con l'intento di fornire i termini e i concetti propedeutici alla comprensione delle tematiche successive, alla lettura delle norme e alla loro applicazione concreta.

La struttura
del testo

¹¹ E. CARR, *Sei lezioni sulla storia*, Torino, Einaudi, 1966, p. 32.

¹² La legistica è l'arte di elaborazione, redazione, emanazione e applicazione delle norme giuridiche. Cfr. G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa*, Bologna, il Mulino, 2019.

Il secondo capitolo traccia un quadro degli snodi storici della legislazione scolastica: quel che è oggi l'istituzione scuola è, hegelianamente, «l'esito di un processo, non un colpo di pistola»¹³ e richiede, per essere compreso, di conoscerne le tappe evolutive maggiormente significative.

Su tali basi poggiano le fondamenta del sistema di istruzione, che affondano oggi nel terreno della «Costituzione scolastica», vista nel terzo capitolo attraverso una duplice chiave di lettura. La prima, affronta le fonti costituzionali che determinano le scelte normative; la seconda, spiega l'intreccio delle diverse competenze nell'ambito del sistema di istruzione di Stato, Regioni e autonomie scolastiche.

Le necessità adattive di un'istituzione che necessariamente deve tener conto di un contesto (spaziale, temporale, culturale) sono poi soddisfatte grazie all'autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche, oggetto del quarto capitolo: a questo proposito vedremo come libertà e vincoli normativi consentano agli istituti di qualsiasi grado di perseguire le proprie finalità, in piena osservanza del diritto all'istruzione.

Il quinto capitolo descrive come le interazioni con il contesto esterno siano specularmente riflesse all'interno di una comunità educante, i cui diversi attori (il dirigente scolastico, il personale docente ed educativo, il DSGA e il personale amministrativo, tecnico e ausiliario, nonché le famiglie, gli alunni e gli studenti che partecipano alla comunità nell'ambito degli organi collegiali) sono chiamati a concertare le proprie azioni al fine di assolvere al compito educativo, partendo dal reticolo di diritti e doveri reciproci.

Al centro di tutto il sistema rimane il diritto/dovere all'istruzione, regolato dall'ordinamento didattico, ovvero dall'insieme degli elementi normativi strutturali che governano l'attività didattica. Il sesto capitolo tratterà dunque la disciplina che regola l'obbligo di istruzione, l'assetto dei gradi di istruzione, la loro durata, i piani degli studi e i relativi programmi, le modalità di valutazione degli alunni e gli esami di Stato, le norme che regolano l'adozione degli strumenti didattici.

Il settimo capitolo mette a fuoco il tema dell'inclusione, attraverso una lettura che parte da una ricostruzione del significato del termine come scolpito dai documenti internazionali, diverso da quello varia-

¹³ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, 1807.

mente interpretato quando si parla di scuola, per poi affrontare le azioni positive nei confronti degli alunni con bisogni educativi speciali, che non assolvono il dovere di inclusione, ma che ne costituiscono una declinazione.

CAPITOLO PRIMO

LA SCUOLA, UN AMBIENTE GIURIDICO

Sommario: 1. Il diritto scolastico, un diritto trasversale. – 2. La bussola e il sestante di un diritto cangiante. – 3. L'amministrazione ministeriale scolastica. – Bibliografia essenziale.

1. Il diritto scolastico, un diritto trasversale

Quando si affrontano il diritto e la legislazione scolastica, la mente non può che correre a parafrasare Publio Cornelio Tacito: «*Corruptissima schola plurimae leges*»¹. Dal latino *corruptio*, composto da *con-* (a indicare un mezzo), e *rumpere*, rompere, con il termine «corruzione» si indica frattura, disfacimento, deterioramento. Difficile non considerare l'abnorme *corpus iuris* che grava sul sistema scolastico come fattore di «corruzione», ovvero, per sciogliere l'etimologia, di deterioramento dell'effettività del diritto all'istruzione e degli stessi diritti della comunità educante. L'incertezza normativa e la correlata moltiplicazione del contenzioso, l'attitudine alla deroga, la trasformazione della continuità e regolarità delle procedure in *beneficium*², la bulimia legislativa e l'afasia burocratica sono gli evidenti sintomi di una malattia che richiederebbe cure drastiche. Occorrerebbero Guglielmo di Occam e la sua *lex parsimoniae*: «*Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*»; «*pluralitas non est ponenda sine neces-*

