

# Giudice amministrativo e giurisdizione esclusiva sui diritti fondamentali: il caso del sostegno scolastico ai disabili e i dubbi sul criterio di riparto di giurisdizione seguito dalla Cassazione

di Riccardo Giani

Il presente contributo ha l'obiettivo di indagare il ruolo del giudice amministrativo come giudice dei diritti, in seno alla giurisdizione esclusiva, e in particolare dei diritti fondamentali di rango costituzionale. L'analisi viene svolta prendendo in esame un settore specifico dell'attività amministrativa, quello del sostegno scolastico agli alunni disabili, osservato sia dal punto di vista generale della tematica dei rapporti tra potere pubblico, diritti fondamentali e tutela dinanzi al giudice amministrativo, sia dal punto di vista della giurisprudenza, ivi compresa una lettura critica dei criteri di riparto di giurisdizione elaborati dalle sezioni unite della Cassazione.

1. La sfida proposta nel *position paper* elaborato da Enrico Scoditti e Giancarlo Montedoro, ed eloquentemente riassunta nell'idea del «*giudice amministrativo come risorsa*» (in questo fascicolo), nel suo evocare una rinnovata riflessione sul pluralismo delle giurisdizioni e una concentrazione degli sforzi teorici sul di più di efficacia e di tutela che il nostro sistema giudiziario può dare, proprio in quanto plurale, merita di essere raccolta in un momento storico, come l'attuale, caratterizzato da grandi difficoltà e dalla conseguente necessità di rivitalizzare il nostro sistema istituzionale.

Ve ne sono peraltro le condizioni storiche, una volta che risulti chiaro, in esito agli sviluppi giurisprudenziali dell'ultimo ventennio, consolidati dall'emanazione del codice del processo amministrativo, che il giudice amministrativo ha, non solo la «piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle

situazioni soggettive» ad esso attribuite, ma è altresì un giudice in grado di garantire «agli interessi legittimi – la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo – le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare»<sup>1</sup>; nella stessa ottica possono richiamarsi le affermazioni della Corte costituzionale sul risarcimento del danno come strumento di tutela, la cui attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo «costituisce attuazione del precetto dell'art. 24 Cost. laddove questo esige che la tutela giurisdizionale sia effettiva e sia resa in tempi ragionevoli»<sup>2</sup>. La pari dignità e idoneità a offrire una tutela piena, che connota i due ordini giurisdizionali, vale anche con riferimento alla giurisdizione esclusiva quando il giudice amministrativo è chiamato a conoscere di diritti soggettivi, secondo la previsione dell'art. 103, comma 1, Cost., che ben possono anche

1. Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2594, con note di S. Benini, A. Travi e F. Fracchia.

2. Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1625, con note di A. Travi e G. De Marzo.

essere diritti fondamentali, avendo la Corte costituzionale evidenziato come il giudice amministrativo «è idoneo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa»<sup>3</sup>. La richiamata giurisprudenza ha costituito il substrato sul quale è stato elaborato il codice del processo amministrativo, con l'ampia devoluzione di competenza al giudice amministrativo, anche in sede di giurisdizione esclusiva, e con l'ampio spettro di azioni decisorie ad esso riservate. Dunque equiordinazione tra i due ordini giudiziari, che è poi il risvolto processuale della lunga riflessione dottrinale e giurisprudenziale sulla portata sostantiva dell'interesse legittimo, svincolato da una posizione di minorità rispetto al diritto soggettivo.

È in questo quadro di fondo che possono collocarsi gli sforzi richiesti di una rinnovata lettura del pluralismo giurisdizionale, funzionale a esaltarne i profili positivi, di coesistenza dei due giudici, che rafforza la funzione di tutela offerta alla collettività. In tale contesto, se il sistema dualistico e anche il meccanismo generale di riparto di giurisdizione vengono a costituire un dato consolidato, resta da interrogarsi sui singoli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza delle sezioni unite della Cassazione, per valutare se essi, in alcuni casi, non possano essere rivisitati in un'ottica volta ad offrire ai cittadini e alle imprese un sistema il più possibile semplice e unitario di tutela, allorché ciò sia possibile in coerenza con le regole del sistema, evitando che il confine tra le due giurisdizioni passi all'interno del singolo episodio della vita, in contrasto con le esigenze di concentrazione delle tutele e con l'efficacia del sistema.

Nel presente contributo, in un'ottica, per così dire, dal basso e operativa, si intende prendere ad esempio uno specifico settore – quello del sostegno scolastico agli alunni disabili – che ben si presta a una triplice riflessione. In primo luogo, pone in evidenza una concreta fattispecie in cui si hanno diritti fondamentali conformati da poteri pubblicistici e attribuiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, inverando l'affermazione teorica della compatibilità tra diritti fondamentali e tutela giurisdizionale amministrativa. In secondo luogo, consente di sperimentare in concreto l'operatività del giudice amministrativo quale giudice di diritti, in un settore peraltro di grande importanza e incisività sociale, con l'obiet-

tivo di focalizzare lo strumentario utilizzato e la tutela somministrata. In terzo luogo, e soprattutto, impone di provare a interrogarsi se l'articolazione del riparto di giurisdizione proposta dalle sezioni unite in relazione a quest'ambito, e in parte seguita dalla stessa giurisprudenza amministrativa, con qualche distinguo e qualche voce dottrinale dissonante, e che tende a dividere in due aree il sostegno scolastico, con assegnazione l'una al giudice amministrativo e l'altra al giudice ordinario, sia quella più idonea a garantire un buon servizio giustizia, ovvero se sia possibile, in coerenza con le regole del sistema, proporre un diverso assetto, nello sforzo di riflessione sopra richiamato.

