



18 MARZO 2020

Diritto all'istruzione e tutela giurisdizionale

di Enza Caracciolo La Grotteria
Professore aggregato di diritto amministrativo
Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

Diritto all'istruzione e tutela giurisdizionale *

di Enza Caracciolo La Grotteria

Professore aggregato di diritto amministrativo
Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

Abstract [It]: Il saggio affronta la delicata problematica della tutela giurisdizionale del diritto all'istruzione nel sistema scolastico inclusivo con riferimento agli studenti che presentano bisogni educativi speciali di ogni tipologia, ivi compresi gli studenti con alto potenziale cognitivo, oltre che i disabili e i portatori di disturbi specifici dell'apprendimento. Dopo una breve disamina del sistema scolastico con le relative competenze suddivise a diversi livelli territoriali, l'attenzione si sofferma sugli strumenti di inclusione e sul problema della effettività della tutela giurisdizionale avverso le decisioni lesive del diritto all'istruzione ed alla didattica personalizzata, con riguardo alla individuazione della giurisdizione ed all'impugnabilità dei provvedimenti e delle proposte di provvedimento.

Abstract [En]: The essay deals with the delicate issue of judicial protection of the right to education in the inclusive school system with reference to students who have special educational needs of all types, including students with high cognitive potential, as well as the disabled and those with specific disorders of the learning. After a brief examination of the school system with the relative competences divided at different territorial levels, the attention focuses on the inclusion tools and on the problem of the effectiveness of the judicial protection against the decisions damaging the right to education and personalized teaching, with regard to the identification of jurisdiction and the appeal of the measures and the proposed measures.

Sommario: 1. Premesse. 2. Diritto all'istruzione ed inclusione scolastica. 3. L'organizzazione del sistema scolastico inclusivo e la nomina del docente di sostegno. 4. Il ruolo della proposta nel procedimento per la nomina del docente di sostegno. 5. Gli strumenti per l'inclusione degli studenti con disturbi specifici dell'apprendimento. 6. Gli strumenti per l'inclusione degli studenti con bisogni educativi speciali. 7. La valorizzazione degli studenti con alto potenziale cognitivo. 8. Profili di tutela giurisdizionale: l'individuazione della giurisdizione competente per la tutela del diritto all'istruzione e alla didattica personalizzata. 9. L'impugnabilità del provvedimento di assegnazione delle ore di docenza di sostegno e degli atti infraprocedimentali con particolare riferimento alla proposta. 10. L'impugnabilità dei provvedimenti in tema di pianificazione didattica personalizzata.

1. Premesse.

Fra le numerose attività compiute dall'amministrazione al fine di perseguire il benessere e lo sviluppo sociale, l'istruzione costituisce uno strumento indispensabile per garantire la trasmissione della conoscenza e la costruzione di una società di persone abili a convivere pacificamente e a cooperare per il raggiungimento di obiettivi di interesse comune.

La scuola costituisce la più importante formazione sociale dopo la famiglia e deve accogliere il minore, con il fine di trasmettere contenuti didattici ed educativi, in un ambiente che tenga in considerazione la delicatezza della personalità dell'individuo in formazione e soddisfi l'esigenza di costruire delle realtà comunitarie, nelle quali il minore possa apprendere le corrette modalità di comportamento. Tale funzione viene svolta in un ambiente molto variegato perché la platea degli studenti proviene da contesti

* Articolo sottoposto a referaggio.

economici, culturali, religiosi parecchio diversi che influenzano profondamente le modalità di interazione e il processo di integrazione di ogni singolo individuo nella comunità scolastica.

Inoltre, indipendentemente dall'ambiente di provenienza, ogni studente è connotato da caratteristiche individuali che lo distinguono da tutti gli altri, per cui la disciplina nazionale ed internazionale relativa alla istruzione è chiamata a collocare i discenti in un sistema educativo organizzato in modo da valorizzarne le individualità.

Alla stregua di tutti i diritti fondamentali, anche l'istruzione è funzionale alla protezione, valorizzazione e tutela della persona nell'ambito di una importante formazione sociale organizzata come la scuola ed è garantita dall'art. 34 della Costituzione¹ che (unitamente agli artt. 30, 33, 38, 117, commi 2 e 3 e agli artt. 2 e 3) enuncia i principi che devono essere posti a fondamento dell'ordinamento scolastico². In applicazione di tali principi, lo Stato deve assicurare l'istruzione a tutti i cittadini e deve eliminare qualunque ostacolo di natura economica o sociale che impedisca l'accesso a tutti i gradi di istruzione, mediante politiche di inclusione idonee a bilanciare le esigenze dei singoli con quelle della collettività³.

Le questioni sociali e giuridiche che travagliano la società si riflettono sulla scuola e condizionano le relative scelte educative e didattiche che devono essere programmate tenendo conto del tessuto sociale al quale sono destinate. Basti pensare al fenomeno dell'immigrazione⁴ che impone alla scuola di organizzare attività che forniscano agli studenti i prerequisiti necessari all'apprendimento e che consentano la realizzazione di un procedimento di integrazione sociale che ha inizio in età scolare e spiega

¹ V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, p. 275; U. POTOTSCHNIG, *Istruzione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, p. 98; S. CASSESE, *La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 3614 ss.; S. CASSESE-A. MURA, *sub art. 33-34 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, p. 201 ss.; A. POGGI, *Art. 34*, in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 699 ss.; L. CORRADINI, *La Costituzione nella scuola*, Trento, 2014; F. PIZZOLATO, *La dimensione pedagogica della Costituzione*, in *Iustitia*, 2014, p. 409 ss.; M. BENVENUTI, *Articolo 34*, in *La Costituzione italiana*, a cura di F. CLEMENTI, Bologna, 2018, vol. I, p. 226 ss.; F. CORTESE, *La costituzione scolastica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 45 ss.

² N. DANIELE, *L'ordinamento scolastico italiano*, Padova, 1988; M. SALAZAR, *Pubblica istruzione (diritto alla)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1997; N. DANIELE, *La pubblica istruzione*, Milano, 2001; A. SANDULLI, *Il Sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003; A. SANDULLI, *Istruzione*, voce in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. IV, Milano, 2006, p. 3311 ss.; M. DI BENEDETTO, *Istruzione*, in *Enc. giur. Treccani*, 2008; C. SALAZAR, *Le dimensioni costituzionali del diritto all'istruzione: notazioni nel tempo della crisi*, in *Atti del convegno di Roma del 23 e 24 gennaio 2014*, a cura di F. ANGELINI - M. BENVENUTI, Napoli, 2014, p. 31 ss.; F. CORTESE, *L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale*, in *Unità e pluralismo culturale*, a cura di E. CHITI, Firenze, 2016, p. 151 ss.

³ C. MARZUOLI, *Istruzione e "Stato sussidiario"*, in *Dir. pubbl.* n. 1/2002, p. 131 ss.; F. GRANDI, *L'accesso ai più alti gradi dell'istruzione (Il diritto allo studio attraverso la lente del principio personalista)*, in *La disegualianza nello Stato costituzionale*, Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" 2015, in *gruppodipisa.it*; A. D'ANDREA, *Diritto all'istruzione e ruolo della Repubblica*, in *Scritti in onore di A. PACE*, vol. II, Napoli, 2012, p. 1306.

⁴ B. NASCIMBENE, (a cura di) *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004; A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e doveri degli stranieri*, in *Riv. telem. giuridica dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2011; V.S. PENASA, *La persona e la funzione promozionale della scuola: la realizzazione del disegno costituzionale e il necessario ruolo dei poteri pubblici. I casi dell'istruzione delle persone disabili e degli alunni stranieri*, in F. CORTESE (a cura di) *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, Napoli, 2014.

i suoi effetti non solo nei confronti degli studenti, ma anche in relazione alle famiglie che, attraverso la scuola, ricevono un fondamentale servizio pubblico erogato dallo Stato. Si considerino altresì le differenti culture che caratterizzano i discenti o le diverse tipologie di intelligenze di cui sono dotati gli alunni che compongono le classi scolastiche: la presenza di discenti appartenenti a diverse etnie e culture, dotati di intelligenze differenti o affetti da patologie fisiche o psichiche impone alla scuola di tenere conto delle diversità, garantendo la libertà di ciascuno nel rispetto delle esigenze di tutti, mediante l'organizzazione di percorsi didattici differenziati in classi comuni.

I predetti percorsi sono ispirati al modello di scuola inclusiva⁵ che costituisce l'esito di un complesso procedimento di trasformazione del sistema scolastico in virtù del quale deve essere realizzato un ambiente educativo idoneo a rispondere ai bisogni di tutti i bambini, con particolare attenzione a coloro che presentano bisogni educativi speciali.

In passato, tali discenti incontravano molte difficoltà per accedere all'istruzione, in quanto la scuola era organizzata in modo da soddisfare le esigenze della collettività, senza tener conto delle situazioni particolari dei singoli studenti, ma con l'introduzione di leggi dello Stato e successivi regolamenti ed altri atti applicativi, il diritto all'istruzione dei minori disabili⁶, di coloro che presentano un disturbo specifico dell'apprendimento, degli immigrati, ha trovato piena tutela, mentre è in via di regolamentazione la didattica riservata agli studenti dotati di alto potenziale cognitivo.

⁵E. CODINI, *I disabili nella scuola tra mera inclusione ed eguaglianza sostanziale dopo il decreto legislativo 13 aprile 2017 n. 66*, in *Amministrazione in cammino*, febbraio 2018, che si sofferma sulle differenze tra "integrazione" ed "inclusione" e specifica che "mentre nella legge n. 104 parlando di integrazione si ragiona in termini di cambiamento non solo della scuola ma anche del disabile come risposta a reciproche istanze (così come per gli immigrati si delinea *l'integration as a two way process*), nella prospettiva dell'eguaglianza sostanziale del resto richiamata dall'articolo 1 (non a caso il termine integrazione emerge nel linguaggio legislativo nella legge n. 517 del 1977 che introduce la figura dell'insegnante di sostegno col compito di supportare il disabile in vista del raggiungimento per quanto possibile degli stessi obiettivi dei compagni), nel decreto n. 66 parlando di inclusione si pensa invece solo a un adeguarsi della scuola, tenuta ad essere luogo accogliente il che, come sopra osservato, può essere coerente ad esempio anche con una mera finalità di socializzazione". L'A. più avanti però chiarisce che in riferimento all'inclusione piuttosto che all'integrazione non va trascurato che si parla di integrazione e di inclusione senza porre nettamente la differenza, e che, più in generale, il significato di queste parole è relativamente indeterminato e variabile. Ad esempio nella sopra citata Convenzione ONU si parla di inclusion ma l'obiettivo primario indicato all'articolo 24 dedicato all'Education è «the full development of human potential», dunque una logica analoga a quella del principio di eguaglianza sostanziale; c'è poi la tesi che sembra vedere nell'inclusione un approccio che semplicemente andrebbe a contrastare in un'ottica di personalizzazione del percorso una logica dell'integrazione che il rapporto con l'eguaglianza sostanziale avrebbe spinto in una direzione standardizzante non rispettosa delle differenze". E. BOSCOLO, *Istruzione e inclusione*, in *Munus*, 2014, p. 165 ss.

⁶P. ADDIS, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità*, in *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, (a cura di) E. CATELANI - R.TARCHI, Napoli, 2015, p. 147 ss.; L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2015, fasc. IV, p. 1 ss.; G. ARCONZO, *Il diritto allo studio delle persone con disabilità dalla Riforma Gentile ai giorni nostri*, in *Scritti in ricordo di Walter Fornasa*, Milano, 2016, p. 21 ss.; L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità*, in *Le definizioni nel diritto*, a cura di F. CORTESE - M. TOMASI, Napoli, 2016, p. 335 ss.

La trasformazione del sistema scolastico verso una scuola inclusiva⁷ si pone l'obiettivo di consentire, ad ogni discente, di fruire pienamente del diritto all'istruzione, attraverso una pianificazione didattica personalizzata che prevede l'utilizzo di strumenti idonei ad affrontare le difficoltà particolari di ciascuno. A tal fine, devono essere garantiti i supporti necessari per poter effettivamente fruire dell'istruzione, mediante misure efficaci di sostegno personalizzato in ambiente comune che consentano di raggiungere gli obiettivi scolastici adeguati alle reali capacità dell'individuo.

Il sistema scolastico inclusivo comporta evidenti vantaggi non solo per i disabili, in un quadro costituzionale che impone alle istituzioni di favorire lo sviluppo della personalità, ma anche per le famiglie e per la società nel suo complesso.

Infatti, l'inserimento e l'integrazione nella scuola evitano la segregazione, la solitudine, l'isolamento, nonché il pregiudizio che ne deriva, in termini umani ed economici (potenzialmente insostenibili per le famiglie) e rivestono fondamentale importanza anche per la società nel suo complesso, perché rendono possibili il recupero e la socializzazione.

Inoltre, l'inserimento e l'integrazione nella scuola, nel lungo periodo, consente al Sistema sanitario nazionale di contenere le prestazioni che si renderebbero necessarie in mancanza delle attività svolte durante periodi fondamentali dell'età evolutiva.

La complessità della funzione esercitata dal sistema scolastico giustifica la coesistenza di una pluralità di posizioni giuridiche, pubbliche e private, che comprendono libertà, diritti, interessi legittimi, obblighi, con ricadute di grande rilievo sul problema della tutela giurisdizionale, sia con riferimento all'impugnabilità di alcuni atti, afferenti ai procedimenti correlativi, sia con riguardo alle azioni esperibili e alla giurisdizione che deve essere adita, al fine di garantire tutela effettiva e piena applicazione alle norme introdotte dal legislatore in tema di istruzione ed ai principi costituzionali che pervadono l'intero assetto normativo in materia.

Da qui l'esigenza di svolgere la trattazione di alcuni profili di tutela giurisdizionale del diritto all'istruzione, con particolare riferimento alle questioni controverse concernenti le categorie più deboli di studenti, in favore dei quali la scuola deve adottare strategie didattiche e strumenti speciali, con conseguente esigenza di tutela giurisdizionale nel caso di inadempimento, da parte dell'amministrazione, ai predetti obblighi.

⁷ Per una analisi delle norme in materia di inclusione scolastica degli studenti con disabilità si veda F. DAL PASSO - A. LAURENTI, *La scuola italiana. La riforma del sistema scolastico dal 1848 ad oggi*, Aprilia 2017, pp. 226-227.

2. Diritto all'istruzione ed inclusione scolastica.

L'intervento del legislatore in materia di istruzione degli studenti portatori di handicap è stato, per molto tempo, frammentario e non soddisfacente delle reali e specifiche esigenze, tanto da relegarli in uno stato di emarginazione, alla periferia della cultura e della società.

L'istruzione in contesti separati rispetto a quelli comuni veniva giustificata alla luce dei tratti particolari propri degli studenti i quali, non riuscendo ad adeguarsi ai contesti di gruppo, venivano inseriti in classi speciali, con percorsi educativi e didattici differenziati rispetto ai coetanei.

Con l'entrata in vigore della legge 4 agosto 1977, n. 517 art. 7 sono state abolite le classi cosiddette "differenziali" ed è stato previsto l'inserimento (inteso come "presenza di un soggetto con caratteristiche specifiche in un contesto ordinario") degli studenti con disabilità nelle classi comuni. Tale previsione non contemplava la trasformazione o l'adattamento dell'ambiente scolastico alle esigenze e bisogni del disabile ma ne consentiva esclusivamente la presenza in classe, con l'affiancamento di un docente di sostegno, sottolineando e mantenendo la condizione di diversità del disabile rispetto agli altri.