¹ *Iamque non modo in commune sed in singulos homines latae quaestiones, et corruptissima re publica plurimae leges* (Ormai le norme non avevano più carattere generale ma erano provvedimenti contro i singoli e quanto più lo Stato era corrotto, tanto più pullulavano le leggi), Tacito, *Annales*, Liber III, 27.

² Nel diritto romano, il *beneficium* era un provvedimento *ad personam*, emesso per premiare un dato soggetto con esclusione di tutti gli altri.

sitate»; «*frustra fit per plura quod fieri potest per pauciora*»³. Sarebbe buon senso. Se non che il buon senso se ne sta acquattato, perché soverchiato dal senso comune, che assegna alle norme e alla loro proliferazione un potere salvifico che esse non hanno. Molti tra i ministri che si avvicendano in viale Trastevere pongono il diboscamento normativo tra le loro priorità. Ma l'ammasso di pandette è, oramai, assimilabile all'Idra di Lerna. Per ogni disposizione tagliata, più d'una risorge dal moncone.

Vi è peraltro una ulteriore difficoltà, che riguarda segnatamente non poche istituzioni scolastiche, ovvero una sorta di resistenza passiva a superare abitudini invalse che, nei fatti, non risultano neppure scalfite dalle innovazioni normative, le quali, a loro volta, sono assolute, quando proprio non se ne può fare a meno, attraverso la logica dell'adempimento formale. Un esempio è dato dai curricoli degli istituti comprensivi, una sorta di Santo Graal per la verticalizzazione degli apprendimenti, espressamente previsti dal d.m. 16 novembre 2012, n. 254: compilati entro i termini previsti, magari parafrasando o amplificando le indicazioni nazionali, ma che difficilmente sono stati condivisi o tantomeno utilizzati nel lavoro didattico quotidiano. O, per andare alla primaria, la valutazione per giudizi descrittivi adottata spesso solo formalmente, traducendo i voti numerici in livelli. O, ancora, la prescrizione delle indicazioni nazionali per i Licei di affrontare in storia, letteratura e filosofia il secondo Novecento, rimasta sovente lettera morta in favore della ripetizione pedissequa delle programmazioni ante 2010.

L'impermeabilità generalizzata porta al moltiplicarsi di norme o indicazioni che non fanno sovente che ribadire quanto già a suo tempo disposto e mai applicato (vedi i processi di individualizzazione e personalizzazione, entrati nel lessico normativo da più di un secolo). Occorrerebbe invece comprendere come siano essenziale l'accompagnamento paziente a ogni azione di innovazione e una parallela attività di monitoraggio e valutazione.

Dietro la
normativa

Perché? Alle spalle del decisore politico ci sono, innanzitutto, «visioni di scuola» spesso alternative e, frequentemente, trasversali. Man-

³ «Non moltiplicare gli enti oltre il necessario; non considerare la pluralità se ciò non è necessario; è inutile fare con più ciò che si può fare con meno». La prima massima si deve a John Punch (Cork, Irlanda, 1603-1661), filosofo e teologo francescano, nella formula «*Non sunt multiplicanda entia sine necessitate*», nel commentario alle opere di John Duns Scoto nel 1639; la seconda per l'appunto a Duns Scoto (*Ordinatio*, 1300-1304), la terza a Ockham (*Summa totius logicae*, 1323).

ca una tavola di valori condivisa che consenta di stabilizzare il nocciolo della normazione primaria. Alcune dicotomie classiche sono costituite, ad esempio, da «centralizzazione vs autonomia»; «merito vs anzianità»; «competenze vs conoscenze»; «inclusione vs selezione». Per singolare paradosso, dette dicotomie si trovano non solo a susseguirsi anziché sostituirsi, ma a convivere e a confliggere permanentemente e non, come sarebbe auspicabile, a integrarsi. Nulla vieterebbe, ad esempio, di temperare «selezione» e «inclusività»: non sono termini antitetici. Lo diventano nel momento in cui il concetto di inclusione è circoscritto alle sole «azioni positive» nei confronti degli alunni con bisogni educativi speciali.

