

# IL REGIME DI TUTELA GIURISDIZIONALE DELLA DISABILITÀ AVVERSO L'INATTUAZIONE DEL SISTEMA INTEGRATO DI INTERVENTI ASSISTENZIALI

**Pietro Maglione**

**Abstract:** *The paper aims to analyze certain contentious issues related to legal protection of disability, with particular regard to legal remedies against the omitted implementation of the administrative instruments of support. Moving from the 'living law' analysis related to allocation of jurisdiction in the area, the paper tries to identify from a constitutionally-oriented perspective, the legal foundation and the extent of the administrative responsibility for the non-provision of the services provided for by Law.*

**Sommario:** **1.** Profili introduttivi; **2.** La pretesa all'attuazione del Progetto individuale. Il riparto di giurisdizione; **2.1** Fase programmatica e fase attuativa. I "servizi alla persona". **2.2** Quale giudice per il disabile? **2.2.1** Il canone di riparto della giurisdizione sancito da S.U. Civ. n. 25011 del 2014 in ipotesi di omessa o carente attivazione dell'amministrazione *in subiecta materia*; **2.2.2** (*segue*) Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa dopo S.U. Civ. n. 25011/2014, tra "uniformazione creativa" e contrasto velato; **2.2.3** (*segue*) Un contrasto in atto tra le Sezioni Unite e la giurisprudenza amministrativa? Lo "spettro" della tesi dell'indegradabilità dei diritti fondamentali; **3.** Misure per la tutela giudiziaria del disabile vittima di discriminazioni (L. 1 marzo 2006, n. 67); **3.1** Lineamenti generali della disciplina; **3.2** La sussumibilità del contegno omissivo dell'amministrazione comunale nel concetto di "discriminazione indiretta" ex art. 2 co. 3 della L. 67/2006; **3.3** Profili di rito e poteri condannatori del giudice civile; **3.4** La tutela risarcitoria. Ipotesi per un fondamento della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione nei casi di omessa attuazione del Progetto individuale (*cenni*); **4.** La tesi dei "diritti finanziariamente condizionati": portata e limiti costituzionali di una categoria controversa. La prova esimente dell'amministrazione "inadempiente".

## 1. Profili introduttivi

È affermazione ricorrente che su un cospicuo numero di enti locali italiani penda la “spada di Damocle” del dissesto finanziario. Ed è affermazione che coglie nel segno, sia che per dissesto si intenda il presupposto formale di cui all’art. 244<sup>1</sup> del T.U.E.L. (D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267), sia che con esso si faccia (atecnico) riferimento ad una condizione di generale malessere finanziario dell’ente che, pur senza raggiungere la soglia, talora incerta, di obbligatorietà della dichiarazione di dissesto<sup>2</sup>, imponga limiti asfittici alle possibilità di spesa, costringendo l’amministrazione ad operare entro un rigido *trade off* nel quale, giocoforza, talune esigenze, individuali o collettive, vengono in tutto o in parte sacrificate (ciò che, per il vero, può avvenire anche nelle amministrazioni che abbiano tenuto in ordine i conti proprio attraverso politiche mirate di “selezione” dei servizi di pubblico interesse da privilegiare a scapito di altri).

E un tale sacrificio, sovente, ha mostrato di prescindere dal rango dei diritti o interessi sottesi alle istanze sacrificate: la costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio e della c.d. *golden rule*, introdotta con la modifica del Titolo V nel 2001<sup>3</sup>, in forza della quale Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni non possono ricorrere all’indebitamento per spese che non siano di investimento (e solo in presenza di ulteriori condizioni: art. 119 co. 8 Cost.<sup>4</sup>), pur costituendo un passaggio forse ineludibile per adeguare i modelli operativi istituzionali alle complesse sfide “mercatorie” della contemporaneità, ha, com’era prevedibile, accentuato lo iato già esistente<sup>5</sup> tra il *disegno*

1 A norma del quale, “*si ha dissesto finanziario se l’ente non può garantire l’assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili ovvero esistono nei confronti dell’ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non possa fare validamente fronte con le modalità di cui all’art. 193, nonché con le modalità di cui all’art. 194 per le fattispecie ivi previste*”.

2 In tema, *ex multis*, L. FAZIO, “*Patologia degli equilibri di bilancio negli enti locali e obbligatorietà della dichiarazione di dissesto finanziario dopo il Decreto Legislativo 10 ottobre 2010 n. 174*”, in *I Comuni d’Italia*, n. 6/2012; G. VERDE, “*Lo squilibrio finanziario degli enti locali*”, in *Finanza Locale*, 2013; L. BENVENUTI, “*Il dissesto dei Comuni. Funzioni fondamentali, poteri sostitutivi e criticità finanziarie*”, in *Riv. Corte dei Conti*, n. 20/2017.

3 L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, recante “*Modifiche al Titolo V della parte seconda della Costituzione*” (G.U. n. 248/2001).

4 Devono infatti essere definiti, contestualmente a ciascuna operazione di indebitamento, i piani di ammortamento, e deve essere garantito il complessivo equilibrio di bilancio degli enti di ciascuna Regione.

5 In tema, sul rapporto tra diritti sociali e crisi finanziarie europee, G. DEMURO, “*I diritti sociali tra dimensione europea e identità costituzionale degli Stati*”, in “*Le trasformazioni istituzionali a sessant’anni dai Trattati di Roma. Atti del Convegno (Catania, 31 marzo – 1 aprile 2017)*”, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 199 ss.; G. GRASSO, “*I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*”, in *Riv. AIC*, n. 4/2016; A. GUAZZAROTTI, “*I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*”, *Riv. Dir. Pubbl.* n. 1/2013, pp. 9 ss.; I. CIOLLI, “*I diritti sociali al tempo della crisi economica*”, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012. Per un’articolata disamina dei profili costituzionali che involgono il tema dei rapporti tra prestazioni sociali e contenimento di spesa, A. CAROSI, “*Prestazioni sociali e vincoli di bilancio*”, Relazione all’incontro di studio trilaterale Italia-Spagna-Portogallo, ottobre 2016, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2017; dello stesso A., per un’ampia rassegna ragionata della giurisprudenza costituzionale in materia di relazioni finanziarie fra Stato e autonomie nella tutela dei diritti fondamentali, “*La Corte costituzionale tra autonomie locali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti*”, in *Riv. AIC*, n. 4/2017.

*personalista* prefigurato dalla Costituzione nella sua “adamantina purezza” e il grado di effettiva attuazione dei principi fondamentali (perlomeno alcuni) in essa enunciati. Paradossale, certo, ma pur sempre prevedibile, è che maggiormente compressi siano stati proprio i “principi proclamati”, che si traducono, individualisticamente, in “diritti riconosciuti” dalla Carta. In attesa (chissà quanto lunga) e nella speranza (chissà quanto vana) di una loro progressiva riespansione, correlata ad un nuovo ciclo economico favorevole.

Tra le posizioni individuali<sup>6</sup> più “a rischio”, nel contesto dell’attività amministrativa degli enti locali, si annoverano senz’altro quelle facenti capo ai soggetti con disabilità<sup>7</sup>. Non tanto perché, come pure da alcuni sostenuto fino al recente passato<sup>8</sup>, tali soggetti e le loro famiglie, costituendo una percentuale esigua dell’elettorato attivo, non trovano nel sinallagma elettorale lo strumento migliore per iscriversi tra le priorità dell’agenda amministrativa. Quanto per un dato, per così dire, *naturalistico*: la mancata o insufficiente erogazione di un servizio pubblico in favore di persona disabile non determina, a differenza di quanto avviene per quella normodotata, (solo) la contrazione di un più o meno rilevante ambito esistenziale dell’individuo (patrimonio, lavoro, famiglia, salute ecc.); piuttosto determina, nella maggior parte dei casi, un *vulnus* alla stessa *struttura*

---

6 Che definisco tali, in modo volutamente generico, per evitare di prendere inopinatamente posizione in ordine ad uno dei temi “tangenziali” della presente trattazione, che attiene alla qualificazione sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive che verranno in rilievo.

7 Tra i quali devono ricomprendersi gli anziani che vivano in condizioni di “non autosufficienza” perché affetti da sindromi che importano un elevato grado di decadimento delle facoltà psichico-intellettive e/o motorie. Per un’accurata analisi dello stato di attuazione (e di uniformità territoriale) dei servizi socio-sanitari e assistenziali in Italia, tra domiciliarità, residenzialità e *welfare* aziendale, F. MONTEMURRO – A. PETRALIA, “*Le politiche per gli anziani non autosufficienti nelle Regioni italiane*”, Rapporto a cura dell’IRES “Morosini”, Torino, settembre 2016; nonché, nell’ambito della letteratura medica e socio-sanitaria, “*L’assistenza agli anziani non autosufficienti in Italia. Il tempo delle risposte*”, a cura del Network Non Autosufficienza, Rapporto 2017/2018 promosso dalla Fondazione “Cenci Galligani”, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, novembre 2017.

8 Considerazioni di questo tenore spiegherebbero, secondo alcuni, il ritardo con cui in Italia si è addivenuti ad una disciplina organica sul sistema di assistenza integrato in favore dei soggetti disabili (2000), nonché ad una normativa *ad hoc* sulla tutela giurisdizionale delle persone con disabilità vittime di discriminazioni (2006). Tali preoccupazioni possono oggi ridimensionarsi alla luce di una rinnovata sensibilità collettiva rispetto al tema della disabilità, che, a differenza di altri “settori di tutela” in cui si declina il principio di non discriminazione, innerva trasversalmente la coscienza di ogni categoria di elettorato, così finendo per favorire, sia pur in misura assai variabile, l’attenzione della classe politica, anche locale. Peraltro, l’avvento di strumenti tecnologici e piattaforme digitali capaci rispettivamente di “catturare” e diffondere in modo virale, più di quanto fossero capaci i tradizionali *media* di massa, contenuti di certo impatto sull’opinione pubblica, determina un positivo effetto di controllo sull’operato amministrativo, specie ove vengano in gioco temi sensibili come quello della disabilità, capaci di suscitare forte indignazione collettiva e, per ciò, di condizionare in senso favorevole le scelte delle amministrazioni locali. Non può tuttavia tacersi, come opportunamente osserva G. TUCCI, “*La partecipazione del disabile alla vita sociale*”, in *Questione Giustizia*, n. 3/2018, 1, per un verso che “*nella nostra esperienza giuridica nazionale, la tutela del disabile diventa effettivamente efficace solo (...) grazie all’intervento di ordinamenti sovranazionali*”; e, per altro verso, che a fronte dei numerosi interventi legislativi a tutela della disabilità, “*le loro violazioni sono assai frequenti ed occorre il più delle volte ricorrere a diversi gradi di giudizio per ottenere il rispetto dei diritti ormai formalmente riconosciuti*”.

*esistenziale* del soggetto disabile, colta nella sua complessità e interezza, e dunque alla sua identità presente e futura.

