

## **Il riparto di giurisdizione, tra Giudice Ordinario e Giudice Amministrativo, con riguardo all'insegnamento specializzato per il sostegno\***

### **1.0 Premessa: il riparto di giurisdizione**

Il tema del riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo coinvolge il giurista sin dai suoi primi studi universitari e lo accompagna - attraverso i più esperti e maturi approfondimenti dottrinali e giurisprudenziali e le continue modifiche legislative - per tutta l'esperienza giuridica.

Il continuo mutamento delle fattispecie sociali e i sempre difficili confini tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, confermano che la scienza del diritto è sempre viva e oggetto di continuo mutamento.

Da ultimo, inoltre, bisogna anche attenzionare il considerevole mutamento nel diritto amministrativo e, all'interno di esso, in particolar modo, della pubblica amministrazione e della tipologia e natura del Giudizio Amministrativo.

Come noto, il nostro ordinamento giuridico al riguardo del riparto della giurisdizione è figlio della sovrapposizione storica tra la legge del 1889 e la legge del 1865, la cui competenza era determinata e distinta sulla base della situazione giuridica che si assumeva essere violata e, quindi, sulla presunta agevole distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.

E' altrettanto noto che, pur con considerevole e costante impegno dottrinale e giurisprudenziale, la individuazione e la differenziazione tra le due distinte categorie (anche al di là delle più o meno agevole determinazione della definizione di diritto soggettivo ed interesse legittimo) non è affatto semplice.

Molti sforzi sono stati compiuti anche al fine di evitare la possibile scelta strumentale "del giudice più comodo", susseguendosi così una serie di teorie e di criteri (fondati sul *petitum*, sulla *causa petendi* o variamente individuate con i nomi degli autori della dottrina che le hanno proposte) finalizzate a fornire all'operatore del diritto l'indicazione corretta del "giudice naturale" competente sulla questione.

Più recentemente, autorevole dottrina<sup>1</sup> ha individuato almeno cinque fasi dell'evoluzione delle questioni inerenti il riparto di giurisdizione, certamente scandite dal prima e dal dopo della nota sentenza della Corte di Cassazione a SS.UU. N° 500 del 1999, dall'intervento del legislatore con la Legge N° 205/00, dal conseguente intervento della Corte Costituzionale N° 204/04 e, da ultimo, dall'articolo 7 e dell'articolo 133 del recente codice del processo amministrativo.

Con il presente contributo ovviamente non si ha l'ardire di approfondire l'intera questione del riparto della giurisdizione - tema assai vasto e complesso - ma si intende specificatamente affrontare il tema della giurisdizione con riguardo ai procedimenti a tutela degli alunni con disabilità nell'assegnazione dell'insegnamento specializzato per il sostegno.

---

\*Questo contributo lo dedico a chi, cercando giustizia, ha incontrato la giurisdizione. Ed a chi, incontrando la giurisdizione trova giustizia.

<sup>1</sup> G. Alpa, R. Garofali - Manuale di Diritto Amministrativo, VII Edizione 2013-2014, pag. 1711 e ss.



Questo specifico ambito, infatti, si caratterizza per distinte fasi procedurali per le quali pare opportuno compiere uno specifico approfondimento sul tema della giurisdizione.

## **2.0 La giurisdizione esclusiva alla luce di Cass. SS.UU. N° 1144 del 19 Gennaio 2007.**

Con riguardo alla docenza specializzata per il sostegno, l'orientamento principe in tema di giurisdizione è stato quello che riconosceva la sussistenza della Giurisdizione Esclusiva del Giudice Amministrativo come manifestato da Cass. SS.UU. N° 1144 del 19 Gennaio 2007.

La suprema Corte, stante che l'allora vigente D. Lgs.vo 31 marzo 1998, n. 80, art. 33, prevedeva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tra le altre, *"... delle controversie riguardanti le attività e le prestazioni rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati"*; ritenuto che, tale esclusione *"... è stata intesa nel senso che restano riservate alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie nelle quali venga in contestazione l'esecuzione di un contratto di diritto privato stipulato con il singolo utente e non si ponga in discussione l'organizzazione del servizio pubblico (SS.UU. 16 aprile 2004, n. 7265)"* e considerato che *"il servizio di sostegno scolastico ai minori portatori di handicap non costituisce oggetto di un contratto di utenza di diritto privato tra l'istituto scolastico, obbligato alla prestazione, e i genitori del minore, ma è previsto dalla legge e consegue direttamente al provvedimento di ammissione alla scuola dell'obbligo"*, concludeva per la giurisdizione esclusiva anche adducendo che non hanno *"pregio il rilievo che sono rimesse al giudice ordinario le controversie aventi a oggetto il risarcimento del danno alla persona, ivi comprese quelle derivanti dalla lesione di un diritto fondamentale, poichè il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone anche il risarcimento del danno ingiusto (D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 35, comma 1, come modificato dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7)"*<sup>2</sup>.

L'orientamento per il quale, pertanto, *"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)"* ha trovato serena soluzione ed applicazione per molti anni, da parte dei Tribunali Amministrativi (ed anche da parte dei Tribunali Ordinari), con riguardo al riparto della giurisdizione.

Ciò detto, appare opportuno per un momento chiarire cosa si intenda per "giurisdizione esclusiva" del giudice amministrativo.

Appare a tal riguardo agevole e sintetica questa descrizione: *"La giurisdizione esclusiva del G.A. si sostanzia in un criterio di riparto sussidiario rispetto a quello tradizionale fondato sulla causa petendi, ossia sulla consistenza della posizione giuridica dedotta in giudizio, secondo cui i diritti soggettivi sono tutelati dal G.O. e gli interessi legittimi dal G.A.*

*Essa consiste in un'ipotesi di ampliamento della normale cognizione attribuita al G.A., estesa - oltre che agli interessi legittimi, come detto, posizioni soggettive normalmente tutelate dal G.A. - ai diritti soggettivi, con il limite dell'incidente di falso e delle questioni di stato e di capacità delle persone. Invero, nell'ambito di particolari materie tassativamente indicate dalla legge, la tutela contro gli atti posti in essere dalla pubblica amministrazione viene concentrata dinanzi al G.A.*

---

<sup>2</sup> Il Corsivo è Cass. SS.UU. N° 1144 del 19 Gennaio 2007.



*indipendentemente dalla circostanza che la lesione abbia per oggetto una posizione di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo.*

*La previsione di tale criterio di riparto trova fondamento costituzionale nell'art. 103, il quale, nel dettaglio, stabilisce al co. 1 che «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi».*

*La ratio sottesa alla previsione di tale tipo di giurisdizione è da rinvenire nella oggettiva difficoltà di distinguere, nell'ambito appunto di particolari materie, le posizioni giuridiche di volta in volta coinvolte in una determinata controversia, atteso che in taluni casi interessi legittimi e diritti soggettivi sono talmente "imbrigliati" tra loro da risultare difficoltosa l'applicazione del tradizionale criterio di riparto ai fini dell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione. Inoltre, una trattazione disgiunta di situazione così inestricabili renderebbe inevitabilmente monca la pronuncia del giudice, non potendo la stessa esaurire tutte le questioni coinvolte dal rapporto.*

*La giurisdizione esclusiva tende, dunque, a soddisfare l'esigenza di concentrazione delle controversie e di specializzazione del giudice, onde facilitare l'accesso alla tutela giurisdizionale e la certezza dei rapporti giuridici<sup>3</sup>.*

Pertanto, sulla base di un preciso disposto Costituzionale, l'art. 103, nonché sulla base della assunta storica consapevolezza che per talune ipotesi - e, quindi, divenute "particolari materie tassativamente indicate dal legislatore" - possa essere particolarmente arduo determinare in modo inequivocabile la giurisdizione dell'uno o dell'altro Giudice, al fine di tendere alla concentrazione delle controversie e agevolare l'accesso alla tutela giurisdizionale, è sorta la "giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo" che consiste nell'ampliamento della normale cognizione attribuita al G.A ad esclusive e tassative ipotesi.

