Sito Istituzionale della Giustizia amministrativa

N. 00007/2016REG.PROV.COLL.

N. 00015/2015 REG.RIC.A.P.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 15 di A.P. del 2015, proposto da:
-OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avv. Simona Marotta, con domicilio eletto presso Segreteria Sezionale CdS in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliaa in Roma, Via dei Portoghesi, 12; Centro Servizi Amministrativi di Napoli, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12; IC Sorrento;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n. 00370/2015, resa tra le parti, concernente assegnazione di sostegno scolastico;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione, dell'Universita' e della Ricerca e del Centro Servizi Amministrativi di Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti l’avvocato Marotta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, dopo aver rilevato che, in esecuzione dell’ordinanza istruttoria n. 1763/2014, l’Amministrazione resistente

aveva depositato, in data 14 novembre 2014, il piano educativo individualizzato (d'ora innanzi PEI) relativo all'anno scolastico 2014/2015 riguardante l'alunno -OMISSIS-, affetto da -OMISSIS-, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in favore di quello ordinario, sul ricorso con il quale la Sig.ra -OMISSIS-, nella qualità di madre del suddetto alunno, aveva impugnato il provvedimento n.1853/B19 del 24 luglio 2014, con cui il dirigente scolastico dell'Istituto Comprensivo "Sorrento" aveva assegnato a suo figlio undici ore settimanali di sostegno, in luogo di quelle asseritamente adeguate allo stato di disabilità del minore.

Il Tribunale campano ha motivato la declinatoria di giurisdizione con l'assorbente argomentazione dell'ossequio prestato alla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n.25011 del 25 novembre 2014, con la quale era stato chiarito, con un evidente esempio di overruling, che la cognizione delle controversie afferenti alla fase successiva all'adozione del PEI dev'essere ascritta entro il perimetro della giurisdizione ordinaria.

Avverso la predetta decisione ha proposto appello la -OMISSIS-, contestando la correttezza della pronuncia declaratoria del difetto di giurisdizione amministrativa, insistendo, nel merito, nel sostenere l'illegittimità del provvedimento impugnato in primo grado e concludendo per il suo annullamento, in riforma della sentenza impugnata.

Resiste il Ministero dell'istruzione, invocando il rigetto dell'appello.

Con ordinanza n.4374/2015 in data 21 settembre 2015 la Sesta Sezione ha rimesso all'Adunanza Plenaria la soluzione delle questioni relative, in via generale, ai criteri identificativi dell'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa sulle controversie relative all'erogazione di pubblici servizi e, in particolare, all'estensione o meno della giurisdizione amministrativa anche alla fase di esecuzione del PEI.

Con ordinanza adottata nella camera di consiglio del 2 aprile 2015 è stata sospesa l'esecutività della sentenza impugnata.

Alla pubblica udienza del 23 marzo 2016, dinanzi all'Adunanza Plenaria, l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Ai fini della definizione delle questioni devolute all'Adunanza Plenaria, da intendersi logicamente antecedenti rispetto a qualsiasi altra questione pregiudiziale (siccome afferenti alla sussistenza della giurisdizione amministrativa nel ricorso in esame), appare necessaria una compiuta, ancorchè sintetica, ricognizione della vicenda, sostanziale e processuale, controversa.

2.- Con ricorso notificato il 10 settembre (e depositato il 12 settembre) 2014 la Sig.ra -OMISSIS-, nella qualità di madre del minore -OMISSIS-, proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. per la Campania domandando l'annullamento del provvedimento in data 24 luglio 2014 con cui il dirigente scolastico dell'Istituto Comprensivo "Sorrento" aveva riconosciuto al predetto alunno, affetto da -OMISSIS-, solo undici ore di sostegno per l'anno scolastico 2014-2015 e l'accertamento del suo diritto ad ottenere, anche per gli anni scolastici futuri, un insegnante di sostegno per un numero di ore adeguate alla sua patologia.

Con ordinanza n.1763, adottata nella camera di consiglio del 22 ottobre 2014, il T.A.R. accordava, in via interinale, la tutela cautelare e ordinava contestualmente all'Amministrazione il deposito della relazione assunta a sostegno del provvedimento impugnato e il PEI per l'anno scolastico 2014-2015.