Non v'è dubbio che i valori costituzionali siano tutti, in diversa misura e sotto diversi profili, preordinati alla tutela della dignità umana; la robusta trama costituzionale che sorregge la protezione della disabilità<sup>9</sup>, però, trova nella protezione dei singoli diritti (ad es., quello all'istruzione e all'avviamento professionale: art. 38 co. 3 Cost.) non già il suo fine ultimo, ma il suo *fine intermedio*: se il risultato che la Costituzione si propone di realizzare, in relazione ai soggetti affetti da gravi disabilità<sup>10</sup>, è di consentire che questi conducano, nei limiti del possibile, un'esistenza quanto più simile a quella dei soggetti normodotati, ovverossia che godano delle medesime possibilità di sviluppo ed esplicazione della propria personalità, è giocoforza ritenere che la salvaguardia di singoli diritti costituzionalmente protetti rappresenti uno *stadio preliminare di tutela*, su cui si innesta, e alla luce del quale va valutata, la *tutela globale sintetica* del diritto alle pari opportunità e al (potenziale) "pieno sviluppo della persona umana" di detti soggetti (sul punto, v. *infra*, § 3.).

La mancata o insufficiente erogazione, da parte delle amministrazioni pubbliche a ciò competenti (enti territoriali, scuole ecc.), dei servizi connessi al sistema integrato di interventi o all'offerta didattica di sostegno configura allora una duplice lesione di diritti inviolabili del singolo: quello alle pari opportunità (quale *species* dell'uguaglianza sostanziale), e quello, a proiezione futura ma di immanente titolarità e autonoma consistenza, ad un'*esistenza dignitosa*, quale categoria generale cui si riconnette, in rapporto di mutua implicazione, la totalità dei diversi diritti costituzionali di pertinenza individuale (istruzione, lavoro, salute, famiglia, patrimonio ecc.). E, d'altra parte, non vi è chi non veda che l'omesso o inadeguato apprestamento, da parte degli enti locali o dell'amministrazione scolastica, degli strumenti previsti dalla legge a sostegno della disabilità non solo rischia di ledere in via occasionale i diversi diritti in cui di volta in volta

---

9 Per l'ampia letteratura in tema, si segnalano C. COLAPIETRO, "Diritti dei disabili e Costituzione", Editoriale Scientifica, Napoli, 2011; ID. "Disabilità, crisi economica e giudice delle leggi", in "Assistenza, inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992 n. 104", a cura di C. Colapietro e A. Salvia, Napoli, 2013; G.M. FLICK, "Diritto e disabilità o 'diritto alla disabilità'?", in *Federalismi.it*, 12, 2013; M. D'AMICO - G. D'ARCONZO, "I diritti delle persone con disabilità grave. Osservazioni al D.D.L. A.S. 2232 approvato dalla Camera dei Deputati sul cosiddetto 'Dopo di noi'", in *Osservatorio AIC*, n. 1/2016; R. BELLI, "Vivere eguali. Disabili e compartecipazione al costo delle prestazioni", Prefazione di B. Deidda, Franco Angeli, Milano, 2014.

10 Ciò vale, logicamente, anche per altre categorie di soggetti individuati sulla base di posizioni di potenziale svantaggio, che possono esemplificativamente ricondursi ai fattori di discriminazione annoverati nella sequenza di cui all'art. 3 co. 1 Cost.. La differenza, tuttavia, risiede in ciò, che il disabile grave, a differenza dei soggetti rispetto ai quali venga in rilievo la tutela costituzionale antidiscriminatoria, patisce generalmente una limitazione permanente, insuscettibile di essere rimossa al positivo evolversi dei fattori esterni (di ordine culturale, politico o economico). La tutela in favore della disabilità si caratterizza, dunque, almeno su un piano ideale, per il suo carattere di irriducibile e necessaria *perpetuità*; ciò, come si è in parte anticipato e come si avrà modo di vedere meglio in seguito (§ 3.), spiega il peculiare significato che la nozione giuridica di "discriminazione" può assumere nel settore di tutela in discorso.

si estrinsecano i principi di “pari opportunità” e “dignità umana”, ma rischia altresì di pregiudicare il grado di effettività e pensabilità giuridico-razionale di tali principi, colti nel loro nucleo essenziale di protezione: il generale sforzo perequativo cui le istituzioni competenti sono chiamate, attraverso gli strumenti di legge, non rappresenta allora che il primo ma imprescindibile *step* di una complessa e incessante attività di sostegno, che ha un orizzonte ben più ampio sia del solo riconoscimento in via generale di pari dignità ed opportunità, sia della sola tutela occasionale relativa a singoli diritti costituzionali. Un orizzonte entro il quale l’uno e l’altra, considerate alla stregua di un *unicum* inscindibile, misurano il grado di civiltà della nostra cultura giuridica e politico-amministrativa.

Nelle pagine che seguono, il fuoco dell’analisi sarà concentrato prevalentemente sulle questioni che, nel contesto delle discipline vigenti, suscitano maggiori problemi interpretativi ed applicativi, con particolare riguardo alle vicende concernenti il momento dell’attuazione (giustapposta alla fase strettamente procedimentale che la precede) dei servizi connessi al sistema integrato di interventi e servizi sociali (L. 8 novembre 2000, n. 328), nonché agli ambiti di applicazione oggettiva delle misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni (D.Lgs. 1 marzo 2006, n. 67). Muovendo dall’indagine in ordine alla natura e all’ampiezza delle posizioni soggettive coinvolte, e alle questioni ad esse correlate in punto di *giurisdizione*, si tenterà di individuare il fondamento e i caratteri della *responsabilità* delle amministrazioni pubbliche per l’inattuazione dei principali strumenti di sostegno previsti dal legislatore, tenuto conto delle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale in relazione alla controversa categoria dei “diritti finanziariamente condizionati”. Con un’ultima precisazione: che l’analisi condotta in questo articolo non sottintende una “taccia di indifferenza”, rispetto alle esigenze della disabilità, rivolta alle amministrazioni pubbliche, né segnala un fenomeno che assume i connotati dell’emergenza (benché di emergenza possa parlarsi, a ragion veduta, in riferimento ad alcuni contesti territoriali). Mira piuttosto, per un verso, ad individuare possibili soluzioni in diritto per i casi in cui la limitatezza delle risorse finanziarie disponibili costringa o, come più spesso accade, induca le amministrazioni a porre sull’altare sacrificale della spesa proprio le legittime istanze dei soggetti disabili e delle loro famiglie; e, per altro verso, a trattare questioni<sup>11</sup> di notevole interesse sistematico sulle quali la produzione scientifica non abbonda, e sulle quali non vi è unanimità di vedute tra gli interpreti.

---

<sup>11</sup> Questioni che, sotto l’egida del diritto costituzionale, si collocano operativamente “a metà” tra diritto amministrativo e diritto civile. Uniformità di vedute non vi è, a giudizio di chi scrive, in relazione a profili che incidono significativamente sulle modalità della tutela giurisdizionale, neanche tra la giurisprudenza ordinaria di legittimità e quella amministrativa (v. § 2.2 e seg.).



## 2. La pretesa all'attuazione del Progetto individuale. Il riparto di giurisdizione.

### 2.1 Fase programmatica e fase attuativa. I "servizi alla persona".

Il Piano di Assistenza Individualizzato (P.A.I.), previsto in via generale e parzialmente disciplinato dall'art. 14 della L. 8 novembre 2000 (*"Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali"*), rappresenta, insieme al Progetto Educativo Individualizzato (P.E.I.)<sup>12</sup>, uno dei principali strumenti utilizzati per la programmazione, in ottica multidisciplinare, degli interventi secondo obiettivi a sostegno della disabilità. Trattasi di un documento, elaborato dal competente Ente locale con il contributo determinante degli operatori del locale comparto socio-sanitario<sup>13</sup> ed il coinvolgimento del nucleo familiare, che sintetizza le informazioni clinico-sanitarie relative al soggetto, anche inerenti alla sfera linguistico-comunicativa ed affettivo-relazionale, ed individua gli obiettivi di cura e assistenza, soggetti a verifica e revisione periodica, e gli interventi necessari al fine di favorire la migliore condizione di salute e benessere fisiopsichico del soggetto.

L'art. 14 della L. 328/2000, rubricato "Progetti individuale per le persone disabili", prevede che *"Per realizzare la piena integrazione delle persone disabili di cui all'articolo 3<sup>14</sup> della legge 5*

---

<sup>12</sup> Il P.E.I., disciplinato dall'art. 12 co. 5 della L. 5 febbraio 1992 n. 104, come integrato dal D.P.R. 24 febbraio 1994 e dal successivo D.P.C.M. 23 febbraio 2006 n. 185, si differenzia dal P.A.I., essenzialmente, per la sua proiezione funzionale all'effettivo godimento del diritto all'istruzione del soggetto in condizione di bisogno. È, pertanto, strumento adoperato per la sintesi clinico-sanitaria delle specifiche esigenze di apprendimento e per l'individuazione dei correlativi interventi in favore di persone disabili in età scolastica o che, comunque, accedano ad un corso di studi, essendo a carico dell'amministrazione scolastica quei soli servizi (su tutti, l'individuazione del numero di ore di sostegno e l'assegnazione di personale docente qualificato) connessi all'educazione e all'istruzione. La disciplina primaria del P.E.I. è stata modificata, in attuazione dell'art. 1 commi 180 e 181, lett. c) della L. 13 luglio 2015 n. 107, dal recente D.Lgs. 13 aprile 2017, n. 66, recante *"Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità"*, in vigore dall'1 gennaio 2019. Con il D.Lgs. 66/2017 il P.E.I., di cui vengono peraltro significativamente modificate le modalità di formazione, costituisce parte integrante del Progetto individuale di cui all'art. 14 co. 2 della L. 328/2000 (cui afferisce anche il P.A.I.). Da non confondere con il Piano di Assistenza Individualizzata, oggetto della presente trattazione, è il Piano Annuale di Inclusione, anch'esso indicato con l'acronimo P.A.I., redatto annualmente dalle scuole secondo le indicazioni operative contenute nella Circolare M.I.U.R. n. 8 del 6 marzo 2013, con il quale si individuano le virtù e le criticità emerse nel corso dell'anno scolastico appena concluso e si formulano, per l'anno scolastico incipiente, proposte per la valorizzazione delle risorse disponibili nell'ottica degli obiettivi di incremento dell'inclusività. Per un'analisi socio-pedagogica dello strumento, D. IANES – S. CRAMEROTTI, *"Il piano educativo individualizzato. Progetto di vita"*, Vol. I-III, IX ed., Erickson, 2009; C. PALMIERI, *"Dal PEI al progetto di vita: la prospettiva della cura educativa"*, Relazione al convegno "Ragazzi in comune", Torino, dicembre 2005, pubblicato in *Handicap & Scuola*, marzo-aprile 2006.

<sup>13</sup> Medici, infermieri, operatori socio-sanitari, assistenti sociali, educatori, psicologi, logopedisti, fisioterapisti ecc..

