

*Collana Nuove Autonomie*

COLLETTANEE

22

*I volumi devono essere inviati alla Rivista "Nuove Autonomie". Se il tema è di interesse per la stessa verranno sottoposti, in forma anonima, ad una procedura di doppia valutazione esterna, secondo criteri concordati dalla Direzione con l'editore, che ne conserva la relativa documentazione.*

1. A. CONTIERI, M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, 2012
2. G. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, 2012
3. A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, 2012
4. E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, 2012
5. N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, 2012, II ed. 2018.
6. P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, 2013
7. G. SCALA, *Gli statuti autonomi delle regioni speciali*, 2013
8. G. ZINZI, *La provincia tra funzioni amministrative e riforme istituzionali*, 2015
9. AA.VV., *Il cittadino e la pubblica amministrazione. Giornate di studio in onore di Guido Corso*, 2016
10. A. BIFANI SCONOCCHIA, *Profili del nuovo rapporto tra proprietà e ius aedificandi*, 2017
11. M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2018
12. L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO, (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, 2019
13. M. ARMANNO, *Il giudizio di ammissibilità nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Questioni teoriche e prassi esplicative*, 2019
14. E. CAVASINO, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, 2020
15. M. IMMORDINO, C. CELONE (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, 2020
16. A. CONTIERI, M. IMMORDINO, F. ZAMMARTINO (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti tra garanzia e regolazione* 2021
17. M. IMMORDINO, N. GULLO, G. ARMAO (a cura di), *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, 2021
18. A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, 2021
19. M. IMMORDINO, N. GULLO (a cura di), *Diritto amministrativo e misure della prevenzione della criminalità organizzata*, 2021
20. S. SCOCA, *Il Tribunale superiore delle acque quale giudice amministrativo. Teoria, prassi e prospettive evolutive*, 2021
21. G. PESCE, *Funzione amministrativa intelligenza artificiale e Blockchain*, 2021

**FUNZIONE AMMINISTRATIVA  
E DIRITTI DELLE PERSONE  
CON DISABILITÀ**

*a cura di*

Margherita Interlandi

Editoriale Scientifica  
Napoli

*Proprietà letteraria riservata*

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica srl  
via San Biagio dei Librai, 39  
80138 Napoli  
ISBN 979-12-5976-174-3

*A Luca, Enrico, Diego, Maja,  
accomunati da un percorso con tante barriere  
e dalla straordinaria capacità di saper cogliere in ogni attimo di gioia  
il senso più profondo della vita.*



Il presente volume raccoglie gli atti del Convegno “*Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità. Vent’anni dalla legge n. 17/1999*”, tenutosi a Napoli il 6 dicembre 2019, grazie alla collaborazione tra l’Università degli Studi di Napoli Federico II e l’Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

Desidero ringraziare tutti i colleghi e gli amici che hanno partecipato al convegno e che, con i loro pregevoli contributi, hanno consentito la pubblicazione di questo volume.

Un ringraziamento particolare va alla prof.ssa Maria Immordino e al prof. Alfredo Contieri per il prezioso supporto nell’organizzazione scientifica dell’evento, nonché ai dott.ri Lorenza Tomassi e Claudio Guadagnuolo, per avermi aiutato nel lavoro di raccolta e di sistemazione degli atti.

Ringrazio, infine, la segreteria del Dipartimento di Giurisprudenza, dell’Università degli Studi di Napoli, Federico II, per il supporto logistico e organizzativo, e il Consiglio scientifico del C.U.D.A.R.I. (Centro Universitario Disabilità, Ricerca e Innovazione) dell’Università di Cassino, per aver finanziato l’evento formativo e la successiva raccolta degli atti.

Prof.ssa Margherita Interlandi





## INDICE

<i>Saluti istituzionali</i>	
ROSELLA TOMASSONI	13

<i>Presentazione del Convegno</i>	
ALFREDO CONTIERI e MARIA IMMORDINO, <i>Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità</i>	15
GIUSEPPE RECINTO, <i>Per una tutela complessiva e multidimensionale delle persone con disabilità</i>	21

### I

#### DIRITTI FONDAMENTALI DELLE PERSONE CON DISABILITÀ NEL QUADRO DEL DIRITTO EUROPEO

<i>Relazioni</i>	
BERDN ROLAND KILLMANN, <i>Diritto europeo sulla disabilità. Ovvero: i diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea</i>	33
DELIA FERRI, <i>La Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità: principi generali e prospettive di implementazione</i>	55
DIANA URANIA GALETTA, <i>Persone con disabilità e Diritto dell'Unione europea: l'evoluzione del quadro normativo di riferimento</i>	79
RAFFAELE SABATO, <i>I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	91

II  
FUNZIONE AMMINISTRATIVA E INCLUSIONE SOCIALE  
DELLE PERSONE CON DISABILITÀ

*Relazioni*

- LOREDANA GIANI, *Disabilità e diritto all'istruzione: alla ricerca di un difficile equilibrio tra persona e valore economico della prestazione (pubblica)* 139
- MARGHERITA INTERLANDI, *Inclusione sociale e performance pubblica: i nuovi paradigmi della funzione amministrativa* 169

*Interventi*

- CLAUDIO GUADAGNUOLO, *Disabilità e digitalizzazione della p.a.. Il delicato rapporto tra semplificazione amministrativa ed accessibilità, nell'ottica della garanzia dell'uguaglianza sociale* 187
- BRUNO MERCURIO, *L'integrazione del lavoratore disabile nel pubblico impiego: stato attuale e prospettive* 215
- NICOLA POSTERARO, *Dalla mobilità sanitaria internazionale attiva all'accessibilità urbana (passando per il ruolo fondamentale delle smart cities e della tecnologia in genere per il superamento delle disuguaglianze)* 233
- LORENZA TOMASSI, *La garanzia del diritto all'istruzione secondo il modello sociale di disabilità e l'inefficienza amministrativa* 269

III  
DISABILITÀ E RIPARTO DI GIURISDIZIONE

*Relazioni*

- MARCO MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali* 293
- MARGHERITA RAMAJOLI, *Sui molteplici criteri di riparto della giurisdizione in materia di servizi di sostegno scolastico alle persone con disabilità* 303

IV  
DISABILITÀ, DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE  
E LIBERTÀ DI SCELTA. ESPERIENZE A CONFRONTO

*Relazioni*

- MARIACONCETTA D'ARIENZO, *Autodeterminazione nelle scelte di fine vita del disabile: attualità e prospettive di riforma della legge n. 219/2017 nell'attuale crisi sanitaria e oltre il Covid-19* 323
- MARCO RAGUSA, *Disabilità e dolore: il caso della cannabis terapeutica. Fisionomia e limiti del diritto alla cura nel decreto del Ministero della Salute 9 novembre 2015 e nell'art. 18 quater d.l. n. 148 del 2017* 363

*Interventi*

- EUGENIA TREGLIA e MONICA ALINA LUNGU, *Processi creativi e disabilità: nuovi sentieri per l'inclusione* 405
- EUGENIA TREGLIA e ROSELLA TOMASSONI, *Affettività, sessualità e disabilità: dal riconoscimento di un diritto all'implementazione di buone pratiche* 411
- FABIO DELL'AVERSANA, *Il diritto alla bellezza delle persone con disabilità* 419
- FRANCESCA DI LELLA, *Note sull'azione civile ex lege n. 67/2006 per il contrasto delle discriminazioni in danno delle persone disabili* 425
- ANNA SCOTTI, *Tutela del risparmio e soggetti deboli* 439
- BARBARA SALVATORE, *Il minore e la persona incapace nella legge n. 219 del 2017: la rilevanza della volontà del soggetto vulnerabile nelle scelte sanitarie* 451
- GAETANO DI MARTINO, *«Scelte fondamentali» ed atti personalissimi nell'amministrazione di sostegno* 469

V  
CONCLUSIONI

- CLAUDIO CONTESSA 503
- Notizie sugli autori* 511

LOREDANA GIANI

DISABILITÀ E DIRITTO ALL'ISTRUZIONE:  
ALLA RICERCA DI UN DIFFICILE EQUILIBRIO TRA PERSONA  
E VALORE ECONOMICO DELLA PRESTAZIONE (PUBBLICA)

SOMMARIO: 1. Effettività dei diritti e loro ipoteca economica. – 2. Dal diritto condizionato al diritto condizionante. – 3. Effettività del diritto e risultato amministrativo. – 4. Esercizio della libertà e strumentalità dell'organizzazione. – 5. Effettività tra pretese procedurali ed esecuzione del PEI: uno sguardo al riparto di giurisdizione.

*1. Effettività dei diritti e loro ipoteca economica*

Affrontare il tema del complesso rapporto tra disabilità e diritto all'istruzione, nel contesto di una analisi della funzione amministrativa, e quindi del ruolo delle istituzioni nella garanzia (della effettività) del diritto, e più in generale della inclusione sociale delle persone con disabilità, è un'operazione molto delicata, che intercetta diversi aspetti in cui le singole complessità si incontrano e si moltiplicano in maniera esponenziale.

Fiumi di inchiostro sono scorsi e pregevolissime ricostruzioni sono state elaborate nel corso degli anni, e indubbiamente enormi passi avanti sono stati fatti sul cammino della uguaglianza nella garanzia dei diritti fondamentali, e nel loro ambito dei diritti sociali, e della loro effettività – dalla “uguaglianza nella diversità”<sup>1</sup> delle scuole speciali, alla uguaglianza tra gli individui nel godimento di un diritto fondamentale –, ma

<sup>1</sup> Il richiamo è alla Corte costituzionale, 21 maggio 1975, n. 125, e ai suoi precedenti, nella quale si ribadisce che “Il principio dell'art. 3, primo comma, Cost., come questa Corte più volte ha avuto occasione di affermare, deve intendersi nel senso che «a parità di situazioni deve corrispondere parità di trattamento, mentre trattamenti differenziati sono riservati a situazioni obiettivamente diverse, e spetta insindacabilmente al legislatore giudicare sulla parità o diversità delle situazioni pur nel rispetto dei criteri di ragionevolezza nonché degli altri principi costituzionali» (S. n. 45 del 1967). La diversità di situazioni dei fanciulli ciechi e dei fanciulli veggenti postula sul piano razionale, per quanto concerne l'insegnamento elementare, una diversità di disciplina legislativa”.

nonostante questo non si può certo dire acquisita una *pax* interpretativa sul tema, un unico modello teorico di riferimento, e soprattutto una *communis opinio* sui livelli di garanzia che devono essere assicurati agli individui, sul ruolo che il soggetto pubblico è chiamato a svolgere e, direi, sul suo *commitment*, sul grado di doverosità che è riconducibile in capo ad esso nella richiamata prospettiva della garanzia della «effettività» (del diritto fondamentale all'istruzione). L'ostacolo principale, condizionante anche il modello concettuale di riferimento, è rappresentato in misura prevalente dalla «ipoteca economica», dal costo che tale garanzia assume per la collettività che diviene più evidente in periodi di crisi economica in cui il contenimento dei costi attraverso meri tagli lineari della spesa diviene la via maggiormente praticata<sup>2</sup>, o in momenti come quello che stiamo vivendo in cui le categorie più deboli sono quelle maggiormente esposte.

