dirittifondamentali.it

*Dirittifondamentali.it - Fascicolo 3/2020*
*Data di pubblicazione – 7 ottobre 2020*

# La garanzia del diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità

di

Federico Girelli*

**SOMMARIO:** 1. La tutela effettiva di un diritto fondamentale. – 2. Il "doppio binario" di tutela di un diritto fondamentale. – 3. La conferma del "doppio binario". - 4. La doverosa manutenzione dell'inclusione scolastica degli alunni con disabilità.

## 1. *La tutela effettiva di un diritto fondamentale*

L'«effettiva possibilità di esercizio» dei diritti fondamentali connota tipicamente la forma di Stato delle moderne democrazie pluralistiche[1].

L'effettività del diritto «fondamentale» all'istruzione delle persone con disabilità nel nostro ordinamento è assicurata grazie (anche) all'assegnazione delle ore di sostegno calcolate sulla base delle specifiche esigenze dell'alunno; sul punto la sentenza della Corte costituzionale n. 80/2010 è stata più che esplicita e le sue argomentazioni, anzi, sono state poi richiamate dalla sentenza n. 275/2016, che ha definitivamente chiarito che «un diritto "fondamentale" costituisce un limite "invalicabile" alla discrezionalità del legislatore che è tenuto a renderlo effettivo»[2].

Le ore di sostegno, invero, vengono materialmente assegnate all'esito di un articolato procedimento che il Consiglio di Stato ha avuto cura di ricostruire nel dettaglio, fornendo altresì precise istruzioni operative ai dirigenti scolastici[3].

---

* Professore associato di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Niccolò Cusano – Telematica Roma.

[1] C. COLAPIETRO e M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in *Diritto pubblico*, Quarta edizione, a cura di F. Modugno, Torino, 2019, 632.

[2] Vedi L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost*., 2016, 2339.

[3] Vedi Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, §§ 31, 32 e 33 del Fatto e Diritto.

Non sempre tutto funziona al meglio, pertanto le famiglie degli studenti con disabilità debbono necessariamente rivolgersi alla magistratura per far valere tale diritto fondamentale[4].

Del resto, proprio con riferimento alla tutela di diritti fondamentali, seppur in ambito diverso, la Consulta nella sentenza n. 238/2014 ha così affermato: «Sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela»[5].

Non sfugge certo che la «giurisdizione costituisce […] solo *una delle componenti*, - sia pure di indubbio rilievo – del sistema pluralistico di garanzie positivamente prescritto»[6] e men che meno che «la strategia dei diritti rischia di creare soltanto aspettative deluse […] se non si toccano le condizioni pratico-materiali che nello stesso tempo ne determinano l'insorgenza e ne definiscono gli ambiti e le modalità d'attuazione»[7].

S'intende, seguendo un approccio (se si vuole) pragmatico, verificare come in concreto sia garantito un diritto, quello all'istruzione delle persone con disabilità, espressamente qualificato come diritto fondamentale non solo dalla Corte costituzionale[8], ma, come si vedrà più avanti, ritenuto tale anche dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

---

[4] 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.

[5] Sul punto vedi N. COLACINO, «*Quanto resterebbe di un diritto»...senza un giudice che lo tuteli? Controlimiti costituzionali all'immunità giurisdizionale degli stati e adattamento al diritto internazionale generale secondo la Consulta*, in *Giustizia Civile*.com, n. 3/2015 (25 marzo 2015).

[6] Così M. SICLARI, *Appunti sulla giustiziabilità dei diritti politici*, in Liber Amicorum *in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli, 2016, 935.

[7] Vedi P. BARCELLONA, *Il ritorno del legame sociale*, Torino, 1990, 111.

[8] Per la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione delle persone con disabilità vedi C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il "nuovo" diritto alla socializzazione*, in *dirittifondamentali.it*, n. 2/2020 (6 maggio 2020), § 3.3.1; ID., *Diritti dei disabili e Costituzione*, Appendice di Federico Girelli, Napoli, 2011, 73 ss. Su natura e regime giuridico dei diritti fondamentali vedi V. BALDINI, *"Che cosa è un diritto fondamentale". La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, in *dirittifondamentali.it*, n. 1/2016 (15 giugno 2016) e in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, n. 2016/02; A. RUGGERI, *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, *ibidem*; E. MALFATTI, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Seconda edizione riveduta e aggiornata, con la collaborazione di T. Giovannetti e N. Pignatelli, Torino, 2015.

Considerata l'«equiparazione» fra diritti fondamentali e diritti inviolabili[9], anche al diritto in parola vanno ricondotte le conseguenze giuridiche derivanti dal crisma dell'inviolabilità: la dotazione di un nucleo essenziale che resiste alla stessa revisione costituzionale, il suo riconoscimento a tutte le persone non solamente ai cittadini, l'obbligo al risarcimento integrale del danno in caso di sua lesione[10]; in proiezione esterna all'ordinamento, poi, almeno nel suo nucleo essenziale, va annoverato fra i cosiddetti «controlimiti»[11].

