

Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità

Sommario: 1. I termini della questione. – 2. Diritti fondamentali e giudice ordinario. – 3. Diritti fondamentali e giudice amministrativo. – 4. I paradossi di un eccesso di offerta di tutela giurisdizionale.

1. Il riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario nelle controversie riguardanti persone con disabilità è andato incontro a una profonda trasformazione, che ai giorni nostri non può dirsi ancora terminata. Più precisamente, si è assistito ad una evoluzione sul piano del diritto sostanziale alla quale si è accompagnata e si accompagna un'evoluzione sul piano del diritto processuale.

La prima evoluzione, di cui è responsabile essenzialmente, anche se non esclusivamente¹, la Corte costituzionale, è da salutare con favore: essa va nella direzione del rafforzamento della consistenza della situazione giuridica soggettiva dei disabili, che sono riconosciuti titolari di diritti fondamentali.

Non altrettanto può dirsi della seconda evoluzione, dovuta, ma qui essenzialmente, anche se non esclusivamente², alle sezioni unite della Corte di Cassazione: essa frantuma la tutela giurisdizionale della persona con disabilità, spezzandola tra i due diversi plessi giudiziari.

Due le conseguenze negative che scaturiscono da questa recente giurisprudenza delle sezioni unite. Da un lato, viene violato il principio di semplificazione e di concentrazione della tutela giurisdizionale, che è tra i principali precipitati del principio di effettività della tutela stessa (artt. 1 e 7 del c.p.a.). Dall'altro, si àncora il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo a parametri non chiaramente delimitati, né facilmente individuabili, generando una situazione di incertezza, che è particolarmente drammatica quanto vengono in rilievo posizioni delicate come quelle di cui sono portatori i soggetti disabili.

Questa situazione di incertezza emerge con particolare evidenza nel contenzioso che riguarda i diritti all'istruzione e all'integrazione scolastica delle persone con disabilità. Immediato è l'aggancio costituzionale di tali diritti. Infatti, la Costituzione, nel contesto del riconoscimento dei diritti inviolabili di ogni essere umano (art. 2), della pari dignità e dell'eguaglianza di tutti i cittadini (art. 3, comma 1) e dell'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità individuale (art. 3, comma 2), ha proclamato che "la scuola è aperta a tutti" (art. 34, comma 1) e, in particolare, che "l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita" (art. 34, comma 2), che "i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi" (art. 34, comma 3), e, infine, che "gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale" (art. 38, comma 3)³.

(*) Il presente scritto costituisce la rielaborazione della relazione tenuta al Convegno *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, organizzato dall'Università degli Studi di Napoli Federico II, il giorno 6 dicembre 2019.

¹ In quanto tutta la restante giurisprudenza (vuoi delle sezioni unite della Corte di Cassazione, vuoi di merito) ha accompagnato questa evoluzione (cfr., *infra*, par. 2-3).

² Infatti, come si avrà modo di evidenziare (*infra*, par. 4), un ruolo non secondario in materia è stato svolto pure dal legislatore.

³ Accanto alle previsioni costituzionali esistono impegni internazionali ed europei, rappresentati dall'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali UE, dall'art. 15 della Carta sociale europea (riveduta), ratificata e resa esecutiva in Italia con legge n. 30 del 1999, dall'art. 24 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità, ratificata e resa esecutiva con legge n. 18 del 2009.

Lungo questa linea negli anni Ottanta del secolo scorso la Corte costituzionale ha riconosciuto che l'inserimento e l'integrazione nella scuola sono strumenti essenziali per quel "pieno sviluppo della persona umana" che le disposizioni d'apertura della Costituzione impongono come meta da raggiungere⁴. L'inclusione scolastica è un ganglio fondamentale nel passaggio dalla logica meramente assistenziale alla logica della rimozione di barriere di qualunque genere, necessaria per garantire la "libertà nonostante la disabilità"⁵.

Il legislatore ha dato specifica attuazione al dettato costituzionale introducendo, su richiesta dell'interessato, un piano educativo individualizzato (PEI), a cura delle istituzioni scolastiche, inteso all'assegnazione di ore di sostegno e di personale docente specializzato (artt. 12 ss. della legge n. 104/1992; art. 10 del d.l. n. 78/2000, conv. nella legge n. 122/2010; art. 14, comma 2, della legge n. 328/2000; art. 1, commi 180 e 181, lett. c) della legge n. 107/2015; d. lgs. n. 66/2017). In concreto poi la disciplina relativa all'attribuzione delle ore di sostegno agli alunni disabili risulta da un insieme di norme contenute in testi separati, di rango non solo legislativo, ma anche regolamentare, cui si aggiungono molteplici atti amministrativi generali, quali le circolari di autorità centrali e periferiche.

2. La comprensione dell'assetto attuale impone di partire dalla prima tappa della menzionata evoluzione. Per lungo tempo sia le sezioni unite della Cassazione, sia i giudici amministrativi complessivamente considerati (e quindi Adunanza plenaria, Consiglio di Stato e Tar) erano concordi nel ritenere sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo per tutte le controversie in tema di servizio di sostegno scolastico alle persone con disabilità.

Questi i passaggi logici del ragionamento tradizionale, ben esplicitato da alcune pronunce delle sezioni unite. Si partiva dal riconoscimento in capo all'amministrazione di un "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". La determinazione delle ore a disposizione del disabile era dunque concepita come il frutto di una "prerogativa pubblicistica della pubblica amministrazione, che nel fissarle, si pone in posizione di supremazia rispetto agli utenti del servizio"⁶.

Da questo inquadramento di tipo sostanziale, relativo all'attività svolta dall'amministrazione, veniva fatta discendere la c.d. conseguenza giurisdizionale: le controversie in materia avrebbero comportato necessariamente "un giudizio sulla correttezza del potere esercitato" in ordine all'organizzazione e alle modalità di erogazione del sostegno, con il riconoscimento della competenza giurisdizionale del giudice amministrativo. In particolare, il contenzioso tra amministrazione e familiari dell'alunno disabile era integralmente ricondotto nell'alveo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, prevista in materia di pubblici servizi dapprima dall'art. 33 del d. lg. 31 marzo 1998, n. 80 e successivamente dall'art. 133, primo comma, lett. c), c.p.a.

⁴ C. cost., 8 giugno 1987, n. 215 (su cui R. BELLÌ, *Servizi per la libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?*, in *Giur. cost.*, 1987, 1629 ss. e C. MORO, *L'eguaglianza sostanziale e il diritto allo studio: una svolta della giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 3064 ss.), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, comma terzo, della legge n. 118 del 1971, nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di disabilità, prevedeva che "sarà facilitata" -anziché disporre che "è assicurata"- la frequenza alle scuole medie superiori. Non ha tardato a recepire questo orientamento anche il giudice di merito; cfr. Pret. Pontedera, 11 aprile 1989, in *Foro it.*, 1989, I, 3501 ss., che espressamente riconosce il diritto assoluto del soggetto disabile al suo inserimento scolastico.

⁵ L'espressione è di R. BELLÌ, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, 2000, 7: in senso analogo cfr. C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, 40 ss.; 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; G.M. FLICK, *Diritto e disabilità o 'diritto alla disabilità'?*, in *Federalismi.it*, n. 12/2013; M. D'AMICO-G. D'ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità grave. Osservazioni al D.D.L. A.S. 2232 approvato dalla Camera dei Deputati sul cosiddetto 'Dopo di noi'*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2016.

⁶ Cass., sez. un., ord. 19 gennaio 2007, n. 1144; 20 febbraio 2007, n. 3848; 25 marzo 2009, n. 7103; 29 aprile 2009, n. 9954; 19 luglio 2013, n. 17664; logicamente analoga sul punto la posizione assunta dalla giurisprudenza amministrativa; cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1134.

Ma a un certo momento inizia a sgretolare l'idea di una pubblica amministrazione in posizione di supremazia, che esercita il suo potere autoritativo nei confronti delle persone con disabilità, configurate come titolari di pretese da concedere sulla base di una compatibilità con le risorse di bilancio, da valutarsi discrezionalmente dalla stessa amministrazione.

Ciò grazie soprattutto a un'illuminata giurisprudenza della Corte costituzionale. Essa, a partire dall'inizio degli anni Dieci, riprende la pregressa configurazione del diritto all'istruzione del disabile come un diritto fondamentale e incompressibile operata, come si è sottolineato, già a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso per trarne un'importante conseguenza: sempre e in ogni caso le istanze degli alunni disabili devono prevalere sulle esigenze di natura finanziaria delle pubbliche amministrazioni.

In particolare, la sentenza n. 80 del 2010 della Consulta ha stabilito che la soppressione da parte del legislatore della riserva che consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato non trova alcuna giustificazione nel nostro ordinamento, dal momento che questa riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il "diritto fondamentale all'istruzione del disabile"⁷. Sulla stessa scia si colloca la successiva sentenza n. 275 del 2016, secondo cui "la natura fondamentale del diritto" all'istruzione della persona con disabilità "impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati⁸, con la precisazione che "è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione"⁹.

Pertanto, la natura incompressibile del diritto fondamentale del soggetto disabile allo studio vincola la discrezionalità anzitutto del legislatore e, in seconda battuta, della pubblica amministrazione, alla quale compete l'attuazione in concreto del diritto stesso.

L'evoluzione sul piano sostanziale intrapresa dalla Corte costituzionale e culminata con l'identificazione di un nucleo indefettibile di garanzie delle persone disabili è via via fatta propria anche dalla restante giurisprudenza. A far data dal 2014 le sezioni unite della Cassazione superano radicalmente il proprio precedente indirizzo interpretativo, riconoscendo un vero e proprio diritto soggettivo dello studente portatore di handicap ad un supporto didattico adeguato. La nota pronuncia n. 25011 del 2014 afferma infatti 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"¹⁰.

Parimenti anche il giudice amministrativo ha individuato "un nocciolo duro di garanzie atto ad impedire che il diritto allo studio ... possa essere semplicemente nominale"¹¹ e ha parlato a riguardo di "diritti fondamentali che si radicano direttamente nella persona e nella sua dignità"¹².

Se tutto ciò è perfettamente in linea con una ricostruzione della posizione del disabile costituzionalmente orientata, anzi è un adeguamento a tale ricostruzione, non può dirsi altrettanto per la conseguenza giurisdizionale che le sezioni unite della Corte di Cassazione ne traggono.

⁷ C. cost., 26 febbraio 2010, n. 80, punto 4 del Considerato in diritto.

⁸ C. cost., 16 dicembre 2016, n. 275, punto 5 del Considerato in diritto, in *Giur. cost.*, 2016, 2339, con nota di L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti 'invalicabili' alla discrezionalità del legislatore*, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione introdotta dalla legge finanziaria della Regione Abruzzo, nella parte in cui prevedeva che il finanziamento del servizio di trasporto a scuola dei disabili dovesse avvenire "nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa", in applicazione della quale la Regione aveva negato l'erogazione del suddetto finanziamento.

⁹ C. cost., n. 275/2016, punto 11 del Considerato in diritto.

¹⁰ Cass., sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, punto 2.4, del Considerato in diritto, in *Giur. cost.*, 2015, 1484, con nota di F. GIRELLI, *Quale giudice per gli alunni con disabilità?*

¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023.

¹² Cons. giust. amm. reg. sic., 28 maggio 2018, n. 303. Su questa giurisprudenza cfr. F. MADEO, *Insegnante di sostegno: possibile la presenza per tutte le ore di frequenza scolastica dello studente disabile grave (nota a Cons. St., sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2231)*, in *Giur. cost.*, 2010, 1831 ss.; M. LOTTINI, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo (nota a Tar Latina, 17 maggio 2011, n. 417) in Foro amm. TAR, 2011, 2403 ss.*

Esse infatti, sulla base della nuova impostazione¹³, ripartiscono la medesima materia controversa tra le due giurisdizioni: se restano affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo le liti relative alla fase che precede la formalizzazione del piano educativo individualizzato (PEI), vengono invece attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario le liti insorte dopo che il piano è stato adottato e relative alla sua attuazione concreta.

Così è riconosciuta in capo al giudice ordinario la cognizione della controversia promossa dai genitori di una bambina disabile per lamentare la mancata predisposizione da parte dell'amministrazione scolastica delle ore di sostegno nella misura che, in sede di formulazione del piano educativo individualizzato, era stata individuata come necessaria per l'integrazione e l'assistenza dell'alunna.

La ragione dell'assegnazione al giudice civile di uno spicchio di queste controversie è ravvisata nel fatto che, una volta redatto il piano educativo individualizzato, cesserebbe il potere discrezionale dell'amministrazione e sorgerebbe in capo al minore disabile il diritto "già pienamente conformato" al servizio di sostegno così come configurato dal piano.

L'ulteriore passaggio argomentativo delle sezioni unite merita una particolare sottolineatura. La Cassazione parte dall'affermata assenza di discrezionalità in capo all'amministrazione per inquadrare l'omissione o le insufficienze nell' "apprestamento della attività doverosa" tra le ipotesi di discriminazione indiretta, vietate dall'art. 2, terzo comma, della legge n. 67/2006¹⁴.

Dal momento che la legge n. 67/2006, nel disciplinare le ipotesi di discriminazione diretta e indiretta, affida al giudice ordinario la competenza giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti discriminatori, la Cassazione riconosce la giurisdizione del giudice ordinario in quelle particolari ipotesi di discriminazione indiretta ravvisate nel "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"¹⁵.

Ripercorso l'argomentare della Cassazione non appare però d'immediata comprensione il nuovo criterio di riparto della giurisdizione fatto proprio dalla stessa. Più precisamente, non è chiaro se la Cassazione rinverdisca il criterio della sussistenza/insussistenza del potere discrezionale in capo all'amministrazione, oppure se a questo criterio se ne affianchi un secondo, e cioè il criterio della *lex specialis derogans*, in base al quale sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le controversie in cui l'interessato deduca, quale *causa petendi*, una discriminazione rilevante ai sensi dell'art. 3 della legge n. 67/2006.

I due criteri di riparto, però, sono in contraddizione tra loro. Infatti, il criterio della espressa previsione legislativa porta a riconoscere la giurisdizione ordinaria sempre e in ogni caso, a prescindere dal momento, anteriore o posteriore all'approvazione del PEI in cui intervenga la vicenda discriminatoria, mentre la Cassazione ribadisce la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso di discriminazione indiretta realizzata nella fase anteriore all'approvazione del PEI, smentendo in concreto l'applicazione di tale criterio¹⁶. In realtà, come correttamente evidenziato dal giudice

¹³ Ribadita nel corso del tempo; cfr. Cass., sez. un., ord. 28 febbraio 2017, n. 5060; sent. 20 aprile 2017, n. 9966; 8 ottobre 2019, n. 25101.

¹⁴ In particolare, la legge 1° marzo 2006, n. 67, recante "Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni", consente il ricorso al tribunale civile, in composizione monocratica, contro gli atti e i comportamenti di soggetti pubblici e privati che integrino vuoti discriminazioni dirette o molestie, vuoti discriminazioni indirette.

¹⁵ La vicenda su cui le sezioni unite si sono pronunciate, ben descritta da F. GIRELLI, *op. cit.*, 1494 ss., era stata originata da ricorso promosso avanti al Tribunale di Udine, con il quale i genitori di una bambina disabile avevano espressamente lamentato la condotta discriminatoria, ai sensi dell'art. 3 della n. 67/2006, dell'amministrazione scolastica, che aveva concesso un numero di ore di insegnamento di sostegno inferiore a quelle indicate nel piano educativo individualizzato. Il Tribunale aveva ordinato l'immediata cessazione della condotta discriminatoria e l'assegnazione delle previste ore con condanna al risarcimento del danno non patrimoniale e anche in sede d'appello era stata confermata la giurisdizione del giudice ordinario.

¹⁶ Sul punto cfr. P. MAGLIONE, *Il regime di tutela giurisdizionale della disabilità avverso l'inattuazione del sistema integrato di interventi assistenziali*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2019, spec. 18 ss.

amministrativo, la legge n. 67/2006 non pone alcuna norma attributiva di giurisdizione esclusiva ordinaria in materia, ma si limita a stabilire quale rito si applichi una volta che una domanda, con valutazione logicamente pregiudiziale, sia stata riconosciuta appartenente alla giurisdizione civile secondo le ordinarie regole di riparto¹⁷.

Ma, a ben vedere, la Cassazione, sostenendo che sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le controversie in cui sia l'interessato a dedurre una discriminazione indiretta, pare utilizzare anche un ulteriore criterio di riparto della giurisdizione, e cioè il criterio della prospettazione. Secondo tale criterio la giurisdizione va fissata in relazione alla prospettazione che della situazione giuridica è fatta dalla parte e non in relazione alla realtà di tale situazione. Pertanto, se il ricorrente lamenta la natura discriminatoria della condotta amministrativa sussisterebbe la giurisdizione ordinaria, mentre vi sarebbe giurisdizione esclusiva se il ricorrente impugna gli atti del procedimento o contesta un comportamento dell'amministrazione. Affidare però alla parte la scelta del giudice avente competenza giurisdizionale è criterio arbitrario¹⁸. Del resto, l'assetto ordinato di un sistema caratterizzato da pluralismo giurisdizionale, quale è il nostro sistema, non può essere fondato sulla "concorrenza" delle giurisdizioni, ma sulla loro "separazione", sia pure temperata da momenti di coordinamento interno¹⁹.

Invece, qualora si ritenga che sia unico e non plurimo il criterio di riparto della giurisdizione adottato dalla Cassazione, esso fa leva esclusivamente sul carattere vincolato o discrezionale delle determinazioni dell'amministrazione scolastica. Tuttavia siffatto criterio suscita alcune perplessità, sia sul piano processuale, sia, a monte, sul piano sostanziale.

Anzitutto l'introduzione da parte della Cassazione del criterio di riparto basato sulla dicotomia tra attività discrezionale e attività vincolata impone di sottoporre a verifica il presupposto su cui si fonda, e cioè se l'attività svolta dall'amministrazione una volta redatto il PEI sia davvero da ritenersi del tutto priva di margini di discrezionalità amministrativa²⁰.

In secondo luogo, anche i provvedimenti amministrativi vincolati sono espressione di potere amministrativo, sia perché per essi si rende sempre indispensabile l'attività di verifica in concreto della sussistenza dei presupposti fattuali cui la disposizione di legge collega l'emanazione del provvedimento e tale verifica è necessariamente rimessa all'amministrazione; sia perché nel caso di atti vincolati l'amministrazione non si limita a verificare la sussistenza in concreto dei presupposti indicati dalla legge, ma è anche titolare del potere costitutivo dell'effetto, pur essendo priva del potere determinante, e cioè del potere di determinare l'effetto dell'atto che compie²¹.

È poi smentito dal legislatore -basti pensare all'art. 21-*octies*, secondo comma, della legge n. 241/1990, o all'art. 31, terzo comma, c.p.a.- il fatto che al carattere vincolato di un provvedimento amministrativo corrispondano necessariamente situazioni giuridiche qualificabili come diritti soggettivi. In realtà, il carattere vincolato oppure discrezionale di un provvedimento è in grado di assumere rilevanza all'interno della giurisdizione del giudice amministrativo, nel senso che da esso dipende una differente modulazione dei poteri dal giudice vantati²².

Del resto, la tesi dell'inconciliabilità tra diritti e poteri amministrativi è stata da tempo criticata dalla dottrina²³ e superata dapprima dalla Corte costituzionale -al cui orientamento ha mostrato di

¹⁷ In altri termini, la legge n. 67/2006 "non fonda la giurisdizione, ma la presuppone, e pertanto essa deve essere individuata secondo gli ordinari criteri di riparto" (Tar Toscana, Firenze, sez. I, 29 gennaio 2015, n. 158).

¹⁸ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, VI ed., 144-145.

¹⁹ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione: apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

²⁰ Sul punto cfr. *infra*, par. successivo.

²¹ F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss., 33 ss.; cfr., da ultimo, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 129 ss.

²² M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²³ M. NIGRO, *Nuovi orientamenti della giurisprudenza in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1981, 2143 ss.

adeguarsi anche la stessa Corte di cassazione²⁴ - e poi dal legislatore. Infatti, la Consulta, con le note sentenze n. 191 del 2006 e n. 140 del 2007, ha negato l'esistenza di "alcun principio o norma del nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti" e ha affermato che il giudice amministrativo è idoneo a offrire tutela piena ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa²⁵. Successivamente la piena conciliabilità tra diritti fondamentali e giurisdizione amministrativa è stata sancita a livello normativo. L'art. 55, comma 2, c.p.a. ha previsto che la concessione o il diniego della misura cautelare non possa essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a "diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale" e l'art. 133, comma 1, lett. p), c.p.a. ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in situazioni di emergenza e le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, "seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati"²⁶.