Quello stesso condizionamento che negli anni ha portato a delineare un modello di diritti sociali caratterizzato da una connotazione negativa, figli di un dio minore, esternamente limitati, la cui effettività è condizionata dalla prestazione dell'amministrazione e, dunque, risente del profilo puramente economico.

Il progressivo abbandono del modello di *welfare* keynesiano, in favore di un modello organizzativo di stampo marcatamente liberista ha comportato un mutamento dell'assetto organizzativo dello Stato che risulta espressione dell'assunzione a base dello stesso di un differente quadro valoriale nel quale rientra, in una veste rafforzata, anche quello rappresentato dalle esigenze di bilancio, che in seconda battuta, con la

<sup>2</sup> Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI, *Norme e loro attuazione a favore delle persone con problemi cognitivo-comportamentali*, in *Autismo. Protezione sociale e architettura*, a cura di F. Giofrè, Firenze, 2010, 41 ss., ID., *Diritti sociali e la sfida della crisi economica. Equità ed eguaglianza nel diritto all'istruzione dei soggetti diversamente abili*, in AA. VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. II, Napoli, 2013, 663 ss.; ID., *Effettività del diritto all'istruzione per gli alunni con disturbi specifici di apprendimento (DSA)*, in AA.VV., *I disturbi specifici dell'apprendimento a scuola. La formazione degli insegnanti*, Roma, 2014, 37 ss. Sia consentito altresì rinviare alle elaborazioni di G. CORSO, *I diritti sociali nella costituzione italiana*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991, 755 ss.; ID., *Principi costituzionali sull'istruzione*, in AA. VV., *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, Bologna, 2003, 35 ss.; M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, in AA. VV., *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli, 2014, 147 ss.

riforma dell'art. 81, entrano nella veste di un vero e proprio valore costituzionale, in quel processo di bilanciamento (di valori contrapposti) che guida le scelte di indirizzo.

Ma non si può sottacere che il profilo economico era da tempo presente sul tavolo del bilanciamento, basti pensare all'imbarazzo espresso dal Presidente della Corte sul finire degli anni Ottanta in relazione alla manifesta «consapevolezza» dei costi per la collettività delle prestazioni a garanzia dei diritti sociali che, con un crescendo che si è mosso in pari con il manifestarsi della crisi, è giunto sino a porre i due elementi come valori antitetici. E così, proprio la considerazione del profilo dei costi, prima della riforma costituzionale, come sappiamo ha comportato una drastica riduzione delle sentenze additive di prestazione da parte della Corte, che ha continuato ad esercitare il suo ruolo di «garante» muovendosi lungo la parabola che dalla garanzia della «prestazione» in favore di soggetti in posizioni analoghe, si è spostata verso la addizione di una garanzia o di un principio, o, da ultimo, di un mero parere<sup>3</sup>. Un cambiamento particolarmente evidente con riferimento proprio ai diritti sociali, per i quali si è assistito, inoltre, a una diversa implicita loro valutazione e classificazione, che evidentemente si è tramutata in un diverso grado di garanzia, a seconda della inerenza alla «vita» e alla sua «qualità», al loro ruolo nella garanzia delle libertà dell'individuo<sup>4</sup>. Un rapporto che, dopo la riforma, ha avuto un andamento altalenante, in ragione della iniziale classificazione dell'equilibrio di bilancio addirittura come «valore non bilanciabile» con gli altri e che è stato poi ridimensionato in ragione di una lettura sistematica della Carta costituzionale.

<sup>3</sup> Sul punto si rinvia alla ricognizione effettuata da G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 16 aprile 2013.

<sup>4</sup> Sia consentito rinviare a M. IMMORDINO, L. GIANI, *I diritti fondamentali degli immigrati tra emergenza rifugiati e crisi economico/finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni*, in AA. VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, a cura di F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo, M. Savino, Torino, 2017, 74 ss.; M. IMMORDINO, *Pubblica amministrazione e tutela dei diritti fondamentali degli immigrati*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 19, 2014.

## 2. *Dal diritto condizionato al diritto condizionante*

In questo contesto il diritto all'istruzione è stato un vero e proprio banco di prova essendo, accanto al diritto alla salute, quello che meglio esprime, tanto in positivo quanto in negativo, gli effetti che il mutamento del sistema di riferimento viene ad avere sul profilo della «effettività» valutata in un'ottica sostanziale, e cioè avuto riguardo al reale godimento del diritto. Effettività che, purtroppo, risulta sempre più scemata, soprattutto con riferimento a quelle ipotesi in cui si coniugano istanze peculiari del «ricevente» (in questo caso l'istruzione intesa, come si dirà, come strumento per la estrinsecazione della personalità dell'individuo) che caratterizzano, e condizionano, anche in termini di adeguatezza, come preconditione per la effettività, lo stesso onere prestazionale posto in capo al soggetto pubblico.

Al fine di chiarire le linee di fondo del discorso che si intende svolgere, è forse opportuno effettuare una rapida ricognizione delle principali tappe della giurisprudenza costituzionale nella ricostruzione, e se si vuole nella stessa indicazione di senso, del diritto (fondamentale) all'istruzione, delineandone i profili essenziali, anche in connessione agli aspetti prestazionali ad esso correlati, statuendo, così, dei principi che sono senza dubbio qualificabili quali principi generali dell'ordinamento che rappresentino veri e propri valori di civiltà giuridica la cui applicazione non può, a ragione, essere esclusa anche nelle specifiche considerate.

Moltissima strada è stata fatta dalle posizioni espresse alla fine degli anni Sessanta in cui la Corte costituzionale limitava l'applicazione del principio di uguaglianza “al significato, al contenuto ed ai limiti della norma sulla gratuità dell'istruzione”, escludendo che il richiamo a detto principio fosse sufficiente per garantire profili diversi dal mero “accesso” all'istruzione<sup>5</sup>, assicurando una uguaglianza nella diversità, ignorando la rilevanza, nel percorso formativo dell'individuo, della “esperienza scolastica come mezzo non soltanto di istruzione ma anche di inserimento e di adattamento sociale”<sup>6</sup>. Nonostante ciò, la decisione richia-

<sup>5</sup> Sul punto si vedano le sentenze della Corte costituzionale 4 febbraio 1967, n. 7 e 19 luglio 1968, n. 106.

<sup>6</sup> Il richiamo è evidentemente alla sentenza della Corte costituzionale 21 maggio 1975, n. 125, cit. nella quale veniva sollevata la questione di legittimità costituzionale della normativa in materia di scuole per ciechi, indicata, nella ordinanza di remissione,

mata è comunque importante nel percorso di garanzia. Pur rimanendo al di fuori dell'ambito decisionale del giudice costituzionale quegli aspetti connessi ai contenuti dell'istruzione e alle modalità secondo cui essa deve essere impartita in modo da garantire la trasmissione di quei contenuti che non sono solo i saperi ma quegli elementi che consentono un migliore sviluppo della personalità dell'individuo, la decisione pone le basi per un cambiamento di prospettiva che consentirà, nelle decisioni successive, di estendere la funzionalizzazione del diritto all'istruzione a tutte le ipotesi «critiche» nelle quali si è in presenza di peculiari esigenze del soggetto destinatario dell'istruzione, giungendo a declinare, e conseguentemente far emergere, quei profili connessi agli aspetti istituzionali e, dunque, alla effettività del diritto correlato alla «efficacia», o meglio alla «adeguatezza» della organizzazione, nella dimensione del risultato.

Un lungo cammino in cui la stessa gratuità viene coniugata con la dimensione dei costi<sup>7</sup>, ma lungo il quale si delinea con sempre maggiore chiarezza il valore precettivo della disposizione costituzionale (o meglio del sistema delle disposizioni costituzionali) in materia di istruzione, sì da conferire alla norma quel valore fondante dell'ordinamento dello stato sociale richiamata dalla dottrina<sup>8</sup>.

E così si è assistito a una graduale metamorfosi della eguaglianza nel contesto del diritto all'istruzione che viaggia in parallelo con uno strumentario concettuale che conta elementi quali «integrazione», prima, e «inclusione», poi.

Un processo che trova una tappa importante nella Dichiarazione dei diritti del fanciullo<sup>9</sup> il cui primo impatto visibile nel nostro sistema è in-

in ragione della specialità delle scuole, come fonte di profonda ineguaglianza nei confronti dei bambini non vedenti o ipovedenti. Una decisione nel cui contesto traspare con chiarezza anche la consapevolezza della dimensione dei costi legati alle prestazioni necessarie per la garanzia dell'istruzione.

<sup>7</sup> Basti pensare alla sentenza 21 giugno 1996, n 208 nella quale la Corte ribadisce che “gli obblighi posti dall'art. 34 Cost. e intesi a garantire il diritto dei capaci e meritevoli di raggiungere i gradi più alti degli studi debbono essere adempiuti nell'osservanza dei limiti del bilancio dello Stato”.

<sup>8</sup> Così A. POGGI, *Art. 34*, in AA. VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 699 ss.

<sup>9</sup> Approvata il 20 novembre 1959 dall'Assemblea delle Nazioni Unite, poi revisionata nel 1989.



dividuabile in alcune circolari emanate dall'allora Ministero della pubblica istruzione nel 1962 nelle quali si esprimeva un *favor* per la creazione di classi di scuola speciale e classi differenziali in favore dei bambini con minorazioni psichiche o fisiche<sup>10</sup>. Ed è in questo periodo che prende avvio, in maniera più o meno consapevole, il processo che porterà, nelle elaborazioni più attente ai profili sostanziali connessi alle libertà intese nella loro dimensione complessiva, all'«inclusion», implementando una visione per cui le stesse libertà non vanno solo intese in senso negativo, ma anche in senso positivo, secondo un'idea che le rende «funzionali» alla realizzazione della persona, in ossequio a quei principi (personalistico e solidaristico) che costituiscono il nucleo duro sul quale è poggiata l'impalcatura costituzionale.