Non va poi tralasciato che, nel processo decisionale, hanno peso le attenzioni, più o meno pronunciate, alle istanze degli *stakeholder*. Confindustria, sindacati, il mondo dell'associazionismo, che raccorda i diversi protagonisti della «repubblica scolastica» (docenti, genitori, studenti), sono portatori di interessi, peraltro segmentati da coloriture politiche, religiose e culturali, che intervengono nel processo di costruzione normativa. Infine, con sempre maggiore incidenza, anche grazie all'avvento dei *social network*, si fa sentire la voce di gruppi di pressione settoriali riuniti, magari anche solo «virtualmente», dalla partecipazione a uno stesso percorso o sulla base di una stessa, specifica problematica (i «ricorrenti» su un particolare tema), che rivendicano e a volte ottengono una interlocuzione con la politica e l'amministrazione parallela ai canali istituzionali. Non che ciascun attore non persegua, al di là dell'eterogeneità dei fini, un disegno coerente con le proprie aspirazioni. E non che l'ascolto sia di per sé negativo, anzi. È, sovente, il risultato a deludere, perché prodotto dell'adozione simultanea di scelte culturali e operative diverse, quando non divaricanti, anziché di una rigorosa regia politico-amministrativa che eserciti il proprio diritto di scelta, che ambisca innanzitutto a «conoscere per deliberare», che mantenga infine saldo il baluardo costituzionale del diritto all'istruzione e che lo utilizzi come «setaccio socratico»⁴ delle varie richieste.

Ora, pure in tale marasma, alcune acquisizioni culturali riescono a resistere nel tempo e a sedimentarsi. L'integrazione di Franca Falcucci, l'autonomia di Luigi Berlinguer, la personalizzazione e l'attenzio-

⁴ La «regola dei tre setacci», in base alla quale prima di comunicare qualcosa è bene chiedersi se sia vero, utile, buono si deve allo scrittore statunitense Dan Millman che, nel romanzo *La via del guerriero di pace* (1980), costruisce un dialogo tra Socrate, addetto a una stazione di servizio, e un suo visitatore.

ne al rapporto scuola/mondo del lavoro di Letizia Moratti sono, al di là degli schieramenti e delle furibonde polemiche (spesso pretestuose) che ne accompagnarono l'adozione, elementi acquisiti nella *langue*⁵ scolastica. Ma queste stesse istanze si trovano, sovente, soffocate da un reticolo di disposizioni, di *iura*⁶ e *rescritti*⁷, da un barocchismo procedurale (per rimanere a Dante: «il troppo e il vano»), da un intrico di desideri fattisi diritti che rendono le regole dell'istruzione un coacervo di buoni e solidi principi e orrori giuridici, ove spesso la moneta buona si ritrae spaventata di fronte all'inflazione e alla pervicacia di quella cattiva.

Questioni
(anche)
di tecnica

La materia scolastica subisce dunque, più di altre, l'esercizio di una tecnica normativa composita, fatta di norme bandiera, di rilegificazioni, di abrogazioni implicite, sottoposta al continuo ondeggiare tra la riconduzione alle disposizioni che reggono il pubblico impiego ed eccezioni dovute o rivendicate sulla base della peculiarità del settore. *Lex generalis e lex specialis*, spesso sfortunatamente mal coordinate tra loro, si trovano in tal modo spesso a collidere. Si aggiunga un elemento. Il diritto scolastico manca, al momento, di uno statuto epistemologico proprio e definito. Eppure, per molti versi, la scuola è una «istituzione», nel senso dato al termine dal grande studioso Santi Romano, e dunque «un ordinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa, di diritto obiettivo»⁸ che attinge non solo alla congerie di norme specifiche, ma al diritto amministrativo, al diritto del lavoro, al diritto civile e penale, al diritto comunitario. Non è previsto, accade-

⁵ Il linguista Ferdinand de Saussure (1857-1913) «designa la lingua, ossia il linguaggio, come insieme di sistemi collegati gli uni agli altri, i cui elementi (fonemi, parole, ecc.) hanno valore soltanto nelle relazioni di equivalenza e di opposizione che li collegano; come tale, la *langue* è una convenzione sociale, che consente agli individui di una comunità di comunicare tra loro, e si contrappone alla *parole*, che è invece l'atto individuale con cui il soggetto parlante realizza la propria facoltà del linguaggio», voce *langue* dell'Enciclopedia Treccani.