<sup>14</sup> Ai sensi del citato art. 3 della L. 104/1992, *"È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione"*. Sotto il profilo definitorio e terminologico, giova precisare che la nozione giuridica di "disabilità" ha attinto, e non potrebbe essere altrimenti, dalla definizione medico-sanitaria elaborata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), a partire dal 1980, quando venne pubblicata la prima *"Classificazione Internazionale delle Menomazioni, delle Disabilità e degli*

febbraio 1992, n. 104, nell'ambito della vita familiare e sociale, nonché nei percorsi dell'istruzione scolastica o professionale e del lavoro, i comuni, d'intesa con le aziende unità sanitarie locali, predispongono, su richiesta dell'interessato, un progetto individuale, secondo quanto stabilito al comma 2". È dunque il secondo comma della medesima disposizione, come integrato dall'art. 7 del D.Lgs. 66/2017, che individua il contenuto del Progetto individuale: "Nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, il progetto individuale comprende, oltre alla valutazione diagnostico-funzionale o al Profilo di funzionamento, le prestazioni di cura e di riabilitazione a carico del Servizio sanitario nazionale, il Piano educativo individualizzato a cura delle istituzioni scolastiche, i servizi alla persona a cui provvede il comune in forma diretta o accreditata, con particolare riferimento al recupero e all'integrazione sociale, nonché le misure economiche necessarie per il superamento di condizioni di povertà, emarginazione ed esclusione sociale. Nel progetto individuale sono definiti le potenzialità e gli eventuali sostegni per il nucleo familiare".

Sui dubbi interpretativi ed applicativi che la disposizione può suscitare, specie con riferimento all'inciso "nell'ambito delle risorse disponibili", ci si soffermerà in seguito (v. *infra*, § 4.). Per il momento basti rilevare che, nella disposizione in commento, sembra farsi riferimento a due distinti momenti: uno di carattere strettamente *procedimentale e programmatico*, relativo all'accertamento della condizione di disabilità del richiedente e alla specifica valutazione diagnostico-funzionale (dinamicamente condotti dalla A.U.S.L. e recepiti dal comune all'atto della formazione o modifica del Progetto), prodromica all'individuazione, condivisa dagli attori istituzionali con il coinvolgimento dei familiari dell'interessato, delle prestazioni che meglio rispondono alle specifiche esigenze rilevate; ed un altro, logicamente successivo, di carattere *pratico-attuativo*, che individua le istituzioni cui doverosamente compete, negli ambiti di rispettiva competenza, realizzare l'intervento di sostegno riconosciuto.

Per quel che qui interessa, grava sull'amministrazione comunale, stante il tenore letterale dell'art. 14 cit., l'attuazione, "in forma diretta o accreditata", dei "servizi alla persona" previamente individuati nel contesto della segnalata fase procedimentale: trattasi di interventi di sostegno, in favore del disabile e della sua famiglia, che possono assumere diverse forme, modalità, intensità e cadenze, in ragione e in funzione delle peculiarità connesse al caso concreto. Tra questi si segnalano, a scopo esemplificativo, la frequenza dei *Centri diurni*, strutture di natura ambulatoriale e a carattere semiresidenziale che

---

*Svantaggi esistenziali*", seguita, nel 1999, dalla pubblicazione della nuova "Classificazione Internazionale delle Menomazioni, delle Attività personali (ex Disabilità) e della Partecipazione sociale (ex Handicap o Svantaggio esistenziale)", ove viene definitivamente abbandonato il termine "handicap". Poco dopo, nel maggio 2001, l'OMS perviene ad una nuova classificazione, la "Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute" (I.F.C.), sui cui molteplici aspetti innovativi non si può in questa sede soffermarsi.

accolgono, nelle ore diurne, soggetti disabili di età compresa fra 18 e 65 anni<sup>15</sup>, o degli *Istituti per non vedenti*, che presentano analoghe caratteristiche strutturali e operative; il godimento di appositi *servizi di trasporto*, perlopiù finalizzati al raggiungimento dei Centri diurni o dei diversi istituti semiresidenziali (che talora sono dislocati in comuni diversi da quelli in cui gli utenti risiedono); la fruizione di *assistenza domiciliare* tramite applicazione di personale con qualifica di operatore socio-assistenziale (OSA); ecc.. Strutture, quelle appena richiamate, in genere aventi la qualifica di ONLUS<sup>16</sup>, che forniscono<sup>17</sup> per conto dei comuni e delle A.S.L. servizi di carattere socio-sanitario e/o assistenziale in favore dei disabili, finalizzati al raggiungimento di un adeguato grado di autonomia e partecipazione sociale di tali soggetti e delle loro famiglie.

Sul punto si tornerà nei successivi §§ 3. e 4., ove verranno affrontate le questioni di più ampio respiro sistematico inerenti al Progetto individuale e ai servizi alla persona (*rectius*: alla loro mancata attuazione). Nelle pagine che immediatamente seguono, invece, verranno ripercorsi ed esaminati gli itinerari giurisprudenziali relativi all'analoga fattispecie degli (omessi) interventi di sostegno scolastico allo studente disabile (incorporati nel P.E.I.).

## 2.2 Quale giudice per il disabile?

### 2.2.1 Il canone di riparto della giurisdizione sancito da S.U. Civ. n. 25011 del 2014 in ipotesi di omessa o carente attivazione dell'amministrazione *in subjecta materia*.

Tanto premesso, prima di occuparci della questione relativa alla natura e alla "consistenza-resistenza" della pretesa vantata dalla persona disabile (e dai suoi famigliari) in ordine all'effettiva erogazione dei servizi alla persona riconosciuti con l'approvazione del Progetto individuale, giova soffermarsi sulla diversa ma intimamente connessa questione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo: è su questo terreno, infatti, che sono emersi i profili di maggior interesse sistematico.

---

<sup>15</sup> Analoghe strutture, così denominate, sono invece destinate in via esclusiva a soggetti anziani (ultrasessantacinquenni) non autosufficienti. In tema, v. nota 7.

<sup>16</sup> In quanto possiedano i requisiti previsti dal D.Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460.

<sup>17</sup> In conformità al loro oggetto sociale, alle finalità di cui all'art. 1 della L. 328/2000 e alle specifiche esigenze di volta in volta rilevate in sede diagnostico-funzionale, dipoi formalizzate nei progetti individuali.



Il problema si è perlopiù posto, in dottrina<sup>18</sup> come in giurisprudenza<sup>19</sup>, in relazione all'analogia ma non del tutto coincidente fattispecie in cui l'omessa attuazione, da parte dell'amministrazione competente, riguarda(va) non già i servizi alla persona *stricto sensu*, bensì le misure previste nel già elaborato P.E.I. in favore dello studente disabile, ovverosia l'(effettiva) attribuzione del numero di ore necessarie per il sostegno didattico e l'(effettiva) assegnazione di personale docente specializzato. Per lungo tempo, e fino ad anni recenti, la Corte regolatrice della giurisdizione aveva ritenuto<sup>20</sup>, sul presupposto che il servizio di sostegno scolastico costituisse non già oggetto di un contratto di utenza regolato dalla disciplina privatistica, bensì servizio pubblico previsto direttamente dalla legge e, come tale, conseguente al provvedimento di ammissione alla scuola, che il relativo contenzioso fra amministrazione scolastica e famigliari dell'alunno disabile andasse ricondotto nell'alveo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (già prevista, in materia di servizi pubblici, dall'art. 33 del D.Lgs. 80/1998, riprodotto, dopo la riscrittura ad opera della Corte costituzionale, nell'odierno art. 133 co. 1, lett. c).

Attuando un parziale *revirement*<sup>21</sup> rispetto alla propria giurisprudenza precedente, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, con sentenza 25 novembre 2014, n. 25011<sup>22</sup>, hanno ritenuto che, una volta intervenuta l'approvazione del Piano Educativo Individualizzato elaborato dal personale docente della scuola ricevente e dagli operatori sanitari con la partecipazione dei genitori, la domanda diretta ad ottenere l'insegnante di sostegno per un numero di ore corrispondente a quello indicato nel Piano suddetto spetta

---

18 L. DIOTALLEVI, "La giurisdizione sui diritti 'fondamentali' alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo", in *Giur. cost.*, 2015, pp. 291 ss.; S. TROILO, "Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale", Giuffrè, Milano, 2012; ID., "I 'nuovi' diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili tra principi e realtà", in *Forum Quaderni costituzionali*, 2016; A. PAVAN, "La 'delicata' questione della continuità educativo-didattica", in *Giur. di merito*, 2010; F. GIRELLI, "Quale giudice per gli alunni con disabilità?", in *Giur. cost.*, n. 4/2015, pp. 1475 ss.; G. DI GENIO, "Sostegno scolastico e tutela costituzionale del disabile", in *Forum Quaderni costituzionali*, 2016; ID., "Handicap e integrazione tra disciplina scolastica, quadro economico e riforme territoriali", in *Il Diritto dell'Economia*, n. 1/2006, Modena, pp. 165 ss..

19 Per la giurisprudenza ordinaria, *ex multis*, S.U. Civ., ord. 19 luglio 2013, n. 17664; S.U. Civ., ord. 29 aprile 2009, n. 9954; S.U. Civ., ord. 25 marzo 2009, n. 7103; S.U. Civ., ord. 19 gennaio 2007, n. 1144. Per la giurisprudenza amministrativa, v. *infra*, nota.

20 S.U. Civ., ord. 19 gennaio 2007, n. 1144; S.U. Civ., ord. 29 aprile 2009, n. 9954; S.U. Civ., 25 marzo 2009, n. 7103; S.U. Civ., ord. 19 luglio 2013, n. 17664.

21 Tanto la stessa sentenza delle Sezioni Unite Civili del 2014, quanto, più marcatamente, le successive pronunce di legittimità e di merito che ne hanno recepito il *dictum*, fanno espresso riferimento ad una "rimeditazione" del precedente indirizzo. Va tuttavia precisato, come non si è mancato di fare in dottrina già all'indomani della sentenza in commento, che dalla lettura dei precedenti richiamati alla superiore nota (che decidevano i ricorsi per giurisdizione proposti del Ministero della Pubblica istruzione, convenuto ora dinanzi al TAR, ora dinanzi al tribunale ordinario), non è in realtà agevole comprendere se le controversie ad essi sottese, per l'aumento delle ore di sostegno attribuite all'alunno inabile, si riferiscano ad una vicenda in cui la contestazione investe i contenuti del P.E.I. ovvero, viceversa, la sua mancata attuazione (e cioè l'assegnazione in concreto di un numero di ore di sostegno inferiore a quello nominalmente previsto dal suddetto Piano).

22 Per un ampio commento alla pronuncia, F. GIRELLI, "Quale giudice per gli alunni con disabilità?", in *Giur. cost.*, n. 4/2015, pp. 1475 ss.; S. NOCERA, "Scuola, nuova sentenza della Cassazione sul sostegno. Ma non va esaltata", in [www.superabile.it](http://www.superabile.it), dicembre 2015.

al giudice ordinario, atteso che, esaurita la fase prodromica alla formazione del documento, non residua in capo all'amministrazione scolastica alcun potere discrezionale atto a sacrificare o rimodulare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili, la misura del supporto integrativo, dovendo essa assicurare l'assegnazione del personale docente specializzato anche tramite il ricorso, se del caso, all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto numerico tra insegnanti e alunni previsto dalla normativa di settore<sup>23</sup>. Ciò al fine di rendere effettivo la fruizione del *"diritto, costituzionalmente protetto, dell'alunno disabile all'istruzione, all'integrazione sociale e alla crescita in un ambiente favorevole allo sviluppo della sua personalità e delle sue attitudini"*, nel rispetto dei principi e delle finalità dei principi e finalità che informano la disciplina sul sistema integrato in favore della disabilità, sanciti dall'art. 1 della L. 328/2000<sup>24</sup>. L'omessa o insufficiente erogazione, da parte dell'amministrazione scolastica, del servizio di sostegno *"cristallizzato"*, nelle modalità e nella misura, dall'approvazione del piano individuale si risolve in una *"sostanziale contrazione del diritto fondamentale del disabile all'attivazione, in suo favore, di un intervento conforme alle specifiche esigenze correlate rilevate, condizione imprescindibile per realizzare il diritto ad avere pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico: l'una e l'altra sono pertanto suscettibili di concretizzare, ove non accompagnate da una corrispondente contrazione dell'offerta formativa riservata agli altri alunni normodotati, una discriminazione indiretta"*.

### **2.2.2 (segue) Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa dopo S.U. Civ. n. 25011/2014, tra "uniformazione creativa" e contrasto velato.**

Il principio enunciato dal Supremo Collegio con la pronuncia ora richiamata non sembra, già nell'immediato, essere a pieno recepito dalla giurisprudenza amministrativa (per le ragioni che si vedranno, *amplius*, nelle pagine seguenti). Infatti, in larvata polemica<sup>25</sup> con le

23 L'attivazione di posti in deroga è stata reintrodotta, dopo la parentesi abrogativa del 2007 e l'intervento ripristinatorio della Consulta del 2010 (sulla quale v. *infra*, dall'art. 19 comma 11 della L. 111/2011, ed è disciplinata dall'art. 15 co.1, 2 e 2-bis del d.l. 12 settembre 2013, n. 104, convertito in L. 8 novembre 2013, n. 128, e dall'art. 4 del già citato D.P.C.M. 23 febbraio 2006 n. 185. Nel senso che gli oneri finanziari per il sostegno ai disabili sarebbero a carico delle scuole paritarie, pur con le precisazioni ivi contenute, S.U. Civ., 16 maggio 2014, n. 10821, commentata da G. TULUMELLO, *"Senza oneri per lo Stato: l'insegnante di sostegno per i disabili è a carico delle scuole paritarie"*, Nota a sentenza, consultato in [www.academia.edu](http://www.academia.edu).

24 A tenore del quale, *"La Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione"*.

25 Il TAR Sicilia - Palermo, nella sentenza in commento, afferma infatti, tuttavia pervenendo dipoi ad una conclusione che difficilmente si concilia con la posizione espressa dalle Sezioni Unite, che *"proprio una consapevole e coerente applicazione del criterio indicato dalle SS.UU. nella richiamata sentenza n. 25011 del 25 novembre 2014 conduce alla conclusione che la conformazione del diritto allo studio del disabile non è operata dallo strumento programmatorio"*.

Sezioni Unite, il TAR Sicilia - Palermo, Sezione III, con la sentenza 3 dicembre 2014, n. 3111, muovendo dal rilievo che compito della pubblica amministrazione è la “redistribuzione di risorse nell’assolvimento dei doveri e obblighi di tutela”, e che “tale ripartizione, che produce nella sfera giuridica del disabile grave gli effetti lesivi lamentati [...], è all’evidenza improntata a criteri discrezionali”, ha osservato che “la mancata attribuzione di tutte le ore di sostegno indicate nel P.E.I. non è mai una mera omissione negligente, ma è l’effetto di una scelta volitiva, conseguente ad una ponderazione comparativa, tendente a minimizzare e a ripartire fra i soggetti aventi diritto le ricadute pregiudizievoli della limitatezza delle risorse disponibili. L’affermazione di un inadempimento mero nell’attuazione del diritto è dunque, in questa materia, obiettivamente collidente con la realtà normativa”, ponendosi l’attuazione del P.E.I. “al di fuori di una vicenda meramente esecutivo-adempitiva, in cui l’amministrazione sarebbe priva di poteri autoritativi, di un diritto in tesi già conformato: sicché il Collegio ritiene che sussista la giurisdizione di questo Tribunale Amministrativo Regionale”.

Analoghe perplessità, in relazione all’indirizzo inaugurato dalla Corte regolatrice con la sentenza 25011/2014, sembrano emergere nell’ordinanza del Consiglio di Stato del 21 settembre 2015, n. 4374, con cui la VI Sezione rimette la *quaestio iuris* all’Adunanza Plenaria, avendo rilevato, peraltro, che la soluzione di riservare al G.A. le sole controversie inerenti alla fase procedimentale che si conclude con la formazione del P.E.I., e di devolvere al G.O. quelle relative alla fase attuativa dello stesso, per un verso “sembra porsi in contrasto con i principi di semplificazione e concentrazione delle competenze giudiziarie in settori unitari”; e, per altro verso, sembra trascurare che “anche nella fase vincolata, peraltro, la concreta erogazione del servizio sembra interpretabile non come adempimento di un obbligo, ma come espressione di un potere-dovere, [...] a cui si contrappongono, per quanto attiene alla correttezza del procedimento amministrativo, posizioni di interesse legittimo”.

L’Adunanza Plenaria, con sentenza 12 aprile 2016, n. 7, pur senza specificamente addentrarsi nel merito della questione concernente la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto la fase successiva all’approvazione del P.E.I.<sup>26</sup>, si limita ad affermare che,

---

*(che, nella teoria della predeterminazione dell’attività amministrativa, ha una mera funzione di autovincolo al successivo esercizio del potere discrezionale): ma dal provvedimento amministrativo che, in esercizio del potere autoritativo, e sulla base delle norme primarie da ultimo richiamate, assegna l’insegnante di sostegno. Lo scrutinio della legittimità di tale provvedimento avviene alla stregua di un duplice paradigma normativo: le disposizioni normative (anche sovranazionali), e la norma programmatica di autovincolo”.*

<sup>26</sup> È opinione di alcuni commentatori che, con la sentenza 12 aprile 2016, n. 7, il supremo organo di Giustizia amministrativa abbia definitivamente accolto il principio di diritto enucleato dalle Sezioni Unite, ponendo fine al contrasto profilatosi. E, d’altra parte, non può tacersi che le stesse Sezioni Unite, con la recente ordinanza 28 febbraio 2017 n. 5060, di cui subito *infra*, richiamando il principio espresso da S.U. 25011/2014, affermano che “in questo senso si è orientata anche l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 12 aprile 2016 n. 7)”. Non pare, per il vero, che una tale affermazione sia del tutto condivisibile: nell’argomentare in motivazione, l’Adunanza Plenaria non dichiara (né, a parer mio, lascia intendere) di aderire *sic et simpliciter* all’impostazione accolta dalle Sezioni Unite, ma si limita ad affermare che, nel caso in considerazione, ove la vicenda si colloca in una fase anteriore all’approvazione del P.E.I., la giurisdizione del G.A. si imporrebbe in ogni caso, ossia alla luce di qualsivoglia orientamento esistente *in subiecta materia*, compreso quello postulato dall’ “*esegesi più restrittiva e riduttiva del perimetro della giurisdizione*

anche accedendo all'opzione ermeneutica più restrittiva del perimetro della giurisdizione amministrativa in materia, *“le controversie aventi ad oggetto la declaratoria della consistenza dell'insegnamento di sostegno ed afferenti alla fase che precede la formalizzazione del P.E.I., restano affidate alla cognizione del giudice amministrativo. Mentre, infatti, la Cassazione<sup>27</sup> ha escluso la giurisdizione amministrativa per le controversie afferenti alla fase di attuazione del P.E.I. sulla base del duplice rilievo che, dopo la definizione del piano, l'Amministrazione scolastica resta priva di qualsivoglia potestà che la autorizzi a ridimensionare il numero di ore di sostegno ivi stabilito e che l'eventuale omessa, puntuale attuazione del piano integra gli estremi di una discriminazione indiretta, azionabile ai sensi della L. n. 67 del 2006 e del D.Lgs. n. 150 del 2011 solo dinanzi al giudice ordinario (per espressa previsione legislativa), le medesime argomentazioni non risultano in alcun modo spendibili per escludere le controversie afferenti alla fase prodromica al P.E.I. dal perimetro della giurisdizione esclusiva amministrativa”*. Il supremo organo di Giustizia amministrativa non manca altresì di prendere posizione in ordine alla controversa tesi della c.d. *“indegradabilità”* o *“inaffievolibilità”* dei diritti fondamentali<sup>28</sup>, secondo la quale tali diritti sarebbero refrattari a qualsiasi intervento pubblico autoritativo, con la conseguenza che le relative controversie, avendo l'amministrazione agito a detrimento di essi in carenza di potere, si radicherebbero sempre in capo al giudice ordinario (e mai a

*amministrativa, operata con la più volte menzionata sentenza delle Sezioni Unite*”. L'integrale lettura della sentenza e il tenore di alcune espressioni utilizzate restituiscono anzi l'opposta impressione che, al di là della prevedibile soluzione offerta al caso concreto, l'A.P. abbia prudentemente scelto di non “spingersi” proprio per evitare l'insorgere di un contrasto, rinunciando alla possibilità di articolare un *obiter* sulla estensione della giurisdizione ex art. 133 co. 1, lett. c) anche alla fase esecutiva del P.E.I.. In breve, è come se l'A.P. avesse detto: “non volendo contraddire, mi limito a dire solo quel che è strettamente necessario”.

27 Il riferimento è, chiaramente, a S.U. n. 25011/2014.

28 Detta tesi deve farsi risalire ad alcune pronunce rese, alla fine degli anni '70, dalle Sezioni Unite Civili in sede di regolamento di giurisdizione, ed in particolare alla sentenza 9 marzo 1979, n. 1463. Nonostante alcuni recenti tentativi di “abbandono”, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale 27 aprile 2007, n. 140, e nonostante il contrario avviso della giurisprudenza amministrativa e di larga parte della dottrina, la tesi in parola seguita a godere di un certo credito nella giurisprudenza della Suprema Corte e delle corti ordinarie di merito. Cfr., *ex multis*, S.U. 17 giugno 2013, n. 15115; S.U. 27 febbraio 2012, n. 2923; S.U. 5 dicembre 2011, n. 25925; S.U. 6 febbraio 2009, n. 2867; Cass., S.U. 24 giugno 2005, n. 13548; S.U. 10 maggio 2001, n. 192; S.U. 18 novembre 1997, n. 11432; S.U. 20 gennaio 1992, n. 2092. Sul punto la sentenza delle Sezioni Unite 25011/2014, recependo coerentemente l'impostazione accolta dalla Corte costituzionale con le note sentenze nn. 191/2006 e 140/2007, afferma al punto 2.6 della motivazione, pur operando una discutibile sovrapposizione fra “diritti fondamentali” e “diritti costituzionalmente garantiti”, che *“la natura fondamentale del diritto all'istruzione del disabile non è di per sé sufficiente a ritenere devolute le controversie che ad esso si riferiscono alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice ordinario dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale”*; precisando che *“la categoria dei diritti fondamentali non delimita un'area impenetrabile all'intervento di pubblici poteri autoritativi [...], sempre più spesso chiamati, non solo all'assolvimento dei compiti rivolti ad attuare i diritti costituzionalmente garantiti, ma anche ad offrire ad essi una tutela sistemica, nel bilanciamento con le esigenze di funzionalità del servizio pubblico e tenendo conto, ai fini del soddisfacimento dell'interesse generale, del limite delle risorse disponibili secondo le scelte allocative compiute dagli organi competenti”*.