Ciò detto in punto di rito, occorre anche riconoscere che a seguito del mutato scenario normativo di riferimento in tema di assegnazione della docenza specializzata per il sostegno negli anni 2007-2008, i cittadini con disabilità e loro familiari si sono visti costretti, assai più che nel passato, a dover porre domande di giustizia. Ci si riferisce specificatamente all'art. articolo 1 comma 605 della L. 27 Dicembre 2006 N° 296, laddove ha previsto la sostituzione del previgente criterio di assegnazione di un docente di sostegno ogni 138 alunni con "*... il perseguimento della sostituzione del criterio previsto dall'art. 40 comma 3 della legge 27 dicembre 1997 N° 449, con l'individuazione di organici corrispondenti alle effettive esigenze rilevate, tramite una stretta collaborazione tra regioni, uffici scolastici regionali, aziende sanitarie locali e istituzioni scolastiche, attraverso certificazioni idonee a definire appropriati interventi formativi*" - che condusse ad un considerevole decremento delle docenze specializzate per il sostegno offerte a beneficio della popolazione scolastica degli alunni con disabilità<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Vincenza Ragano, La Giurisdizione Esclusiva del Giudice Amministrativo, in [https://www.iusexplorer.it/Pubblica/FascicoloDossier/La\\_giurisdizione\\_esclusiva\\_del\\_G\\_A\\_/?idDocMaster=3580087&idDataBanks=19&canale=13](https://www.iusexplorer.it/Pubblica/FascicoloDossier/La_giurisdizione_esclusiva_del_G_A_/?idDocMaster=3580087&idDataBanks=19&canale=13)

<sup>4</sup> Per un approfondimento complessivo della disciplina nel merito sull'inclusione scolastica dell'alunno con disabilità sia consentito il rinvio a F. Marcellino, "L'integrazione scolastica delle persone con disabilità", in Trattato dei Nuovi Danni, Vol VI, Capitolo ducentosessantesimo, Cedam 2011.



A tali considerazioni (di merito) - come noto agli operatori del settore - se ne aggiunsero anche altre di carattere più generale, tra le quali, sintenticamente, si richiamano:

- la non sempre adeguata formazione dei docenti nell'inclusione degli alunni con disabilità;
- una certa difficile convivenza tra le norme di settore inerenti i diritti degli alunni e le procedure amministrative e giuslavoristiche dei docenti di sostegno (graduatorie, etc...);
- ritardi nelle assegnazioni dei docenti rispetto all'avvio dell'anno scolastico....;
- la riduzione degli "altri" sostegni, quali gli assistenti igienico personali e di assistenti specialistici per l'autonomia e la comunicazione, etc...

Non deve, pertanto, di certo tacersi che tale consolidato e duraturo orientamento della Cassazione - basato su questi fondamenti giuridici e pienamente condiviso dai TAR - ha anche garantito agli alunni con disabilità e loro famiglie - proprio negli anni di maggiore contrazione dell'offerta di docenza specializzata di sostegno ed alla luce della speditezza e tipicità del processo amministrativo - un intervento cautelare assai tempestivo e concreto rispetto alla specifica durata del "calendario scolastico", pur se non sempre sostenuto - a causa delle considerevoli difficoltà poste dal difficile onere della prova su parte ricorrente - da riconosciuti risarcimenti del danno conseguenti all'omessa o insufficiente presenza della docenza specializzata<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> A tal riguardo pare opportuno precisare che a questa maggiore difficoltà di raggiungimento di riconoscimenti risarcitori, nel contempo, si contrappone quell'orientamento sociale (e, forse, in parte, anche culturale) - sostenuto da parte dell'associazionismo dei familiari - secondo il quale le persone con disabilità e loro familiari rivendicano l'esigibilità e la fruibilità del diritto (all'inclusione scolastica) ben prima di ogni azione o interesse di carattere economico-risarcitorio e/o economicamente di ristoro. L'orientamento secondo il quale nessuna somma di denaro potrà "restituire" il danno patito dall'omessa o insufficiente assegnazione di docenza specializzata per il sostegno, mentre invece è assai più rilevante perseguire la tempestiva ed appropriata assegnazione della docenza (secondo il principio delle *"effettive esigenze rilevate"*) al fine di consentire all'alunno il raggiungimento degli obiettivi scolastici annuali e, nel medio/lungo periodo scolastico, consentirgli di raggiungere quei livelli di scolarizzazione e socializzazione tali da permettergli l'inserimento nel mondo del lavoro e sociale in genere.

Insomma: una concezione della "disabilità" - non è un caso che qui non si utilizzi il termine "invalidità" - non più avente carattere meramente (e storicamente, almeno dal dopo guerra...) indennitario/risarcitorio (volto a colmare il "non fare o non poter fare" per ragioni fisiche o sociali), ma "inclusivo" sulla base dei diritti di cittadinanza.

Questo approccio sociale al perseguimento di giustizia, pertanto, se per un verso tende - indirettamente - a tener conto della consapevolezza che le risorse economiche statali sono limitate (e che eventuali risarcimenti dei danni, anziché migliorare il sistema complessivo di inclusione scolastica, inevitabilmente influirebbero negativamente sulle risorse pubbliche a ciò destinate, in qualche modo "privatizzandole" a beneficio dei cittadini risarciti), per altro verso spinge il sistema al riconoscimento che ciò di cui si tratta è un "diritto soggettivo" (senza se e senza ma) e che, pertanto, il ristoro può essere solo la sua regolare esigibilità e fruibilità<sup>5</sup>.

Pertanto, pur ovviamente essendo consapevoli che tali ragionamenti possono non essere condivisi/condivisibili, ma essendo presenti tra i consociati - tutto sommato anche con una duplice finalità: pedagogico sociale e migliorativa del sistema "Paese" con riguardo alla materia di cui si tratta - bisogna tener conto che l'obiettivo principale di tutela giurisdizionale è generalmente quello di ottenere una tempestiva ed adeguata assegnazione della docenza specializzata per il sostegno sulla base degli effettivi bisogni dell'alunno e degli obiettivi che questo potrà/dovrà raggiungere nell'anno scolastico.



A ciò si aggiunga - come vedremo più avanti - che non può di certo dimenticarsi che l'assegnazione della docenza specializzata per il sostegno è comunque frutto di una sequela di attività squisitamente e tipicamente amministrative (poste in essere dalle Aziende Sanitarie e dall'Amministrazione scolastica e con il coinvolgimento degli Enti Locali) che caratterizzano la procedura e che la distinguono nettamente da ogni tipologia possibile di rapporto "privatistico" tra il cittadino e la pubblica amministrazione.

### **3.0 Da Cass. SS.UU. N° 1144 del 19 Gennaio 2007 a Cassazione SS.UU. N° 25011 del 18 Novembre 2014.**

Prima di approfondire il pronunciamento da ultimo manifestato dalla Corte di Cassazione SS.UU. N° 25011 del 18 Novembre 2014, appare importante e propedeutico analizzare come si sia giunti allo stesso.

