

Federico Girelli

---

**QUALE GIUDICE PER GLI ALUNNI  
CON DISABILITÀ?**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

# DECISIONI DI RILIEVO COSTITUZIONALE

---

CORTE DI CASSAZIONE — Sezioni Unite civili — Sentenza 25 novembre 2014 n. 25011 — Pres. Rovelli — Est. Giusti — P.M. Apice (concl. conf.) — Istituto comprensivo di Tavagnacco e Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca — Cudini Viviana e Bettin Alberto.

**[4564/208] Istruzione pubblica - Insegnati di sostegno - Portatori di *handicap* - Piano educativo individualizzato - Riduzione delle ore di sostegno scolastico - Discriminazione indiretta - Giurisdizione ordinaria o amministrativa - Autorità giudiziaria ordinaria.**

(L. 5 febbraio 1992 n. 104, artt. 3, 12, 13; l. 1 marzo 2006 n. 67, artt. 2 e 3; d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, art. 133).

*L'amministrazione scolastica è tenuta a garantire le ore di sostegno indicate nel Piano Educativo Individualizzato. L'assegnazione di un numero inferiore di ore di sostegno configura una discriminazione indiretta nei confronti dell'alunno disabile ai sensi della l. n. 67 del 2006, con conseguente giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria (1).*

(*Omissis*).

CONSIDERATO IN DIRITTO. — 1. Con il primo motivo (difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1) i ricorrenti deducono che la posizione fatta valere dai genitori della bambina è di interesse legittimo, attesa la sussistenza di un potere discrezionale della pubblica amministrazione nell'erogazione del servizio pubblico. Né la devoluzione al giudice amministrativo della cognizione della controversia può rappresentare una compressione della tutela accordata alla parte, atteso che, a seguito del nuovo codice del processo amministrativo, i poteri del giudice amministrativo sono forse anche più pregnanti di quelli riconosciuti all'autorità giudiziaria ordinaria. Secondo i ricorrenti, le controversie relative al servizio di sostegno scolastico a favore di minori disabili spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, concernendo provvedimenti adottati dalla P.A. nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali in materia di pubblici servizi, fattispecie che si verifica quando i genitori promuovono un procedimento teso a conseguire l'aumento del numero di ore di supporto concesse al minore e quando, quindi, è messa in discussione la correttezza del potere amministrativo esercitato nell'organizzazione del servizio.

2. Il motivo è infondato.

2.1. Il quesito che la censura pone è se spetta al giudice ordinario o al giudice amministrativo la cognizione della controversia promossa dai genitori di una bambina disabile per lamentare la mancata predisposizione, da parte dell'Amministrazione scolastica, in un'ipotesi di *handicap* grave al 100%, delle ore di sostegno nella misura che, in sede di formulazione del piano educativo individualizzato, è stata individuata come necessaria per l'integrazione e l'assistenza dell'alunna nella scuola

materna: mancata predisposizione che ha impedito alla figlia dei ricorrenti di fruire, a differenza degli altri compagni normodotati, della frequenza scolastica a tempo pieno.

2.2. La giurisprudenza di queste Sezioni Unite ha sinora espresso un indirizzo costante nel senso della spettanza al giudice amministrativo delle controversie aventi ad oggetto il servizio di sostegno scolastico con insegnanti specializzati in favore dei minori portatori di *handicap*, e ciò sia sotto il vigore del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro delle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione della l. 15 marzo 1997, n. 59, art. 11, comma 4), nel testo modificato dalla l. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa), sia nella vigenza dell'art. 133 c.p.a., approvato con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

A tale riguardo, le ordinanze 19 gennaio 2007, n. 1144, e 29 aprile 2009, n. 9954, hanno evidenziato 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.

A sua volta — premesso che il d.lgs. n. 80 del 1998, art. 33 nel testo risultante dalla dichiarazione di parziale illegittimità di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, deve essere letto «nel senso che le controversie in materia di pubblici servizi rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo qualora si discuta, tra l'altro, di provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi» — l'ordinanza 25 marzo 2009, n. 7103, ha rilevato che, in tema di insegnamento di sostegno, «la normativa di settore riconosce all'amministrazione il potere-dovere di dare concretezza alle aspettative degli alunni mediante un'equa e ragionevole utilizzazione delle risorse, da ripartire fra gli aventi titolo sulla base di provvedimenti emanati anche alla luce di superiori scelte discrezionali».

In questa prospettiva, «la determinazione delle ore a disposizione del singolo diversamente abile costituisce ... il frutto di una prerogativa pubblicistica dell'amministrazione, che nel fissarle si pone in posizione di supremazia rispetto agli utenti del servizio»; sicché, qualora costoro contestino la congruità del supporto accordato, essi danno vita ad una vertenza che, «postulando necessariamente un giudizio sulla correttezza del potere esercitato in ordine alla organizzazione ed alle modalità di erogazione del sostegno, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «in quanto attinente al momento strutturale del servizio».

La stessa regola di riparto è enunciata dall'ordinanza 19 luglio 2013, n. 17664. In base a tale pronuncia, rientra, appunto, nella giurisdizione del giudice amministrativo il giudizio relativo al servizio di sostegno scolastico a favore di minori diversamente abili finalizzato alla condanna di un Comune all'esecuzione di interventi edilizi di tipo strutturale per l'eliminazione delle barriere architettoniche impeditive dell'accesso a locali pubblici, appartenendo tale controversia al novero di quelle aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, a norma dell'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. f).

2.3. Il caso all'esame di queste Sezioni Unite suggerisce una rimeditazione di questo indirizzo, per le ragioni di seguito precisate.

2.4. Occorre premettere che il diritto all'istruzione è parte integrante del riconoscimento e della garanzia dei diritti dei disabili, per il conseguimento di quella pari dignità sociale che consente il pieno sviluppo e l'inclusione della persona umana con disabilità.

Il diritto all'istruzione dei disabili è oggetto di specifica tutela da parte sia dell'ordinamento internazionale che di quello europeo ed interno.

A livello internazionale viene in rilievo la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 3 marzo 2009, n. 18. L'art. 24 della Convenzione pone a carico degli Stati il compito di dar vita ad un sistema educativo che preveda la loro integrazione scolastica a tutti i livelli e offra, nel corso dell'intera vita, possibilità di istruzione finalizzate: al pieno sviluppo del potenziale umano, del senso di dignità e dell'autostima ed al rafforzamento del rispetto dei diritti umani, delle libertà fondamentali e della diversità umana; allo sviluppo, da parte delle persone con disabilità, della propria personalità, dei talenti e della creatività, come pure delle proprie abilità fisiche e mentali, fino al loro massimo potenziale; a mettere in grado le persone con disabilità di partecipare effettivamente a una società libera. La stessa disposizione (al par. 2, lett. c) prevede che l'intervento dello Stato e delle strutture pubbliche deve mirare alla modificazione del contesto mediante l'abbattimento delle barriere in esso presenti che impediscono l'integrazione del disabile e la predisposizione di accomodamenti ragionevoli, vale a dire di misure pensate per andare incontro alle esigenze individuali del disabile.

A livello europeo, nel quadro dei valori di rispetto della dignità umana e dell'uguaglianza proclamati nell'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea, gli artt. 9 e 10 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione definiscono due criteri-obiettivo nella determinazione delle politiche ed azioni dell'Unione: la promozione di un elevato livello di istruzione e la lotta contro ogni tipo di discriminazione, compresa quella fondata sulla disabilità. Il contrasto alle discriminazioni fondate, tra l'altro, sulla disabilità costituisce oggetto della previsione contenuta nel successivo art. 19 del TFUE. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede che Ogni persona ha diritto all'istruzione (art. 14), che Tutte le persone sono uguali davanti alla legge (art. 20), che È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, ... sulla disabilità (art. 21), e che L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità (art. 26).

