Ritenuto in fatto

1. – Con ordinanza in data 28 maggio 2012, il Tribunale di Udine, in accoglimento del ricorso *ex* artt. 702-*bis* cod. proc. civ., 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni), e 28 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), presentato il 4 aprile 2012 dai coniugi , genitori di , nata il 15 marzo 2008, ha accertato la natura discriminatoria della decisione dell'Amministrazione scolastica di non concedere alla minore, affetta da sindrome di (malattia invalidante riconducibile alla fattispecie di *handicap* grave ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, recante "Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate"), l'insegnamento scolastico di supporto nella misura di 25 ore settimanali ai fini della frequenza della sezione dei "piccoli" della Scuola dell'infanzia di , e ha ordinato alle amministrazioni convenute – il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e l'Istituto comprensivo di –, ciascuna per quanto rispettiva competenza, la cessazione immediata della condotta discriminatoria e la concessione dell'insegnante di sostegno per il numero di 25 ore settimanali indicato nel PEI (Piano educativo individualizzato) per l'anno scolastico in corso e per gli anni seguenti, salvo variazioni della situazione di fatto della minore con riferimento alla necessità di educazione ed istruzione accertata dagli organismi competenti, ed ha condannato il convenuto Ministero al risarcimento del danno non patrimoniale nella misura di euro 5.000, oltre interessi e spese di lite.

2. – Il Ministero e l'Istituto comprensivo hanno proposto appello.

Hanno eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in ragione della natura di interesse legittimo della posizione fatta valere.

Nel merito hanno dedotto l'insussistenza del comportamento discriminatorio dell'amministrazione scolastica. A tale riguardo hanno rilevato che l'alunna, nel corso dell'anno scolastico 2011-2012, ha usufruito di 12,5 ore di sostegno e di 9 ore di educatore socio-educativo, per un totale di 21,5 ore, interamente coperte dalle predette figure professionali, oltre che dai docenti ordinari, e che il personale scolastico si è attenuto ad una "logica e pratica inclusiva", senza un affidamento esclusivo ad un docente differenziato rispetto ai compagni: di qui l'irrilevanza del "monte ore", non potendo trarsi alcuna discriminazione dal fatto che la minore abbia frequentato la scuola fino alle ore 13 anziché a tempo pieno.

L'appello è stato resistito dai genitori di [redacted].

2.1. – La Corte d'appello di Trieste, con sentenza resa pubblica mediante deposito in cancelleria il 31 luglio 2013, ha respinto il gravame.

Quanto all'eccezione di difetto di giurisdizione, la Corte territoriale ha rilevato che la legge n. 67 del 2006 ed il d.lgs. n. 150 del 2011 attribuiscono al tribunale ordinario del luogo in cui il ricorrente ha domicilio, che decide con rito sommario, le controversie in materia di discriminazione.

Nel merito, la Corte di Trieste ha sottolineato che nel piano educativo individualizzato erano state assegnate a [redacted] 25 ore settimanali, sicché vi è stato un esplicito riconoscimento da parte dell'amministrazione di questa necessità della bambina, mentre la piccola ha usufruito solamente di 6 ore di sostegno scolastico in primo tempo e di 12 ore poi. Secondo i giudici d'appello, anche [redacted] doveva avere la possibilità, come gli altri alunni normodotati, di frequentare la scuola nelle ore pomeridiane, tanto più che il diritto a non essere discriminato sussiste pure nella scuola dell'infanzia, come previsto testualmente dall'art. 12 della legge n. 104 del 1992.

3. – Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello il Ministero dell'istruzione e l'Istituto comprensivo di [redacted] hanno proposto

ricorso, con atto notificato il 13 novembre 2013, sulla base di tre motivi.

Gli intimati hanno resistito con controricorso.

Considerato in diritto

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

2. – Il motivo è infondato.

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

correnti di fruire, a differenza degli altri compagni normodotati, della frequenza scolastica a tempo pieno.

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

A tale riguardo, le ordinanze 19 gennaio 2007, n. 1144, e 29 aprile 2009, n. 9954, hanno evidenziato che il servizio di sostegno scolastico ai minori portatori di *handicap* non costituisce oggetto di un contratto di utenza di diritto privato tra l'istituto scolastico, obbligato alla prestazione, e i genitori del minore, ma è previsto dalla legge e consegue direttamente al provvedimento di ammissione alla scuola.