Preso atto del deposito, in data 14 novembre 2014, del PEI (adottato in data 7 novembre 2014) il T.A.R., con sentenza in forma semplificata, dichiarava il difetto di giurisdizione amministrativa sulla base dell'assorbente rilievo della spettanza alla giurisdizione ordinaria della cognizione di controversie afferenti a una fase successiva all'adozione del PEI, secondo il canone di riparto stabilito dalle Sezioni Unite della Cassazione (con la citata sentenza n.25011 del 2014).

Con la citata ordinanza n.4374 del 2015 la Sesta Sezione, dopo aver disatteso l'eccezione relativa all'applicabilità dell'art. 5 c.p.c. in tema di perpetuatio iurisdictions, ha rimesso all'Adunanza Plenaria le questioni, giudicate rilevanti e decisive ai fini della disamina della fondatezza dell'appello proposto contro la decisione declinatoria della giurisdizione, relative alla definizione dei criteri identificativi dell'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa sulle controversie relative all'erogazione di servizi pubblici e all'estensione o meno della giurisdizione esclusiva amministrativa anche alla fase di esecuzione del PEI.

3.- La risoluzione dei quesiti affidati all'Adunanza Plenaria, ma, ancor prima, la delibazione della loro rilevanza, esigono la preliminare definizione dell'oggetto del presente giudizio e, segnatamente, del contenuto delle domande formulate con il ricorso di primo grado, con esclusivo riferimento ai quali dev'essere poi declinato il criterio di riparto della giurisdizione cristallizzato dalle Sezioni Unite con la decisione citata.

3.1- Dala lettura del ricorso proposto dalla -OMISSIS- dinanzi al T.A.R. si evince, in particolare, che con il relativo gravame sono state proposte due azioni: una impugnatoria e una di accertamento.

3.1.1- Con la prima è stato chiesto l'annullamento del provvedimento in data 24 luglio 2014 con cui è stato assegnato un numero di ore di sostegno asseritamente inadeguato rispetto alla gravità della patologia che affligge l'alunno interessato.

3.1.2- Con la seconda è stato, invece, chiesto, unitamente alle connesse e conseguenti domande di condanna dell'Amministrazione, l'accertamento del "diritto del minore di ottenere un insegnante di sostegno per un numero di ore adeguato alla sua patologia, previa valutazione, da effettuarsi, anno per anno, in sede di PEI, delle concrete esigenze".

3.2- Entrambe le domande, a ben vedere, risultano intese ad ottenere l'accertamento della spettanza di un numero di ore di sostegno adeguato alle esigenze dell'alunno, prima dell'accertamento della consistenza dell'insegnamento di sostegno cristallizzato nel PEI, sia per l'anno scolastico 2014-2015, sia per quelli successivi.

3.2.1- Quanto, infatti, all'anno scolastico 2014-2015, risulta per tabulas che il PEI, che si rivela, peraltro, integralmente satisfattivo delle esigenze del minore (tanto che non è stato impugnato con i motivi aggiunti), è stato definito (in data 7 novembre 2014) in un momento successivo a quelli di assunzione del provvedimento gravato e di proposizione del ricorso dinanzi al T.A.R.

3.2.2- In ordine, invece, agli anni scolastici successivi, la stessa domanda formulata nel ricorso si limita a chiedere l'accertamento, in astratto, di un diritto all'insegnamento di sostegno per un numero di ore adeguato, ma in difetto di qualsivoglia prospettazione della lesione, o della minaccia della lesione, del relativo diritto e, comunque, prima della sua conformazione da parte del PEI e, anzi, con l'esplicita subordinazione della declaratoria del diritto agli esiti della valutazione assunta, di anno in anno, a fondamento del PEI.

3.3- Si tratta, a ben vedere, di domande che, lungi dall'attenere alla fase di attuazione del PEI, si riferiscono (entrambe) a fasi antecedenti all'adozione del piano e si fondano, in qualche misura, sulla prospettazione preventiva (soprattutto la seconda) del pericolo di una futura lesione del diritto azionato (che, peraltro, anche per la prima si è poi rivelata infondata, nella misura in cui con il PEI 2014-2015 è stata riconosciuta all'interessato la "copertura piena delle ore di sostegno").