⁶ Col termine *iura* si definiscono, nel diritto romano, i principi estrapolati dagli editti pretori o dalle opere dei giureconsulti. Nel 426, nel tentativo di mettere ordine al caos, l'imperatore Valentiniano III, con la Legge delle citazioni (*Oratio Valentiniani ad Senatam*), stabilì che avessero valore vincolante le opinioni di Emilio Papiniano, Giulio Paolo, Gaio, Domizio Ulpiano ed Erennio Modestino.

⁷ Il *rescriptum principis* era la risposta data a un quesito, attinente a questioni giuridiche, rivolto all'imperatore, la cui risposta, introdotta dalla clausola «*si vera sunt ea quae complexa est*», assumeva il rango di indirizzo generale sulle questioni affrontate. Difficile non pensare alle odierne note e circolari ministeriali.

⁸ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, Tip. ed. Mariotti, 1917, p. 40.

micamente, un settore scientifico disciplinare autonomo e l'insegnamento impartito negli Atenei, quando c'è, è variamente attribuito ai settori disciplinari pedagogici o giuridici. Mancano scuole di dottorato specifiche. Il che si ripercuote sulla qualità delle disposizioni e del *corpus* complessivo, perché chi è chiamato alla consulenza tecnico-giuridica ha sovente una preparazione non specialistica, tutt'al più parziale, e dunque difficilmente è in grado tanto di valutare sia le ripercussioni sul sistema complessivo, sia le eventuali difficoltà nell'applicazione pratica di quanto statuito.

2. La bussola e il sestante di un diritto cangiante

Il diritto scolastico è, dunque, un diritto composito e perennemente cangiante. Tuttavia, risponde ad alcune regole generali, grammaticali e sintattiche, che rappresentano la bussola e il sestante necessari a navigarlo consapevolmente e ad esplorarne le continue variazioni.

La parola diritto deriva dal latino medioevale *directus*. La radice indoeuropea «*rec*» è la stessa di *rex* (re), *regere* (governare), *regula* (regola). L'etimologia aiuta a comprendere il legame tra l'idea di «diritto», la funzione di governare o indirizzare comportamenti umani, e le «regole» da cui il diritto è costituito. La finalità del diritto è riassunta nella formula latina «*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*». Ovvero, il diritto è l'insieme delle regole di una comunità, finalizzate a trasformare la mera coabitazione in cooperazione, a favorire l'onestà dei comportamenti reciproci, senza danneggiare il prossimo, riconoscendo a ciascuno ciò che gli spetta, a prevenire l'insorgere di conflitti e a dirimerli. A voler ulteriormente semplificare, può essere sostenuto che il diritto, con le stesse finalità di tutela reciproca, interviene a partire dal momento in cui anche due soli esseri umani interagiscono: perché è proprio l'interazione a richiedere l'attivazione di regole che determinano i rapporti tra loro, regole che si sviluppano e diventano più complesse nel momento in cui la relazione si prolunga nel tempo e coinvolge, via via, altri soggetti e abbraccia altre situazioni. Per citare una efficace espressione latina, «*ubi homo, ibi societas. Ubi societas, ibi ius. Ergo ubi homo, ibi ius*»: dove c'è l'uomo, c'è la società. Dove c'è la società, c'è il diritto. Dunque, dove c'è l'uomo, c'è il diritto.