Come sopra accennato, la storia recente in tema di docenza specializzata per il sostegno racconta, purtroppo, che a seguito degli effetti del mutato scenario normativo sempre più studenti con disabilità e loro famiglie hanno dovuto porre domande di giustizia all'Autorità Giudiziaria.

Ci si riferisce espressamente agli effetti (e, ancor peggio: alla modalità di applicazione) dell'art. articolo 1 comma 605 della L. 27 Dicembre 2006 N° 296, ma anche all'art. 2, comma 413 e 414 della L. 24 Dicembre 2007 N° 244, evidenziandosi che il tema del sostegno scolastico - a differenza di quanto compiuto negli anni '70 e con la famosa legge quadro N° 104/92 - all'interno di "leggi finanziarie annuali".

Anzi, a tal riguardo, pare opportuno ricordare - stante che spesso la citata norma viene dimenticata - che l'articolo 10 nel testo Coordinato del Decreto Legge 31 Maggio 2010 N° 78 e della Legge di conversione 30 Luglio 2010, N° 122, nel capo III intitolato "*Contenimento delle spese in materia di impiego pubblico, invalidità e previdenza*", ha espressamente previsto che "*I componenti del collegio (n.d.r.: si riferisce al GLH di cui agli articoli 12 e 13 della L. 104/92) che accerta la sussistenza della condizione di handicap sono responsabili di ogni eventuale danno erariale per il mancato rispetto di quanto previsto dall'articolo 3, commi 1 e 3 della legge 5 febbraio 1992, N° 104 (GLH), in sede di formulazione del piano educativo individualizzato, elaborano proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno, che devono essere esclusivamente finalizzate all'educazione e all'istruzione, restando a carico degli altri soggetti istituzionali la fornitura delle altre risorse professionali e materiali necessarie per l'integrazione e l'assistenza dell'allunno disabile richieste dal piano educativo individualizzato*", e che, quindi, se per un verso ha (ulteriormente) chiarito che nel PEI (Piano Educativo Individuale) vanno obbligatoriamente indicate il numero di ore di insegnamento specializzato per il sostegno (e delle altre risorse scolastiche), per altro verso, ha espressamente sancito una responsabilità di carattere erariale laddove gli accertamenti non dovessero essere compiuti correttamente<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Per quanto è dato conoscere il risvolto della responsabilità erariale non risulta ad oggi ancora esplorato. Ciò, tra l'altro non appare irrilevante anche alla luce di ciò che si dirà più avanti con riguardo alla discrezionalità tecnica esistente nella stesura della documentazione scolastica in tema di inclusione degli alunni con disabilità.





Ciò detto. Sebbene si siano susseguiti molteplici e ripetuti richiami di giustizia offerti dai Tribunali Amministrativi Regionali, nell'anno 2011, nel territorio della Lombardia, a seguito della precedente promulgazione della Legge N° 67/06 intitolata *"Tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione"*<sup>7</sup> si pensò di proporre giudizi nella materia di cui si tratta ritenendoli fatti discriminatori.

A tal fine fu sostenuto dalle parti ricorrenti che la annuale *"... riduzione delle ore di sostegno di cui agli alunni disabili (...) non viene neppure astrattamente giustificata dall'amministrazione pubblica con una corrispondente contrazione del diritto allo studio anche degli altri studenti normodotati..."*<sup>8</sup> e, quindi, sulla base del suddetto assunto, che la questione fosse civilmente rilevante quale "discriminazione".

Tale assunto, fu sostanzialmente accolto anche in sede di reclamo dall'organismo giurisdizionale adito dando così, di fatto, l'avvio alla possibilità, in siffatta materia, di porre domande di giustizia anche al giudice civile quali fatti discriminatori.

Tipologia di domande di giustizia, comunque, che risulta essere state poste (almeno nella fase precedente a Cass. SS.UU. N° 25011 del 18 novembre 2014) prevalentemente nelle aree geografiche del Nord del nostro Paese.

Anche da ciò - in estrema sintesi - è sorto il recente pronunciamento della Corte di Cassazione SS.UU. N° 25011 del 18 Novembre 2014.

Con riferimento a questa ultima pronuncia ed all'orientamento "discriminatorio", occorre precisare quanto segue.

Innanzitutto, con riferimento alla sentenza a SS.UU. - questione a cui poca (o nulla) rilevanza è stata data - bisogna ricordare che il caso specifico riguardava un'alunna frequentante la "scuola dell'infanzia", ovvero un grado scolastico non prescritto quale "scuola dell'obbligo". Ciò in quanto, fin tanto che l'alunno con disabilità non frequenti la scuola dell'infanzia e non abbia goduto della stesura dei documenti necessari<sup>9</sup>, non avrà diritto al sostegno scolastico; laddove, di converso, frequenterà, pur se trattasi di scuola non dell'obbligo, l'amministrazione scolastica avrà l'obbligo di garantire i supporti previsti per legge per gli studenti disabili.

Secondariamente, che la Suprema Corte, valorizzando l'importanza del piano educativo individualizzato, ha riconosciuto che una volta che questo sia stato redatto, "...

---

<sup>7</sup> A tal riguardo, per un approfondimento, sia consentito rinviare a F. Marcellino, "Tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione: commento alla legge", rivista online "Persona e danno", diretta dal Prof. P. Cendon, giugno 2007, su

[http://www.personaedanno.it/site/sez\\_browse1.php?campo1=27&campo2=249&browse\\_id=7000&pre=1](http://www.personaedanno.it/site/sez_browse1.php?campo1=27&campo2=249&browse_id=7000&pre=1)

<sup>8</sup> Così Tribunale Milano, Prima Sezione Civile, 4 Gennaio 2011;

<sup>9</sup> A tal riguardo ovviamente ci si riferisce al verbale di individuazione dell'alunno in stato di handicap; alla diagnosi funzionale, al profilo dinamico funzionale ed al piano educativo individualizzato. Deve, però, anche riferirsi che non di rado si verifica che, per mancata conoscenza della famiglia e/o mancanza di accettazione della condizione di salute ed anche a causa del mutato disposto normativo che precedentemente poneva a carico dei servizi sociali e sanitari e dei capi di istituto la segnalazione dell'alunno con disabilità (si veda a tal riguardo il disposto dell'art. 2 DPR 24 Febbraio 1994) e quindi l'avvio della procedura di accertamento ed assegnazione del sostegno, con la nuova formulazione per cui questa è compiuta solo su richiesta *"... dei genitori o degli esercenti la potestà parentale o la tutela dell'alunno medesimo..."* (come disposto dall'art. 2 del DPCM 23 Febbraio 2006 N° 185), molti alunni con disabilità iscritti alla scuola dell'infanzia non hanno avviato l'iter per il riconoscimento della condizione e la conseguente assegnazione dei necessari sostegni.