E non è un caso, dunque, che la Corte costituzionale, nelle sentenze successive abbia fatto rientrare nella nozione di istruzione anche la pretesa a forme di assistenza diretta che facilitano il godimento del diritto, valorizzando proprio il richiamato valore precettivo della disposizione costituzionale nel senso della formazione di un principio immanente che, pur necessitando di essere articolato in norme di attuazione, di queste vincola *a priori* il contenuto.

Il cambiamento nel senso auspicato, come noto, lo si registra sul finire degli anni Ottanta<sup>11</sup> quando viene offerta una lettura sistematica

<sup>10</sup> Istituzione avutasi poi con la legge 31 dicembre 1962, n. 1859 e con la legge 18 marzo 1968, n. 444. E una tappa significativa è rappresentata dalla legge 30 marzo 1971, n. 118 con cui viene garantito l'inserimento nelle classi comuni delle scuole pubbliche salvo per gli alunni le cui condizioni di gravità avrebbero impedito di trarre vantaggio dall'inserimento (art. 18, comma 2) e dalla legge 20 settembre 1971, n. 820 nella quale furono espressamente contemplate delle previsioni in favore dell'inserimento dei soggetti diversamente abili.

<sup>11</sup> Corte costituzionale, sentenza 3 giugno 1987, n. 215 nella quale si legge che “insieme alle pratiche di cura e riabilitazione e al proficuo inserimento nella famiglia, la frequenza scolastica è dunque essenziale fattore di recupero dei portatori di handicap e di superamento della loro emarginazione, in un complesso intreccio per cui ciascuno di tali elementi interagisce sull'altro”, e ancora, sottolineano i giudici, che in caso di evoluzione positiva è possibile (si direbbe ora è doveroso) operare in funzione sinergica “ai fini del complessivo sviluppo della personalità”, ritenendo, in tal modo, illegittima la preclusione all'accesso al sistema scolastico basata sulla presunta valutazione della capacità e della meritevolezza dei soggetti, spostando l'attenzione sul dovere, riconosciuto in capo agli organi pubblici, di provvedere alla predisposizione delle misure di integrazione e sostegno idonee a consentire la frequenza degli istituti di istruzione anche superio-

degli articoli 34 e 2 Cost. (cui si aggiungeranno l'art. 3 e l'art. 38 Cost.) nel senso di assicurare un legame indissolubile tra «istruzione» e «sviluppo della personalità» dell'individuo, includendo, così, nel funzionalizzato diritto all'istruzione, anche i profili prestazionali connessi agli interventi di assistenza scolastica.

Una prospettiva che, se da un lato rispetta la natura del diritto sociale, conferendogli la propria veste di valore fondante l'ordinamento dello Stato, dall'altro finisce inesorabilmente per scontrarsi nuovamente con i problemi di ordine economico, secondo un modello teorico che vede il diritto sociale come diritto fondamentale condizionato. Un profilo che si coglie con chiarezza in una successiva decisione<sup>12</sup> in cui il sia pur rapido richiamo ai profili di bilancio fa subito riemergere il condizionamento (economico) tipico del diritto sociale, la cui soddisfazione viene, dunque, a dipendere da due elementi fondamentali: le disponibilità economiche dello Stato e, a monte, il suo intervento tanto sotto il profilo del «se» dell'azione, quanto sotto quello «quali-quantitativo» della stessa.

Una visione, quella appena descritta, che sarà mantenuta, e diversamente declinata in ragione dei diritti sociali considerati<sup>13</sup>, dalla stessa Corte costituzionale per circa un ventennio. Bisognerà, infatti, attendere l'inizio del nuovo secolo per assistere a un (embrionale) cambio di paradigma in cui sembra fare ingresso nelle decisioni del giudice costituzionale un «*capability approach*» in cui si pone l'accento sulla circostanza per cui la rimozione degli ostacoli alla garanzia dell'eguaglianza non può essere incentrata sul profilo meramente reddituale, dovendosi valorizzare quello delle «capacità» dell'individuo<sup>14</sup>, la cui assenza può porta-

re.

<sup>12</sup> Il richiamo è alla sentenza 208/1996 richiamata in precedenza: «fin dalle più remote pronunce (...) questa corte ha ritenuto che gli obblighi posti dall'articolo 34 della Costituzione e intesi a garantire il diritto di capaci e meritevoli di raggiungere i gradi più alti degli studi devono essere adempiuti nell'osservanza del bilancio dello Stato».

<sup>13</sup> Cfr. M. IMMORDINO, L. GIANI, *I diritti fondamentali degli immigrati tra emergenza rifugiati e crisi economico/finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni*, cit.

<sup>14</sup> Il richiamo è alle opere di A. K. SEN (*Development as capability expansion*, in [www.morgana.unimore.it](http://www.morgana.unimore.it); ID., *Il tenore di vita. Tra benessere e libertà*, Venezia, 1993; ID., *La diseguaglianza. Un riesame critico*, Bologna, 1994; ID., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2000; ID., *Globalizzazione e libertà*, Milano, 2002; ID., *L'idea di giustizia*, Milano, 2011) e M. C. NUSSBAUM che riprende

re, indipendentemente anche dalle capacità reddituali, a situazioni di emarginazione, non disponendo l'individuo di quei «beni primari»<sup>15</sup> essenziali al godimento dei diritti. Una considerazione da cui discende la consapevolezza circa la necessità che la garanzia dell'eguaglianza sostanziale non possa prescindere dalla considerazione della variabile della disabilità, dovendosi rimuovere gli ostacoli di natura (non solo) economica per consentire una piena inclusione e partecipazione alla vita sociale dell'individuo<sup>16</sup>.

L'approccio della capacità di Sen, proponendosi di andare oltre l'uso meramente comparativo ed elaborando un esame di come le capacità possano fornire una base per la delineazione di principi costituzionali fondamentali, che ogni cittadino ha diritto di pretendere dal proprio governo, quale minimo essenziale richiesto dal rispetto della dignità umana (*Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, Bologna, 2001; ID., *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2002; ID., *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica*, Bologna, 2011; ID., *Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Bologna, 2012).

<sup>15</sup> Sul punto J. RAWLS, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, 2002, 65 e 66: «condizioni sociali e mezzi per qualsiasi scopo di vario tipo necessari, in generale, perché i cittadini possano sviluppare adeguatamente ed esercitare appieno i loro due poteri morali e perseguire la loro particolare concezione del bene». Sebbene, e su questo profilo si innestano le principali critiche di A. K. Sen (*L'idea di giustizia*, 66 ss.), come ammette lo stesso Rawls, sia impossibile raggiungere una convergenza unanime sui «principi di giustizia». E così Sen rileva che «il grande contributo rawlsiano alle idee di equità e di giustizia merita la massima considerazione» (86), nella sua ricostruzione, però, «ogni diretta attenzione è riservata quasi esclusivamente all'individuazione di «istituzioni giuste», anziché a quella di «società giuste» che facciano assegnamento su istituzioni efficaci e si misurino con i comportamenti effettivi» (79) e pertanto, «occorre mettere a profitto la fecondità delle idee che ci ha trasmesso e andare oltre (...) A noi serve *iustitia*, non *iustitium*» (86).

<sup>16</sup> Sul punto significativa la sentenza della Corte costituzionale n. 4 luglio 2001, n. 226 nella quale si riconosce, che l'istruzione inferiore degli alunni handicappati è configurata dalla legge «sì come un dovere ma con la garanzia di adempimento attraverso la previsione di specifici diritti che ne consentano l'effettività (articoli da 312 a 325 del decreto legislativo n. 297 del 1994)». E «Tra le disposizioni volte ad agevolare l'accesso degli alunni handicappati all'istruzione vi è quella che differisce il limite di età entro il quale viene completata la scuola dell'obbligo, consentendo tale completamento anche fino al compimento del diciottesimo anno di età. La scuola dell'obbligo, che ordinariamente deve essere frequentata e completata tra i sei e i quattordici anni, con il limite massimo dei quindici anni, previsto dall'art. 112, può essere quindi completata dagli alunni in situazioni di handicap anche sino al compimento del diciottesimo anno di età. L'anzidetto prolungamento (...) consente agli alunni handicappati una terza "ripeten-

Si tratta di un cambiamento di prospettiva che esprime un diverso paradigma concettuale secondo cui non è più l'esigenza di bilancio a conformare il diritto fondamentale, ma il discorso inverso. Un passaggio che emerge in maniera a dir poco cristallina nella nota sentenza 80/2010<sup>17</sup> nella quale, a proposito della assegnazione di un insegnante di sostegno per le 25 ore settimanali in favore di un minore diversamente abile, al quale era stato riconosciuto un ridotto quantitativo orario in applicazione della legge finanziaria del 2007, il Giudice, prendendo le mosse dalla considerazione del profilo individuale e, dunque, dalla constatazione dell'esistenza di un diverso grado di disabilità, ha statuito la

za" in singole classi. Nel periodo successivo a quello durante il quale la frequenza scolastica è obbligatoria (...), per gli alunni handicappati l'istruzione viene a configurarsi come un diritto, che potrà essere esercitato mediante la frequenza, al di fuori della scuola dell'obbligo, di corsi per adulti finalizzati al conseguimento del diploma. Naturalmente l'attuazione di tale diritto postula che vengano garantite le medesime misure di sostegno dettagliatamente previste dalla legge quadro n. 104 del 1992, anche perché la frequenza di corsi per adulti per la persona handicappata che abbia raggiunto la maggiore età assume una funzione tanto più rilevante, in quanto consente, in modo certamente più incisivo rispetto alla frequenza di classi solitamente composte da tredici quattordicenni, il raggiungimento dell'obiettivo cardine della legge quadro sopra indicato in ambiti il più possibile omogenei. Infatti, l'integrazione scolastica della persona maggiorenne affetta da handicap può dirsi realmente funzionale al successivo inserimento nella società e nel mondo del lavoro qualora avvenga in un contesto ambientale che anche sotto il profilo dell'età sia il più vicino possibile a quello nel quale detta persona sarà accolta e che certamente è il più idoneo a favorire il completamento del processo di maturazione". Una prospettiva che si coglie anche nella sentenza della Corte costituzionale 20 novembre 2002, n. 467 nella quale si precisa che "Il servizio fornito dall'asilo nido non si riduce, infatti, ad una funzione di sostegno alle famiglie nella cura dei figli o di mero supporto per facilitare l'accesso dei genitori al lavoro, ma comprende anche finalità formative, essendo rivolto a favorire l'espressione delle potenzialità cognitive, affettive e relazionali del bambino di età inferiore ai tre anni. La frequenza dell'asilo nido, insieme alle pratiche di cura e riabilitazione e al proficuo inserimento nella famiglia, costituisce, pertanto, un essenziale fattore per il "recupero" del bambino disabile nonché – come già secondo la sentenza n. 215 del 1987 – per il "superamento della sua emarginazione": ciò proprio in funzione di un suo pieno e proficuo inserimento nella scuola, la cui frequenza è assicurata e favorita con le provvidenze economiche previste dalla disposizione censurata, e dunque con ingiustificata esclusione delle medesime per l'ipotesi dei bambini handicappati di età inferiore ai tre anni, in contrasto con i principi di cui agli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione".