In tale quadro, ai fini della determinazione della garanzia non puramente formale di una tale situazione soggettiva, anche il problema della giurisdizione[12] diventa evidentemente «una questione di notevole rilievo pratico, poiché riguarda l'individuazione del giudice cui si deve rivolgere l'interessato, per ottenere la tutela delle proprie posizioni giuridiche»[13].

## 2. *Il "doppio binario" di tutela di un diritto fondamentale*

Sotto questo profilo due sono le principali decisioni da tenere in considerazione: la sentenza n. 25011/2014 delle Sezioni Unite della Cassazione e la sentenza n. 7/2016 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

La Cassazione procede alla ricognizione delle fonti che interessano il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: un articolato quadro normativo (invero già delineato nella sentenza della Corte costituzionale n. 80/2010) che assicura a tale diritto una «specifica tutela» sul piano internazionale, europeo ed interno.

Tale consistente "copertura" positiva, unitamente alla giurisprudenza costituzionale, conduce la Cassazione a reputare tale diritto «ascritto alla categoria dei diritti fondamentali» e a concludere che la sua «effettività» è garantita grazie anche alla somministrazione delle ore di sostegno, contemplata appunto dal legislatore nazionale.

Il PEI (Piano educativo individualizzato) è quel documento frutto della collaborazione fra genitori e scuola che specifica le esigenze dell'alunno disabile: qui sono indicate le

[9] Cfr. F. MODUGNO, *I «nuovi» diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, 85-86.
[10] Cfr. F. MODUGNO, *I «nuovi» diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*, cit., 17 e 39.
[11] Sulla operatività dei controlimiti vedi M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 15/04/2016.
[12] Per la ricostruzione teorica della *quaestio* sulla giurisdizione vedi G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009.
[13] Così Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, § 34 del Fatto e Diritto.

ore di sostegno «necessarie ai fini dell'educazione e dell'istruzione», pertanto assegnare un numero di ore inferiore comporta una violazione del diritto fondamentale all'istruzione.

È noto che le controversie in materia di servizio di sostegno scolastico ricadono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che, anzi, nel tempo, con giurisprudenza ormai consolidata, è riuscito a garantire adeguata tutela anche sotto il profilo risarcitorio.

Eppure le Sezioni Unite sanciscono la giurisdizione del giudice ordinario. A tal proposito va ricordato che ormai da diverso tempo «i disabili hanno a disposizione un ulteriore strumento, la legge n. 67 del 2006»[14]. Tale legge intitolata «Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni» disciplina le ipotesi di discriminazione «diretta» e «indiretta» e, come precisato dalla stessa Cassazione, «affida al giudice ordinario la competenza giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti discriminatori». Il punto è proprio questo: le Sezioni Unite, nel caso di specie, si sono pronunciate 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» avverso gli atti e i comportamenti discriminatori in capo al giudice ordinario; non si trattava, dunque, di una controversia sull'assegnazione delle ore di sostegno oggetto di giurisdizione esclusiva dei magistrati amministrativi.

La Cassazione, quindi, non ha potuto che confermare la giurisdizione del giudice ordinario (peraltro sempre affermata in primo e secondo grado) sulla base di un dato positivo che, come da lei stessa rilevato, «chiaramente individua nel giudice ordinario quello competente ad occuparsi della repressione di comportamenti discriminatori».

Tale sentenza, pertanto, non consente di per sé di escludere che le controversie relative alla mancata o insufficiente assegnazione delle ore di sostegno continuino a poter essere conosciute dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva[15].

---

[14] Così 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, 263.

[15] 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». Reputano,



dirittifondamentali.it

Ed è proprio in un'occasione di questo tipo che si è poi pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Anche il Supremo Collegio amministrativo riconosce la natura di diritto fondamentale alla situazione giuridica soggettiva fatta valere in questi casi e, ricordando come proprio le Sezioni Unite avevano affermato che in sede di giurisdizione esclusiva ben si possa conoscere dei diritti fondamentali, tiene a precisare che tale «capacità cognitiva» non comporta certo un *vulnus* alla loro «tutela giudiziaria», atteso che «chiaramente» al giudice amministrativo è stata riconosciuta «la capacità di assicurare anche ai diritti costituzionalmente protetti una tutela piena e conforme ai precetti costituzionali di riferimento (Corte Cost., sentenza 27 aprile 2007, n.140), che nessuna regola o principio generale riserva in via esclusiva alla cognizione del giudice ordinario»[16]. Non solo; secondo il Consiglio di Stato ragionare diversamente significherebbe «ridurre entro ambiti inconsistenti» la «potestà cognitiva» del giudice amministrativo su materie cruciali come la salute e l'istruzione e farebbe venir meno il senso stesso dell'attribuzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che consiste appunto nel «concentrare dinanzi ad una sola autorità giudiziaria […] la cognizione piena» di tali controversie[17].