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

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

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

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

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

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

A livello internazionale viene in rilievo la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, resa esecutiva con la legge di autorizzazione alla ratifica 3

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

A livello europeo, nel quadro dei valori di rispetto della dignità umana e dell'uguaglianza proclamati nell'art. 2 del Trattato sull'Unione Europea, gli artt. 9 e 10 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione definiscono due criteri-obiettivo nella determinazione delle politiche ed azioni dell'Unione: la promozione di un elevato livello di istruzione e la lotta contro ogni tipo di discriminazione, compresa quella fondata sulla disabilità. Il contrasto alle discriminazioni fondate, tra l'altro, sulla disabilità costituisce oggetto della previsione contenuta nel successivo art. 19 del TFUE.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede che «Ogni persona ha diritto all'istruzione» (art. 14), che «Tutte le persone sono uguali davanti alla legge» (art. 20), che «E' vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, [...] sulla disabilità» (art. 21), e che «L'Unione riconosce e rispetta il diritto delle persone con disabilità di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità» (art. 26).

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

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

La legge 1° marzo 2006, n. 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni), nel promuovere la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali, traccia all'art. 2 una rilevante distinzione tra due possibili forme di violazione di tale parità (la discriminazione diretta, che ricorre «quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga»; e la discriminazione indiretta, che si ha «quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone»), e, all'art. 3, affida al giudice ordinario la competenza giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti discriminatori, richiamando (la disciplina dettata dall'art. 44 del testo unico delle disposizioni concernenti l'immigrazione e la condizione dello straniero, di cui al

d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, e oggi) le nuove norme sulla tutela antidiscriminatoria previste dall'art. 28 del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150.

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

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

Per un verso, infatti, occorre considerare la presenza nell'ordinamento di una norma – l'art. 133, comma 1, lettera *c*), del codice del processo amministrativo – che, in continuità con l'abrogato art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie in materia di pubblici servizi [...] relative a

provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo».

Per l'altro verso, e più in generale, la categoria dei diritti fondamentali non delimita un'area impenetrabile all'intervento di pubblici poteri autoritativi: questi sono sempre più spesso chiamati, non solo all'assolvimento dei compiti rivolti ad attuare i diritti costituzionalmente garantiti, ma anche ad offrire ad essi una tutela sistemica, nel bilanciamento con le esigenze di funzionalità del servizio pubblico e tenendo conto, ai fini del soddisfacimento dell'interesse generale, del limite delle risorse disponibili secondo le scelte allocative compiute dagli organi competenti.

Sotto questo profilo, la sussistenza di poteri conferiti dalla legge alla pubblica amministrazione anche quando il bene della vita coinvolto è proiezione di un diritto fondamentale, trova conferma sia nel riconoscimento, ad opera della Corte costituzionale, della idoneità del giudice amministrativo "ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa" (sentenza n. 140 del 2007); sia nelle previsioni legislative contenute nel codice del processo amministrativo che escludono che la concessione o il diniego della misura cautelare possa «essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale» (art. 55), o che, ad esempio, affidano alla giurisdizione esclusiva del giudice speciale «le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati» (art. 133, comma 1, lettera *p*).

Del resto queste Sezioni Unite (ordinanza 10 luglio 2006, n. 15614), proprio in materia di servizio scolastico, in una vicenda relativa ad un diritto inviolabile quale la libertà religiosa, hanno statuito che la controversia avente ad oggetto la contestazione della legittimità dell'affissione

del crocifisso nelle aule scolastiche, avvenuta – pur in mancanza di una espressa previsione di legge impositiva dell'obbligo – sulla base di provvedimenti dell'autorità scolastica conseguenti a scelte dell'amministrazione, contenute in regolamenti e circolari ministeriali, riguardanti le modalità di erogazione del pubblico servizio, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, venendo in discussione provvedimenti dell'autorità scolastica che, essendo attuativi di disposizioni di carattere generale adottate nell'esercizio del potere amministrativo, sono riconducibili alla pubblica amministrazione-autorità.