A livello interno, il disegno personalista presente nella nostra Costituzione, nel guardare all'individuo nella specificità delle sue condizioni umane e non secondo il paradigma astratto della soggettività, promuove in favore dei soggetti deboli, tra cui le persone con disabilità, un processo di riduzione delle disuguaglianze e dell'integrazione sociale per garantire loro l'effettivo godimento dei diritti fondamentali.

In attuazione dell'art. 34 Cost. e art. 38 Cost., comma 3, — che costituiscono attuazione dei principi fondamentali, di cui agli artt. 2 e 3 Cost., di pari dignità sociale e di eguaglianza sostanziale, con la solidarietà che funge da motore affinché le differenze di cui ciascuno è portatore non si trasformino in fattori di inferiorità e di esclusione — la l. 5 febbraio 1992, n. 104, all'art. 12, attribuisce al disabile il diritto soggettivo all'educazione ed all'istruzione nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie.

La l. 1° marzo 2006, n. 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni), nel promuovere la piena attuazione del prin-

cipio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali, traccia all'art. 2 una rilevante distinzione tra due possibili forme di violazione di tale parità (la discriminazione diretta, che ricorre quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga; e la discriminazione indiretta, che si ha quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone), e, all'art. 3, affida al giudice ordinario la competenza giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti discriminatori, richiamando (la disciplina dettata dal testo unico delle disposizioni concernenti l'immigrazione e la condizione dello straniero, di cui al d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 44 e oggi) le nuove norme sulla tutela antidiscriminatoria previste dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, art. 28.

2.5. Il diritto all'istruzione dei disabili è dunque ascritto alla categoria dei diritti fondamentali, la cui tutela passa attraverso l'attivarsi della pubblica amministrazione per il suo riconoscimento e la sua garanzia, mediante le doverose misure di integrazione e sostegno atte a rendere possibile ai portatori disabili la frequenza delle scuole, a partire da quella materna. Come ha ricordato la Corte costituzionale (sentenza n. 215 del 1987), «la frequenza scolastica» è, «insieme alle pratiche di cura e riabilitazione ed al proficuo inserimento nella famiglia», «un essenziale fattore di recupero del portatore di *handicap* e di superamento della sua emarginazione, in un complesso intreccio in cui ciascuno di tali elementi interagisce sull'altro e, se ha evoluzione positiva, può operare in funzione sinergica ai fini del complessivo sviluppo della personalità». E tra le misure di integrazione e sostegno previste dal legislatore onde garantire l'effettività del diritto all'istruzione del disabile vi è la somministrazione delle ore di insegnamento attraverso un docente specializzato: una figura che — assumendo la contitolarità della classe o delle sezioni in cui opera, partecipando a pieno titolo alla programmazione educativa e didattica — è chiamata a compiere la sua attività, non rapportandosi isolatamente con l'alunno disabile, ma a favorirne, in collaborazione con l'insegnante curricolare, l'integrazione con l'intera classe.

2.6. La natura fondamentale del diritto all'istruzione del disabile non è di per sé sufficiente a ritenere devolute le controversie che ad esso si riferiscono alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale.

Per un verso, infatti, occorre considerare la presenza nell'ordinamento di una norma — l'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. c), — che, in continuità con l'abrogato d.lgs. n. 80 del 1998, art. 33 attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi ... relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo. Per l'altro verso, e più in generale, la categoria dei diritti fondamentali non delimita un'area impenetrabile all'intervento di pubblici poteri autoritativi: questi sono sempre più spesso chiamati, non solo all'assolvimento dei compiti rivolti ad attuare i diritti costituzionalmente garantiti, ma anche ad offrire ad essi una tutela sistemica, nel bilanciamento con le esigenze di funzionalità del servizio pubblico e tenendo conto, ai fini del soddisfacimento dell'interesse generale, del limite delle risorse disponibili secondo le scelte allocative compiute dagli organi competenti. Sotto questo profilo, la sussistenza di poteri conferiti dalla legge alla pubblica amministrazione anche quando il bene della vita coinvolto è proiezione di un diritto fondamentale, trova conferma sia nel riconoscimento, ad opera della Corte

costituzionale, della idoneità del giudice amministrativo «ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa» (sentenza n. 140 del 2007); sia nelle previsioni legislative contenute nel codice del processo amministrativo che escludono che la concessione o il diniego della misura cautelare possa essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale (art. 55), o che, ad esempio, affidano alla giurisdizione esclusiva del giudice speciale le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati (art. 133, comma 1, lett. p).

Del resto queste Sezioni unite (ordinanza 10 luglio 2006, n. 15614), proprio in materia di servizio scolastico, in una vicenda relativa ad un diritto inviolabile quale la libertà religiosa, hanno statuito che la controversia avente ad oggetto la contestazione della legittimità dell'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche, avvenuta — pur in mancanza di una espressa previsione di legge impositiva dell'obbligo — sulla base di provvedimenti dell'autorità scolastica conseguenti a scelte dell'amministrazione, contenute in regolamenti e circolari ministeriali, riguardanti le modalità di erogazione del pubblico servizio, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi del d.lgs. n. 80 del 1998, art. 33 venendo in discussione provvedimenti dell'autorità scolastica che, essendo attuativi di disposizioni di carattere generale adottate nell'esercizio del potere amministrativo, sono riconducibili alla pubblica amministrazione-autorità.

2.6.1. Ai fini del riparto di giurisdizione, occorre piuttosto muovere dalla verifica se, a seguito della redazione conclusiva, da parte dei soggetti pubblici competenti, del piano educativo individualizzato, contenente l'indicazione delle ore di sostegno necessarie ai fini dell'educazione e dell'istruzione, ci si trovi di fronte, in presenza di una situazione di *handicap* particolarmente grave, ad un diritto, ad essere seguiti da un docente specializzato, già pienamente conformato, nella sua articolazione concreta, rispetto alle specifiche necessità dell'alunno disabile, o se vi sia ancora per la pubblica amministrazione-autorità spazio discrezionale per diversamente modulare da un punto di vista quantitativo (e quindi per ridurre) gli interventi in favore della salvaguardia del diritto all'istruzione dello studente disabile.

2.6.2. Ad avviso del Collegio, la soluzione è nel senso del 1 corno dell'alternativa.

Dal formante legislativo si traggono, infatti, l'assoluta centralità del piano educativo individualizzato, inteso come strumento rivolto a consentire l'elaborazione di una scelta condivisa, frutto anche del confronto tra genitori dell'alunno disabile e amministrazione; e, inoltre, l'immediato e doveroso collegamento, in presenza di specifiche tipologie di *handicap*, tra le necessità prospettate dal piano e il momento dell'assegnazione o della provvista dell'insegnante di sostegno.

Sotto il primo profilo, già secondo la previsione della L. n. 104 del 1992, art. 12 l'attenzione alla persona disabile e alla sua diversità si concretizza nella formulazione, appunto, 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 dell'istruzione. Del piano educativo è parte integrante il profilo dinamico-funzionale, che indica le

caratteristiche fisiche, psichiche e sociali ed affettive dell'alunno e pone in rilievo sia le difficoltà di apprendimento conseguenti alla situazione di *handicap* e le possibilità di recupero, sia le capacità possedute che devono essere sostenute, sollecitate e progressivamente rafforzate e sviluppate nel rispetto delle scelte culturali della persona handicappata. Tra le norme finalizzate alla promozione dell'autonomia e dell'integrazione e dell'inserimento del disabile, la l. n. 104 del 1992, art. 13, comma 3, prevede attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati. Il quadro normativo è stato successivamente integrato dal d.l. 31 maggio 2000, n. 78, art. 10, comma 5, (Misure urgenti in tema di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122, con la previsione che i soggetti chiamati a formulare il piano educativo individualizzato elaborano anche 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'alunno disabile richieste dal piano educativo individualizzato. È poi nella disciplina di indirizzo e coordinamento recata dal d.P.R. 24 febbraio 1994 l'indicazione che gli interventi propositivi in quella sede formulati da ciascun componente in base alla propria esperienza pedagogica, medico-scientifica e di contatto e tenendo dei dati derivanti dalla diagnosi funzionale e dal profilo dinamico funzionale, vengono, successivamente, integrati tra 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 (art. 5, comma 4).