---

invece, che la sentenza abbia sancito definitivamente la giurisdizione del giudice ordinario A. AMOROSO, *Il "ritorno a casa" delle controversie sul sostegno scolastico*, in *questionegiustizia.it* (29 gennaio 2015) e E. SCODITTI, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it*., 2015, I, 964-965, mentre F. MARCELLINO, *Il riparto di giurisdizione, tra Giudice Ordinario e Giudice Amministrativo, con riguardo all'insegnamento specializzato per il sostegno* [*http://www.studiolegalemarcellino.it/attachments/article/398/Il%20riparto%20di%20giurisdizione,%20tra%20Giudice%20Ordinario%20e%20Giudice%20Amministrativo.pdf* (4 Aprile 2016)] ritiene tuttora radicata la sola giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ragione delle complesse questioni implicate dal sostegno scolastico. Secondo A. PALMIERI, *Nota a Cass. civ., S.U., 25 novembre 2014, n. 25011*, in *Foro it*., 2015, I, 951 la sentenza «ribalta l'orientamento fin qui seguìto dal Supremo collegio» ancorché rilevi che nel «caso vagliato dalle sezioni unite, l'azione si fondava sulla natura discriminatoria, ai sensi della l. 67/06, della decisione di non concedere l'insegnamento di sostegno in misura congrua a una bambina affetta da un patologia gravemente invalidante».

[16] Vedi Cons. Stato, Ad. Plen, 12 aprile 2016, n. 7, n. 4.3 del Diritto.

[17] Vedi Cons. Stato, Ad. Plen, 12 aprile 2016, n. 7, n. 4.5 del Diritto. Del resto anche Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 2.6 del *Considerato in diritto*, così si era espressa: «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». In quest'ambito

Sulla base di queste premesse l'Adunanza Plenaria sancisce la giurisdizione del giudice amministrativo, precisando, nondimeno, come la fattispecie al suo esame fosse ben diversa da quella scrutinata dalle Sezioni Unite. Il caso deciso, infatti, atteneva ad una «fase che precede la formalizzazione PEI», non quindi alla sua «fase esecutiva», pertanto le argomentazioni della Cassazione non risultavano «in alcun modo spendibili».

Ferma, allora, la diversità delle due fattispecie, la «sentenza dell'Adunanza Plenaria nulla aggiunge o toglie a quanto era stato stabilito dalle Sezioni unite della Cassazione con la sentenza n. 25011/14»[18].

Insomma, ancorché siano intervenuti i due Supremi Collegi, ordinario e amministrativo, l'ultima parola sul problema della giurisdizione pare non esser stata ancora detta e, per ottenere tutela, resta quindi ad oggi percorribile un "doppio binario".

È possibile, quindi, adire il giudice ordinario, invocando l'applicazione della legge n. 67/2006, oppure il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, sulla scorta della consolidata giurisprudenza amministrativa[19] che, come detto, ha ormai da tempo assicurato piena tutela agli alunni con disabilità[20].

---

quella accordata dal giudice amministrativo è «una tutela giurisdizionale divenuta "forte"», così A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (11 gennaio 2017), 2.

[18] Vedi *http://aipd.it/aipd_scuola/* (scheda n. 522 di S. NOCERA).

[19] Ad avviso di A. M. GIAMPAOLINO, *Assegnazione dell'insegnante di sostegno alla classe frequentata dall'alunno disabile e riparto di giurisdizione: al giudice amministrativo le controversie sorte nella fase che precede la formalizzazione del piano educativo individuale*, in *Il Nuovo Diritto Amministrativo*, n. 4/2016, § 5.2: «la concreta "portata" delle diverse giurisdizioni sembra, in definitiva, dipendere dai poteri del giudice nell'interpretazione della domanda proposta». Secondo A. TOMASSETTI, *Sostegno scolastico e riparto di giurisdizione* (*http://www.treccani.it/enciclopedia/sostegno-scolastico-e-riparto-di-giurisdizione_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/*) la sentenza dell'Adunanza Plenaria «riporta – correttamente – l'ambito della giurisdizione nell'alveo dei confini dettati dal criterio del *petitum* e della *causa petendi*» e «delinea un ampio quadro di cognizione del giudice amministrativo, esteso all'intera materia del pubblico servizio scolastico, restringendo la cognizione del giudice ordinario alle controversie in materia di discriminazione *ex* art. 28 d.lgs. n. 150/2011».

[20] Di recente, anzi, il TAR Campania (Napoli, Sez. IV) n. 44/2019, onde assicurare una tutela davvero effettiva, per il caso che l'Amministrazione soccombente non desse seguito a quanto deciso nel termine fissato, si è premurato di nominare «Commissario» direttamente in sentenza il Dirigente Generale per le Risorse Umane e Finanziarie del MIUR, abilitandolo a compiere «tutti gli atti necessari, comprese le eventuali modifiche di bilancio, a carico e spese dell'Amministrazione inadempiente».

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.

Visto che l'ordinamento, allo stato, consente non una, ma ben due vie di tutela, non si vede ragione di rinunciare all'una in favore dell'altra, propugnando la giurisdizione in capo al solo giudice amministrativo ovvero al solo giudice ordinario: 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»[21].

**3.** ***La conferma del "doppio binario"***

La giurisprudenza successiva pare confermare la sussistenza di tale duplice tutela processuale per gli alunni con disabilità.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, infatti, proprio in base alle statuizioni dell'Adunanza Plenaria, ha avuto modo di affermare la giurisdizione del giudice amministrativo, asserendo che la fattispecie esaminata dalle Sezioni Unite fosse «del tutto diversa» e «riservata alla giurisdizione ordinaria» direttamente dalla legge.