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

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

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

Sotto il primo profilo, già secondo la previsione dell'art. 12 della legge n. 104 del 1992 l'attenzione alla persona disabile e alla sua diversità si concretizza nella formulazione, appunto, di un piano educativo individualizzato, alla cui definizione provvedono congiuntamente, con la collaborazione dei genitori della persona handicappata, gli operatori delle unità sanitarie locali e, per ciascun grado di scuola, personale insegnante specializzato della scuola, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico-pedagogico individuato secondo criteri stabiliti dal Ministro dell'istruzione. Del piano educativo è parte integrante il profilo dinamico-funzionale, che indica le caratteristiche fisiche, psichiche e sociali ed affettive dell'alunno e pone in rilievo sia le difficoltà di apprendimento conseguenti alla situazione di *handicap* e le possibilità di recupero, sia le capacità possedute che devono essere sostenute, sollecitate e progressivamente rafforzate e sviluppate nel rispetto delle scelte culturali della persona handicappata. Tra le norme finalizzate alla promozione dell'autonomia e dell'integrazione e dell'inserimento del disabile, l'art. 13, comma 3, della legge n. 104 del 1992 prevede attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati. Il quadro normativo è stato successivamente integrato dall'art. 10, comma 5, del decreto-legge 31 maggio 2000, n. 78 (Misure urgenti in tema di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, con la previsione che i soggetti chiamati a formulare il piano educativo individualizzato elaborano anche «proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno, che devono essere esclusivamente finalizzate all'educazione e all'istruzione, restando a carico degli altri soggetti istituzionali la fornitura delle altre risorse professionali e materiali necessarie per l'integrazione e l'assistenza dell'alunno disabile richieste dal piano educativo individualizzato». E' poi nella disciplina di indirizzo e coordinamento recata dal d.P.R. 24 febbraio 1994 l'indicazione che gli interventi propositivi in quella sede formulati da ciascun componente in base alla propria esperienza pedagogica, medico-scientifica e di contatto e tenendo dei dati

derivanti dalla diagnosi funzionale e dal profilo dinamico funzionale, vengono, successivamente, integrati tra loro, «in modo da giungere alla redazione conclusiva di un piano educativo che sia correlato alle disabilità dell'alunno stesso, alle sue conseguenti difficoltà e alle potenzialità dell'alunno comunque disponibili» (art. 5, comma 4).

Quanto agli insegnanti di sostegno per l'integrazione degli alunni handicappati, preme osservare che l'art. 40 della legge 27 dicembre 1997, n. 449 (Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica), nel fissarne, al comma 3, la dotazione organica (un insegnante per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente frequentanti gli istituti scolastici statali della provincia), ha anche previsto, al comma 1, la possibilità di assunzioni con contratto a tempo determinato in deroga al rapporto docenti-alunni in presenza di *handicap* particolarmente gravi, e che, successivamente, l'art. 1, comma 605, lettera *b*), della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato), ha sostituito, al criterio numerico di cui al citato art. 40, comma 3, della legge n. 449 del 1997, il principio della individuazione, ad opera del Ministro dell'istruzione, di «organici corrispondenti alle effettive esigenze rilevate», «tramite una stretta collaborazione tra regioni, uffici scolastici regionali, aziende sanitarie locali e istituzioni scolastiche, attraverso certificazioni idonee a definire appropriati interventi formativi».

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

La Corte costituzionale ha infatti rilevato:

- che, sebbene il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili goda di discrezionalità, "detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel ... rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati";
- che le norme impugnate hanno inciso "sull'indicato nucleo indefettibile di garanzie" "individuato quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore";
- che la scelta "di sopprimere la riserva che consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato non trova alcuna giustificazione nel nostro ordinamento, posto che detta riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave";
- che la *ratio* della norma, che prevede la possibilità di stabilire ore aggiuntive di sostegno, è "quella di apprestare una specifica forma di tutela ai disabili che si trovino in condizione di particolare gravità; si tratta dunque di un intervento mirato, che trova applicazione una volta esperite tutte le possibilità previste dalla normativa vigente" e che "non si estende a tutti i disabili a prescindere dal grado di disabilità, bensì tiene in debita considerazione la specifica tipologia di *handicap* da cui è affetta la persona *de qua*";
- che "le disposizioni impugnate si appalesano irragionevoli e sono, pertanto, illegittime nella parte in cui, stabilendo un limite massimo invalicabile al numero delle ore di insegnamento di sostegno, comportano automaticamente l'impossibilità di avvalersi, in deroga al rapporto tra studenti e docenti stabilito dalla normativa statale, di insegnanti specializzati che assicurino al disabile grave il miglioramento della sua situazione nell'ambito sociale e scolastico".

Successivamente, l'art. 19, comma 11, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, nel prevedere che l'organico dei posti di sostegno è determinato ai sensi dei commi 413 e 414 dell'art. 2 della legge n. 244 del 2007, ha mantenuto ferma la possibilità di «istituire posti in deroga, allorché si renda necessario per assicurare la piena tutela dell'integrazione scolastica» (possibilità prevista anche dall'art. 35, comma 7, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge finanziaria del 2003"), ed ha stabilito che «l'organico di sostegno è assegnato complessivamente alla scuola o a reti di scuole allo scopo costituite, tenendo conto della previsione del numero di tali alunni in ragione della media di un docente ogni due alunni disabili», e che «la scuola provvede ad assicurare la necessaria azione didattica e di integrazione per i singoli alunni disabili, usufruendo tanto dei docenti di sostegno che dei docenti di classe».