Quanto agli insegnanti di sostegno per l'integrazione degli alunni handicappati, preme osservare che la l. 27 dicembre 1997, n. 449, art. 40 (Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica), nel fissarne, al comma 3, la dotazione organica (un insegnante per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente frequentanti gli istituti scolastici statali della provincia), ha anche previsto, al comma 1, la possibilità di assunzioni con contratto a tempo determinato in deroga al rapporto docenti-alunni in presenza di *handicap* particolarmente gravi, e che, successivamente, la l. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, comma 605, lett. b), (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato), ha sostituito, al criterio numerico di cui al citato l. n. 449 del 1997, art. 40, comma 3, il principio della individuazione, ad opera del Ministro dell'istruzione, 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.

Vero è che la l. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 2, commi 413 e 414, (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato — Legge finanziaria 2008) ha, da un lato, fissato un limite massimo al numero degli insegnanti di sostegno (non superiore complessivamente al 25 per cento del numero delle sezioni e delle classi previste nell'organico di diritto dell'anno scolastico 2006/2007), e, dall'altro, ha eliminato la possibilità di assumerli in deroga, in presenza nelle classi di studenti con disabilità grave; ma le previsioni contenute nel citato art. 2 sono state dichiarate costituzionalmente illegittime dalla sentenza n. 80 del 2010 della Corte costituzionale.

La Corte costituzionale ha infatti rilevato:

— che, sebbene il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili goda di discrezionalità, «detto potere discrezionale

non ha carattere assoluto e trova un limite nel ... rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»;

— che le norme impugnate hanno inciso «sull'indicato nucleo indefettibile di garanzie» «individuato quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore»;

— che la scelta «di sopprimere la riserva che consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato non trova alcuna giustificazione nel nostro ordinamento, posto che detta riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave»;

— che la *ratio* della norma, che prevede la possibilità di stabilire ore aggiuntive di sostegno, è «quella di apprestare una specifica forma di tutela ai disabili che si trovino in condizione di particolare gravità; si tratta dunque di un intervento mirato, che trova applicazione una volta esperite tutte le possibilità previste dalla normativa vigente» e che «non si estende a tutti i disabili a prescindere dal grado di disabilità, bensì tiene in debita considerazione la specifica tipologia di *handicap* da cui è affetta la persona *de qua*»;

— che «le disposizioni impugnate si appalesano irragionevoli e sono, pertanto, illegittime nella parte in cui, stabilendo un limite massimo invalicabile al numero delle ore di insegnamento di sostegno, comportano automaticamente l'impossibilità di avvalersi, in deroga al rapporto tra studenti e docenti stabilito dalla normativa statale, di insegnanti specializzati che assicurino al disabile grave il miglioramento della sua situazione nell'ambito sociale e scolastico». Successivamente, il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, art. 19, comma 11, (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito in legge, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, nel prevedere che l'organico dei posti di sostegno è determinato ai sensi della l. n. 244 del 2007, art. 2, commi 413 e 414 ha mantenuto ferma la possibilità di istituire posti in deroga, allorché si renda necessario per assicurare la piena tutela dell'integrazione scolastica (possibilità prevista anche dalla l. 27 dicembre 2002, n. 289, art. 35, comma 7, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato — Legge finanziaria del 2003"), ed ha stabilito che l'organico di sostegno è assegnato complessivamente alla scuola o a reti di scuole allo scopo costituite, tenendo conto della previsione del numero di tali alunni in ragione della media di un docente o-gni due alunni disabili, e che la scuola provvede ad assicurare la necessaria azione didattica e di integrazione per i singoli alunni disabili, usufruendo tanto dei docenti di sostegno che dei docenti di classe.

2.7. In conclusione, dal quadro legislativo di riferimento si evince che una volta che il piano educativo individualizzato, elaborato con il concorso determinante di insegnanti della scuola di accoglienza e di operatori della sanità pubblica, abbia prospettato il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell'alunno che versa in situazione di *handicap* particolarmente grave, 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, del personale docente specializzato, anche ricorrendo — se del caso, là dove la specifica situazione di disabilità del bambino richieda interventi di sostegno continuativi e più intensi — all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni, per rendere possibile la fruizione effettiva del diritto, costituzionalmente protetto, dell'alunno disabile all'istruzione, all'integrazione sociale e alla crescita in un ambiente favorevole allo sviluppo della sua personalità e delle sue attitudini. 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 all'attivazione, in suo favore, di un intervento corrispondente alle specifiche esigenze rilevate, 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 dalla l. n. 67 del 2006, art. 2 per tale intendendosi anche il comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica preposta all'organizzazione del servizio scolastico che abbia l'effetto di mettere la bambina o il bambino con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni.

E poiché la l. n. 67 del 2006, art. 3 oltre ad attribuire, a fronte di un comportamento discriminatorio, un'azione a favore del disabile, prevede altresì la procedura per far valere la tutela giurisdizionale, facendo rinvio al d.lgs. n. 150 del 2011, art. 28 che chiaramente individua nel giudice ordinario quello competente ad occuparsi della repressione di comportamenti discriminatori, correttamente la Corte d'appello ha confermato la statuizione del primo giudice circa l'appartenenza al giudice ordinario della competenza giurisdizionale a conoscere della controversia.

3. Il secondo mezzo lamenta omesso e/o insufficiente esame circa un punto decisivo della controversia in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, sotto il profilo dell'insussistenza in concreto di una condotta discriminatoria e di un pregiudizio in danno della minore. Sostengono i ricorrenti che la Corte d'appello non avrebbe considerato le risultanze processuali, da cui emerge che nel corso dell'anno scolastico 2011-2012 la bambina — nel frequentare la scuola con orario dalle 8 alle 13 su cinque giorni settimanali e nel condividere con il resto della classe il momento del pranzo — ha usufruito di 12,5 ore di sostegno e di 9 ore di educatore socio-educativo, per complessive 21,5 ore, e che tutto il personale docente ed il personale della scuola dell'infanzia frequentata dalla minore si è attenuto ad una logica e pratica inclusiva, il che presuppone che la minore diversamente abile non venga affidata esclusivamente ad un docente differenziato rispetto ai compagni. E poiché in materia spetta all'amministrazione di determinare le modalità concrete, anche alla luce delle risorse disponibili, attraverso le quali perseguire l'integrazione, dal mero computo delle ore di sostegno non potrebbe evincersi il titolo per invocare la condotta discriminatoria, soprattutto là dove risulti che, come nel caso di specie, non si è realizzata alcuna penalizzazione della bambina, al suo primo approccio con la scuola dell'infanzia. Né il giudice, pur espressamente richiesto, avrebbe disposto una consulenza tecnica volta ad accertare l'efficacia dell'azione didattica ed educativa svolta dalla scuola nei confronti della minore. Sarebbe erronea la conclusione di una discriminazione rispetto ai minori normodotati, essendo stato provato come numerosi bambini normodotati iscritti alla stessa classe frequentavano con il medesimo orario della piccola Giorgia dalle 8 alle 13, pranzo compreso, e non per 40 ore settimanali. Data la tipologia di *handicap* della minore, una maggiore frequenza sin dal primo anno, aggravando l'impegno oltre il limite di sostenibilità da parte dell'allieva, sarebbe stata pregiudizievole degli interessi della stessa, tanto più che la frequenza con orario antimeridiano era stata concordata con la famiglia almeno fino a Natale.