Le Sezioni Unite della Cassazione, con l'ordinanza n. 5060 del 28 febbraio 2017, sono intervenute poi in sede di conflitto di giurisdizione, sollevato in quest'occasione dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio.

La Cassazione, richiamata la propria giurisprudenza nonché la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7/2016 e rilevato che nella specie il PEI non era stato ancora formalizzato, ha dichiarato la controversia «ascritta entro l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo».

Anche in quest'occasione, però, l'ultima parola sulla giurisdizione non sembra ancora una volta esser stata detta.

[21] 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.

La fattispecie concerneva, infatti, la fase «prodromica» alla redazione del PEI, ove la cognizione del giudice amministrativo è difficilmente contestabile[22].

A questa ordinanza è seguita la sentenza n. 9966/2017 con cui le Sezioni Unite sono tornate a pronunciarsi su di una controversia in materia di discriminazione *ex* legge n. 67/2006 e, coerentemente, hanno così statuito: «Poiché nella specie la vicenda si colloca a valle della redazione del piano educativo individualizzato e *la controversia verte sulla richiesta di tutela antidiscriminatoria per la mancata concessione delle ore di sostegno scolastico nella misura prevista in detto piano*, la giurisdizione spetta al giudice ordinario»[23].

In effetti, sulla scorta di quanto già deciso con la sentenza n. 25011/2014, il tono testuale dell'ordinanza n. 5060/2017 sembra piuttosto perentorio nell'affermare la giurisdizione del giudice ordinario qualora la controversia abbia ad oggetto una fase successiva alla «redazione conclusiva» del PEI, così come lo è anche quello della sentenza n. 9966/2017 laddove afferma che in questo caso «scatta» la giurisdizione del giudice ordinario[24].

Nondimeno, pare utile evidenziare come in quest'ultima decisione la Cassazione si premuri di precisare anche che la controversia debba concernere una «richiesta di tutela antidiscriminatoria», ipotesi per cui, lo si è visto, è la legge stessa ad individuare nel giudice ordinario quello munito di giurisdizione.

Soprattutto resta il fatto che in fondo il Giudice della giurisdizione ancora non ha avuto modo di pronunciarsi nell'ambito di una lite promossa davanti al giudice amministrativo avente ad oggetto un'assegnazione di ore di sostegno non conforme a quanto stabilito nel PEI già predisposto: solo in una siffatta ipotesi, se mai la Cassazione sancisse la giurisdizione del giudice ordinario, potremmo forse considerare il giudice amministrativo non più munito di giurisdizione su queste controversie insorte appunto successivamente alla stesura del PEI.

Anche gli interventi più recenti delle Sezioni Unite non sembrano dirimenti in tal senso: si rifanno alla sentenza n. 25011/2014 ed affermano conseguentemente la giurisdizione del giudice ordinario.

---

[22] Secondo il TAR Lombardia (Milano, Sez. III) n. 2612/2018 per questa ipotesi la giurisdizione del giudice amministrativo «non può porsi in dubbio» proprio in ragione dell'ordinanza n. 5060/2017 delle Sezioni Unite.

[23] Cass. civ. S.U., 20 aprile 2017, n. 9966, n. 1.1 dei Motivi della decisione (corsivi miei).

[24] Cass. civ. S.U., 20 aprile 2017, n. 9966, n. 1.1 dei Motivi della decisione.

L'ordinanza n. 25101 dell'8 ottobre 2019, infatti, viene resa in sede di regolamento di giurisdizione promosso nell'ambito di un procedimento *ex* legge n. 67/2006 (volto ad ottenere l'assistente alla comunicazione per il numero di ore settimanali necessario) e puntualizza che la tutela anti-discriminatoria va assicurata anche se la domanda (rivolta al giudice ordinario) non contenga (e non era comunque questo il caso) una «deduzione esplicita […] di un comportamento discriminatorio dell'amministrazione»[25]; mentre l'ordinanza n. 1870 del 28 gennaio 2020 definisce il regolamento di giurisdizione promosso anche qui nel quadro di un giudizio *ex* legge n. 67/2006, vertente, questa volta, sulla richiesta di risarcimento del danno non patrimoniale subito per via del ritardo con cui l'amministrazione aveva dato seguito all'ordine giudiziale di garantire le ore di sostegno indicate nel PEI[26].

Assai significativa ai fini del riparto di giurisdizione (e non solo) resta invero la sentenza della Sesta Sezione del Consiglio di Stato n. 2023/2017, «**un vero trattato sulla normativa** relativa all'inclusione scolastica»[27], richiamata anzi nell'ordinanza n. 25101/2019 delle Sezioni Unite onde sottolineare che «i punti di convergenza fra la giurisprudenza amministrativa e quella delle Sezioni Unite sono tali da far escludere in generale - e specificamente nel caso in esame - una sostanziale divergenza di opinioni»[28].

[25] Cass. civ., Sez. Un., ord. 8 ottobre 2019, n. 25101, n. 14 dei Motivi della decisione. Sul punto vedi anche *infra*.

