Pubblicato il 03/05/2017

N. 02023/2017REG.PROV.COLL.

N. 00655/2016 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 655 del 2016, proposto dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca e dall'Ufficio scolastico regionale per la Toscana, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, alla via dei Portoghesi, n. 12;

contro

la signora -OMISSIS-, quale genitore titolare di responsabilità sul minore -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Tavernese, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Gorizia, n. 52;

per la riforma

della sentenza del TAR Toscana, Sez. III, 30 marzo 2015, n. 1252, resa fra le parti, con la quale è stato accolto il ricorso n. 1282 del 2015, proposto per l'annullamento del provvedimento 21 luglio 2015, n. 91, dell'Istituto-OMISSIS-;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della appellata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2017 il Cons. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Federico Basilica e l'avvocato Marco Tavernese;

Designati il Presidente e il Relatore come coestensori della sentenza nella sua integralità;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

§ 1. L’appellata esercita la responsabilità genitoriale su un minore diversamente abile, riconosciuto portatore di deficit cognitivo con diagnosi di gravità, come da certificato rilasciato a suo tempo dall’ASL in base all’art. 3, comma 3, della legge n. 104 del 1992, e quindi riconosciuto titolare del relativo *status*.

§ 2. In base a tale certificazione, ella ha chiesto all’Istituto-OMISSIS-, ove è la scuola per l’infanzia alla quale il proprio figlio è iscritto, che gli fossero attribuite le ore di sostegno per l’anno scolastico 2015-2016.

§ 3. Il dirigente scolastico:

- ha dapprima rappresentato all’Ufficio scolastico regionale – USR per la Toscana che al minore dovevano essere attribuite venticinque ore settimanali di sostegno;

- ha acquisito le determinazioni dell’Ufficio scolastico regionale;

- ha attribuito al minore soltanto tredici ore settimanali di sostegno, con proprio atto di data 21 luglio 2015, n. 91.

§ 4. Col ricorso di primo grado n. 1282 del 2015 (proposto al TAR per la Toscana), l’interessata ha impugnato il provvedimento n. 91 del 21 luglio 2015, chiedendone l’annullamento.

§ 5. Con la sentenza indicata in epigrafe, il TAR:

- ha affermato la sussistenza della giurisdizione amministrativa e il proprio potere di decidere la controversia;

- ha annullato l’atto impugnato;

- ha ordinato alle Amministrazioni statali intimate, ovvero al Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca e all’Ufficio scolastico regionale, di attribuire immediatamente al minore venticinque ore settimanali di sostegno;

- ha nominato due commissari *ad acta* per il caso di inadempimento;

- ha condannato le Amministrazioni al pagamento delle spese del giudizio.

§ 6. Con l’appello in esame, il MIUR e l’USR per la Toscana hanno impugnato la sentenza del TAR, deducendo che l’interessata si sarebbe invece dovuta rivolgere al giudice civile e che sussisterebbe quindi il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Il MIUR e l’USR hanno in particolare sostenuto che:

- col ricorso di primo grado, l’interessata avrebbe in realtà lamentato la sussistenza di una ‘condotta discriminatoria indiretta’;

- sussisterebbe la giurisdizione del giudice civile, ai sensi dell’articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67, e dell’articolo 28 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150, in considerazione dei principi enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 25 novembre 2014, n. 25011.

L‘appellata non si è costituita nel corso del secondo grado del giudizio.

§ 7. Così sintetizzate le vicende che hanno condotto al secondo grado del giudizio, il Collegio rileva che questa controversia rientra nell’ambito di un numero considerevole di cause portate all’esame dei giudici amministrativi, che sono sorte perché i genitori hanno chiesto alle Istituzioni scolastiche, o agli Enti locali, che ai propri figli disabili siano riconosciute le ore di sostegno ritenute spettanti dal «*Gruppo di lavoro operativo handicap – G.L.O.H.*», ovvero le altre prestazioni previste dalla normativa a loro favore, in concreto non ricevute.

All’udienza del 23 marzo 2017, questa Sezione ha trattenuto in decisione molteplici cause aventi per oggetto analoghe domande (proposte in primo grado dai genitori), poiché la loro contestuale fissazione si è resa opportuna, in considerazione dei diversi orientamenti dei Tribunali amministrativi regionali in tema di prestazioni delle Istituzioni scolastiche (ovvero degli enti locali, in tema di assistenza) e della necessità che in materia vi siano prassi amministrative convergenti e univoci orientamenti giurisprudenziali.

§ 8. Le questioni sollevate col ricorso di primo grado e con l’atto d’appello riguardano aspetti processuali e sostanziali, strettamente connessi tra loro, e si devono decidere tenendo conto della normativa succedutasi nel tempo, relativa sia all’attribuzione delle ore di sostegno agli alunni disabili, sia alle altre prestazioni loro dovute dalle pubbliche Amministrazioni.

Si tratta di una normativa alquanto complessa, che non si ritrova in un unico testo ordinato, ma risulta da un insieme di norme contenute in molti testi separati di tipo diverso.

Vi sono anzitutto disposizioni di rango legislativo, sulle quali hanno inciso fondamentali sentenze della Corte Costituzionale.

Vi sono poi disposizioni regolamentari, nonché atti amministrativi aventi natura di atti generali; accanto ad essi, vi sono ancora circolari e atti di Autorità centrali o periferiche che non hanno uno specifico *nomen iuris*.

I relativi contenuti – attuati comunque in concreto dalla ‘prassi’ - riguardano sia l’organizzazione della amministrazione scolastica, sia i rapporti tra questa, gli studenti disabili ed i loro genitori.

§ 9. Per ricostruire la normativa in questione, occorre partire dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104, con la quale il legislatore – per tenere conto delle esigenze degli alunni disabili – ha imperniato il sistema scolastico anzitutto sulla figura dell’insegnante di sostegno.

Ben diversa era la normativa precedente.

§ 9.1. Prima dell’entrata in vigore della Costituzione, l’ordinamento scolastico si basava su un principio di separazione degli alunni disabili dagli altri, attuato con l’istituzione delle «*scuole speciali*» e delle «*classi differenziali*» (così il regio decreto 5 febbraio 1928, n. 577).

Tale sistema è stato mantenuto dopo l’entrata in vigore della Costituzione ed è stato recepito con la legge 31 dicembre 1962, n. 1859, e con il d.P.R. 22 dicembre 1967, n. 1518, il cui art. 30, al primo ed al terzo comma, aveva previsto che «*i soggetti che presentano anomalie o anormalità somato-psichiche che non consentono la regolare frequenza nelle scuole comuni e che abbisognano di particolare trattamento e assistenza medico-didattica sono indirizzati alle scuole speciali» e che «i soggetti ipodotati intellettuali non gravi, disadattati ambientali, o soggetti con anomalie del*

comportamento, per i quali possa prevedersi il reinserimento nella scuola comune, sono indirizzati alle classi differenziali».

§ 9.2. La 'logica' della separazione - con il relativo sistema delle scuole speciali e delle classi differenziali - è stata parzialmente superata con il decreto legge 30 gennaio 1971, n. 5, convertito nella legge 30 marzo 1971, n. 118, il cui art. 28 (recante «*provvedimenti per la frequenza scolastica*») disponeva:

«*Ai mutilati e invalidi civili che non siano autosufficienti e che frequentino la scuola dell'obbligo o i corsi di addestramento professionale finanziati dallo Stato vengono assicurati:*

a) il trasporto gratuito dalla propria abitazione alla sede della scuola o del corso e viceversa, a carico dei patronati scolastici o dei consorzi dei patronati scolastici o degli enti gestori dei corsi;

b) l'accesso alla scuola mediante adatti accorgimenti per il superamento e la eliminazione delle barriere architettoniche che ne impediscono la frequenza;

c) l'assistenza durante gli orari scolastici degli invalidi più gravi».

«*L'istruzione dell'obbligo deve avvenire nelle classi normali della scuola pubblica, salvi i casi in cui i soggetti siano affetti da gravi deficienze intellettive o da menomazioni fisiche di tale gravità da impedire o rendere molto difficoltoso l'apprendimento o l'inserimento nelle predette classi normali*».

«*Sarà facilitata, inoltre, la frequenza degli invalidi e mutilati civili alle scuole medie superiori ed universitarie*».

«*Le stesse disposizioni valgono per le istituzioni prescolastiche e per i doposcuola*».

Non si è trattato di un superamento completo, perché era comunque possibile conservare le classi differenziali nei casi di inserimento «*difficoltoso*», rimessi di fatto alla volontà delle famiglie o della Amministrazione.

§ 9.3. Incidendo su quanto disposto dal secondo comma del medesimo art. 28, per la scuola dell'obbligo il principio dell'integrazione è stato espressamente formulato dai primi quattro commi dell'art. 7 della l. 4 agosto 1977, n. 517, per i quali:

- «*Al fine di agevolare l'attuazione del diritto allo studio e la piena formazione della personalità degli alunni, la programmazione educativa può comprendere attività scolastiche di integrazione anche a carattere interdisciplinare, organizzate per gruppi di alunni della stessa classe o di classi diverse, ed iniziative di sostegno, anche allo scopo di realizzare interventi individualizzati in relazione alle esigenze dei singoli alunni*»;

- «*Nell'ambito della programmazione di cui al precedente comma sono previste forme di integrazione e di sostegno a favore degli alunni portatori di handicaps da realizzare mediante l'utilizzazione dei docenti, di ruolo o incaricati a tempo indeterminato, in servizio nella scuola media e in possesso di particolari titoli di specializzazione, che ne facciano richiesta, entro il limite di una unità per ciascuna classe che accolga alunni portatori di handicaps e nel numero massimo di sei ore settimanali*»;

«*Le classi che accolgono alunni portatori di handicaps sono costituite con un massimo di 20 alunni*»;

- «*In tali classi devono essere assicurati la necessaria integrazione specialistica, il servizio socio-psico-pedagogico e forme particolari di sostegno secondo le rispettive competenze dello Stato e degli enti locali preposti, nei limiti delle relative disponibilità di bilancio e sulla base del programma predisposto dal consiglio scolastico distrettuale*».

§ 9.4. Per quanto riguarda invece le scuole medie superiori e quelle universitarie, ha avuto un decisivo rilievo la sentenza n. 215 del 1987 della Corte Costituzionale, la quale ha inciso sul testo del sopra riportato terzo comma dell'art. 28 della legge n. 118 del 1971 ed ha disposto la sostituzione delle parole «*Sarà facilitata*» con le parole «*E' assicurata*», rendendo così obbligatorie in tutti i gradi dell'istruzione le misure che in precedenza riguardavano soltanto la scuola dell'obbligo.