3.1. Il motivo è inammissibile, perché si risolve, in sostanza, nella denuncia della incongruenza della motivazione svolta dalla sentenza impugnata.

Occorre rilevare che il fatto storico rilevante in causa è stato preso in considerazione dal giudice del merito, il quale ha rilevato: che a Giorgia — affetta da un *handicap* grave al 100% — nel piano educativo individualizzate erano state asse-

gnate 25 ore settimanali con l'insegnante di sostegno, mentre ha usufruito in un primo tempo soltanto di 6 ore, e poi di 12 ore; che, per effetto della insufficiente messa a disposizione dell'insegnante di sostegno per il numero di ore prefigurato come necessario, la bambina non ha avuto la possibilità, a differenza degli altri bambini normodotati frequentanti la stessa classe, di rimanere a scuola anche nelle ore pomeridiane.

La censura proposta in questa sede dalle Amministrazioni ricorrenti tende a prospettare una diversa valutazione delle risultanze probatorie, investendo il merito della decisione.

Prima ancora, essa, nell'addebitare alla Corte territoriale di non avere considerato le risultanze processuali, si scontra con il limite di deducibilità del vizio di motivazione della sentenza, essendo nella specie applicabile, *ratione temporis*, il nuovo testo dell'art. 360 c.p.c., n. 5 come sostituito dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, comma 1, lett. b), convertito, con modificazioni, nella l. 7 agosto 2012, n. 134. Per effetto della nuova previsione del codice di rito, infatti, per un verso l'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sé vizio di omesso esame di un fatto decisivo se il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque, come nella specie, preso in considerazione dal giudice; e, per l'altro verso, la riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità comporta che l'anomalia motivazionale denunciarle in sede di legittimità è solo quella che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all'esistenza della motivazione in sé, come risulta dal testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali, e si esaurisce, con esclusione di alcuna rilevanza del difetto di "sufficienza", nella mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, nella motivazione apparente, nei contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, nella motivazione perplessa ed obiettivamente incomprendibile (Sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053; Sez. un., 22 settembre 2014, n. 19881; Sez. un., 23 ottobre 2014, n. 22553). Nel caso all'esame, nessuna delle descritte anomalie sussiste, avendo la Corte d'appello non solo individuato le fonti del proprio convincimento nella ricostruzione e nella valutazione dei profili di fatto della vicenda, ma anche dato spiegazione, logica e coerente, del perché le ragioni di impugnazione della difesa erariale sono state disattese.

4. Il terzo motivo è rubricato «violazione e/o falsa applicazione delle norme che disciplinano la scuola dell'infanzia; erronea affermazione della lesione del diritto all'istruzione in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3». Avrebbe errato la Corte d'appello ad avere configurato un univoco servizio scolastico per tutti i gradi di istruzione, senza distinzione tra scuola dell'obbligo e scuola scelta liberamente dalle famiglie. La scuola dell'infanzia non è scuola dell'obbligo, sicché non entrerebbe in gioco alcun diritto all'istruzione. Nella scuola dell'infanzia è previsto, a fronte del contenimento della spesa pubblica, un contingentamento di sezioni. Se l'ordinamento ammette — anzi prevede — le liste d'attesa, allora il servizio in questione non dovrebbe essere inteso in termini assoluti e incompressibili, essendo lo stesso condizionato alle risorse in concreto disponibili.

#### 4.1. Il motivo è infondato.

La censura muove innanzitutto da un inesatto presupposto ermeneutico là dove circoscrive alla scuola dell'obbligo il diritto all'istruzione dell'alunno disabile. È esatto che l'iscrizione alla scuola dell'infanzia è facoltativa (d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, art. 99, comma 3; d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59, art. 1); ma ciò non toglie che, per espressa previsione legislativa (l. n. 104 del 1992, art. 12), il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata è garantito anche nella scuola dell'infanzia.

Detta scuola infatti — proprio in quanto luogo chiamato a concorrere all'educazione e allo sviluppo affettivo, psicomotorio, cognitivo, morale, religioso e sociale delle bambine e dei bambini, promuovendone le potenzialità di relazione, autonomia, creatività, apprendimento, e ad assicurare un'effettiva eguaglianza delle opportunità educative (d.lgs. n. 59 del 2004, art. 1 cit.) — ha, tra i propri valori fondativi, l'accoglienza, l'integrazione e l'inclusione scolastica delle bambine e dei bambini disabili. Nel disegno legislativo, dunque, la partecipazione al processo educativo che si realizza nella scuola dell'infanzia con insegnanti e compagni normodotati costituisce un rilevante fattore di socializzazione: essa non solo può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità di chi si trova in una situazione di svantaggio, al dispiegarsi cioè di quelle sollecitazioni psicologiche atte a migliorare i processi di apprendimento, di comunicazione e di relazione attraverso la progressiva riduzione dei condizionamenti indotti dalla minorazione, ma anche può indurre a rispettare ed accettare la diversità come parte della diversità dell'umanità stessa.

Quanto, poi, al limite delle risorse disponibili, occorre rilevare che il quadro costituzionale (cfr. la citata sentenza n. 80 del 2010 della Corte costituzionale) e legislativo è nel senso della necessità per l'amministrazione scolastica di erogare il servizio didattico predisponendo le misure di sostegno necessarie per evitare che il bambino disabile altrimenti fruisca solo nominalmente del percorso di educazione e di istruzione, essendo impossibilitato di accedere ai contenuti dello stesso in assenza di adeguate misure compensative volte a rimuovere le conseguenze negative della situazione di svantaggio in cui si trova. In presenza di un *handicap* grave, l'amministrazione ha gli strumenti per dare piena attuazione alle misure corrispondenti alle esigenze del bambino, per come prefigurate in concreto e, nello specifico, seguito della redazione conclusiva del piano educativo individualizzato, il quale, accertando la misura in cui il servizio di sostegno è necessario per quel disabile, individua un nucleo indefettibile insuscettibile di riduzione o compressione in sede di determinazioni esecutive.

#### 5. Il ricorso è rigettato.

Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

Stante la non debenza da parte delle Amministrazioni pubbliche ricorrenti del versamento del contributo unificato, non si deve far luogo alla dichiarazione di sussistenza dei presupposti di cui alla l. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato — Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto il comma 1-quater al testo unico di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13 ai fini del raddoppio dello stesso (Sez. un., 8 maggio 2014, n. 9938). (*Omissis*).

(1) A commento della decisione pubblichiamo un'osservazione del dott. Federico Girelli.

### Quale giudice per gli alunni con disabilità?

1. L'effettività del diritto «fondamentale» all'istruzione delle persone con disabilità è assicurata grazie (anche) all'assegnazione delle ore di soste-

gno calcolate sulla base delle specifiche esigenze dell'alunno: questo è l'apporto della giurisprudenza costituzionale (1).

Non sempre ciò accade, pertanto le famiglie di questi studenti debbono rivolgersi alla magistratura per far valere tale diritto fondamentale (2).

La decisione in commento rappresenta un ulteriore tassello della progressiva definizione del quadro di tutela prevista per gli alunni con disabilità.

In quest'occasione, l'Istituto Comprensivo di Tavagnacco ed il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, già soccombenti in primo e secondo grado, vedono ancora una volta frustrate le loro ragioni davanti alle Sezioni Unite della Cassazione, che sanciscono la giurisdizione del giudice ordinario.

La vicenda ha tratto origine da un primo ricorso promosso avanti al Tribunale di Udine, con il quale i genitori di una bambina affetta dalla sindrome di Angelmann avevano lamentato la condotta discriminatoria *ex art. 3 l. 1° marzo 2006, n. 67* (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni) dell'Amministrazione scolastica, che aveva deciso di concedere un numero di ore di insegnamento di sostegno inferiore alle 25 settimanali indicate nel PEI (Piano educativo individualizzato).