*l'amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale, espressione di autonomia organizzativa e didattica, capace di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura di quel supporto integrativo così come individuato dal piano, ma ha il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno..." e continuando sostenendo che "... l'omissione o le insufficienze nell'apprestamento, da parte dell'amministrazione scolastica, di quella attività doverosa si risolvono in una sostanziale contrazione del diritto fondamentale del disabile (...) condizione imprescindibile per realizzare il diritto ad avere pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico: l'una e le altre sono pertanto suscettibili di concretizzare, ove non accompagnate da una corrispondente contrazione dell'offerta formativa riservata agli altri alunni normodotati, una discriminazione indiretta, vietata dall'art. 2 della legge 67/06..."<sup>10</sup>.*

In terza, ed ultima considerazione le Sezioni Unite, in tema di riparto di giurisdizione, prendono a riferimento, quale argomentazione logico-giuridica a sostegno della giurisdizione del giudice civile, quella specifica parte del settore dei pubblici servizi in cui l'amministrazione non agisce come autorità, avendo ad oggetto l'esercizio dei diritti di credito (ad oggetto pecuniario) e, quindi, non paragonabili con le tipicità, specificità (anche normative) delle garanzie del contenuti di diritti sociali fondamentali.

Ebbene, alcune osservazioni:

1) preliminarmente, non si ritiene che qualunque attività amministrativa, sol perchè determini l'omessa o l'insufficiente erogazione di insegnamento specializzato per il sostegno possa considerarsi rilevante quale discriminazione;

2) non si riviene nella sentenza della Corte di Cassazione a Sezione Unite alcuna novità circa l'assoluto e generalizzato convincimento che il sostegno sia un diritto soggettivo fondamentale dell'alunno disabile e che esso sorga già con il verbale di individuazione dell'alunno in stato di handicap e venga qualificato, quanti/qualitativamente, con la successiva documentazione amministrativa che per legge deve essere redatta;

3) nei primi commenti forse non si enfatizzò a sufficienza il raffronto con uno specifico settore dei servizi pubblici aventi ad oggetto diritti di credito che è diverso rispetto a quello di cui si tratta;

4) si fa osservare che emerge innanzi alla Corte di Cassazione proprio quell'orientamento - anni prima posto innanzi alla cognizione dei Giudici Ordinari di Milano - secondo cui sussiste una disparità di trattamento stante che alla riduzione del sostegno non si accompagna una "...corrispondente contrazione del diritto allo studio anche degli altri studenti normodotati...".

Bene. Fermo restando che non può esserci crescita ed evoluzione sociale se le questioni di giustizia vengono risolte solo attraverso rapporti di confronto tra (presunte) "categorie di cittadini" e rispettive "contrazioni di diritti" o riconoscimenti, si evidenzia quanto segue.

Nessuno disconosce la possibilità che questioni giuridicamente rilevanti quali discriminatorie, ai sensi e per gli effetti della l. 67/06, possano verificarsi pure in materia scolastica e di inclusione scolastica. Ma, ovviamente, bisogna anche opportunamente ponderare se quella della omessa o insufficiente assegnazione di insegnamento specializzato

---

<sup>10</sup> Così Cass. SS.UU. N° 25011 del 18 Novembre 2014.



per il sostegno - nelle sue tradizionali modalità di verifica - possa essere intesa (sempre e comunque) quale questione giuridicamente rilevante come discriminatoria.

E per verificare ciò, ovviamente, i tecnicismi non mancheranno.

#### **4.0 Il *discrimen* tra condotte discriminatorie ed applicazione della specifica disciplina nell'ambito della assegnazione della docenza specializzata per il sostegno.**

Iniziamo con la disciplina "discriminatoria"<sup>11</sup>.

Non vi è dubbio che per la stessa "*nozione di discriminazione*" sulla quale correttamente si fonda l'art. 2 della L. 67/06 ogni fatto giuridicamente rilevante debba essere oggetto di un giudizio rispetto al "*principio di parità di trattamento*". Non è, pertanto, casuale che l'articolo 2 esordisca affermando che "*Il principio di parità di trattamento comporta che non può essere praticata alcuna discriminazione in pregiudizio delle persone con disabilità*".

Non vi è altresì dubbio che alla luce delle previsioni del comma 2 (discriminazione diretta), del comma 3 (discriminazione indiretta) e del comma 4 (che personalmente ho definito "discriminazione ambientale"), talune ipotesi in materia scolastica - ma potremmo dire qualunque ipotesi di vita quotidiana - possano facilmente trovare sede in una delle suddette previsioni antidiscriminatorie.

Bisogna però chiedersi se la specifica questione (*rectius*: le questioni) in tema di assegnazione dell'insegnamento specializzato per il sostegno possa (o debba) trovare rilevanza esclusiva tra le misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione.

Ed a mio sommo avviso la risposta non può essere favorevole. Per le seguenti ragioni. Inizio dalle più banali.

Preliminarmente, se la questione dell'insegnamento specializzato per il sostegno dovesse trovare rilevanza esclusiva tra le misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione, ciò comporterebbe che anche altre questioni - quali ad esempio: le illegittime dimissioni di utenti con disabilità dalle strutture sanitarie e socio-sanitarie; ovvero la mancata erogazione di servizio di trasporto; ovvero, il mancato accesso a taluni servizi socio-sanitari; etc... - allora sarebbero tutte ed ognuna potenziali condizioni per la lagnanza di una condotta discriminatoria. Ciò potrebbe teoricamente condurre a ritenere che ogni cosa che comunque riguardi una persona con disabilità sia giuridicamente rilevante come discriminatoria. Si comprende che ciò condurrebbe ad una discriminazione dell'ordinamento giuridico (o scelta della specifica forma di tutela) da parte del cittadino solo perchè è in condizione di disabilità! E ciò non pare essere condivisibile.

Secondariamente (e meno banalmente), la risposta non può essere favorevole in quanto l'azione amministrativa di tutto il comparto amministrativo scolastico, con specifico riguardo alla insufficienza o omessa erogazione dell'insegnamento specializzato per il sostegno, non ha (o, comunque, non è affatto detto che abbia) quell'elemento soggettivo del dolo o della

---

<sup>11</sup> Si ribadisce che per un approfondimento complessivo si rinvia a F. Marcellino, "Tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazione: commento alla legge", rivista online "Persona e danno", diretta dal Prof. P. Cendon, giugno 2007, su [http://www.personaedanno.it/site/sez\\_browse1.php?campo1=27&campo2=249&browse\\_id=7000&pre=1](http://www.personaedanno.it/site/sez_browse1.php?campo1=27&campo2=249&browse_id=7000&pre=1)





colpevolezza (si direbbe in diritto civile e penale) intrinseco alla condotta discriminatoria prevista dalla speciale disciplina nazionale.

Pertanto, mentre può esemplificarsi ritenendo certamente discriminatoria la condotta per la quale si rifiuti l'iscrizione scolastica (o si tenti di dissuadere l'iscrizione) di un alunno con disabilità da uno specifico istituto, si ritiene, invece, che con specifico riguardo alle questioni del sostegno scolastico, l'operatore del diritto più meticoloso deve ponderare, non già la generica "categorizzazione" della fattispecie quale la "questione dell'assegnazione della docenza specializzata per il sostegno" ma, invece, **la specifica fattispecie verificatasi e lesiva del diritto all'istruzione dell'alunno disabile, sia con riguardo alla sua natura, sia con riguardo al suo specifico costituirsi, sia con riguardo alla modalità, alle ragioni ed alla fase procedimentale nella quale essa si forma o si consuma.**

Diversamente, solo per dare adito al sempre vivente principio che viene ascoltato "chi grida più forte", potremmo condurre alla deriva della discriminazione (sociologicamente parlando) anche condotte che giuridicamente possono (rectius: devono) essere trattate e risolte con strumenti "ordinari" di giustizia.