**2.** La prima delle tre segnalate riflessioni evoca la complessa e affascinante tematica dei diritti inviolabili, del loro rapporto con il potere pubblico, della rilevanza della suddetta categoria, costruita intorno alla specifica valenza assiologica delle situazioni giuridiche soggettive di forte impronta costituzionale, al fine della ricognizione del riparto tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa. Non può qui che richiamarsi, in sintesi estrema, il lungo e noto cammino percorso dalla riflessione teorica, dall'elaborazione giurisprudenziale e dallo stesso legislatore. Alla fine degli anni settanta del Novecento, con due fondamentali sentenze delle sezioni unite della Cassazione che hanno segnato un'epoca<sup>4</sup>, veniva elaborata una teorica in base alla quale i diritti inviolabili di rango costituzionale (quello alla salute in modo particolare) non potevano che vivere nella dimensione del diritto soggettivo, senza entrare quindi in una relazione dinamica con il potere pubblico, quasi ci fosse una incompatibilità ontologica tra diritto fondamentale e potere; da tale premessa concettuale discendeva il precipitato logico, in ambito giurisdizionale, della attribuzione della cognizione di tali diritti al giudice ordinario e la conseguente esclusione della giurisdizione del giudice amministrativo, anche allorché vi fossero norme attributive di poteri correlati ai diritti medesimi. Il tema è di estrema complessità, come detto, e non ancora del tutto conformi sono le posizioni in argomento dei due plessi giurisdizionali<sup>5</sup>. Quello che è certo ad oggi, allo stato di sviluppo della riflessione cui si è pervenuti, è che non esiste alcuna incompatibilità logica tra diritti fondamentali e potere pubblico<sup>6</sup>, i primi non potendo in molte fattispecie

3. Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it.*, 2008, I, c. 435, con nota di G. Verde.

4. Si tratta delle notissime sentenze nn. 1463 e 5172 del 1979.

5. Cfr. N. Pignatelli, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi*, n. 12/2020, pp. 177 ss. ([www.sipotra.it/wp-content/uploads/2020/05/I-diritti-inviolabili-nel-riparto-di-giurisdizione-la-resistenza-di-un-%E2%80%9Cfalso%E2%80%9D-costituzionale.pdf](http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2020/05/I-diritti-inviolabili-nel-riparto-di-giurisdizione-la-resistenza-di-un-%E2%80%9Cfalso%E2%80%9D-costituzionale.pdf)).

6. Cfr. E. Scoditti, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, I, c. 961.

trovare la loro concreta soddisfazione se non nell'esercizio della funzione amministrativa<sup>7</sup>; così come è sicuro che non esiste alcuna riserva a favore del giudice ordinario della tutela dei diritti costituzionalmente protetti, avendo la Corte costituzionale dichiarato legittime costituzionalmente le disposizioni normative che attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la relativa cognizione<sup>8</sup>. Il risultato è condiviso dalle sezioni unite della Cassazione, che hanno riconosciuto la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche in materia di diritti fondamentali<sup>9</sup>, e dal giudice amministrativo<sup>10</sup>. Tale approdo giurisprudenziale trova poi suggello nella disciplina introdotta nel 2010 dal codice del processo amministrativo, che, agli artt. 133, comma 1, lett. p e 55, comma 2, esplicitamente afferma la compatibilità tra tutela giurisdizionale amministrativa e diritti fondamentali.

La disciplina sostanziale del sostegno scolastico ci mostra in maniera plastica come anche un diritto di rango costituzionale viva concretamente nella dinamica con il potere pubblico e come esso abbia bisogno del potere<sup>11</sup> e pretenda il potere<sup>12</sup>, giacché il concreto esercizio anche dei diritti fondamentali «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»<sup>13</sup>. È vero che la Corte costituzionale, del tutto condivisibilmente, proprio con riferimento alla tutela dei disabili in ambito scolastico, ha individuato un «nucleo indefettibile di garanzie» che non possono essere comprese per la sal-

vanguardia di altre esigenze, ad esempio finanziarie<sup>14</sup>, e che si impongono quindi tanto al legislatore quanto all'amministrazione; ciò, tuttavia, attiene alla dinamica del potere e al merito del bilanciamento, ponendo un limite all'esercizio della discrezionalità, senza elidere il potere amministrativo, che c'è ed entra in relazione con le situazioni giuridiche che incontra, così che dall'esistenza del richiamato nucleo indefettibile di garanzie non possono ricavarsi conseguenze in termini di riparto di giurisdizione<sup>15</sup>.

Nella evocata fattispecie del sostegno scolastico, il potere pubblico, che interviene a conformare e dar corpo al diritto fondamentale, e che è potere-dovere, cioè funzione pubblica, viene esercitato attraverso l'intervento di una pluralità di soggetti, spesso di composizione collegiale, e si estrinseca in una serie di passaggi procedurali di importanza fondamentale, soprattutto nell'ottica della possibile lesione delle situazioni giuridiche coinvolte e, quindi, della eventuale tutela giurisdizionale. Emerge in primo luogo la predisposizione, a cura delle istituzioni scolastiche e su richiesta delle famiglie interessate, del Piano educativo individualizzato (il cd. Pei, disciplinato dall'art. 12 l. n. 104/1992), che provvede all'assegnazione delle ore di sostegno conformi alle esigenze proprie di ciascun alunno disabile e del personale docente specializzato; a valle vi è poi l'individuazione dei posti di sostegno necessari, che è effettuata dal dirigente scolastico, sulla base del Pei, con conseguente richiesta all'ufficio scolastico regionale (art. 10 d.lgs n. 66/2017). Intorno a questi due atti amministrativi ruota la gran mole di contenzioso amministrativo e le relative controversie possono posizionarsi a monte

7. Si pensi alla complessa e delicata vicenda di Eluana Englaro; cfr. sul punto M. Nocelli, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, 20 febbraio 2018, [www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2018/02/Il-giudice-amministrativo-e-la-tutela-dei-diritti-fondamentali.pdf](http://www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2018/02/Il-giudice-amministrativo-e-la-tutela-dei-diritti-fondamentali.pdf).