In tale contesto la Corte costituzionale, con sentenza 8 giugno 1987, n. 215 ha introdotto dei principi che hanno condizionato fortemente l'evoluzione della disciplina relativa alla specifica materia. Sul presupposto tecnico-scientifico della possibilità di recupero degli alunni con disabilità la Corte ha affermato che la preclusione agli studenti disabili dell'accesso agli istituti d'istruzione superiore sulla base di una mera presunzione d'incapacità, senza aver predisposto misure idonee a compensare le difficoltà, determina la violazione dell'art. 3 secondo comma della Costituzione, secondo cui le istituzioni hanno il dovere di eliminare ogni tipo di ostacolo alla istruzione.

Il problema della disuguaglianza degli alunni handicappati rispetto ai soggetti normodotati è stato successivamente affrontato con la legge n. 104/1992 che contiene alcune disposizioni che regolano il diritto delle persone disabili all'educazione e all'istruzione, secondo il principio della integrazione scolastica, quale strumento per perseguire l'integrazione sociale.

In particolare, l'art. 12 ha dato applicazione ai principi introdotti (con riferimento alla scuola dell'obbligo) dall'art. 28, comma 3 della legge 30.3.1971, n. 118 (successivamente abrogato) secondo cui l'istruzione deve essere garantita nelle classi comuni della scuola pubblica. La predetta norma contemplava anche la possibilità che venissero formate delle classi speciali costituite da soggetti disabili e vietava, in maniera espressa, l'inserimento nelle classi comuni degli studenti con disabilità psichiche o fisiche particolarmente gravi. Tale divieto è stato eliminato dall'art. 12 della predetta legge 104/1992, secondo cui i disabili in condizione di gravità devono essere inseriti nelle classi comuni a partire dalla scuola materna.

L'obiettivo principale di tale disposizione è l'affermazione del diritto a coltivare le attitudini della persona all'interno della comunità scolastica, in quanto l'attenzione alle potenzialità, invece che ai deficit,

stimola dinamiche di arricchimento reciproco tra bambini normodotati e disabili che devono essere considerati, all'interno della scuola, come una risorsa e non come una fonte di disagio.

Pertanto, ai bambini disabili devono essere garantiti non solo l'apprendimento (inteso come recepimento di conoscenze) ma anche l'acquisizione delle abilità sociali, al fine di costruire delle relazioni funzionali con i coetanei. Tale aspetto dell'attività scolastica acquisisce particolare rilievo in ordine ai bambini con un potenziale cognitivo ridotto, per i quali le esperienze relazionali, di cui è possibile fruire in ambito scolastico, costituiscono un importante strumento di sviluppo psicofisico.

L'esigenza di garantire l'istruzione mediante l'integrazione emerge in modo chiaro dal disposto dell'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006, alle quali è riconosciuto il diritto di ricevere un'istruzione nel rispetto del principio delle pari opportunità, con le medesime possibilità ed occasioni formative assicurate a tutti gli altri studenti, evitando le discriminazioni, le classi differenziate e ogni strategia di insegnamento che determini emarginazione dello studente con diversità, di cui va promossa l'autostima, la dignità, lo sviluppo del potenziale e dei talenti specifici.

Il concetto di integrazione scolastica si traduce nel prevedere la presenza di un allievo con bisogni particolari in un contesto ordinario al quale il disabile può adattarsi grazie all'utilizzo di misure speciali previste dall'ordinamento in applicazione del principio di uguaglianza sostanziale. Tali misure consistono nella elaborazione di un piano educativo individualizzato (PEI) e nel supporto di un docente specializzato di sostegno, il cui ruolo è indispensabile per l'effettività del diritto all'istruzione dell'alunno con disabilità anche a fronte di esigenze di bilancio⁸. A tal fine, devono essere assicurati i supporti necessari per poter effettivamente fruire dell'istruzione, mediante misure efficaci di sostegno personalizzato in ambiente comune, che consentano di raggiungere gli obiettivi scolastici adeguati alle reali capacità di ciascun individuo.

Il sistema di integrazione scolastica affermatosi con l'entrata in vigore della su richiamata legge 104/1992 ha subito una importante evoluzione determinata dalla introduzione (a partire dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006) di un nuovo concetto di disabilità che si ispira al superamento della concezione medico-clinica per privilegiare l'orientamento secondo cui la quale la condizione del disabile andrebbe ricondotta in parte a ragioni medico-cliniche e, in parte, socio-culturali. La disabilità, pertanto, non deve più intendersi come espressione di una condizione patologica imputabile esclusivamente al singolo, ma subisce l'influenza dell'interazione fra individuo e ambiente, per cui, per

⁸ Corte cost., 15 febbraio 2000, n. 52, in *Giur. cost.* 2000, p. 413 ss., Corte cost., 22 giugno 2000, n. 226, in *Giur. cost.*, p. 1773 ss.; Corte cost., 4 luglio 2008 n. 251, in *Giur. cost.* 2008, p. 2931; Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 431, p. 4877 ss.; Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80.

rimuovere gli ostacoli di cui all'art. 3 comma 2 della Costituzione, è necessario agire sulle condizioni ambientali proprio perché le “barriere” (intese quale impedimento alla realizzazione piena ed effettiva della personalità individuale all'interno della società), sono determinate dalla relazione tra la situazione sanitaria e il contesto socio-culturale e ambientale.

Ne deriva che, mentre in passato la scuola si occupava di favorire l'integrazione dello studente con disabilità che veniva inserito nel contesto scolastico svolgendo attività di tipo differente rispetto agli altri studenti, con l'evoluzione del concetto di disabilità è stato introdotto il modello di scuola inclusiva che tende a rendere più ampie le finalità della scuola, prevedendo una programmazione didattica ed educativa idonea a soddisfare le esigenze di ciascuno studente. A tal fine, la scuola è sottoposta ad un processo di continua evoluzione ed è chiamata ad utilizzare le risorse umane in modo da sostenere la partecipazione attiva all'istruzione di tutti gli allievi all'interno di un contesto educativo che deve essere adattato alle esigenze di apprendimento di ciascun bambino.

La didattica inclusiva si basa sull'apprendimento cooperativo meta-cognitivo ed è caratterizzata da una modalità di gestione della classe che si fonda sull'interdipendenza positiva dei ruoli e sull'uguaglianza delle opportunità di successo formativo per tutti.

La disciplina costituzionale, muovendo dal riconoscimento dei diritti inviolabili, tende a garantire l'inclusione del singolo e la rimozione degli ostacoli che impediscano il pieno sviluppo della persona, in modo che l'istruzione possa raggiungere anche i soggetti più emarginati (la cui personalità deve essere potenziata culturalmente e professionalmente) e sia perseguita l'effettiva inclusione sociale.

Al fine di garantire il diritto all'istruzione, l'amministrazione è chiamata ad organizzare un sistema scolastico complesso che prevede l'attività concorrente di alunni, famiglie, istituzioni scolastiche, in modo da raggiungere l'obiettivo della valorizzazione e crescita della persona⁹, attraverso percorsi didattici che tengano conto delle capacità e delle inclinazioni di ciascuno. Ne deriva una posizione di diritto-dovere¹⁰ all'istruzione, regolata dal d.lgs. n. 76/2005, che definisce l'istruzione un obiettivo condiviso tra le diverse componenti della società (coinvolte a vario titolo nell'attività in esame), tenuto conto che, al diritto del singolo (con la propria famiglia) di ricevere un servizio dallo Stato, corrisponde il dovere di essere

⁹ S. PENASA, *La persona e la funzione promozionale della scuola* cit., pp. 12-13.

¹⁰ D. SORACE, *I nuovi organi collegiali della scuola al lavoro: prime considerazioni*, in *Foro amm.*, 1975, p. 340 ss.; M. GIGANTE, *Strutture gerarchiche dell'amministrazione scolastica e nuovi organi collegiali*, in *Foro amm.*, 1974, p. 753 ss.; M. COCCONI, *I nuovi regolamenti di organizzazione dei ministeri*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 1025 ss.; L. GIANI - H. SIMONETTI, *L'organizzazione amministrativa della scuola*, in *Commentario al codice della scuola*, Brescia, 2003; A. IACOPINO, *L'organizzazione amministrativa del sistema dell'istruzione: compatibilità costituzionale del modello*, in *Diritto dell'economia*, 2011, p. 285 ss.; S. PELLIZZARI, *L'organizzazione dell'amministrazione scolastica e della scuola statale*, in *Tra amministrazione e scuola* cit., p. 41 ss. R. CALVANO, *Il diritto-dovere all'istruzione. La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?* Seminario del gruppo di Pisa, 19 ottobre 2018.

istruito e di formarsi per cooperare alla diffusione della cultura e al progresso dell'intera società¹¹. Per conseguire tale obiettivo è stato introdotto un sistema organizzato di istruzione con obbligo di frequenza della scuola e successiva formazione¹², in modo che sia garantita la costituzione di una comunità politica libera e consapevole e una società di persone autonome ed in grado di accedere al mondo del lavoro¹³. Ne deriva che anche la disciplina concernente le verifiche sugli apprendimenti deve evitare ogni discriminazione, anche potenziale, ovviando al sorgere di barriere che possano incidere negativamente sull'avviamento al lavoro, ponendosi, altrimenti, questioni di costituzionalità delle disposizioni che rendano più difficoltoso il conseguimento del titolo di studio, a causa della disabilità¹⁴. In tale contesto

¹¹ La Corte costituzionale già con la sentenza n. 7/1967 ha affermato che il diritto all'istruzione non va considerato come un diritto svincolato dall'adempimento di corrispondenti doveri. "Invero, l'art. 30 addita, a proposito dell'istruzione, nella sua formula composita, il binomio dovere-diritto come operante nel campo di quei rapporti etico-sociali (tale è il titolo sotto cui la norma è ricondotta) che trovano nella famiglia il loro fondamentale ambiente e movente".

¹² R. MORZENTI - PELLEGRINI, *Istruzione e formazione nella nuova amministrazione decentralizzata della Repubblica*, Milano 2004; F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008.

¹³ M. GIACHETTI FANTINI, *L'istruzione e la formazione professionale*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione* cit., p. 367 ss.; P.A. VARESI, *L'istruzione e la formazione professionale*, in *Costituzione e istruzione*, a cura di G. MATUCCI - F. RIGANO, Milano, 2016, p. 169 ss.; V. ATRIPALDI, *Cultura e istruzione per la formazione di una cittadinanza consapevole*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, cit. p. 21 ss.; E. PAPARELLA, *L'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, cit. p. 303 ss.; G. GALAZZO, "Obbligatoria e gratuita", in *Costituzione e istruzione*, a cura di G. MATUCCI e F. RIGANO, Milano, 2016, p. 325 ss.

¹⁴ Corte Cost. 19 ottobre 2016 n. 275, con note di A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2017; R. CABAZZI, *Diritti incompressibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 1/2017; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Giur. cost.*, n.1/2017; A. LOINGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Federalismi*, n. 10/2017. La Corte con la su indicata sentenza ha ritenuto illegittima una disposizione regionale perché condizionava a generiche, insufficienti e indefinite previsioni di bilancio il finanziamento da parte della Regione del 50 per cento delle spese sostenute dalle Province per il trasporto degli studenti con disabilità ed ha riaffermando la natura fondamentale del diritto all'istruzione delle persone con disabilità, garantito dall'art. 38 Cost. e tutelato anche dall'art. 24 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 con legge 3 marzo 2009 n. 18. Nella medesima pronuncia, la Corte ha altresì ribadito che, nell'attuazione di tale diritto fondamentale, il legislatore, chiamato a predisporre gli strumenti anche finanziari necessari alla sua effettiva realizzazione, è tenuto ad assicurare la tutela del nucleo essenziale di tale diritto, che comprende anche il servizio di trasporto scolastico e di assistenza. L'effettiva fruibilità del nucleo indefettibile dei diritti delle persone con disabilità non può dipendere da scelte finanziarie che il legislatore compie con previsioni che lasciano "incerta nell'an e nel quantum la misura della contribuzione". Dello stesso tenore è la più recente decisione della Corte Costituzionale, in data 11.04.2019 n. 83 che segue l'orientamento volto a circondare di adeguate garanzie l'effettività del diritto all'istruzione degli alunni con disabilità fisiche e sensoriali, anche attraverso adeguate dotazioni strumentali e finanziarie. Muovendo dalla considerazione che sulla condizione giuridica della persona con disabilità confluisce un complesso di «valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale» (Corte Cost. n. 232 del 2018, n. 258 del 2017, n. 275 del 2016, n. 215 del 1987), la Corte riafferma il principio secondo cui i servizi che danno attuazione ai diritti costituzionali devono essere erogati «senza soluzioni di continuità, in modo che sia assicurata l'effettività del diritto della persona con disabilità all'istruzione e all'integrazione scolastica» (Corte Cost., sentenza n. 110 del 2017; n.192 del 2017). Tali pronunce sono espressione di una risalente traccia giurisprudenziale e normativa che riconosce un valore centrale all'integrazione scolastica delle persone con disabilità: si evidenzia la sentenza n. 215 del 1987 cui la Corte ha rilevato che la frequenza scolastica, insieme alle pratiche di cura e riabilitazione ed al proficuo inserimento nella famiglia, è fattore fondamentale per il complessivo sviluppo della personalità. Inoltre, ha affermato che è innegabile che l'apprendimento

trova ampia applicazione il principio di pari dignità sociale¹⁵ in quanto al diritto del discente di usufruire di un servizio sociale¹⁶ corrisponde non solo il dovere, per le famiglie, di avviare all'istruzione i propri figli, ma anche l'obbligo, per lo Stato, di garantire un sistema scolastico che fornisca ogni strumento utile e necessario a far conseguire l'istruzione adeguata a ciascuna persona, eliminando le eventuali condizioni di svantaggio e ponendo tutti nella medesima condizione di idoneità all'apprendimento. Ecco perché l'istruzione costituisce uno strumento di riequilibrio sociale che consente di superare la discriminazione tra le persone, mediante strumenti di compensazione delle carenze economiche, sociali, culturali, al fine di garantire diritti soggettivi collegati al perseguimento di interessi pubblici e privati. Lo sviluppo della cultura, insieme alla ricerca scientifica e tecnica, è oggetto fondamentale di promozione da parte della Repubblica (art. 9, co. 1, Cost.) per cui il principio secondo cui la scuola deve essere "aperta a tutti" gode di piena dignità costituzionale affinché lo sviluppo della società non sia legato alla capacità economica di ciascun individuo ma sia garantito a tutti, senza alcuna discriminazione. Lo Stato deve, infatti, assicurare il diritto assoluto ed inviolabile all'istruzione e all'inserimento scolastico a tutti i cittadini ed in special modo a coloro che incontrano ostacoli di natura economica e sociale o che, comunque, versino in situazione di svantaggio. Per raggiungere tale obiettivo nel corso del tempo sono intervenute le diverse riforme sopra accennate volte a rendere il servizio scolastico¹⁷ efficace ed idoneo a creare un collegamento con il mondo del lavoro, al fine di assicurare allo Stato un ritorno economico, in termini di partecipazione allo sviluppo sociale da parte di coloro che hanno usufruito del servizio scolastico e formativo erogato dallo Stato¹⁸.

e l'integrazione nella scuola sono, a loro volta, funzionali ad un più pieno inserimento dell'alunno con disabilità nella società e nel mondo del lavoro (sentenza n. 215 del 1987; nello stesso senso, sentenza n. 80 del 2010, che, a sua volta, richiama le sentenze n. 251 del 2008 e n. 226 del 2000).