Il Tribunale ha ordinato la immediata cessazione della condotta discriminatoria e l'assegnazione quindi delle 25 ore settimanali con condanna al risarcimento del danno non patrimoniale e alle spese di lite.

In appello è stata confermata la giurisdizione del giudice ordinario in quanto la legge n. 67/2006 ed il d.lgs. n. 150/2011 affidano alla cognizione del tribunale ordinario le controversie in materia di discriminazione. Circa il merito, la Corte d'appello di Trieste «ha sottolineato» che nel PEI erano state assegnate 25 ore settimanali, mentre la bambina aveva goduto solo di 6 ore di sostegno, dapprima, e di 12 ore in un secondo momento; non solo, avrebbe dovuto, come tutti gli altri bambini, poter frequentare la scuola anche nel pomeriggio, atteso che il «diritto a non essere discriminato» va garantito anche nella scuola dell'infanzia a tenore dell'art. 12 della legge n. 104/1992 (3).

Il primo motivo di ricorso in Cassazione attiene proprio alla giurisdizione, che le Amministrazioni ricorrenti ancora una volta assumono spettare al giudice amministrativo in quanto la posizione fatta valere dai genitori dell'interessata sarebbe di interesse legittimo e, in ogni modo, la materia del servizio del sostegno scolastico ricadrebbe nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

---

(1) Vedi Corte cost. n. 80/2010.

(2) Del resto, proprio di recente con riferimento alla tutela di diritti fondamentali Corte cost. n. 238/2014 ha affermato: «Sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela». Per la tutela della posizione delle persone con disabilità nei confronti dell'attività della P.A. vedi già A. PACE, *Diritti degli handicappati e inadempienze della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.* 1980, I, 1995.

(3) Vedi *infra* nota 21.

Questo motivo, come detto, non viene accolto (ed invero nemmeno gli altri due) (4) sulla base di argomentazioni che contemplano anche significative precisazioni in tema di diritto all'istruzione delle persone con disabilità.

Intanto viene subito individuato il quesito posto dalla censura: «se spett[i] al giudice ordinario o al giudice amministrativo la cognizione della controversia promossa dai genitori di una bambina disabile per lamentare la mancata predisposizione, da parte dell'Amministrazione scolastica, in un'ipotesi di *handicap* grave al 100%, delle ore di sostegno nella misura che, in sede di formulazione del piano educativo individualizzato, è stata individuata come necessaria per l'integrazione e l'assistenza dell'alunna nella scuola materna: mancata predisposizione che ha impedito alla figlia dei ricorrenti di fruire, a differenza degli altri compagni normodotati, della frequenza scolastica a tempo pieno» (5).

Richiamato, quindi, l'«indirizzo costante» delle stesse Sezioni Unite per cui le «controversie aventi ad oggetto il servizio di sostegno scolastico con insegnanti specializzati in favore dei minori portatori di *handicap*» ricadono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la Cassazione afferma che «il caso all'esame [...] suggerisce una rimediazione di questo indirizzo».

Che si tratti di decidere su diritti e non su interessi legittimi è dato praticamente per scontato, come emerge nitidamente già dall'*incipit* della motivazione secondo il quale «il diritto all'istruzione è parte integrante del riconoscimento e della garanzia dei diritti dei disabili, per il conseguimento di quella pari dignità sociale che consente il pieno sviluppo e l'inclusione della persona umana con disabilità» (6).

La «specifica tutela» assicurata a questo *diritto* viene illustrata ricostruendo l'articolato quadro normativo di riferimento, invero già delineato nella sentenza della Corte costituzionale n. 80/2010, onde dimostrarne la consistente «copertura» positiva ad ogni livello: internazionale, europeo e interno.

In particolare sono stati richiamati: l'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, che prevede anche che lo Stato predisponga «accomodamenti ragionevoli», formula (forse un po' ambigua) di cui le Sezioni Unite in quest'occasione danno una precisa interpretazione in termini di «misure pensate per andare incontro alle esigenze individuali del disabile»; le disposizioni del Trattato sull'Unione Europea (art. 2), del Trattato sul funzionamento dell'Unione (artt. 9, 10 e 19) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 14, 20, 21

---

(4) Vedi *infra* § 3.

(5) Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 2 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

(6) Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 2.4 del *Considerato in diritto*. Per la tutela delle persone con disabilità nel quadro costituzionale vedi, da ultimo, C. COLAPIETRO, *Disabilità, crisi economica e giudice delle leggi*, in *Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, a cura di C. COLAPIETRO e A. SALVIA, Napoli 2013, 166 ss.; in particolare sulla dignità vedi R. BELLI, *Vivere eguali. Disabili e compartecipazione al costo delle prestazioni*, prefazione di B. DEIDDA, Milano 2014, 103 ss.

e 26), che, inoltre, non mancano di sancire in modo espresso il divieto di discriminazione fondata sulla disabilità; il «disegno personalista presente nella nostra Costituzione», i cui principi fondamentali, espressi negli artt. 2 e 3 Cost., trovano «attuazione» già negli artt. 34 e 38, comma 3, Cost., a loro volta concretati dall'art. 12 della legge n. 104/1992, che «attribuisce al disabile il diritto soggettivo all'educazione ed all'istruzione nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie» (7).

Sul piano interno, poi, viene altresì precisato che la legge n. 67/2006, che disciplina le ipotesi di discriminazione «diretta» e «indiretta», «affida al giudice ordinario la competenza giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti discriminatori».

La ricognizione delle fonti che interessano il diritto all'istruzione delle persone con disabilità conduce, quindi, la Cassazione a reputarlo «ascritto alla categoria dei diritti fondamentali», la cui «effettività» è garantita grazie anche alla somministrazione delle ore di sostegno, contemplata appunto dal legislatore.

2. Nondimeno, la Suprema Corte afferma (correttamente) che la natura fondamentale del diritto in parola «non è di per sé sufficiente» a radicare la giurisdizione in capo al giudice ordinario: in questo senso depongono sia diverse norme contenute nel codice del processo amministrativo in tema di giurisdizione esclusiva [artt. 55 e 133, comma 1, lett. c) e p)], sia la stessa giurisprudenza di legittimità, così come quella costituzionale che ha riconosciuto la «idoneità del giudice amministrativo “ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa” (8)».

La categoria dei diritti fondamentali, dunque, «non delimita un'area impenetrabile all'intervento di pubblici poteri autoritativi» (9).

Il nodo vero da sciogliere in punto di giurisdizione consiste nella verifica se, una volta redatto il PEI, che indica le ore di sostegno «necessarie ai fini dell'educazione e dell'istruzione», sussista, specie in caso di disabilità particolarmente grave, «un diritto, ad essere seguiti da un docente specializzato, già pienamente conformato, nella sua articolazione concreta, rispetto alle specifiche necessità dell'alunno» oppure se la pubblica amministrazione conservi ancora un margine di discrezionalità per ridurre eventualmente gli interventi programmati a «salvaguardia del diritto all'istruzione dello studente disabile».

---

(7) Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 2.4 del *Considerato in diritto*.

(8) Vedi Corte cost. n. 140/2007.

(9) Secondo L. DIOTALLEVI, *La giurisdizione sui diritti “fondamentali” alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo*, in questa *Rivista*, retro, 291 tale motivazione, «mentre sotto il profilo sostanziale, contribuisce a revocare in dubbio la tesi dell'“ontologica” incompatibilità tra potere pubblico e diritti “fondamentali”, dal punto di vista processuale, rappresenta un'ulteriore — ancorché indiretta — conferma della piena ammissibilità della giurisdizione del giudice amministrativo su tali situazioni giuridiche soggettive».