8. Cfr. Corte cost., n. 140/2007, cit., e Corte costituzionale, 5 febbraio 2010, n. 35, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2975.

9. Cass., sez. unite, 7 settembre 2016, n. 17674 in *Corr. giur.*, n. 5/2017, pp. 649 ss., con nota di F. Urbani, *La Cassazione torna a occuparsi del rapporto tra riparto di giurisdizioni e diritti fondamentali*.

10. Cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460 sul cd. caso Englaro.

11. L'espressione è di N. Pignatelli, *I diritti inviolabili*, op. cit.

12. L'espressione è di F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, 5 giugno 2017, ([www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/261561/nsiga\\_4376415.pdf/5ebd693d-449e-6c08-325e-6c46ac33b002](http://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/261561/nsiga_4376415.pdf/5ebd693d-449e-6c08-325e-6c46ac33b002)).

13. Cons. Stato, ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7, in *Foro it.*, 2016, III, c. 585, proprio in materia di sostegno scolastico.

14. Di «nucleo indefettibile di garanzie» parla Corte costituzionale nella sentenza 26 febbraio 2010, n. 80, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1066 (sulla assunzione di insegnanti di sostegno a tempo determinato, anche in deroga al numero massimo legislativamente stabilito), nonché Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2591 e in *Giur. cost.*, 2016, c. 2330, con note di L. Carlassare e A. Lucarelli (sul trasporto degli alunni disabili). Cfr. anche G. Tulumello, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in questa *Rivista trimestrale*, n. 3/2018, pp. 93 ss., [www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-effettivita-della-tutela-dei-diritti-fondamentali\\_563.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/l-effettivita-della-tutela-dei-diritti-fondamentali_563.php).

15. M. Mazzamuto, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, 13 gennaio 2020, [www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/mazzamuto-la-discrezionalita-come-criterio-di-riparto-della-giurisdizione-e-gli-interessi-legittimi-fondamentali](http://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/mazzamuto-la-discrezionalita-come-criterio-di-riparto-della-giurisdizione-e-gli-interessi-legittimi-fondamentali).

oppure a valle del Pei: rientrano tra le prime la mancata predisposizione del Pei ovvero il riconoscimento, nello stesso, di un numero di ore inadeguate alle esigenze dell'alunno; rientrano tra le seconde la non attuazione di quanto previsto nel Pei e le determinazioni del dirigente scolastico assunte in difformità dal Pei. Vedremo in prosieguo di analisi che, sulla base dell'orientamento delle sezioni unite della Cassazione, il primo gruppo di questioni (a monte del Pei) è attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre il secondo (a valle del Pei) alla giurisdizione del giudice ordinario.

Il sostegno scolastico ai disabili ci pone dunque di fronte a un diritto fondamentale che pretende l'esercizio del potere e dell'attività amministrativa correlata, in funzione attuativa e conformativa del diritto stesso, nel rispetto della disciplina sostanziale di quel diritto, connotato da un nucleo di tutela indefettibile, e al quale si correla una tutela giurisdizionale che, almeno fino alla formazione del Pei, appartiene sicuramente alla giurisdizione esclusiva sui pubblici servizi del giudice amministrativo (su ciò, *infra*).

**3.** Il secondo percorso da seguire è quello che attiene all'osservazione di come il giudice amministrativo abbia operato, nello specifico settore in considerazione, quale giudice di diritti, focalizzando quindi lo sguardo sullo strumentario utilizzato e sulla tutela somministrata. Si tratta di analisi complessa, che deve essere tuttavia tentata, concentrando l'attenzione sulla giurisprudenza e lasciando da parte opzioni teoriche di fondo, che individuino, *a priori* e in generale, nel giudice amministrativo<sup>16</sup> ovvero nel giudice ordinario<sup>17</sup> il plesso giurisdizionale in grado di somministrare la mi-

gliore tutela. Pare anzi corretto partire dalla premessa secondo cui «sia il giudice ordinario sia il giudice amministrativo sono stati dotati di strumenti processuali adeguati ed efficaci per tutelare giurisdizionalmente il diritto leso»<sup>18</sup>, per cercare di cogliere se il primo, nell'esercizio della giurisdizione esclusiva in materia di sostegno scolastico, ne abbia fatto buon uso.

La mole di pronunce del giudice amministrativo in materia di sostegno scolastico, anche concentrando l'attenzione solo su quelle degli ultimi anni, è assai notevole, soprattutto in primo grado e in alcuni ambiti regionali, e ne può essere tentata una prima lettura incentrata sui tre passaggi fondamentali della tutela cautelare, della tutela decisoria e della tutela esecutiva.

