

Albe e tramonti delle giurisdizioni civili ed amministrative in tema di insegnante specializzato per il sostegno

Dopo la sentenza della Corte Suprema di Cassazione, a Sezioni Unite, N° 25011 del 2014 - [qui leggibile](#) - si sono susseguiti una serie di commenti ma, soprattutto, una sequela di dubbi.

Tentiamo di dissipare alcuni di questi ultimi.

Preliminarmente, si sente l'esigenza, questa volta, di approfondire questioni processual civilistiche più che questioni di merito.

Ad una lettura attenta della Sentenza della Suprema Corte si osserva che essa si fonda su un procedimento giurisdizionale originariamente avviato ai sensi e per gli effetti della Legge 1 Marzo 2006 N° 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni) ed incardinato innanzi al Tribunale Civile di Udine. Si osserva, inoltre, che l'Avvocatura dello Stato - come non di rado - eccepisce una "questione di giurisdizione", ritenendosi ciò *"in ragione della natura di interesse legittimo della posizione fatta valere"*.

La questione viene posta innanzi alla Corte di Cassazione.

Ciò detto, non pochi operatori del diritto, dialgando tra loro, si pongono dubbi se, a seguito della sentenza della Cassazione, si possa:

1) invocare solo il Giudice Civile ed esclusivamente ai sensi della Legge Antidiscriminatoria;

2) si può anche invocare il Giudice Amministrativo, ma solo se la fattispecie effettivamente accaduta non è configurabile come un'ipotesi discriminatoria;

3) bisogna invocare il Giudice Civile se l'alunno disabile è affetto da un'ipotesi di handicap grave al 100% (terminologia tra l'altro non corretta), mentre rimane residuale alle altre ipotesi l'invocazione del Giudice Amministrativo.

Escludendosi immediatamente quest'ultima ipotesi, proviamo a ragionare in punto di diritto processuale.

Preliminarmente si osserva che le Sezioni Unite si sono trovate a trattare una "questione di giurisdizione" e non un "conflitto di giurisdizione".

A tal riguardo, si rammenta che la giurisdizione costituisce un presupposto processuale, la cui mancanza impedisce al giudice di decidere il merito della lite, dovendo egli chiudere il processo in rito per la presenza del vizio di carenza del potere giurisdizionale. In particolare, si ha difetto relativo di giurisdizione in materia civile quando essa spetta a un altro giudice quale ad esempio il Tribunale Amministrativo Regionale o la Corte dei Conti.

Invece, si ha "conflitto di giurisdizione" quando sussiste una vera e propria controversia inerente la giurisdizione tra due Giudici. Vi sono due tipi di conflitti di giurisdizione: si ha il conflitto positivo di giurisdizione quando sia il giudice ordinario che quello amministrativo si ritengono competenti a giudicare una controversia. Quando invece sia il giudice ordinario che quello amministrativo ritengono che la materia del contendere esuli dalla loro competenza, si ha un conflitto negativo di giurisdizione.

Il conflitto di giurisdizione presuppone che ci sia un riparto di giurisdizione, cioè delle norme giuridiche che indicano i criteri secondo i quali la competenza a conoscere di determinate controversie è attribuita ad un giudice piuttosto che ad un altro.



Il giudice competente a risolvere i conflitti di giurisdizione (cioè a dichiarare a chi spetta la competenza giurisdizionale) fra giudice ordinario e un giudice amministrativo è la Corte di Cassazione a Sezioni Unite. Il particolare giudizio che si instaura per risolvere tale conflitto, in sede civile, è detto regolamento di giurisdizione.

Ciò detto. Il caso che ha occupato la Corte di Cassazione - sebbene si sia pronunciata a Sezioni Unite - non trae origine da un conflitto di giurisdizione, ma da una "questione di giurisdizione". Questioni di giurisdizione che - come si è detto - vengono poste non di rado; per quanto, invece, assai di rado, vengano decise dalla Cassazione e, ancor meno, a Sezioni Unite (quantomeno se non preceduti da molteplici e discordanti orientamenti).

Certamente, quindi, ad avviso di chi scrive, ciò stupisce, posto che non si registravano, almeno fino ad ora, una sequela quantitativa così rilevante di questioni di giurisdizione (o di veri e propri conflitti di giurisdizione) da avvertire l'esigenza di un pronunciamento a Sezioni Unite.