Cosa si intende dire: che proprio per quel principio di uguaglianza e di parità di trattamento, deve essersi cauti ad invocare domande di giustizia sulla base della "discriminazione", laddove invece le fattispecie verificatisi non siano già risolvibili con istituti e strumenti di carattere ordinario garantiti dal diritto. Diversamente - pur se involontariamente - si potrebbe contribuire a quell'etichettamento del disabile che le più avvedute scienze sociali tendono ad evitare ponendosi verso la strada dell'inclusione<sup>12</sup>.

D'altra parte non può che condividersi quanto sostenuto da TAR Sicilia, N° 3111/14 Reg. Prov. Coll., laddove afferma che *"Considerato che sul piano morfologico la condotta discriminatrice considerata - anche ai fini del riparto della giurisdizione - dalla citata l. 67/2006 è atipica, ne consegue che non ogni attività materiale suscettibile di indurre discriminazione è per ciò solo riconducibile alla disciplina di cui alla legge ora richiamata, anche ove difetti sul piano funzionale od effettuale tale connotato discriminatorio, ma solo nella misura in cui venga assunta - non già secondo la prospettazione di parte: ma, come nel caso deciso dalle SS.UU., in base alla causa petendi - quale veicolo di discriminazione.*

*Una inammissibile concezione pan-discriminatoria della tutela dei diritti sociali e dei diritti fondamentali non è infatti conforme al significato della - speciale - disciplina processuale recata dalla citata legge n. 67 del 2006: e non è, dunque, con essa compatibile".*

Pertanto, vi sono non agevoli questioni giuridiche e bisogna comprendere la specifica fattispecie verificatasi in tema di assegnazione della docenza specializzata per il sostegno.

Preliminarmente occorre chiarire - una volta per tutte - che la fattispecie non è unica o sempre uguale, ma che le ipotesi sono molteplici.

Prendiamo in considerazione la prima ipotesi, anche abbastanza diffusa, ovvero l'ipotesi che nei documenti scolastici e, in particolare, nel PEI, pur essendo certificato il bisogno di insegnamento specializzato per il sostegno non siano indicate il numero di ore. Questa ipotesi è da considerare certamente discriminatoria? Oppure un difetto di istruttoria, un eccesso di potere per violazione di legge da parte della Pubblica Amministrazione?

---

<sup>12</sup> a tal riguardo si ricorda o si auspica di aver ben chiara la distinzione scientifica tra "inclusione" ed "integrazione".



Se l'ipotesi posta alla cognizione della Suprema Corte di Cassazione si è caratterizzata per l'indicazione, nel PEI, di *"...25 ore settimanali con l'insegnamento di sostegno, mentre ha usufruito in un primo tempo soltanto di 6 ore, e poi di 12"* è stata considerata come discriminatoria, per certi versi, a maggior ragione, potrebbe/dovrebbe ipotizzarsi quale discriminatoria quella sopra descritta nella quale si omette del tutto l'indicazione delle ore di cui bisogna l'alunno!

Prendiamo in considerazione una ulteriore ipotesi. Si ipotizzi, invece, che il GLH abbia correttamente certificato il bisogno ed il numero delle ore necessarie e che sebbene il dirigente scolastico abbia correttamente e conseguentemente richiesto all'ufficio scolastico provinciale un adeguato numero di docenze specializzate per il sostegno, sulla base del principio delle *"effettive esigenze rilevate"* dalla documentazione scolastica degli alunni, all'avvio dell'anno scolastico, a causa dell'assegnazione ridotta di docenti rispetto a quella richiesta, si trovi impossibilitato a fornire agli studenti un numero sufficiente di insegnanti. Si ritiene corretto che vada ritenuta responsabile la direzione didattica per un'assegnazione inferiore connotata da condotta discriminatoria? Oppure si utilizza tale strumento in quanto si crede che strategicamente sia utile avvantaggiarsi della specifica previsione in tema di onere della prova di cui all'art. 3 comma 2 l. 67/06, magari anche potendo beneficiare di un ristoro economico riconosciuto a fini risarcitori?

Non si crede che possa trattarsi la disquisizione sul riparto di giurisdizione in questo modo.

Sia perchè la questione di merito (ancor prima che quella di rito) pare debba essere impostata in maniera diversa; sia perchè - lo si ripete - qualunque condotta che riguardi una persona con disabilità, così opinando, potrebbe/dovrebbe considerarsi discriminatoria.

Ritornando all'ultimo caso prospettato, forse si dimentica che spesso l'insufficiente assegnazione di ore di sostegno è frutto di una oggettiva impossibilità nella quale si trova la singola istituzione scolastica per la insufficiente assegnazione di docenti di sostegno, rispetto a quelli originariamente richiesti sulla base del principio delle *"effettive esigenze rilevate"* (e, quindi, dei PEI), da parte degli Uffici Scolastici Provinciali/Regionali.

Insomma per dirla correttamente *"La mancata attribuzione di tutte le ore di sostegno indicate nel p.e.i. non è mai una mera omissione negligente, ma è l'effetto di una scelta volitiva, conseguente ad una ponderazione comparativa, tendente a minimizzare e a ripartire fra i soggetti aventi diritto le ricadute pregiudizievoli della limitatezza delle risorse disponibili"* (Così TAR Sicilia, N° 3111/14 Reg. Prov. Coll.).

Insomma, assai spesso le dirigenze scolastiche, trovandosi assegnate risorse insufficienti rispetto a quella originariamente richieste ed all'effettivo bisogno, tendono a minimizzare le ricadute pregiudizievoli con un'assegnazione generalizzata inferiore di ore di sostegno a tutti gli alunni disabili frequentanti l'istituto scolastico. Questo modo di operare - assai diffuso - non può, per ciò solo, considerarsi "discriminatorio" e, quindi, a cascata, determinante la giurisdizione.

Ciò, ad esempio, è stato il caso - a dire il vero assai diffuso - trattato da TAR Calabria N° 16/15 Reg. Prov. Coll. nel quale *"Osserva, in particolare il Collegio che, nel caso, non si contestano omissioni o insufficienze meramente esecutive-adempitive del piano educativo individualizzato suscettibili di concretizzare una discriminazione indiretta vietata dalla L. N° 67"*



*del 2006 art. 2 - fattispecie con riferimento alla quale la recente sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 25 Novembre 2014 N° 25011 ha ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario - bensì il provvedimento, espressione del potere autoritativo, con cui il Dirigente Scolastico ha comunicato l'assegnazione ai loro figli di un numero di ore insufficienti rispetto alla documentazione versata in atti, alle stesse richieste formulate dall'Istituto (che per l'anno chiedeva epr entrambi i fratelli il rapporto in deroga 1/2 con un monte ore pro capite di 12 ore settimanali) ed alle esigenze prospettate dal GLHO dell'Istituto (che in considerazione della particolare gravità del caso, richiedeva per l'anno scolastico 2014-2015 il rapporto in deroga di 1/1)".*

Pertanto, può (e deve) ragionarsi che laddove dovessero esserci condotte di adempimento o inadempimento o a carattere esecutivo che dovessero concretizzare una delle speciali ipotesi discriminatorie previste dalla Legge N° 67/06, eventualmente anche afferenti alla documentazione scolastica e, quindi, al PEI e che dovessero connotarsi per un *animus* del soggetto agente discriminatorio, allora può tale condotta essere oggetto di valutazione dell'autorità giurisdizionale ordinaria ai sensi delle legge di cui si tratta. Ma ciò è cosa diversa dal dire che ogni fatto che sia inerente al PEI o ogni fatto di omessa o insufficiente assegnazione del sostegno scolastico sia, per ciò solo e di per sè, discriminatoria e quindi di cognizione del giudice ordinario.