L'ambito cautelare si presenta di particolare rilevanza, tenuto conto della necessità di un tempestivo intervento giudiziario in caso di mancata adozione del Pei o di assegnazione di un numero di ore inadeguato alla situazione personale dell'alunno, incompatibile con la tutela decisoria<sup>19</sup>. L'esame giurisprudenziale evidenzia la tendenza del giudice amministrativo, già in sede cautelare, a intervenire in maniera penetrante nelle singole fattispecie. Si registrano numerosissime ordinanze cautelari che, nei casi in cui le scuole abbiano omesso di predisporre il Piano educativo individualizzato, ordinano alle istituzioni scolastiche di redigere il Pei per l'anno in corso ovvero di integrare quello predisposto ma incompleto e di darvi immediata esecuzione, secondo la tecnica del *remand*<sup>20</sup>; talvolta si danno, ai fini del riesame, anche specifiche indicazioni con riferimento alle risultanze degli anni pregressi e alla necessità di dar conto di eventuali riduzioni delle ore di sostegno<sup>21</sup>; in altre pronunce, nelle more del riesame, l'ordinanza cautelare già dispone

16. M. Mazzamuto, *op. ult. cit.*, secondo cui è «il giudice amministrativo ad apprestare naturalmente la miglior tutela nei rapporti di diritto pubblico» (p. 4).

17. Il riferimento è alla dottrina che ha avanzato dubbi sulla effettiva capacità del giudice amministrativo di tutelare i diritti fondamentali: A. Proto Pisani, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma, troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, V, cc. 184 ss.; G. Verde, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2016, pp. 696 ss.; A. Carratta, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, n. 1/2010, pp. 27 ss.

18. M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2020, pp. 275 ss.

19. Ma vds. *infra*, in tema di ricorso alla sentenza in forma semplificata ex art. 60 cpa.

20. Tar Campania, Napoli, sez. IV, ord. 26 gennaio 2021, n. 170; *id.*, ord. 13 gennaio 2021, n. 91; Tar Molise, sez. I, ord. 16 gennaio 2021, n. 28; Tar Campania, Napoli, sez. IV, ord. 9 aprile 2020, n. 768 (ove si richiama la necessità di «provvedere, entro il termine di ripresa, in modalità ordinaria, delle attività didattiche del corrente anno scolastico, ad integrare il Piano Educativo Individuale (PEI) adottato per il corrente anno scolastico, peraltro privo di specifica indicazione delle ore di sostegno scolastico da assegnare alla minore»); *id.*, ord. 24 ottobre 2019, n. 1739; *id.* ord. 2 ottobre 2019, n. 1587; *id.*, ord. 12 settembre 2019, n. 1442; Tar Campania, Salerno, sez. I, ord. 22 ottobre 2020, n. 521; Tar Lombardia, Milano, sez. III, ord. 9 aprile 2020, n. 501; Tar Veneto, sez. I, ord. 7 maggio 2020, n. 259; Tar Toscana, sez. I, ord. 11 ottobre 2017, n. 590.

21. Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, ord. 15 gennaio 2020, n. 215, ove si evidenzia che «dovrà essere elaborato un nuovo PEI sulla scorta di analitica disamina delle condizioni di salute della minore *de qua* e di motivata individuazione del fabbisogno orario di sostegno e di assistenza educativa in rapporto alla gravità della patologia sofferta, dovendo altresì essere adeguatamente esternate le ragioni che, in considerazione della predetta patologia e della sua evoluzione, possano, eventualmente, indurre a prescrivere un monte ore di sostegno ed assistenza differente rispetto a quello di 22 ore di sostegno e 7 di assistenza individuato e prescritto con il PEI» dell'anno precedente.

«l'attribuzione delle ore di sostegno nella misura indicata nella documentazione sanitaria depositata agli atti e a conoscenza dell'Amministrazione»<sup>22</sup>; altre volte ancora, la pronuncia cautelare assegna *tout court* le ore di sostegno in conformità al Pei<sup>23</sup>. Non mancano neppure decreti cautelari monocratici volti ad assicurare l'intervento cautelare nelle more della pronuncia collegiale, ai sensi dell'art. 56 cpa, ove l'intervento di massima urgenza viene in vario modo giustificato, richiamando le disposizioni che «escludono espressamente dalla sospensione dell'attività didattica "in presenza" gli alunni disabili»<sup>24</sup>, ovvero evocando la necessità di anticipare già in sede monocratica l'ordine di riesame delle ore assegnate<sup>25</sup>. Si registrano, infine, pronunce in appello sulle ordinanze cautelari dei tribunali amministrativi, talvolta a seguito di richiesta al Consiglio di Stato di intervenire con decreti cautelari su ordinanze di primo grado<sup>26</sup>, ovvero in esito all'ordinaria procedura collegiale<sup>27</sup>.

Venendo alla tutela decisoria, dall'esame della giurisprudenza emergono alcune caratteristiche peculiari del contenzioso in oggetto. In primo luogo, si evidenzia un ampio ricorso, soprattutto nei tribunali amministrativi ove le controversie sono più numerose, alla decisione delle cause direttamente all'udienza cautelare, con emanazione di sentenze in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 cpa, con massima contrazione dei tempi di decisione delle stesse<sup>28</sup>. In secondo luogo, la già evidenziata cospicua adozione

di ordinanze cautelari che dispongono il riesame, imponendo quindi agli istituti scolastici di adottare o rivedere il Pei, magari sulla base di indirizzi forniti dall'ordinanza di *remand*, ha l'effetto che, al momento della pubblica udienza, il contendere risulti già risolto, essendosi l'amministrazione adeguata alle prescrizioni giudiziarie, potendo quindi essere adottata una sentenza di improcedibilità o cessata materia del contendere. Entrambe le evenienze dimostrano l'idoneità dello strumentario processuale amministrativo a garantire una pronta e proficua soluzione delle controversie. Quanto alla tipologia di decisioni assunte dal giudice amministrativo, si registra una marginalizzazione delle mere decisioni di annullamento del provvedimento impugnato<sup>29</sup> a favore di un più incisivo ricorso a tipologie di pronunce aventi una diretta portata conformativa e dispositiva. In primo luogo emerge, in modo netto, un ampio utilizzo di pronunce di condanna al rilascio di provvedimenti, la cd. azione di adempimento di cui all'art. 34, comma 1, lett. c, cpa, cioè in particolare alla «tempestiva redazione ed esecuzione del PEI per l'anno scolastico in corso in favore dell'alunno disabile»<sup>30</sup>; talvolta con vincolo penetrante a «emanare un nuovo Piano educativo personalizzato e (...) assegnare al minore le ore di sostegno previste in rapporto di 1/1»<sup>31</sup> ovvero a «emanare un nuovo Piano educativo personalizzato e (...) assegnare al minore le ore di sostegno previste in numero di 25