4.- Così decifrate le domande proposte in primo grado, e in relazione alle quali dev'essere scrutinata la sussistenza della giurisdizione amministrativa, resta agevole rilevare che la questione, principalmente rimessa all'Adunanza Plenaria, dell'estensione della giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di servizio pubblico scolastico (per come descritta dall'art.133, comma 1, lett. c, del c.p.a.) anche alla fase esecutiva del PEI si rivela ininfluente, ai fini della decisione dell'appello.

4.1- Anche, infatti, secondo l'esegesi più riduttiva e restrittiva del perimetro della giurisdizione esclusiva amministrativa in subiecta materia, operata con la più volte menzionata sentenza delle

Sezioni Unite (n.25011 del 2014), le controversie aventi ad oggetto la declaratoria della consistenza dell'insegnamento di sostegno ed afferenti alla fase che precede la formalizzazione del PEI, restano affidate alla cognizione del giudice amministrativo.

Mentre, infatti, la Cassazione ha escluso la giurisdizione amministrativa per le controversie afferenti alla fase di attuazione del PEI sulla base del duplice rilievo che, dopo la definizione del piano, l'Amministrazione scolastica resta priva di qualsivoglia potestà che la autorizzi a ridimensionare il numero di ore di sostegno ivi stabilito e che l'eventuale omessa, puntuale attuazione del piano integra gli estremi di una discriminazione indiretta, azionabile ai sensi della legge n.67 del 2006 e del d.lgs. n.150 del 2011 solo dinanzi al giudice ordinario (per espressa previsione legislativa), le medesime argomentazioni non risultano in alcun modo spendibili per escludere le controversie afferenti alla fase prodromica al PEI dal perimetro della giurisdizione esclusiva amministrativa.

Prima della definizione del piano che stabilisce il numero di ore di sostegno necessario a garantire una corretta formazione all'alunno disabile, infatti, l'Amministrazione scolastica resta pienamente investita delle potestà relative alla formazione del PEI e, soprattutto, nella fase che precede la definizione dello stesso, risulta inconfigurabile qualsivoglia profilo discriminatorio, che, secondo la stessa Cassazione, appare ravvisabile solo nell'omessa, parziale o incompleta attuazione del piano e che concreta, a ben vedere, l'identificazione della giurisdizione ordinaria, come provvista di capacità cognitoria, ai sensi dell'art.28 d.lgs. n.150 del 2011 (essendo stata proposta, nella fattispecie esaminata dalla Suprema Corte, un'azione antidiscriminatoria secondo il rito definito dalla predetta disposizione).

4.2- Non solo, ma, al di fuori della peculiare situazione esaminata dalle Sezioni Unite (carente attuazione del PEI denunciata, in giudizio, come discriminatoria con il rito previsto dall'art.28 d.lgs. cit.), l'ampiezza della latitudine della giurisdizione esclusiva amministrativa in materia di servizi pubblici, segnalata dal carattere generale delle espressioni lessicali utilizzate all'art.133, comma 1, lett. c), c.p.a. ("relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione…in un procedimento amministrativo"), preclude qualsiasi esegesi riduttiva del perimetro della cognizione piena affidata al giudice amministrativa in materia di pubblici servizi (infatti non rinvenibile anche nella giurisprudenza più restrittiva delle Sezioni Unite), in difetto di qualsivoglia positiva ed esplicita eccezione che la autorizzi.

4.3- Né, ovviamente, la pacifica natura di diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata, quand'anche qualificato come "fondamentale", esclude la sussistenza della giurisdizione amministrativa.

Per un verso, infatti, la profondità della capacità cognitiva del giudice amministrativa nelle materia dei servizi pubblici comprende senz'altro anche la tutela dei diritti soggettivi, in ragione della natura esclusiva della giurisdizione codificata all'art.133 c.p.a., e, per un altro, il carattere fondamentale del diritto nella specie azionato non può certo essere decifrato come un'eccezione innominata al perimetro della giurisdizione esclusiva.

La cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, infatti, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto estranea 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, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali.

Non solo, ma l'affermazione dell'estensione della giurisdizione esclusiva amministrativa anche alla cognizione dei diritti fondamentali (peraltro ammessa, al punto 2.6, anche dalla Sezioni Unite nella sentenza più volte richiamata) non vale in alcun modo a sminuire l'ampiezza della tutela giudiziaria agli stessi assicurata, nella misura in cui al giudice amministrativo è stata chiaramente 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.