3. La reazione della giurisprudenza amministrativa di fronte al *revirement* della Cassazione, creativo di una doppia giurisdizione su un medesimo episodio di vita, non si è fatta attendere.

Così l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è stata investita della questione se, in tema di sostegno scolastico, la giurisdizione del giudice amministrativo sia da ritenersi piena oppure sia limitata alla fase procedurale che si esaurisce con la formazione del piano educativo individualizzato, riecheggiando così il criterio di riparto della giurisdizione adottato nel settore dei contratti pubblici²⁷.

Con la sentenza n. 7 del 2016 l'Adunanza plenaria ha affermato chiaramente che la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali non sono estranee all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, "nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine". Ma più in là di questa affermazione l'Adunanza plenaria non si spinge, né ha modo di spingersi in punto di giurisdizione, essendo stata sottoposta alla sua attenzione una controversia pacificamente devoluta -anche secondo la Cassazione- al giudice amministrativo e cioè quella avente ad oggetto la declaratoria della consistenza dell'insegnamento di sostegno e afferente alla fase precedente alla formalizzazione del PEI²⁸.

In questo contesto, mentre alcuni giudici di primo grado aderiscono in pieno all'orientamento delle sezioni unite declinando quindi la propria giurisdizione²⁹, nondimeno vi è un cospicuo gruppo di pronunce, specialmente del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana, che reputa irrilevante sotto il profilo della giurisdizione la circostanza che la determinazione lesiva sia intervenuta prima o dopo la conformazione del diritto del disabile da parte del piano, considerando in ogni caso competente giurisdizionalmente il giudice amministrativo³⁰.

Il criterio di riparto seguito in quest'ultimo caso non mette in discussione la natura della situazione giuridica soggettiva formatasi a seguito dell'approvazione del PEI. Essa resta sempre e in

²⁴ Cass., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187.

²⁵ C. cost., 11 maggio 2006, n. 191; 27 aprile 2007, n. 140.

²⁶ Sull'ammissibilità della giurisdizione amministrativa nei confronti dei diritti fondamentali cfr., tra i tanti, L. DIOTALLEVI, *La giurisdizione sui diritti "fondamentali" alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2015, 274 ss.; S. SPUNTARELLI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 741 ss.

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, ord. 21 settembre 2015, n. 4374.

²⁸ Cons. Stato, ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7, par. 4.3.

²⁹ Ad esempio, Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 5 luglio 2017, n. 1781.

³⁰ Cons. giust. amm. reg. sic., 29 luglio 2016, n. 234; n. 303/2018, cit.; 3 maggio 2018, n. 258; 5 novembre 2018, n. 671; 27 marzo 2019, n. 262; 13 febbraio 2020, n. 114; Cons. Stato, sez. VI, n. 2023/2017, cit.; Tar Lazio, Roma, sez. III, 19 ottobre 2018, n. 10132.

ognuna delle letture offerte un diritto soggettivo alla fruizione del servizio previsto nel Piano. Tuttavia, partendo dalla già sottolineata piena ammissibilità della giurisdizione amministrativa sui diritti fondamentali, si ritiene che la qualifica come fondamentale del diritto vantato dal disabile non sia un ostacolo al riconoscimento della massima estensione possibile della giurisdizione esclusiva in materia (art. 133, primo comma, lett. c), c.p.a.), tale da includervi anche le controversie relative alla fase di attuazione e di esecuzione del progetto educativo individuale per lo studente disabile.

Del resto, un'interpretazione che escludesse la giurisdizione amministrativa in tali ipotesi "vanificherebbe irragionevolmente" la *ratio* dell'attribuzione alla giurisdizione amministrativa esclusiva sulle controversie relative ai pubblici servizi. Tale *ratio* è identificabile nell'esigenza di concentrazione davanti ad un unico plesso giudiziario della "cognizione piena" delle controversie relative a una materia caratterizzata da un indecifrabile intreccio di diritti e interessi legittimi e, di conseguenza, nell'esigenza di evitare un "complicato e incerto concorso di azioni" davanti al giudice ordinario e al giudice amministrativo³¹.

Il riparto della giurisdizione basato sul criterio della materia controversa è l'unico che consente di tenere conto della complessità della realtà concreta, che non può essere draconianamente tratteggiata come di contro fanno le sezioni unite.

Come già accennato al paragrafo iniziale e come giustamente lamentato dal giudice amministrativo, la normativa in materia "è non solo disorganica e complessa di per sé, ma si caratterizza anche per una singolare commistione di procedimenti aventi natura eterogenea" e cioè, da un lato, i procedimenti disciplinati dalla legge n. 104/1992 e dalle altre leggi con essa coerenti, che tengono conto delle esigenze dei singoli alunni disabili, dall'altro, i procedimenti volti alla determinazione dei contingenti del personale di sostegno da assegnare ai singoli istituti scolastici, solitamente disciplinati dalle leggi sul contenimento della spesa pubblica³².