Nel § 5 della motivazione di tale sentenza, la Corte Costituzionale ha rilevato che:

- «*per valutare la condizione giuridica dei portatori di handicaps in riferimento all'istituzione scolastica occorre innanzitutto considerare, da un lato, che è ormai superata in sede scientifica la concezione di una loro radicale irrecuperabilità, dall'altro che l'inserimento e l'integrazione nella scuola ha fondamentale importanza al fine di favorire il recupero di tali soggetti. La partecipazione al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce, infatti, un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello 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*»;

- «*insieme alle pratiche di cura e riabilitazione ed al proficuo inserimento nella famiglia, la frequenza scolastica è dunque un essenziale fattore di recupero del portatore di handicaps 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*»;

- «*da siffatto ordine concettuale ha indubbiamente preso le mosse il legislatore ordinario allorquando …. ha da un lato previsto l'inserimento … nella normale scuola dell'obbligo - onde evitare i possibili effetti di segregazione ed isolamento ed i connessi rischi di regressione - dall'altro ha concepito le forme di integrazione, sostegno ed assistenza ivi previste come strumenti preordinati ad agevolare non solo l'attuazione del diritto allo studio ma anche la piena formazione della personalità degli alunni handicappati*»;

- «*ora, è innegabile che le esigenze di apprendimento e socializzazione che rendono proficua a questo fine la frequenza scolastica non vengono meno col compimento della scuola dell'obbligo: anzi, proprio perché si tratta di complessi e delicati processi nei quali il portatore di handicaps incontra particolari difficoltà, è evidente che una loro artificiosa interruzione, facendo mancare uno dei fattori favorenti lo sviluppo della personalità, può comportare rischi di arresto di questo, quando non di regressione*»;

- «*altrettanto innegabile è, d'altra parte, che l'apprendimento e l'integrazione nella scuola sono, a loro volta, funzionali ad un più pieno inserimento dell'handicappato nella società e nel mondo del lavoro: e che lo stesso svolgimento di attività professionali più qualificate di quelle attingibili col mero titolo della scuola dell'obbligo - e quindi il compimento degli studi inferiori - può favorire un più ricco sviluppo delle potenzialità del giovane svantaggiato e quindi avvicinarlo alla meta della piena integrazione sociale*».

§ 10. La sentenza della Corte Costituzionale n. 215 del 1987, pur riguardando solo la frequenza «*alle scuole medie superiori ed universitarie*», ha affermato principi di carattere generale, che hanno indotto il legislatore ordinario ad approvare la legge 5 febbraio 1992, n. 104 («*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*»), la quale – tra l'altro – ha disciplinato il diritto all'istruzione dei disabili e la loro integrazione scolastica.

Con la legge n. 104 del 1992 lo Stato italiano, quindi, prima ancora di aderire alla Convenzione di New York del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone disabili - entrata in vigore il 3 maggio 2008 e resa esecutiva con la legge 3 marzo 2009, n. 18 - ha così perseguito «*un evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile, quale è quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionali fondamentali dei soggetti portatori di handicap*» (v. la sentenza della Corte Costituzionale n. 406 del 1992).

§ 11. Ciò posto, la Sezione rileva che, in materia di determinazione delle ore di sostegno spettanti agli alunni disabili, la normativa scolastica è non soltanto disorganica e complessa di per sé, ma si caratterizza anche per una singolare commistione di procedimenti aventi natura eterogenea.

In materia, infatti, rilevano da un lato i procedimenti disciplinati dalla legge n. 104 del 1992 e dalle altre leggi con essa coerenti, che tengono conto delle esigenze dei singoli alunni disabili.

Dall'altro lato, vi sono però i distinti procedimenti volti alla determinazione dei contingenti del personale di sostegno, da assegnare ai singoli Istituti scolastici: tali procedimenti sono di solito disciplinati dalle leggi sul contenimento della spesa pubblica.

Infatti, come si spiegherà in dettaglio nei successivi paragrafi da 12 a 23, le leggi, per l'attribuzione delle ore di sostegno agli alunni disabili, delineano distinte fasi procedimentali:

a) in una prima fase, si considerano le esigenze del singolo alunno disabile, con la formulazione di una «*proposta*» da parte di un organo collegiale (il «*Gruppo di lavoro operativo handicap – G.L.O.H.* ») e con la determinazione delle ore di sostegno da assegnargli;

b) successivamente, il dirigente scolastico raccoglie le «*proposte*», concernenti tutti gli alunni disabili, e le trasmette agli Uffici scolastici, con la relativa documentazione;

c) gli Uffici scolastici assegnano ai singoli istituti gli insegnanti di sostegno sulla base dei relativi organici e tengono conto delle «*proposte*», fornendo ulteriori risorse sulla base del loro concreto contenuto;

c) infine, sulla base delle complessive risorse fornite dagli Uffici scolastici, il dirigente scolastico attribuisce le ore di sostegno ai singoli alunni disabili.

Poiché tali risorse fornite non sempre coincidono con le richieste dei dirigenti scolastici (basate sulle «*proposte*» del G.L.O.H.), in sostanza l'oggetto del presente giudizio riguarda la questione se

gli Uffici scolastici – per ragioni di contenimento della spesa - possano ‘ridurre’ le ore oggetto della richiesta del dirigente scolastico e di conseguenza se, nel caso in cui tale riduzione sia avvenuta, i genitori o i legali rappresentanti del singolo alunno possano ottenere dal giudice amministrativo una pronuncia che accerti ugualmente la spettanza delle ore di sostegno, quantificate nella misura proposta dal G.L.O.H.

La Sezione intende delineare i tratti essenziali delle fasi procedimentali sopra elencate e nel far ciò deve pertanto verificare quali siano i punti di contatto tra la normativa - esposta nei paragrafi da 12 a 20 - che determina le ore di sostegno tenendo conto delle posizioni soggettive individuali, e la normativa - esposta nei paragrafi da 21 a 23 - che determina la dotazione degli insegnanti di sostegno tenendo conto delle esigenze della finanza pubblica.

§ 12. Le fasi procedimentali di rilevazione delle esigenze dei singoli alunni disabili sono disciplinate innanzitutto dalle disposizioni di principio contenute negli articoli 12 e 13 della legge n. 104 del 1992, da leggere in connessione a quanto previsto dagli articoli precedenti e, in particolare, dall’articolo 3 che dà rilievo alle «*situazioni riconosciute di gravità*».

L’art. 12 (recante la rubrica «*Diritto all'educazione e all'istruzione*»):

- ai primi tre commi, ha attribuito alla persona disabile il diritto soggettivo all’inserimento «*negli asili nido*» e quello all’educazione e all’istruzione «*nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie*» (diritto fruibile attraverso «*misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di handicap la frequenza degli istituti d’istruzione*»);

- al quarto comma ha disposto che «*l’esercizio del diritto all’educazione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento né da altre difficoltà derivanti dalle disabilità connesse all’handicap*»;

- al comma quinto, ha articolato il procedimento necessario per determinare le modalità di attuazione di tale diritto all’educazione e all’istruzione, e ha disposto che – dopo l’«*individuazione dell’alunno come persona handicappata*» - devono esserci l’«*acquisizione della documentazione risultante dalla diagnosi funzionale*» e l’elaborazione del «*profilo dinamico-funzionale ai fini della formulazione di un piano educativo individualizzato*».

L’art. 12, comma 5, ha dunque distinto quattro fasi strettamente connesse tra loro, che ancora caratterizzano la normativa vigente.

Esse riguardano:

a) l’«*individuazione dell’alunno come persona handicappata*»;

b) l’«*acquisizione della documentazione risultante dalla diagnosi funzionale – D.F.* »;

c) l’elaborazione del «*profilo dinamico-funzionale – P.D.F.* »;

d) la «*formulazione di un piano educativo individualizzato – P.E.I*».

§ 13. Per quanto riguarda l’«*individuazione dell’alunno come persona handicappata*», rilevano gli articoli 3 e 4 della legge n. 104 del 1992, nonché l’art. 35, ultima parte del comma 7, della legge 27 dicembre 2002, n. 289.

Gli articoli 3 e 4 della legge n. 104 del 1992 riguardano in generale il procedimento di accertamento del *deficit* per ciascuna persona che ne abbia titolo, mentre l'art. 25, comma 7, della legge n. 289 del 2002 (ferme restando le regole sostanziali di cui ai citati articoli 3 e 4) riguarda in particolare il procedimento per l'accertamento del *deficit*, attivato quando si tratti di un alunno.

§ 13.1. L'art. 3 della legge n. 104 del 1992 (recante la rubrica «*Soggetti aventi diritto*») si è riferito al comma 1 alla persona con *deficit* in quanto tale e al comma 3 alla persona che abbia un *deficit* grave:

- per il comma 1, «*è persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione*»;

- per il comma 3, «*qualora la minorazione, singola o plurima, abbia ridotto l'autonomia personale, correlata all'età, in modo da rendere necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella di relazione, la situazione assume connotazione di gravità. Le situazioni riconosciute di gravità determinano priorità nei programmi e negli interventi dei servizi pubblici*».

L'art. 4 della legge n. 104 del 1992, sull'«*accertamento dell'handicap*», ha attribuito la relativa competenza alle ASL, per mezzo delle commissioni mediche.

Le relative certificazioni delle ASL sono conseguente redatte, a seconda se – sulla base dei relativi accertamenti – sia riconosciuta una situazione di *deficit* 'lieve' o 'media' ai sensi del comma 1, ovvero una situazione 'grave' o 'gravissima' ai sensi del comma 3 dell'art. 3.

§ 13.2. Per quanto riguarda specificamente l'«*individuazione dell'alunno come persona handicappata*», è poi entrato in vigore l'art. 35, ultima parte del comma 7, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, attuato col regolamento di cui al D.P.C.M. 23 febbraio 2006, n. 185, recante «*modalità e criteri per l'individuazione dell'alunno come soggetto in situazione di handicap*».

In materia, devono essere rispettate le esigenze di organizzazione e di programmazione delle attività degli Istituti scolastici, unitamente all'esigenza di consentire da subito alla persona il particolare percorso scolastico previsto dalla legge.

Di conseguenza, il legislatore ha previsto specifiche regole – anche acceleratorie - quando si tratti di accertare la situazione di *deficit* di alunni e occorra prendere le misure conseguenti.

I relativi accertamenti collegiali sono disciplinati dall'art. 2 del citato D.P.C.M. n. 185 del 2006 e devono essere disposti «nel rispetto di quanto previsto dagli articoli 12 e 13 della legge 5 febbraio 1992, n. 104».

§ 14. Dopo che vi è stata «*l'individuazione dell'alunno come persona handicappata*» (anche se sulla base del procedimento previsto dall'art. 35, comma 7, della legge n. 289 del 2002), rilevano le altre tre fasi procedimentali, già delineate dall'art. 12, comma 5, della legge n. 104 del 1992.

Si tratta delle fasi caratterizzate:

a) dalla «*diagnosi funzionale – D.F.* »;

b) dal «*profilo dinamico funzionale – P.D.F*».;

c) dal «*piano educativo individualizzato – P.E.I.* ».