Forse, quindi, appare utile ricordare che l'iter di assegnazione dell'insegnamento specializzato per il sostegno è frutto di almeno tre distinte fasi:

1) una prima fase procedimentale interna (tra l'altro a cadenza annuale) che si contraddistingue per una sequela di atti amministrativi posti in essere dal Ministero della Pubblica Istruzione, da parte dei singoli Uffici Scolastici Regionali e da quelli Provinciali, senza la quale non potrebbero nemmeno sussistere le fasi successive (si pensi a tutta la questione sulle dotazioni organiche) e che si fonda principalmente sull'anagrafica scolastica degli alunni con disabilità;

2) una seconda fase procedimentale (con cadenza in parte per ogni ciclo scolastico ed in parte annuale) ed avente ad oggetto la stesura delle documentazione scolastica per ogni singolo alunno con disabilità e, quindi, il verbale di individuazione dell'alunno in stato di handicap, la diagnosi funzionale, il profilo dinamico funzionale ed il Piano Educativo Individualizzato;

3) una terza fase, in parte procedimentale ed in parte "soddisfativa" della docenza specialistica, che ha ad oggetto la trasmissione della documentazione scolastica da parte della scuola agli Uffici Scolastici Provinciali e Regionali e la conseguente restituzione delle figure professionali di docenti che dovrebbero essere "soddisfacenti" rispetto alle richieste documentate.

Non vi è dubbio alcuno - essendo anche ampiamente documentato e documentabile - che tutto il suddetto iter è contraddistinto da una sequela di atti amministrativi.

Non vi è dubbio alcuno che tali atti amministrativi possono caratterizzarsi - ai diversi livelli e stadi - per la sussistenza di "vizi amministrativi". E non vi è dubbio alcuno che, con riguardo ad essi (anche sul profilo dell'interesse legittimo a che l'iter sia compiuto in modo corretto rispetto ai principi costituzionali e legislativi) sussista la giurisdizione amministrativa. E che se, diversamente (e per assurdo, per la parte strettamente procedimentale) dovesse



ritenersi una giurisdizione del giudice ordinario, potrebbero essere poste talune questioni alla cognizione della giurisdizione non appropriata o, persino, per dirla come TAR Sicilia, N° 3111/14 Reg. Prov. Coll. *"Tale descrizione del fenomeno - che tra l'altro prefigura una scissione della tutela fra cinque gradi di giudizio, definendo evidentemente uno scenario secondo cui il disable grave, per avere tutela piena, dovrebbe rivolgersi dapprima al giudice amministrativo, quindi (per l'ipotesi di mancata attuazione del provvedimento satisfattivo) al giudice ordinario - sovrappone l'astratta disciplina del fenomeno, al suo concreto atteggiarsi, che costituisce oggetto di tutela giurisdizionale: e rischia, in tal modo, di proporre modelli rimediali, e corrispondenti tecniche di tutela, avulsi dalla realtà della lesione del diritto fondamentale"*.

E proprio ciò è sostanzialmente sostenuto anche dalla Ordinanza di Rimessione all'Adunanza Planaria N° 4374/15, laddove afferma: *"Per il settore in esame, inoltre, il discostamento dell'Amministrazione dalle indicazioni del PEI, nelle vicende concrete sottoposte a giudizio, appare recessivo rispetto all'ampia gamma di contestazioni, che usualmente investono la formazione del Piano, o il suo mancato aggiornamento, o la non corretta programmazione delle risorse a livello locale. Ne derivano seri dubbi sulla possibilità che i vizi denunciati - a carattere prioritario per il perseguimento del bene della vita, oggetto di interesse pretensivo - possano venire adeguatamente tutelati davanti al giudice ordinario, in via di mero accertamento incidentale della legittimità dei provvedimenti, ricognitivi ed attuativi del diritto in questione; non può non tenersi conto, inoltre, della specializzazione del giudice amministrativo in tema di giudizio sugli atti discrezionali, nonché della nota evoluzione della giurisprudenza amministrativa, in tema di sindacato sull'esercizio della discrezionalità tecnica (a partire dalle pronunce del Consiglio di Stato, VI; 4 dicembre 2009, N° 694 e 13 ottobre 2003 N° 6201, con successiva giurisprudenza ormai consolidata). Deve altresì essere considerato il grado di tutela, che il giudice amministrativo è in grado di assicurare, in via non meramente formale, ma pienamente satisfattiva in rapporto al bene della vita perseguito, attraverso la radicale rimozione del provvedimento illegittimo e non con mera, momentanea disapplicazione del medesimo. Solo il giudice amministrativo ha peraltro piena cognizione, circa la legittimità dell'intero procedimento, con possibilità non solo di rumuovere dal mondo giuridico atti, che si assumano incongrui rispetto alla concreta situazione dei soggetti destinatari, ma anche di determinare con forza di giudicato parametri non elusivi, per assicurare l'effettività della tutela (assicurando non la mera declaratoria di un diritto, ma la concreta individuazione degli eventuali vizi, non reiterabili, nei correlativi atti dell'Amministrazione, dalla fase discrezionale a quella vincolata)"*.

Disconoscere questo significherebbe disconoscere non solo l'esistenza stessa della procedura amministrativa ma persino l'esercizio legittimo del diritto di difesa da parte dell'Amministrazione stessa la quale, diversamente opinando, sempre e comunque, potrebbe essere ritenuta "colpevole" di discriminazione.

Aggiungendosi, tra l'altro, che appare assai semplicistico sostenere l'equazione discriminazione = giudice ordinario, stante che:

1) la legge N° 67/06, nel testo attualmente vigente ed applicabile *ratione temporis*, non pone alcuna norma attributiva di giurisdizione esclusiva all'autorità giurisdizionale ordinaria in materia, ma stabilisce - all'art. 3, comma 2 che *"I giudizi civili avverso gli atti e i comportamenti di cui all'art. 2 sono regolati dall'art. 28 del decreto legislativo 1 settembre 2011 N° 150"* - quale rito si applichi una volta che, con valutazione logicamente pregiudiziale, al



momento della domanda sia stata riconosciuta la questione come appartenente alla giurisdizione civile;

2) che, *a fortiori* rispetto a quanto appena ricordato, l'articolo 4 comma 2 della Legge 67/06 dispone che *"Le associazioni e gli enti di cui al comma 1 possono intervenire nei giudizi per danno subito dalle persone con disabilità e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti lesivi degli interessi delle persone stesse"* e, quindi, confermandosi che le questioni "anti-discriminatorie" non sono di esclusiva competenza della giurisdizione ordinaria.

Pertanto, con riguardo al sostegno scolastico, si ritiene giusto che l'operatore del diritto sia capace non solo di distinguere rispetto alle (almeno) tre distinte fasi sopra richiamate e, per le quali, in talune ipotesi, può davvero legittimarsi solo un giudizio a carattere impugnatorio (eventualmente anche a tutela di interessi legittimi); ma dovrebbe anche essere capace - per quel che si dirà fra poco - di valutare se, pur sussistendo la conclamata violazione di un diritto soggettivo perfetto, questo comunque non sia da tutelare innanzi alla giurisdizione specifica del giudice amministrativo quale giudice dotato di giurisdizione esclusiva e di specializzazione, sia in tema di "servizi pubblici", sia con riguardo ai profili della c.d. "discrezionalità tecnica" degli atti scolastici amministrativi posti in essere come da specifica normativa vigente di settore.