<sup>17</sup> Corte cost., 22 febbraio 2010, n. 80.

necessità di calibrare sul singolo caso i meccanismi di rimozione degli ostacoli che si frappongono al completo inserimento nella società del soggetto disabile<sup>18</sup>. In ciò rinvenendo, pertanto, un limite alla discrezionalità del legislatore esplicitato nella «garanzia del nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati», o meglio quel nucleo indefettibile che consente di dare piena soddisfazione al diritto<sup>19</sup>. Per tale via si apre la strada al superamento dei condizionamenti economici alla realizzazione di tali diritti, in linea con una parte della giurisprudenza di merito secondo cui «l'organizzazione dell'attività di sostegno da parte delle istituzioni scolastiche non può (...) giammai comprimere o vulnerare quel diritto riconosciuto alla persona dalla Costituzione e dalla legislazione ordinaria, ed il servizio reso dall'insegnante di sostegno deve essere garantito in via sostanziale, cioè con interventi adeguati al tipo e alla gravità dell'handicap»<sup>20</sup>.

Limite che diviene ancor più chiaro in un successivo arresto giuri-

<sup>18</sup> In questo caso, richiamando anche le Carte internazionali, il giudice costituzionale ha riconosciuto la caratterizzazione sostanziale del diritto all'istruzione la cui fruizione è «assicurata, in particolare, attraverso misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di handicap la frequenza degli istituti di istruzione».

<sup>19</sup> Ed è su queste basi che la Corte ha riconosciuto la illegittimità delle norme impugnate 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 situazione nell'ambito sociale-scolastico». Sul punto cfr. R. C. CIANO, *il contenuto essenziale del diritto all'istruzione dell'alunno disabile: cancellate le limitazioni degli insegnanti di sostegno*, in *www.giustamm.it*; A. PAVAN, *La «delicata» questione della continuità educativo-didattica*, in *Giur. Merito*, 2010, 6, 1482 ss.; E. PAPARELLA, *Il diritto all'integrazione, all'istruzione scolastica dei soggetti diversamente abili: recenti politiche governative*, in AA. VV., *Studi in onore di V. Atripaldi*, Napoli, 2010, 961 ss. Sul punto cfr. anche L. GIANI, *Diritti sociali e la sfida della crisi economica. Equità ed eguaglianza nel diritto all'istruzione dei soggetti diversamente abili*, cit.; ID., *Effettività del diritto all'istruzione per gli alunni con disturbi specifici di apprendimento (DSA)*, cit.

<sup>20</sup> *Ex multis*, cfr. TAR Liguria, II, 2 aprile 2009, n. 742; TAR Puglia, II, 19 febbraio 2009, ord. n. 100; TAR Liguria, II, 20 febbraio 2012, n. 350 nella quale, muovendo proprio dal *decisum* del giudice costituzionale richiamato nel testo, viene riconosciuta «la necessità che il servizio reso dall'insegnante di sostegno sia garantito in modo sostanziale, vale a dire con interventi adeguati alle esigenze dell'alunno disabile che, tenendo conto della specifica tipologia di handicap, gli assicurino concretamente il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica».

sprudenziiale<sup>21</sup> nel quale il giudice costituzionale, richiamando la matrice concettuale delineata nel 2010, precisa che il limite della disponibilità finanziaria non può condizionare la doverosa erogazione delle prestazioni a garanzia della effettività dei diritti insopprimibili, ma al contrario “è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio”<sup>22</sup>.

### 3. Effettività del diritto e risultato amministrativo

In questo contesto, dunque, si coglie la centralità che l'azione della pubblica amministrazione viene ad avere nella garanzia della effettività della tutela dell'individuo nel godimento di un diritto (all'istruzione) il cui contenuto supera di gran lunga la monofocale prospettiva della acquisizione dei saperi, per assumere una dimensione che, in realtà, era già ben chiara ai padri costituenti. Basti pensare al confronto dialettico

<sup>21</sup> 19 ottobre 2016, n. 275 nella quale viene riconosciuta la incostituzionalità di una previsione (art. 6 comma 2 bis) della legge regionale Abruzzo n. 78/1978, nel testo modificato dalla legge regionale 15/2004 in quanto “condizionando a generiche ed indefinite previsioni di bilancio il finanziamento (...) delle spese di trasporto degli studenti disabili sostenute dalle Province (...) lede il fondamentale diritto all'istruzione del disabile, in quanto comporta che la fruizione del servizio di assistenza e trasporto dello studente disabile – ascrivibile al nucleo indefettibile di garanzie per l'effettività del medesimo diritto – venga a dipendere da scelte finanziarie che la Regione può compiere con semplici operazioni numeriche, senza alcun onere di motivazione in ordine alla scala di valori che con le risorse del bilancio si intende sorreggere. La conseguente aleatorietà e incertezza, nell'*an* e nel *quantum*, della contribuzione regionale, non solo incide negativamente sulla possibilità per le Province di programmare e organizzare il servizio di trasporto, ma consente alla Regione, in modo incoerente rispetto all'impegno assunto, di destinare con la legge di bilancio le risorse disponibili a spese facoltative piuttosto che a servizi diretti ad attuare diritti meritevoli di particolare tutela (ciò che è dimostrato dai dati storici della contribuzione regionale). Né la censurata previsione trova giustificazione nel necessario rispetto dell'obbligo di copertura finanziaria della contribuzione regionale (art. 81 Cost.), poiché il concetto di equilibrio del bilancio va correttamente inteso nel senso che è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione delle prestazioni per realizzarlo”. Cfr. A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in *Giur cost.*, 2016, 2343 ss.

<sup>22</sup> C. SALAZAR, *Le dimensioni costituzionali del diritto all'istruzione: notazioni nel tempo della crisi*, in AA. VV., *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, cit., 31 ss.

tra Aldo Moro e Concetto Marchesi<sup>23</sup> per coglierne il senso e la portata della dimensione obbligatoria delle norme costituzionali in materia di istruzione, che non possono essere riduttivamente interpretate facendo riferimento unicamente alla «libertà di insegnamento», alla «libertà di istituire scuole» o all'«accesso a scuola». L'istruzione, infatti, va intesa in una prospettiva di sistema, funzionale ad una visione in cui non si può prescindere dalla considerazione del profilo qualitativo/effettuale dell'istruzione. Dunque, una dimensione in cui il «risultato» dell'azione amministrativa va connotato con riferimento allo sviluppo della personalità dell'individuo, specificando una continuità dimensionale tra diritto e cultura che esprime una “visione della società e dello Stato tesa all'esplicitazione più piena del perfezionamento integrale della persona umana e dell'incremento democratico”<sup>24</sup>. In questo senso, dunque, la

<sup>23</sup> Sul punto non può che rinviarsi alla lettura illuminante degli atti della Costituente svolta da V. ATRIPALDI, *Il diritto allo studio nella realtà costituzionale*, Napoli, 1971; ID., *Diritto allo studio*, Napoli, 1974; nonché alle riflessioni svolte in ID., *Cultura e istruzione per la formazione di una cittadinanza consapevole*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli 2014, 21 ss. dove sottolinea che “A. Moro dette una definizione anche normativa di ciò che doveva essere il diritto allo studio come diritto collegato alla formazione del «cittadino»; un diritto di ricevere, dunque, un'adeguata istruzione ed educazione funzionali allo sviluppo della propria personalità e dell'adempimento dei compiti sociali.”, in particolare 24. Sul punto non si possono non richiamare gli studi di U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1973, 721 ss.; ID., *Istruzione*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, 96 ss.; il quale richiama gli interventi di A. Moro e C. Marchesi secondo i quali il diritto all'istruzione si configura come un vero e proprio diritto soggettivo nei confronti dei pubblici poteri che, posto in relazione con il principio di uguaglianza sostanziale che lo stesso diritto tende a garantire non può essere circoscritto al divieto di discriminazione di accesso al sistema scolastico. La proposta di entrambi riportava, infatti, all'articolo 1 “è supremo interesse dell'individuo e della collettività assicurare ad ogni cittadino un'adeguata istruzione ed educazione per lo sviluppo della sua personalità e l'adempimento dei compiti sociali”. Comma soppresso dal comitato dei 18. Una funzione precipua dello Stato in capo al quale, nella proposta di Moro sul testo dell'art. 2, veniva posto l'onere di soddisfare “l'interesse allo sviluppo della cultura, sia organizzando le scuole proprie, sia assicurando le condizioni per la libertà e l'efficienza delle iniziative di istruzione ed educazione di enti e di singoli”. Sul punto L. PAZZAGLIA, *Il dibattito sulla scuola nei lavori dell'Assemblea costituente*, in AA. VV., *Democrazia cristiana e costituente*, a cura di G. Rossini, Roma, 1980, I, 457 ss.

<sup>24</sup> V. ATRIPALDI, *Cultura e istruzione per la formazione di una cittadinanza consapevole*, cit., 24.

dimensione obbligatoria<sup>25</sup> intercetta tutte le prestazioni che il sistema deve offrire per la garanzia del «nucleo indefettibile» dei diritti fondamentali, individuando una linea che funzionalizza l'istruzione alla garanzia di quel «valore assoluto posto a fondamento della repubblica» che è la dignità umana<sup>26</sup>. Prestazioni che, tra l'altro, devono essere proporzionate al bisogno, donde la individuazione di un rapporto biunivoco tra prestazione (pubblica), garanzia del livello essenziale delle prestazioni e, dunque, garanzia del diritto fondamentale correlata alla tutela «del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana»<sup>27</sup>, giungendo per tale via anche riconoscere la doverosità dell'adozione, da parte delle istituzioni scolastiche, di una certa flessibilità organizzativa, addirittura ricorrendo, ad esempio, alla assunzione a tempo determinato di insegnanti di sostegno al fine di garantire il fondamentale diritto all'istruzione dei soggetti diversamente abili<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Una prospettiva, quella richiamata nel testo, che è evidenziata da V. ATRIPALDI nei lavori richiamati e poi ripresa anche da F. FRACCHIA, *Il sistema nazionale di istruzione e formazione*, Torino, 2008. Sul punto cfr. anche le riflessioni contenute nei contributi contenuti in AA. VV., *Istruzione e servizio pubblico*, a cura di C. Marzuoli, Bologna, 2003.

<sup>26</sup> Così F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella costituzione repubblicana*, Torino, 2018, in particolare 21.

<sup>27</sup> Corte Cost., 20 marzo 2018, n. 87: «Per costante giurisprudenza costituzionale, la potestà statale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni può consentire l'erogazione di provvidenze ai cittadini o la gestione di sovvenzioni direttamente da parte dello Stato in materie di competenza regionale solo in circostanze eccezionali, quando ciò risulti necessario allo scopo di assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantino un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo, mediante una regolamentazione coerente e congrua rispetto a tale scopo».

<sup>28</sup> Così TAR Lazio, III *bis*, 6 marzo 2012, n. 2266 nella quale si precisa che «l'esiguità dell'organico, infatti, non potrebbe pregiudicare il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave, essendo tenuta l'istituzione scolastica a provvedere (...) in deroga al rapporto docenti – alunni ordinario, con contratti a tempo determinato con insegnanti di sostegno: come prevedeva già la legge n. 449 del 1997 con norma che, *in parte qua*, non è suscettibile di modifiche da parte del legislatore ordinario e che sancisce un ineludibile dovere da parte dell'amministrazione scolastica». Un diritto che si estende anche al suo corollario individuabile nella continuità educativo didattica riconosciuta dallo stesso giudice amministrativo con riferimento alla continuità con



In questo contesto, dunque, si individua un rapporto di strumentalità necessaria tra istruzione e sviluppo delle «capacità» individuali come componenti di valore<sup>29</sup> della dignità<sup>30</sup> che proietta l'istruzione, e più in generale l'educazione, in una dimensione in cui la relazione tra individuo e società non può che essere di tipo inclusivo, e ciò proprio in considerazione dei contenuti degli articoli 2 e 3 della nostra Carta costituzionale. Ed è appunto la dignità umana, che affonda le proprie radici in una articolazione sociale basata sulle differenze di *status*, l'elemento di raccordo tra la dimensione morale e le forme del diritto.

In altri termini, essa (l'istruzione) si pone come mezzo per la garanzia dello sviluppo della personalità dell'individuo (fine) indipendentemente dalle sue condizioni personali ed economiche, dando, così, una diversa significatività alla stessa uguaglianza che non solo non è da intendersi, con riferimento a questa tipologia di diritti, come uguaglianza nella diversità, né può assumersi in una accezione che faccia perdere di senso le caratteristiche personali del soggetto, cioè una uguaglianza garantita attraverso una integrazione spersonalizzante. In questo contesto valoriale, in cui al centro del sistema vi è l'individuo con il suo insieme di capacità, l'uguaglianza non va assicurata attraverso un "accaparramento assimilatorio", ma attraverso un processo, che interessa a diversi livelli il piano istituzionale, in cui si affermi "l'eguale rispetto per chiunque" per "la persona dell'altro (degli altri) nella sua specifica diversità"<sup>31</sup>. Dunque, uguaglianza garantita attraverso l'inclusione dell'altro che significa "che i confini della comunità sono aperti a tutti: anche, e soprattutto, a coloro che sono reciprocamente estranei o che estranei vogliono rimanere"<sup>32</sup> evitando di perpetrare quella che Don Milani indicava come la peggiore ingiustizia: "dare cose uguali a persone che uguali non sono".

Si coglie, così, con chiarezza, per usare le parole di Luhmann, la questione della «responsabilità» del sistema educativo "per la selettività

l'educatore, altra figura che consente di rendere effettivo il diritto alla integrazione scolastica (Cons. Stato, VI, 20 gennaio 2009, n. 3140).

<sup>29</sup> A. K. SEN, *Sviluppo sostenibile e responsabilità*, Bologna, 2010.

<sup>30</sup> G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, 2009, 49.

<sup>31</sup> J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 1998, 10.

<sup>32</sup> P. GASPARI, *Sotto il segno dell'inclusione*, Roma, 2011, 23.

sociale del processo educativo”<sup>33</sup>, correlata alla stessa funzione del sistema che non può, come detto, essere indirizzata soltanto “a produrre nella persona qualità o caratteristiche (conoscenza, abilità, ecc.). Essa consiste piuttosto nel rendere possibili le premesse, alquanto improbabili, per contatti sociali, e cioè quei contatti che normalmente si trovano fuori del sistema educativo”<sup>34</sup>. E così il sistema educativo mostra la sua funzione, il rapporto con il sistema sociale nel suo complesso, ponendosi l'educazione come “la preparazione alla transizione verso la società, non un processo che ha luogo nella società”<sup>35</sup>. Dunque, l'educazione come strumento di coesione e per la realizzazione di uno sviluppo sostenibile<sup>36</sup>.

#### 4. *Esercizio della libertà e strumentalità dell'organizzazione*

La considerazione dell'impatto interferenziale sul sistema educativo se da un lato consente di individuare con chiarezza quello che è il «risultato» cui il sistema dovrebbe tendere, rende altresì evidente la rilevanza che la stessa organizzazione e gli attori in essa operanti assumono.

In questo contesto il sistema educativo, di cui il sistema istruzione è necessariamente parte, si pone in un rapporto di strumentalità rispetto al «risultato» che è quello delineato alla luce di una lettura integrata degli articoli 34, 2 e 3 Cost. e che poggia su cardini etici della inclusione e

<sup>33</sup> N. LUHMANN, E. SHORR, *Il sistema educativo. Problemi di riflessività*, Roma, 1999, 16, in particolare 36 ss.

<sup>34</sup> N. LUHMANN, E. SHORR, *Il sistema educativo. Problemi di riflessività*, cit., 36.

<sup>35</sup> N. LUHMANN, E. SHORR, *Il sistema educativo. Problemi di riflessività*, cit., 50.

<sup>36</sup> Per l'analisi di questa prospettiva si rinvia al recente lavoro di A. IACOPINO, *Coesione economica e sociale e sistemi educativi. Spunti per una lettura del sistema normativo in materia di inclusione scolastica*, Napoli, 2019. Per un approfondimento cfr. C. MARZUOLI, *Istruzione, libertà e servizio pubblico*, in AA.VV., *Istruzione e servizio pubblico*, 19 ss.; ID., *Istruzione e “Stato sussidiario”*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 117 ss. In generale per una analisi compiuta delle complesse tematiche che si affacciano sul tema della coesione economica e sociale si vedano gli scritti contenuti nei volumi AA.VV., *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, a cura di S. Cimini e M. D'Orsogna, Napoli, 2011; AA.VV., *Politiche di coesione e integrazione europea. Una riforma difficile ma possibile*, a cura di G. Colombini, Napoli, 2011.

della dignità della «persona» alla quale vanno offerti tutti gli strumenti necessari per sviluppare, implementare, esercitare le proprie capacità individuali all'interno del contesto sociale, e ciò, superfluo forse ribadirlo nuovamente, indipendentemente dalle proprie condizioni sociali, fisiche, psichiche o economiche di partenza, garantendo non una uguaglianza nella diversità, ma una uguaglianza delle diversità, uguaglianza nel rispetto delle (specifiche) diversità. Dunque, una strumentalità, della funzione pubblica (istruzione), rispetto all'esercizio della libertà dell'individuo all'interno di un contesto sociale di riferimento<sup>37</sup>.

E la stessa funzione<sup>38</sup> non solo emerge in tutta la sua complessità come insieme di attività plurali<sup>39</sup>, poste in essere da uno o più operatori,

<sup>37</sup> Sul punto si rinvia alla analisi di R. CALVANO, *Scuola e Costituzione tra autonomie e mercato*, Roma, 2019, in particolare 75 ss., nonché al lavoro di A. SANDULLI, *Per la tutela della dimensione costituzionale dell'istruzione*, in *La dimensione costituzionale dell'istruzione*, cit., 643 ss. il quale individua l'istruzione come "servizio pubblico sociale a fruizione individuale coattiva", sottolineando come essa "riassuma in sé funzione e servizio ovvero che essa sia essenzialmente, pubblico servizio accompagnato da taluni momenti di autorità (ad esempio, il rilascio del titolo di studio avente valore legale da parte delle scuole statali e delle scuole paritarie: sicché queste ultime sarebbero titolari di un *munus publicum* per ciò che concerne il rilascio del titolo di studio e di un servizio pubblico oggettivamente inteso, per quanto riguarda l'istruzione erogata, legati alla regolazione dell'istruzione ed all'accertamento dei risultati dell'insegnamento" (A. SANDULLI, *Istruzione*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, Milano, 2006, 3305 ss., in particolare 3310). Sul punto si rinvia alle analisi di V. CRISAFULLI, *La scuola nella costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 54 ss.

<sup>38</sup> Sul punto si rinvia a F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano 1969; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 134 ss.; ID. *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985, 3 ss.; ID., *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. Giuridica Treccani*, XIV, Roma, 1989; F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, 84 ss.; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. Giuridica Treccani*, XIV, Roma 1989; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir. aggiornamento*, VI, Milano, 2002, 75 ss.

<sup>39</sup> Sul punto sia consentito rinviare a L. GIANI, *L'operazione amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo*, in *Nuove Autonomie*, 2012, 197 ss. nel quale si sottolinea come l'unitarietà funzionale funga "da comune denominatore tra le diverse attività coinvolte in una singola dinamica di esercizio di potere. (...) nel perseguimento di quel determinato «risultato» può venire in rilievo non solo il singolo procedimento ma quell'insieme di atti e procedimenti amministrativi che si snodano lungo quella frazione di attività che si pone come esercizio di una funzione complessa" (200).

da una o più amministrazioni insistenti nella rete dei servizi alla persona, che sono unificate dalla unitarietà dello scopo; ma emerge anche nella sua doverosità che non si pone affatto in maniera antitetica rispetto alla autonomia, risultando vero il rapporto inverso, e cioè la strumentalità della autonomia (funzionale)<sup>40</sup> rispetto al (corretto) esercizio della funzione (doverosa)<sup>41</sup> e alla stessa azionabilità del diritto che, come detto, non viene più a collocarsi nell'astratta previsione della sua tutela (l'accesso a scuola) considerato in astratto, ma che assume una consistenza specifica anche grazie agli stessi profili prestazionali determinati, come si dirà, nel contesto di procedimenti complessi in cui confluiscono diverse competenze.

Una dimensione che consente, proprio nel quadro della azionabilità delle pretese, anche una valutazione della loro stessa «adeguatezza» rispetto non solo, evidentemente, all'obiettivo generale diretto (trasferimento delle competenze) ma, soprattutto, rispetto a quello mediato

<sup>40</sup> Cfr. A. Poggi, *Istruzione, formazione professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle Istituzioni scolastiche*, in *Le regioni*, 2002, 771 ss.; R. MORZENTI PELLEGRINI, *La nuova dinamica del rapporto Istituzioni scolastiche - Enti territoriali e locali tra autonomia e pluralismo*, in *Rivista giuridica della scuola*, 2006, 7 ss.; ID., *La costituzionalizzazione dell'autonomia scolastica nel nuovo sistema nazionale di istruzione. Una svolta decisiva?*, in *Rivista giuridica della scuola*, 2006, 683 ss.; ID., *Il rapporto tra Istituzioni scolastiche e territorio: tra nuove identità e future prospettive*, in AA. VV., *Governance delle politiche scolastiche*, Milano, 2008, 37 ss.; ID., *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazioni e pluralismo*, Torino, 2011; P. RINALDI, *La scuola come autonomia funzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 61 ss.

<sup>41</sup> Si tratta di una prospettiva che evidentemente non si discosta dal solco tracciato dalla dottrina che ha sempre sottolineato la strumentalità dell'organizzazione rispetto all'esercizio della attività e il reciproco condizionamento tra le due (cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova 2001, in particolare 234 ss.). Più di recente, tra i numerosi Autori che in diversa prospettiva si sono soffermati sul tema si rinvia a M. RENNA, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2005, 353 ss.; ID., *Le diseguaglianze sostenibili nel sistema scolastico*, in *Servizi pubblici e appalti*, a cura di F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta, Torino, 2006, 1 ss.; ID., *Commento all'art. 11*, in AA. VV., *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commentario alla legge n. 328/2000*, a cura di E. Balboni, B. Baroni, A. Mattoni, G. Pastori, II ed., Milano, 2007, 300 ss. Sul tema si rinvia alla ricostruzione effettuata da A. IACOPINO, *op. cit.*, in particolare 91 ss.

(sviluppo delle capacità individuali) evidenziando, allo stesso tempo, il fattore precettivo della medesima disposizione costituzionale, che si estende fino al riconoscimento del potere/dovere della istituzione scolastica, e in generale della organizzazione della scuola, di predisporre tutte le misure indispensabili per l'effettivo godimento di tale diritto.

*5. Effettività tra pretese procedimentali ed esecuzione del PEI: uno sguardo al riparto di giurisdizione*

Senza scendere nel dettaglio della analisi del quadro normativo esistente, e dei molteplici profili da cui si possono cogliere delle criticità, che in alcuni casi hanno un peso specifico di enorme rilievo, nella sequenza prestazione/effettività, ai fini delle presenti riflessioni, è possibile individuare proprio nella prestazione, e in questo suo (descritto) rapporto con la garanzia di effettività, una lente che offre delle chiavi di lettura privilegiate del sistema delle tutele.

E in questo contesto i problemi che l'interprete si trova di fronte sono molteplici e vanno dalla individuazione/definizione dei contenuti della prestazione ottimale per la garanzia del diritto, che si scontra con il profilo economico, e che trova i limiti indicati in precedenza nella garanzia di quel nucleo duro del diritto che condiziona anche lo stesso profilo delle risorse, secondo quel rapporto inverso ben definito dalla Corte costituzionale, alla sua effettiva erogazione in favore del destinatario, alla individuazione del giudice competente.

Partendo da quest'ultimo profilo, dalla lettura della giurisprudenza che nel corso degli anni si è pronunciata sul tema, il contrasto tra i due plessi giurisdizionali ruota essenzialmente attorno alla garanzia del diritto fondamentale la cui definizione, riferita alla prestazione del soggetto pubblico, viene dalla Cassazione<sup>42</sup> individuata nella formulazione del PEI che, ad avviso del giudice, esaurirebbe ogni potere della pubblica amministrazione, con la conseguente consacrazione della giurisdizione in capo al giudice ordinario, giudice del diritto fondamentale, per le fasi

<sup>42</sup> Cass., SU, 8 agosto 2005, n. 16603; 31 gennaio 2006, n. 2053, 15 dicembre 2007, n. 3370; 20 aprile 2017, n. 9966; 28 febbraio 2017, ord. n. 5060; 8 ottobre 2019, ord. n. 25101.

successive. Facendo leva anche sul dettato normativo in materia<sup>43</sup>, e sulla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario in essa declinata, la giurisdizione viene radicata grazie alla configurazione del PEI come momento di “piena maturazione/conformazione del diritto fondamentale” che esaurirebbe il potere dell’amministrazione. Si legge nella richiamata decisione che “una volta che il piano educativo individualizzato, elaborato con il concorso determinante di insegnanti della scuola di accoglienza e di operatori della sanità pubblica, abbia prospettato il numero di ore necessarie per il sostegno (...) l’amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale, espressione di autonomia organizzativa e didattica capace di rimodulare o di sacrificare, in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura di quel supporto integrativo”; costituendo una discriminazione indiretta, vietata dall’art. 2 della legge 67/2006<sup>44</sup>. E pertanto, pur riconoscendo<sup>45</sup> la piena idoneità del giudice amministrativo ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, se ne esclude la giurisdizione emergendo, dal formante legislativo, un esaurimento del potere dell’amministrazione a seguito della emanazione del PEI la cui funzione primaria è quella di conformare il diritto del soggetto disabile nella sua articolazione concreta, rispetto alle specifiche necessità dell’alunno disabile. Da cui consegue che “l’omissione o le insufficienze nell’apprestamento, da parte dell’amministrazione scolastica, di quella attività doverosa si risolvono in una sostanziale contrazione del diritto del disabile all’attivazione, in suo favore, di un intervento corrispondente alle specifiche esigenze rilevate, condizione imprescindibile per realizzare il diritto ad avere pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico”, dunque, una violazione di un diritto attraverso un comportamento discriminatorio sufficiente a radicare la giurisdizione del giudice ordinario.

È evidente la riemersione, sia pure con una veste in parte diversa,

<sup>43</sup> Il riferimento è all’art. 3, comma 3, della legge 67/2006 recante le misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni.

<sup>44</sup> La norma fa riferimento a qualsiasi comportamento, anche omissivo “che abbia effetto di mettere la bambina o il bambino con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni”.

<sup>45</sup> Nel testo della sentenza viene fatto espresso richiamo a Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140.

del controverso rapporto tra giudice amministrativo e diritti fondamentali, quel rapporto che, come provocatoriamente richiamava il Presidente Caringella, in apertura di una relazione tenuta al TAR Lecce in occasione del trentennale del TAR già nel 2008, “evoca[no] la storia di un amore difficile, per dirla con Calvino, o di un amore impossibile per dirla con Pirandello”. Un amore difficile che storicamente trova, forse, una propria giustificazione nella stessa struttura del processo (amministrativo) e nella impossibilità, allora<sup>46</sup>, di garantire tutela effettiva alle posizioni sostanziali dei privati, tanto da scomodare Mortara, sovvertondo la sua formula “dove c’è potere non ci può essere diritto” nel senso di ritenere la impossibilità di configurare un potere in presenza di un diritto fondamentale. Uno schema rimasto invariato negli anni<sup>47</sup>, e che, come si vede nonostante la espressa esclusione da parte del giudice costituzionale<sup>48</sup> di elementi da cui possano rintracciarsi all’interno del sistema delle preclusioni a che il giudice amministrativo possa conoscere dei diritti fondamentali della persona, continua a manifestare i suoi strascichi limitativi.

Al fine di comprendere gli effetti di una siffatta impostazione, è forse opportuno ripercorrere, sia pure in maniera molto sommaria, le principali tappe che, da un punto di vista sostanziale, si pongono a presidio della garanzia del diritto all’istruzione del soggetto con disabilità.

Come già rammentato, obiettivo primario del processo di garanzia è lo sviluppo da parte del soggetto delle proprie capacità, sì da consentirgli, nel rispetto delle proprie potenzialità, una partecipazione attiva alla vita sociale. Dunque, un processo complesso di formazione della persona, caratterizzato da una molteplicità interrelata di obiettivi.

*Conditio sine qua non* di tale garanzia è la predisposizione di una struttura, di un percorso formativo adeguato, anche dal punto di vista strutturale e organizzativo (includendo in tale concetto anche le risorse

<sup>46</sup> Il riferimento primo è evidentemente alla nota sentenza sul disinquinatoro del Golfo di Napoli pronunciata alla fine degli anni Settanta (Cass., SU, 9 marzo 1979, n. 1463).

<sup>47</sup> Si pensi alla sentenza della Cassazione, SU, 28 dicembre 2007, n. 27187 nella quale è stata affermata la giurisdizione del giudice amministrativo con riguardo alla lesione alla salute cagionata per effetto della installazione di una discarica, con evidenti proiezioni di una visione tradizionale dell’interesse legittimo.

<sup>48</sup> Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140.

umane necessarie). Dunque, un percorso lungo il quale il «dovere» posto in capo al sistema di istruzione deve trovare esplicitazione e che trova il proprio *incipit* nella richiesta della famiglia di iscrizione dell'alunno a scuola.

Senza ripercorrere nel dettaglio le singole fasi in cui il procedimento si articola, dalla lettura del quadro normativo di riferimento è evidente che la garanzia del diritto fondamentale si attua prima del PEI, ultimo atto di una serie complessa di operazioni volte a delineare, definire da un lato il «bisogno» dell'individuo, dall'altro il ruolo che le parti del sistema educativo sono chiamate a svolgere, e dunque il ruolo che i soggetti della rete dei servizi sociali (tra cui le istituzioni educative) devono avere nella sua soddisfazione. Una fase in cui non è possibile prescindere da quel necessario confronto con l'autorità nell'esercizio del potere, e durante la quale si delineano gli assetti del «rapporto amministrativo» sul quale si fonda poi la soddisfazione dell'interesse sostanziale del soggetto. Un rapporto rispetto al quale, guardando al reale funzionamento degli ingranaggi del sistema scolastico, molte perplessità sorgono anche per una sorta di impermeabilità manifestata nel corso degli anni alla implementazione di principi, quelli ad esempio del procedimento amministrativo, nonostante il loro riconoscimento come livelli essenziali delle prestazioni. Si pensi ad esempio al funzionamento degli organi collegiali, e in particolare quelli deputati alla formulazione del PEI o del PDP, alla composizione degli stessi, ottimamente delineata nella disposizione normativa, ma non sempre garantita in concreto, sebbene la presenza di diverse componenti professionali dovrebbe far riflettere sulla «natura del collegio» e sulla (in)fungibilità delle professionalità in esso presenti; o ancora al ruolo dei dirigenti scolastici nella gestione del procedimento complesso, e anche dell'eventuale inerzia delle amministrazioni chiamate a parteciparvi (si pensi alla trasmissione degli atti da parte della ASL competente) che porta alla redazione di quei documenti che la stessa Cassazione individua come momenti nei quali il diritto dell'individuo viene conformato. E purtroppo gli esempi potrebbero continuare.

Una condizionalità che era chiara già al legislatore della legge 104/1992. Basti pensare al rapporto di presupposizione tra Profilo Dinamico Funzionale e PEI, oggi ancor più chiaro nella struttura delineata dal D.lgs. 66/2017 con l'introduzione del Profilo di Funzionamento, re-



datto da una unità multidisciplinare di cui fanno parte non solo la componente sanitaria ma anche la rappresentanza dell'Ente locale di competenza, a sottolineare la unitarietà dell'intervento della rete dei servizi, per rispondere al «bisogno» dell'individuo, che si compone di diverse parti e la cui multifattorialità non può certo comportarne la perdita di una visione di insieme. Un documento unitario, nel quale sono definite anche le competenze professionali e la tipologia delle misure di sostegno e delle risorse strutturali utili per l'inclusione scolastica. Dunque, un documento che, letto con la lente dell'amministrativista, è al contempo frutto di un procedimento amministrativo e sede di una predefinita determinazione dei criteri di intervento cui gli altri soggetti parti del sistema (quelli cui in concreto è demandata la attuazione degli interventi) devono attenersi.

E qui il primo elemento, più volte richiamato, rappresentato dal fatto che si è in presenza di un diritto che nella sua consistenza essenziale non è bilanciabile con le esigenze di bilancio<sup>49</sup>. Pertanto, sebbene sia impossibile garantire un "diritto incondizionato all'assistenza ottimale, esiste pur sempre un nocciolo duro di garanzia atto ad impedire che il diritto allo studio di questi soggetti possa essere semplicemente nominato sull'altare delle disponibilità finanziarie"<sup>50</sup>.

Da ciò un limite allo stesso potere organizzativo dell'amministrazione che in alcun modo può determinare "che l'ora di sostegno per ogni ora di frequenza costituisce un limite massimo tendenziale cui, in concreto l'amministrazione può derogare, con determinazioni concrete, determinate da vincoli oggettivi"<sup>51</sup>, proprio perché, come si diceva in precedenza, a fronte della garanzia del nocciolo duro del diritto fondamentale sono le esigenze di bilancio a doversi adeguare e non il contrario. Da qui il dovere dell'amministrazione centrale di "adottare un meccanismo di ripartizione delle risorse finanziarie finalizzato alla complessiva istruzione pubblica, in modo da garantire l'erogazione a valle

<sup>49</sup> G. TOLUMELLO, *L'effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato*, in *Quest. Giustizia*, 2018, 93 ss.; L. CARLASSARE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2015.

<sup>50</sup> CGA, 27 novembre 2017, n. 514.

<sup>51</sup> CGA, 31 luglio 2017, n. 351.

del servizio agli alunni (...) secondo i canoni legislativi e i principi costituzionali”.

Allo stesso modo l'amministrazione non può fornire interpretazioni inclusive di facciata atte a giustificare deficit organizzativi, quali l'esaltazione dell'esperienza scolastica nella prospettiva della normalizzazione relazionale. Né può riconoscersi in capo all'Ufficio scolastico regionale alcun potere di ridurre immotivatamente il numero delle ore di sostegno individuate dal G.L.O. nelle sue proposte, che, in realtà, a dispetto del *nomen iuris*, non sono emendabili da altri organi, peraltro privi delle necessarie competenze specialistiche<sup>52</sup>. È, infatti, il GIT che

<sup>52</sup> Sul punto cfr. Cons. Stato, VI, 3 maggio 2017, n. 2023, cit.: “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. 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. (...) 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)”. “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. (...) Pertanto, i procedimenti riguardanti gli alunni disabili si devono concludere con gli atti

conferma la richiesta inviata dal dirigente scolastico all'Ufficio scolastico regionale relativa al fabbisogno, potendo su tale richiesta esprimere anche un parere difforme. Mentre l'Ufficio scolastico assegna le risorse nell'ambito di quelle dell'organico dell'autonomia per i posti di sostegno. Esse, da qui la scelta della terminologia, sono atti endoprocedimentali, non rivedibili nel merito dall'Ufficio scolastico regionale, la cui «autorizzazione» ha valore “meramente ricognitivo”, limitandosi a verificare i presupposti di spesa e a giustificare “l'impegno e il pagamento delle relative somme”. E allo stesso modo, privo di potere emendativi della proposta del G.L.O. è il dirigente scolastico, sul quale graverebbero (e purtroppo il condizionale è indotto dalla constatazione di ciò che normalmente accade) oneri di gestione (in qualità di responsabile) di questo procedimento complesso, che deve limitarsi ad attribuire le ore sulla base della proposta formulata dal G.L.O.

E rispetto a questa fase di determinazione del fabbisogno e di autorizzazione alla spesa, che evidentemente ha una rilevanza centrale nella definizione dei contenuti del diritto azionato<sup>53</sup>, i piani di indagine (quello organizzativo e quello afferente al profilo dei costi) sono inscindibilmente correlati. L'organizzazione del sistema, e la stessa autonomia garantitagli dalla Carta costituzionale, sono funzionali alla azionabilità del diritto la cui consistenza viene misurata e al contempo garantita proprio dai profili prestazionali, che, come più volte ribadito non possono subire condizionamenti economici nei limiti precisati in precedenza.

E così l'amministrazione scolastica deve garantire un servizio idoneo all'integrazione scolastica piena del titolare del servizio all'istruzione, senza modificare la definizione del fabbisogno, anche in termini di ore di sostegno (che per questo è un sostegno alla classe per l'inclusione e non un sostegno per l'isolamento), effettuata dal G.L.O. In altri termini,

del dirigente scolastico di attribuzione delle ore di sostegno, in conformità alle risultanze del G.L.O.H.”.

<sup>53</sup> “Là dove il diritto azionato postuli, per la sua completa realizzazione, l'espletamento di una potestà pubblica che si risolve nella verifica, sulla base di canoni medici o scientifici, dei presupposti per la sua attuazione, la potestà cognitoria del giudice amministrativo deve intendersi estesa anche allo scrutinio della correttezza del predetto apprezzamento, in quanto implicato dalla disamina della fondatezza della pretesa azionata in giudizio, seppur nei limiti del sindacato relativo alla discrezionalità tecnica” (Cons. Stato, A.P., 12 aprile 2016, n. 7, cit.).

non residua in capo all'amministrazione scolastica un potere di rivalutare i bisogni ottimali del soggetto: "semmai residua un margine di discrezionalità in ordine alle soglie di protezione ulteriore e la definizione concreta delle modalità operative, volte comunque a predisporre interventi corrispondenti alle esigenze rilevate", che vanno rispettate "con rigore ed effettività" dall'amministrazione, e in ciò radicando, ma il discorso ci porterebbe lontano, la responsabilità per la violazione in capo all'amministrazione medesima<sup>54</sup>. Un obbligo che, nella prospettiva considerata si estende, e in ciò il legislatore è chiaro, anche ad un adeguamento del percorso in considerazione del naturale evolversi delle condizioni personali del soggetto.

In questo quadro, se da un lato le contestazioni delle valutazioni della ASL e i conseguenti accertamenti rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 442 c.p.c.<sup>55</sup>, alla stessa stregua degli accertamenti collegiali tesi alla individuazione dell'alunno come soggetto portatore di handicap<sup>56</sup> e delle determinazioni previste dalle relative commissioni, trattandosi di questioni relative all'assistenza e allo *status*, tutti gli atti e *sub* procedimenti che si inseriscono nell'operazione che trovano il loro momento conclusivo nel PEI non possono non rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di controversie concernenti un pubblico servizio (l'istruzione) e l'esercizio (o il mancato esercizio) di un potere discrezionale della pubblica amministrazione tenuta a garantirlo. In questo senso, dunque, la pretesa è azionabile anche prima dell'esercizio del potere concretantesi nella predisposizione del PEI<sup>57</sup>, avendo la domanda "ad oggetto l'accertamento delle necessità del minore di vedersi erogato il servizio didattico previa predisposizione, da parte dell'amministrazione, di misure di sostegno – didattiche o assistenziali – necessarie per evitare che il soggetto disabile altrimenti fruisca solo nominalmente del percorso di istruzione essendo

<sup>54</sup> Cons. Stato, VI, 27 ottobre 2014, n. 5317 nella quale vengono liquidati danni, in maniera equitativa determinati dal ritardato riconoscimento delle ore di sostegno nella misura piena, in violazione della proposta di sostegno nella proporzione 1/1 che, ad avviso del giudice, "costituisce indice univoco della colpa della pubblica amministrazione.

<sup>55</sup> Cass., SU, 23 ottobre 2014, n. 22550.

<sup>56</sup> Art. 35, comma 7, legge 289/2002.

<sup>57</sup> Sul punto si rinvia alla ricostruzione condotta in due distinte decisioni del TAR Abruzzo, L'Aquila, 10 dicembre 2015, n. 812 e 17 dicembre 2015, n. 836.

impossibilitato ad accedere ai contenuti dello stesso in assenza di adeguate misure” (nel caso di specie misure compensative)<sup>58</sup>.

E ciò anche quando si contestano gli atti dell'amministrazione scolastica che non abbiano dato coerente seguito alle proposte del gruppo inclusione, e cioè gli atti interni (dotati di una autonoma lesività) al procedimento degli Uffici scolastici e quello – finale o provvisorio – del dirigente scolastico, ad esempio, di attribuzione di un numero di ore inferiore o a monte la mancata o non condivisa formulazione delle proposte da parte del gruppo di lavoro. Ma ciò non basta. In quanto se è forse vero che la emanazione del PEI esaurisce quello specifico potere di programmazione dell'intervento educativo in una prospettiva di doverosa personalizzazione, è altresì vero che l'esecuzione di quanto in esso previsto implica comunque un esercizio di potere, rispetto alla materiale erogazione del servizio (pubblico); come pure, sempre correlato ad un esercizio di potere, è l'obbligo che si individua in capo all'amministrazione scolastica di garantire la «attualità» del percorso educativo individualizzato dell'alunno, anche attraverso aggiustamenti di quanto previsto, in accordo con la famiglia.

Se si utilizza questa chiave di lettura, il percorso proposto dalla Cassazione<sup>59</sup> per radicare la giurisdizione del giudice civile per le controver-

<sup>58</sup> Tar Sicilia, Palermo, 3 dicembre 2014, n. 3111; CGA 351/2017, cit.

<sup>59</sup> In aggiunta alle sentenze richiamate cfr. Cass., SU, 25 novembre 2004, n. 25011: “La natura fondamentale del diritto all'istruzione del disabile non è di per sé sufficiente a ritenere devolute le controversie che ad esso si riferiscono alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale. Per un verso, infatti, occorre considerare la presenza nell'ordinamento di una norma – l'art. 133 c.p.a., comma 1, lett. c), – che, in continuità con l'abrogato d.lgs. n. 80 del 1998, art. 33 attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi (...) relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo. Per l'altro verso, e più in generale, la categoria dei diritti fondamentali non delimita un'area impenetrabile all'intervento di pubblici poteri autoritativi: questi sono sempre più spesso chiamati, non solo all'assolvimento dei compiti rivolti ad attuare i diritti costituzionalmente garantiti, ma anche ad offrire ad essi una tutela sistemica, nel bilanciamento con le esigenze di funzionalità del servizio pubblico e tenendo conto, ai fini del soddisfacimento dell'interesse generale, del limite delle risorse disponibili secondo le scelte allocative compiute dagli organi competenti.

Una volta che il piano educativo individualizzato, elaborato con il concorso determinante di insegnanti della scuola di accoglienza e di operatori della sanità pubblica,

sie insorte in un momento successivo alla formulazione del PEI presenta delle ombre in quanto in caso di non (corretta) esecuzione di quanto previsto nel PEI il *petitum* riguarda il comportamento dell'amministrazione rispetto al quale è complesso ipotizzare un esaurimento di potere. Sarà certamente esaurito il potere di definizione del PEI, dei suoi contenuti, ma non quello di assumere, ad esempio, tutte le necessarie decisioni (anche a carattere organizzativo) necessarie per una sua compiuta attuazione. E, pertanto, se è sacrosanto ritenere che non esiste "la possibilità per l'amministrazione di non dare esecuzione alle «proposte» trasmesse dal G.L.O.H. incorrendo altrimenti nella compressione di un diritto fondamentale alla cui tutela il legislatore ha voluto apprestare lo strumento immediato ed efficace del procedimento antidiscriminatorio", non è altrettanto condivisibile l'assunto che se ne vuole far conseguire, e cioè che tale esecuzione non implichi un esercizio di potere da parte della istituzione scolastica.

Una consapevolezza che traspare, invece, nelle argomentazioni del Consiglio di Stato che, non a caso, ha sottolineato che la giurisdizione del giudice civile possa essere rinvenuta solo in quei casi in cui la parte deduca specificamente "la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno". In altri termini, cioè, il giudice amministrativo<sup>60</sup> ha riconosciuto la giurisdizione del giudice civile solo nei casi in cui la

abbia prospettato il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell'alunno che versa in situazione di handicap particolarmente grave, l'amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale, espressione di autonomia organizzativa e didattica, capace di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura di quel supporto integrativo così come individuato dal piano, ma ha il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno, del personale docente specializzato, anche ricorrendo – se del caso, là dove la specifica situazione di disabilità del bambino richieda interventi di sostegno continuativi e più intensi – all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni, per rendere possibile la fruizione effettiva del diritto, costituzionalmente protetto, dell'alunno disabile all'istruzione, all'integrazione sociale e alla crescita in un ambiente favorevole allo sviluppo della sua personalità e delle sue attitudini. L'omissione o le insufficienze nell'apprestamento, da parte dell'amministrazione scolastica, di quella attività doverosa si risolvono in una sostanziale contrazione del diritto fondamentale del disabile all'attivazione, in suo favore, di un intervento corrispondente alle specifiche esigenze rilevate, condizione imprescindibile per realizzare il diritto ad avere pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico".

<sup>60</sup> Cons. Stato, VI, 3 maggio 2017, n. 2023.

parte faccia riferimento all'art. 3, comma 3, della legge 67/2006 in quanto tale norma "prevede una fattispecie tipica devoluta alla giurisdizione del giudice civile ed ha il suo ambito di applicazione esclusivamente e tassativamente quando e solo quando l'interessato si rivolge al giudice rappresentando gli elementi di fatto in cui la discriminazione stessa si manifesta". E, infatti, non a caso la Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>61</sup> ha precisato che "la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali (...) non appare affatto estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali".

E la tenuta della ricostruzione offerta dalla Adunanza Plenaria, nella prospettiva della garanzia della effettività della tutela, è ancor più evidente se si considera la struttura di un possibile giudizio dinanzi al giudice ordinario se, ad esempio, dietro la contestazione del comportamento discriminatorio a proprio danno si censurano gli atti o un comportamento dell'amministrazione, lamentando la mancata corrispondenza tra provvedimento finale del dirigente scolastico e proposta del gruppo inclusione, o la mancata concreta fruizione delle ore di sostegno, o addirittura una inerzia della stessa. In questi casi il comma 5 dell'art. 18 del d.lgs. 150/2011 espressamente prevede che "il giudice può ordinare di adottare, entro il termine fissato nel provvedimento, un piano di rimozione delle discriminazioni accertate", ma forse, nell'interesse del disabile, un'azione dinanzi al giudice amministrativo, dato lo strumentario processuale a sua disposizione, potrebbe essere di maggiore tutela<sup>62</sup>, si pensi già solo ad una condanna *ex art. 34 c.p.c.* con contestuale nomina di un *commissario ad acta*<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> 12 aprile 2016, n. 7.

<sup>62</sup> Cons. Stato, VI, 3 maggio 2017, n. 2023.

<sup>63</sup> TAR Campania, Napoli, IV, 13 febbraio 2017, n. 892: "va osservato che l'art. 34 comma 1, lett. c) del cpa, nel precisare i contenuti della sentenza di condanna, prevede anche l'adozione «delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio» e che, in base alla successiva lett. e), il giudice dispone «le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato compresa la nomina di un commissario ad acta, (...)». Le due previsioni prefigurano, quindi, un potere di condanna senza restrizione di

Una garanzia alla effettività della tutela degli interessi dello studente disabile che, richiamando quella giurisprudenza che riconosce l'attualità dell'interesse a ricorrere che con riferimento a quelle ipotesi in cui "l'accertamento delle illegittimità prospettate" nel ricorso dia luogo a "un vincolo conformativo per l'amministrazione resistente che si possa proiettare sui successivi atti che rispetto alla medesima situazione giuridicamente rilevante (...) costituiscono esercizio ulteriore dello stesso potere precedentemente esercitato, al fine di prevenire il reiterarsi delle illegittimità che già possono essere risultate lesive della posizione di interesse legittimo azionata con l'originario ricorso"<sup>64</sup>, dunque dell'interesse della parte a non vedere adottati successivi provvedimenti simili.

E in questo senso non si può non condividere la resistenza e l'insistenza del giudice amministrativo posto che, per citare Mario Pagano "È obbligato ogni uomo di istruire e illuminare gli altri" e più di ogni altro è obbligato lo Stato, tenuto a garantire non solo la teorizzazione di un diritto, ma la sua stessa praticabilità che viaggia di pari passo con la sua stessa esistenza in concreto<sup>65</sup>.

oggetto, modulabile a seconda del bisogno differenziato emerso in giudizio; ossia, all'occorrenza, quale sbocco di una tutela restitutoria, ripristinatoria ovvero di adempimento pubblicistico coattivo. Occorre, pertanto, imporre all'amministrazione di dare esecuzione alla presente sentenza entro giorni quindici dalla sua notificazione ad istanza di parte o dalla sua comunicazione in via amministrativa. In caso di inutile decorso del termine di cui sopra, si nomina sin d'ora il Dirigente Generale per le Risorse Umane e Finanziarie del MIUR, con facoltà di delega ad un funzionario dell'Ufficio, e con facoltà di farsi assistere da ausiliari specializzati (questi ultimi ai soli fini della redazione dei PEI)".

<sup>64</sup> Cons. Stato, IV, 3 agosto 2007, n. 4299.

<sup>65</sup> Sul punto illuminanti le parole di A. SEN, *L'idea di giustizia*, Milano, 2010, 389-390 il quale sottolinea che "se la praticabilità fosse condizione indispensabile di qualsiasi diritto allora non solo i diritti economici e sociali, ma tutti i diritti – persino il diritto alla libertà – sarebbero privi di senso, data la concreta impossibilità di assicurare che la vita, la libertà del singolo individuo non subiscano violazioni". Ma tale impossibilità non ne sminuisce la natura in quanto "la mancata attuazione non basta, in sé, a fare un ipotetico diritto non scritto che rappresenta semmai uno stimolo per un'azione sociale più incisiva".