Dato questo quadro, possono essere varie le modalità di lesione del diritto al sostegno scolastico dell'alunno disabile, tutte che chiamano in gioco il potere amministrativo. Vi può essere una mancata corrispondenza tra la proposta del Gruppo di lavoro operativo handicap e il provvedimento finale del dirigente scolastico, che abbia illegittimamente dato prevalenza a ragioni di contenimento della spesa; oppure vi può essere una concreta mancata fruizione delle ore di sostegno, attribuite dal dirigente scolastico in conformità alla proposta del GLOH, allorché lo stesso dirigente ha affrontato provvisoriamente la situazione di carenza di risorse, umane o finanziarie, fornite dagli uffici scolastici con una redistribuzione delle ore di sostegno³³. Ma può darsi anche il caso in cui il dirigente sanitario mantenga un margine di discrezionalità nel suo agire e si discosti del tutto legittimamente dalle risultanze degli organi sanitari e scolastici competenti qualora ravvisi una manifesta irragionevolezza, erroneità, contraddittorietà della documentazione presentata³⁴.

Si consideri poi che non vi è alcuna differenza di esercizio del potere amministrativo tra l'ipotesi di mancata redazione del PEI e l'ipotesi di mancata attribuzione delle ore di sostegno a fronte di un PEI redatto. Infatti, nell'una e nell'altra ipotesi "la disfunzione, a livello di inadeguato e

³¹ Cons. giust. amm. reg. sic., n. 303/2018, cit.; n. 258/2018, cit., che riprende in parte Plenaria, n. 7/2016, cit.

³² "Terminata la fase di redazione dei PEI e dopo avere acquisito le proposte formulate dai GLOH (gruppi di lavoro operativi handicap), con la relativa quantificazione delle ore per i singoli alunni disabili, il dirigente scolastico deve sommare le ore riferibili a ciascuno di essi e deve chiedere all'Ufficio scolastico provinciale, che a sua volta comunica le richieste all'Ufficio regionale, l'assegnazione del correlato numero di ore di sostegno. Il dirigente scolastico deve cioè chiedere, per l'Istituto di cui è responsabile, l'assegnazione degli insegnanti di sostegno in numero corrispondente a quanto necessario per la copertura delle ore da attribuire. Ricevuta la risposta dagli Uffici scolastici, ovvero dopo che gli è stato comunicato quanti insegnanti di sostegno tali Uffici hanno assegnato all'istituto, il dirigente scolastico può disporre delle ore di insegnamento dei singoli insegnanti di sostegno indicati dall'Ufficio scolastico ... A questo punto, il dirigente attribuisce con propri atti formali ... le ore ai singoli alunni disabili" (Cons. St., sez. VI, n. 2023/2017, cit.).

³³ Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2017, n. 2683; sez. VI, n. 2023/2017, cit.

³⁴ Cons. giust. amm. reg. sic., n. 262/2019, cit.

illegittimo esercizio del potere amministrativo”, è identica, come identica è la lesione patita dal soggetto disabile³⁵.

Altri elementi impediscono di aderire alla rigida bipartizione temporale adottata dalle sezioni unite a fondamento del suo criterio di riparto della giurisdizione. In primo luogo, la pubblica amministrazione, una volta che è stato elaborato il piano educativo individualizzato, mantiene il potere di modificarlo, perché il piano non acquista mai definitiva stabilità, in quanto l'accertamento del bisogno è sempre aperto alla revisione, a causa di possibili successivi mutamenti³⁶.

Ancora, spesso l'accertamento giudiziale della dimensione del sostegno riconosciuto all'alunno portatore di disabilità viene richiesto non solo per l'anno scolastico in corso, ma anche per gli anni scolastici successivi. In relazione a questi ultimi la parte interessata fa valere l'accertamento, in astratto, di un diritto all'insegnamento di sostegno per un numero di ore adeguato. Di conseguenza, sotto il profilo della giurisdizione è irrilevante che la determinazione lesiva intervenga prima o dopo la conformazione del diritto del disabile da parte del PEI, perché controversa è “la sua astratta valutazione, quale presupposto sia del provvedimento già emanato, sia di quello ancora solo paventato”³⁷.

In ogni caso, viene sempre in rilievo un (eventualmente cattivo) esercizio del potere amministrativo e la lamentata lesione dei diritti fondamentali dei disabili, dovuta a un mancato o insufficiente accesso alle prestazioni necessarie per una piena ed effettiva garanzia dei diritti medesimi, non può che essere conosciuta dal giudice naturale della funzione pubblica e cioè dal giudice amministrativo.

La natura fondamentale del diritto non elimina, ma anzi rafforza il legame con il potere amministrativo che nella specifica materia deve confrontarsi con il limite di carattere assoluto rappresentato dal bisogno del disabile³⁸.

In particolare, il diritto è assoluto rispetto al potere amministrativo dal punto di vista della pretesa positiva ad ottenere qualcosa³⁹.

Proprio per questo le controversie in materia vanno devolute interamente alla giurisdizione esclusiva a condizione però che il giudice amministrativo rispetti la consistenza sostanziale del diritto.

4. Alla luce di quanto illustrato, allo stato non è affatto pacifico a quale giurisdizione si debbano rivolgere i genitori del disabile per ottenere tutela.

Questa incertezza, che impedisce un pieno e soddisfacente accesso alla giustizia da parte delle persone disabili, è dovuta in parte a un difetto di coordinamento tra testi normativi, in parte a un modo di interpretare i criteri di riparto della giurisdizione differente a seconda dei diversi plessi giurisdizionali.

³⁵ Tar Campania, Napoli, sez. IV, n. 5668/2019, cit.