22. Tar Campania, Napoli, sez. IV, ord. 21 dicembre 2018, n. 1958; *id.*, ordinanza 20 dicembre 2018, n. 1936.

23. Tar Lombardia, Milano, sez. III, ord. 21 marzo 2018, n. 399 («accoglie l'istanza cautelare e, per l'effetto, dispone che in favore del minore siano assicurate diciotto ore di sostegno»).

24. Tar Campania, Salerno, decreto cautelare 15 dicembre 2020, n. 595, ove si legge che «l'assegnazione, nel caso di specie, della docenza di sostegno per sole 18 ore settimanali anziché per l'intero orario scolastico (e per un rapporto 1/1) sia fonte di grave pregiudizio per il minore (anche in considerazione delle previsioni di cui al punto 1.2 dell'Ordinanza regionale n. 95 del 7 dicembre 2020, che escludono espressamente dalla sospensione dell'attività didattica "in presenza" gli alunni disabili, previa valutazione da parte degli Istituti scolastici delle condizioni di contesto».

25. Tar Lombardia, Milano, decreto cautelare 25 marzo 2020, n. 383, ove si legge che «il PEI impugnato non indica il criterio utilizzato per la determinazione delle ore di sostegno e di assistenza educativa e, per questo aspetto, appare privo di idonea motivazione» e che appare «pertanto necessario che l'Amministrazione riesami la situazione dell'alunno tenendo conto della certificazione che parte ricorrente ha prodotto in giudizio e che dovrà essere trasmessa alla scuola, a cura di parte ricorrente». Nello stesso senso anche Tar Campania, Napoli, sez. IV, decreto cautelare 28 gennaio 2021, n. 222. Per un caso di rigetto *cf.* Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, decreto cautelare 5 novembre 2020, n. 6815.

26. Cons. Stato, sez. VI, decreto cautelare 21 settembre 2020, n. 5610.

27. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, ordinanza 22 marzo 2019, n. 2010, che «accoglie l'appello e per l'effetto, dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo, accoglie la domanda cautelare di primo grado e ordina alle Amministrazioni appellate di provvedere all'assegnazione delle ore di sostegno disposte dal PEI in favore dell'alunno disabile».

28. La gran parte delle sentenze dei tribunali amministrativi che saranno citate nella presente analisi sono rese in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cpa.

29. Pur presenti nel panorama giurisprudenziale: *cf.*, fra le altre, Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, 28 gennaio 2021, n. 1173; Tar Molise, sez. I, 21 febbraio 2020, n. 57.

30. Tar Campania, Napoli, sez. IV, 26 gennaio 2021, n. 524; *id.*, 26 gennaio 2021, n. 560; *id.*, 13 gennaio 2021, n. 242; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 14 novembre 2017, n. 2581.

31. Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, 16 febbraio 2018, n. 1861.

ore»<sup>32</sup>; altre volte ancora, la condanna è a «provvedere all'immediata attribuzione del numero di ore di sostegno determinate dal P.E.I. in corso di validità»<sup>33</sup>. In secondo luogo, si registra una costante tendenza a sorreggere l'ordine di *facere* con la contestuale nomina, già in sede di pronuncia di cognizione, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e, cpa, di un commissario *ad acta* che provveda in luogo dell'amministrazione, in ipotesi di sua perdurante inadempienza all'ordine impartito<sup>34</sup>. In terzo luogo, non mancano, anche se in termini assai più contenuti, pronunce di condanna al risarcimento dei danni subiti dagli alunni per la temporanea mancanza di insegnanti di sostegno, equitativamente quantificati, secondo un indirizzo che ha assunto una certa consistenza, in euro mille per ogni mese di mancata fruizione del sostegno<sup>35</sup>.

Quanto alla tutela esecutiva, si segnalano interventi del giudice amministrativo per garantire la concreta ottemperanza soprattutto delle proprie pronunce cautelari, con sostituzione all'amministrazione a mezzo di commissari *ad acta*<sup>36</sup>; è già stato evidenziato che, nelle sentenze di merito, spesso il giudice amministrativo anticipa la nomina commissariale già in sede di cognizione.

Il quadro complessivo che ne emerge è quello di un giudice amministrativo impegnato a dare rapida e piena garanzia ai diritti rimessi alla sua cognizione, e che a tal uopo impiega in modo ricco e completo l'ampio strumentario processuale a sua disposizione.

4. La terza riflessione oggetto della presente analisi, partendo dalla ripartizione della giurisdizione in materia di sostegno scolastico elaborata dalle sezioni unite della Cassazione, mira a evidenziarne la problematicità in termini operativi, soprattutto nell'ottica della funzionalità per gli utenti, e a interrogarsi se, nel rispetto delle regole di riparto, non sia ipotizzabile un diverso assetto, che eviti di fissare un labile confine interno al sostegno scolastico, dividendolo in due aree ciascuna di pertinenza di un diverso ordine giurisdizionale.