¹⁵ G. FERRARA, *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, II, Milano, 1974, p. 1089 ss.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2007, p. 67 ss.; A. GUAZZAROTTI, *Eguaglianza e pari dignità*, in AA.VV., *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, p. 196 ss.; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011; M. RUOTOLO, *Eguaglianza e pari dignità sociale. Appunti per una lezione*, in *Lex social*, 2/2013; A. RUGGERI, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta online*, II, 2018.

¹⁶ M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, cit., p. 150 ss.

¹⁷ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2017, pp. 233-234; V.A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 6; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, p. 79 ss.

¹⁸ In tale contesto l'art. 1, comma 7, lett. D della legge n. 107 del 2015 (cd. Buona scuola) fissa, come obiettivo, il "potenziamento delle conoscenze in materia giuridica ed economico-finanziaria e di educazione all'autoimprenditorialità" e ha spinto il Ministero dell'istruzione, università e ricerca scientifica a promuovere un programma operativo nazionale che mette in risalto l'esigenza di acquisire competenze per conseguire l'apprendimento, formulando progetti per il potenziamento dell'autoimprenditorialità. Sulla riforma introdotta con legge n. 107/2015 si veda A. POGGI, *Il d.d.l. sulla Buona scuola*, in *Federalismi.it*, 2015, fasc. IX, p. 2 ss.; E. PICOZZA, *Linee generali della riforma della scuola italiana*, in *La buona scuola: introduzione alla riforma dell'istruzione italiana*, a cura di V. CAPUZZA - E. PICOZZA - N. SPIRITO, Torino, 2016, p. 2 ss.; M. TRAPANI, *La riforma della scuola: la tela di Penelope ed i suoi intrecci*, in *Poteri*

Proprio alla luce dell'importantissimo ruolo svolto dalla scuola nello sviluppo della società, affinché l'azione educativa sia efficace, è indispensabile l'applicazione della didattica inclusiva che offre al docente le competenze necessarie per trasformare un'aula non solo in un luogo di istruzione per tutti, ma in un contesto di inclusione per ciascuno, mediante una progettazione didattica che mira all'individualizzazione e alla personalizzazione¹⁹ degli apprendimenti.

3. L'organizzazione del sistema scolastico inclusivo e la nomina del docente di sostegno.

La legge n. 104/92 prevede una serie di strumenti che devono essere utilizzate al fine di supportare gli allievi in funzione dei bisogni specifici di ciascuno ed, in particolare, riconosce ai portatori di handicap, il diritto alla nomina di un insegnante dotato di una formazione specifica, che svolga la sua attività didattica all'interno della classe nella quale è inserito l'alunno a cui deve essere garantita una didattica individuale²⁰. L'assegnazione dell'incarico al docente di sostegno è preceduta da un procedimento articolato condotto nell'ambito del sistema della scuola inclusiva che è stato modificato con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 66 del 2017 (attuativo di una delle deleghe di cui alla legge n. 107 del 2015 recante norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità), mediante la riorganizzazione del sistema territoriale per l'inclusione e la distribuzione delle competenze tra organi istituiti a differenti livelli territoriali²¹.

A livello regionale, il Gruppo di lavoro interistituzionale²² esercita funzioni di consulenza e di proposta per la definizione, l'attuazione e la verifica degli accordi di programma, in merito all'orientamento e ai percorsi scuola-lavoro da effettuarsi sul territorio regionale. Tale organo svolge, inoltre, una funzione di supporto di natura consultiva sia in favore dei gruppi per l'inclusione territoriale che delle reti di scuole per la progettazione e la realizzazione dei Piani di formazione del personale della scuola.

Il Gruppo per l'inclusione territoriale²³ riceve dai dirigenti scolastici le proposte di quantificazione delle risorse di sostegno didattico, le verifica e formula la relativa proposta all'USR. A livello di ciascuna

normativi del Governo ed effettività dei diritti sociali, a cura di L. AZZENA - E. MALFATTI, Pisa, 2017, p. 83 ss.. A. CASSATELLA, *La valutazione scolastica*, in *Tra amministrazione e scuola cit.*, p. 72.

¹⁹ M.A. ZANETTI, *Per una personalizzazione dell'insegnamento a favore degli studenti ad alto potenziale*, *Psicologia dell'educazione*, Vol. 6, 2, pp. 153-154.

²⁰ G. MATTUCCI, *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, in G. MATTUCCI – F. RIGANO' (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano, 2016, p. 299.

²¹ M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m. della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, 2002, p. 345 ss.; C. PINELLI, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, comma 2, lettera m Cost.)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 881 ss.

²² Il GLI opera presso l'Ufficio scolastico regionale ed è presieduto dal dirigente preposto all'USR con la partecipazione paritetica dei rappresentanti delle Regioni, degli Enti locali e delle associazioni interessate maggiormente rappresentative a livello regionale.

²³ Il GIT è composto da tre dirigenti scolastici afferenti al medesimo ambito territoriale, due docenti per la scuola dell'infanzia e primaria e un docente per il secondo ciclo di istruzione, un ulteriore dirigente scolastico con funzioni di

istituzione scolastica opera il Gruppo di lavoro per l'inclusione (GLI) composto da docenti curricolari, docenti di sostegno e personale ATA, nonché da specialisti della Azienda sanitaria locale del territorio di riferimento dell'istituzione scolastica. Il gruppo è nominato e presieduto dal dirigente scolastico ed ha il compito di supportare il collegio dei docenti nella definizione e realizzazione del Piano per l'inclusione nonché i docenti contitolari e i consigli di classe nell'attuazione dei piani educativi individualizzati.

La decisione di distribuire la competenza su livelli differenti è intervenuta a seguito della revisione della bozza originaria del testo normativo che attribuiva ad un unico organo (il GIT) la funzione fondamentale di quantificare le ore di sostegno per il singolo studente disabile iscritto nell'ambito territoriale di competenza, al fine di assicurare la realizzazione di un piano educativo individualizzato adeguato alle esigenze dello studente, sia pure nel rispetto dei limiti delle risorse disponibili.

Secondo la relazione della Commissione parlamentare, l'individuazione di un organo unitario rispondeva all'esigenza di garantire equità, oggettività, trasparenza e parità di trattamento nella distribuzione delle risorse per il sostegno, fermo restando il principio introdotto dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 80/2010²⁴ secondo cui il numero di docenti di sostegno non può essere limitato per ragioni di natura economica poiché, in relazione alle disposizioni concernenti la tutela dei diritti delle persone disabili, deve essere assicurato "un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati".

Il legislatore ha, tuttavia, prescelto un sistema organizzativo che si ispira al modello di amministrazione multilivello, costituita da organi che operano a differenti livelli, centrali e periferici, e che esercitano un'azione condivisa e funzionale alla soddisfazione di interessi di comunità locali, mediante una gestione integrata dell'attività.

Nell'ambito del predetto sistema multilivello viene condotto il procedimento per la nomina del docente di sostegno che prende avvio a seguito della istanza documentata dei genitori dei minori che presentano i requisiti di cui all'art. 3 della legge n. 104/1992.

Tale istanza determina il sorgere, all'interno della scuola, di una esigenza didattica speciale, alla quale l'istituzione non è in grado di far fronte con le risorse ordinarie, per cui il dirigente scolastico dà avvio al procedimento per la nomina di uno o più docenti di sostegno.

A seguito della diagnosi di soggetto portatore di handicap, (secondo il procedimento previsto dall'art. 35, ultima parte del comma 7 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, attuato col regolamento di cui al D.P.C.M.

Presidente, tutti nominati con decreto dell'Ufficio scolastico regionale. Al fine di assolvere ad altri compiti di consultazione, programmazione delle attività e coordinamento degli interventi di competenza dei diversi livelli istituzionali sul territorio, il GIT è integrato dalle associazioni rappresentative, dagli Enti locali e dalle Aziende sanitarie locali.

²⁴ R. C. CIANO, *Il contenuto essenziale del diritto all'istruzione dell'alunno disabile: cancellate le limitazioni degli insegnanti di sostegno*, in *giustamm.it*; E. PAPARELLA, *Il diritto all'integrazione all'istruzione scolastica dei soggetti diversamente abili: recenti politiche governative*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, 2010, p. 961.

23 febbraio 2006, n. 185) viene avviato un procedimento che si deve concludere, possibilmente, prima dell'inizio dell'anno scolastico, al fine di contemperare le esigenze organizzative dell'istituzione e il diritto dell'alunno di iniziare il percorso scolastico, usufruendo della didattica personalizzata prevista dalla legge. Nel corso del procedimento gli organi tecnici si occupano di descrivere analiticamente lo stato psicofisico dell'alunno in situazione di handicap e il livello di sviluppo prevedibile in un certo periodo di tempo. Successivamente, il gruppo di lavoro operativo per l'handicap²⁵ dovrà redigere il piano educativo individualizzato nel quale vengono descritti gli interventi integrati, predisposti in riferimento ad un periodo predeterminato, al fine di garantire il diritto all'educazione e all'istruzione attraverso una didattica personalizzata. In tale documento è contenuta la proposta relativa all'individuazione delle risorse, con indicazione del numero di ore di docenza di sostegno ritenute necessarie per garantire il diritto all'educazione e all'istruzione, nonché l'esigenza di altre risorse professionali e materiali, necessarie per l'integrazione e l'assistenza dell'alunno disabile, che dovranno essere fornite dalle istituzioni competenti. In alcuni casi, l'indicazione del numero delle ore di docenza di sostegno è già contenuta nel profilo dinamico funzionale, che costituisce l'atto presupposto al piano educativo, per cui il gruppo di lavoro prende atto della determinazione della commissione multidisciplinare e provvede ad indicare nel P.E.I. le modalità attraverso le quali le ore di sostegno dovranno essere utilizzate per il raggiungimento degli obiettivi fissati per il singolo alunno.

L'individuazione delle ore di sostegno comporta che il soggetto dotato del potere di provvedere si pronunci sulle determinazioni provenienti da organi specializzati che, dopo una attenta indagine di natura tecnica, accertativa e valutativa, compiono una pianificazione delle attività, indicando le necessarie risorse per perseguire gli obiettivi. Da qui l'atto propulsivo del dirigente scolastico presso l'Ufficio scolastico regionale, chiamato a decidere a seguito dell'attività istruttoria compiuta dal gruppo per l'inclusione territoriale che, esaminato l'atto propulsivo del dirigente scolastico e svolto ogni accertamento e valutazione utile, procede alla quantificazione delle risorse necessarie alla scuola proponente e formula una proposta di attribuzione delle risorse all'Ufficio scolastico regionale.

4. Il ruolo della proposta nel procedimento per la nomina del docente di sostegno

Nell'articolato procedimento sopra descritto va evidenziato il ruolo di grande rilievo svolto dalla proposta, nel rapporto tra gli organi innanzi ai quali si compiono le fasi del procedimento, presso gli enti che operano nei diversi livelli territoriali.

²⁵ Il GLHO è costituito da operatori sanitari individuati dalla Azienda sanitaria, dal personale insegnante curricolare e di sostegno della scuola (con la partecipazione dell'insegnante operatore psico-pedagogico se presente nella scuola) in collaborazione con i genitori.

La proposta è estrinsecazione di una determinazione volitiva del proponente diretta ad ottenere, da altri soggetti, l'emanazione di un provvedimento ritenuto idoneo ad affrontare e risolvere una problematica di interesse pubblico²⁶. Il soggetto dal quale promana la proposta è, normalmente, un'autorità amministrativa che si rivolge ad un altro soggetto pubblico al quale prospetta una determinata situazione ed indica la soluzione da adottare. Il decidente, a seconda del tipo di proposta, può essere più o meno vincolato a decidere in conformità alla proposta stessa, che deve essere formulata per iscritto²⁷ in modo tale da consentire al destinatario di valutarne il contenuto, al fine di adottare una pronuncia obbiettiva e imparziale che non si ponga in contrasto con il pubblico interesse²⁸, tenuto conto che essa, tipicamente, contiene l'esame e la valutazione dei presupposti di fatto e diritto, posti a base della decisione che può contenere una motivazione²⁹ *per relationem* rispetto ad una precedente proposta.

Il potere decisorio non viene esercitato solo con l'adozione del provvedimento, ma attraverso un'azione procedimentale idonea a spiegare effetti, sia pure in via indiretta (per mezzo del provvedimento), sui terzi destinatari dell'esercizio del potere. Il provvedimento, infatti, scaturisce da una complessa attività in cui vengono accertati i fatti, sono individuate ed interpretate le norme da applicare, sono selezionati gli interessi rilevanti (tenuto conto delle attività partecipative), vengono ponderati gli interessi privati nel

²⁶ M. BRACCI, *La proposta in diritto amministrativo*, Roma, 1925, ristampa, Firenze, 1961; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La proposta nel diritto pubblico*, Roma, 1936; V.R. CASULLI, voce *Proposta* in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 95 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, p. 137 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, p. 833 ss.; G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, 1975, p. 174 ss.; M. BREGANZE, voce *Proposta e designazione* (dir. pubbl.), in *Enc. giur. Treccani* vol. XXIV, Roma, 1991; B. CAVALLO, *Provvedimenti ed atti amministrativi*, Padova, 1993, p. 182 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, p. 79 ss.; A. TRAVI, *Proposta* in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, XII, p. 100 ss.; S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 13 ss.; P. LAZZARA, *I procedimenti a istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (L. 241/90) alla Direttiva servizi (2006/123/CE)*, Napoli, 2008; E. CARACCIOLO LA GROTTIERA, *La proposta nell'attività della pubblica amministrazione*, Napoli, 2018.

²⁷ F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 267.

²⁸ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, 178; Idem *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 564 ss. D. SORACE, *Atto amministrativo* in *Enc. dir. Annali* III, 58 secondo cui "dovrebbe ritenersi vigente il principio di libertà delle forme, malgrado il diverso orientamento della giurisprudenza, salvi restando naturalmente i casi, in cui una particolare modalità di manifestazione, anche non scritta sia imposta dalla legge come essenziale o appaia intrinsecamente irrinunciabile in relazione al suo contenuto ed agli effetti che l'ordinamento le connette".

²⁹ In dottrina sulla motivazione v. C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943, III, p. 2 ss.; M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo* in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; V. MAZZARELLI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, p. 1 ss.; L. CIMELLARO, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 441 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dell'atto amministrativo* in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997; G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione del provvedimento ed eccesso di potere*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 181 ss.; G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir. aggiorn.* vol.V, 2001; B.G. MATTARELLA, *Il declino della motivazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 618 ss.; B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in M. RENNA - F. SAIITA (a cura di) *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 521 ss.; G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 837; A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013. In merito al declino delle decisioni dotate di motivazione si veda M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 894.

raffronto con gli interessi pubblici³⁰. Si tratta di elementi che concorrono alla decisione e che si traducono in una proposta da sottoporre all'organo competente a provvedere, il quale dovrà conformarsi alla proposta stessa, salvo il potere di discostarsene, esplicitando le relative ragioni. La proposta si traduce, quindi, in un atto della serie procedimentale che assume una funzione particolarmente rilevante nell'esercizio dell'azione amministrativa, in quanto implica la ricostruzione di fatti ed interessi coinvolti nonché l'individuazione delle norme da applicare al caso concreto, rappresentando uno strumento di controllo dell'esercizio del potere, considerata la rilevanza del ruolo della proposta rispetto alla decisione. Il contenuto del provvedimento va ricondotto pertanto, non solo all'organo decidente, ma anche al proponente che coopera con il primo per concorrere a determinare la decisione più rispondente al caso concreto, distinguendo tra la fase decisionale, destinata alla valutazione della proposta, e la fase provvedimentale diretta a conferire forma giuridica alla decisione³¹, considerato l'apporto determinante del proponente nell'ambito dell'elaborazione della decisione.

L'efficacia della proposta può essere di diversa intensità, in quanto, in alcuni casi, l'organo ricevente ha l'obbligo di emanare un atto che accolga o respinga la proposta, mentre altre volte essa determina l'emanazione di ulteriori atti a contenuto non provvedimentale.

La proposta del dirigente scolastico che, rilevate le esigenze della scuola, si rivolge al gruppo per l'inclusione territoriale, è un atto di impulso che spiega gli effetti propri di tutti gli atti di iniziativa e stimola l'attività istruttoria e valutativa dell'organo competente che è chiamato a quantificare le risorse di cui necessita la scuola (proponendone l'assegnazione all'Ufficio scolastico regionale che è chiamato a decidere).

L'atto di impulso del dirigente si fonda sulla proposta del gruppo di lavoro per l'handicap che costituisce il risultato di una attività accertativa e valutativa di organi tecnici, volta ad individuare le strategie e le risorse necessarie per poterle attuare, alla luce delle possibilità di recupero e delle capacità possedute dallo studente. Ne deriva che l'organo decidente non possa prescindere dalla proposta formulata dall'organo tecnico che è destinata ad incidere sul contenuto della decisione. Tale atto, infatti, dà vita ad un rapporto di collaborazione tra proponente e destinatario, tenuto conto che l'assetto di interessi determinato dal proponente contribuisce, in maniera rilevante, alla produzione dell'effetto giuridico.

Nell'ambito del predetto rapporto di collaborazione per il conseguimento di un comune obiettivo, la proposta dell'organo specializzato, nel prospettare una certa situazione e suggerire il contenuto

³⁰ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, p. 81, il quale afferma che le scelte di base compiute dalla pubblica amministrazione si formano durante il processo decisionale poiché decidere vuol dire "por fine a quell'iter logico nell'agire dell'uomo che porta alla formulazione definitiva del programma d'azione, prima che l'azione stessa sia posta in essere.

³¹ A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

provvedimentale, ritenuto più consono al perseguimento dell'obiettivo da realizzare, dà impulso alla fase conclusiva del procedimento verso la sua definizione, mediante l'adozione dell'atto finale.

Nel procedimento in esame, la proposta del gruppo di lavoro per l'handicap e il provvedimento finale sono atti facenti parte di una stessa azione, nella quale il primo atto assolve una funzione strumentale e preparatoria all'adozione del secondo, per perseguire un obiettivo che la proposta non sarebbe in grado di realizzare.

Si tratta di atti che provengono da soggetti distinti nell'esplicazione di competenze diverse: l'uno, quale proponente, diretto a sollecitare un'autorità ad emanare un determinato provvedimento; l'altro, quale destinatario dell'attività del primo, nell'esercizio del potere di decidere sulla proposta ricevuta, dopo averne esaminato il contenuto.

Gli atti in esame sono caratterizzati da un rapporto funzionale di collegamento e sono espressione di due momenti procedurali che concorrono a dare vita ad una situazione giuridica che può essere il risultato di determinazioni valutative convergenti o diversificate sul contenuto della proposta.

Nel primo caso, la coincidenza della valutazione determina il sorgere di una fattispecie unitaria, che è il risultato dell'assorbimento del contenuto della proposta nella determinazione dell'autorità decidente di aderire alla proposta stessa, emanando il provvedimento conclusivo.

Nel secondo caso, la mancata condivisione della proposta, da parte dell'autorità chiamata a provvedere, può sfociare in una pronuncia negativa destinata a riflettersi sul contenuto dell'atto finale.

La proposta formulata dal gruppo di lavoro per l'handicap contiene valutazioni tecniche specialistiche rispetto alle quali l'ufficio scolastico regionale ha un potere discrezionale limitato. Pertanto, nel caso in cui l'ufficio scolastico non dovesse assegnare alla scuola le risorse oggetto di proposta, la decisione sarebbe illegittima perché gravemente lesiva del diritto all'istruzione del minore il quale, per le peculiarità analizzate dall'organo tecnico specializzato, può usufruire pienamente del servizio, soltanto attraverso la didattica individuale, per il tempo ritenuto necessario dal collegio tecnico e secondo la programmazione correlativa.

5. Gli strumenti per l'inclusione degli studenti con disturbi specifici dell'apprendimento

Le norme sopra citate garantiscono il supporto dell'insegnante di sostegno, che viene nominato a seguito al complesso procedimento sopra esaminato.

Vi sono però ulteriori categorie di alunni che necessitano di adeguato supporto, pur non essendo portatori di handicap. Per tali soggetti la legge 104/92 non prevede strumenti di sostegno, con conseguente violazione del principio delle pari opportunità tra gli studenti, tenuto conto che i soggetti caratterizzati da

deficit, sia pure non gravi, in carenza del supporto adeguato, non riescono a raggiungere gli obiettivi della classe e rischiano di essere emarginati con grave violazione del diritto fondamentale alla istruzione. Al fine di garantire idonei mezzi a supporto del diritto alla istruzione dei minori non portatori di handicap, ma che presentano dei disturbi specifici dell'apprendimento o che necessitano di strumenti educativi speciali, è intervenuta la successiva legge 8.10.2010, n. 170 che prevede l'applicazione di misure educative e didattiche a supporto dei soggetti che presentano disgrafia, discalculia, dislessia, disortografia³². Si tratta di problematiche per cui lo studente, pur essendo dotato di normali capacità cognitive, può essere limitato nello svolgimento di alcune funzioni, per cui è fatto obbligo alla scuola di pianificare una attività didattica che tenga conto delle esigenze del minore, con l'utilizzo di strumenti compensativi e dispensativi.

Dal raffronto delle due norme sopra citate appare evidente che la diversità di strumenti utilizzati è giustificata dai differenti obiettivi che gli studenti sono in grado di raggiungere.

Mentre i portatori di handicap hanno l'esigenza di avere il supporto, nella fase di apprendimento, da parte di un docente specializzato che utilizzi strategie didattiche ed educative *ad hoc*, nel caso di soggetti che non sono portatori di handicap l'obiettivo principale è quello di garantire l'autonomia dello studente. Per tale ragione, non è prevista la figura di un insegnante di sostegno, ma si consente allo studente di superare le proprie difficoltà per mezzo dell'adozione di strategie didattiche mirate e dell'uso di adeguati strumenti tecnologici (come, per esempio, personal computer o tablet dotati di apposito software, testi in formato digitale e sintesi vocale, calcolatori) capaci di limitare il deficit e di valorizzare le attitudini peculiari ed il potenziale dell'alunno, il quale deve essere messo in condizione di partecipare alle attività della classe in maniera autonoma, alla stregua degli altri compagni.

In tutte quelle ipotesi in cui non è possibile raggiungere gli obiettivi con strumenti compensativi si fa ricorso a mezzi dispensativi che consentono lo svolgimento di alcune attività mediante accorgimenti

³² L. GIANI, *Effettività del diritto all'istruzione per gli alunni con disturbi dell'apprendimento*, in *I disturbi dell'apprendimento a scuola: la formazione degli insegnanti*, a cura di M. V. ISIDORI, Roma, 2014 "la inclusione all'interno della sfera concettuale del diritto dei profili prestazionali, consente, nel quadro della azionabilità delle pretese, anche una valutazione della loro stessa adeguatezza rispetto all'obiettivo generale che non è la garanzia dell'istruzione, intesa come accesso all'istruzione scolastica o come mero trasferimento di nozioni, ma come trasmissione di cultura, garanzia dello sviluppo della personalità dell'individuo considerato nella sua essenza e nella sua individualità. E in questo quadro è evidente che il fattore precettivo della disposizione viene necessariamente ad estendersi a fino al riconoscimento del potere dovere dell'istituzione scolastica, e in generale dell'organizzazione della scuola, di predisporre tutte le misure indispensabili per l'effettivo godimento di tale diritto. Anche in questo caso, a dir poco rimarchevoli gli insegnamenti della Corte costituzionale che, ad esempio, nella sentenza 80/2010 relativa alla 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 il 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 riconosce come sia indispensabile calibrare sul singolo caso i meccanismi di rimozione degli ostacoli che si frappongono al completo inserimento nella società del soggetto disabile. In ciò rinvenendo, dunque, un limite alla discrezionalità del legislatore che viene esplicitata nella garanzia del nucleo indefettibili di garanzie per gli interessati o meglio di quel nucleo indefettibili garanzie che consentono di dare un'effettiva soddisfazione al diritto".

(interrogazioni programmate, verifiche orali per i disgrafici, tempi supplementari per le prove scritte) o mediante l'esonero dal compimento di attività non indispensabili ai fini dell'apprendimento (dispensa dalla lettura a voce alta in classe, dal copiare e dall'uso del corsivo).

Mediante i predetti strumenti il legislatore intende garantire il diritto all'istruzione, favorendo il successo scolastico, attraverso una formazione adeguata, con l'obiettivo di sviluppare le potenzialità dello studente, riducendo o eliminando gli eventuali disagi relazionali dovuti al deficit. Per tale ragione, è necessario che vengano effettuate periodiche e costanti attività formative degli insegnanti, affinché siano in grado di utilizzare strumenti e strategie didattiche rispondenti al caso concreto.

Il tema riveste notevole interesse, tanto che numerose regioni si sono dotate di una normativa specifica, in applicazione dell'art 117 Costituzione che riconosce, a tali enti, il potere di legiferare, in via concorrente, in materia di istruzione, al fine di valorizzare al massimo le potenzialità proprie del territorio e di soddisfarne le esigenze³³.

Il diritto alla personalizzazione dell'intervento educativo, dipende da una molteplicità di fattori che confluiscono nel quadro della ponderazione tra interessi concorrenti, il cui obiettivo principale è costituito dalla effettività dell'intervento educativo del singolo alunno³⁴.

L'utilizzo del piano didattico personalizzato costituisce una importante forma di tutela per l'alunno che necessita di una didattica ad hoc al fine di potere conseguire il successo scolastico.

Ne deriva l'impugnabilità degli atti emessi in violazione del piano che possano ledere i diritti dello studente e che possano determinare un pregiudizio nei confronti dello stesso, così come si vedrà nella parte del presente lavoro dedicata ai profili di giustizia.

6. Gli strumenti per l'inclusione degli studenti con bisogni educativi speciali

Oltre ai discenti che presentano un disturbo specifico dell'apprendimento, vi sono degli alunni che, pur essendo dotati di normali capacità cognitive, necessitano di attività didattiche programmate ad hoc. Si tratta di studenti con bisogni educativi speciali, di cui si occupa la Direttiva del Ministero dell'Istruzione del 27.12.2012, seguita dalla Circolare ministeriale n.8 del 2013 e dalla nota 2563 del 2013. Tali disposizioni trovano applicazione nel caso in cui vi siano studenti in situazione "stabile o transitoria, di natura eterogenea che possa interferire con l'apprendimento e il successo scolastico". In particolare tali

³³ C. MARZUOLI, *L'istruzione e il Titolo V: alcuni pericoli da evitare*, in *Le Regioni*, 2006, p. 165 ss.; A. CORPACI, *Le prospettive della legislazione regionale in materia di istruzione*, in *Le Regioni*, 2007, p. 32 ss.; A. IACOPINO, *L'organizzazione scolastica in materia di disturbi dell'apprendimento DSA e bisogni educativi speciali BES*, in *I disturbi dell'apprendimento a scuola: la formazione degli insegnanti*, a cura di M. V. ISIDORI, Roma, 2014, p. 36.

³⁴ L. GIANI, *Effettività del diritto all'istruzione per gli alunni con disturbi dell'apprendimento*, in *I disturbi dell'apprendimento a scuola: la formazione degli insegnanti* cit., pp. 33-34.

studenti, pur non essendo affetti da patologie specifiche e certificabili, presentano delle difficoltà o delle diversità rispetto alla classe e non riescono, pertanto, a raggiungere gli obiettivi, negli stessi tempi e con le stesse modalità della classe. Tale diversità può essere causata da condizioni di svantaggio sociale, economico, linguistico e culturale che vanno esaminate in maniera dettagliata dai docenti della classe, i quali sono chiamati ad applicare delle strategie didattiche idonee a colmare le lacune dei minori svantaggiati, anche attraverso l'elaborazione di piani didattici personalizzati, se ritenuti necessari, mediante i quali sia possibile sfruttare e valorizzare le capacità cognitive di giovani, le cui difficoltà sono determinate dalla mancanza di prerequisiti all'apprendimento.

Basti pensare alle difficoltà che può incontrare un alunno che non conosce bene la lingua italiana, perché proveniente da un'altra nazione. La scuola è chiamata a promuovere attività di accoglienza ed integrazione³⁵ degli stranieri, tutelando la cultura e la lingua di origine, attraverso la realizzazione di attività interculturali e deve porre in essere ogni strategia utile a far recepire i prerequisiti minimi, per potere realizzare l'inclusione all'interno della classe³⁶.

Non vanno altresì ignorate le problematiche delle periferie, dei piccoli centri rurali che dal nord al sud caratterizzano l'Italia ed in cui i bambini non vengono educati, sin dalla più tenera età, a parlare correttamente la lingua italiana, ma si esprimono attraverso dialetti ed idiomi. Tale pratica, se da una parte, consente la conservazione ed il trasferimento delle tradizioni culturali di ogni territorio, d'altro canto, causa notevoli difficoltà ai piccoli studenti, che devono affrontare l'apprendimento dei primi rudimenti della lingua italiana scritta. La predetta situazione di svantaggio non è causata né da patologie né da deficit cognitivi, ma dalla condizione sociale ed ambientale in cui i minori sono stati allevati.

La scuola, pertanto, è chiamata a realizzare, in favore dei predetti scolari, le condizioni idonee ad annullare le differenze rispetto agli altri compagni, in modo da consentire il raggiungimento degli obiettivi di apprendimento commisurati alle rispettive potenzialità.

Le disposizioni ministeriali sopra citate specificano che, per i portatori di bisogni educativi speciali, possono essere utilizzate le misure compensative e dispensative previste dalla legge 170/10 nonché i piani didattici personalizzati che, seppur introdotti dalla norma, al fine di supportare i bambini con deficit a carattere patologico, sono strumenti molto utili per rendere più agevole l'apprendimento ai bambini che, a causa della carenza dei prerequisiti, potrebbero perdere l'autostima e rinunciare ad impegnarsi nello studio, così come avveniva in passato, con numerosi casi di abbandono degli studi dopo la conclusione della scuola dell'obbligo.

³⁵ G. BRUNELLI, *Minori immigrati, integrazione scolastica, divieto di discriminazione*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, n. 1/2010, p. 58 ss.

³⁶ A. DE FUSCO, *Diritto all'istruzione come veicolo di integrazione delle seconde generazioni dell'immigrazione in Italia*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, fasc. I, p. 1 ss.

Da qui l'esigenza di sottolineare che, se da una parte la scuola deve garantire il diritto all'apprendimento, d'altro canto il Consiglio di classe è dotato del potere valutativo e decisorio, in merito agli strumenti da utilizzare per raggiungere il predetto obiettivo.

Il D.P.R. n.275 del 1999, richiamato nella nota 2563/2013, agli art. 2 e 4 precisa che l'autonomia scolastica si realizza attraverso la progettazione di interventi di educazione, formazione e istruzione mirati allo sviluppo della persona umana e adeguati ai diversi contesti, al fine di garantire il perseguimento del successo formativo di ogni studente³⁷. Ne deriva che le istituzioni scolastiche (ed in particolare il dirigente ex art. 25 d.lgs. 165/2001) hanno il compito di garantire il diritto allo studio, promuovendo la qualità della formazione, con particolare riguardo alle potenzialità di ogni discente, mediante l'utilizzo di un ampio potere discrezionale. Da qui l'insorgere di una serie di controversie tra i genitori degli alunni e le istituzioni scolastiche in tema di predisposizione di piani didattici personalizzati e di uso di strumenti compensativi e dispensativi, concluse con decisioni che affermano il potere discrezionale della scuola.

7. La valorizzazione degli gli studenti ad alto potenziale cognitivo

Le sopra citate disposizioni ministeriali possono trovare applicazione anche nei confronti di coloro che sono dotati di competenze intellettive nella norma o più elevate, al fine di svilupparne le potenzialità.

L'obiettivo dell'indirizzo predetto sembra orientato a valorizzare la diversità in un contesto comunitario, organizzato per attività di gruppo, ed in cui alcuni studenti hanno difficoltà ad integrarsi. Tale diversità, può essere determinata non solo dalle condizioni sopra esaminate, ma anche da particolari potenzialità che necessitano di essere valorizzate in modo adeguato³⁸.

Ecco perché la scuola è chiamata a soddisfare il bisogno educativo di coloro che sono dotati di un quoziente intellettuale particolarmente alto e che hanno dei tempi di apprendimento diversi rispetto ai coetanei.

La raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 1248/1994 pone in evidenza che i ragazzi dotati e superdotati sono portatori di bisogni particolari e necessitano di un'educazione speciale che promuova e potenzi le loro abilità, affinché siano messe a profitto nell'interesse del Paese di appartenenza. Da qui la funzione sociale dell'individuazione dei talenti particolari e della necessità di assicurare una educazione peculiare, diretta a sviluppare il potenziale intellettuale, attraverso strumenti specifici di insegnamento,

³⁷ M. RENNA, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2005; R. MORZENTI PELLEGRINI, *L'autonomia scolastica tra sussidiarietà, differenziazione e pluralismi*, Torino, 2011; F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola*, Napoli, 2014; M. COCCONI, *La sfida dell'autonomia scolastica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 5, p. 661; A. ROMEO, *Autonomia scolastica e diritti fondamentali*, in *Nuove autonomie*, 2016.

³⁸ M.A. ZANETTI, *Bambini e ragazzi ad alto potenziale cognitivo*, Roma, 2017; M.A. ZANETTI - G. GUALDI, *Adolescenti ad alto potenziale*, Roma, 2019.

senza pregiudizio per la maggioranza dei discenti, per i quali deve essere compiuta una programmazione collettiva. Conseguentemente, l'Assemblea predetta ha raccomandato al Comitato dei Ministri di sollecitare le autorità competenti degli Stati firmatari della Convenzione culturale europea, e di tener conto di tutte le speciali esigenze educative. Inoltre, il Parlamento Europeo, con l'avviso ai membri del 26.02.2017, ha sottolineato che l'Unione incoraggia gli Stati Membri ad organizzare un sistema di istruzione inclusiva che soddisfi i bisogni degli alunni plusdotati che hanno necessità peculiari, anche alla stregua del trattamento riservato, negli Stati Uniti, a tali studenti che, fin dai primi anni di scolarizzazione, sono valutati ed inseriti in programmi speciali, in cui viene elaborato un percorso di studi personalizzato per ciascuno di loro.

La legge 13 luglio 2015, n. 107 e i successivi decreti legislativi, nel rafforzare il concetto di autonomia scolastica, sottolinea l'esigenza di garantire il diritto allo studio, le pari opportunità di successo formativo, il riconoscimento e la valorizzazione dei talenti di ognuno, anche se non prevede in maniera specifica delle misure ad hoc per gli studenti dotati di talenti particolari.

La valorizzazione dei talenti è altresì promossa con la nota del Miur n. 1143 del 17 maggio 2018 che ha come oggetto "l'autonomia scolastica quale fondamento per il successo formativo di ognuno" e sollecita le istituzioni scolastiche a favorire, progettare ed accompagnare percorsi diversificati per garantire la valorizzazione delle diversità e lo sviluppo delle potenzialità di ciascuno.

Non si ignora che il 19 febbraio 2019 è stata presentata in Parlamento la proposta di legge n. 1607 denominata "Disposizioni per il riconoscimento degli alunni con alto potenziale cognitivo: l'adozione di piani didattici personalizzati e la formazione del personale scolastico", che prende in considerazione l'esigenza introdurre disposizioni normative per "la tutela degli studenti ad alto potenziale cognitivo (o gifted o plusdotati), ovvero studenti che manifestino o abbiano le potenzialità di una capacità di apprendimento più rapida, ad un livello di molto superiore rispetto a quello dei coetanei".

Il testo richiama la risoluzione parlamentare n. 7-01418 del 12 dicembre 2017 presso la VII Commissione e sottolinea che l'Italia rientra fra i pochissimi Paesi in Europa a non essersi ancora uniformato alle sollecitazioni formulate dalle Istituzioni dell'Unione Europea volte alla tutela e alla valorizzazione degli studenti plusdotati, fin dai primi anni di scolarità.

Nelle more dello svolgimento dell'iter normativo il Miur, con nota 562 del 3 aprile 2019, ha previsto che gli alunni con alto potenziale cognitivo debbano essere considerati studenti con bisogni educativi speciali (secondo la prassi già adottata in alcune scuole), con indicazione alla redazione del piano didattico personalizzato per superare il disagio derivante dalla difficoltà di adattamento ai contesti didattici collettivi.



L'interesse pubblico alla individuazione dei talenti ed alla adeguata tutela e valorizzazione degli stessi, è legato alla particolare condizione di disagio in cui gli studenti vivono la relazione con la scuola e con l'istruzione che costituisce spesso la causa di disturbi comportamentali che possono lasciare spazio a diagnosi di patologie inesistenti. Ne consegue che bambini che non sono affetti da alcuna patologia vengono etichettati e trattati (anche farmacologicamente) come bambini affetti da disturbi cognitivi e comportamentali, per cui vengono orientati verso percorsi terapeutici, studiati per curare patologie e non per valorizzare intelligenze, con irrimediabile pregiudizio per il bambino ma anche per la società.

Nei casi in cui il talento non venga confuso con una patologia, il bambino, non inserito in un percorso adatto alle sue peculiarità, incontra molte difficoltà che determinano carenza di autostima tanto da condurre all'abbandono degli studi. Tale fenomeno costituisce un punto di debolezza del sistema scolastico italiano ed europeo ed è proprio per tale motivo che la Commissione europea ha stabilito l'obiettivo della riduzione della percentuale di studenti che rinunciano a studiare entro l'anno 2020.

L'intervento sulla didattica rivolta agli studenti plusdotati potrebbe costituire la modalità più idonea per raggiungere l'obiettivo di limitare il numero di coloro che decidono di abbandonare il percorso scolastico. Tale obiettivo può essere perseguito valorizzando e potenziando il percorso degli studenti dotati di capacità particolari che potrebbero offrire importanti contributi allo sviluppo della società.

La diffusione della cultura è finalizzata proprio a costruire una società di qualità elevata che si impegni nello sviluppo sostenibile e nel progresso e per tale ragione è indispensabile coltivare le intelligenze dotate di caratteri distintivi e di speciali modalità di apprendimento e ragionamento.

Le norme sopra richiamate, in particolare la legge n. 104/1992 e la legge n. 170/2010, prevedono dei percorsi differenziati per gli studenti portatori di handicap o che presentano dei deficit di apprendimento, al fine di agevolare il percorso scolastico e consentire allo studente, che si trova in una condizione di svantaggio, di raggiungere, attraverso l'utilizzo di strumenti compensativi e dispensativi, gli obiettivi prefissati per la classe. Questa scelta deriva dall'esigenza di prevenire il fenomeno della rinuncia all'istruzione da parte di coloro che manifestino un disagio, indipendentemente dalla causa che lo determina. Da qui l'applicabilità degli strumenti per l'inclusione anche in favore dei bambini dotati di alto potenziale cognitivo che non presentano disturbi, ma esprimono un disagio, determinato dalla incapacità di adeguarsi ai ritmi e alle modalità di apprendimento della classe.

Il perdurare dello stato di disagio induce il bambino a tenere dei comportamenti non adatti al contesto che costituiscono fonte difficoltà relazionali con i docenti e con i compagni per cui è indispensabile riconoscere agli studenti dotati di alto potenziale cognitivo un diritto a ricevere una didattica personalizzata che sia appositamente studiata per sostenere gli eventuali punti di debolezza e valorizzare le aree di eccellenza.

La proposta di legge sopra citata prevede alcune attività propedeutiche alla realizzazione della didattica personalizzata che hanno inizio con l'individuazione del bambino plus dotato che deve essere compiuta da specialisti (psicologi o neuropsichiatri infantili) che abbiano una comprovata esperienza nel campo dell'alto potenziale cognitivo e che, in particolare, abbiano svolto un tirocinio annuale presso una struttura accreditata o che abbiano una produzione scientifica sul tema almeno biennale. Ne deriva che il Ministero dovrà istituire le figure specializzate nell'ambito delle strutture pubbliche e dovrà indicare le modalità attraverso le quali le strutture private potranno essere accreditate presso il servizio sanitario nazionale ed essere autorizzate a compiere le valutazioni.

Le modalità di accreditamento dovrebbero essere stabilite con regolamento emanato di intesa tra il Ministero della salute e il Ministero dell'istruzione, tenuto conto che tali soggetti non sono chiamati a compiere la diagnosi di una patologia, ma a valutare le capacità cognitive di bambini sani che necessitano di una didattica specifica. Un ruolo fondamentale è attribuito al referente per l'alto potenziale cognitivo che deve essere nominato in ogni scuola di ogni ordine e grado fra i docenti dell'istituto e che ha un obbligo di formazione annuale presso le Università che erogano corsi di formazione finalizzati a fare acquisire le specifiche competenze

Il referente, a seguito di una prima osservazione, che potrà compiere proprio in virtù delle competenze acquisite, dovrà segnalare alle famiglie l'esigenza di valutare le capacità cognitive del minore al fine di ottenere delle indicazioni dettagliate sul funzionamento. All'esito della valutazione il referente dovrà predisporre dei programmi di apprendimento personalizzati e dovrà stabilire se il minore possa frequentare le lezioni di alcune materie in classi superiori, pur rimanendo iscritto nella classe corrispondente all'età o se procedere all'iscrizione ad una classe superiore.

Tutti i docenti dovranno partecipare ai corsi di formazione obbligatoria sull'alto potenziale cognitivo in modo da acquisire le competenze necessarie per potere applicare le strategie didattiche e i programmi di apprendimento personalizzati.

Al fine di formare docenti adeguatamente preparati è prevista l'attivazione di un esame sull'alto potenziale cognitivo presso i corsi di laurea universitari che consentono l'accesso all'insegnamento.

8. Profili di tutela giurisdizionale: l'individuazione della giurisdizione competente per la tutela del diritto all'istruzione e alla didattica personalizzata.

Il modello della scuola inclusiva, consolidato con il d.lgs. n. 66 del 13 aprile 2017, propone un percorso di apprendimento e formazione per tutti gli studenti nel rispetto del principio di pari dignità sociale.

Le strategie per l'inclusione, previste dalla normativa specifica, costituiscono degli strumenti indispensabili per consentire il raggiungimento degli obiettivi di formazione e apprendimento scolastico

sia per gli studenti disabili che per coloro i quali presentino disturbi specifici dell'apprendimento o bisogni educativi speciali. Appare, pertanto, indispensabile soffermarsi sui profili di tutela giurisdizionale sottesi alla disciplina, tenuto conto degli aspetti controversi concernenti il riconoscimento del diritto a ricevere una didattica personalizzata e l'effettiva erogazione di tale servizio.

La prima questione da affrontare concerne il problema della individuazione della giurisdizione³⁹ chiamata a decidere sulle controversie relative all'istruzione.

Secondo la giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁴⁰ e della Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁴¹, occorre distinguere le domande volte a sindacare l'attività di predisposizione degli strumenti didattici necessari per le esigenze degli studenti disabili (rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo) da quelle con cui viene chiesta la concreta erogazione del relativo servizio (di competenza del giudice ordinario).

Nel caso in cui la domanda giurisdizionale si traduca nella contestazione degli atti con i quali l'Amministrazione intimata ha deciso di fornire il servizio richiesto in maniera ritenuta insufficiente rispetto agli effettivi bisogni, già definiti ed accertati in un atto presupposto, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, in quanto le controversie che insorgono successivamente alla definizione del piano educativo dello studente, sono causate dalla lesione di un diritto già riconosciuto che deve essere concretamente garantito. In tal caso, sussiste un diritto dell'alunno ad essere seguito da un docente specializzato in relazione alle sue specifiche necessità e non vi è spazio per l'esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione che non può ridurre gli interventi in favore della salvaguardia del diritto all'istruzione dello studente disabile.

Il predetto orientamento, fra l'altro, si fonda sulla giurisprudenza consolidata delle Sezioni Unite⁴² che riconduce la limitazione del sostegno scolastico ad una azione discriminatoria dello studente disabile rispetto agli alunni normodotati ("il piano educativo individualizzato, definito ai sensi della legge 5 febbraio 1992, n. 104, art. 12, obbliga l'Amministrazione scolastica a garantire il supporto per il numero di ore programmato, senza lasciare ad essa il potere discrezionale di ridurre l'entità in ragione delle risorse disponibili, sicché la condotta dell'Amministrazione che non appresti il sostegno pianificato si risolve nella contrazione del diritto del disabile alla pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico, la

³⁹ F. FRANCIOSI - M.A. SANDULLI, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazza*, Napoli, 2017.

⁴⁰ Cons. Stato ad. Plen. 12 aprile 2016, n. 7; cfr T.A.R. Palermo, I, n. 330/2018, n. 2437/2017, n. 2459/2017, n. 2259/2017, n. 1925/2017 e n. 1555/2017.

⁴¹ Cass. Sez. Un., ord. 28 febbraio 2017, n. 5060; 20 aprile 2017, n. 9966.

⁴² Cass. Civ., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25011.

quale, ove non accompagnata dalla corrispondente riduzione dell'offerta formativa per gli alunni normodotati, concretizza discriminazione indiretta, la cui repressione spetta al giudice ordinario⁴³).

Invero, l'art. 3 della legge n. 67 del 2006, al fine di garantire la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità (di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104), prevede un'azione speciale avverso gli atti discriminatori indicati all'art. 2 della stessa legge. In particolare, la predetta norma definisce atti di discriminazione diretta tutte le situazioni in cui una persona con disabilità è trattata meno favorevolmente di quanto sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga, mentre la discriminazione è indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri collocano una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone. Sono considerati atti discriminatori tutte le molestie che violano la dignità e la libertà di una persona con disabilità o creano un clima di intimidazione, di umiliazione e di ostilità nei suoi confronti.

L'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011 disciplina il giudizio in materia di condotta discriminatoria, attribuendo la relativa giurisdizione al giudice ordinario, mentre la giurisprudenza sopra citata tende ad inquadrare l'erogazione del servizio all'istruzione⁴³, in misura insufficiente, rispetto ai bisogni del disabile, tra gli atti discriminatori.

La necessità di distinguere il momento in cui viene riconosciuto il diritto dal momento in cui esso deve essere concretamente garantito attraverso l'erogazione del servizio, con conseguente riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, desta qualche perplessità in merito al rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale⁴⁴ e di concentrazione delle azioni⁴⁵ (a norma dell'art. 1 e dell'art. 7 ultimo comma c.p.a.).