2.7. – In conclusione, dal quadro legislativo di riferimento si evince che una volta che il piano educativo individualizzato, elaborato con il concorso determinante di insegnanti della scuola di accoglienza e di operatori della sanità pubblica, abbia prospettato il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell'alunno che versa in situazione di *handicap* particolarmente grave, l'amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale, espressione di autonomia organizzativa e didattica, capace di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura di quel supporto integrativo così come individuato dal piano, ma ha il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno, del personale docente specializzato, anche ricorrendo – se del caso, là dove la specifica situazione di disabilità del bambino richieda interventi di sostegno continuativi e più intensi – all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni, per rendere possibile la fruizione effettiva del diritto, costituzionalmente protetto, dell'alunno disabile all'istruzione,

all'integrazione sociale e alla crescita in un ambiente favorevole allo sviluppo della sua personalità e delle sue attitudini.

L'omissione o le insufficienze nell'apprestamento, da parte dell'amministrazione scolastica, di quella attività doverosa si risolvono in una sostanziale contrazione del diritto fondamentale del disabile all'attivazione, in suo favore, di un intervento corrispondente alle specifiche esigenze rilevate, condizione imprescindibile per realizzare il diritto ad avere pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico: l'una e le altre sono pertanto suscettibili di concretizzare, ove non accompagnate da una corrispondente contrazione dell'offerta formativa riservata agli altri alunni normodotati, una discriminazione indiretta, vietata dall'art. 2 della legge 67 del 2006, per tale intendendosi anche il comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica preposta all'organizzazione del servizio scolastico che abbia l'effetto di mettere la bambina o il bambino con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni.

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

3. – Il secondo mezzo lamenta omesso e/o insufficiente esame circa un punto decisivo della controversia in relazione all'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ., sotto il profilo dell'insussistenza in concreto di una condotta discriminatoria e di un pregiudizio in danno della minore. Sostengono i ricorrenti che la Corte d'appello non avrebbe considerato le risultanze processuali, da cui emerge che nel corso dell'anno scolastico 2011-2012 la bambina – nel frequentare la scuola con orario dalle

8 alle 13 su cinque giorni settimanali e nel condividere con il resto della classe il momento del pranzo – ha usufruito di 12,5 ore di sostegno e di 9 ore di educatore socio-educativo, per complessive 21,5 ore, e che tutto il personale docente ed il personale della scuola dell'infanzia frequentata dalla minore si è attenuto ad una logica e pratica inclusiva, il che presuppone che la minore diversamente abile non venga affidata esclusivamente ad un docente differenziato rispetto ai compagni. E poiché in materia spetta all'amministrazione di determinare le modalità concrete, anche alla luce delle risorse disponibili, attraverso le quali perseguire l'integrazione, dal mero computo delle ore di sostegno non potrebbe evincersi il titolo per invocare la condotta discriminatoria, soprattutto là dove risulti che, come nel caso di specie, non si è realizzata alcuna penalizzazione della bambina, al suo primo approccio con la scuola dell'infanzia. Né il giudice, pur espressamente richiesto, avrebbe disposto una consulenza tecnica volta ad accertare l'efficacia dell'azione didattica ed educativa svolta dalla scuola nei confronti della minore. Sarebbe erronea la conclusione di una discriminazione rispetto ai minori normodotati, essendo stato provato come numerosi bambini normodotati iscritti alla stessa classe frequentavano con il medesimo orario della piccola [redacted] dalle 8 alle 13, pranzo compreso, e non per 40 ore settimanali. Data la tipologia di *handicap* della minore, una maggiore frequenza sin dal primo anno, aggravando l'impegno oltre il limite di sostenibilità da parte dell'allieva, sarebbe stata pregiudizievole degli interessi della stessa, tanto più che la frequenza con orario antimeridiano era stata concordata con la famiglia almeno fino a Natale.