In termini generali, non possono esserci dubbi che le questioni inerenti al sostegno scolastico evocino «le controversie in materia di pubblici servizi», che l'art. 133, comma 1, lett. c, cpa (e, prima del codice, l'art. 33 d.lgs n. 80/1998) attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. E infatti, fino al 2013, vi era concordia tra i due ordini giudiziari nel ricondurre l'intero contenzioso al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva<sup>37</sup>. La svolta avviene nel 2014<sup>38</sup>, allorché la Cassazione, con orientamento seguito sino ad oggi<sup>39</sup>, individua un confine interno alla vicenda amministrativa del sostegno scolastico, come in precedenza descritta, con l'effetto di creare due ambiti distinti di controversie: l'uno rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e l'altro in quella del giudice ordinario. Il suddetto confine è stabilito dalle sezioni unite nella redazione del Pei: le contestazioni a monte di tale atto (ad esempio, mancata o illegittima

32. Tar Lazio, Roma, sez. III *bis*, 30 maggio 2018, n. 6045; in termini analoghi, Tar Campania, Salerno, sez. I, 11 marzo 2020, n. 357, «condanna l'Amministrazione scolastica competente alla tempestiva revisione del PEI per l'anno scolastico in corso in favore del disabile indicato in epigrafe, e alla conseguente attribuzione all'alunno disabile di un insegnante per il numero di ore di sostegno scolastico, ivi quantificate, pari a venticinque».

33. Tar Toscana, sez. I, 7 febbraio 2017, n. 198.

34. Tra le tantissime: Tar Campania, Napoli, sez. IV, 26 gennaio 2021, n. 560; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 2 maggio 2018, n. 977; Tar Toscana, sez. I, 7 febbraio 2017, n. 198.

35. Tar Toscana, sez. I, 18 aprile 2012, n. 746; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 14 ottobre 2013, n. 1818 ove si afferma che tale danno «può essere quantificato, in via equitativa, in € 1000,00 (euro mille/00) per ogni mese (con riduzione proporzionale per la frazione) di mancanza dell'insegnante di sostegno nel rapporto 1/1, con decorrenza dalla notifica del ricorso in epigrafe e sino all'effettiva assegnazione dell'insegnante nel rapporto 1/1»; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 17 dicembre 2018, n. 1903; Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 24 aprile 2020, n. 266 che afferma che «la tempestiva erogazione di un numero adeguato di ore di assistenza avrebbe, dunque, costituito certamente una strategia atta a migliorare le possibilità di apprendimento e di socializzazione del minore, di evitare taluni «comportamenti-problema» e di garantire la dignità del minore» e quantifica il danno in via equitativa in euro duemila; Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2020, n. 4741 che riconosce «a favore degli appellanti in via equitativa, tenendo conto della reiterazione dell'omesso integrale sostegno a fronte di una situazione di grave disabilità e di tutti gli altri elementi evidenziati negli atti di causa, un risarcimento complessivo di euro 3000 a carico dell'amministrazione appellata».

36. Tar Campania, Napoli, sez. IV, ord. 6 febbraio 2020, n. 574 (in materia di esecuzione di ordinanza cautelare); *id.*, ord. 24 gennaio 2018, n. 509 (sempre per eseguire ordinanza cautelare).

37. In termini Cass., sez. unite, ord. 25 marzo 2009, n. 7103, nonché Cass., sez. unite, ord. 19 luglio 2013, n. 17664.

38. Cass., sez. unite, 25 novembre 2014, n. 25011, in *Foro it.*, n. 3/2015, I, c. 951, con nota di E. Scoditti, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, e in *Giur. cost.*, n. 4/2015, p. 1475, con nota di F. Girelli, *Quale giudice per gli alunni con disabilità?*

39. Cass., sez. unite, ord. 28 febbraio 2017, n. 5060; Cass., sez. unite, 20 aprile 2017, n. 9966; Cass., sez. unite, 8 ottobre 2019, n. 25101; Cass., sez. unite, 19 giugno 2019, n. 16420.

predisposizione del Pei) devono essere mosse dinanzi al giudice amministrativo; quelle a valle di tale atto (relative, quindi, alla concreta attuazione del piano e ai conseguenti atti del dirigente scolastico) rientrano invece nella giurisdizione del giudice ordinario.

Questa sistemática, che «frantuma la tutela giurisdizionale della persona con disabilità, spezzandola tra i due diversi plessi giudiziari»<sup>40</sup>, deve essere valutata proprio nell'ottica qui assunta del dualismo giurisdizionale come una risorsa e non come un'inutile complicazione, domandandosi se essa risulti soddisfacente e ben funzionante. Si tratta, cioè, di raccogliere la sfida di un approccio ai criteri di riparto che sia funzionale al soddisfacimento dei bisogni di tutela e che risponda alla domanda «non più “chi è il giudice competente”, ma “come si realizza il migliore sistema di tutela delle posizioni soggettive dei cittadini (e non solo)”»<sup>41</sup>. La disarticolazione di un microcosmo come quello in esame in due ambiti distinti, affidati alla cognizione di giudici diversi, non pare a chi scrive che possa costituire la migliore possibile configurazione del sistema di tutela. Soprattutto perché il confine è tutt'altro che netto e spesso le vicende concrete portate all'attenzione del giudice si pongono a cavallo tra programmi educativi individualizzati relativi a periodi diversi, ingenerando il dubbio se si faccia valere l'inesecuzione del Pei preesistente o la mancata o illegittima adozione del nuovo<sup>42</sup>. Tra l'altro l'art. 7, comma 2, lett. g, d.lgs n. 66/2017 prevede che il Pei abbia una doppia genesi, venendo «redatto in via provvisoria entro giugno e in via definitiva, di norma, non oltre il mese di ottobre», non essendo dubbio quindi che esso non acquisti una specifica definitività e che, al contrario, l'amministrazione scolastica conservi il potere di modificarlo, il che impedisce di individuare in modo certo un momento a partire dal quale vi dovrebbe essere il passaggio di competenza giurisdizionale. In termini di operatività sfugge, quindi, la logica per la quale i soggetti lesi nei loro diritti dovrebbero essere costretti a ricercare il giudice competente attraverso un criterio così complesso e sfuggente. E ciò per fronteggiare situazioni del tutto accomunabili di cattivo esercizio del potere, sia esso consistente nella mancata predisposizione del Pei ovvero nella concreta attribuzione, da parte del dirigente scolastico, di un numero di ore di sostegno diverso da quello previsto dal Pei medesimo.