Subito la Cassazione afferma di aderire alla tesi del «diritto [...] già pienamente conformato».

Vengono sottolineati l'«assoluta centralità» del PEI, che viene redatto anche grazie al «confronto» fra genitori e scuola, così come «l'immediato e doveroso collegamento» tra le esigenze dell'alunno disabile specificate nel piano e l'assegnazione delle ore di sostegno.

È, del resto, proprio il «formante legislativo» che consente di così intendere la funzione del PEI, la cui approvazione fa sì che l'amministrazione sia «priva di un potere discrezionale [...] capace di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa [...] la misura di quel supporto integrativo così come individuato dal piano»; non solo, in capo all'amministrazione insorge il «dovere di assicurare l'assegnazione [...] del personale docente specializzato, anche ricorrendo [...] all'attivazione di un posto di sostegno in deroga».

Sul punto della dotazione organica degli insegnanti di sostegno, anzi, le Sezioni Unite illustrano la relativa disciplina così come incisa dalla sentenza della Corte costituzionale n. 80/2010, che ne ha dichiarato l'incostituzionalità «nella parte in cui fissa un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno» ed anche «nella parte in cui esclude la possibilità [...] di assumere insegnanti di sostegno in deroga, in presenza nelle classi di studenti con disabilità grave, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente», e così come integrata successivamente onde appunto dar seguito all'intervento del Giudice delle leggi (10).

Alla sentenza n. 80/2010, le cui statuizioni vengono ampiamente ora richiamate dalla Cassazione (11), aveva dato in verità già pronto seguito la sesta sezione del Consiglio di Stato con la sentenza n. 2231/2010 (12).

---

(10) Vedi l'art. 19, comma 11, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), conv., con modif., in l. 15 luglio 2011 n. 111, rubricato *Razionalizzazione della spesa relativa all'organizzazione scolastica*: «L'organico dei posti di sostegno è determinato secondo quanto previsto dai commi 413 e 414 dell'articolo 2 della l. 24 dicembre 2007, n. 244, fermo restando che è possibile istituire posti in deroga, allorché si renda necessario per assicurare la piena tutela dell'integrazione scolastica. L'organico di sostegno è assegnato complessivamente alla scuola o a reti di scuole allo scopo costituite, tenendo conto della previsione del numero di tali alunni in ragione della media di un docente ogni due alunni disabili; la scuola provvede ad assicurare la necessaria azione didattica e di integrazione per i singoli alunni disabili, usufruendo tanto dei docenti di sostegno che dei docenti di classe. A tale fine, nell'ambito delle risorse assegnate per la formazione del personale docente, viene data priorità agli interventi di formazione di tutto il personale docente sulle modalità di integrazione degli alunni disabili. Le commissioni mediche di cui all'articolo 4 della l. 5 febbraio 1992, n. 104, nei casi di valutazione della diagnosi funzionale costitutiva del diritto all'assegnazione del docente di sostegno all'alunno disabile, sono integrate obbligatoriamente con un rappresentante dell'INPS, che partecipa a titolo gratuito».

(11) Vedi Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 2.6.2 del *Considerato in diritto*.

(12) Cons. St., Sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2231, in questa *Rivista* 2010, 1827, con osservazione di F. MADEO, *Insegnante di sostegno: possibile la presenza per tutte le ore di frequenza scolastica dello studente disabile grave*.



Il Consiglio di Stato aveva così precisato quanto stabilito dalla Consulta:

1) il diritto all'istruzione del disabile, ed in particolare del disabile grave, è un diritto *fondamentale*;

2) ferma la discrezionalità del legislatore nella individuazione delle misure utili a realizzare tale diritto, esiste un nucleo di garanzie *indefettibile*;

3) l'obiettivo primario è la massima tutela possibile del diritto del disabile grave all'*istruzione* ed all'*integrazione nella classe e nel gruppo*; non per questo, tuttavia, le ore di sostegno debbono sempre essere pari a quelle di frequenza, se «dall'analisi accurata della situazione specifica nel quadro di ragioni e vincoli oggettivi» emerge una minore necessità e sempre che il citato nucleo indefettibile non venga «scalfito»;

4) l'intervento della Corte ha reso possibile l'assunzione di insegnanti in deroga, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente;

5) l'accertamento della situazione di gravità dello studente disabile può anche comportare l'assegnazione di ore di sostegno pari a quelle di frequenza: in ogni modo la scelta *deve* essere volta ad assicurare «la più ampia ipotesi possibile di sostegno nelle condizioni date».

Il Consiglio di Stato, confermata la «natura di diritto soggettivo» della situazione giuridica soggettiva in capo agli «alunni portatori di *handicap*» (ovverosia il «diritto soggettivo all'insegnamento individualizzato»), nel caso di specie aveva quindi così deciso (13):

a) l'Amministrazione deve «riconsiderare il numero delle ore di sostegno»;

b) la nuova determinazione va effettuata sulla base della «specificità della situazione» e «considerati gli ulteriori strumenti di tutela che siano previsti (come il servizio socio-educativo)»;

c) le ore di sostegno così calcolate possono coincidere o meno con quelle di frequenza, ma debbono essere comunque maggiori di quelle attualmente assegnate;

d) la quantificazione va motivata in funzione della finalità di «perseguire al meglio l'obiettivo dell'integrazione del disabile nelle condizioni date»;

e) tale finalità giustifica «l'eventuale ricorso anche ad assunzione "in deroga"».

A questa sentenza è poi seguita una conforme giurisprudenza di diversi Tribunali Amministrativi Regionali, che, in alcuni casi, hanno anche con-

---

(13) S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Milano 2012, 254 puntualizza che il Consiglio di Stato ha «riformato una decisione del T.A.R. Friuli-Venezia Giulia per non aver riconosciuto che il diritto all'istruzione, all'educazione e all'integrazione scolastica è un diritto fondamentale, non suscettibile di affievolimento». Del resto, già Corte cost. n. 140/2007 «ha affermato [...] che nessun principio costituzionale qualifica il giudice ordinario come giudice naturale dei diritti fondamentali e che, pertanto, non v'è preclusione, almeno nelle materie esclusive, a che il giudice amministrativo possa conoscere anche dei diritti fondamentali nella persona», così F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, in *www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com*, n. I — 2008.



dannato il Ministero dell'Istruzione al risarcimento del danno nonché al pagamento delle spese di lite (14).

Il Consiglio di Stato (Sez. VI), anzi, è poi tornato a pronunciarsi in materia con l'ordinanza n. 1390/2012, disponendo che dovesse «essere assicurata un'ora di sostegno per ogni ora di frequenza scolastica» alla studentessa con disabilità, nel cui interesse era stato appunto promosso il ricorso.

Se, in ultima analisi, non può che valutarsi positivamente l'approdo della giurisprudenza amministrativa, nondimeno giova ricordare anche alcune «osservazioni» fatte con particolare riferimento all'ultima ordinanza citata: l'assegnazione di ore di sostegno per l'intero orario scolastico non necessariamente corrisponde alle «effettive esigenze» dell'alunno, che *in primis*, invero, esigono l'integrazione «coi compagni e nei programmi della classe». In questo senso debbono operare tutti i docenti curricolari della classe, avvalendosi del sostegno di un docente specializzato. Il punto è che i docenti degli alunni con disabilità «sono tutti i docenti della classe» ed è per questo che su questa materia andrebbe sensibilmente potenziata la formazione dei docenti curricolari: se non si cercherà seriamente di realizzare una vera integrazione scolastica, l'autorità giudiziaria non potrà che confermare questo orientamento con «notevole aggravio a carico dell'erario» (15).

Insomma il sostegno deve funzionare quale autentico «sostegno all'inclusione» e va scongiurato il rischio che degradi, per una sorta di contrappasso, a strumento (magari inconsapevole) di ghettizzazione.