[26] Cass. civ., Sez. Un., ord. 28 gennaio 2020, n. 1870, n. 1 dei Motivi della decisione: «va osservato che l'ordine del giudice di integrazione del numero delle ore di didattica di sostegno viene a sostituirsi al PEI e fa sorgere il diritto soggettivo del minore disabile a fruire del maggior numero di ore di servizio di sostegno scolastico stabilite dalla Autorità Giudiziaria, senza che residui alcun ambito di esercizio di potere discrezionale per la pubblica amministrazione. // Ne deriva che la mancata tempestiva attuazione dell'ordine del giudice determina la lesione del diritto soggettivo del minore e radica - in conformità al "petitum sostanziale", quale emerge dalla dedotta "causa petendi" - la giurisdizione del giudice ordinario. Ad esso spetterà accertare la sussistenza del lamentato danno non patrimoniale, tanto con riferimento al periodo temporale anteriore all'ordine del giudice, quanto con riferimento al periodo successivo».

[27] Vedi *http://aipd.it/aipd_scuola/* (scheda n. 552 di S. NOCERA). Questa sentenza del Consiglio di Stato proprio in ragione della varietà di profili che ha trattato è stata già citata in note precedenti, e lo sarà anche più avanti, dato che «con pregevole sforzo motivazionale ricostruisce dettagliatamente la normativa sull'inclusione scolastica» (così P. MAGLIONE, *Il regime di tutela giurisdizionale della disabilità avverso l'inattuazione del sistema integrato di interventi assistenziali*, in *Ambientediritto.it*, Fasc. 1/2019, 13).

[28] Cass. civ., Sez. Un., ord. 8 ottobre 2019, n. 25101, n. 8 dei Motivi della decisione.

La decisione del Consiglio di Stato sembra proprio confermare il modello del "doppio binario" di tutela, quando afferma che, qualora non vengano assegnate da parte dell'Amministrazione scolastica le ore di sostegno indicate nel PEI, «sussiste […] in linea di principio la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»[29], mentre «sussiste la giurisdizione del giudice civile, quando l'interessato espressamente lamenti innanzi a tale giudice che l'Amministrazione scolastica abbia posto in essere "*un comportamento discriminatorio a proprio danno*"»[30]. L'unica distonia rilevata dalle Sezioni Unite rispetto alla propria giurisprudenza è quest'ultima asserzione per cui si radica la giurisdizione civile (solo) se l'interessato «espressamente» lamenti la discriminazione subita, mentre, come detto, la Cassazione non lo reputa un requisito indispensabile perché così opinando la scelta del giudice competente verrebbe rimessa al ricorrente.

Nondimeno, va tenuto conto del fatto che la Cassazione e il Consiglio di Stato prendono entrambi in considerazione l'ipotesi in cui il ricorrente si sia rivolto al giudice ordinario.

Ora, una volta che il Tribunale civile viene adito, (evidentemente) potrà esercitare tutti i suoi poteri interpretativi sul *petitum* onde valutare la sussistenza della propria giurisdizione e lo strumento di tutela più efficace da accordare, fermo che, se oggetto della doglianza è una condotta discriminatoria, lamentata «espressamente» dal ricorrente o prefigurata in via interpretativa dal giudice, sempre è la legge, in questi casi, ad imporre la giurisdizione del giudice ordinario[31]. La Cassazione, in fondo,

[29] Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, § 37 del Fatto e Diritto; sul punto vedi anche il § 39.3 del Fatto e Diritto della sentenza.

[30] Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, § 38 del Fatto e Diritto. Il Consiglio di Stato ha a tal proposito precisato che va escluso che possa (paradossalmente) determinarsi la giurisdizione del giudice civile «per iniziativa di una parte diversa da quella nel cui interesse essa è stabilita, ovvero in base alla deduzione difensiva dell'Amministrazione statale, la quale – a seguito di un ricorso proposto dall'interessato in sede di giurisdizione esclusiva – deduca essa stessa, per ragioni imperscrutabili, di avere posto in essere un "*comportamento discriminatorio*"» (§ 40 del Fatto e Diritto; sul punto vedi anche il § 39.1 del Fatto e Diritto).

[31] Proprio di recente, rilevata una discriminazione indiretta *ex* art. 2 della legge n. 67/2006 e richiamata «la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 25011 del 2014)», il Tribunale civile di Roma ha sancito la propria giurisdizione (Trib. Roma, diciottesima sezione civile, ord. 9 aprile 2020) e così pure il Tribunale di Lucca, che ha richiamato anche l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 25101/2019 (Trib. Lucca, ord. 6 aprile 2020). A riprova del fatto che la garanzia del diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità non tollera alcun tipo di "affievolimento" nemmeno in circostanze straordinarie, va evidenziato che queste due decisioni sono state rese mentre era in corso l'emergenza sanitaria per il Covid-19; sulla *Scuola*

proprio questo ha voluto rimarcare laddove afferma: «La deduzione esplicita nella domanda del ricorrente di un comportamento discriminatorio dell'amministrazione non può pertanto considerarsi una condizione cui subordinare la giurisdizione del Giudice ordinario date le premesse che concordemente portano ad escludere la possibilità per l'amministrazione di non dare esecuzione alle "proposte" trasmesse dal G.L.O.H. incorrendo altrimenti nella compressione di un diritto fondamentale alla cui tutela il legislatore ha voluto apprestare lo strumento immediato ed efficace del procedimento anti-discriminatorio. Su questi presupposti pertanto subordinare alla qualificazione giuridica della domanda la questione della giurisdizione appare una opzione interpretativa che affida sostanzialmente al ricorrente la scelta del giudice competente»[32].