4.4- Né, per altro verso, i confini della giurisdizione esclusiva possono intendersi ristretti o ridimensionati, in ragione della natura vincolata o tecnica dell'esercizio della potestà oggetto del giudizio (potendosi, nella fattispecie esaminata, sostenere che la stima delle ore di sostegno necessarie all'alunno disabile deve indefettibilmente fondarsi su un apprezzamento della gravità della sua patologia e delle coerenti esigenze dell'insegnamento di sostegno, secondo parametri scientifici e, perciò, cogenti).

E' sufficiente, al riguardo, osservare che l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in determinate materia implica, evidentemente, una cognizione piena, e non limitata ai soli profili di esercizio discrezionale del potere, della controversie ad essa riferibili.

Ne consegue che, là dove il diritto azionato postuli, per la sua completa realizzazione, l'espletamento di una potestà pubblica che si risolve nella verifica, sulla base di canoni medici o scientifici, dei presupposti per la sua attuazione, la potestà cognitoria del giudice amministrativo deve intendersi estesa anche allo scrutinio della correttezza del predetto apprezzamento, in quanto implicato dalla disamina della fondatezza della pretesa azionata in giudizio, seppur nei limiti del sindacato relativo alla discrezionalità tecnica (Cons. St., sez. III, 12 aprile 2013, n.1989).

4.5- Diversamente opinando, e, cioè, negando la giurisdizione amministrativa (sulla base di uno degli argomenti appena confutati, o di entrambi) anche per le controversie relative alla contestazione di provvedimenti che precedono la formazione del PEI, si finirebbe per accedere ad una interpretazione abrogans dell'ambito operativo dell'art.133, comma 1, lett. c), c.p.a., che, come tale, dev'essere rifiutata, in quanto impedirebbe alla disposizione attributiva della giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici di produrre qualsivoglia, apprezzabile effetto.

Basti, al riguardo, osservare che, a fronte della gestione di alcuni pubblici servizi, quali, ad esempio, la sanità o la scuola, il cittadino resta titolare di diritti costituzionalmente garantiti (e, in particolare, alla salute e all'istruzione), per concludere che, preferendo l'opzione ermeneutica che esclude dai confini della giurisdizione esclusiva la cognizione dei diritti fondamentali, si produce l'effetto di ridurre entro ambiti inconsistenti il perimetro della potestà cognitiva affidata al giudice amministrativo nelle materie considerate.

Non solo, ma un'interpretazione siffatta dovrebbe essere rigettata anche perché vanificherebbe irragionevolmente la ratio dell'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva sulle controversie relative ai pubblici servizi, agevolmente identificabile nell'esigenza di concentrare dinanzi ad una sola autorità giudiziaria (segnalata dall'uso dell'aggettivo "esclusiva" e dalla sua valenza semantica di "unica") la cognizione piena delle controversie relative ad una materia che, per sua stessa natura, implica un indecifrabile intreccio di diritti ed interessi legittimi, tra le posizioni incise dall'espletamento delle relative potestà pubbliche, e di evitare, quindi, un complicato ed incerto concorso di azioni, dinanzi a diverse autorità giudiziarie (restando confermato, per radicare la giurisdizione amministrativa, il necessario limite dell'esplicazione del potere pubblicistico per mezzo dell'adozione di un provvedimento amministrativo, secondo l'originaria e fondamentale statuizione della Corte Costituzionale, con la sentenza 6 luglio 20014, n.204).

4.6- Anche la controversia in esame dev'essere, in conclusione, ascritta entro i confini dell'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa, con il conseguente accoglimento dell'appello.

5.- All'accoglimento dell'appello sulla giurisdizione non segue, tuttavia, come vorrebbe l'appellante, la disamina, nel merito, del ricorso di primo grado, ma, in ossequio alla regola codificata all'art.105, comma 1, c.p.a., l'annullamento della sentenza che ha erroneamente declinato la giurisdizione, con rinvio del ricorso al T.A.R., perché definisca il ricorso originario.

Competerà, ovviamente, ai giudici di prima istanza valutare la persistenza dell'interesse all'annullamento del provvedimento in data 24 luglio 2014 (essendo, ormai, terminato l'anno scolastico di riferimento) e l'ammissibilità della ulteriore domanda di accertamento.

6.- La natura della pronuncia giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la sentenza appellata e rinvia la causa al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania. Compensa le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/04/2016

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione