

Pubblicato il 19/06/2020

N. 00174/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00205/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 205 del 2019, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Mario Mariano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

M.I.U.R. - Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Ufficio Scolastico Regionale del Molise, Ufficio Scolastico Regionale del Molise-Ambito Provinciale di Campobasso, Istituto Comprensivo "Barone" di Baranello, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Stato, domiciliataria *ex lege* in Campobasso, via d'Insorti d'Ungheria n. 74;

per l'annullamento

- del verbale n. 3, in data 19.3.2019, del Gruppo di Lavoro Provinciale per l'integrazione ed il sostegno, con cui venivano assegnate all' Istituto Comprensivo Barone di Baranello n. 135 ore per la scuola secondaria di I grado, nella parte che interessa;

- della nota, a firma della Dirigente dell'Ufficio Scolastico-Ambito Territoriale di Campobasso, acquisita, in data 16.5.2019, al protocollo dell'Istituto Barone al n. 0002788, con cui si comunicava che il GLHP, nella seduta del 19 marzo 2019, ha confermato le 18 ore di sostegno, assegnate precedentemente - OMISSIS- e non ha concesso ulteriori 12 ore di sostegno, come richiesto dal Dirigente Scolastico;
- di ogni altro atto o provvedimento ad essi presupposto o consequenziale; nonché per l'accertamento e la declaratoria:
- OMISSIS-

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di M.I.U.R. - Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e di Ufficio Scolastico Regionale del Molise e di Ufficio Scolastico Regionale del Molise-Ambito Provinciale di Campobasso e di Istituto Comprensivo "Barone" di Baranello;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2020 la dott.ssa Marianna Scali;

Rilevato che la causa è stata trattenuta in decisione, secondo quanto disposto dall'articolo 84, comma 5, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Fatto.

1. L'alunno indicato in epigrafe -OMISSIS-.

L'Ufficio Scolastico provinciale di Campobasso ha riconosciuto - per l'anno scolastico 2018-2019 – il diritto a 18 ore di sostegno sulla base della specifica quantificazione, operata dagli “addetti ai lavori”.

Successivamente, in data 29.10.2018 è stato convocato un gruppo di lavoro operativo per l'integrazione (G.L.H.O.) nel corso del quale è stato stilato il PEI ed è stata indicata la necessità di ampliare le ore di sostegno fino a

30/ore settimanali, esigenza espressa formalmente nella relazione della dott.ssa Epifanio (neuropsichiatra Asrem Molise) “Profilo dinamico – funzionale redatto in forma conclusiva” del 29/10/2018.

Nel Piano Educativo Individualizzato (PEI), in particolare, si precisava che *“Vengono condivisi e sottoscritti materiali, metodi, obiettivi, strategie del PEI Scolastico. È necessario il numero massimo di ore di sostegno scolastico (corrispondente, possibilmente, al tempo-scuola)”*.

Sulla base di tali elementi, il Dirigente scolastico dell’Istituto Comprensivo richiedeva al competente Ufficio Territoriale *“n. 30 ore di sostegno, secondo quanto proposto dal Gruppo di Lavoro per l’Handicap d’Istituto”*.

Con Verbale n. 3 del 19.3.2019, però, il “Gruppo di Lavoro Provinciale per l’Integrazione ed il Sostegno”, in sede di valutazione delle richieste pervenute dalle varie scuole, in riferimento a quelle dell’Istituto Barone, così deliberava: *“in virtù della disabilità ed in applicazione dei criteri fissati preventivamente e che sono parte integrante del presente verbale, propone n.135 ore”*.

Con successiva comunicazione della Dirigente dell’Ufficio Scolastico Ambito Territoriale di Campobasso (nota del 16.5.2019), si precisava che *“il GLHP, nella seduta del 19 marzo 2019, ha confermato le 18 ore di sostegno, assegnate precedentemente all’alunno -OMISSIS- e non ha concesso ulteriori 12 ore di sostegno, come richiesto dal Dirigente Scolastico”*.

In tale nota si affermava altresì che *“tutti i docenti della classe sono insegnanti anche dell’alunno diversamente abile e ciascun docente è responsabile del suo percorso formativo, per cui le ore di sostegno non possono che essere minori, rispetto a tutto il tempo-scuola; nella scuola secondaria di primo grado, nello specifico, in base alla sentenza della Corte Costituzionale n.80 del 2010, le ore di sostegno a favore dell’alunno con disabilità – situazione di gravità (come nel caso di -OMISSIS-) – sono pari a 18” (...). Non è causale che lì dove viene indicata la necessità di sostegno scolastico per un alunno con rapporto di 1:1, si intende il numero di ore di lezione di ogni docente del grado di scuola frequentato dall’alunno ovvero 25 ore per la scuola dell’infanzia, 24 ore per la scuola primaria e 18 ore per la scuola sec. di I e II grado.”*.

Motivi di ricorso

2. Ritenendo che il numero di ore di sostegno attribuite al proprio figlio fosse insufficiente e comunque in contrasto con gli obiettivi del Piano dinamico funzionale e del piano educativo individualizzato, il ricorrente proponeva i seguenti motivi di ricorso:

I) Violazione della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con Legge 3 marzo 2009, n. 18. Violazione, falsa ed errata applicazione degli artt. 3, 34 e 38 Cost; degli artt.12 e 13 della L.104/1992; degli artt. 1 e 3, d. lgs. 66/2017; dell'art. 10, comma 5, della L.122/2010.

II) Eccesso di potere. Sviamento. Travisamento. Contraddittorietà. Manifesta illogicità. Difetto assoluto di motivazione. Incompetenza.

Con tali motivi di ricorso, in sostanza, il ricorrente sostiene che l'Amministrazione scolastica provinciale non abbia alcun potere di ridurre il numero di ore riconosciute come necessarie dal G.L.H.O. e comunque deduce il difetto di motivazione e di istruttoria in ordine alla scelta di concedere solo 18 ore rispetto alle 30 richieste.

La posizione dell'Amministrazione.

3. In via preliminare eccepisce il difetto di giurisdizione alla luce dell'insegnamento giurisprudenziale secondo cui le domande con cui viene chiesta concretamente l'erogazione del servizio di sostegno a favore del disabile, a valle dell'approvazione del PEI, rientrerebbero nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass. Civ., Sez. Un., ord. 28 febbraio 2017, n. 5060 e a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 12 aprile 2016, n. 7., nonché TAR Palermo n. 2437/2017).

Per altro verso, a prescindere dal richiamato orientamento, al difetto di giurisdizione, nella prospettiva dell'Amministrazione, si potrebbe giungere anche per altra via atteso che, nel caso di specie, non vi sarebbe alcuna contestazione relativa all'esercizio del potere.

Nel merito l'Amministrazione evidenzia che l'eventuale superamento dell'eccezione di difetto di giurisdizione potrebbe avvenire solo escludendo che l'Amministrazione sia vincolata alle valutazioni contenute nel PEI; ciò implica che alla stessa dovrebbe riconoscersi un margine di discrezionalità nella determinazione delle concrete modalità del sostegno in favore dell'alunno. E se così è allora il provvedimento resisterebbe ai vizi denunciati, essendo il provvedimento gravato adottato dall'organo competente, nel rispetto del rapporto 1 a 1 richiesto dagli organi tecnici e comunque sufficientemente motivato.

Ragioni della decisione.

4. In via preliminare occorre analizzare l'eccezione di difetto di giurisdizione, in relazione al quale sussiste un contrasto interpretativo con particolare riferimento all'ipotesi in cui il ricorrente contesti il mancato riconoscimento delle ore determinate nel PEI, senza tuttavia lamentare una discriminazione a suo danno.

4.2. Secondo un primo orientamento, esemplarmente riassunto da Consiglio di Stato sez. VI, n. 2023 del 3 maggio 2017 *«qualora 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"). (...) 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.

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" (...). 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 "in 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.

Si applicano invece le consuete regole sulla giurisdizione esclusiva quando il ricorrente impugni gli atti del procedimento o contesti un comportamento dell'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"».

A tale orientamento si è conformato sin qui anche il Tar Molise il quale ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo, sul rilievo che le contestazioni fatte valere nei giudizi sottoposti al suo esame, pur essendo relative alla fase successiva all'attuazione del PEI, non fossero introdotte sotto il profilo della discriminazione rilevante ai sensi della legge 1° marzo 2006, n. 67 bensì sotto il profilo “della cattiva gestione del servizio pubblico scolastico di sostegno agli alunni disabili” (Tar Molise nn. 42/2017; 420/2019; 421/2019; 435/2019).

4.2. Secondo un diverso orientamento, da ultimo espresso dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, invece, una volta che sia stato approvato il PEI, sussisterebbe sempre la giurisdizione del giudice amministrativo a prescindere dalla circostanza che il ricorrente abbia espressamente dedotto una condotta antidiscriminatoria (Cassazione civile sez. un., 08/10/2019, n. 25101).

Sul punto vale ripercorrere, brevemente, i contenuti della citata pronuncia della Corte di Cassazione, con particolare riferimento ai profili in cui essa entra in contraddittorio e in dialogo con la citata sentenza del Consiglio di Stato.

Le S.U. della Cassazione, in via preliminare, evidenziano come vi sia concordanza tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella delle S.U. della Corte di Cassazione, in ordine al carattere vincolato delle determinazioni del dirigente scolastico, nonché in ordine alla devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative alla mancata erogazione delle ore di sostegno individuate nel PEI, quando l'interessato espressamente lamenti innanzi a tale

giudice che l'Amministrazione scolastica abbia posto in essere "un comportamento discriminatorio a proprio danno".

Ciò premesso le S.U. precisano che la «*divergenza fra la giurisprudenza delle Sezioni Unite e quella del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2023 del 3 maggio 2017)*» vada «*cirscritta alle ipotesi in cui il ricorrente non deduca specificamente "la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno", ai sensi del comma 3 della L. n. 67 del 2006. Secondo il Consiglio di Stato tale norma "prevede una fattispecie tipica devoluta alla giurisdizione del giudice civile ed ha il suo ambito di applicazione esclusivamente e tassativamente "solo quando l'interessato si rivolge al giudice rappresentando gli elementi di fatto in cui la discriminazione stessa si manifesta"*».

Tanto chiarito le Sezioni Unite, dopo aver evidenziato che nel caso giunto al suo esame non si ponessero problemi di contrasto tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella della Corte di Cassazione, atteso che in quella fattispecie il ricorrente aveva adito il Tribunale ordinario prospettando la riduzione delle ore quale ipotesi di discriminazione, precisa che la giurisdizione non può cambiare a seconda che il ricorrente deduca di aver subito o meno una discriminazione indiretta. Sul punto in particolare le Sezioni Unite ribadiscono che «*una volta che il piano educativo individualizzato, elaborato con il concorso determinante di insegnanti della scuola di accoglienza e di operatori della sanità pubblica, abbia prospettato il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell'alunno che versa in situazione di handicap particolarmente grave, l'amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale, espressione di autonomia organizzativa e didattica, capace di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura di quel supporto integrativo così come individuato dal piano, ma ha il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno, del personale docente specializzato, anche ricorrendo - se del caso, là dove la specifica situazione di disabilità del bambino richieda interventi di sostegno continuativi e più intensi - all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti/alunni, per rendere possibile la fruizione effettiva del diritto, costituzionalmente protetto, dell'alunno disabile all'istruzione, all'integrazione sociale e alla crescita in un ambiente favorevole allo*

sviluppo della sua personalità e delle sue attitudini. L'omissione o le insufficienze nell'apprestamento, da parte dell'amministrazione scolastica, di quella attività doverosa si risolvono in una sostanziale contrazione del diritto fondamentale del disabile all'attivazione, in suo favore, di un intervento corrispondente alle specifiche esigenze rilevate, condizione imprescindibile per realizzare il diritto ad avere pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico: l'una e le altre sono pertanto suscettibili di concretizzare, ove non accompagnate da una corrispondente contrazione dell'offerta formativa riservata agli altri alunni normodotati, una discriminazione indiretta, vietata dalla L. n. 67 del 2006, art. 2 per tale intendendosi anche il comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica preposta all'organizzazione del servizio scolastico che abbia l'effetto di mettere la bambina o il bambino con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni" (Cass. Civ. S.U. n. 25011/2014). La deduzione esplicita nella domanda del ricorrente di un comportamento discriminatorio dell'amministrazione non può pertanto considerarsi una condizione cui subordinare la giurisdizione del Giudice ordinario date le premesse che concordemente portano ad escludere 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 anti-discriminatorio. Su questi presupposti pertanto subordinare alla qualificazione giuridica della domanda la questione della giurisdizione appare una opzione interpretativa che affida sostanzialmente al ricorrente la scelta del giudice competente».

5. Applicando tali principi al caso di specie, deve affermarsi il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a favore del giudice ordinario, atteso che la presente controversia riguarda la mancata erogazione delle ore approvate nel PEI, non potendosi attribuire rilievo alla circostanza che tale condotta non venga espressamente prospettata come antidiscriminatoria. E ciò - in linea con i principi affermati dalla sentenza delle Sezioni Unite (n.25101/2019) - sia per l'esigenza di evitare il frazionamento della giurisdizione a seconda della prospettazione attorea, sia in ragione dell'assenza di poteri dell'amministrazione di modificare, tranne il caso di

correzione di errori materiali o di sopravvenienze, il contenuto delle ore di sostegno proposte dagli organi tecnici.

Considerato che il contrasto giurisprudenziale in ordine all'individuazione del giudice competente in materia è stato risolto successivamente alla presentazione del presente ricorso sussistono i presupposti per la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in favore del giudice ordinario, davanti al quale la causa andrà riassunta ai fini della *traslatio iudicii* ex art. 11 c.p.a.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui agli articoli 6, paragrafo 1, lettera f), e 9, paragrafi 2 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, all'articolo 52, commi 1, 2 e 5, e all'articolo 2-septies, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, 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 Campobasso nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'articolo 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Marianna Scali, Referendario, Estensore

Daniele Busico, Referendario

L'ESTENSORE
Marianna Scali

IL PRESIDENTE
Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO

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