§ 14.1. Disposizioni ‘di raccordo’ tra la precedente fase del riconoscimento dello status di disabile e queste fasi successive sono contenute sia nell’«*Atto di indirizzo e di coordinamento relativo ai compiti delle unità sanitarie locali in materia di alunni portatori di handicap*», di cui al d.P.R. 24 febbraio 1994, sia nell’art. 2, comma 3, del D.P.C.M. n. 185 del 2006.

In particolare:

- l’«*Atto di indirizzo e di coordinamento*» ha specificato il contenuto della «*diagnosi funzionale – D.F.* », del «*profilo dinamico funzionale – P.D.F*.» e del «*piano educativo individualizzato – P.E.I.* »;

- l’art. 2, comma 3, del D.P.C.M. n. 185 del 2006 ha disposto che gli accertamenti disposti per «*l’individuazione dell’alunno come persona handicappata*» «*sono propedeutici alla redazione della diagnosi funzionale dell'alunno, cui provvede l'unità multidisciplinare, prevista dall'articolo 3, comma 2 del d.P.R. 24 febbraio 1994*», evidentemente perché in base a tali accertamenti le Autorità scolastiche devono elaborare da subito i successivi atti del procedimento.

§ 14.2. La «*diagnosi funzionale*», il «*profilo dinamico-funzionale*» e il «*piano educativo individualizzato*»:

- come sopra rilevato, trovano la loro disciplina sostanziale nell’«*Atto di indirizzo e di coordinamento*» di cui al d.P.R. 24 febbraio 1994 e nel regolamento di cui al D.P.C.M. n. 185 del 2006;

- riguardano tre momenti concettualmente ben distinti (anche se - in base all’art. 2, comma 2, dell’intesa Stato-Regioni di cui all’atto 20 marzo 2008 della Conferenza unificata - la «*diagnosi funzionale*» include ora anche il «*profilo dinamico funzionale*»).

§ 15. Il d.P.R. 24 febbraio 1994 disciplina in dettaglio la «*diagnosi funzionale – D.F.* », il «*profilo dinamico funzionale - P.D.F.* » (da formalizzare con la redazione di una «*scheda riepilogativa*», «*in collaborazione con il personale insegnante e i familiari o gli esercenti la potestà parentale*») e il «*piano educativo individualizzato – P.E.I.* ».

§ 15.1. Per ottenere la «*diagnosi funzionale – D.F*.» della disabilità, occorre una «*richiesta documentata dei genitori o degli esercenti la potestà parentale o la tutela dell'alunno medesimo*» (v. ora l’art. 2 del D.P.C.M. n. 185 del 2006) ovvero la segnalazione del capo d’istituto, cioè del dirigente scolastico, quando risulti una situazione di tale gravità da richiedere l’intervento dei servizi sociali (ai sensi dell’art. 3 del d.P.R. 24 febbraio 1994).

§ 15.2. Ai sensi dell’art. 2 di tale d.P.R. del 1994, la «*diagnosi funzionale – D.F.* »:

- consiste nella «*descrizione analitica della compromissione funzionale dello stato psicofisico dell'alunno in situazione di handicap, al momento in cui accede alla struttura sanitaria*» ed è compendiata in una scheda riepilogativa;

- è redatta dalla «*unità multidisciplinare*» ivi descritta (che, per l'art. 19 della legge 15 luglio 2011, n. 111, è una delle commissioni mediche previste dall'art. 4 della legge n. 104 del 1992, integrata però con la presenza di un rappresentante dell'INPS);

- quanto ai tempi, va predisposta «*in tempi utili rispetto all'inizio dell'anno scolastico e comunque non oltre trenta giorni dalla ricezione della richiesta*» (i tempi sono quelli previsti per il «*profilo dinamico funzionale*», se la diagnosi funzionale include anche tale profilo).

§ 16. Ai sensi dell'art. 4 del d.P.R. 24 febbraio 1994, il «*profilo dinamico funzionale – P.D.F.* »:

- è redatto dalla già citata equipe multidisciplinare;

- fa seguito - come atto distinto o logicamente successivo - alla «*diagnosi funzionale – D.F.* », di cui precisa i contenuti;

- consiste nell'indicazione del «*prevedibile livello di sviluppo che l'alunno in situazione di handicap dimostra di possedere nei tempi brevi (sei mesi) e nei tempi medi (due anni)* »;

- «*sulla base dei dati riportati nella diagnosi funzionale…, descrive in modo analitico i possibili livelli di risposta dell'alunno in situazione di handicap riferiti alle relazioni in atto e a quelle programmabili*»;

- rappresenta il presupposto necessario per accedere alle misure di sostegno.

Quanto ai tempi, per art. 3, comma 1, del D.P.C.M. n. 185 del 2006 tale profilo va definito «*entro il 30 luglio per gli effetti previsti dalla legge 20 agosto 2001, n. 333*», affinché vi sia la tempestiva assunzione del personale necessario ai fini dell'ordinato avvio dell'anno scolastico, problematica sulla quale si tornerà.

§ 17. Ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. 24 febbraio 1994, il «*piano educativo individualizzato – P.E.I.* »:

- «*è il documento nel quale vengono descritti gli interventi integrati ed equilibrati tra di loro, predisposti per l'alunno in situazione di handicap, in un determinato periodo di tempo, ai fini della realizzazione del diritto all'educazione e all'istruzione*»;

- sulla base della «*diagnosi funzionale – D.F.* » e del «profilo dinamico funzionale – P.D.F.», è redatto «*congiuntamente dagli operatori sanitari individuati dalla USL e/o USSL e dal personale insegnante curriculare e di sostegno della scuola e, ove presente, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico-pedagogico, in collaborazione con i genitori o gli esercenti la potestà parentale dell'alunno*», soggetti i quali, riuniti, formano il «*Gruppo di lavoro operativo handicap – G.L.O.H.* »;

- quanto ai tempi, per l'art. 3, comma 1, del D.P.C.M. n. 185 del 2006, va redatto entro il 30 luglio di ogni anno, in conformità con quanto previsto per il profilo dinamico funzionale (risulta però che gli accordi di programma, conclusi ai sensi dell'art. 13, comma 1, della legge n. 104 del 1992, consentano la redazione del P.E.I. anche successivamente, entro il 30 novembre).

Specifiche disposizioni riguardano i casi in cui il P.E.I. è redatto nei confronti di un alunno che transita dalla scuola primaria a quella secondaria, ovvero quando vi sia il transito da una scuola ad un'altra.

§ 18. Il G.L.O.H. va distinto dagli altri «*organismi*» (così qualificati dal D.P.R. 28 marzo 2007, n. 75) che si pronunciano sulle disabilità.

Mentre il G.L.O.H. è competente per la redazione del P.E.I. per il singolo alunno (ai sensi dell'art. 12, comma 5, della legge n. 104 del 1992 e dell'art. 5 del D.P.R. 24 febbraio 1994), il «*Gruppo di lavoro handicap di istituto – G.L.H.I.* » (definito talvolta nella prassi come '*Gruppo di lavoro e studio di istituto*') è previsto dall'art. 15, comma 2, della medesima legge n. 104 del 1992, che prevede i suoi compiti di coordinamento e di proposta: il G.L.H.I. non prende provvedimenti sul singolo alunno, ma deve creare rapporti con il territorio e proporre interventi di aggiornamento, nonché materiali e sussidi didattici.

Al livello 'ancora superiore', con corrispondenti funzioni di indirizzo e coordinamento, l'art. 15, comma 1, della legge n. 104 del 1992 ha istituito a livello provinciale il «*Gruppo di lavoro handicap – G.L.H.* » (denominato anche '*Gruppo di lavoro interistituzionale provinciale' – G.L.I.P.*), istituito appunto a livello provinciale.

Tali organi hanno competenze non limitate alla materia degli alunni con disabilità: ad es., la circolare ministeriale 6 marzo 2013, n. 8, ha esteso le competenze del G.L.H.I. anche alle attività da svolgere in favore degli alunni con «*bisogni educativi speciali – B.E.S.* ».

§ 19. Per quanto riguarda le prestazioni che le Istituzioni scolastiche sono tenute a svolgere nei confronti degli alunni disabili, la legislazione vigente attribuisce al «*Gruppo di lavoro operativo handicap – G.L.O.H.* » il potere di 'proporre' le relative determinazioni.

§ 19.1. Infatti, ai sensi dell'articolo 10, comma 5, del decreto legge n. 78 del 2010, convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122, «*in sede di formulazione del piano educativo individualizzato»,* il gruppo elabora «*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*».

Va però sottolineato che talvolta l'indicazione del numero delle ore di sostegno è già contenuta nel «*profilo dinamico funzionale – P.D.F.* », ciò che non è precluso dalla normativa e che può indurre il G.L.O.H. a prendere atto della precedente determinazione e a indicare nel P.E.I. il 'come' le ore saranno utilizzate, per realizzare il 'progetto di vita' per il singolo alunno all'interno dell'ambiente scolastico.

§ 19.2. In base all'esame della documentazione acquisita e alle valutazioni delle commissioni mediche, ciascun alunno disabile risulta inserito in una delle quattro possibili fasce di gravità (gravissima, grave, media e lieve).

Il G.L.O.H. propone il numero delle ore di sostegno necessarie, tenendo conto di tale fascia di gravità, e nella prassi propone che l'insegnante di sostegno copra:

- per la disabilità gravissima o grave, la totalità dell'orario scolastico di un insegnante di sostegno;

- per la disabilità media, circa la metà dell'orario scolastico di un insegnante di sostegno;

- per la disabilità lieve, poco meno della metà dell'orario scolastico di un insegnante di sostegno.

Tali orari si devono quantificare tenendo conto della scuola frequentata, e quindi corrispondono a 25 ore settimanali se si tratti della scuola dell'infanzia, a 22 ore settimanali se si tratti della scuola primaria e a 18 ore settimanali se si tratti della scuola secondaria, sia essa di primo o di secondo grado.

§ 19.3. Quando si formula la proposta, e quando si attribuiscono le altre misure spettanti ai disabili, ovviamente si deve tenere conto anche dei casi in cui occorra una particolare vigilanza, per il rischio di atti autolesionistici o lesivi per i terzi, potenziale fonte di responsabilità per il personale dell'Amministrazione.

§ 20. Terminata la fase di redazione dei P.E.I. e dunque dopo aver acquisito le «*proposte*» formulate dal G.L.O.H. con la relativa quantificazione delle ore per i singoli alunni disabili, il dirigente scolastico deve 'sommare' le ore riferibili a ciascuno di essi e deve chiedere all'Ufficio scolastico provinciale, che a sua volta comunica le richieste all'Ufficio Regionale, l'assegnazione del correlato numero di ore di sostegno.

Il dirigente scolastico deve cioè chiedere, per l'Istituto di cui è responsabile, l'assegnazione degli insegnanti di sostegno in numero corrispondente a quanto necessario per la copertura delle ore da attribuire.