Gli operatori del diritto - anche quelli più "aggiornati" sul tema - di certo, quindi, non aspettavano una simile pronuncia (come spesso, invece, ci si augura, quando sussistono diversi orientamenti giurisprudenziali che "confondono" l'operatore e il cittadino).

Ciò che si teme - e che si intende fugare - è che, proprio a seguito della suddetta pronuncia (e sarebbe proprio qualcosa di stravagante e anche un pò contraria proprio a quella funziona di "nomofilachia" della Cassazione) i conflitti di giurisdizione che non si sono posti, invece, possano essere - anche involontariamente - ingenerarsi.

Proviamo quindi a fare un passo indietro.

Fino a prima della Sentenza in commento, non vi è dubbio che per gli operatori del diritto era un punto di riferimento il pronunciamento di Cass. SS.UU. N° 1144 del 19 Gennaio 2007 che statuita che *"appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la domanda avente ad oggetto il servizio di sostegno scolastico ai minori portatori di handicap (e l'eventuale risarcimento del danno alla persona derivante da un servizio insufficiente)"*.

Non vi è dubbio che dal 2007 ad oggi vi sono stati non pochi mutamenti.

Per un verso, sembrano essere definitivamente risolte (e superate) le questioni poste dall'art. 33 del decreto legislativo 31 marzo 1998 N° 80; è vigente il nuovo codice del processo amministrativo approvato con il Decreto legislativo 2 luglio 2010 N° 104 e con il suo articolo 133 fa da "vigile urbano" della Giurisdizione; per altro verso, è mutato non poco lo scenario, nel merito, delle fattispecie che è stato necessario porre alla cognizione dei giudici amministrativi in tema di omessa o insufficiente assegnazione di docenza specializzata per il sostegno che, a seguito delle Leggi finanziarie del 2007 e del 2008, si sono susseguite.

Ma, ad avviso di chi scrive, nessuna di questi mutamenti, giustifica l'ipotesi secondo cui adesso è competente solo un Giudice anzichè un altro.

Nel contempo, non vi è dubbio che talune condotte amministrative poste in essere dalla Pubblica Amministrazione in tema di omessa o insufficiente assegnazione di docenza specializzata per il sostegno sono divenute più subdole (tanto da rendere persino difficile l'esercizio del diritto di difesa o troppo oneroso l'onere della prova) o maggiormente lesive. Ciò, quindi, giustifica (anzi: correttamente fonda) l'esigenza di talune strategie difensive che palesino l'esistenza di vere e proprie condotte discriminatorie.

Anche per tal ragione ritengo che pronunce così "socialmente dirompenti" (e dai più sintetizzabili con: "La Scuola ha discriminato!"; il "Ministero ha discriminato!") possano



comunque dare un contributo ad un mutamento di condotte e prassi non soddisfacenti per nessuna delle parti.

Ma, nel contempo, che da ciò ne derivi che ogni qual volta vi sia un'omessa o insufficiente assegnazione di docenza specializzata per il sostegno, questa ne faccia seguire la necessità di un ricorso ai sensi della normativa antidiscriminatoria e, quindi, la giurisdizione del giudice civile, è, a mio sommo avviso, una valutazione inopportuna. Una ipotesi "eccessiva".

E ciò non solo sul profilo "giurisdizionale, processuale o giuridico", ma innanzitutto su quello della "Qualità" della Scuola e dell'inclusione scolastica. Dove quest'ultima non è solo "quantità", ma è soprattutto qualità.

In questi anni abbiamo appurato di un proliferare (inopportuno oltre che, a mio avviso, non sempre del tutto legittimamente fondato) di Giudizi avverso ipotesi (ribadisco: ipotesi) di omessa o insufficiente assegnazione di sostegno.

Ma mi chiedo se e quanti si siano chiesti la qualità della inclusione scolastica (anche così offerta); la valutazione nel merito del Progetto individualizzato redatto per il singolo alunno, la corrispondenza ed appropriatezza di esso rispetto ai bisogni scolastici dell'alunno e, infine, il raggiungimento, tramite tali supporti, di quel "livello essenziale delle prestazioni scolastiche" previsto dalla normativa vigente (così intitolata la Legge 28 Marzo 2003 N° 53).

Ecco che, pur condividendo il "pensiero scientifico" di Salvatore Nocera secondo cui l'alunno con disabilità è alunno di tutti i docenti (ancora oggi caratterizzato più dall'essere un "auspicio" che non, purtroppo, una realtà), ritengo che per raggiungere ciò occorre verificare la complessiva sussistenza dei livelli essenziali delle prestazioni scolastiche offerte, che, spesso, nel quotidiano, per una molteplicità di cause, si trovano ad essere garantite da quell'unica risorsa scolastica del docente di sostegno che diviene l'unica "Ancora" a cui si aggrappano l'alunno e la sua famiglia.