La piena realizzazione del diritto all'istruzione degli studenti disabili è, quindi, intimamente legata alla loro effettiva integrazione nella scuola, il cui vantaggio educativo e formativo, va sottolineato, involge tutti gli studenti, non solo quelli con disabilità.

3. Ferme queste precisazioni, è indubbio che la consolidata giurisprudenza amministrativa, resa in sede di giurisdizione esclusiva, abbia assicurato piena tutela agli alunni con disabilità.

La sentenza in commento si inserisce in tale contesto e, almeno in un primo momento, ha determinato qualche incertezza nei TAR circa la propria giurisdizione in materia (16).

---

(14) Vedi, ad esempio, TAR Calabria (Catanzaro, sez. II) n. 2547/2010; TAR Campania (Napoli, sez. VI) n. 17532/2010; TAR Sardegna (Cagliari, sez. I) nn. 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580 del 2010. Più di recente, tra le molte, vedi TAR Toscana (Firenze, sez. I) n. 151/2014: «questo Tribunale, con orientamento costante (*ex multis* TAR Toscana, sez. I, 18 aprile 2012, n. 763), ha sancito che gli alunni diversamente abili hanno un diritto soggettivo a fruire del sostegno scolastico secondo quanto stabilito dal loro piano educativo individualizzato, mentre le risultanze di quest'ultimo possono essere contestate con apposita azione di annullamento».

(15) Vedi [http://aipd.it/aipd\\_scuola/](http://aipd.it/aipd_scuola/) (scheda n. 383 di S. NOCERA) e vedi anche le analoghe osservazioni sempre di S. NOCERA con riferimento a TAR Lazio (Roma, Sez. III Bis) n. 5123/2012 (scheda n. 387).

(16) Se, ad esempio, TAR Sicilia (Palermo, sez. III) n. 3111/2014 e TAR Toscana (sez. I) nn. 2036/2014 e 404/2015 hanno affermato la propria giurisdizione, TAR Campania (Napoli, sez. VIII) n. 370/2015, invece, l'ha declinata e, da ultimo, in

Nel caso di specie dirimente è il fatto che la Cassazione sia stata chiamata a pronunciarsi in un giudizio promosso ai sensi della legge n. 67/2006 che, in forza del rinvio all'art. 28 del decreto legislativo n. 150/2011, radica la giurisdizione sui «giudizi civili» (appunto) avverso gli atti e i comportamenti discriminatori in capo al giudice ordinario: un giudizio, dunque, vertente sulle discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità (esattamente) incardinato in primo grado avanti al Tribunale civile, non una controversia sull'assegnazione delle ore di sostegno oggetto di giurisdizione esclusiva dei magistrati amministrativi.

La Cassazione ha quindi correttamente confermato la giurisdizione del giudice ordinario (peraltro sempre affermata in primo e secondo grado) sulla base di un dato positivo che, a detta della Cassazione stessa, «chiaramente individua nel giudice ordinario quello competente ad occuparsi della repressione di comportamenti discriminatori».

Le controversie, invece, relative alla mancata o insufficiente assegnazione delle ore di sostegno continuano a poter essere conosciute dal giudice amministrativo, la cui giurisprudenza, come detto, è ormai consolidata e pare offrire adeguata tutela (17).

Proprio la specificità del caso in esame, seppure deciso a Sezioni Unite (e, comunque, non in sede di regolamento di giurisdizione), sembra non consentire di affermare con nettezza che sia stata detta l'ultima parola in punto di riparto di giurisdizione.

Certamente le sentenze vanno interpretate secondo il c.d. canone della totalità, per cui il dispositivo non va letto isolatamente ma alla luce della motivazione che lo sorregge.

Ampia parte della motivazione della decisione in epigrafe, in effetti, è dedicata sostanzialmente a dimostrare che verrebbe a configurarsi addirittura una sorta di “carenza di potere” dell'amministrazione nel momento in cui vengono fissate nel PEI le ore di sostegno necessarie all'alunno, poiché essa, a fronte di un «diritto [...] già pienamente conformato», resterebbe «priva di un potere discrezionale» (18).

Tuttavia, tale presa di posizione pare volta più che altro a rispondere definitivamente e una volta per tutte ad una amministrazione (ottusa) che sin dal primo grado di giudizio aveva insistito nel sollevare l'eccezione di giurisdizione, puntualmente rigettata, nell'ambito di una controversia rispetto alla quale la legge non lascia dubbi circa la cognizione del giudice ordinario.

---

appello il Consiglio di Stato (sez. VI, ord. n. 4374/2015) ha rimesso all'Adunanza plenaria «la definizione dei parametri in base ai quali debba riconoscersi la giurisdizione del giudice amministrativo».

(17) S. NOCERA, *Scuola, nuova sentenza della Cassazione sul sostegno. Ma non va esaltata*, in *www.superabile.it* (9 dicembre 2014): «La Cassazione ha meritoriamente dimostrato la legittimità della competenza del Tribunale civile, invece che del TAR, in questo specifico caso in cui si chiedeva l'applicazione della legge n. 67/06, poiché competente per legge a giudicare di tali cause è il tribunale civile, mentre per gli ordinari ricorsi per la violazione della normativa sull'assegnazione di ore di sostegno è ormai competente il giudice amministrativo».

(18) Vedi *supra* § 2.

Si è trattato, soprattutto, di rispondere con una sentenza resa a Sezioni Unite (è il caso di sottolinearlo) ai ricorrenti (Istituto scolastico e Ministero) che movevano dall'assunto in base al quale la posizione soggettiva dell'interessata sarebbe stata di mero interesse legittimo (!), laddove è (da tempo) incontrovertito che si sia in presenza senz'altro di un «diritto» (19), già, anzi, qualificato come «fondamentale» sia dalla Corte costituzionale sia dal Consiglio di Stato e così ritenuto in quest'occasione dalla Cassazione (20).

Di fronte, quindi, ad una siffatta questione ben si comprende l'esigenza delle Sezioni Unite di intervenire in modo reciso.

Del resto, anche il secondo e il terzo motivo di ricorso vengono agevolmente dichiarati rispettivamente inammissibile e infondato: il secondo perché vertente in buona sostanza sulla «incongruenza della motivazione» della sentenza di appello, che, invece, senza dubbio si appalesa «logica e coerente»; il terzo, a dir la verità pretestuoso, se non grossolano, perché incentrato sull'assunto per cui il diritto all'istruzione delle persone con disabilità sarebbe garantito nella sola scuola dell'obbligo, a fronte della chiara lettera dell'art. 12 della legge n. 104/1992 che tutt'altro stabilisce (21).

Se allora non vi è più spazio alcuno per eventuali dubbi circa la natura della situazione giuridica soggettiva di cui sono titolari gli alunni con disabilità, resta da sciogliere il nodo sulla giurisdizione, ovvero se la sentenza in commento abbia effettivamente sancito una volta per tutte, come in effetti da alcuni sostenuto (22), la giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie relative all'assegnazione delle ore di sostegno (23).

Per quanto riguarda la fattispecie oggetto della decisione, lo si è visto, è la legge stessa ad indicare il giudice munito di giurisdizione ed è questo, in

(19) Basterebbe la lettera dell'art. 12 della legge n. 104/1992: vedi *infra* nota 21.

(20) Si veda poi il «Protocollo d'intesa tra il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e il Ministero della Salute per la tutela del diritto alla salute e del diritto allo studio degli alunni e degli studenti con disabilità» del 12 luglio 2012, ove viene ribadito che «il diritto all'istruzione ed il diritto alla salute sono diritti fondamentali dell'individuo costituzionalmente garantiti e devono essere assicurati indipendentemente dalle condizioni personali, sociali ed economiche o di qualunque altra natura».