In questo quadro, la norma giuridica è definibile come «l'unità elementare del sistema del diritto»; si tratta cioè della regola di condotta, stabilita convenzionalmente o per consuetudine, con lo scopo di

Che cosa è il diritto e a cosa serve

La norma giuridica

«guidare» i comportamenti dei consociati, chiarendone astrattamente portata, limiti e conseguenze rispetto alle violazioni.

Tra i caratteri fondamentali della norma giuridica nella società moderna è bene ricordare in questa sede l'astrattezza (la norma dispone in via preventiva ed ipotetica), la generalità (si applica ad un numero indeterminato di destinatari), l'obbligatorietà (una norma è tassativa, non è un «caldo consiglio»), la coercibilità (l'ordinamento predispone i mezzi affinché la norma sia eseguita coattivamente e prevede sanzioni in caso di mancato rispetto).

Per orientarsi nel diritto in generale e nel diritto scolastico in particolare occorre avere chiari alcuni concetti di base.

L'ordinamento

Una delle prime nozioni da apprendere è quella di ordinamento. La parola ordinamento, in diritto, indica l'insieme delle norme giuridiche che regolano e organizzano la vita di una società. Del resto, lo stesso lemma indica «l'atto di ordinare; operazione, o complesso di operazioni, di attività, di interventi, mediante cui si dà ordine, cioè regolare disposizione, assetto, funzionamento a qualche cosa»⁹.

Ogni ordinamento ha come elementi necessari la plurisoggettività (una collettività di individui che convivono e cooperano), la normazione (un sistema più o meno complesso di regole giuridiche), l'organizzazione (una struttura di apparati, istituzioni, centri di potere cui è demandata la dinamica dell'ordinamento, cioè la predisposizione e l'applicazione delle regole, la soluzione dei conflitti, la coercizione, l'uso della forza).

L'ordinamento è altresì basato:

- su un complesso di autorità cui è riconosciuto il compito di emanare norme e di sanzionare la loro violazione;
- su una «gerarchia» di norme, il cui corretto assetto si basa sul principio di «non contraddizione» tra le norme stesse.

In ogni Stato moderno convivono una pluralità di ordinamenti, distinti, ma, almeno negli auspici, coordinati e interagenti tra di loro. Il capitolo sesto tratterà, nello specifico, degli ordinamenti didattici, ovvero del complesso di norme che ordinano e disciplinano l'attività didattica: ne fanno parte la disciplina che regola l'obbligo e il diritto dovere all'istruzione, l'assetto dei gradi di istruzione, la durata dei singoli gradi, la valutazione degli alunni, gli strumenti didattici ecc. Ma un particolare ordinamento, fondato sull'autonomia, regola la vita delle istituzioni scolastiche.

L'istituzione

Ma che cosa è una istituzione?

⁹ Voce *Ordinamento* del Vocabolario Treccani.

Il termine istituzione deriva da *istituire*, che vuol dire «stabilire un ordine, fondare, regolare», ed è usato in una molteplicità di accezioni diverse. Nell'accezione più ampia, adottata in sociologia e in antropologia, sono istituzioni tutti i tipi di comportamento, di azione e di relazione sociale disciplinati e governati stabilmente da regole o pratiche formalizzate e cristallizzate nel tempo, note e riconosciute dalla collettività: ad esempio, il matrimonio.

Ai nostri fini, con istituzione si indica un gruppo organizzato o un apparato, definito giuridicamente, che persegue un particolare scopo in maniera sistematica, seguendo determinate regole e procedure: si potrebbe dire che l'istituzione sta all'ordinamento come l'*hardware* sta al *software*. È importante evidenziare che l'istituzione ha un carattere permanente (anche se non eterno), mentre le persone che la compongono o la governano e il suo stesso ordinamento mutano nel tempo.

La definizione generale aiuta a inquadrare l'istituzione scolastica come l'apparato preposto a erogare il servizio di istruzione e a perseguire il diritto all'apprendimento, composto dalla comunità educante, retto dal dirigente scolastico e dagli organi collegiali, con un ordinamento definito dalle norme del diritto scolastico relative agli istituti di cui è responsabile e da regole proprie, adottate in autonomia e indirizzate a favorire il migliore esercizio delle funzioni.