Non vi è dubbio che le evidenziate disfunzioni operative non possano in alcun modo elidere il neces-

sario rispetto delle regole di riparto, e verrebbero di fatto a perdere molta della loro forza evocativa allorché il criterio che fissa il discrimine tra le due giurisdizioni nell'avvenuta redazione del Pei risultasse il pacifico invero di tali regole. Ma di ciò appare legittimo dubitare. È incontrovertibile, come già rilevato, che il sostegno scolastico rientri nelle «controversie in materia di pubblici servizi» di cui all'art. 133, comma 1, lett. c, cpa, costituendo quindi un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, nella quale il giudice amministrativo conosce anche dei diritti soggettivi, il che porta ad attrarre al plesso giurisdizionale amministrativo l'intero servizio scolastico e le vicende del sostegno agli alunni disabili nel loro completo dispiegarsi. Ciò soprattutto dopo che sia chiarito, come si è cercato di ricostruire nelle precedenti pagine, da un lato, che la natura di diritto fondamentale non è di ostacolo al riconoscimento della giurisdizione esclusiva del g.a. e, dall'altro lato, che la giurisdizione del giudice amministrativo è ben compatibile con la presenza di un «nucleo indefettibile di garanzie», che non possono essere in alcun modo compresse, e che costituiscono un limite all'esercizio del potere amministrativo di cui il giudice amministrativo deve essere garante.

La Cassazione disegna un'*enclave* di pertinenza del giudice ordinario, pur in presenza di materia assegnata *tout court* dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, richiamando congiuntamente la natura vincolata del potere pubblico, una volta che il diritto dell'alunno disabile sia stato conformato dall'emanazione dal Pei, e la conseguente natura discriminatoria che verrebbero ad assumere gli atti dell'amministrazione scolastica che si pongano in contrasto con il Pei adottato. Si tratta di tematiche complesse, che sono state ampiamente esaminate dalla giurisprudenza dei due plessi e dalla dottrina, e che non possono trovare in questa sede la compiuta trattazione che meritano. Appare sufficiente qui rilevare come i suddetti argomenti, nel concreto della vicenda amministrativa esaminata, appaiano non così preclari da precludere un supplemento di analisi e da imporre di mettere da parte le disfunzioni operative già evidenziate.

La valorizzazione della natura vincolata dell'attività ai fini del riparto di giurisdizione è argomento discusso, soprattutto se funzionale a spaccettare tra i due plessi giudiziari la giurisdizione pur assegnata alla giurisdizione esclusiva del g.a. Ma ancor prima

40. Sono parole di M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri*, op. cit.

41. F. Patroni Griffi, *Diritti fondamentali*, op. cit.

42. Cfr. ad esempio, Tar Campania, Salerno, sez. I, ord. 22 ottobre 2020, n. 521 ove «il Profilo dinamico funzionale e il P.E.I. oggetto di contestazione risultano riferiti all'anno scolastico 2019/2020 e, non risultando adottato il nuovo P.E.I., l'Istituto scolastico provvede ai bisogni della minore, allo stato, sulla base di quello riferito all'anno scolastico appena trascorso».

viene qui da chiedersi se sia così certa la natura vincolata del potere che si appunta in capo al dirigente scolastico, chiamato a dare esecuzione al predisposto Pei. La giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che non può qualificarsi l'agire del dirigente scolastico come integralmente vincolato, alla stregua di un atto dovuto in un rapporto paritetico, poiché residua in capo allo stesso un margine di apprezzamento di «ragioni obiettive che possono consistere nella manifesta irragionevolezza, erroneità, contraddittorietà della suddetta documentazione [dei competenti organi sanitari o scolastici], o nella possibilità che a fronte di due o più alunni disabili nella stessa classe, sia concretamente sufficiente un unico insegnante di sostegno per tutti»<sup>43</sup>. Ma gli spazi valutativi in capo al dirigente scolastico si sono ben più incrementati in esito all'intervento normativo di cui al d.lgs 7 agosto 2019, n. 96, che ha riscritto l'art. 10 d.lgs n. 66/2017. Nel testo vigente, l'art. 10 cit. stabilisce che «il dirigente scolastico, sulla base del PEI di ciascun alunno, raccolte le osservazioni e i pareri del GLI, sentito il GIT, tenendo conto delle risorse didattiche, strumentali, strutturali presenti nella scuola, nonché della presenza di altre misure di sostegno, al fine di realizzare un ambiente di apprendimento favorevole allo sviluppo dell'autonomia delle bambine e dei bambini, delle alunne e degli alunni, delle studentesse e degli studenti con accertata condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica, invia all'ufficio scolastico regionale la richiesta complessiva dei posti di sostegno». La previsione normativa correla la richiesta complessiva dei posti di sostegno, tra l'altro, alla valutazione da parte del dirigente scolastico «delle risorse didattiche, strumentali, strutturali presenti nella scuola, nonché della presenza di altre misure di sostegno», quindi introducendo un ampio profilo valutativo, che nella prima lettura giurisprudenziale è stato qualificato in termini di vera e propria discrezionalità amministrativa. La modifica disciplinare non è infatti sfuggita alla giurispruden-