#### **5.0 Cosa è il PEI e... i risvolti sulla giurisdizione.**

Pertanto, fermo restando che - come sopra si è detto - in una delle fasi procedurali amministrative potrebbero consumarsi "vizi" costituenti nesso causale immediato e diretto della inidonea quanti-qualitativa inclusione scolastica dell'alunno con disabilità, pare adesso opportuno comprendere cosa è il Piano Educativo Individualizzato (PEI) e che tipo di atto (giuridicamente parlando) può/deve considerarsi.

L'art. 12 comma 5 della Legge 104/92 afferma: *"All'individuazione dell'alunno come persona handicappata ed all'acquisizione della documentazione risultante dalla diagnosi funzionale, fa seguito un profilo dinamico-funzionale ai fini della formulazione di un piano educativo individualizzato, alla cui definizione provvedono congiuntamente, con la collaborazione dei genitori della persona handicappata, gli operatori delle unità sanitarie locali e, per ciascun grado di scuola, personale insegnante specializzato della scuola, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico-pedagogico individuato secondo criteri stabiliti dal Ministro della pubblica istruzione"*.

Questo comma descrive sostanzialmente l'iter amministrativo dall'individuazione dell'alunno fino alla definizione di tutta la documentazione scolastica al fine di beneficiare dei necessari "sostegni" (tra i quali quella della docenza specialistica per il sostegno).

La definizione del PEI la si rinviene nell'art. 5 del DPR 24 Febbraio 1994, che afferma:

*"Il Piano educativo individualizzato (indicato in seguito con il termine P.E.I.), è il documento nel quale vengono descritti gli interventi integrati ed equilibrati tra di loro, predisposti per l'alunno in situazione di handicap, in un determinato periodo di tempo, ai fini della realizzazione del diritto all'educazione e all'istruzione, di cui ai primi quattro commi dell'art. 12 della legge n. 104 del 1992."*





2. Il P.E.I. è redatto, ai sensi del comma 5 del predetto art. 12, congiuntamente dagli operatori sanitari individuati dalla USL e/o USSL e dal personale insegnante curriculare e di sostegno della scuola e, ove presente, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico-pedagogico, in collaborazione con i genitori o gli esercenti la potestà parentale dell'alunno.

3. Il P.E.I. tiene presenti i progetti didattico-educativi, riabilitativi e di socializzazione individualizzati, nonché le forme di integrazione tra attività scolastiche ed extrascolastiche, di cui alla lettera a), comma 1, dell'art. 13 della legge n. 104 del 1992.

4. Nella definizione del P.E.I., i soggetti di cui al precedente comma 2, propongono, ciascuno in base alla propria esperienza pedagogica, medico-scientifica e di contatto e sulla base dei dati derivanti dalla diagnosi funzionale e dal profilo dinamico funzionale, di cui ai precedenti articoli 3 e 4, gli interventi finalizzati alla piena realizzazione del diritto all'educazione, all'istruzione ed integrazione scolastica dell'alunno in situazione di handicap. Detti interventi propositivi vengono, successivamente, integrati tra di loro, in modo da giungere alla redazione conclusiva di un piano educativo che sia correlato alle disabilità dell'alunno stesso, alle sue conseguenti difficoltà e alle potenzialità dell'alunno comunque disponibili".

E' innegabile, quindi, che il PEI è un documento inter-istituzionale (Scuola, ASP, etc...) e multidisciplinare.

E' innegabile che è documento indispensabile "... ai fini della realizzazione del diritto all'educazione e all'istruzione...".

E' pertanto certamente un atto amministrativo a carattere autoritativo e certificatorio con il quale la pubblica amministrazione, per un verso pone gli obiettivi scolastici e le modalità di raggiungimento degli stessi da parte dell'alunno con disabilità, ma per altro verso impone le modalità operative al corpo docenti (tutti e non solo il docente di sostegno) e le risorse quantitative necessarie, costituenti il diritto soggettivo perfetto dell'alunno disabile.

Non può dimenticarsi, infatti, che solo dalla suddetta attività amministrativa - in particolari casi<sup>13</sup> - può sorgere (anche quale manifestazione del potere autoritativo della P.A.) un "percorso di studi differenziato" per l'alunno disabile rispetto l'ordinario programma di studi degli alunni riferito alla specifica classe di studi frequentata.

Non vi sono, pertanto, altri margini giuridici di manovra, fermo restando che - ai soli fini pedagogico-didattici e di tutela della salute, si prevede che il suddetto documento, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 6 del DPR 24 Febbraio 1994, sia sottoposto a verifiche periodiche dello stesso ovvero oggetto di verifiche straordinarie.

Diversamente ragionandosi il diritto all'istruzione della persona con disabilità potrebbe divenire effimero o un mero simulacro di adempimenti formali senza risvolti di efficienza e concretezza pedagogica, didattica e sociale.

Anche a tal fine, l'articolo 3 del DPCM 23 Febbraio 2006 N° 185 al suo secondo comma, ricorda che: "I soggetti di cui all'art. 5, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 24 Febbraio 1994, in sede di formulazione del piano educativo individualizzato, elaborano proposte relative alla individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno".

Al riguardo di questa norma occorre compiere due osservazioni:

---

<sup>13</sup> E con una particolare procedura che prevede l'espresso coinvolgimento e la rilevanza del consenso/dissenso espresso dai genitori degli alunni.



1) Innanzitutto, chiarisce che nel PEI vanno indicate tutte le "risorse necessarie", cioè tutti "i sostegni" di cui necessita l'alunno e le modalità quanti/qualitative di essi (assistenza igienico personale, assistenza specialistica per l'autonomia e la comunicazione ed insegnamento specializzato per il sostegno), confermandosi così il carattere autoritativo dell'atto a favore dei soggetti esterni ed interni a cui lo stesso si riferisce;

2) con espresso riferimento al docente di sostegno, impone che sia presente *"l'indicazione del numero delle ore di sostegno"*.

E ciò è divenuto ancora più chiaro proprio a seguito delle Leggi Finanziarie del 2007 e del 2008 (l. 296/06 e l. 244/07) che hanno imposto che i criteri e modalità di assegnazione della docenza specialistica per il sostegno *"... devono essere definiti con riferimento alle effettive esigenze rilevate..."*, ovvero a quelle esigenze rilevate nella documentazione scolastica di cui trattiamo.

Tutto questo, da ultimo, è sfociato ed è confermato dal tenore letterale dell'art. 10 nel testo coordinato del D.L. 31 Maggio 2010 N° 78 e Legge di conversione 30 Luglio 2010 N° 122, laddove si afferma che: *"... in sede di formulazione del piano educativo individualizzato, elaborano proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno, che devono essere esclusivamente finalizzate all'educazione ed all'istruzione, restando a carico degli altri soggetti istituzionali la fornitura delle altre risorse professionali e materiali necessarie per l'integrazione e l'assistenza dell'alunno disabile richieste dal piano educativo individualizzato"*.

Bene. Non vi è dubbio alcuno quindi che:

1) L'individuazione e la certificazione di un alunno quale alunno con disabilità "ai fini scolastici" è attività esclusivamente Statale e che viene compiuta da diverse istituzioni (sanitarie e scolastiche insieme) e con documentazione amministrativa esclusivamente e tipicamente prevista per legge;

2) che i diritti scolastici inclusivi ed i sostegni per l'alunno con disabilità sorgono solo a seguito della stesura della suddetta documentazione e sono sanciti espressamente da questa con la collaborazione dei familiari.