§ 20.1. Ricevuta la "risposta" degli Uffici scolastici, ovvero dopo che gli è stato comunicato quanti insegnanti di sostegno tali Uffici hanno assegnato all'Istituto, il dirigente scolastico può disporre delle ore di insegnamento dei singoli insegnanti di sostegno indicati dall'Ufficio scolastico, ovvero può disporre di 25 ore per insegnante se si tratta di scuola dell'infanzia, di 22 ore per insegnante se si tratta di scuola primaria e di 18 ore per insegnante se si tratta di scuola secondaria.

A questo punto, il dirigente attribuisce con propri atti formali - quelli che talvolta le famiglie impugnano davanti al TAR - le ore ai singoli alunni disabili.

§ 20.2. Il procedimento delineato può in concreto subire modificazioni, per i casi in cui sopraggiungano in corso d'anno domande di iscrizione di ulteriori alunni disabili, trasferiti da altri Istituti scolastici o provenienti da altri Stati.

In tal caso, il dirigente scolastico deve segnalare la circostanza agli Uffici scolastici e chiedere che siano emessi gli atti conseguenti per integrare l'organico di sostegno con le risorse necessarie.

Nel caso in cui l'integrazione manchi, tuttavia, il dirigente scolastico deve comunque far fronte alla nuova esigenza, redistribuendo le ore di sostegno disponibili.

§ 21. Tenuto conto di tale articolazione del procedimento, occorre a questo punto distinguere i poteri degli Uffici scolastici da quelli del G.L.O.H. e da quelli del dirigente scolastico.

E' in quest'ambito che si ritrova la singolare commistione tra procedimenti aventi finalità eterogenee e disciplinati da disposizioni normative non coordinate tra loro.

Da un lato, come sopra segnalato, vi sono i procedimenti relativi alla determinazione dei bisogni del singoli alunni, precisati con le «*proposte*» *ad personam* del G.L.O.H. e comunicati dal dirigente scolastico.

Dall'altro lato, v'è il procedimento, di competenza degli Uffici scolastici, volto a determinare il contingente del personale di sostegno da assegnare ai singoli Istituti scolastici per soddisfare le esigenze evidenziate con le medesime «*proposte*» e rappresentate dal dirigente scolastico.

In altri termini, mentre fino alla fase di redazione dei P.E.I. si tiene conto delle esigenze dei singoli alunni, è poi prevista una 'fase intermedia' in cui gli Uffici scolastici individuano il contingente degli insegnanti di sostegno, non in base ai dati oggettivi acquisiti, bensì sulla base dei criteri statistici previsti dalla legge.

Vi è quindi la concreta possibilità – ed è soprattutto in questo caso che gli interessati propongono ricorso giurisdizionale – che il numero degli insegnanti di sostegno resi disponibili nei fatti risulti inferiore a quello che sarebbe necessario per attribuire ai singoli alunni tutte le ore determinate dalle «*proposte*» del gruppo G.L.O.H.

Vanno infatti qui approfondite le essenziali regole sullo *status* e sul reclutamento degli insegnanti di sostegno.

§ 22. Le regole essenziali sullo *status* degli insegnanti di sostegno sono contenute nel già richiamato art. 13 della legge n. 104 del 1992 (sulla «*integrazione scolastica*»), che al comma 3 ha disciplinato – per tutte le «*scuole di ogni ordine e grado*» - la relativa figura professionale, col richiamo alle «*attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati*».

§ 22.1. Come sopra rilevato, al termine del relativo procedimento complesso, il dirigente scolastico attribuisce ai singoli alunni disabili le ore di sostegno, dopo la formulazione del «*piano educativo individualizzato*» e dopo la fase nella quale gli Uffici scolastici hanno assegnato agli Istituti le relative risorse.

Le «*Linee guida per l'integrazione scolastica degli alunni con disabilità*», redatte dal Ministero dell'istruzione in data 4 agosto 2009, hanno individuato lo scopo della figura: l'insegnante di sostegno deve favorire la socializzazione della persona e consentirle di «*avere un futuro*» nella società, poiché l'Istituzione scolastica – avvalendosi di tali docenti - deve elaborare un «*progetto di vita*» per ogni singolo alunno disabile.

§ 22.2. La normativa vigente non prevede invece l'assegnazione *ad personam* dell'insegnante di sostegno, ovvero non prevede che a ciascun alunno disabile venga assegnato un 'proprio' insegnante di sostegno, per le ore oggetto della proposta del G.L.O.H.

Infatti, l'articolo 127 del testo unico approvato col decreto legislativo n. 297 del 1994 dispone che gli insegnanti di sostegno «*fanno parte integrante dell'organico di circolo ed in esso assumono la titolarità*», sicché conseguono la «*contitolarità delle classi in cui operano*».

§ 22.3. I compiti e lo *status* degli insegnanti di sostegno sono stati disciplinati dai primi tre commi dell'art. 127 del d. lgs. 16 aprile 1994, n. 127, per i quali:

- «*Al fine di realizzare interventi atti a superare particolari situazioni di difficoltà di apprendimento determinate da handicap, si utilizzano docenti di sostegno il cui organico è determinato a norma dell'art. 443 del presente testo unico, ed i cui compiti devono essere coordinati, nel quadro della programmazione dell'azione educativa, con l'attività didattica generale*» (comma 1);

- «*I docenti di sostegno fanno parte integrante dell'organico di circolo ed in esso assumono la titolarità. Essi, dopo cinque anni di appartenenza al ruolo dei docenti di sostegno, possono chiedere il trasferimento al ruolo comune, nel limite dei posti disponibili e vacanti delle dotazioni organiche derivanti dall'applicazione dei commi 5, 7 e 8 dell'art. 133 del presente testo unico*» (comma 2);

- «*I docenti di sostegno assumono la contitolarità delle classi in cui operano; collaborano con i docenti del modulo organizzativo di cui all'art. 121, con i genitori e, con gli specialisti delle strutture territoriali, per programmare ed attuare progetti educativi personalizzati; partecipano alla programmazione educativa e didattica e alla elaborazione e verifica delle attività di competenza dei consigli di interclasse e dei collegi dei docenti*» (comma 3)

§ 22.4. In concreto, ogni insegnante di sostegno svolge la propria attività per il numero di ore riferibile al suo *status* e, dunque, per le già ricordate 25, 22 o 18 ore, a seconda se egli svolga la propria attività presso la scuola dell'infanzia, quella primaria o quella secondaria.

Come già segnalato, l'insegnante di sostegno non è 'assegnato' ad un particolare alunno: egli è invece presente in classe unitamente all'insegnante titolare della materia, segue in via diretta l'alunno disabile che vi è presente e in generale è chiamato ad adempiere alle «*ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno*» a suo favore (v. in tal senso la sentenza della Corte Costituzionale n. 52 del 2000).

§ 22.5. Ben diversa – rispetto all'insegnante di sostegno - è la figura dell'«*assistente*» -prevista per il settore scolastico dal medesimo art. 13, comma 3, della legge n. 104 del 1992, che sul punto ha richiamato le disposizioni già contenute nel d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 - il quale è nella prassi denominato anche 'comunicatore' o 'facilitatore' ed è posto a disposizione dell'Istituzione scolastica dagli enti locali, «*per l'autonomia e la comunicazione personale degli alunni con handicap fisici o sensoriali*».

Tale figura, a sua volta, è diversa anche da quella di coloro che svolgono il «*servizio di aiuto personale*» (che non rileva nel presente giudizio, perché non riguarda il settore scolastico), il quale «*può essere istituto dai Comuni o dalle Unità sanitarie locali nei limiti delle proprie ordinarie risorse di bilancio*», dunque del tutto facoltativamente.

Va rilevato un notevole contenzioso tra gli enti locali, per quanto riguarda lo svolgimento della attività disciplinata dall'art. 13, comma 3, della legge n. 104 del 1992 e dal d.P.R. n. 616 del 1977.

Infatti, con riferimento alle attività di assistenza da svolgere per gli alunni della scuola secondaria superiore, talvolta le Province hanno contestato che vi sia la propria competenza al riguardo, deducendo che le medesime attività debbano essere svolte dai Comuni.

Al riguardo, la Sezione ritiene decisivo il contenuto dell'art. 139 del decreto legislativo n. 112 del 1998, che ha attribuito alle Province, per l'istruzione secondaria superiore, e ai Comuni, per gli altri gradi della scuola, i compiti e le funzioni concernenti «*c) i servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio*».

L'art. 139 va al riguardo considerato quale legge speciale rilevante in materia scolastica, sicché risultano irrilevanti le altre disposizioni, ispirate ad altre finalità, che sono contenute nel testo unico sugli enti locali, approvato con il decreto legislativo n. 267 del 2000, e nella legge n. 328 del 2000.

Non rileva in questa sede una problematica ulteriore, ovvero la necessità che le posizioni di «*assistente*», formalmente corrispondenti ad una qualifica unitaria, siano ricoperte, di volta in volta, da soggetti in possesso della professionalità necessaria per interagire con la persona supplendo alla sua specifica disabilità.

La Sezione si limita a rilevare che, qualora sulla base di una previsione normativa o di una prassi la posizione di assistente fosse ricoperta da personale non qualificato, vi sarebbe un diretto *vulnus* ai valori costituzionali, poiché le prestazioni da rendere a favore degli alunni disabili sarebbero meramente apparenti (ad es., per un alunno privo dell'udito occorre un assistente che comprenda il linguaggio dei segni, mentre occorrono altre competenze nel caso in cui vi siano altre disabilità).

§ 23. Nel corso del tempo, sono entrate in vigore successive disposizioni di legge sui poteri degli Uffici scolastici in tema di assunzione degli insegnanti di sostegno, disposizioni che non solo ne determinano il numero complessivo, ma incidono anche in concreto – e direttamente – sulle singole posizioni degli alunni disabili.

§ 23.1. Va premesso, analogamente a quanto si è detto in tema di assistente, che non rileva in questa sede un'altra problematica a sé stante, ovvero verificare se le ore di sostegno siano coperte da insegnanti che siano effettivamente in possesso della relativa specializzazione, richiesta dall'art. 319, comma 4, del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297

Anche in questo caso, il Collegio si limita a rilevare che si tratta di una circostanza essenziale per ritener realizzati gli interessi pubblici in materia, che hanno rilievo costituzionale, sicché va considerata doverosa l'attivazione periodica dei relativi procedimenti, volta a consentire la selezione del personale specializzato.

§ 23.2. Ciò posto, vanno richiamati i primi 3 commi del medesimo art. 139 del decreto legislativo n. 297 del 1997, riguardante i «*Posti di sostegno*», per i quali:

«1. *Per lo svolgimento delle attività di sostegno a favore degli alunni portatori di handicap nella scuola materna, elementare e media, le dotazioni organiche dei relativi ruoli provinciali comprendono posti di sostegno da istituire in ragione, di regola, di un posto ogni quattro alunni portatori di handicap*»;

«2. *Per la determinazione dei posti di sostegno nella scuola secondaria superiore si applicano le disposizioni contenute nell'articolo 315 comma 3*»;

«3. *Nella scuola elementare deroghe al rapporto medio di un docente ogni quattro alunni portatori di handicap possono essere autorizzate in organico di fatto, in presenza di handicap particolarmente gravi per i quali la diagnosi funzionale richieda interventi maggiormente individualizzati e nel caso di alunni portatori di handicap frequentanti plessi scolastici nelle zone di montagna e nelle piccole isole*».