In tema, *ex multis*, L. CORAGGIO, “La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze”, in *Dir. proc. amm.*, 28, 2010, pp. 763 ss.; L. DIOTALLEVI, “La giurisdizione sui diritti ‘fondamentali’ alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in tema di processo amministrativo”, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 291 ss.; E. PATRONI GRIFFI, “L'eterno dibattito sulle giurisdizioni fra diritti incompressibili e lesione dell'affidamento”, in *Federalismi.it*, 24, 2011.



quello amministrativo). Invero, al paragrafo 4.3 della citata pronuncia, si precisa che *“la pacifica natura di diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata, quand’anche qualificato come ‘fondamentale’, (non) esclude la sussistenza della giurisdizione amministrativa. Per un verso, infatti, la profondità della capacità cognitiva del giudice amministrativo nella materia dei servizi pubblici comprende senz’altro anche la tutela dei diritti soggettivi, in ragione della natura esclusiva della giurisdizione codificata all’art. 133 c.p.a., e, per un altro, il carattere fondamentale del diritto nella specie azionato non può certo essere decifrato come un’eccezione innominata al perimetro della giurisdizione esclusiva. La cognizione e la tutela dei diritti fondamentali, infatti, intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto estranea all’ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l’espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali”*. Ciò – prosegue l’Adunanza Plenaria, richiamando il (formalmente) conforme punto 2.6 della sentenza n. 25011/2014 delle Sezioni Unite – *“non vale in alcun modo a sminuire l’ampiezza della tutela giudiziaria agli stessi assicurata, nella misura in cui al giudice amministrativo è stata chiaramente riconosciuta la capacità di assicurare anche ai diritti costituzionalmente protetti una tutela piena e conforme ai precetti costituzionali [...], che nessuna regola o principio generale riserva in via esclusiva alla cognizione del giudice ordinario”*.

L’orientamento inaugurato con la citata sentenza n. 25011/2014 è stato, di recente, ribadito dalle Sezioni Unite Civili con la sentenza 20 aprile 2017, n. 9966 e con l’ordinanza 28 febbraio 2017, n. 5060, ove in quest’ultima, rilevato *“il pacifico appartenere della vicenda in esame alla fase precedente all’approvazione del Piano Educativo”*, si afferma sussistere la giurisdizione del G.A., confermando *“che la giurisdizione del giudice ordinario scatta a seguito della redazione conclusiva, da parte dei soggetti pubblici competenti, del Piano Educativo Individualizzato, contenente l’indicazione delle ore di sostegno necessarie ai fini dell’educazione e dell’istruzione: in tal caso si è di fronte ad un diritto, ad essere seguiti da un docente specializzato, già pienamente conformato, nella sua articolazione concreta, rispetto alle specifiche necessità dell’alunno disabile, e non vi è più spazio discrezionale, per la pubblica amministrazione - autorità, per diversamente modulare da un punto di vista quantitativo, e quindi per ridurre, gli interventi in favore della salvaguardia del diritto all’istruzione dello studente disabile”*; viceversa, *“le controversie aventi ad oggetto la declaratoria della consistenza dell’insegnamento di sostegno ed afferenti alla fase che precede la formalizzazione del piano educativo individualizzato, restano affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell’articolo 133, comma 1, lettera c), c.p.a.”*.

Merita di segnalarsi, ancora, la sentenza 3 maggio 2017, n. 2023, resa dalla VI Sezione del Consiglio di Stato, che con pregevole sforzo motivazionale ricostruisce dettagliatamente la normativa sull’inclusione scolastica, che lo stesso Collegio definisce *“di qualità molto scarsa*



[...] e notevolmente frammentat(a) e disarmonic(a)", evidenziando le peculiarità inerenti all'iter che precede l'adozione del P.E.I. ed individuando la soglia terminale del relativo procedimento amministrativo non già nell'approvazione del progetto da parte del dirigente scolastico, bensì nella proposta formulata dal G.L.H.O.<sup>29</sup> sul numero di ore di sostegno necessarie in relazione al singolo studente disabile, con la conseguente illegittimità dell'atto, censurabile dinanzi al TAR in sede di giurisdizione esclusiva, con cui l'amministrazione si discosti da tale indicazione<sup>30</sup>. Ciò, beninteso, non significa che in capo allo studente disabile sia "configurabile un diritto incondizionato all'assistenza 'ottimale' (essendo i diritti sociali a prestazione diritti finanziariamente condizionati)", ma che "esiste, pur sempre, un nocciolo duro di garanzie atto ad impedire che il diritto allo studio di questi soggetti possa essere semplicemente nominale, sacrificato sull'altare delle disponibilità finanziarie". Il Consiglio di Stato afferma altresì sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo sul diritto dello studente disabile all'insegnante di sostegno, espressamente eccettuando i soli casi in cui il ricorrente deduca specificamente la "sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno" ai sensi dell'art. 3 co. 3 della L. 67/2006, che attribuisce siffatte controversie all'autorità giudiziaria civile, dotandola di specifici poteri, anche inibitori, correlati alla gravità della condotta accertata (sul punto, v. *infra*, § 3.). Alle medesime conclusioni perviene, da ultimo, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con la sentenza 5 novembre 2018, n. 671 (sulla quale, v. subito *infra*). Non appare infondato supporre che le surriferite sentenze abbiano "messo a nudo", conclamandolo, un vero e proprio contrasto tra l'opzione esegetica accolta dalle Sezioni Unite Civili e quella che, già da tempo, sia pur con contorni incerti e taluni persistenti profili controversi, affiorava nelle pronunce dei collegi di giustizia amministrativa; contrasto che un comprensibile *self-restraint* del Consiglio di Stato nei confronti della Corte regolatrice della giurisdizione aveva mantenuto *in nuce*, ma che il contenuto di alcune puntuali decisioni aveva già, almeno in parte, disvelato. Invero, nonostante la (formale) "attestazione di conformità" ed il (formale) richiamo operato al canone di riparto sancito dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 25011/2014, i più recenti arresti della giurisprudenza amministrativa, poc'anzi citati, in definitiva asseverano che in tanto sussiste la giurisdizione ordinaria in quanto l'interessato abbia rappresentato gli elementi di fatto in cui la discriminazione si concreta, ferma restando la giurisdizione esclusiva ogni qualvolta il ricorrente impugni gli atti del procedimento o contesti un comportamento dell'amministrazione<sup>31</sup>, senza che debba o possa assumere "rilievo il momento nel quale

29 Gruppo di Lavoro per l'Handicap Operativo.

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

31 Ovverosia – precisa il C.G.A.R.S. – quando il ricorrente lamenti "la mancata corrispondenza tra il provvedimento finale del dirigente scolastico e la proposta del G.L.H.O. (ovvero lamentando che si stata data illegittimamente

*intervengano le determinazioni attributive all'alunno di un numero di ore di sostegno inferiore a quello atteso". Richiamando alcuni passaggi argomentativi già sviluppati nella decisione 29 luglio 2016 n. 234, il C.G.A.R.S. osserva infatti che "la natura di domande giudiziali quale quella anche qui introdotta non viene influenzata, cioè, 'dal fatto che essa sia proposta quando le determinazioni non siano state ancora cristallizzate nel P.E.I. adottato a conclusione dell'iter procedimentale relativo (come nel caso della fattispecie che ha dato occasione alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria), ovvero quando invece esse lo siano state in un momento successivo'. Invero, 'da un lato, non esiste [...] momento nel quale le determinazioni già assunte si sottraggono a possibilità di verifica (vi restano esposte anche quelle eventualmente maturate dopo la conclusione delle ordinarie attività didattiche dell'anno scolastico in discussione)'; 'dall'altro, nessuna delle verifiche in oggetto è preclusa dalla già intervenuta definizione del P.E.I. (sul quale infatti le verifiche che si manifestino opportune/necessarie comunque reagiscono)'. Da ciò la conclusione dell'irrelevanza, sempre sotto il profilo dell'appartenenza della giurisdizione, 'del fatto che la determinazione lesiva sia intervenuta in concreto prima o dopo la conformazione del diritto del disabile da parte del P.E.I.'".*

### **2.2.3 (segue) Un contrasto in atto tra le Sezioni Unite e la giurisprudenza amministrativa? Lo "spettro" della tesi dell'indegradabilità dei diritti fondamentali.**

Appare opportuno, a questo punto, domandarsi se il dichiarato ossequio, da parte della giurisprudenza amministrativa, ai principi sanciti dalle Sezioni Unite con la sentenza 25011/2014 sia meramente formale, celando un vero e proprio contrasto ermeneutico, o se esso, all'opposto, rifletta una più profonda adesione al contenuto euristico della citata pronuncia, abbracciandone e valorizzandone profili di non immediata intelligibilità che, pur presenti, sono rimasti adombrati dall'altisonante enunciazione (anche in sede mediatica) della massima estrapolata. La domanda da porsi è, in altri termini, la seguente: se le Sezioni Unite, a partire dalla sentenza 25011/2014, abbiano inteso affermare la giurisdizione ordinaria con esclusivo riferimento alle controversie, successive all'approvazione del P.E.I., aventi quale *causa petendi* una discriminazione rilevante ai sensi della più volte citata L. 67/2000, ovvero se il canone di riparto basato sulla distinzione tra una fase procedimentale conformativa del diritto ed una fase attuativa del medesimo prescindano dalla prospettazione di una condotta discriminatoria, ponendosi quest'ultima quale mera conseguenza occasionale della carente o insufficiente erogazione del servizio riconosciuto nel P.E.I..

---

*prevalenza a ragioni di contenimento della spesa)"; oppure quando lamenti "la mancata concreta fruizione delle ore di sostegno, attribuite dal dirigente in conformità alla proposta del G.L.H.O., perché il medesimo dirigente, per la carenza delle risorse fornite dagli Uffici scolastici, ha affrontato provvisoriamente la situazione con misure di 'redistribuzione' delle ore di sostegno".*

Deve a questo proposito richiamarsi il punto 2.6 della motivazione in diritto, ove, con riferimento al P.E.I. già redatto, prospettando l'alternativa tra un diritto già pienamente conformato nella sua articolazione concreta e il residuare, in capo all'amministrazione, di spazi discrezionali per rimodulare autoritativamente la misura degli interventi di sostegno (o, finanche, in circostanze eccezionali temporaneamente sospenderli), il Supremo Collegio assevera che *"la soluzione è nel senso del primo corno dell'alternativa"*. Muovendo dall'analisi sistematica delle indicazioni provenienti dal formante legislativo interno, condotta alla luce dalla Convenzione ONU di New York del 13 dicembre 2006<sup>32</sup> e dalle fonti comunitarie<sup>33</sup>, nonché dai principi lumeggiati dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 80/2010 (poi ribaditi e precisati dalla successiva sentenza n. 275/2016, su cui v. *infra*, § 4.), le Sezioni Unite, dopo aver negato che la tesi dell'indegradabilità dei diritti fondamentali possa costituire un utile *discrimen* della giurisdizione, giungono all'enucleazione di un canone di riparto fondato sul momento cui accede la condotta denunciata, avendo cura di precisare che *"l'omissione o le insufficienze nell'apprestamento, da parte dell'amministrazione, di quella attività doverosa [...] sono pertanto suscettibili di concretizzare, ove non accompagnate da una corrispondente contrazione dell'offerta formativa riservata agli studenti normodotati<sup>34</sup>, una discriminazione indiretta, vietata dall'art. 2 della legge 67 del 2006, per tale intendendosi anche il comportamento omissivo dell'amministrazione pubblica preposta"*.

Non sembra che la pronuncia in commento si presti ad essere interpretata nel senso della irrilevanza del momento (anteriore o successivo alla conformazione del diritto nel P.E.I.) in cui interviene la determinazione lesiva, come vorrebbe la più recente giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e del C.G.A.R.S.. L'inconciliabilità, rispetto alla statuizione "aprifila" delle Sezioni Unite Civili, delle opzioni ricostruttive prescelte ed enunciate dai collegi di giustizia amministrativa (che solo per alcuni limitati profili si sono posti in aperto e motivato contrasto, perlopiù dissimulando tale divergenza mediante argomentazioni che, nella sostanza, "stravolgono" il nucleo essenziale della sentenza n.

32 Resa esecutiva con legge di autorizzazione 3 marzo 2009, n. 18. In tema, ampiamente, N. FOGGETTI, *"Diritti umani e tutela delle persone con disabilità. La Convenzione delle Nazioni Unite del 13 febbraio 2006"*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2009, pp. 104 ss.; ID., *"La tutela delle persone con disabilità nel diritto internazionale"*, Key Editore, Vicalvi, 2017.

33 Il riferimento è all'art. 2 del TUE, agli artt. 9, 10 e 19 del TFUE ed agli artt. 14, 20, 21 e 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché, tra le fonti derivate, alla Direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro, espressamente estesa per la prima volta alla disabilità, sulla quale V. PICCONE, *"Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato"*, in *Questione Giustizia*, 15 febbraio 2017.

34 F. GIRELLI, 2015, *op. cit.*, pp. 1494-1495 in riferimento a tale passaggio del "Considerato in diritto", che definisce "poco limpido", osserva che *"il giudice della legittimità assume in sostanza che la scuola, nel momento in cui assegna un numero di ore di sostegno inferiore a quello stabilito nel PEI, per evitare di porre in essere una discriminazione ai danni dell'alunno disabile, dovrebbe corrispondentemente ridurre anche le ore di insegnamento curricolare"*. Secondo S. NOCERA, 2015, *op. cit.*, si tratterebbe di *"principio totalmente contrario alla logica dell'inclusione"*, che *"invalida radicalmente tutta la cultura inclusiva italiana che è stata sancita in Italia dall'art. 13 comma 6 della L. n. 104/92 sulla contitolarità della classe da parte del docente per il sostegno che deve sostenere i colleghi curricolari nel delicato compito, di loro competenza primaria, di includere l'alunno con disabilità nel gruppo dei compagni"*.

25011/2014), appare risiedere principalmente nelle diverse conseguenze attribuite alla carenza di potere che connota la nuova valutazione presupposta al contegno (in tutto o in parte) “inadempiente” dell’amministrazione. Non può infatti trascurarsi, come ha perspicuamente rilevato il TAR Sicilia - Palermo con la citata sentenza n. 3111/2014, che, ad eccezione di irrealistiche ipotesi in cui l’amministrazione ometta di erogare l’intervento con dolo ovvero per mera negligenza, l’inattuazione del P.E.I. consegue sempre ad una valutazione comparativo-discrezionale di indole provvedimentale o comunque attuosa, tuttavia illegittima perché posta in essere al di fuori dello schema procedimentale che fissa il momento valutativo (tecnicamente vincolato dai dettami scientifici, e dunque cogenti, dalla diagnosi funzionale) in capo ad un organo diverso (il G.L.H.O., nella specie) da quello investito del dovere di garantire l’esatta erogazione dal servizio (il dirigente scolastico, nella specie; nonché, in via eventuale, il Ministero dell’Istruzione e/o l’Ufficio Scolastico Regionale). Non è in discussione la natura della posizione soggettiva conformatasi a seguito dell’approvazione del P.E.I.: essa è, in ognuna delle letture offerte, pacificamente di diritto soggettivo “perfetto” (alla fruizione del servizio “cristallizzato” nel Piano).

Le Sezioni Unite, pur negando in astratto che sia sottratta al giudice amministrativo la cognizione dei diritti fondamentali incisi, a vario titolo, dal potere pubblico, sembrano ricorrere ad una petizione di principio per affermare la sussistenza della giurisdizione ordinaria in relazione all’ipotesi che ci occupa: rimane infatti in ombra la ragione sistematica per cui, nonostante il chiaro disposto dell’art. 133 co. 1, lett. c) c.p.a., e nonostante la mancata adesione al criterio di riparto postulato dalla tesi della “inaffievolibilità” dei diritti fondamentali, la cognizione in materia di attuazione del P.E.I. debba radicarsi in capo al giudice ordinario; al punto da ingenerare il dubbio che, nonostante le premesse, le Sezioni Unite abbiano di fatto adottato, quale criterio decisorio sul punto, proprio la denegata teoria dei diritti “indegradabili”. La circostanza che la sentenza n. 25011/2014 possa avere surrettiziamente riproposto un canone di riparto fondato sulla tesi della indegradabilità sembra avvalorata dall’affermazione secondo cui *“una volta che il Piano Educativo Individualizzato [...] abbia prospettato il numero di ore necessarie [...] l’amministrazione scolastica è priva di un potere discrezionale [...] capace di rimodulare o sacrificare, in via autoritativa, [...] la misura di quel supporto”*: non si comprende, se non alla luce del più importante della tesi della “indegradabilità” dei diritti fondamentali (carente il potere pubblico, carente la giurisdizione amministrativa<sup>35</sup>), come una siffatta argomentazione, di per sé condivisibile, possa ineludibilmente condurre ad affermare la sussistenza della giurisdizione ordinaria, ove si tenga in debita considerazione la circostanza, ben messa in luce dalla giurisprudenza amministrativa (v. *supra*, § 2.2.2), che l’inattuazione del servizio consacrato nel Piano *“non è mai una mera*

---

35 Impostazione già presente, in termini maggiormente espliciti, nelle sentenze delle Sezioni Unite 11 gennaio 2011, n. 3670 e 30 marzo 2011, n. 7186, relative a controversie analoghe a quella decisa con la pronuncia in commento.

*omissione negligente, ma è l'effetto di una scelta volitiva, conseguente ad una ponderazione comparativa".*

La sola ragione che pare offrire adeguato supporto alla statuizione sul criterio di riparto sancito dalla sentenza n. 25011/2014 è, semmai, di natura (non già sistematica, ma) *normativo-positiva*: la previsione contenuta all'art. 3 della L. 67/2006, che attribuisce all'autorità giudiziaria ordinaria le controversie in cui si faccia questione di condotte discriminatorie in danno di soggetti disabili. Epperò, delle due l'una: o il dato positivo è dirimente, e come tale giustifica la giurisdizione (ordinaria) a prescindere dal momento (anteriore o posteriore all'approvazione del P.E.I.) in cui intervenga la vicenda discriminatoria, e dunque a prescindere dalla natura (meramente omissiva o illegittimamente comparativa) degli atti in cui essa si concreti; oppure, se il criterio di riparto deve polarizzarsi su considerazioni di carattere sistematico, occorre che esse siano adeguatamente sviluppate per spiegare la recessività (*rectius*: l'inoperatività) dell'art. 133 c. 1, lett. c) c.p.a..

In definitiva, l'impressione è che le pronunce delle corti di giustizia amministrativa colgano nel segno, inquadrando correttamente la fattispecie in esame sotto il profilo dei principi in tema di giurisdizione ricavabili dalle attuali coordinate ordinamentali, ma che, non potendosi apertamente discostare dal *dictum* delle Sezioni Unite quale unico giudice della giurisdizione, attribuiscono alla citata sentenza una latitudine contenutistica ed una sequenza di sfumature nel rapporto regola-eccezione che essa, a giudizio di chi scrive, non possiede. Uno schema di riparto ossequioso del dato normativo positivo, dei principi in tema di giurisdizione e dei profili qualificatori che, nella materia *de qua*, appaiono maggiormente condivisibili, potrebbe essere il seguente:

- stante l'inequivoca formulazione dell'art. 2 co. 3 della L. 67/2006, che accoglie una nozione oggettiva e lata di "discriminazione indiretta" (sulla quale v. *infra*, § 3.), sono devolute alla giurisdizione ordinaria, per effetto del criterio della *lex specialis derogans*, tutte le controversie in cui l'interessato deduca, quale *causa petendi*, una discriminazione rilevante ai sensi della predetta legge, tanto che essa sia riferibile alla fase procedimentale (di natura essenzialmente vincolata dalle risultanze della diagnosi funzionale che accerta, in conseguenza della tipologia e della misura delle disabilità rilevate, l'entità del supporto necessario), tanto che essa inerisca alla successiva fase attuativa (ove il diritto è pienamente conformato nel suo contenuto specifico ed insuscettibile di modificazioni *in peius*, fintantoché non intervenga una nuova rilevazione diagnostico-funzionale).

- per converso, ogni altra questione relativa al P.E.I. che non venga incardinata nel binario discriminatorio (sia che essa verta *tout court* sulla spettanza del Piano, sia che verta sulla misura e le modalità del sostegno da riconoscere, sia che verta sul diritto all'effettiva piena erogazione del sostegno riconosciuto) spetta al G.A. in sede di giurisdizione generale di legittimità o di giurisdizione esclusiva, a seconda che l'interesse di volta in volta azionato



si atteggi in termini di interesse legittimo o di diritto soggettivo (profilo, quest'ultimo, che meriterebbe senz'altro approfondimento, ma sul quale non ci si può in questa sede soffermare, trattandosi di questione che involge, a monte, la teoria sull'interesse legittimo, e che non può dirsi peculiare rispetto al tema sullo sfondo).