3) questa documentazione si caratterizza per una "discrezionalità tecnica" - attività tipica dell'amministrazione e, ancor più tipica, per questa specifica ipotesi, che laddove non si dovesse connotare di particolari condotte e/o di particolari elementi psicologici dei soggetti agenti, sol perchè non dovesse incontrare i *"desiderata"* dei familiari (o gli stessi oggettivi bisogni della persona con disabilità) non può per questo, di per sè, etichettarsi quale "condotta discriminatoria"<sup>14</sup>.

4) che - come adesso vedremo in modo più approfondito - il diritto soggettivo all'inclusione scolastica ed ai "sostegni" (e, nel caso di specie alla docenza specializzata per il sostegno) sorge già dal verbale dell'individuazione dell'alunno in stato di handicap, ma si "completa" (nei suoi aspetti quanti/qualitativi) con la stesura del PEI.

---

<sup>14</sup> Nulla esclude ovviamente che i contenuti degli atti (e, quindi, la stessa discrezionalità tecnica) possa essere oggetto di verifiche e valutazioni, ovvero di ripensamenti e revisioni da parte della stessa pubblica amministrazione, sia sulla base delle eventuali sopravvenute condizioni, sia sulla base dei risultati ed obiettivi raggiunti.



Infatti, Corte Costituzionale N° 80/10, dopo aver ricordato i principi internazionali - con specifico riferimento alla Convenzione della Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità e ratificata in Italia con Legge 3 Marzo 2009 N° 18 - e dopo aver richiamato i principi costituzionali, ha scritto che *"Pertanto, il diritto del disabile all'istruzione si configura come un diritto fondamentale. La fruizione di tale diritto è assicurata, in particolare, attraverso «misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di handicaps la frequenza degli istituti d'istruzione» (sentenza N° 215 del 1987).*

*Tra le varie misure previste dal legislatore viene in rilievo quella del personale docente specializzato, chiamato per l'appunto ad adempiere alle «ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno a favore degli alunni diversamente abili» (sentenza N° 52 del 2000)".*

Pertanto, non è controvertibile che l'iter di assegnazione della docenza specializzata per il sostegno è un iter tipicamente amministrativo e durante il quale, quantomeno, sussiste un "interesse legittimo" della persona con disabilità affinché lo stesso venga posto in essere in modo corretto e secondo i principi di imparzialità e buon andamento amministrativo<sup>15</sup>.

Nel contempo, non è controvertibile che proprio a seguito del suddetto iter, viene da prima riconosciuto, poi certificato, descritto e quindi "completato" il diritto soggettivo e le modalità di esplicazione dell'inclusione scolastica dell'alunno con disabilità.

Sarebbe davvero irragionevole - oltre che anche contrario proprio a quell'intento ed al fine della "giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo" - se le forme e le sedi giurisdizionali di tutela dovessero essere parzializzate o diversificate tra questo e quel giudice (ordinario ed amministrativo) anzichè concentrate innanzi a quello più specifico stante la procedura eminentemente amministrativa dell'attività della P.A..

## **6.0 Le conclusioni**

Come può vedersi, la disamina compiuta sulla giurisdizione in tema di docenza specializzata per il sostegno non si è fondata solo sul disposto normativo di cui all'art. 133 del c.p.a.. Ma - pur non ritenendosi l'esclusiva motivazione - bisogna non dimenticare che la suddetta norma devolve chiaramente al Giudice Amministrativo, quale materia di giurisdizione esclusiva, *"... le controversie in materia di pubblici servizi (...) ovvero quelle relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione..."*. Non potendo sussistere dubbio alcuno che l'insegnamento specializzato per il sostegno è materia dei pubblici servizi e che i provvedimenti ad esso connessi sono adottati dalle pubbliche amministrazioni interessate (salute e pubblica istruzione).

Pertanto, non solo la giurisdizione amministrativa - con specifico riguardo al tema del sostegno scolastico - può essere adita con carattere "impugnatorio" sui specifici atti amministrativi che dovessero ritenersi viziati, ma proprio per quella specifica finalità che ha storicamente nel nostro ordinamento giuridico la previsione di una "giurisdizione esclusiva" (ovvero quella, che trova fondamento nell'art. 103 della costituzione oltre che di "concentrazione delle controversie", di specializzazione del giudice e di evitare il più possibile

---

<sup>15</sup> Non può pertanto ritenersi che ogni eventuale vizio si dovesse verificare in tale fase possa considerarsi di per sè rilevante quale "discriminazione", potendosi anche vertere all'interno dell'ordinaria discrezionalità tecnica, eventualmente verificabile e valutabile.



le disquisizioni sulle posizioni giuridiche di volta in volta rilevanti e, quindi, sulla Giurisdizione competente), il Giudice Amministrativo può valutare complessivamente le lesioni dei diritti ed interessi - anche con finalità risarcitorie - in tema di diritto all'istruzione dell'alunno disabile con riguardo al servizio pubblico del docente specializzato per il sostegno.

D'altra parte, che la giurisdizione fosse di esclusiva competenza dell'Autorità Giurisdizionale Amministrativa, ad esempio, non si è mai dubitato in tema di omessa o insufficiente assegnazione di assistenza igienico-personale o di omessa o insufficiente assistenza specialistica per l'autonomia e la comunicazione. Diversamente ragionando, sulla base del principio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, anche le eventuali criticità patite dagli utenti con disabilità su tali servizi andrebbero risolte con la disciplina anti-discriminatoria. Generalizzandosi, così, una disciplina che, invece, nasce e si caratterizza per la propria specialità.

Deve quindi concludersi, ad avviso di chi scrive, che molteplici argomentazioni - sia nel merito, sia sui profili processuali - depongono a sostegno che, sebbene il contesto normativo di riferimento in tema di riparto di giurisdizione sia formalmente mutato e sebbene sia mutata la disciplina di riferimento in tema di docenza specialistica per il sostegno<sup>16</sup>, appare ancora rilevante e pertinente l'insegnamento di Corte di Cassazione Sezioni Unite N° 1144 del 2007, laddove rappresenta che *"il servizio di sostegno scolastico ai minori portatori di handicap non costituisce oggetto di un contratto di utenza di diritto privato tra l'istituto scolastico, obbligato alla prestazione, e i genitori del minore, ma è previsto dalla legge e conseguentemente direttamente al provvedimento di ammissione alla scuola dell'obbligo"*, specificandosi che le questioni sono devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

Forse dovrebbe cercarsi di più di evitare che le persone con disabilità siano costrette a cercare giustizia, potendo incontrare le questioni di giurisdizione. E, quindi, forse, sarebbe più opportuno che si ragionasse su un più adeguato sistema legislativo o su una più corretta applicazione di quello vigente procedendosi ad un'assegnazione delle docenze nel pieno rispetto del principio delle "effettive esigenze rilevate" dei singoli alunni con disabilità.

Non sempre, infatti, si riscontra un equilibrio saggiamente temperante i diritti degli alunni con disabilità e le questioni amministrative e giuslavoristiche del comparto scuola, questioni spesso sottese alle criticità in argomento e producendo effetti lesivi alle "effettive esigenze individuate" di ogni alunno.

4 Aprile 2016

Avv. Francesco Marcellino

---

<sup>16</sup> Ci si riferisce alle leggi finanziarie degli anni 2007 e 2008.