Ecco che, pur non avendo timori (anzi, mi sento onorato) dei commenti che "pubblicamente" espone Salvatore Nocera (come avvenuto nel testo [qui leggibile](#) ed immediatamente successivo alla mia analisi [qui pubblicata](#)) - ed al quale rispondo manifestandogli, altrettanto pubblicamente, che gli riconosco di essere "insuperabile" per competenze e conoscenze in materia, ma che per questo deve pure sperare che qualcuno tenti (disperatamente e sicuramente senza successo) di raggiungerlo - invito lo stesso a farsi parte attiva, come mi ha manifestato in privato di voler fare, di un incontro che consenta a tutti i professionisti vicini all'associazionismo (di qualità) dei familiari, di confrontarci, di valutare percorsi e soluzioni e di convenire verso un orientamento professionale che consenta di muoversi in modo comune e che agevoli l'Autorità Giurisdizionale e, quindi, la cittadinanza interessata, nel trovare la più idonea e rapida soluzione di Giustizia.

Ciò, proprio al fine di evitare che lo studente con disabilità (spesso di pochi anni di età) si ritrovi a dover patire *traslatio iudicii* non proficui per la tempistica, l'esigenza educativa ed istruttiva che, il trascorrere dell'anno scolastico, impone.

E conforta che ciò pare non essere solo un personale pensiero, ma anche di qualche Tribunale Amministrativo (come quello Siciliano, divenuto "particolarmente esperto" in materia).

In data 3 dicembre 2014, infatti, il Tar Siciliano ha affermato - a poco più di una settimana dalla sentenza della Suprema Corte di Cassazione - che "... il richiamato arresto non comporti, nella fattispecie in esame, il difetto di giurisdizione di questo Tribunale Amministrativo...".



Sebbene il Tar Siciliano si impegni in più pagine nello spiegare le ragioni giuridiche per le quali non ritiene sussistere un difetto di giurisdizione, a mio sommo avviso, le parole magiche e le ragioni profonde di tal decisione sono tutte circoscritte nei termini *"la fattispecie in esame"*.

Ribadisco in questa sede il pensiero secondo cui la questione della giurisdizione vada valutata caso per caso, sulla base dell'evento che ha davvero caratterizzato il singolo alunno con disabilità e la sua inclusione scolastica.

Così, laddove si ritenga che sia sussistita una condotta discriminatoria posta in essere dalla Pubblica Amministrazione (e si hanno pure gli elementi per soddisfare l'onere probatorio richiesto dalla disciplina normativa) ed allora può tentare di invocarsi l'applicazione della L. N° 67/06 e, quindi, la competenza del Giudice Civile; laddove, invece, nel rispetto di quelle procedure amministrative, la condotta posta in essere dalla Pubblica Amministrazione si sia "macchiata" da "abuso o eccesso di potere" o da altre questioni di classica rilevanza amministrativa, deve e può continuare a ritenersi fondata la Giurisdizione del Giudice Amministrativo.

Occorre quindi comprendere se l'omessa o insufficiente assegnazione di docente specializzato di sostegno al singolo alunno con disabilità, tragga origine dalla mera assegnazione inferiore, in via di mero fatto, della docenza specializzata rispetto alle *"esigenze effettivamente rilevanti"* dal P.E.I. oppure se, con condotte aventi rilevanza discriminatoria, il P.E.I. abbia indicato un numero di ore consapevolmente inferiori rispetto a quelle *"esigenze effettivamente rilevanti"* (rectius: rilevabili) che impone la normativa vigente.

Nel contempo, nutrono dei dubbi le valutazioni poste in essere dal TAR Siciliano circa la sussistenza di un "potere discrezionale" della Pubblica Amministrazione.

A tal riguardo - riservandosi di approfondire il tema in un contributo successivo - andrebbe seriamente ponderata la sussistenza di tale potere discrezionale in capo alla pubblica amministrazione ovvero se, come si crede, trattasi di mera "discrezionalità tecnica" (sul tema per ogni approfondimento si rinvia ad un qualunque manuale di diritto amministrativo) rimanendosi sempre ben ancorati sul diritto soggettivo perfetto (e, quindi, esigibile) dell'alunno con disabilità.