L'istituzione
scolastica

Il corpo vivo degli ordinamenti e delle istituzioni è dato dal diritto e dalle sue fonti.

Le fonti
del diritto

Le fonti, innanzitutto, sono tutti gli atti o fatti idonei a innovare, modificare un ordinamento giuridico.

Possiamo distinguere tre tipologie di fonti:

- fonti di produzione, cioè gli atti e i fatti giuridici abilitati a creare diritto oggettivo. Più semplicemente, le disposizioni normative, che producono, di fatto, «diritto e diritti»;
- fonti sulla produzione, che determinano come le norme sono emanate e da chi. Sono, dunque, tutte quelle norme che disciplinano la produzione del diritto oggettivo. Tra queste ultime si annoverano la Costituzione, che, oltre ad essere una fonte *di* produzione, costituisce anche una fonte *sulla* produzione, dal momento che disciplina i processi di produzione delle fonti, come ad esempio le leggi ordinarie e quelle costituzionali, e la l. 23 agosto 1988, n. 400, recante «Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri», che disciplina tra l'altro l'attività regolamentare del Governo;
- le fonti di cognizione, infine, costituiscono gli strumenti attraverso

i quali è possibile venire a conoscenza delle norme. Si tratta di atti scritti, provenienti da pubbliche autorità, tesi a rendere conoscibile il diritto vigente. Un esempio di fonte di cognizione italiana è la Gazzetta Ufficiale della Repubblica¹⁰.

Si distingue altresì tra:

- fonti atto: atti volontari imputati a soggetti determinati, che costituiscono esplicazione di un potere loro conferito (per esempio, le leggi statali o le leggi regionali). In sostanza, si parla di fonti atto quando la norma è prodotta da una istituzione portatrice di una volontà e nel rispetto delle procedure indicate dalle fonti sulla produzione;
- fonti fatto: i fatti, riconosciuti dall'ordinamento, idonei a innovare le regole giuridiche (es. consuetudine). In questo caso, l'ordinamento riconosce al corpo sociale direttamente la capacità di produrre norme.

Per quanto riguarda l'elenco delle singole fonti del diritto italiano, esse sono: la Costituzione (Costituzione italiana), le leggi di revisione costituzionale e le «altre leggi costituzionali» ex art. 138 Cost.; la legge statale e gli atti con forza di legge (il decreto-legge, il decreto legislativo e il *referendum* abrogativo); i regolamenti degli organi costituzionali (in particolare, i regolamenti parlamentari e quelli della Corte costituzionale); le leggi regionali (Potestà legislativa regionale); i regolamenti governativi e delle altre autorità pubbliche; le consuetudini.

La gerarchia
delle fonti

Le fonti sono disposte in un ordine gerarchico, il cui primo schema è contenuto all'art. 1 delle *Disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile*, le cosiddette preleggi, entrate in vigore nel 1942 assieme al codice civile, un *corpus* di 31 articoli dedicati a tracciare un quadro delle fonti del diritto e del loro rapporto gerarchico (artt. 1-9) nonché dell'applicazione della legge in generale (artt. 10-31).

Originariamente, l'art. 1 elencava quali fonti del diritto «1. le leggi; 2. i regolamenti; 3. le norme corporative; 4. gli usi». Abrogato il comma 3 relativo alle norme corporative alla caduta del fascismo, lo schema si è nel frattempo arricchito e va opportunamente integrato. A tal fine, è opportuno utilizzare la cosiddetta «piramide di Kelsen¹¹». Per Hans Kelsen, l'ordinamento giuridico trova comune fondamento di validità in un'unica norma, la *Grundnorm* o norma fondamentale,

¹⁰ Occorre prestare una particolare attenzione a consultare le norme nel testo vigente. Un'ottima fonte di cognizione è il sito www.normattiva.it. Per i decreti ministeriali occorre ricorrere ai siti dei vari dicasteri.

¹¹ Hans Kelsen, giurista e filosofo austriaco (Praga 1881-Berkeley, California, 1973).

punto di partenza di un procedimento dinamico-formale di produzione delle norme particolari, che vengono a disporsi su differenti piani gerarchici, secondo l'immagine di una costruzione a gradi (*Stufenbau*), assimilabile a una piramide a gradoni.