⁴³ A. SANDULLI, *Istruzione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol IV, Milano 2006, 3310 che afferma che l'istruzione è un pubblico servizio accompagnato da taluni momenti di autorità, come ad esempio il rilascio del titolo di studio avente valore legale; A. BIFANI SCONOCCHIA, *Il diritto fondamentale all'istruzione degli studenti disabili e i confini della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nuove autonomie*, 2016, p. 141 ss.; G. DI GENIO, *Ante-PEI e post-PEI nel confine tra giurisdizioni in materia di sostegno scolastico, costituzionalmente garantito*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016, fasc. VI, p. 1 ss.; S. TROILO, *Gli atti e i provvedimenti amministrativi nel settore dell'integrazione scolastica dei disabili*, in *Atti e provvedimenti amministrativi delle istituzioni scolastiche autonome*, a cura di M. FALANGA, Torino, 2016, p. 33 ss.; F. GIRELLI, *Sostegno scolastico*, in *Osservatorio costituzionale*, 2017, fasc. I, p- 1 ss.; G. URBANO, *La "resilienza" dei diritti fondamentali*, in *Diritto e proc. ammtivo*, 2017, p. 2023 ss.

⁴⁴ S. VALAGUZZA, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm.* 2/2018.

⁴⁵ G. TROPEA, *La specialità del giudice amministrativo, tra antiche criticità e persistenti insidie*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 889, secondo cui "Gli attuali sostenitori dell'unità della giurisdizione, quanto meno nella versione soft della specializzazione del giudice, declassano il primo argomento a questione di ordine meramente pratico, e nel contempo non del tutto veritiero, se si eccettuano i casi in cui viene proposta una domanda cautelare e in cui viene in rilievo un rito speciale. Invero, non pare seriamente dubitabile, dati statistici alla mano, che il processo amministrativo assicuri una tutela complessivamente più rapida rispetto a quello civile. Peraltro, la progettata confluenza delle due giurisdizioni esporrebbe anche al problema della moltiplicazione dei gradi di giudizio di un processo, quello amministrativo, che, attualmente, conosce solo la verifica di gravame".

L'istruzione rientra fra i servizi pubblici erogati dallo Stato nei confronti dei cittadini e le relative controversie, ai sensi dell'art. 133 cod. proc. amm., comma 1, lett. c), afferiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴⁶ che si occupa sia della lesione degli interessi legittimi che dei diritti soggettivi e in particolare dei diritti fondamentali come il diritto all'istruzione.

La Corte Costituzionale⁴⁷ ha affermato che non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto anche soltanto diritti soggettivi, nel caso in cui l'amministrazione agisca come autorità, e cioè attraverso l'esercizio del potere, sia attraverso atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali o comportamenti posti in essere sempre nell'esercizio di un potere pubblico⁴⁸. La Corte fornisce una interpretazione dell'art. 103, comma 1 Cost., secondo cui il legislatore ordinario può affidare alla cognizione del giudice amministrativo le materie in cui sia presente l'intreccio tra diritti e interessi e comunque ogni questione in cui vi sia esercizio di potere da parte della pubblica amministrazione, tenuto conto che non sussiste, nel nostro ordinamento, alcun principio o norma che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti. Da qui l'orientamento secondo cui può essere riconosciuta esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica l'attribuzione di poteri idonei ad assicurare piena tutela ai diritti costituzionalmente protetti che siano incisi dal potere stesso⁴⁹.

⁴⁶ V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019 che in particolare a p. 198 afferma che la giurisdizione amministrativa si consolida come giurisdizione generale sulle controversie concernenti l'esercizio del potere amministrativo. "Questo sviluppo della giurisdizione esclusiva rivela una tendenza del legislatore ... a superare il criterio di riparto tra le due giurisdizioni fondato sulla distinzione tra diritti ed interessi legittimi, affidando al giudice amministrativo... la giurisdizione su interi blocchi di materie"; E. SCHMIDT-ABMANN - L. DE LUCIA - M.C. ROMANI, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. Proc. Amm.*, fasc.3, 2016, p. 711; F.G. SCOCA, *Riflessioni sulla giurisdizione esclusiva*, in *Giur. cost.*, fasc. 1, 2010 afferma che l'orientamento innovativo della Corte prende atto del diritto vigente, tenuto conto che numerose sono materie concernenti diritti soggettivi attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed in particolare le operazioni elettorali relative alle elezioni amministrative, alle elezioni europee, alle elezioni regionali (art. 44 della l. n. 69 del 2009). Vanno anche considerate le materie in cui operano le Autorità indipendenti, in particolare quelle di controllo e garanzia, c.d. neutrali, con riferimento soprattutto ai poteri sanzionatori... "si può aggiungere ancora la materia relativa alla formazione dei contratti pubblici: solo per convenzione si ritiene che, nei procedimenti di scelta del contraente, sussistano interessi legittimi; in realtà le situazioni soggettive presenti in tali procedimenti si possono qualificare, con maggiore approssimazione teorica, come diritti soggettivi, ovvero come chances o aspettative tutelate. Con possibilità anche di configurazione della responsabilità precontrattuale".

⁴⁷ Corte Cost. 27 aprile 2007 n. 140; 18 ottobre 2009 n. 259; 5 febbraio 2010 n. 35.

⁴⁸ Corte Cost. 6 luglio 2004 n. 204; 11 maggio 2006 n. 191. In tema di servizio scolastico si vedano le recenti decisioni Corte Cost. 19 ottobre 2016 n. 275; Corte Cost. n. 232 del 2018, n. 258 del 2017, n. 275 del 2016, n. 215 del 1987 in cui la Corte riafferma il principio secondo cui i servizi che danno attuazione ai diritti costituzionali devono essere erogati «senza soluzioni di continuità, in modo che sia assicurata l'effettività del diritto della persona con disabilità all'istruzione e all'integrazione scolastica» (Corte Cost., sentenza n. 110 del 2017; n.192 del 2017).

⁴⁹ F. FRANCIOSI, *Garanzie degli interessi protetti e della legalità dell'azione amministrativa. Saggi sulla giustizia amministrativa*, Napoli, 2019.

Come è noto, infatti, la pubblica amministrazione è chiamata a garantire il corretto esercizio e il godimento dei diritti fondamentali sia nel caso dei diritti sociali⁵⁰ (che richiedono una prestazione dell'amministrazione) sia in relazione alle libertà (che devono essere comunque garantite dall'amministrazione). Ne deriva che non sussiste incompatibilità tra diritti fondamentali e pubblici poteri né sussistono limiti agli strumenti di tutela del giudice amministrativo, nella sua giurisdizione esclusiva, in favore dei diritti fondamentali incompressibili⁵¹.

In uno Stato costituzionale, complesso e pluriclasse, i diritti costituzionali degli individui sono strettamente connessi all'esercizio del potere pubblico che svolge una funzione attuativa e limitativa delle predette situazioni giuridiche⁵². Ne deriva che il potere costituisce la garanzia di sostenibilità dei diritti costituzionali la cui attuazione non può prescindere dal potere della pubblica amministrazione.

Non può essere ignorato, tuttavia, il recente orientamento secondo cui il provvedimento con il quale l'amministrazione decida di erogare il servizio in misura ridotta rispetto a quanto stabilito dall'organo che ha pianificato l'intervento didattico ed educativo integri un'azione discriminatoria (il cui sindacato spetta al giudice ordinario in applicazione dell'art. 3 della legge n. 67 del 2006 e dell'art. 28 d.lgs. n. 150 del 2011). La Suprema Corte a Sezioni Unite, con sentenza 8 ottobre 2019 n. 25101, ha statuito che la predisposizione di un piano educativo individualizzato (elaborato con il concorso di insegnanti della scuola e di operatori della sanità pubblica), in cui sia indicato il numero di ore di insegnamento di sostegno in favore dell'alunno che versa in situazione di handicap grave "priva l'amministrazione scolastica del potere discrezionale di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura del supporto integrativo come individuato dal detto piano". Ne deriva che l'Amministrazione ha il dovere di garantire l'assegnazione, in favore dell'alunno, del personale docente specializzato, anche ricorrendo all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto tra insegnanti e alunni.

A parere della Corte la violazione del predetto dovere determina la lesione di un diritto fondamentale del disabile che si concretizza in un comportamento discriminatorio (sia pure per via indiretta), vietato dall'art. 2, l. n. 67 del 2006. La discriminazione, nel caso di specie non concerne solo azioni ma anche

⁵⁰ C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, 2000; L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 61 ss.; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, p. 7.

⁵¹ Sulla teoria dell'incompressibilità dei diritti fondamentali vedi Corte Cass., sez. un. 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro it.*, I, p. 939 ss. con nota di C.E. GALLO, 2909; Cass. Sez. un., 10 agosto 1999 n. 582; Cass. Sez. Un. 18 novembre 1997, n. 11432. F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, 2008, in *giustizia-amministrativa.it*; E. SCODITTI, *I diritti fondamentali fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, nota a Cass. Sez. un. 25 novembre 2014 n. 25011, in *foro.it.*, 2015, III, p. 951 ss.; L. GALLI, *Diritti fondamentali e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 3/2018, pp. 962-963.

⁵² N. PIGNATELLI, *La dimensione fisica della libertà religiosa: il diritto costituzionale ad un edificio di culto*, in *Federalismi*, dicembre 2015.

comportamenti omissivi da parte della istituzione preposta all'organizzazione del servizio scolastico, che pongono l'alunno con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni.

La suprema Corte chiarisce che la discriminazione si concretizza solo nel caso in cui la mancata offerta in favore dell'alunno disabile non sia accompagnata da una equivalente contrazione dell'offerta formativa riservata agli alunni normodotati. Per tale ragione la giurisdizione in materia spetterebbe al giudice ordinario che dovrebbe individuare il comportamento antidiscriminatorio nella disparità di trattamento che l'istituzione scolastica applicherebbe fornendo un'ampia offerta formativa nei confronti della pluralità degli studenti senza garantire all'alunno disabile di potere beneficiare del diritto riconosciutogli dagli organi tecnici specialistici.

Tale recentissimo orientamento delle Sezioni Unite ribalta il precedente di cui alla pronuncia SU n. 1147/2007, che ha statuito che appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la domanda avente ad oggetto il servizio di sostegno scolastico ai minori portatori di handicap e l'eventuale domanda di risarcimento del danno alla persona derivante da un servizio insufficiente, in quanto tale servizio non costituisce l'oggetto di un contratto di utenza di diritto privato e consegue direttamente al provvedimento di ammissione alla scuola dell'obbligo nell'ambito del potere discrezionale della pubblica amministrazione. Ne deriva una sostanziale convergenza tra l'orientamento della Suprema Corte e il Consiglio di Stato che, con sentenza della sezione VI, n. 2023 del 3 maggio 2017, indica, quale elemento condizionante l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo o al giudice ordinario l'esercizio, da parte della pubblica amministrazione, di potere discrezionale o potere vincolato, specificando che, a seguito della proposta del G.L.O.H., nessun altro organo dell'amministrazione interessata può modificare la valutazione dell'organo specialistico riducendo il numero delle ore di sostegno, tenuto conto del carattere vincolato delle determinazioni del dirigente che prende atto della proposta del GLOH e provvede in modo consequenziale.

Inoltre, il Consiglio di Stato ha rilevato che quando 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, sussiste la giurisdizione del giudice civile, nel caso in cui l'interessato espressamente lamenti innanzi a tale giudice che l'Amministrazione scolastica abbia posto in essere "un comportamento discriminatorio a proprio danno".

Va, tuttavia, evidenziato che parte della giurisprudenza ha affermato che la tutela dei diritti fondamentali rientra nella giurisdizione amministrativa esclusiva, nonostante che la relativa lesione nasca da un

comportamento materiale che sia espressione di poteri autoritativi e sia conseguente ad atti autoritativi della Pubblica amministrazione⁵³.

Tale ultimo orientamento è da preferire rispetto al precedente che attribuisce al giudice ordinario la giurisdizione in merito agli atti concernenti l'esecuzione del piano, in quanto l'obbligo di rivolgersi a due diverse giurisdizioni, a seconda della fase procedimentale in cui sono stati emessi gli atti oggetto di impugnazione, determinerebbe una lesione del principio di effettività della tutela secondo cui il ricorso alla tutela giurisdizionale deve essere agevole e la decisione del giudice deve essere idonea a soddisfare la pretesa dell'interessato.

La dottrina⁵⁴ più recente ha affermato che va attribuito particolare rilievo al criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla qualificazione del rapporto pubblicistico o privatistico. Se la lesione nasce nell'ambito di un rapporto pubblicistico, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo (anche prescindere dalla sussistenza di giurisdizione esclusiva, tenuto conto che sussiste comunque una lesione di interessi legittimi); laddove, invece sussista un rapporto privatistico dovrà intervenire il giudice ordinario.

La concentrazione delle azioni davanti al giudice amministrativo può assicurare adeguata tutela in tutte le ipotesi di violazione del diritto all'istruzione, anche in relazione alla erogazione del servizio in misura inferiore rispetto a quanto riconosciuto dagli organi competenti. Ne deriva che (pur avendo previsto il legislatore una azione speciale innanzi al giudice ordinario per contrastare la condotta antidiscriminatoria), è da preferire il ricorso al giudice amministrativo il quale, nell'esercizio della giurisdizione esclusiva, garantisce una tutela piena del diritto all'istruzione anche rispetto alla concreta erogazione del servizio.

9. L'impugnabilità del provvedimento di assegnazione delle ore di docenza di sostegno e degli atti infraprocedimentali con particolare riferimento alla proposta

Dopo avere esaminato il problema del riparto di giurisdizione appare necessario soffermarsi sulla questione controversa concernente l'impugnabilità del provvedimento di assegnazione dell'insegnante di sostegno e l'individuazione del numero di ore di insegnamento.

⁵³ T.A.R. Napoli, sez. IV, 15/04/2019, n. 2112 T.A.R. Salerno, sez. I, 08/04/2019, n.571; Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 27/03/2019, n.262 secondo cui rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi (art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a.) la controversia avente ad oggetto il provvedimento di assegnazione delle ore di sostegno previste nel PEI, venendo in rilievo scelte discrezionali: non può escludersi un margine di apprezzamento, per ragioni obbiettive che non possono consistere nella indisponibilità di insegnanti di sostegno e di risorse economiche, ma nella manifesta erroneità, contraddittorietà della documentazione, o nella possibilità che a fronte di due o più alunni disabili nella stessa classe, sia sufficiente un unico insegnante di sostegno.

⁵⁴ M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in *giustizia-amministrativa.it*, 13 gennaio 2020.

Tale provvedimento è preceduto dalla complessa attività procedimentale sopra descritta, condotta da diverse amministrazioni, dotate di specifica competenza sia con riguardo all'accertamento della disabilità sia con riferimento alla determinazione del contingente del personale di sostegno da assegnare ai singoli Istituti scolastici (anche in applicazione delle leggi sul contenimento della spesa pubblica).