za amministrativa, che ne ha evidenziato il possibile pregiudizio del «nucleo indefettibile di garanzie» del diritto dell'alunno disabile e, quindi, la possibile incostituzionalità<sup>44</sup>. Quel che è certo è che la costruzione del riparto di giurisdizione sulla pretesa già integrale conformazione del diritto dopo il Pei e sulla portata integralmente vincolata dell'agire del dirigente scolastico dopo la sua emanazione appare riferita a previsioni legislative equivoche e suscettibili di diversa lettura. Né a risultati del tutto solidi e incontrovertibili appare condurre il richiamo alla discriminazione indiretta, vietata dall'art. 2, comma 3, l. n. 67/2006. Essa è evocata al fine di scardinare, ma solo in parte e pur in assenza di una certezza del ricorrere dei suoi presupposti, la giurisdizione esclusiva del g.a. sancita dalla legge. Il superamento della giurisdizione amministrativa esclusiva viene ad essere solo parziale, giacché riferito solo alla discriminazione che si realizza dopo la predisposizione del Pei, dal che discende che, ove condotte discriminatorie siano poste in essere nella fase anteriore, e quindi nella predisposizione del piano, la giurisdizione rimarrebbe comunque in capo al giudice amministrativo. Secondo la Cassazione, poi, la giurisdizione del giudice ordinario dopo il Pei sussisterebbe, fondandosi sulla discriminazione indiretta, ancorché la parte non abbia addotto profili discriminatori<sup>45</sup> e quindi anche se gli stessi non si rinverrebbero e concretamente non sussistano. Ma perché se il giudice amministrativo, in giurisdizione esclusiva, è chiamato a conoscere del diritto dei disabili in ambito scolastico, non può esaminare i profili discriminatori emergenti in sede di esecuzione del Pei, così come li conosce sicuramente, anche secondo la tesi della Cassazione, allorché essi emergano in sede di predisposizione dello stesso Pei?

Se gli argomenti sui quali si fonda la *enclave* a favore del giudice ordinario non appaiono granitici, si consolida la forza dei profili disfunzionali in precedenza evocati e si rafforza l'interrogativo se abbia senso l'individuazione di un confine interno a una

43. Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 27 marzo 2019, n. 262; M. Ramaioli, *Sui molteplici criteri*, op. cit.

44. Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 3 settembre 2020, n. 9312, ove si rileva che «la norma sembrerebbe attribuire al dirigente un potere di quantificazione del numero complessivo dei posti di sostegno necessari per garantire l'inclusione scolastica e l'apprendimento degli alunni con condizione di disabilità non più attenendosi strettamente al PEI, bensì “sulla base del PEI di ciascun alunno, raccolte le osservazioni e i pareri del GLI, sentito il GIT” e soprattutto “tenendo conto delle risorse didattiche, strumentali, strutturali presenti nella scuola, nonché della presenza di altre misure di sostegno”»; si aggiunge che «i criteri richiamati nel ridetto art. 10 si prestano ad essere intesi nel senso che la limitatezza delle risorse a disposizione della scuola possa scalfire quel “nucleo indefettibile di garanzie” a tutela di diritti fondamentali del disabile, sul quale la stessa Corte costituzionale ha già avuto modo di esprimersi (sentenza n. 80/2010), e conseguentemente il dirigente possa richiedere un numero di ore di sostegno inferiori rispetto a quelle previste nel PEI (tanto più se si considera che il comma 2bis dell'art. 7 fa oggi esplicito riferimento al fatto che le misure attuative del PEI debbano avvenire ad “invarianza di spesa e nel rispetto del limite dell'organico docente ed ATA assegnato”); la novella legislativa non era tuttavia applicabile *ratione temporis* alla fattispecie esaminata.

45. Questo è profilo che divide le letture dei due ordini giudiziari. Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023 ammette la giurisdizione del giudice ordinario a condizione che vi sia nella domanda la deduzione “esplicita” di un comportamento discriminatorio; al contrario, Cassazione, sez. unite, ord. 8 ottobre 2019, n. 25101, afferma che «subordinare alla qualificazione giuridica della domanda la questione della giurisdizione appare una opzione interpretativa che affida sostanzialmente al ricorrente la scelta del giudice competente».

vicenda della vita unitaria, come quella del sostegno scolastico a favore degli alunni disabili. Ad avviso dello scrivente, una rimeditazione dell'orientamento della Cassazione si imporrebbe, in aderenza all'idea, sopra espressa, che il dualismo giurisdizionale (e quindi il riparto tra i due giudici) deve essere soprattutto funzionale a realizzare il migliore sistema di tutela delle posizioni soggettive dei cittadini, evitando

di contraddire il senso della giurisdizione esclusiva (snaturata dalla riattribuzione al giudice ordinario di parte della materia assegnata dal legislatore al giudice amministrativo) ed esaltando «il principio di semplificazione e di concentrazione della tutela giurisdizionale, che è tra i principali precipitati del principio di effettività della tutela stessa (artt. 1 e 7 del c.p.a.)»<sup>46</sup>.

---

46. M. Ramajoli, *Sui molteplici criteri*, op. cit.