La piramide italiana vede al vertice assoluto la Costituzione. Non è soggetto a revisione costituzionale il cosiddetto «nucleo rigido» della Costituzione, costituito dai principi supremi dell'ordinamento costituzionale (es. il valore della dignità umana; il principio di eguaglianza formale e sostanziale; il principio pluralista; l'indefettibilità della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali) e dalla forma di governo repubblicana, ai sensi dell'art. 139 Cost. Sul medesimo piano vanno collocate le fonti di rilievo costituzionale (le leggi costituzionali e di revisione costituzionale) e, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost., «i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» e dalle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost. Le autorità giurisdizionali e amministrative italiane applicano il diritto dell'Unione in parte direttamente (es. regolamenti), o previo adeguamento nell'ordinamento interno (es. direttive, in generale), disapplicando il diritto italiano eventualmente incompatibile, sulla base del principio del primato del diritto comunitario, affermato dalla Corte di giustizia europea.

Immediatamente al di sotto vanno collocate le fonti primarie, ovvero le leggi ordinarie statali, gli atti aventi forza di legge (i decreti-legge e i decreti legislativi), le leggi delle Regioni e delle province autonome, il *referendum* abrogativo (ex art. 75 Cost.). La caratteristica che li accomuna è il ruolo ricoperto dal potere legislativo, ovvero sia dalle assemblee elettive, cui i testi sono sottoposti per l'approvazione. Una parziale eccezione a questo principio è rappresentata dai decreti legislativi: sono infatti adottati dal Governo sulla base di una norma di legge, secondo quanto previsto dagli artt. 76 e 77 Cost. e all'art. 14 della l. n. 400/1988. Il Parlamento, nel momento in cui si spoglia del proprio potere legislativo di fronte ad argomenti di natura tecnica e di complessità incompatibile con l'arena elettiva, oppure nel caso della compilazione di Testi Unici che raccolgono e riorganizzano la normativa di un determinato ordinamento, deve espressamente delegare il governo ed elencare in maniera rigorosa gli ambiti oggetto del decreto legislativo e i principi e i criteri direttivi che l'esecutivo è chiamato a osservare. Non solo: i tempi di esercizio della delega sono rigorosamente circoscritti e, per prorogarli, occorre una norma di legge. Di solito è concesso un ulteriore periodo di tempo entro cui il Governo può apportare modifiche ai decreti legislativi, dopo di che ogni modi-

fica è possibile solo attraverso norme di legge. Nella prassi parlamentare, le leggi stabiliscono ulteriori paletti procedurali: ad esempio, acquisire il parere delle commissioni parlamentari competenti per materia o degli organi consultivi (e in primo luogo del Consiglio di Stato).

Ai sensi dell'art. 77 Cost., invece, i decreti-legge sono atti aventi forza di legge che possono essere adottati solo in casi straordinari di necessità ed urgenza e devono trattare una materia omogenea. Sono presentati alle Camere lo stesso giorno in cui vengono adottati e sottoposti alla conversione da parte del Parlamento entro 60 giorni, pena la perdita di efficacia sin dall'emanazione (se non convertiti, si ha decadenza con efficacia *ex tunc*: ovvero, retroattivamente, come se la disposizione non ci fosse mai stata). Esempio peculiare è poi determinato dal caso dei regolamenti parlamentari, che costituiscono fonte di rango primario a competenza materiale riservata. Attuano direttamente la Costituzione e disciplinano, in particolare, l'organizzazione e le funzioni delle Camere e i rapporti delle Camere con altri organi.

Le fonti
secondarie:
i regolamenti

Più complesso è il quadro delle fonti secondarie, subordinate a quelle primarie, la cui tipologia è definita per norma ordinaria, da suddividere in tre insiemi che riguardano le fonti regolamentari statali (i regolamenti governativi: di esecuzione, di attuazione, indipendenti, di organizzazione, di delegificazione. Basti menzionare i regolamenti ministeriali e i regolamenti adottati con decreto del Presidente della Repubblica, disciplinati per oggetto, forma, procedura di approvazione dall'art. 17, l. n. 400/1988); le fonti regolamentari regionali; degli enti locali. A garanzia della legittimità dei regolamenti statali adottati è posto il parere del Consiglio di Stato e il visto e la registrazione da parte della Corte dei Conti, la quale può negare il proprio visto anche a singole disposizioni.