³⁶ “Da un lato, non esiste ... momento nel quale le determinazioni già assunte si sottraggono a possibilità di verifica (vi restano esposte anche quelle eventualmente maturate dopo la conclusione delle ordinarie attività didattiche dell'anno scolastico in discussione); dall'altro, nessuna delle verifiche in oggetto è preclusa dalla già intervenuta definizione del PEI (sul quale infatti le verifiche che si manifestino opportune/necessarie comunque reagiscono)”; così Cons. giust. amm. reg. sic., n. 671/2018, cit.

³⁷ Cons. giust. amm. reg. sic., 29 luglio 2016, n. 234.

³⁸ B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari Silvano Tosi*, n. 20, Torino, 2010, 121 ss., spec. 132 ss.; G. TULUMELLO, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in *Quest. Giust.*, 3/2018, 93 ss., 97.

³⁹ Ancora B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive*, cit., 132, a detta del quale in questo caso vengono in rilievo diritti ai quali non si applica il criterio della degradazione, perché “esprimono una sfera di protezione assoluta del soggetto nei confronti del potere amministrativo. Si tratta quindi di situazioni soggettive che fronteggiano il potere amministrativo e prevalgono sul potere amministrativo, in quanto pretese ... ad ottenere un bene che non può essere sacrificato per alcuna superiore ragione di interesse pubblico”.

Il legislatore ha adottato due distinte disposizioni, tra loro non coordinate, entrambe potenzialmente in grado di abbracciare l'intero contenzioso in materia di servizio di sostegno scolastico ai disabili.

Da un lato, la legge n. 67/2006, consente di adire il giudice ordinario nel caso di discriminazioni indirette⁴⁰. La legge in questione è stata invocata con successo in casi di violazione del diritto all'integrazione scolastica degli alunni disabili, stante l'ampia definizione data dall'art. 2 della legge su cosa debba intendersi per discriminazione indiretta ("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")⁴¹.

Dall'altro lato, l'art. 133 c.p.a., letto in combinato disposto con l'art. 7, riconosce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia di pubblici servizi, non incontrando come limite il carattere perfetto o costituzionalmente tutelato del diritto fatto valere in giudizio⁴².

Non solo. A complicare il quadro vi è paradossalmente il fatto che sia il giudice ordinario sia il giudice amministrativo sono stati dotati di strumenti processuali adeguati ed efficaci per tutelare giurisdizionalmente il diritto leso.

Da un lato, è previsto il rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702-bis e ss. c.p.c., allo scopo di improntare la tutela antidiscriminatoria a criteri di celerità e snellezza; è permesso al ricorrente di avvalersi di presunzioni semplici, ossia di dedurre in giudizio elementi di fatto gravi, precisi e concordanti che il giudice valuta ai sensi dell'art. 2729, primo comma, c.c., "al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno"; sono accordati ampi poteri al giudice e, in particolare, il potere di ordinare la cessazione del comportamento o dell'atto discriminatorio, se persistente, il potere di adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le peculiarità della fattispecie, a rimuovere gli effetti della discriminazione, compreso imporre l'adozione, entro un termine fissato dal giudice, di un piano per la rimozione delle discriminazioni accertate; il potere di condannare al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, se richiesto e il potere di ordinare la pubblicazione *una tantum* del provvedimento di condanna, a spese del convenuto, su un quotidiano a tiratura nazionale o ad alta diffusione nel territorio di riferimento⁴³.

Dall'altro lato, il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 34, comma 1, c.p.a., ha il potere di adottare ogni rimedio, anche innominato, necessario ad assicurare integralmente la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, garantendo l'effettività e la pienezza della tutela. Di qui l'emanazione di sentenze di adempimento, con cui è stata disposta la condanna dell'amministrazione all'assegnazione dell'insegnante di sostegno a favore del ricorrente⁴⁴, oppure alla tempestiva integrazione del relativo organico⁴⁵. Di qui la nomina di commissari *ad acta* per provvedere entro precisi termini all'assegnazione delle ore di sostegno riconosciute in via giurisdizionale⁴⁶, oppure il risarcimento del danno subito per il mancato soddisfacimento del proprio diritto⁴⁷. Ulteriore elemento nel segno dell'effettività della tutela giurisdizionale è dato dall'effetto conformativo del giudicato amministrativo, in grado di estendere la portata della pronuncia anche ad anni scolastici successivi a quello per cui si agisce. Avendosi a che fare con provvedimenti periodici, a reiterazione necessaria, è così "possibile evitare e prevenire ulteriori eventi lesivi, correlati all'altrimenti inevitabile

⁴⁰ L'art. 3, primo comma, della legge n. 67/2006 individua *per relationem* le forme della tutela giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti discriminatori, rinviando alle "forme previste dall'art. 44, commi da 1 a 6 e 8 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero".

⁴¹ Trib. Milano, ord. 10 gennaio 2011, in *Giur. merito*, 2011, 1528 ss., con nota di A. ENRICHENS-C. MANASSERO, *Discriminazione per disabilità vs. diritto umano allo studio*; Trib. Padova, ord. 9 maggio 2012, in *www.dirittoscolastico.it*, con nota di R. ROMITO.

⁴² A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, XIII ed., 180.