Non può tuttavia tacersi che anche un sistema di riparto così congegnato, frutto di una sintesi tra il principio enucleato dalle Sezioni Unite e gli "aggiustamenti", variamente articolati, prospettati dalla giurisprudenza amministrativa, sconta inevitabili limiti. Non solo e non tanto perché, elevando la prospettazione del ricorrente<sup>36</sup> a *discrimen* della giurisdizione in materia, si espone a tutte le obiezioni, perlopiù superabili e superate, che in tema di riparto di giurisdizione tradizionalmente circondano la c.d. "criterio della prospettazione"; quanto per la diversa considerazione che, a ben vedere, nella materia che ci occupa, alle condotte dell'amministrazione conseguono sempre effetti discriminatori riconducibili nell'ampia nozione oggettiva di "discriminazione indiretta" di cui all'art. 2 co. 3 della L. 67/2006. La prospettazione di parte, corollario del principio dispositivo, finisce allora per generare, nei casi in esame, uno scollamento tra la vicenda materiale e quella formalizzata in giudizio non già meramente occasionale ed eventuale (ossia configurabile all'esito della delibazione nel merito della domanda), ma sistematico e fisiologico, ossia immanente alle ipotesi in cui, nonostante il carattere discriminatorio (indiretto) sia sempre *in re ipsa* nella condotta omissiva dell'amministrazione, l'interessato non abbia dedotto tale profilo in sede di atti introduttivi (o di *mutatio libelli*). In breve, una condotta senz'altro discriminatoria potrebbe, in ipotesi, non venire mai in rilievo come tale, con conseguente recessività della disciplina introdotta dal legislatore nel 2006. Una tale perplessità, considerata la delicata natura degli interessi in gioco, non pare meritevole di una svalutazione in chiave formalistica e riflette una criticità di non poco momento nel sistema di riparto sopra ipotizzato.

Concludo con una provocazione: se sia pensabile un meccanismo che, pur senza sottrarre alle Sezioni Unite della Cassazione il "monopolio" sulla giurisdizione, possa perlomeno attivare un dialogo istituzionale, pubblico e conoscibile, in ordine alle questioni più controverse inerenti la giurisdizione, tra il Supremo Collegio di giustizia ordinaria e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, anch'essa investita di funzione nomofilattica e titolare di indiscusso prestigio. La certezza della giurisdizione è un valore a metà, se non accompagnata dalla *giustizia*, in chiave dialettica, di tale certezza.

### **3. Misure per la tutela giudiziaria del disabile vittima di discriminazioni (L. 1 marzo 2006, n. 67)<sup>37</sup>**

---

<sup>36</sup> Nella specie, infatti, è tale non solo, naturalmente, chi adisca il G.A., ma anche colui il quale intende dolersi della discriminazione subita dinanzi al G.O., posto che, come vedremo, l'art. 3 co.1 della L. 67/2006 prevede l'introduzione della relativa domanda con ricorso *ex art. 702-bis c.p.c.*

### 3.1 Lineamenti generali della disciplina.

Le argomentazioni sin qui svolte, a prescindere dalle conclusioni cui si pervenga, non possono che ritenersi valide, pur con alcune necessarie precisazioni di cui a breve si dirà, anche con riguardo all'ipotesi in cui sia ascrivibile all'amministrazione comunale l'omesso o insufficiente espletamento dell'attività doverosa che, a norma del già citato art. 14 co. 2 della L. 328/2000, riguarda i c.d. "servizi alla persona" del disabile adulto, incorporati nel P.A.I. (*supra*, § 2.). Ciò alla luce dell'omogeneità strutturale, oggettiva e soggettiva, della fattispecie esaminata dalle Sezioni Unite (e dalla giurisprudenza amministrativa) e di quella ora richiamata, nonché dell'identità di *ratio* sottesa alle discipline che contemplano (*rectius*: impongono) l'adozione del Piano Individuale Educativo (P.E.I.) e del Piano Assistenziale (P.A.I.), ambedue oggi afferenti al Progetto individuale di cui all'art. 14 cit.. L'inattuazione, per un arco temporale significativo, del P.A.I. predisposto ed approvato per il sostegno (extrascolastico) alla persona disabile, infatti, appare del tutto assimilabile all'inattuazione dell'omologo piano educativo previsto dall'art. 12 della L. 5 febbraio 1992 n. 104, come integrato dalla già richiamata normativa secondaria.

In attesa di un nuovo intervento delle Sezioni Unite che chiarisca il ruolo e la portata effettivi della (prospettata) condotta discriminatoria nelle vicende *de quibus*, dovendosi senz'altro ritenere che un ruolo vi sia, anche e soprattutto ai fini del riparto di giurisdizione, vale la pena soffermarsi sulla disciplina introdotta dalla L. 1 marzo 2006 n. 67 recante "Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni", e, in particolare, sulla peculiare connotazione che il concetto di "discriminazione indiretta" assume in relazione all'ipotesi in cui l'"inadempimento" (*lato sensu...* o *proprio sensu?* v. *infra*, § 3.4) del comune pregiudichi il diritto, già conformatosi nella sua articolazione concreta, alla effettiva fruizione dei servizi alla persona riconosciuti nel P.A.I..

---

37 In tema, oltre ai contributi che verranno richiamati nelle pagine seguenti in relazione alle singole questioni trattate, E. SACCHETTINI, "Per i disabili vittime di discriminazioni tutela specifica e risarcimento del danno", in *Guida al dir.*, n. 14/2006, pp. 35 ss.; C. CRAPANZANO, "La tutela giudiziaria dei disabili: la difesa contro le discriminazioni prevista dalla Legge n. 67 del 2006", Halley Editrice, Matelica, 2007; M. BARBERA, "Il nuovo diritto antidiscriminatorio", Giuffrè, Milano, 2007, pp. 77 ss.; R. MARUFFI, "Le nuove norme sulla tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni", in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 123 ss.; S. BALDI LAZZARI, "Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni", in *Le nuove leggi civili commentate*, 1-2, 2007, p. 3 ss.; S. MARCELLINO, "Tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni", in *Persona e danno*, 2007; A. MARRA, "La tutela contro la discriminazione dei disabili in Italia: legge n. 67 del 2006", in *Dir. fam. e pers.*, 2008, pp. 2162 ss.; R. MARCHE, "Gli effetti discriminatori della condotta omissiva della P.A.: legge 67/2006 e mancata attuazione del progetto individuale ex art. 14 legge 320/2000", in *Dir. amm.*, 8 ottobre 2009.

Dopo aver fissato, all'art. 1, finalità ed ambito applicativo<sup>38</sup> della disciplina in commento, il legislatore si occupa di definire i concetti di "parità di trattamento" e, specialmente, "discriminazione". L'art. 2 co. 1 precisa che *"Il principio di parità di trattamento comporta che non può essere praticata alcuna discriminazione in pregiudizio della persona con disabilità"*. E' appena il caso di rilevare che, con siffatta disposizione, il legislatore non pare aver dato vita ad un adeguato sforzo definitorio: la nozione offerta, infatti, anziché recepire e compendiare le indicazioni provenienti dalla corposa giurisprudenza costituzionale in materia, si limita a riprodurre, tautologicamente, quanto già ricavabile dalla nozione minima, attinta dal senso comune, di "parità di trattamento".

È tuttavia sui successivi commi 2, 3 e 4 che giova soffermarsi ai nostri fini. Il co. 2 dell'art. 1 contiene la nozione di "discriminazione diretta", che *"si ha quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga"*. L'effettiva portata del concetto ora richiamato verrà precisata nel contesto della disamina riservata alla nozione di "discriminazione indiretta" di cui al successivo comma 3 (v. *infra*, § 3.2.); per il momento basti rilevare che la modesta accuratezza definitoria del legislatore si spiega, qui, in ragione della condivisibile necessità di mantenere larghe le "maglie" della nozione *de quo*.

Tale necessità sottende, parimenti, il disposto di cui al co. 4, a tenore del quale *"sono, altresì, considerati come discriminazioni le molestie, ovvero quei comportamenti indesiderati posti in essere per motivi connessi alla disabilità, che violano la libertà e la dignità di una persona con disabilità, ovvero creano un clima di intimidazione, di umiliazione e di ostilità nei suoi confronti"*.

Va premesso che, per le ragioni che si diranno tra poco, appare preferibile ritenere che tale "appendice definitoria" acceda alla sola nozione di discriminazione diretta, e non anche a quella di cui al precedente comma 3. A prescindere da ciò, tuttavia, la formulazione del comma 4 si presta ad una duplice considerazione critica: 1) al condivisibile scopo di estendere l'ambito oggettivo della discriminazione (diretta) rilevante ai fini della tutela giudiziaria *ad hoc*, vengono "tipizzate" condotte discriminatorie che ben potrebbero considerarsi già ricomprese nell'ampia nozione di cui al comma 2 (il che rischia di generare, come in tutte le ipotesi in cui il legislatore ricorra ad una siffatta tecnica, dubbi circa l'effettiva portata della clausola generale cui la tipizzazione complementare accede); 2) il maggior grado di dettaglio del comma 4, ove sembrerebbero richiedersi presupposti ulteriori, di tipo effettuale (violazione della libertà e della dignità ovvero creazione di un clima ostile), rispetto all'ipotesi-base di cui al comma 2, appare per un verso pleonastico (trattandosi di effetti che conseguono indefettibilmente ai "comportamenti posti in essere per

---

38 Dispone l'art. 1 co. 1: *"La presente legge, ai sensi dell'articolo 3 della Costituzione, promuove 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, al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali"*. Soggiunge il comma 2: *"Restano salve, nei casi di discriminazioni in pregiudizio delle persone con disabilità relative all'accesso al lavoro e sul lavoro, le disposizioni del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, recante attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro"*.

*motivi connessi alla disabilità*”) e, per altro verso, concettualmente incoerente e poco funzionale allo scopo di ampliare la sfera di tutela (l'utilizzo, nell'ultima proposizione, della congiunzione “e” in luogo di “o” sembrerebbe richiedere il simultaneo ricorrere di effetti che, per loro natura, possono verificarsi anche singolarmente).

### **3.2 La sussumibilità del contegno omissivo dell'amministrazione comunale nel concetto di “discriminazione indiretta” ex art. 2 co. 3 della L. 67/2006.**

Di particolare interesse è, ai nostri fini, il comma 3 recante la nozione di “discriminazione indiretta”, che ricorre allorché *“una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone”*. Il tenore letterale della disposizione, in una con la considerazione delle finalità della disciplina dettata dalla L. 67/2006, suggerisce di ritenere che costituisca discriminazione indiretta qualsiasi atto, omissivo o commissivo, che oggettivamente realizzi il risultato di porre una persona disabile in condizioni di svantaggio rispetto sia ai soggetti normodotati che ad altri soggetti disabili<sup>39</sup>, rappresentando tale risultato la mera conseguenza di fatto di una condotta neutra, ossia scevra della volontà di nuocere al soggetto proprio in quanto disabile.