I decreti e le
ordinanze
ministeriali

Vanno menzionati, infine, gli atti, seppur di natura non regolamentare, che costituiscono di fatto la trama e l'ordito della legislazione scolastica, ovvero i decreti o le ordinanze dei Ministri. A loro le fonti primarie o secondarie delegano la disciplina tecnica e di dettaglio di particolari istituti. I decreti del Ministro rappresentano una sorta di impropria «fuga dal regolamento», come rilevato dalla Consiglio di Stato con la sentenza 4 maggio 2012, n. 9¹², ma una fuga che ha le

¹² Il Consiglio di Stato intervenne duramente in merito alla «crescente diffusione di quel fenomeno efficacemente descritto in termini di “fuga dal regolamento” (che si manifesta, talvolta anche in base ad esplicite indicazioni legislative, tramite l'adozione di atti normativi secondari che si autoqualificano in termini non regolamentari)», e sostenne che «deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo

sue ragioni nelle tempistiche dell'*iter* regolamentare, non sempre compatibili con la necessità di improntare l'azione amministrativa ai principi di efficacia, efficienza, economicità.

Su un piano parallelo si colloca la disciplina contrattuale, parte integrante delle fonti specifiche del diritto del lavoro, che, a partire dalla c.d. «privatizzazione» del pubblico impiego avviata nel 1993¹³, determina non solo gli aspetti retributivi, ma anche gli aspetti giuridici concernenti il personale, tenendo sempre presenti i limiti fissati dall'art. 1418 c.c.: «Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente». Al contratto collettivo nazionale dei vari comparti (CCNL) fanno da corollario i contratti integrativi (CCNI) che disciplinano nel dettaglio singoli istituti: possono essere delegati dal CCNL stesso o da norme di legge (ad esempio, il CCNI concernente la mobilità); oppure essere concordati in autonomia tra le parti (come il CCNI sulla didattica digitale integrata)¹⁴.

I Contratti
collettivi
nazionali

Non trascurabili, infine, le cosiddette «consuetudini», «fonte fatto» per eccellenza. Da un punto di vista dell'evoluzione storica, la fonte del diritto più antica è, in effetti, proprio la consuetudine, ovvero l'insieme di regole che una società si dà spontaneamente e progressivamente e che sono consacrate dalla tradizione. Fonte non scritta, la consuetudine, per avere valore giuridico, deve essere fondata su due elementi:

La
consuetudine

- l'elemento oggettivo altrimenti detto *diuturnitas* (o prassi): la ripetizione costante ed uniforme del comportamento nel tempo;
- l'elemento soggettivo o psicologico, detta *opinio juris ac necessitatis*: la convinzione che quel comportamento sia moralmente obbligatorio (*opinio juris*) o che sia necessario che lo diventi (*ac necessitatis*).

Per esser valide, le consuetudini devono essere o *secundum legem*

dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti «atipici», di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga (come in questo caso) in ordine alla possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall'art. 17 legge n. 400 del 1988». Cfr. Cons. St. sentenza 4 maggio 2012, n. 9.

¹³ D.lgs. n. 29/1993 (derivante dalla l. delega n. 421/1992 e recepito successivamente dal d.lgs. n. 165/2001 – Testo Unico sul Pubblico Impiego), art. 2, commi 2 e 3.

¹⁴ «Ipotesi di Contratto Collettivo Nazionale Integrativo concernente le modalità e i criteri sulla base dei quali erogare le prestazioni lavorative e gli adempimenti connessi, resi dal personale docente del comparto «Istruzione e ricerca», nella modalità a distanza, fino al perdurare dello stato di emergenza deliberato dal Consiglio dei ministri in data 31 gennaio 2020, dovuto al diffondersi del virus COVID-19».