Il successivo art. 40 della legge 27 dicembre 1997, n. 449 (sul «*Personale della scuola*»), ha poi disposto misure di contenimento della spesa pubblica, con disposizioni poi attuate dal decreto ministeriale 24 luglio 1998, n. 331.

Il comma 3 dell'art. 40 ha infatti disposto che la «*dotazione organica*» degli insegnanti di sostegno «*è fissata nella misura di un insegnante per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente*

frequentanti gli istituti scolastici statali della provincia, assicurando, comunque, il graduale consolidamento, in misura non superiore all'80 per cento, della dotazione di posti di organico e di fatto esistenti nell'anno scolastico 1997-1998, fermo restando il vincolo di cui al primo periodo del comma 1»: si tratta dunque di un criterio statistico, che di per sé non consente agli Uffici scolastici di determinare un numero più corrispondente alle realtà, e cioè al riscontrato numero degli alunni disabili e alle loro specifiche situazioni di maggiore o minore gravità.

Tale disposizione, che quantifica il numero degli insegnanti di sostegno, va coordinata con il comma 1 del medesimo art. 40, il quale ha fissato inoltre un numero massimo per tutto il personale in servizio del «*comparto scuola*», con la riduzione degli insegnanti per l'anno 1999 del tre per cento rispetto al numero rilevato alla fine dell'anno 1997, anche con riferimento agli insegnanti di sostegno.

Tali disposizioni hanno inciso sul cd «*organico di diritto*», cioè sulla determinazione del numero degli insegnanti 'di ruolo' di sostegno, riducendo il numero degli insegnanti di sostegno inserito nel medesimo organico, così prescindendo dal riscontro delle effettive esigenze, desumibili dalle «*proposte*» redatte dai gruppi G.L.H.O. sul territorio nazionale.

§ 23.3. A questo punto, va richiamata la normativa concernente le 'assunzioni in deroga' degli insegnanti di sostegno.

Si tratta delle assunzioni ulteriori, cioè di quelle volte a soddisfare le esigenze degli alunni disabili concretamente desumibili dalle «*proposte*» dei gruppi G.L.H.O., che non siano state già soddisfatte con l'assegnazione agli Istituti degli insegnanti di sostegno sulla base dell'«*organico di diritto*».

§ 23.3.1. Il comma 1 del già citato art. 40 della legge n. 449 del 1997 ha consentito l'assunzione con contratto a tempo determinato di insegnanti di sostegno, in deroga al rapporto docenti-alunni indicato al comma 3 - e cioè 'in più' rispetto alle risultanze dell'organico di diritto - in presenza di «*handicap particolarmente gravi*», «*fermo restando il vincolo di cui al primo periodo del presente comma*».

La possibilità di assumere 'in deroga' il numero necessario degli insegnanti di sostegno era stata così limitata, in ragione del 'tetto massimo' del personale in servizio, previsto dal primo periodo del comma 1, e del rilievo riconosciuto unicamente alle situazioni di «*handicap particolarmente gravi*», e non anche a tutte le altre disabilità che non fossero risultate «*particolarmente gravi*».

§ 23.3.2. La concreta possibilità di disporre le assunzioni 'in deroga' per soddisfare le esigenze di tutti i disabili, e quindi non solo di quelli particolarmente gravi, è stata prevista dall'art. 26, comma 16, della legge 23 dicembre 1998, n. 448, che ha inserito un ulteriore periodo nella prima parte del comma 1 dell'art. 40 della legge n. 449 del 1997, disponendo che «*Il numero dei dipendenti del comparto scuola deve risultare alla fine dell'anno 1999 inferiore del 3 per cento rispetto a quello rilevato alla fine dell'anno 1997, ferma restando la dotazione di personale di sostegno necessaria a coprire la richiesta nazionale di integrazione scolastica*».

L'ultima parte di tale periodo ha così consentito agli Uffici scolastici di superare il tetto massimo del personale, assumendo comunque tutti i docenti di sostegno necessari.

§ 23.3.2. Con l'art. 1, comma 605, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, il legislatore ha poi previsto che, «*con uno o più decreti del Ministro della pubblica istruzione*» si sarebbe potuto

disporre «*b) il perseguimento della sostituzione del criterio previsto dall'articolo 40, comma 3, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, con l'individuazione 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*».

§ 23.3.3. Tali disposizioni sono state abrogate per incompatibilità dall'articolo 2, commi 413 e 414, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

Il comma 413 ha fissato un numero massimo agli insegnanti di sostegno (disponendo che «*il numero dei posti degli insegnanti di sostegno, a decorrere dall'anno scolastico 2008/2009, non può superare complessivamente il 25 per cento del numero delle sezioni e delle classi previste nell'organico di diritto dell'anno scolastico 2006/2007*»).

Il comma 414 ha inoltre ridotto in modo progressivo la «*dotazione organica di diritto relativa ai docenti di sostegno*» ed ha escluso la possibilità già prevista dalla legge n. 449 del 1997 di assumere insegnanti di sostegno in deroga, sopprimendo nell'art. 40, comma 1, settimo periodo della legge n. 449 del 1997 «*le parole da: 'nonché la possibilità' fino a: 'particolarmente gravi'*».

In particolare, il comma 414 ha eliminato la possibilità delle assunzioni in deroga, con una tecnica legislativa del tutto particolare: anziché disporre l'abrogazione dell'art. 26, comma 16, della legge n. 448 del 1998 (col ripristino del testo originario dell'art. 40, comma 1, della legge n. 449 del 1997), l'art. 2, comma 414, della legge n. 244 del 2007 - con disposizioni difficilmente comprensibili sul piano testuale - ha mantenuto ferma nel medesimo art. 40, comma 1, la frase «*ferma restando la dotazione di personale di sostegno necessaria a coprire la richiesta nazionale di integrazione scolastica*» ed ha modificato la parte finale del settimo periodo, sopprimendo nel citato art. 40, comma 1, settimo periodo «*le parole da: 'nonché la possibilità' fino a: 'particolarmente gravi'*».

§ 23.3.4. Sennonché, con la sentenza n. 80 del 2010, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei medesimi commi 413 e 414 dell'art. 2 della legge n. 244 del 2007:

- del comma 413, «*nella parte in cui fissa un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno*»;

- del comma 414, «*nella parte in cui esclude la possibilità, già contemplata dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, in presenza nelle classi di studenti con disabilità grave, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente*».

La sentenza n. 80 del 2010, dopo aver rimarcato che sussiste la discrezionalità del legislatore *«nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili»,* ha osservato che:

- tale discrezionalità trova un limite nel *«rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati*»;

- i citati commi 413 e 414 dell'art. 2 della legge n. 244 del 2007 «*hanno inciso proprio sull'indicato 'nucleo indefettibile di garanzie'*» che la Corte aveva «*già individuato quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore*»;

- la scelta del legislatore di sopprimere la possibilità 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*»;

- «*la ratio della norma, che prevede la possibilità di stabilire ore aggiuntive di sostegno, è, infatti, 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, giova precisare, 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*»;

- i medesimi commi 413 e 414 sono incostituzionali «*nella parte in cui, stabilendo un limite massimo invalicabile relativamente 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*».

La sentenza n. 80 del 2010 ha dunque dichiarato in parte incostituzionali i commi 413 e 414 dell'art. 2 della legge n. 244 del 2007, senza formalmente incidere sull'ultima parte del comma 414, che aveva abrogato per incompatibilità l'art. 40, comma 1, della legge n. 449 del 1997 quanto alle disposizioni sulla dotazione organica degli insegnanti di sostegno.

E' per questa ragione, come si vedrà oltre al § 29.1, che le circolari amministrative fanno tuttora riferimento alla disposizione oggetto della sentenza della Corte Costituzionale.

§ 23.4. Il quadro normativo in materia è stato poi modificato:

- per quanto riguarda la determinazione delle ore di sostegno, dall'art. 10, comma 5, del decreto legge n. 78 del 2010, convertito dalla legge n. 122 del 2010, prima richiamato al § 19;

- per quanto riguarda l'organico di diritto degli insegnanti di sostegno, dall'art. 15 del decreto legge 12 settembre 2013, n. 104, convertito nella legge 8 novembre 2013, n. 128.

§ 23.4.1. Circa la determinazione delle ore di sostegno, l'art. 10, comma 5, del decreto legge n. 78 del 2010, convertito nella legge n. 122 del 2010, ha previsto specifiche disposizioni in tema di piano educativo individualizzato (P.E.I.), attribuendo alla competenza del G.L.O.H. il potere di elaborare le relative «*proposte*».

§ 23.4.2. Circa l'organico di diritto degli insegnanti di sostegno, l'art. 15 del decreto legge n. 104 del 2013, convertito nella legge n. 128 del 2013, ha inciso sul testo dell'art. 2, comma 414, della legge n. 244 del 2007, come risultante dal dispositivo della sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 2010:

- al comma 2, ha inserito al medesimo comma 414, dopo il primo periodo, la frase «*La predetta percentuale è rideterminata, negli anni scolastici 2013/2014 e 2014/2015, in misura pari rispettivamente al 75 per cento e al 90 per cento ed è pari al 100 per cento a decorrere dall'anno scolastico 2015/2016*»;

- al comma 3, ha disposto che «*Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca è autorizzato, a decorrere dall'anno scolastico 2013/2014, ad assumere a tempo indeterminato docenti a copertura di tutti i posti vacanti e disponibili nell'organico di diritto di cui all'articolo 2, comma 414, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, come modificato dal presente articolo*».

L'art. 15, nel modificare il quadro normativo sulla riduzione del cd organico di diritto, ha consentito l'assunzione a tempo determinato dei docenti, per la copertura dei posti vacanti e disponibili, ma non ha previsto ulteriori regole per l'assunzione 'in deroga', ovvero per l'assegnazione degli insegnanti di sostegno in misura tale da soddisfare le esigenze concretamente prospettate dai G.L.O.H. ai dirigenti scolastici e da questi agli Uffici scolastici.

§ 24. Va ora richiamata la giurisprudenza formatasi in materia, sul quadro normativo successivo alla sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 2010 e all'entrata in vigore dell'art. 10, comma 5, del decreto legge n. 78 del 2010, convertito nella legge n. 122 del 2010.