L'impianto motivazionale della sentenza del Consiglio di Stato, del resto, nel suo svolgersi pare ricercare una linea di continuità/conformità rispetto a quanto già statuito dalle Sezioni Unite (nel 2014) e dall'Adunanza Plenaria (nel 2016). Le decisioni "capostipiti" dei due Supremi Collegi sull'applicazione della legge n. 67/2006 e sulle fasi precedenti alla redazione del PEI, infatti, vengono espressamente richiamate a fondamento delle argomentazioni in punto di giurisdizione.

## 4. *La doverosa manutenzione dell'inclusione scolastica degli alunni con disabilità*

Chiarito che agli alunni con disabilità è garantita una duplice via processuale di tutela, giova ora svolgere alcune considerazioni sul piano sostanziale circa il contenuto del diritto fondamentale in parola, la cui piena realizzazione esige la redazione e l'esecuzione (fedele) del PEI.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha evidenziato che il PEI, in realtà, «non acquista mai definitiva stabilità» in quanto è soggetto a periodiche «verifiche»[33]; tale monitoraggio, in effetti, è volto alla miglior soddisfazione delle esigenze dell'alunno con disabilità, fra le quali primaria importanza assume l'effettiva

nel quadro della crisi pandemica vedi G. LANEVE (a cura di), *La scuola nella pandemia. Dialogo multidisciplinare*, Macerata, 2020.

[32] Cass. civ., Sez. Un., ord. 8 ottobre 2019, n. 25101, n. 14 dei Motivi della decisione.

[33] Vedi C.G.A.R.S., 29 luglio 2016, n. 234.

integrazione nella classe, il cui vantaggio educativo e formativo involge tutti gli alunni, non solo quelli con disabilità[34].

A tal proposito va ricordato come, nella logica del dato positivo, l'insegnante di sostegno non viene attribuito al singolo alunno con disabilità quasi fosse un suo personale precettore, bensì viene assegnato «alla classe», di cui appunto assume la contitolarità[35]. Questo aspetto, cruciale per la corretta comprensione della piena fruizione e della giusta latitudine del diritto all'istruzione del disabile, del resto, è stato messo bene in luce anche dal Consiglio di Stato, che così si è pronunciato: «La normativa vigente non prevede […] l'assegnazione *ad personam* dell'insegnante di sostegno, ovvero non prevede che a ciascun alunno disabile venga assegnato un 'proprio' insegnante di sostegno»[36].

L'insegnante di sostegno, quindi, ha il delicato compito di supportare l'alunno con disabilità, i suoi compagni ed i *suoi* docenti curricolari nella non facile (ma doverosa) opera di inclusione, che ha quale presupposto il fatto che *tutti* gli alunni della classe abbiano *gli stessi docenti*; prezioso, in questo senso, ancora una volta l'intervento del Consiglio di Stato: «l'insegnante di sostegno non è 'assegnato' ad un particolare alunno: egli è invece presente in classe unitamente all'insegnante titolare della materia, segue in via diretta l'alunno disabile che vi è presente e in generale è chiamato ad adempiere alle "*ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno*" a suo favore»[37].

A riguardo, anzi, va ricordato che la L. 13 luglio 2015, n. 107 (Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni

[34] Sul punto: Cass. civ., S.U., 25 novembre 2014, n. 25011, n. 4.1 del *Considerato in diritto*; Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, § 27.1 del Fatto e Diritto.

[35] Lo evidenzia già nel titolo del suo lavoro A. M. GIAMPAOLINO, *Assegnazione dell'insegnante di sostegno alla classe frequentata dall'alunno disabile e riparto di giurisdizione: al giudice amministrativo le controversie sorte nella fase che precede la formalizzazione del piano educativo individuale*, cit.; sul punto vedi anche L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, 27/11/2015, 12-13. Per la ricostruzione della normativa in materia anche con riferimento agli alunni con BES e DSA vedi F. MAGNI, *L'integrazione scolastica delle persone con disabilità, disturbi specifici di apprendimento (DSA) e bisogni educativi speciali (BES). Framework normativo e giurisprudenziale aggiornato*, in *Nuova Secondaria Ricerca*, n. 9, maggio 2015, 22 ss. Sul quadro attuale vedi G. MATUCCI (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola «aperta a tutti» alla prova della crisi economica*, Milano, 2019.

[36] Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, § 22.2 del Fatto e Diritto.