Nel contempo, non può sfuggire a chi scrive l'analisi, l'esistenza di un'altra sentenza - che si è rintracciata fino ad ora solo in riviste specializzate - con la quale il Consiglio di Giustizia Amministrativa in data 17 Novembre 2014 (di un giorno precedente alla Corte di Cassazione), con la sentenza N° 617, ha manifestato un diverso orientamento in tema di "danno esistenziale" e, quindi, di risarcimento del danno nelle ipotesi di cui si tratta.

Il fatto: un alunno patisce la riduzione del sostegno a sole 12 ore a fronte delle 25 repute necessarie.

Il Tar Sicilia, Sezione di Catania, ha riconosciuto il diritto alle 25 ore di sostegno ma ha ritenuto non sussistente *"... nella fattispecie l'elemento psicologico, tenuto conto che il provvedimento assunto dall'Amministrazione è essenzialmente dipeso da ragioni di ordine finanziario e dall'obiettiva esigibilità delle risorse allo stato disponibili"*.

I genitori appellano la sentenza del Tar Catania nella parte inerente il risarcimento del danno.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa ritiene l'appello "infondato".



Il Giudice di Secondo Grado Siciliano afferma che: *"Vale osservare, preliminarmente, che l'insieme dei principi e delle disposizioni che definiscono il quadro di sostegno della legge n. 104/1992, se per un verso offrono, sotto il profilo del sostegno e della cura offerti ai disabili ed alle famiglie di appartenenza, una delle più compiute manifestazioni del disegno del progetto di Stato sociale disegnato dalla nostra Costituzione, a partire da quegli articoli (3, 32, 34 e 38 Cost.) ex adverso invocati dalla difesa di parte appellante, per altro verso, tale quadro, proprio perché reso possibile da consistenti volumi di spesa pubblica, è destinato a subire inevitabilmente gli svolgimenti congiunturali che possono interessare tale aggregato, soprattutto in un periodo come il presente, che si connota da una crisi di durata e gravità straordinari. Sicché, se è vero, come periodicamente ribadito anche dalla giurisprudenza, che la "educazione ed istruzione", piuttosto che la 'salute' quale "diritto fondamentale dell'individuo" (l'unico, invero, al quale è riconosciuto esplicitamente tale rango dalla Costituzione), specie se riferiti - come accade in relazione alla fattispecie de qua - alla cura dei minori handicappati, costituiscono altrettanti diritti personali e sociali oggetto di tutela rafforzata, è anche vero che la tutela c.d. 'incondizionata' della salute, ribadita dal primo Giudice per concedere il sostegno nella misura richiesta dai genitori- depurata dalla forte caratura ideologica che ne ha accompagnato la sua rappresentazione politica e giuridica (anche nella cit. sentenza n. 80/2010 della Corte Costituzionale), oltre che mai realizzata nei fatti, sia in termini di prevenzione che di cura- non può per altro verso non subire oscillazioni, specialmente in tempi di crisi finanziaria acuta, come accade per la stagione attuale di finanza pubblica, che inevitabilmente si riverberano sulle scelte dell'Amministrazione, ogni qualvolta questa è chiamata a dover ponderarne la misura. Come invero è accaduto nella vicenda dalla quale ha tratto origine la presente controversia, allorquando l'amministrazione scolastica ha proceduto a 'dimezzare' le ore di sostegno, sulla base di una scelta per la cui valutazione occorre tener presenti, oltre quanto finora detto sulla incidenza della crisi della finanza pubblica sulla misura delle prestazioni sociali, anche di altre due circostanze, a giudizio di questo Consiglio non meno rilevanti per il giudizio finale: a) il fatto che la misura della protezione accordata ai sensi della legge n. 104/1992 - e ciò soprattutto sta emergendo in questo tempo di crisi - è stata spesso il frutto di una determinazione condiscendente a vari interessi, che, poi, ad una più oculato controllo, sia in fatto che in diritto, si è dimostrata indebitamente determinata b) il fatto - sovente non considerato - che l'assistenza pubblica ai minori, in tutte le forme con cui questa può essere prestata, è da reputare in via di principio 'sussidiaria', o, comunque, non sostitutiva rispetto agli obblighi di assistenza ed educazione che prioritariamente incombono sui genitori che su di essi esercitano la potestà".*