Il Consiglio di Stato (v. Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 704; Sez. VI, 23 marzo 2010, n. 2231) al riguardo ha già avuto modo di rimarcare:

- *«a) la qualificazione del diritto all'istruzione del disabile, e in particolare del disabile grave, quale diritto fondamentale»;*

- *«b) l'individuazione in questo ambito di un "nucleo indefettibile" di garanzie perché tale diritto sia realizzato, pur stante la discrezionalità del legislatore nella individuazione delle relative misure»;*

«c) l'obiettivo primario … della massima tutela possibile del diritto del disabile grave all'istruzione ed all'integrazione e nella classe e nel gruppo, fino alla previsione di un'ora di sostegno per ogni ora di frequenza, ma non è di per sé illegittimo un intervento minore, purché non sia scalfito il nucleo indefettibile del diritto, se motivato dall'analisi accurata della situazione specifica nel quadro di ragioni e vincoli oggettivi»;

- *«e) la possibilità di ricorrere, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente, all'assunzione di insegnanti in deroga»;*

- *«f) dalla accertata situazione di gravità del disabile può conseguire la determinazione di un numero di ore di sostegno pari a quello delle ore di frequenza»*.

Inoltre, si è anche precisato (Sez. VI, 10 febbraio 2015, n. 704, cit.) che il provvedimento finale del dirigente scolastico:

- deve tenere conto della «*gravità dell'handicap … così come accertato dall'apposito organo collegiale*»;

- non può tenere conto soltanto delle «*difficoltà connesse al numero degli alunni in situazione di handicap*»;

- non può rendere «*prive di effetti concreti, sul piano del sostegno, le statuizioni operate dall'organo collegiale competente a stabilire la gravità dell'handicap e a predisporre il piano individuale di intervento a sostegno del minore in una situazione di handicap riconosciuto come grave*»;

- non si può basare su «*un vincolo derivante dalla carenza di risorse economiche che non possono, in modo assoluto, condizionare il diritto al sostegno in deroga, sino a esigere e sacrificare il diritto fondamentale allo studio e all'istruzione*».

§ 25. Il Collegio ritiene di condividere e di fare proprie le affermazioni di principio, contenute nelle sopra citate sentenze della Sezione n. 704 del 2015 e n. 2231 del 2010 e di affermare ulteriori principi, per le ragioni di ordine sistematico e testuale che si espongono di seguito.

§ 26. Va premesso che il contenzioso seriale portato all'esame dei giudici amministrativi, e in particolare del Consiglio di Stato a questa udienza del 23 marzo 2017, si è creato per una pluralità di ragioni.

§ 26.1. Come rilevato al precedente paragrafo 11, il quadro della normativa del settore è di 'qualità' molto scarsa, non può non essere considerato notevolmente frammentario e disarmonico, e risulta di difficile lettura sia per i genitori, sia per gli operatori scolastici.

In una materia come quella in esame, che riguarda diritti fondamentali di una parte cospicua della popolazione nazionale, degli alunni, ma di riflesso anche delle loro famiglie, ciò si dovrebbe evitare, perché risulta in contrasto col principio per il quale tutte le Istituzioni repubblicane devono facilitare l'individuazione delle regole applicabili, rendere gli interessati consapevoli dei loro diritti e consentire senza indugio l'applicazione di tali regole in sede amministrativa, prima ancora che in sede giurisdizionale.

§ 26.2. Inoltre, come rilevato ai precedenti paragrafi 11 e 21, il quadro normativo sulla tutela degli alunni disabili – già di per sé complesso - si caratterizza in concreto non solo per la commistione tra procedimenti eterogenei, e per i conseguenti concreti rischi che l'azione amministrativa ne sia disarticolata, ma anche per il singolare contrasto apparente – ma superabile, come dopo si osserverà - tra le disposizioni di principio risalenti alla legge n. 104 del 1992 sulla sussistenza dei diritti dei medesimi alunni (che come ribadito dalla Corte Costituzionale hanno natura di «*diritti fondamentali*») e le disposizioni sull'organizzazione scolastica e sulla assegnazione degli insegnanti di sostegno (che sono invece basate sull'esigenza di contenere la spesa).

§ 26.3. Del resto, si deve constatare che non risultano meccanismi tali da rendere conoscibile e trasparente l'attività svolta in materia dagli Uffici scolastici regionali, né su impulso dei dirigenti scolastici, né mediante relazioni in qualche modo pubblicate.

§ 27. Ciò posto, dal complessivo quadro normativo sopra esposto risulta che - a base e a fondamento delle disposizioni della legge n. 104 del 1992 e delle altre leggi sulla tutela degli alunni disabili - si pongono i principi costituzionali di cui all'articolo 2 (sulla tutela dei «*diritti inviolabili dell'uomo*» e sui «*doveri inderogabili di solidarietà … sociale*»), all'articolo 3 (sul «*compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana* »), all'articolo 34, primo comma (sulla apertura della scuola «*a tutti*») e all'articolo 38, terzo comma (sul «*diritto all'educazione*» anche quando vi sia una disabilità).

§ 27.1. L'attività degli insegnanti di sostegno comporta evidenti vantaggi non solo per i disabili, in un quadro costituzionale che impone alle Istituzioni di favorire lo sviluppo della personalità, ma anche per le famiglie e per la società nel suo complesso.

Infatti, l’inserimento e l’integrazione nella scuola – con l’ausilio dall’insegnante di sostegno – anzitutto evitano la segregazione, la solitudine, l’isolamento, nonché i patimenti e i pesi che ne derivano, in termini umani ed economici potenzialmente insostenibili per le famiglie.

L’inserimento e l’integrazione nella scuola rivestono poi fondamentale importanza anche per la società nel suo complesso, perché rendono possibili il recupero e la socializzazione.

Ciò in prospettiva consente ai disabili di dare anche il loro contributo alla società, fermo restando che la disciplina degli esami deve evitare ogni discriminazione anche potenziale, evitando che vi siano barriere che possano negativamente incidere sull’avviamento al lavoro (ponendosi altrimenti serissime questioni di costituzionalità delle disposizioni che rendano più difficoltoso il conseguimento del diploma, a causa della disabilità).

Inoltre, l’inserimento e l’integrazione nella scuola in prospettiva consentono al Sistema sanitario nazionale di contenere le prestazioni che si renderebbero necessarie, in mancanza delle attività svolte in anni fondamentali dell’età evolutiva.

§ 27.2. I principi costituzionali sopra richiamati impongono di dare una lettura sistematica alle disposizioni sulla tutela degli alunni disabili e a quelle sulla organizzazione scolastica e sulle disponibilità degli insegnanti di sostegno, nel senso che le posizioni degli alunni disabili devono prevalere sulle esigenze di natura finanziaria.

§ 28. Tale prevalenza – non negata da alcuna disposizione legislativa contraria, che altrimenti avrebbe dato luogo a serissime questioni di legittimità costituzionale - si desume dalla normativa sulle ‘assunzioni in deroga’ degli insegnanti di sostegno, nonché dall’art. 10, comma 5, della legge 30 luglio 2010, n. 122, entrato in vigore dopo la dichiarazione di parziale incostituzionalità dei commi 413 e 414 dell’art. 2 della legge n. 244 del 2007.

§ 29. Quanto alle assunzioni ‘in deroga’ degli insegnanti di sostegno, gli Uffici scolastici devono senz’altro disporle, affinché i dirigenti scolastici – al termine dei relativi procedimenti e in tempo utile – attribuiscano ai singoli alunni disabili le ore di sostegno determinate dal G.L.H.O.

§ 29.1. La possibilità di assumere ‘in deroga’ gli insegnanti di sostegno, a seguito della pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 2010, in linea di principio non è stata posta in discussione dal Ministero, né in sede amministrativa, né nel corso del giudizio.

Sia pure con tempi e con numeri che non sempre soddisfano le famiglie, le assunzioni ‘in deroga’ sono disposte nella prassi, sulla base delle procedure previste dal Ministero.

La circolare del Ministero 3 luglio 2015, n. 19400, si è occupata non solo dell’organico di diritto dei posti di sostegno, ma anche della assegnazione dei posti in deroga.

Quanto all’organico di diritto, la circolare ha rilevato che esso «*è determinato secondo quanto previsto dai commi 413 e 414 dell'art. 2 della legge n. 244/2007*», cioè in base alle disposizioni dichiarate incostituzionali.

Quanto alla assegnazione dei posti in deroga, la circolare ha aggiunto che «*Gli eventuali ulteriori posti in deroga, in applicazione della citata sentenza della Corte costituzionale, vanno autorizzati da parte del Direttore Generale dell'Ufficio scolastico regionale ai sensi dell' articolo 35, comma 7, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, secondo le effettive esigenze rilevate ai sensi dell' art. 1,*

comma 605, lettera b) della legge 27 dicembre 2006, n. 296, che deve tenere in debita considerazione la specifica tipologia di handicap da cui è affetto l'alunno. I relativi posti vanno assegnati dopo aver accertato: - la effettiva presenza degli alunni nelle classi; - la regolarità della documentazione richiesta (diagnosi funzionale, il P.E.I. elaborato dal G.L.H.O., ecc.); - la accertata verifica della ricorrenza delle condizioni previste dalla citata sentenza della Corte (es. assenza di interventi di altre istituzioni o enti) ».

In base alla circolare, dapprima è utilizzata la dotazione in organico, ancorché fissata con disposizioni dichiarate incostituzionali, e – nel caso di sua insufficienza e a fronte di disabili gravi - si procede ad integrarla.

§ 29.2. Va sottolineato che la medesima circolare, nel riferirsi all'art. 35, comma 7, della legge n. 289 del 2002, ha indirettamente richiamato l'art. 4 del D.P.C.M. n. 185 del 2006, per il quale «*L'autorizzazione all'attivazione di posti di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni, a norma dell'articolo 35, comma 7, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, è disposta dal dirigente preposto all'Ufficio Scolastico Regionale sulla base della certificazione attestante la particolare gravità*».

§ 30. Ritiene la Sezione che le previsioni di tale circolare - pur avendo dettagliatamente ricostruito il susseguirsi delle disposizioni entrate in vigore ed il contenuto della sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 2010 – non sono tali da giustificare l'emanazione di atti degli Uffici scolastici e di atti dei dirigenti scolastici che si discostino dal contenuto dei P.E.I. e, in particolare, dalle «*proposte*» redatte per i singoli alunni dal G.L.O.H.

Ha infatti un rilievo decisivo l'art. 10, comma 5, della legge 30 luglio 2010, n. 122, per il quale «*in sede di formulazione del piano educativo individualizzato*», il gruppo elabora «*proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno*».

§ 30.1. Va sottolineato che tale comma 5 ha attribuito al G.L.O.H. il potere di proporre le ore da attribuire a tutti gli alunni disabili, non soltanto a quelli che siano stati riconosciuti portatori di una disabilità grave o gravissima.

Anche in presenza di disabilità lievi o medie, le «*proposte*» del G.L.O.H. devono avere un seguito.

§ 30.2. Va ora chiarito il significato da attribuire alla parola «*proposte*», contenuta nel medesimo art. 10, comma 5, del decreto legge n. 78 del 2010, convertito nella legge n. 122 del 2010.

Ritiene la Sezione che si debba tenere conto della articolazione del procedimento, così come sopra ricostruita ai paragrafi 12 e seguenti.