(21) Art. 12, legge n. 104/1992, *Diritto all'educazione e all'istruzione*: «1. Al bambino da 0 a 3 anni handicappato è garantito l'inserimento negli asili nido. // 2. È garantito il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie».

(22) Vedi A. AMOROSO, *Il "ritorno a casa" delle controversie sul sostegno scolastico*, in *www.questionegiustizia.it* (29 gennaio 2015); E. SCODITTI, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.* 2015, I, 964-965.

(23) In fondo, precisato che «non esistono diritti costituzionali "fondamentali"», già da tempo è stato chiarito che «la determinazione della competenza a giudicare dei diritti costituzionali nei processi "non penali" è alquanto complessa», così A. PACE, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici «comuni»*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova 1990, 109 e 121.

ultima analisi, l'argomento che appare risolutivo nell'economia complessiva della pronuncia della Cassazione in relazione a questo particolare profilo.

Non sembra, quindi, potersi affermare che il giudice amministrativo sia stato spogliato della propria giurisdizione in materia: è la particolarità del caso, e cioè il giudizio *ex art. 3* della legge n. 67/2006, a determinare la cognizione del giudice ordinario.

Allo stato, pertanto, restano disponibili due strumenti di tutela per gli alunni con disabilità:

a) la contestazione avanti al giudice ordinario della condotta discriminatoria subita, come appunto accaduto nella fattispecie oggetto della sentenza in epigrafe (24);

b) il ricorso al giudice amministrativo per far valere il diritto allo studio secondo le forme ormai consolidate.

La sentenza in commento, insomma, non sembra costringere a filtrare tutte le controversie sull'assegnazione delle ore di sostegno attraverso il prisma dell'art. 2 della legge n. 67/2006, onde doverle così ineluttabilmente ricondurre nell'alveo della giurisdizione del (solo) giudice ordinario.

Spetta, quindi, agli interessati la scelta circa il giudice (ordinario o amministrativo) cui rivolgersi: l'essenziale, in fondo, è che il bisogno di tutela venga effettivamente soddisfatto.

La pluralità di giurisdizioni, infatti, è contemplata «al fine di assicurare, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, non già con il rischio di compromettere la possibilità stessa che a tale domanda sia data risposta» (25).

La legge n. 67/2006 garantisce, dunque, una tutela ulteriore (26), che si affianca a quella resa da tempo dalla ormai consolidata giurisprudenza amministrativa.

La sentenza annotata conferma allora la percorribilità di tale “doppio binario”.

Si sarebbe potuto revocare in dubbio la sussistenza di questa duplice tutela semmai in una ipotesi diversa da quella decisa.

Se, infatti, la cognizione del giudice ordinario fosse stata affermata dalla Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione all'esito di un giudizio *ex art. 133*, comma 1, lett. c), del codice del processo amministrativo, incardinato quindi sin dal primo grado avanti al giudice amministrativo, in tal caso un'eventuale pronuncia a sezioni unite avrebbe senz'altro consentito fors'anche di escludere la permanenza in capo anche al giudice amministrativo della giurisdizione sulle controversie in materia di assegnazione delle ore di

---

(24) In conformità a quanto statuito dalla sentenza in epigrafe il Tribunale di Cagliari, appunto perché investito di una controversia in materia di discriminazione, ha affermato la propria giurisdizione: Trib. Cagliari, ord. 31 marzo 2015.

(25) F. BILE, *La giustizia*, in *La Costituzione ha 60 anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Atti del Convegno di Ascoli Piceno, 14-15 marzo 2008, a cura di M. RUOTOLO, Napoli 2008, 148.

(26) S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, cit., 263: «A partire dalla metà degli anni Duemila, i disabili hanno a disposizione un ulteriore strumento, la legge n. 67 del 2006».

sostegno; ma, come detto, nella vicenda in esame tutto ciò non è accaduto, in quanto sin dal primo grado i genitori della bambina interessata hanno chiesto al Tribunale civile l'applicazione della legge n. 67/2006.

4. Sciolto il nodo sulla giurisdizione, una pur rapida riflessione merita anche le argomentazioni che la Suprema Corte dedica in particolare alla definizione della fattispecie oggetto della controversia, poiché, seppure nell'ambito di un complessivo impianto motivazionale che ha saputo ben valorizzare importanti aspetti del quadro normativo di riferimento, quali la collaborazione fra la scuola e la famiglia e la responsabilità di *tutti* i docenti (non solo di quello di sostegno) nel percorso (individualizzato) di istruzione dell'alunno con disabilità, il contenuto della condotta discriminatoria viene però configurato in termini che suscitano qualche perplessità.

La Cassazione afferma infatti che l'omissione o la non adeguata implementazione della «attività doverosa» per l'amministrazione (ossia l'assegnazione delle ore di sostegno nella misura indicata nel PEI) sono «susceptibili 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 del 2006, per tale intendendosi anche il comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica preposta all'organizzazione del servizio scolastico che abbia l'effetto di mettere la bambina o il bambino con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni» (27).

In questo passaggio, forse non troppo limpido, il giudice della legittimità assume in sostanza che la scuola, nel momento in cui assegna un numero di ore di sostegno inferiore a quello stabilito nel PEI, per evitare di porre in essere una discriminazione ai danni dell'alunno disabile, dovrebbe corrispondentemente ridurre anche le ore di insegnamento curricolare.

Al riguardo è stato osservato che tale parte della motivazione lascerebbe purtroppo emergere il «principio totalmente contrario alla logica dell'inclusione» secondo cui le ore di sostegno vengono svolte ad esclusivo beneficio degli alunni con disabilità, mentre le ore curricolari sono riservate agli alunni senza disabilità. Questa è una prospettiva erronea in quanto «invalida radicalmente tutta la cultura inclusiva italiana che è stata sancita in Italia dall'art 13 comma 6 della legge n. 104/92 sulla contitolarità della classe da parte del docente per il sostegno che deve sostenere i colleghi curricolari nel delicato compito, di loro competenza primaria, di includere l'alunno con disabilità nel gruppo dei compagni»; non solo, in questo modo si svilisce altresì il contenuto precettivo dell'art. 19, comma 11, del decreto legge n. 98/2011 (convertito con modificazioni) (28), peraltro, come detto, espressamente richiamato dalla stessa Cassazione (29).

---

(27) Cass. civ., sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 2.7 del *Considerato in diritto* (corsivi miei).

(28) Cfr. S. NOCERA, *Scuola, nuova sentenza della Cassazione sul sostegno. Ma non va esaltata*, cit.

(29) Vedi *supra* nota 10.

Forse il criticato passaggio del considerato in diritto intendeva solo rimarcare la disparità di trattamento in cui in concreto era incorsa l'alunna con disabilità, che non aveva potuto frequentare la scuola nelle ore pomeridiane come gli altri bambini, circostanza in effetti non secondaria soprattutto se si pone mente al fatto che nel caso di specie della scuola dell'infanzia si trattava (30).

Nondimeno, poiché la statuizione si presta ad una interpretazione qualificata dalle segnalate ricadute negative, e proprio perché è contenuta in una sentenza delle Sezioni Unite, giova pur sempre ribadire, questa volta sì con nettezza, che *in base alla legge* docenti dell'alunno con disabilità sono tutti i docenti curricolari e non il solo insegnante di sostegno, il cui ruolo resta senza dubbio centrale nell'attività di supporto dei colleghi, della classe e, naturalmente, dell'alunno titolare del *diritto* alle ore di sostegno indicate nel PEI.

FEDERICO GIRELLI

---

(30) Del resto, la necessità di salvaguardare le specifiche esigenze di «socializzazione» delle persone con disabilità è stata sottolineata costantemente nella giurisprudenza costituzionale sin dalla sentenza n. 215/1987.