⁴³ Sul rito in materia cfr. N. BRUZZI, *La discriminazione fondata sulla disabilità: il principio di dignità come lente trifocale*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 931 ss.

⁴⁴ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 23 novembre 2010, n. 14112.

⁴⁵ Tar Lazio, sez. III-bis, 23 dicembre 2011, n. 10150.

⁴⁶ Tar Toscana, 13 gennaio 2014, n. 54; 23 gennaio 2014, n. 151.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. VI, 8 luglio 2015, n. 3400; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 3 dicembre 2014, n. 3111.

reiterazione dell'illegittimità provvedimentoale *seriale*, mediante enunciazione della regola conformativa cui l'Amministrazione dovrà attenersi nell'emanazione della statuizione regolante la medesima attività per il periodo immediatamente successivo"⁴⁸.

In questo contesto normativo, ad alto rischio di sovrapposizione delle fattispecie, non vi è concordia sul criterio di riparto della giurisdizione da adottare, che talvolta viene fondato sulla distinzione tra attività discrezionale e attività vincolata della pubblica amministrazione, talaltra sulla riconduzione della vertenza ad una specifica materia. Né, in via subordinata, è chiaro se il criterio di riparto della giurisdizione basato sulla riconduzione della vertenza ad una specifica materia faccia riferimento alla materia dei pubblici servizi oppure alla materia delle discriminazioni indirette.

Come illustrato, il più recente orientamento delle sezioni unite della Cassazione spezza in due la tutela giurisdizionale: attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla fase che precede la formalizzazione del piano educativo individualizzato, mentre demanda alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie insorte dopo l'adozione del piano. Il criterio di riparto viene fatto poggiare sul carattere vincolato o meno dell'attività svolta dall'amministrazione, dal momento che la Cassazione ritiene che a seguito dell'emanazione del piano venga meno il potere discrezionale dell'amministrazione.

Tuttavia, non tutta giurisprudenza amministrativa segue questo nuovo criterio di ripartizione della giurisdizione, ma continua ad abbracciare il primigenio criterio che devolve al giudice amministrativo ogni controversia in materia. Molteplici e condivisibili le ragioni addotte, che sono collocabili su piani differenti, di natura vuoi sostanziale, vuoi processuale: dalla permanenza di un potere discrezionale in capo all'amministrazione anche a seguito dell'adozione del piano alla piena conciliabilità tra potere amministrativo e diritti fondamentali, per arrivare alla necessità di rispettare il principio generale di concentrazione della tutela giurisdizionale, precipitato diretto del principio d'effettività della tutela stessa.

Si rende oltremodo opportuno un riallineamento tra le due giurisdizioni. Le incertezze in ordine al riparto della giurisdizione sono sempre defatiganti per il privato cittadino, ma vi sono ipotesi in cui esse diventano addirittura odiose, come è nel caso di specie, dati gli interessi in gioco.

ABSTRACT: Attualmente non è chiaro il criterio di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità. Il più recente orientamento delle sezioni unite della Cassazione spezza in due la tutela giurisdizionale: attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla fase che precede la formalizzazione del piano educativo individualizzato, mentre demanda alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie insorte dopo l'adozione del piano. Il criterio di riparto viene fatto poggiare sul carattere vincolato o meno dell'attività svolta dall'amministrazione, dal momento che la Cassazione ritiene che a seguito dell'emanazione del piano venga meno il potere discrezionale dell'amministrazione. Tuttavia, non tutta giurisprudenza amministrativa segue questo nuovo criterio di ripartizione della giurisdizione, ma continua ad abbracciare il primigenio criterio che devolve al giudice amministrativo ogni controversia in materia di pubblici servizi. Molteplici e condivisibili le ragioni addotte, collocabili su piani differenti, di natura vuoi sostanziale, vuoi processuale: dalla permanenza di un potere discrezionale in capo all'amministrazione anche una volta che il piano è stato adottato alla piena conciliabilità tra potere amministrativo e diritti fondamentali, per arrivare alla necessità di rispettare il principio generale di concentrazione della tutela giurisdizionale, precipitato diretto del principio d'effettività della tutela stessa.

Parole chiave criteri di riparto della giurisdizione – attività discrezionale – giurisdizione esclusiva – diritti fondamentali

⁴⁸ Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 24 ottobre 2013, n. 1947.

Jurisdiction in disputes on school support services for people with disabilities: manifold criteria for distinguishing

ABSTRACT: At present, there is no clarity as regards as the competent jurisdiction for disputes on school support services for people with disabilities. The most recent approach of the United Sections of the Court of Cassation breaks up judicial protection in two: the administrative judge shall decide disputes relating to the phase prior to the formalization of the individualized educational plan, whereas the ordinary court shall decide disputes arising after the adoption of the plan. The criterion of distinguishing is based on the type of the activity carried out by the administration, since the Cassation considers that there is no discretionary power after the enactment of the plan. However, not all administrative judges follow this criterion, embracing the different opinion that devolves any disputes in public services to the exclusive jurisdiction of administrative courts. This reasoning is agreeable for different substantial and procedural grounds. First, the discretionary power of the administration does persist even once the plan has been adopted; second, there is full compatibility between administrative power and fundamental rights; finally, the general principles of concentration and effectiveness of judicial protection must be observed.

Keywords: criteria of allocation of jurisdiction - discretionary activity - exclusive jurisdiction - fundamental rights