§ 30.3. Va premesso che il legislatore ha doverosamente attribuito al G.L.H.O. il potere di elaborare le «*proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno*».

Infatti, il G.L.H.O. è in grado di valutare le effettive esigenze degli alunni disabili, in quanto è composto non solo da esponenti del mondo della scuola, ma – in considerazione dei principi costituzionali rilevanti in materia, sopra richiamati, in connessione all'art. 32 Cost. sulla tutela del diritto alla salute - anche da membri aventi le indefettibili competenze medico-psichiatriche.

§ 30.4. Ciò posto, si deve rimarcare come la legislazione vigente, neppure il comma 5 in esame, non esplicita quale sia l'Autorità competente che debba pronunciarsi sulle «*proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno*».

La determinazione dell'Autorità competente si può però desumere dalle disposizioni sopra riportate che scandiscono le ulteriori fasi del procedimento: è il dirigente scolastico l'autorità competente a concludere il procedimento, dopo la 'fase procedimentale intermedia' di acquisizione dei dati, a cura dell'Ufficio scolastico.

§ 30.5. In relazione alla 'fase procedimentale intermedia' nel corso della quale si deve pronunciare l'Ufficio scolastico, nessuna disposizione di legge - nemmeno l'art. 4 del D.P.C.M. n. 185 del 2006 - ha attribuito al dirigente preposto dell'Ufficio scolastico regionale il potere di 'ridurre', tanto meno senza una motivazione, il numero di ore di sostegno, individuate dal G.L.O.H. nelle sue «*proposte*» a favore dei singoli alunni disabili.

L'art. 10, comma 5, ha attribuito il *nomen iuris* di «*proposte*» agli atti del G.L.O.H. sulla determinazione delle ore, non perché altre autorità - peraltro non aventi specifiche competenze di natura medica o didattica sulle esigenze degli alunni disabili - possano esercitare un 'potere riduttivo di merito', ovvero ridurre le ore assegnate, ma per la semplice ragione che tali «*proposte*» sono atti interni al procedimento, e cioè sono redatte quando non sono ancora state rilevate le effettive esigenze e non sono stati assegnati gli insegnanti di sostegno.

Le proposte hanno invece la funzione di attivare dapprima la fase di competenza degli Uffici scolastici e poi la fase finale, di attribuzione delle ore da parte del dirigente scolastico.

§ 30.6. Poiché nessuna disposizione ha attribuito agli Uffici scolastici il potere di sottoporre a un riesame di merito quanto proposto dal G.L.O.H., l'art. 4. del D.P.C.M. n. 185 del 2006, che definisce «*autorizzazione*» l'atto del dirigente preposto dell'Ufficio scolastico regionale, va allora interpretato nel senso di prevedere un atto meramente ricognitivo, il quale constata che sussistono i relativi presupposti di spesa, senza poterli modificare, e giustifica l'impegno e il pagamento delle relative somme.

§ 31. Per le ragioni che precedono, ad avviso della Sezione, il procedimento si articola nel modo seguente:

a) il G.L.O.H. elabora i P.E.I. all'interno dei singoli Istituti scolastici, al termine delle fasi procedimentali previste dall'art. 12, comma 5, della legge n. 104 del 1992;

b) il dirigente scolastico trasmette le relative risultanze agli Uffici scolastici;

c) gli Uffici scolastici, a seguito dell'acquisizione dei dati, devono attribuire ai singoli Istituti tanti insegnanti di sostegno, quanti ne sono necessari per coprire tutte le ore che sono risultate oggetto delle «*proposte*», salva la possibilità di esercitare un potere meramente correttivo, sulla base di riscontri oggettivi (è questo il caso, ad esempio, di errori materiali, ovvero del fatto che singoli alunni non siano più iscritti presso un dato istituto, perché trasferitisi altrove);

d) il dirigente scolastico - tranne i casi in cui prenda atto della correzione di errori materiali o delle circostanze ostative, specificamente e motivatamente individuate dagli Uffici scolastici - deve

attribuire a ciascun alunno disabile un numero di ore di sostegno corrispondente a quello oggetto della singola proposta del G.L.O.H, dalla quale non si può discostare;

e) pertanto, i procedimenti riguardanti gli alunni disabili si devono concludere con gli atti del dirigente scolastico di attribuzione delle ore di sostegno, in conformità alle risultanze del G.L.O.H.

Va pertanto considerato condivisibile l'orientamento dei Tribunali amministrativi regionali per il quale è fondata la pretesa dei genitori a vedere attribuite ai propri figli disabili le ore di sostegno nella misura determinata dai G.L.O.H.

Di conseguenza, proprio per tale ragione i dirigenti scolastici, i quali ovviamente devono evitare di emanare atti illegittimi, devono essi stessi disporre l'attribuzione delle ore nella medesima misura, anche quando gli Uffici scolastici non abbiano assegnato le risorse indispensabili.

32. Considerati i principi generali sulla responsabilità degli organi amministrativi e sulla leale collaborazione tra tali organi, la Sezione ritiene di dovere precisare quali ulteriori fasi procedimentali siano configurabili, qualora gli Uffici scolastici abbiano assegnato un numero di insegnanti di sostegno inferiore a quello necessario per assegnare in concreto le ore di sostegno attribuite doverosamente dal dirigente scolastico in conformità alle «*proposte*» del G.L.O.H.

In tal caso, il dirigente scolastico stesso:

- deve segnalare agli Uffici scolastici tale circostanza, affinché questi assegnino senza indugio gli ulteriori insegnanti di sostegno che risultino necessari, e ciò con il supporto del Ministero dell'economia e delle finanze, anch'esso tenuto a dare esecuzione agli atti del dirigente scolastico che abbiano concluso i procedimenti riguardanti i singoli alunni disabili, sulla base delle «*proposte*» del G.L.H.O.;

- qualora risulti la notifica di un ricorso, proposto al giudice civile o al giudice amministrativo, col quale sia lamentata la mancata fruizione delle ore di sostegno formalmente attribuite, a causa dell'insufficienza delle risorse rese disponibili dagli Uffici scolastici o dal Ministero dell'economia e delle finanze, deve trasmettere una relazione alla competente Procura della Corte dei Conti, per le valutazioni di sua competenza;

- non può che affrontare la situazione venutasi a verificare suo malgrado *contra legem* e redistribuire provvisoriamente le ore di sostegno, in attesa che siano rese disponibili dall'Ufficio regionale tutte le necessarie risorse.

§ 33. Alla Sezione non sfugge che – quando gli Uffici scolastici non dispongono l'assunzione in deroga del numero necessario degli insegnanti di sostegno, e si discostano 'in senso riduttivo' dai dati numerici acquisiti – il dirigente scolastico è di fatto talvolta costretto, con atti 'definitivi' o 'provvisori', a 'suddividere' – sulla base di conseguenti penose mediazioni - e non ad 'attribuire' le ore di sostegno, rese disponibili dagli Uffici scolastici e inferiori a quelle necessarie.

In tal caso, il dirigente scolastico, dopo avere attribuito le ore di sostegno in conformità alle «*proposte*» del G.L.O.H., può porre in essere le misure provvisorie che ritenga più idonee, per affrontare la situazione, in attesa che gli Uffici scolastici emanino i loro atti dovuti.

Alla Sezione non sfugge nemmeno che nei fatti – come risulta chiaramente dalla stessa esistenza del contenzioso seriale posto all'esame dei TAR e del Consiglio di Stato, per i casi di attribuzione di ore

in numero inferiore a quelle indicate nelle «*proposte*» – solo i genitori che propongano il ricorso giurisdizionale, e ne abbiano i mezzi anche economici per farlo, possano ottenere una pronuncia che ordini all'Amministrazione scolastica di consentire la fruizione delle ore nel numero determinato dal G.L.H.O., mentre lo stesso non avviene per i genitori che di tali mezzi siano privi

Non è però questo il sistema desumibile dai principi costituzionali e dalle leggi che, prima e dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 2010, hanno attribuito agli alunni disabili il diritto di ottenere le ore di sostegno, come determinate dal G.L.O.H.

Infatti, gli Uffici scolastici (così come il dirigente scolastico ed il Ministero dell'economia e delle finanze) non possono sindacare le risultanze delle «*proposte*» e devono fare in modo che le ore di sostegno siano attribuite a tutti i disabili, già col 'primo atto' del dirigente scolastico e nei tempi fissati, assegnando 'in deroga' gli insegnanti di sostegno quando ciò occorra per 'coprire' le ore determinate nelle «*proposte*».

In altri termini, il sistema deve far sì che gli alunni e le loro famiglie non debbano proporre ricorsi giurisdizionali per ottenere ciò che è loro dovuto.

§ 34. Così individuati i poteri e i doveri dei vari organi dell'Amministrazione scolastica, la Sezione può a questo punto anche esaminare le questioni di giurisdizione, sollevate nel corso del giudizio - e in particolare con l'atto d'appello - con riferimento alle varie fasi nelle quali si articola il procedimento.

Si tratta di una questione di notevole rilievo pratico, poiché riguarda l'individuazione del giudice cui si deve rivolgere l'interessato, per ottenere la tutela delle proprie posizioni giuridiche.

§ 35. Qualora si contestino le valutazioni delle ASL conseguenti ai relativi accertamenti, previsti dagli articoli 3 e 4 della legge n. 104 del 1992, sopra richiamati al § 13.1., le relative controversie riguardano l'assistenza obbligatoria, e sono quindi devolute alla giurisdizione del giudice civile, ai sensi dell'articolo 442 del codice di procedura civile (su tale pacifico principio, v. Cass., Sez. Un., 23 ottobre 2014, n. 22550).

Sussiste altresì la giurisdizione del giudice civile, ai sensi del medesimo art. 442, quando si tratti di una controversia riguardante l'applicazione dell'art. 35, ultima parte del comma 7, della legge 27 dicembre 2002, n. 289.

Anche in tal caso, infatti, si tratta di questioni relative all'assistenza e allo *status* di portatore di *handicap*, perché le determinazioni delle commissioni previste dagli articoli 3 e 4 della legge n. 104 del 1992 hanno effetti equivalenti rispetto a quelle dei collegi previsti dall'art. 35, comma 7, della legge n. 289 del 2002 e dal D.P.C.M. applicativo.

§ 36. Qualora invece siano contestati una «*diagnosi funzionale – D.F.* », un «*profilo dinamico funzionale – P.D.F.* » oppure un «*piano educativo individualizzato - P.E.I.* », sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Si tratta in questo caso di controversie concernenti un pubblico servizio, quale l'istruzione, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera c), del codice del processo amministrativo, e sono ravvisabili posizioni di interesse legittimo, poiché i relativi atti della Amministrazione scolastica sono atti posti

in essere nell’esercizio di un ampio potere tecnico-discrezionale dei competenti organi amministrativi.