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

Occorre rilevare che il fatto storico rilevante in causa è stato preso in considerazione dal giudice del merito, il quale ha rilevato: che a [redacted] – affetta da un *handicap* grave al 100% - nel piano educativo individualizzate erano state assegnate 25 ore settimanali con l'insegnante di sostegno, mentre ha usufruito in un primo tempo soltanto di 6 ore, e poi

di 12 ore; che, per effetto della insufficiente messa a disposizione dell'insegnante di sostegno per il numero di ore prefigurato come necessario, la bambina non ha avuto la possibilità, a differenza degli altri bambini normodotati frequentanti la stessa classe, di rimanere a scuola anche nelle ore pomeridiane.

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

Prima ancora, essa, nell'addebitare alla Corte territoriale di non avere considerato le risultanze processuali, si scontra con il limite di deducibilità del vizio di motivazione della sentenza, essendo nella specie applicabile, *ratione temporis*, il nuovo testo del n. 5 dell'art. 360 cod. proc. civ., come sostituito dall'art. 54, comma 1, lettera *b*), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134. Per effetto della nuova previsione del codice di rito, infatti, per un verso l'omesso esame di elementi istruttori non integra di per sé vizio di omesso esame di un fatto decisivo se il fatto storico rilevante in causa sia stato comunque, come nella specie, preso in considerazione dal giudice; e, per l'altro verso, la riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità comporta che l'anomalia motivazionale denunciabile in sede di legittimità è solo quella che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all'esistenza della motivazione in sé, come risulta dal testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali, e si esaurisce, con esclusione di alcuna rilevanza del difetto di "sufficienza", nella mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, nella motivazione apparente, nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, nella motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile (Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053; Sez. Un., 22 settembre 2014, n. 19881; Sez. Un., 23 ottobre 2014, n. 22553).

Nel caso all'esame, nessuna delle descritte anomalie sussiste, avendo la Corte d'appello non solo individuato le fonti del proprio convincimento nella ricostruzione e nella valutazione dei profili di fatto della vicenda, ma anche dato spiegazione, logica e coerente, del perché le ragioni di impugnazione della difesa erariale sono state disattese.

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

4.1. – Il motivo è infondato.

La censura muove innanzitutto da un inesatto presupposto ermeneutico là dove circoscrive alla scuola dell'obbligo il diritto all'istruzione dell'alunno disabile. E' esatto che l'iscrizione alla scuola dell'infanzia è facoltativa (art. 99, comma 3, del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297; art. 1 del d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59); ma ciò non toglie che, per espressa previsione legislativa (art. 12 della legge n. 104 del 1992), il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata è garantito anche nella scuola dell'infanzia. Detta scuola infatti – proprio in quanto luogo chiamato a «concorrere all'educazione e allo sviluppo affettivo, psicomotorio, cognitivo, morale, religioso e sociale delle bambine e dei bambini, promuovendone le potenzialità di relazione, autonomia, creatività, apprendimento, e ad assicurare un'effettiva eguaglianza delle opportunità educative» (art. 1 del d.lgs. n. 59 del 2004, cit.) – ha, tra i

propri valori fondativi, l'accoglienza, l'integrazione e l'inclusione scolastica delle bambine e dei bambini disabili. Nel disegno legislativo, dunque, la partecipazione al processo educativo che si realizza nella scuola dell'infanzia con insegnanti e compagni normodotati costituisce un rilevante fattore di socializzazione: essa non solo può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità di chi si trova in una situazione di svantaggio, al dispiegarsi cioè di quelle sollecitazioni psicologiche atte a migliorare i processi di apprendimento, di comunicazione e di relazione attraverso la progressiva riduzione dei condizionamenti indotti dalla minorazione, ma anche può indurre a rispettare ed accettare la diversità come parte della diversità dell'umanità stessa.

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

5. – Il ricorso è rigettato.

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

Stante la non debenza da parte delle Amministrazioni pubbliche ricorrenti del versamento del contributo unificato, non si deve far luogo alla

dichiarazione di sussistenza dei presupposti di cui all'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto il comma 1-*quater* all'art. 13 del testo unico di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, ai fini del raddoppio dello stesso (Sez. Un., 8 maggio 2014, n. 9938).

PER QUESTI MOTIVI

La Corte *dichiara* la giurisdizione del giudice ordinario e *rigetta* il ricorso. *Condanna* i ricorrenti, in solido tra loro, al rimborso delle spese processuali sostenute dai contro ricorrenti, che *liquida* in complessivi euro 2.700, di cui euro 2.500 per compensi, oltre a spese generali e ad accessori di legge.

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del 18 novembre 2014.

Il Consigliere estensore

Il Presidente

IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
oggi, 25 NOV. 2014
IL CANCELLIERE
Paola Francesca CAMPOLI