[37] Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, § 22.4 del Fatto e Diritto.

legislative vigenti), cosiddetta "Buona Scuola", all'art. 1, comma 124, prevede che «la formazione in servizio dei docenti di ruolo è obbligatoria, permanente e strutturale» e che avvenga «sulla base delle priorità nazionali indicate nel Piano nazionale di formazione».

Il *Piano per la formazione dei docenti 2016-2019*, adottato con il decreto ministeriale 19 ottobre 2016, n. 797, contempla «inclusione e disabilità» tra le «priorità per la formazione» (come precisato, peraltro, anche dalla nota della direzione generale per il personale scolastico del 19 novembre 2018, prot. 50912)[38] e ora l'«Atto di indirizzo politico – istituzionale per l'anno 2020» del ministro dell'istruzione colloca l'inclusione scolastica tra le «Priorità politiche»[39].

Sembra, allora, di poter intravedere una linea di continuità fra questi ultimi interventi e la Direttiva Ministeriale del 27 dicembre 2012 intitolata «Strumenti d'intervento per alunni con bisogni educativi speciali e organizzazione territoriale per l'inclusione scolastica», ove *in apicibus* si afferma: «Va […] potenziata la cultura dell'inclusione, e ciò anche mediante un approfondimento delle relative competenze degli insegnanti curricolari, finalizzata ad una più stretta interazione tra tutte le componenti della comunità educante».

È evidente, in ogni modo, che in tema di inclusione scolastica il riferimento positivo principale oggi non può che esser rinvenuto nel D. Lgs. 13 aprile 2017, n. 66 (Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera c), della legge 13 luglio 2015, n. 107).

---

[38] Vedi *https://www.miur.gov.it/documents/20182/718927/Nota+DG+personale+scolastico+protocollo+50912+del+19+novembre+2018.pdf/830eb60d-ac25-4cf3-b174-ab350b2a8b10?version=1.1&t=1542737185301*.
Sulla formazione degli insegnanti con specifico riferimento alle esigenze di inclusione vedi ora M. FALANGA, *Inclusione scolastica e formazione degli insegnanti*, in *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola «aperta a tutti» alla prova della crisi economica*, a cura di G. Matucci, Milano, 2019, 105 ss.; sulla formazione degli insegnanti come «tema di rilievo costituzionale» vedi G. LANEVE, *La scuola* per *la Costituzione e la Costituzione* per *la scuola: qualche riflessione sulla formazione degli insegnanti*, in *federalismi.it*, n. 13/2014, 25 giugno 2014. Sul «sistema dell'istruzione repubblicana» vedi G. FONTANA, *Art. 33*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Torino, 2006, 686 ss.; da ultimo: R. CALVANO, *Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato*, Roma, 2019.

[39] Vedi *https://www.miur.gov.it/documents/20182/0/Atto+di+indirizzo+2020.pdf/8ef7d1c1-c7fc-75e4-80bb-b8654ba6e98a?version=1.0&t=1581596555210*.

Un intervento volto a razionalizzare la non del tutto organica disciplina sull'inclusione degli alunni con disabilità era indubbiamente auspicabile, poiché, come già rilevato anche dal Consiglio di Stato, «in materia di determinazione delle ore di sostegno […] la normativa scolastica è non soltanto disorganica e complessa di per sé, ma si caratterizza anche per una singolare commistione di procedimenti aventi natura eterogenea»[40]. Quel che va comunque preservato è il suo impianto di fondo che, grazie al ripudio delle classi differenziate, da tempo l'ha collocata fra le più avanzate del mondo[41].

Se, poi, l'evoluzione che ha subito sia stata orientata sempre nella direzione di realizzare al meglio l'inclusione scolastica è questione complessa, cui è dedicato un interessante studio curato da Dario Ianes e Andrea Canevaro[42]. Resta fondamentale ancor'oggi, in ogni modo, l'accurata e tempestiva redazione del PEI, tanto che la sua assenza non consente di ammettere l'alunno all'esame di Stato perché nello scrutinio non è possibile effettuare la «dovuta valutazione dei progressi e/o degli obiettivi raggiunti»[43].

Problemi applicativi nel tempo evidentemente non sono mancati: ne è prova il contenzioso giudiziario che ha interessato questa materia[44].

Va precisato, però, che la giurisprudenza nel risolvere le controversie via via insorte ha contribuito a chiarire i tratti caratterizzanti del nostro modello di inclusione scolastica e gli strumenti di tutela azionabili, conformando così contenuto e garanzia del diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità. Non si può disconoscere, infatti, che «nonostante una legislazione tutto sommato evolutiva ed evoluta», è stata

[40] Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, § 11 del Fatto e Diritto. In proposito vedi anche i §§ 21, 26.1, 26.2 e 26.3 del Fatto e Diritto della sentenza.

[41] Per il panorama europeo vedi S. TROILO, *Uno sguardo oltre i confini. La sostenibilità dell'inclusione scolastica in Europa*, in *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola «aperta a tutti» alla prova della crisi economica*, a cura di G. Matucci, Milano, 2019, 179 ss.