§ 37. Qualora poi si contestino gli atti della Amministrazione scolastica che non abbiano dato coerente seguito alle «*proposte*» del G.L.O.H. e cioè gli atti interni al procedimento degli Uffici scolastici e quello - finale o provvisorio - del dirigente scolastico, di attribuzione all’alunno disabile di un numero di ore inferiore a quello oggetto della proposta individuale, sussiste ugualmente in linea di principio la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Infatti, si tratta di controversie concernenti un pubblico servizio, quale l’istruzione, ai sensi dell’art. 133, comma 1, lettera c), del codice del processo amministrativo, con la conseguente applicazione dell’articolo 7, comma 5 (per il quale «*Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi*»), e dell’art. 55, comma 2 (sulla tutela cautelare, quando la domanda «*attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale*»).

§ 38. A maggiore ragione, come rilevato dalla Adunanza Plenaria di questo Consiglio con la sentenza 12 aprile 2016, n. 7, sussiste la giurisdizione amministrativa di legittimità quando la controversia sia sorta prima della elaborazione del P.E.I., cioè quando ancora non sia stato esercitato il potere di formulare la proposta sulla determinazione delle ore di sostegno da attribuire al singolo alunno disabile.

§ 39. Quando invece il dirigente scolastico abbia attribuito le ore di sostegno in conformità alla proposta del G.L.O.H., ma in concreto tali ore non siano assegnate e quindi non se ne possa fruire, l’ordinamento prevede due possibilità di tutela, a seconda della *causa petendi* e del *petitum* posti a base della relativa pretesa, nei termini ora spiegati.

§ 40. Come è stato chiarito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (con la sentenza 25 novembre 2014, n. 25011, i cui principi sono stati espressamente richiamati e ribaditi dalla sentenza 20 aprile 2017, n. 9966, nonché dall’ordinanza 28 febbraio 2017, n. 5060), sussiste la giurisdizione del giudice civile, quando l’interessato espressamente lamenti innanzi a tale giudice che l’Amministrazione scolastica abbia posto in essere «*un comportamento discriminatorio a proprio danno*».

§ 39.1. Si applicano in tal caso, infatti, l’art. 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67 (che ha richiamato l’art. 44 del testo unico 25 luglio 1998, n. 286, sulla «*Azione civile contro la discriminazione*») e – per gli aspetti processuali - l’art. 28 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.

Va sottolineato che il medesimo art. 3 della legge n. 67 del 2006 prevede una fattispecie tipica devoluta alla giurisdizione del giudice civile ed ha il suo ambito di applicazione esclusivamente e tassativamente quando il ricorrente deduca specificamente «*la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno*», ai sensi del comma 3 (il che in concreto è quanto è stato rappresentato negli atti introduttivi dei giudizi che hanno condotto alle sentenze delle Sezioni Unite n. 25011 del 2014 e n. 9966 del 2017).

In tali casi, il ricorrente ha appunto l'onere di dedurre «i*n giudizio elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta nei limiti di cui all'articolo 2729, primo comma, del codice civile*».

In altri termini, la disciplina sulle «*vittime di discriminazione*» si applica quando, e solo quando, l'interessato si rivolge al giudice civile rappresentando gli elementi di fatto in cui la discriminazione stessa si manifesta.

39.2. Si applicano invece le consuete regole sulla giurisdizione esclusiva quando il ricorrente impugni gli atti del procedimento o contesti un comportamento 1dell'Amministrazione, lamentando puramente e semplicemente:

- la mancata corrispondenza tra il provvedimento finale del dirigente scolastico e la proposta del G.L.O.H. (ovvero lamentando che sia stata data illegittimamente prevalenza a ragioni di contenimento della spesa);

- la mancata concreta fruizione delle ore di sostegno, attribuite dal dirigente scolastico in conformità alla proposta del G.L.O.H., perché il medesimo dirigente, per la carenza delle risorse fornite dagli Uffici scolastici, ha affrontato provvisoriamente la situazione con misure di 'redistribuzione' delle ore di sostegno.

In tali casi la devoluzione della controversia al giudice civile non può dipendere dalla deduzione 'difensiva' dell'Amministrazione scolastica, la quale prospetti essa stessa che il proprio agire – l'atto del dirigente scolastico dissonante dalla proposta del G.L.O.H. ovvero la mancata assegnazione degli insegnanti di sostegno da parte degli Uffici scolastici- vada ricondotto ad una «*discriminazione*».

§ 39.2. Del resto, qualora una condotta di discriminazione sia specificamente dedotta e sia accertata, la legge n. 67 del 2006 consente alla vittima di richiedere a sua tutela al giudice civile l'esercizio di altrettanto specifici poteri, tra i quali anche – all'art. 3, comma 3 - quello che consente di imporre «*un piano di rimozione delle discriminazioni accertate*» ovvero di disporre il «*risarcimento del danno, anche non patrimoniale*», in ragione della gravità della condotta accertata.

§ 39.3. Quando invece il ricorrente non abbia affatto lamentato la sussistenza di una condotta discriminatoria ed abbia contestato atti e comportamenti per il loro contrasto con la legge, sussiste in materia la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In tali casi, la tutela delle posizioni individuali ha luogo sulla base delle regole del processo amministrativo, in un sistema processuale nel quale:

- il giudice deve emanare prontamente, se del caso in sede cautelare ovvero con una sentenza resa all'esito della camera di consiglio, le misure volte ad imporre l'attribuzione delle ore di sostegno spettanti, tenendo conto che il decorso del tempo incide quanto mai negativamente sulle prospettive di recupero dell'alunno disabile, risultando in tal caso in linea di principio sufficiente a ritenere fondato il ricorso l'oggettivo contrasto tra la proposta del G.L.O.H. e le successive immotivate determinazioni dell'Amministrazione;

- la domanda di risarcimento del danno – a parte le consuete indagini sulla sussistenza di ogni altro elemento costitutivo dell'illecito - deve essere basata sulla specifica prova di quali siano state in

concreto sull’alunno le conseguenze pregiudizievoli cagionate dall’illegittimità degli atti della Amministrazione scolastica.

Quanto al danno patrimoniale, vanno considerate risarcibili, ove provate, le voci di danno consistenti alle somme che la famiglia del disabile abbia dovuto pagare per lo svolgimento di attività educative all’esterno della scuola, sostitutive di quelle che si sarebbero dovute effettuare sulla base del P.E.I. e che non siano state effettuate.

Quanto al danno non patrimoniale, va constatato che sono coinvolti «*diritti costituzionali fondamentali*» (cfr. Corte Costituzionale, n. 406 del 1992; n. 80 del 2010).

Pertanto, in base ai principi generali:

- il danno morale e quello biologico sono risarcibili quando risulti la commissione di un reato nei confronti dell’alunno disabile, ovvero il nesso causale tra l’atto illegittimo dell’Amministrazione e l’insorgenza di una menomazione ulteriore, permanente o temporanea dell’integrità psicofisica dell’alunno disabile, suscettibile di valutazione medico-legale;

- il danno alla vita di relazione (‘esistenziale’) è risarcibile quando risulti che la mancata fruizione delle spettanti ore di sostegno abbia comportato regressioni o abbia reso irrealizzabile il «*progetto di vita*» delineato dal P.E.I. (come definito dalle citate «*Linee guida per l’integrazione scolastica degli alunni con disabilità*», redatte dal Ministero dell’istruzione in data 4 agosto 2009), che in materia rileva quale parametro di riferimento, specifico dei principi enunciati da Cass., Sez. III. 20 aprile 2016, n. 7766.

§ 39.4 Infine, si tratta di individuare il responsabile dei danni che fossero provati, identificato tanto nell’Amministrazione quanto nel suo funzionario o dipendente, a sua volta responsabile degli atti compiuti in violazione di diritti, ai sensi dell’art. 28 Cost.

Rileva a tal fine l’esame su come in concreto si sia articolato il procedimento.

Va infatti considerato responsabile il Ministero dell’Economia e delle Finanze, qualora l’illegittimità derivata di un atto del dirigente scolastico (comunque a lui non imputabile) dipenda dagli atti degli Uffici scolastici, e questi a loro volta siano conseguenti alle determinazioni del medesimo Ministero di non dar luogo alla copertura delle spese che si siano manifestate necessarie per l’assunzione degli insegnanti di sostegno.

§ 40. Tenuto conto delle argomentazioni che precedono, l’appello in esame va respinto.

Contrariamente a quanto hanno dedotto le Amministrazioni appellanti, nella specie non rilevano i principi enunciati dalla sopra richiamata sentenza delle Sezioni Unite 25 novembre 2014, n. 25011.

Quest’ultima – così come la sentenza n. 9966 del 2017 delle Sezioni Unite - ha infatti deciso un caso in cui – innanzi al giudice civile – era stata espressamente lamentata la natura discriminatoria del «*comportamento*» dell’Amministrazione scolastica.

La vicenda oggetto di questo processo è invece diversa.

Col ricorso di primo grado proposto al TAR per la Toscana, infatti, l’appellata non ha affatto lamentato la natura discriminatoria della condotta dell’Amministrazione scolastica, ma si è limitata a dedurre che il dirigente scolastico non ha attribuito al disabile le ore di sostegno nel numero

determinato dal G.L.H.O., sicché sussiste la giurisdizione esclusiva, prevista dall'art. 133, comma 1, lettera c), del codice del processo amministrativo.

L'Amministrazione scolastica – per contestare la sussistenza della giurisdizione amministrativa – ha dedotto che i propri atti non sarebbero meramente illegittimi, perché vi sarebbe stato un comportamento addirittura discriminatorio.

Tale punto di vista non è condivisibile.

La tutela nei confronti della discriminazione, prevista a favore dei disabili dalla legge 1° marzo 2006, n.67, e più in generale dal decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, rappresenta all'evidenza un rimedio a favore della vittima della discriminazione stessa.

E' pertanto logico ritenere che solo quest'ultima, con l'iniziativa processuale con cui lamenta appunto «*la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno*», possa chiedere tutela al giudice civile, ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 67 del 2006 e dell'articolo 28 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150,

Va invece escluso che tale giurisdizione si possa determinare per iniziativa di una parte diversa da quella nel cui interesse essa è stabilita, ovvero in base alla deduzione difensiva dell'Amministrazione statale, la quale – a seguito di un ricorso proposto dall'interessato in sede di giurisdizione esclusiva – deduca essa stessa, per ragioni imperscrutabili, di avere posto in essere un «*comportamento discriminatorio*».

In conclusione, quindi, va respinto il motivo d'appello secondo cui non sussisterebbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

§ 41. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del secondo grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, (n. 655/2016 R.G.), lo respinge.

Compensa tra le parti le spese del secondo grado del giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui agli artt. 52, commi 1, 2, 5 e 22, comma 8, del decreto legislativo n. 196 del 2003, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità, nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di persone comunque ivi citate.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2017, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente, Coestensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, co Estensore.

IL COESTENSORE
Francesco Gambato Spisani

IL PRESIDENTE, COESTENSORE
Luigi Maruotti

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.