Il potere discrezionale dell'Ufficio scolastico regionale appare particolarmente limitato considerato che, se da una parte tale organo è dotato del potere di provvedere sull'atto di impulso del dirigente e sulla proposta del gruppo per l'inclusione territoriale, d'altro canto non può prescindere dall'avvenuto accertamento del bisogno didattico attraverso il piano educativo che costituisce il risultato di una attività accertativa e valutativa di organi tecnici, volta ad individuare le strategie e le risorse necessarie per poterle attuare (ed, in particolare, con riferimento al numero delle ore di docenza di sostegno), alla luce delle caratteristiche fisiche, psichiche, sociali ed affettive dell'alunno e tenendo conto delle difficoltà di apprendimento, delle possibilità di recupero e delle capacità possedute dallo studente, che devono essere sostenute e sviluppate. Da qui l'esigenza che venga esercitato il sindacato giurisdizionale non soltanto sul provvedimento ma anche sulla proposta che ne costituisce il presupposto e che ne determina il contenuto, al fine di garantire piena tutela ai destinatari della decisione. Tale sindacato può essere esercitato mediante l'impugnazione del provvedimento unitamente all'atto presupposto, mentre questo può essere impugnato autonomamente nel caso in cui venga riconosciuta la sua immediata lesività. Infatti, come è noto, l'invalidità del provvedimento può essere determinata dai vizi che connotano gli atti endoprocedimentali che si riflettono sul provvedimento finale perché tra i due atti sussiste un rapporto di connessione funzionale per cui l'atto presupposto, se viziato, inficia il provvedimento finale per effetto della comunicazione del vizio⁵⁵. Per tale motivo, l'impugnativa deve riguardare sia l'atto presupposto che il provvedimento finale, tenuto conto che il solo atto infraprocedimentale, tipicamente, non può spiegare immediati effetti giuridici nei confronti dei terzi, mentre la lesione diventa attuale con l'emanazione dell'atto consequenziale⁵⁶.

Vi sono però delle ipotesi in cui gli atti prodromici sono dotati di capacità lesiva delle situazioni giuridiche dei terzi, con conseguente impugnabilità immediata di tali atti senza l'esigenza di attendere l'emissione

⁵⁵ D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 389; M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 459 ss.; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2015.

⁵⁶ A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 200 ss.

del provvedimento finale⁵⁷. In tal caso, l'atto presupposto può essere impugnato autonomamente e il conseguente annullamento potrà produrre effetti anche nei confronti del provvedimento finale⁵⁸.

Nell'ambito dei procedimenti composti ed articolati viene attribuito particolare rilievo agli atti endoprocedimentali, presenti in ogni fase del procedimento ed idonei a determinare effetti lesivi, considerato che i vari momenti dell'istruttoria provengono da soggetti che operano a livelli differenti⁵⁹.

La proposta, in particolare, riveste un ruolo di grande rilievo nella determinazione dell'autorità chiamata a pronunciarsi, in quanto ne costituisce una parte fondamentale, non solo quando è vincolante, ma ogni qualvolta dà impulso a procedere e a provvedere ed è idonea a produrre effetti giuridici qualificati per l'adozione della decisione⁶⁰.

Laddove la proposta confluisca nel provvedimento, essa concorre a costituire il sostrato della motivazione del provvedimento stesso, tenuto conto dell'attività istruttoria e valutativa compiuta dal soggetto proponente.

La proposta, quale atto preparatorio del provvedimento, può essere invalida perché affetta dai vizi di legittimità e di merito propri del nostro sistema positivo⁶¹ (per cui può essere viziata da violazione di

⁵⁷ R. CARANTA, *Sull'impugnabilità degli atti endoprocedimentali adottati dalle autorità nazionali nelle ipotesi di coamministrazione*, in *Foro amm.*, 1994, p. 752 ss. In particolare, i pareri vincolanti sono atti immediatamente lesivi ed impugnabili, tenuto conto che il provvedimento successivo al parere avrà il contenuto indicato nel parere stesso (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, pp. 838-839). Ecco perché con l'impugnabilità immediata dei pareri vincolanti è consentito al privato di tutelare gli interessi che si presentano lesi già prima dell'emissione del provvedimento, a causa di un atto endoprocedimentale capace di vincolare il contenuto del provvedimento conclusivo. In giurisprudenza T.A.R. Napoli, (Campania), sez. VI, 05/01/2017, n. 138 che afferma che laddove sussistano, nel procedimento, dei pareri vincolanti, l'interesse perseguito dall'amministrazione viene tutelato in cogestione tra l'amministrazione procedente e l'organo consultivo; cfr. T.A.R. Torino, (Piemonte), sez. II, 21/12/2016, n. 1585.

⁵⁸ S. MENCHINI, *La connessione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1101 ss. T.A.R. Napoli, sez. VI, 05/01/2017, n. 138.

⁵⁹ S. ANTONIAZZI, *Procedimenti amministrativi comunitari composti e principio del contraddittorio* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc.3-4, 2007, p. 641 ss.

⁶⁰ M.P. CHITI, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Torino, 1997, p. 55 ss.; M. VERONELLI, *Procedimenti composti e tutela giurisdizionale*, in *idem*, 59 ss.; G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in F. BIGNAMI - S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, Quaderno n. 1, *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 2004; L.F. MAESO SECO, *I procedimenti composti comunitari: riflessioni intorno alla problematica dell'impossibilità a difendersi ed eventuali alternative*, in G. DELLA CANANEA - M. GNES (a cura di) *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea. Un'indagine*, Torino, 2004, 11; L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, p. 223; D. DE PRETIS, *Procedimenti amministrativi nazionali e procedimenti amministrativi europei*, in G. FALCON (a cura di) *Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario*, Atti del seminario di Trento, 8-9 giugno 2007, Padova, 2008, p. 66. Sugli orientamenti giurisprudenziali europei v. S. CASSESE - M. SAVINO, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo principi ed istituti* a cura di G. DELLA CANANEA, Milano, 2006, p. 224 ss. Il regolamento del Consiglio europeo n. 17/62 sostituito dal regolamento n. 1/2003, in materia di audizioni delle imprese interessate, indica come atti impugnabili la "richiesta formale di informazioni" e la "domanda di nuovi accertamenti" quali atti di avvio di un procedimento finalizzato a ricercare delle prove circa l'illegittimità di comportamenti delle imprese da cui deriva responsabilità. Sull'impugnabilità di alcuni atti endoprocedimentali v. G. MASTRODONATO, *Procedimenti composti nel diritto comunitario*, Bari, Cacucci, 2008, p. 165.

⁶¹ A. SANDULLI, *Il procedimento* cit. 356-357; A. TRAVI, *Proposta* cit., p. 106.

legge, eccesso di potere o incompetenza, alla stregua di ogni atto amministrativo). Essa può anche mancare del tutto o intervenire tardivamente, rispetto al tempo eventualmente prefissato da una norma e, in tale caso, il soggetto chiamato a decidere non sarebbe tenuto a pronunciarsi, considerato che l'eventuale decisione sarebbe viziata per carenza dei presupposti⁶².

Nel caso in cui la proposta sia viziata, il vizio dell'atto presupposto si riflette sul provvedimento consequenziale che ne risulterà travolto per invalidità derivata⁶³, invece, nel caso in cui il provvedimento si discosti dalla proposta, deve ritenersi illegittimo per violazione del divieto espresso dall'art. 6 lett. e) della legge 7 agosto 1990 n. 241.

La giurisprudenza più recente ha statuito che, in tutte le situazioni di carenza di proposta o di parere, si deve ritenere che il potere non sia stato ancora esercitato, per cui il giudice, anche ai sensi dell'art. 34, comma 2 c.p.a, deve rilevare il relativo vizio e considerare assorbite tutte le altre censure, indipendentemente dai motivi di doglianza articolati dalle parti⁶⁴. Si tratta, infatti, di ipotesi in cui la proposta costituisce un atto presupposto, necessario alla pronuncia della decisione e, laddove manchi, il provvedimento non potrà essere emesso se non mediante un procedimento illegittimo⁶⁵.

Nel procedimento per la nomina del docente di sostegno, la proposta del gruppo di lavoro operativo per l'handicap ha un contenuto altamente tecnico⁶⁶ ed idoneo ad anticipare la decisione, in quanto l'organo

⁶² V. CASULLI, *Proposta*, in *Noviss. digesto* cit., p. 98 il quale afferma che nelle ipotesi in cui la proposta è elemento necessario di un procedimento, la sua mancanza si riflette sull'atto terminale del procedimento causandone l'invalidità. Ma, mentre per la mancanza di altri atti preparatori tale invalidità può in genere essere eliminata con un successivo atto di sanatoria, cioè con una emissione tardiva dell'atto procedurale mancante, nell'ipotesi di mancanza di proposta il vizio che ne deriva al provvedimento che la presupponeva non può venir sanato da una tardiva emissione dell'atto mancante. Il vizio può essere sanato da una successiva pronuncia di diverso carattere, posta in essere da quel medesimo organo o ente che avrebbe dovuto fare la proposta.

⁶³ Sulla teoria della invalidità derivata S. ROMANO, *Osservazioni sull'invalidità successiva degli atti amministrativi*, in Studi in onore di Vacchelli, Milano, 1938; P.GASPARRI, *L'invalidità successiva degli atti amministrativi*, Pisa, 1939; E.GUICCIARDI, *L'abrogazione degli atti amministrativi*, in Studi Vacchelli, Milano, 1938; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 670; G.PAGLIARI, *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva degli atti amministrativi*, Padova, 1991; A. CALEGARI, *Invalidità derivata nei rapporti tra atti amministrativi*, Padova, Cedam, 2013.

⁶⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, 01/03/2017, n. 941; Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015 n. 5, in *Dir. proc. amm.*, 2/2016 con nota di G. TROPEA e L. PERFETTI. Secondo la Plenaria, anche nel caso di espressa graduazione, il vincolo della parte non può valere in caso di vizio di incompetenza. In tal senso il Supremo collegio, reputando l'art. 34, comma 2, c.p.a. espressione del principio costituzionale di separazione dei poteri, dà a quest'ultima disposizione una lettura "soggettiva", ritenendo, anche a garanzia del principio di integrità del contraddittorio altrimenti leso, che il riferimento contenuto nella norma sia anche ai poteri non esercitati dall'autorità competente. Anzi, i giudici percorrono fino in fondo tale strada, arrivando ad assimilare al vizio di incompetenza anche i casi in cui sia stata dedotta la mancanza dell'autorità competente in fasi precedenti all'emanazione del provvedimento finale (es. mancanza di proposta vincolante prevista *ex lege* come indefettibile; carenza di parere obbligatorio).

⁶⁵ Sia consentito il rinvio a E. CARACCILO LA GROTTIERIA, *La proposta nell'attività della pubblica amministrazione*, Napoli, 2018, p. 169 ss.

⁶⁶ Sulla discrezionalità fra i numerosi lavori sull'argomento si segnalano: PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica* in *Giur. it.*, 1910, p. 10 ss; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano 1967, 14, p. 29 e ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988; idem, *Lineamenti vecchi e nuovi della discrezionalità*, Milano, 1992; A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su: regole tecniche*

decidente deve tenere conto di ciò che è stato stabilito dagli organi tecnici, considerato che gli atti successivi si traducono in mere verifiche e prese d'atto che non possono incidere in maniera sostanziale sulla decisione. La proposta, pertanto, produce effetti immediatamente lesivi nei confronti dei soggetti interessati, con conseguente impugnabilità della predetta determinazione, al fine di assicurare idonea garanzia, rispetto alla esigenza di celerità della tutela, finalizzata ad ottenere una decisione che possa indirizzare l'amministrazione già durante il procedimento, per il prosieguo dell'esercizio dell'azione⁶⁷. Tale ipotesi, infatti, rientra fra i casi, sopra indicati, in cui un atto prodromico è dotato di capacità lesiva delle situazioni giuridiche dei terzi, con conseguente impugnabilità immediata di tale atto, senza l'esigenza di attendere l'emissione del provvedimento finale che va, comunque, impugnato nel momento in cui sopravviene all'atto endoprocedimentale⁶⁸, al fine di ottenere un sindacato sull'esercizio del potere tecnico discrezionale compiuto dall'amministrazione⁶⁹.

e merito amministrativo, in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità, in Studi in ricordo di E. CAPACCIOLI, Milano, 1988, p. 600 e ss.; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.* V, Torino 1990, p. 401; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 685 e ss.; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1992, p. 237; E. CANNADA BARTOLI, *Sanzione disciplinare e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1994, p. 480; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1046 ss.; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p. 1993 ss.; A. GIUSTI, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato. La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2006; E. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisdizionale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Milano, 2008; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione*, in AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, Atti del Convegno di Copanello, 1-2 luglio 2011, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TOMMASO, F. SAIITA, Milano, 2013, 3 ss.; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.* 2016, p. 107 ss.; G. CLEMENTE DI S. LUCA, *Il sindacato giurisdizionale delle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm.*, 2016.

⁶⁷ A. TRAVI, *Proposta*, in *Digesto Disc. pubbl.*, Torino, 1997, p. 100.

⁶⁸ Tar Lazio, 30 luglio 2019 n. 310; 23 luglio 2019, n. 9853.

⁶⁹ Sia consentito rinviare a E. CARACCILO LA GROTTIERA, *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, Napoli, 2008. In tema di sindacato della discrezionalità tecnica F. CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 d.lg 19 gennaio 2017 n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018 n. 1207; A. ALBANESE, *Il sindacato della discrezionalità nell'ordinamento europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 769; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 381. G. SIGISMONDI, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 705; G.C. SPATTINI, *Le decisioni tecniche dell'amministrazione e il sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 133; C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2251 ss.; IDEM, *Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione nella giurisprudenza successiva alla decisione 9 aprile 1999 n. 601 della quarta sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 1185; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 80 ss.; L. IEVA, *La discrezionalità tecnica nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *I TAR*, 1/2001.

Di recente il Tar Lazio⁷⁰, ha accolto un ricorso con cui è stato impugnato un piano educativo individualizzato, formulato dal Gruppo di lavoro per l'handicap, prima che intervenisse il provvedimento del dirigente scolastico di assegnazione delle ore di insegnamento di sostegno.

Nel caso di specie, il Collegio ha statuito che la proposta del Gruppo di lavoro, avente contenuto sostanzialmente decisorio, non fosse adeguatamente motivata in merito alle ragioni in base alle quali le ore di docenza, previste in tale atto, fossero ritenute idonee ad ovviare all'handicap diagnosticato e ad assicurare il proficuo inserimento e l'integrazione dell'alunno disabile nella comunità scolastica.

Può, altresì, verificarsi l'ipotesi in cui l'ufficio scolastico regionale disattenda la proposta formulata dall'organo tecnico in quanto mentre il procedimento per la redazione del piano educativo individualizzato (PEI) è basato sulle esigenze dei singoli alunni, con l'atto di impulso del dirigente vengono manifestate all'ufficio scolastico regionale i bisogni di tutto l'istituto, per cui spesso gli uffici assegnano le risorse, senza tenere conto delle esigenze di ogni studente e dell'attività di pianificazione compiuta dagli organi tecnici. Ne deriva che al provvedimento di attribuzione delle risorse, in misura inferiore rispetto alle previsioni del PEI, consegue la nomina del docente di sostegno, da parte del dirigente scolastico, per un numero di ore inferiore rispetto a quanto previsto dal gruppo di lavoro per l'handicap e dalla commissione multidisciplinare, con conseguente violazione del diritto all'istruzione ed educazione dell'alunno disabile.

Secondo la nota del Miur (4 agosto 2009 n. 4274) recante linee guida per l'integrazione scolastica, le previsioni del profilo dinamico funzionale e del piano educativo individualizzato sono considerate dalla legge "i momenti concreti in cui si esercita il diritto all'istruzione e all'educazione dell'alunno con disabilità", in quanto da questi due strumenti deriva il coinvolgimento dell'amministrazione scolastica, degli organi pubblici che hanno le finalità della cura della persona e della gestione dei servizi sociali ed anche delle famiglie⁷¹. In particolare, il ruolo del PEI risulta fondamentale, perché in esso si concretizza l'attenzione alle esigenze del minore disabile, attraverso l'intervento congiunto dei genitori, degli operatori del sistema sanitario nazionale, dei docenti specializzati della scuola, al fine di realizzare un programma articolato di interventi didattici. Ne deriva che la decisione che disattende la programmazione contenuta nel PEI determina una grave violazione del diritto all'istruzione proprio perché, a seguito dell'esame delle capacità cognitive e di apprendimento dello studente, il PEI indica concretamente le modalità e gli strumenti indispensabili a porre ogni alunno nelle condizioni di far fronte e superare le difficoltà determinate dalla condizione di disabilità. In assenza dell'utilizzo dei predetti strumenti lo studente non

⁷⁰ Tar Lazio, 5 luglio 2019 n. 8958; Tar Lazio, 20 giugno 2019 n. 8037.