Concludendo affermando che: *"All'esito dei superiori rilievi è allora possibile reputare come privi di fondamento i motivi di censura qui avanzati contro la decisione adottata dal primo giudice sul capo relativo alla richiesta risarcitoria avanzata dai genitori qui appellanti. Ed invero, seppure corretta poi dal primo Giudice nei termini riferiti, la decisione adottata dall'amministrazione appare emessa in un contesto di finanza pubblica, e di prassi applicativa della stessa legge n. 104/1992, che rendono plausibile la decisione adottata, e, dunque, affatto viziata da quella illogicità e/o erroneità, altrimenti invocata dalla difesa di parte appellante a supporto della proprie pretese risarcitorie, peraltro infondate nel merito, atteso che circa il danno esistenziale, asseritamente subito dalla minore, a tacer d'altro va rilevato che la richiesta non tiene conto che la stessa dichiarata 'supplenza' della madre può reputarsi una compensazione, oltre che dovuta, in larga misura adeguata - se non superiore, come altrimenti la stessa*





letteratura scientifica in materia insiste da tempo nell'affermare - a sopperire al 'vuoto' esistenziale che si pretende essere stato generato nella figlia minore a causa della ridotta copertura oraria di sostegno. Inoltre, con riguardo al danno patrimoniale, che si vuole subito dalla madre per aver dovuto rinunciare all'insegnamento per coprire il 'vuoto' di assistenza alla figlia disabile generato dalla medesima riduzione oraria di sostegno, vale quanto sopra rilevato circa il carattere sussidiario dell'assistenza pubblica rispetto al dovere primario che comunque incombe sui genitori; i quali, seppure possono pretendere misure di ausilio nei modi e nelle misure previste dal legislatore, non possono altrimenti pretendere risarcimenti di sorta laddove, sulla base di decisioni politiche, ovvero di plausibile contenuto amministrativo - come per la vicenda qui trattata, - la misura accordata non dovesse corrispondere a quella pretesa, non ricorrendo l'essenziale requisito della 'ingiustizia del danno' come richiesto dall'art. 2043 c.c.

Per questi motivi, come sopra premesso, l'appello è giudicato infondato e deve essere respinto."

La sentenza più che riflessioni giuridiche ("ingiustizia del danno"; "supplenza della madre" come attività compensativa; "carattere sussidiario dell'assistenza pubblica rispetto al dovere primario che incombe sui genitori", etc...) a sommosso avviso di chi scrive, pone proprio la necessità, in particolar modo ai responsabili delle Associazioni Rappresentative, di divulgare - ancor prima che una "rivendicazione legittima della quantità dei «sostegni»" - un'idonea ed appropriata cultura della "qualità scolastica" e dell'inclusione scolastica.

Spesso il messaggio (si spera involontario) inviato dalle persone con disabilità è quello di "avere". Risulta quello di "chiedere". Chiedere la pensione, chiedere il sostegno, chiedere l'assistenza, chiedere il trasporto. Si ritiene che occorre far comprendere che più che "chiedere" (e, quindi, essere considerate un costo sociale), le persone con disabilità, desiderano "essere". Essere cittadini. Essere cittadini inclusi, realizzati o che godono delle condizioni per potersi realizzare e contribuire alla vita del consesso sociale.

Ecco perchè dalla quantità (necessaria ed imprescindibile) deve passarsi pure a divulgare un messaggio di "qualità dei sostegni". E che consenta anche di divulgare che il tutto non è foriero di "danni economico finanziari" ma che si caratterizzi dalla "sostenibilità" di essi o, comunque, che non si tratta di un "investimento a perdere".

Nel merito della docenza specializzata per il sostegno, infine, si crede che la verità, l'unica verità, sia quella che non si è mai riusciti a trovare - con la normativa ad oggi vigente - un saggio equilibrio tra i principi sanciti dal diritto scolastico degli alunni con disabilità e la normativa giuslavoristica e le prassi (graduatorie, assegnazioni, etc...) utilizzata dall'Amministrazione scolastica nella "gestione" della docenza specializzata.

In questo senso, Tutti (Ministero, Uffici Scolastici, Scuole, Associazionismo, Familiari, Esperti, etc...) dovrebbero lavorare in modo da evitare l'esistenza di docenze di serie A e di docenze di serie B e, quindi, alunni di Serie A (normodotati) ed alunni di Serie B (con disabilità).

E forse, questo, eviterebbe il porsi non poche delle questioni fino ad oggi affrontate.

Gennaio 2015

Avv. Francesco Marcellino