[42] D. IANES, A. CANEVARO (a cura di), *Lontani da dove? Passato e futuro dell'inclusione scolastica in Italia*, Trento, 2017. Per l'esplicazione della disciplina attualmente in vigore vedi S. NOCERA, N. TAGLIANI e AIPD, *La normativa inclusiva nella «Buona scuola». I decreti della discordia*, Trento, 2017, nonché, da ultimo, G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020, 200 ss.

[43] Così C.G.A.R.S., 26 giugno 2020, n. 482.

[44] Da ultimo è intervenuta la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo: Corte Edu, Sez. I, 10 settembre 2020, *G. L. c. Italia*.

«ancora una volta la giurisprudenza, amministrativa e costituzionale, ad aver scritto pagine importanti»[45].

Le Sezioni Unite, in fondo, hanno valorizzato il PEI proprio in funzione conformativa del diritto fondamentale in parola ed hanno anche contribuito a definirne lo stesso spazio di garanzia, quando hanno stabilito che debbano fruirne anche gli alunni con disabilità che frequentano le scuole paritarie: «la scuola statale e quella paritaria devono garantire i medesimi standard qualitativi: il sostegno scolastico degli alunni e degli studenti disabili è presupposto e condizione indefettibile per il riconoscimento, e il mantenimento, della parità della scuola privata, dovendo questa in ogni caso garantire al minore portatore di handicap le medesime condizioni di frequenza e di apprendimento assicurate dalla scuola statale, e quindi il sostegno specializzato nella misura necessaria, secondo quanto stabilito in sede di piano educativo individualizzato»[46].

Il Consiglio di Stato, poi, non ha mancato di sancire anche che «il sistema deve far sì che gli alunni e le loro famiglie non debbano proporre ricorsi giurisdizionali per ottenere ciò che è loro dovuto», visto che solo coloro che propongono ricorso e che dispongono dei mezzi per farlo possono in effetti ottenere l'assegnazione delle ore di sostegno realmente necessarie, riaffermando così la vocazione *costituzionalmente* inclusiva della scuola italiana, oggi declinata in termini di «universalizzazione»[47].

---

[45] Così M. BENVENUTI, *"La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, in *federalismi.it*, n. speciale 4/2018, 14 settembre 2018, 112.

[46] Cass. civ. S.U., 20 aprile 2017, n. 9966, n. 2.2 dei Motivi della decisione; sul punto vedi R. GELLI, *Sostegno all'alunno portatore di* handicap *nella scuola privata paritaria*, in *Famiglia e diritto*, n. 12/2017, 1084 ss.

[47] Cfr., sul punto, G. MATUCCI, *Il diritto/dovere all'inclusione scolastica, in Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, n. 2019/01, 45; EAD., *Dall'inclusione all'universalizzazione. Itinerari di sviluppo della scuola* della *Costituzione*, in *Diritto all'istruzione e inclusione sociale. La scuola «aperta a tutti» alla prova della crisi economica*, a cura di G. Matucci, Milano, 2019, 54 ss. Del resto, si è rilevato che «l'inclusione non è solo un obiettivo che dev'essere ricercato esclusivamente nell'area della disabilità certificata, ma piuttosto un bisogno proprio dell'utenza scolastica nel suo complesso»: così A. PATTI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: le pronunce Dupin contro Francia e Stoian contro Romania alla luce della normativa italiana*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2020 (5 febbraio 2020), 199.



dirittifondamentali.it

L'art. 34 Cost. con «solenne ed esplicita enunciazione»[48] stabilisce che «La scuola è aperta a tutti»[49], formula pensata in origine soprattutto nella logica di evitare che il censo fosse di ostacolo all'accesso all'istruzione.

Emilio Betti nella «Conversazione» tenuta il 2 marzo 1959 al collegio Borromeo di Pavia osservava come una norma possa maturare nel tempo un «esito sociale ulteriore, ancorché non intenzionale»[50]: si può allora affermare che la perdurante attualità della previsione costituzionale stia proprio nell'«esito sociale ulteriore» di garantire l'inclusione scolastica, venendo a costituire oggi il primo riferimento positivo del diritto fondamentale all'istruzione delle persone con disabilità; diritto, che, sia chiaro, non tollera un abbassamento di garanzia dovuto alla scarsità delle risorse disponibili.

In proposito la Corte costituzionale nella sentenza n. 275/2016 (richiamando la storica decisione n. 215/1987 e la n. 80/2010) è stata più che esplicita: «È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»; ed anche le parole scelte dal Consiglio di Stato non danno adito ad alcun dubbio: «le posizioni degli alunni disabili devono prevalere sulle esigenze di natura finanziaria»[51]

dirittifondamentali.it

[48] Così L. ARDIZZONE, R. DI MARIA, *La tutela dei diritti fondamentali ed il "totem" della programmazione: il bilanciamento (possibile) fra equilibrio economico-finanziario e prestazioni sociali (brevi riflessioni a margine di Corte cost., sent. 275/2016)*, in *Diritti regionali*, n. 2/2017 (30 aprile 2017), 177.

[49] Sul primo comma dell'art. 34 Cost. quale «norma cardine della disposizione» vedi A. POGGI, *Art. 34*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, I, Torino, 2006, 704 ss.

[50] E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Jus*, 1959, 199.

[51] Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, § 27.2 del Fatto e Diritto.