⁷¹ C. CROSETTA, *Il diritto all'istruzione e all'integrazione dei minori disabili a scuola: diritto effettivo o "paper right"?* in AA.VV. *Scuola, famiglia e minori*, Pisa, 2018.

potrà essere in grado di raggiungere gli obiettivi richiesti con gravi e conseguenti lacune per la sua preparazione. Il mancato raggiungimento dei risultati non potrà, quindi, essere ricondotto al demerito dello studente ma alla grave violazione del diritto all'istruzione e alla personalizzazione della didattica di cui godono gli studenti disabili.

Tale diritto fondamentale deve essere garantito attraverso le strategie fissate dagli organi competenti che, pur non avendo il potere di provvedere, formulano una proposta il cui contenuto altamente tecnico anticipa la decisione. L'organo decidente non può discostarsi da quanto stabilito dagli organi tecnici, a meno che non sia in grado di motivare la decisione, assicurando la realizzazione del diritto all'istruzione ed all'educazione che deve essere assicurato indipendentemente dalla eventuale carenza di risorse economiche.

La Corte Costituzionale⁷² ha infatti statuito che, nel caso dei diritti fondamentali⁷³, le ragioni economiche non possono condizionare il diritto ad usufruire di tutti i mezzi ritenuti necessari dall'organo tecnico deputato alla individuazione dei reali bisogni. La Corte, dopo essersi soffermata sulla natura della istruzione ed educazione, inquadrandole come diritto fondamentale della persona disabile, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 413 e 414 della legge n. 244/2007, i quali, rispettivamente, avevano fissato un limite al numero degli insegnanti di sostegno ed avevano eliminato la possibilità di assumere, con contratto a tempo determinato, gli insegnanti in numero eccedente, al fine di soddisfare le «effettive esigenze rilevate».

La Corte ha motivato la decisione, spiegando che l'art. 40 della legge 27.12.1997 n. 449 è finalizzato a garantire un'adeguata tutela dei minori (in particolare di quelli che si trovano in una condizione di gravità) e che la restrizione imposta dalla legge 244/2007 si pone in contrasto con il quadro normativo internazionale, costituzionale e ordinario e con la consolidata giurisprudenza concernente la violazione dell'art. 38 comma 3 della Costituzione⁷⁴.

Anche la giurisprudenza recente del Tar e del Consiglio di Stato ha affermato che, al fine di garantire il diritto all'istruzione ed all'educazione, lo strumento delle assunzioni in deroga degli insegnanti di sostegno deve essere ampiamente utilizzato per consentire l'attribuzione, ai singoli alunni, delle ore di sostegno determinate dal Gruppo di lavoro per l'handicap.

In particolare, la giurisprudenza del Tar Lazio⁷⁵ ha statuito che la proposta del Gruppo di lavoro operativo per l'handicap (GLOH) (di cui all'art. 10, comma 5 del decreto legge n. 78 del 2010, convertito nella legge

⁷² Corte Cost. 3 marzo 2010 n. 80; Corte Cost 23 febbraio 2016 n. 75.

⁷³ P. CARETTI - G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2017; A. CELOTTO, *Diritti*, in *Digesto disc. pubbl.*, 2017.

⁷⁴ E. FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione*, Milano, 2014, p. 378 ss.

⁷⁵ Tar Lazio 20 giugno 2019 n. 8037.

n. 122 del 2010) non è un mero atto di impulso, ma contiene la decisione sulla quantificazione delle ore di sostegno che non può essere modificata da altre autorità, (peraltro prive di specifiche competenze di natura medica o didattica sulle esigenze degli alunni disabili). Ne deriva che il gruppo per l'inclusione territoriale e l'ufficio scolastico regionale non possano esercitare un "potere riduttivo di merito", con riferimento alle ore già determinate dall'organo tecnico specializzato e che l'autorizzazione del dirigente dell'Ufficio scolastico regionale ha natura meramente ricognitiva e di presa d'atto dei relativi presupposti di spesa, idonei a giustificare l'impegno e il pagamento delle relative somme.

I procedimenti riguardanti gli alunni disabili si devono, pertanto, concludere con gli atti del dirigente scolastico relativi alla attribuzione delle ore di sostegno, in conformità alle risultanze dell'attività del gruppo di lavoro per l'handicap (G.L.O.H.) che costituisce la decisione in senso sostanziale, rispetto alla pretesa del bene della vita, azionata con il procedimento stesso.

Secondo la giurisprudenza sopra citata, il provvedimento del dirigente scolastico, conforme alle determinazioni dell'Ufficio scolastico che si sono discostate dalla proposta del gruppo di lavoro per l'handicap, è illegittimo, in quanto emesso in violazione del diritto fondamentale all'istruzione dell'alunno handicappato, il cui bisogno è stato già accertato dall'organo tecnico competente.

Il potere dell'organo decidente resta salvo nei limiti in cui questo dovesse rilevare la sussistenza di errori materiali o accertare che vi siano già, all'interno della scuola, le risorse necessarie per potere garantire all'alunno handicappato il diritto fondamentale all'istruzione.

L'amministrazione, pertanto, potrebbe assegnare un numero di ore di sostegno inferiore a quello previsto, tenuto conto del grado di disabilità da cui è caratterizzato l'alunno, sulla base di una analitica motivazione, idonea a dimostrare che le ore assegnate siano concretamente sufficienti ad assicurare il proficuo inserimento dell'alunno disabile nella comunità scolastica.

10. L'impugnabilità dei provvedimenti in tema di pianificazione didattica personalizzata

Una ulteriore ipotesi di sindacato giurisdizionale in tema di inclusione concerne l'utilizzo del piano didattico personalizzato che costituisce una importante forma di tutela per l'alunno che necessita di una didattica ad hoc al fine di potere esercitare appieno il diritto all'istruzione.

Come sopra accennato, la didattica personalizzata consente agli studenti dotati di normali capacità cognitive, che presentano un disturbo dell'apprendimento, di superare gli ostacoli determinati dal disturbo stesso, al fine di riuscire a raggiungere gli stessi obiettivi dei compagni, attraverso percorsi differenti.

Vi sono dei casi in cui il piano didattico personalizzato non viene applicato in maniera corretta con conseguente violazione del patto sottoscritto dall'amministrazione scolastica con la famiglia, rispetto alle

strategie didattiche ed agli strumenti da utilizzare sia per l'apprendimento che per la valutazione. La mancata applicazione del piano determina la lesione del diritto alla inclusione con conseguente impugnabilità degli atti compiuti dalla scuola che possano determinare un pregiudizio nei confronti dello studente.

In particolare, può essere oggetto di impugnazione la mancata promozione alla classe successiva⁷⁶ dell'alunno destinatario di un piano didattico personalizzato. Tale decisione del collegio dei docenti, pur costituendo espressione di potere discrezionale, deve essere puntualmente motivata, con riferimento all'avvenuta applicazione della didattica personalizzata, anche attraverso utilizzo delle misure compensative e dispensative, previste nel piano didattico e con riguardo alla avvenuta ponderazione, in ordine all'incidenza sul rendimento scolastico, del corretto utilizzo delle predette misure. Il giudizio di non ammissione alla classe successiva, in particolare, deve fare riferimento ai criteri di valutazione ed alle modalità di verifica delle competenze che avrebbero dovuto essere singolarmente adottati, in applicazione del piano personalizzato.

La giurisprudenza che si è occupata di tali problematiche ha statuito che il provvedimento può essere annullato solo laddove appaia irragionevole e illogico rispetto all'impegno che la scuola ha assunto in merito alla personalizzazione della didattica⁷⁷. Tale orientamento è espressione della scelta, da parte del giudice amministrativo, di esercitare un sindacato estrinseco sulla discrezionalità tecnica della amministrazione scolastica, limitandosi alla verifica della sussistenza di vizi formali senza sindacare le valutazioni di natura tecnica compiute dagli organi competenti.

La scelta tra esercizio di sindacato debole e sindacato forte ha costituito, nel tempo, fonte di acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza.

La dottrina, dopo aver sostenuto l'ammissibilità di un sindacato soggetto agli stessi limiti del controllo della discrezionalità pura⁷⁸, ha prospettato la possibilità di estenderlo alla verifica dell'attendibilità della scelta. Tale mutamento di indirizzo è stato determinato dal nuovo assetto del diritto amministrativo, con riferimento alle sostanziali modifiche apportate all'istruttoria processuale, all'incidenza degli istituti partecipativi nei rapporti fra cittadino e amministrazione, di cui alla l. 241/1990, al giudizio sul rapporto. L'orientamento tradizionale è stato condiviso per lungo tempo dalla giurisprudenza che, al pari della dottrina, era incerta sulla possibilità di ammettere un sindacato pieno e sostitutivo delle valutazioni tecniche, limitandolo ai casi in cui veniva "censurata la ragionevolezza delle valutazioni effettuate".

⁷⁶ M. ANDREIS, *In tema di promozione di alunno affetto da anomalie psico-fisiche*, in *foro.it*, 1989, vol. 7-8, p. 327 ss.

⁷⁷ In merito si vedano Tar Lazio, III bis, 23.09.2019 n. 11230; TAR Lazio, III bis 21 agosto 2019 n. 10561; T.A.R. Latina, sez. I, 28/03/2019, n.204; Cons. St. sez. VI, 03/12/2018, n.5839. T.A.R. Firenze, sez. I, 16/09/2016, n. 1359.

⁷⁸ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, p. 353; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, p. 14 ss.

Mentre i fatti semplici erano ritenuti pacificamente sindacabili, il problema sorgeva, ed è sempre oggetto di dibattito, nel caso dei fatti complessi poiché si riteneva che le circostanze fattuali conoscibili riguardassero quelle che portano ad un giudizio certo, con soluzione univoca⁷⁹. Da qui la tesi secondo cui il sindacato di legittimità sul fatto possa esercitarsi soltanto se la norma di riferimento è precisa e contenga in sé l'indicazione del grado o della misura in cui debba ricorrere un presupposto di fatto. Ma in tal caso, non si tratterebbe di sindacato sulla discrezionalità tecnica in quanto, se dall'applicazione della norma tecnica non può derivare che un solo risultato, l'Amministrazione non è chiamata a compiere una scelta ma un mero accertamento tecnico, volto a verificare la sussistenza dei presupposti di fatto previsti dalla norma, necessari all'emissione del provvedimento. Viceversa, se l'amministrazione svolge un'ulteriore valutazione sul dato accertato, agisce nell'esercizio del potere discrezionale, il cui sindacato di legittimità è ammissibile nei limiti dell'eccesso di potere e delle figure sintomatiche di tale vizio con l'estendersi del sindacato al travisamento dei fatti (rappresentazione errata della realtà), alla contraddittorietà con altro provvedimento, alla difformità dai criteri generali adottati dall'amministrazione per la valutazione di certi interessi, alla mancata valutazione di fatti particolarmente rilevanti ai fini del decidere.

Nel caso di specie, la mancata ammissione alla classe successiva è espressione di discrezionalità tecnica in quanto il collegio dei docenti è chiamato a valutare il rendimento dello studente al quale è riservato un piano didattico idoneo a consentire al discente di far fronte alle difficoltà ed ai disturbi espressamente diagnosticati.

Alla stregua della giurisprudenza formatasi nella materia specifica, la mancata o insufficiente predisposizione, da parte della scuola, di misure di sostegno o compensative non può determinare l'ammissione alla classe superiore, soprattutto nel caso in cui il Consiglio di classe abbia dichiarato che la preparazione dello studente sia caratterizzata da gravi insufficienze derivanti dalle lacune nella preparazione di base o dalla mancanza di impegno, di collaborazione e di studio individuale da parte dell'allievo. È necessario, infatti, che gli alunni caratterizzati da disturbi specifici dell'apprendimento raggiungano gli obiettivi minimi, fissati dal Consiglio e contenuti nel piano didattico personalizzato⁸⁰. Va ribadito però che il provvedimento di non ammissione alla classe successiva deve essere rigorosamente motivato in merito alla effettiva avvenuta applicazione del piano personalizzato e alle ragioni tecniche per

⁷⁹ V. BACHELET, *L'attività tecnica*, cit., 38 il quale sostiene che "Come l'applicazione di nozioni matematiche elementari non può dar luogo a dubbi applicativi (ad es. nelle frazioni da utilizzarsi nella ripartizione delle quote ereditarie), così anche l'applicazione delle regole tecniche e scientifiche nei casi «semplici» non può in realtà dar luogo che ad una e ad una sola soluzione". In questi casi dunque o vi è discrezionalità amministrativa (ulteriore valutazione del dato accertato dalla tecnica secondo fini di pubblico interesse e in base a comparazione di pubblici interessi: all'accertamento tecnico si aggiunge cioè l'esercizio di una discrezionalità «pura») o non vi è affatto discrezionalità.

⁸⁰ TAR Lazio, III bis, ord. 12.09.2019, n. 05885; 12.09.2019 n. 5861; T.A.R. Firenze, sez. I, 17/10/2017, n. 1246; T.A.R. Firenze, sez. I, 20/02/2017, n. 280.

cui, nonostante l'applicazione delle corrette strategie didattiche, gli obiettivi non siano stati raggiunti. Se, infatti, secondo le scienze pedagogiche, applicando certe strategie didattiche, il disturbo dell'apprendimento viene superato, il mancato raggiungimento degli obiettivi deve essere determinato da ragioni tecniche specifiche che devono essere indicate nel dettaglio in modo che possano essere sindacate sotto il profilo scientifico.

La tutela del diritto fondamentale all'istruzione, di cui sono titolari tutti gli studenti, costituisce una problematica particolarmente delicata e complessa che investe la pubblica amministrazione, la quale è chiamata a garantire tale diritto attraverso l'applicazione di strumenti specifici, tenendo conto delle caratteristiche proprie di ciascuno, nel rispetto delle esigenze di tutti.

Si tratta di un'attività a carattere necessario, il cui svolgimento si traduce nella cura degli interessi del singolo in ambiente comunitario e che necessita di un sistema organizzativo complesso con figure professionali specializzate. Da qui l'esigenza della formazione costante dei docenti i quali devono occuparsi della trasmissione del sapere attraverso l'utilizzo di strategie didattiche adeguate alle capacità di apprendimento di ciascun individuo, al fine di garantire una proposta di educazione e di istruzione di qualità in cui possano essere individuate e valorizzate le inclinazioni, potenzialità ed interessi di ciascuno in modo da superare o compensare i limiti che si frappongono alla sua crescita come persona e come cittadino. A tal fine deve essere garantito in maniera effettiva (anche, ove occorra, sotto il profilo della tutela giurisdizionale) il diritto alla personalizzazione della didattica, svolgendo attività idonee a potenziare i punti di debolezza e valorizzare le particolari capacità di tutti gli studenti, siano essi normodotati, plusdotati, disabili, con disturbi specifici dell'apprendimento o bisogni educativi speciali, affinché ciascun talento non sia ignorato o sciupato ma, al contrario, sia valorizzato e potenziato, perché tutti siano in grado di fornire, da adulti, il proprio contributo al progresso della società.