Tale opzione interpretativa appare preferibile sulla base di plurime considerazioni letterali e sistematiche. Anzitutto, l'assenza della locuzione *“per motivi connessi alla disabilità, [...] è trattata”*, che appare diretta proprio ad includere nella nozione di discriminazione indiretta quelle condotte slegate dalla considerazione della condizione di disabilità del soggetto destinatario di esse. In secondo luogo, ove si ritenesse che la dizione *“apparentemente neutre”* valesse a ricomprendere le sole condotte in cui l'elemento soggettivo del nocumento al disabile (in quanto tale) è solo *“dissimulato”*, escludendo le altre in cui esso sia del tutto assente, la definizione di cui al comma 3 finirebbe per essere del tutto superflua, in quanto già desumibile dall'ampio (e sfumato) concetto di discriminazione diretta tratteggiato dal comma 2: di talché, in applicazione del canone ermeneutico di salvezza, deve ritenersi che il concetto di discriminazione indiretta valga proprio a ricomprendere tutte quelle condotte che, in qualunque forma, realizzino il risultato descritto (ossia la condizione comparativa di svantaggio del disabile), a prescindere da ogni determinazione volitiva, patente o latente, in ordine alla natura discriminatoria delle

---

<sup>39</sup> Stante il ricorso all'espressione *“rispetto ad altre persone”*. Diversamente, nella nozione di discriminazione diretta di cui al co.2 viene in rilievo, quale secondo termine del giudizio di comparazione, la sola *“persona non disabile”*. Pur dovendosi dar atto di tale differenza terminologica, non sembra ragionevole accoglierne il portato applicativo, ossia che una discriminazione diretta (che, peraltro, è quella che si connota per il maggior disvalore) non possa configurarsi qualora la diversità di trattamento si profili in relazione ad altro soggetto disabile (che, ad es., goda di un trattamento privilegiato da parte dell'amministrazione o di un ente del terzo settore). Diversamente opinando, la norma sarebbe seriamente sospettabile di incostituzionalità.

modalità della condotta o del loro effetto. Il che, per converso, vale ad escludere dall'area della discriminazione indiretta quelle condotte che, pur animate da intenti emulativi e polarizzate sul profilo individuale della disabilità, non pongano la persona disabile in una posizione di effettivo svantaggio rispetto ai soggetti normodotati, essendo la mera condotta discriminatoria sussumibile nel combinato disposto dei commi 2 e 4.

In definitiva, secondo l'esegesi della disciplina in discorso che si ritiene preferibile, devono ritenersi ricomprese nel concetto di discriminazione diretta tutte le condotte in cui l'elemento soggettivo si polarizza sulla disabilità del destinatario, a prescindere che si realizzi o meno una situazione di concreto pregiudizio per quest'ultimo; rientrano, viceversa, nel concetto di discriminazione indiretta quelle condotte in cui l'intento discriminatorio polarizzato sulla disabilità sia assente, ma che, di fatto, producano l'effetto di porre il disabile in una condizione, generale o specificamente riferita ad un singolo ambito esistenziale, deteriore rispetto a quella goduta dai soggetti normodotati. Con l'ulteriore precisazione che nella discriminazione diretta il risultato (eventuale) dello svantaggio è conseguenza diretta e voluta (o quantomeno rappresentata) della condotta; mentre, nella discriminazione indiretta, detto risultato (indefettibile) si pone quale conseguenza soltanto indiretta della condotta, ossia mediata dalla condizione di disabilità del soggetto (ove così non fosse, infatti, verrebbe meno il necessario collegamento tra le condotta denunciata e la condizione di disabile del soggetto, che giustifica l'applicazione della disciplina, e sfumerebbe la distinzione fra un qualsivoglia pregiudizio ed un pregiudizio connesso alla disabilità, ancorché non voluto). Aderendo ad una siffatta ricostruzione dell'art. 2 della L. 67/2006, può dubitarsi della congruità dei termini "diretta" e "indiretta" adoperati dal legislatore; pur riconoscendo la difficoltà di individuare espressioni dotate di sufficiente attitudine descrittiva, rispetto a fenomeni complessi come quelli in esame, sarebbe stato forse preferibile, a giudizio di chi scrive, denominare le due tipologie di condotte come "condotte discriminatorie" *tout court* e "condotte neutre ad effetto discriminante".

Come già osservato in precedenza (*supra*, § 2.), anticipando una considerazione che si ricava dall'analisi appena conclusa, deve ritenersi che le omissioni dell'amministrazione scolastica concernenti il diritto del disabile al riconoscimento e all'attuazione del sostegno didattico integrino *in re ipsa* condotte discriminatorie ex art. 2 co. 3 L. 67/2006, a prescindere dalla loro prospettazione in giudizio determinativa della giurisdizione ordinaria. Occorre allora domandarsi se tale conclusione si mantenga valida in relazione all'omesso o carente apprestamento, da parte delle amministrazioni comunali, dei c.d. "servizi alla persona" individuati nel Piano Assistenziale Individualizzato (P.A.I) e dovuti al disabile adulto in forza del Progetto individuale elaborato ai sensi dell'art. 14 della L. n. 328/2000.

Potrebbe infatti sostenersi che, essendo quello di discriminazione un concetto ontologicamente "di relazione", che necessita di un *tertium comparationis* (logicamente



individuato, rispetto alle persone con disabilità, nei soggetti normodotati), esso non si presterebbe a ricomprendere quelle ipotesi in cui la mancata o incompleta erogazione riguardi i servizi alla persona del disabile adulto, che rappresentano (a differenza del servizio scolastico che, naturalmente, spetta a tutti) prestazioni sociali riferibili esclusivamente ai soggetti di cui all'art. 3 della L. 5 febbraio 1992, n. 104.

Una siffatta impostazione sconta però un'evidente sovrapposizione di piani distinti: il servizio di cui lo studente disabile fruisce, in via esclusiva rispetto agli alunni normodotati, è quello individuato nel P.E.I. (tipicamente, le ore di sostegno e l'assegnazione di personale docente specializzato), a sua volta preordinato al pieno ed effettivo godimento del diritto all'uguaglianza e all'istruzione rispettivamente sanciti dagli artt. 3 e 34<sup>40</sup> Cost., di cui tutti gli individui sono indistintamente titolari; specularmente, i servizi alla persona individuabili o già individuati nel P.A.I. sono sì esclusivi dei soggetti disabili adulti, ma pur sempre preordinati all'effettività del diritto, comune a tutti, all'uguaglianza sostanziale ed all'esplicazione della personalità individuale quale *unicum* inscindibile di tutela sancito dagli artt. 2 e 3 Cost., che trova il suo più diretto corollario in materia di disabilità nell'art. 32 e nell'art. 38 commi 1 e 4 Cost., e che la giurisprudenza<sup>41</sup> perspicuamente inquadra nel concetto di *"progetto individuale di vita"*, elevato dalla Corte costituzionale, con le sentenze 80/2010 e 275/2016 (su cui v. *infra*, § 4.), a limite negativo vincolante (persino) per il legislatore. E proprio la Corte costituzionale, già a partire dalla sentenza 3 giugno 1987, n. 215, rammentava per un verso come la frequenza scolastica fosse, *"insieme alle pratiche di cura e riabilitazione ed al proficuo inserimento nella famiglia"*, cui senz'altro ineriscono i servizi alla persona delineati dal P.A.I., *"un essenziale fattore di recupero del portatore di handicap e di superamento della sua emarginazione, in un complesso intreccio in cui ciascuno di tali elementi interagisce sull'altro e, se ha evoluzione positiva, può operare in funzione sinergica ai fini del complessivo sviluppo della personalità"*; e, per altro verso, *"come sul tema della condizione giuridica del portatore di handicaps confluiscono un complesso di valori che attingono ai fondamentali motivi ispiratori del disegno costituzionale; e che, conseguentemente, il canone ermeneutico da impiegare in siffatta materia è essenzialmente dato dall'interrelazione e integrazione tra i precetti in cui quei valori trovano espressione e tutela"*.

Sarebbe irrazionale, d'altra parte, affermare il diritto del disabile all'istruzione quale momento prodromico al suo miglior livello possibile di socializzazione e realizzazione personale, e ritenere che la tutela dovuta, anche in sede giurisdizionale, possa assumere un'intensità variabile in ragione delle diverse fasi della vita del soggetto, raggiungendo la massima espansione nella (sola) fase dell'età scolastica. Un approccio siffatto sembra

---

40 Art. 34 Cost., che, in riferimento a soggetti disabili, trova il suo "punto di chiusura" nell'art. 38 co. 3 Cost., a mente del quale *"Gli inabili e i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale"*.

41 Oltre alle già richiamate pronunce (Sezioni Unite Civili 25 novembre 2014, n. 25011; Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023; C.G.A.R.S. 29 luglio 2016, n. 234; Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 aprile 2016, n. 7; TAR Sicilia - Palermo, Sez. III, 3 dicembre 2014, n. 3111), si vedano, *ex multis*, TAR Toscana, Sez. I, 18 aprile, n. 763; TAR Sicilia, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 472; Consiglio di Stato, Sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5194.

tradire una concezione delle esigenze di tutela connesse alla disabilità ingiustificatamente sbilanciata sul versante dell'utilità pubblicistica degli strumenti istruttivo-educativi, a guisa che essi meriterebbero una più incisiva e stabile tutela sol perché potenzialmente in grado (non già di "emancipare" il soggetto disabile, ma) di sollevare le istituzioni dagli oneri correlati all'assistenza. E trascura, nondimeno, che la Carta e le fonti sovranazionali tratteggiano la tutela della disabilità primariamente come diritto, costituzionalmente protetto, di pertinenza individuale, che per un verso trova fisiologica attuazione negli strumenti amministrativi previsti dalla legge per assicurare sostegno perpetuo al soggetto disabile attraverso forme di intervento dinamicamente combinate e mutevoli; e che, per altro verso, abbisogna di modalità "rinforzate" di tutela giurisdizionale, quali quelle previste dalla L. 67/2006, estese anche alle prestazioni sociali che, per la loro natura, sono esclusivamente riservate a soggetti disabili. Proprio alla garanzia di continuità del percorso istituzionale di accompagnamento del disabile verso un'esistenza dignitosa e piena, nella più elevata misura possibile, devono ritenersi ispirate (a monte) la L. 5 febbraio 1992, n. 104 e (a valle) la disciplina sul sistema integrato di interventi e servizi sociali introdotta con la L. 328/2000, i cui principi e finalità sono espressi al già citato art. 1 co. 1<sup>42</sup>.

Il concetto di "discriminazione indiretta" riesce allora a ricomprendere anche l'omessa o carente attuazione, da parte dell'amministrazione comunale tenuta in forza dell'art. 14 co. 2 del suddetto decreto, dei servizi alla persona individuati nel Progetto assistenziale, dovendosi individuare in tali ipotesi il "secondo polo" del giudizio di comparazione discriminatoria (non nel godimento di un singolo diritto costituzionalmente protetto, qual è l'istruzione, bensì) immediatamente nel diritto ad un'esistenza dignitosa<sup>43</sup> e all'esplicazione piena della personalità individuale. In altri termini, la tutela giudiziaria antidiscriminatoria assume, nelle ipotesi in esame, una connotazione immediatamente *esistenziale*<sup>44</sup> e si salda direttamente al *valore-fine* cui tende la trama costituzionale sulla

---

42 V. nota 24. Il successivo co. 7 precisa, richiamando il comma 3 ultimo periodo dell'art. 117 Cost., che "Le disposizioni della presente legge costituiscono principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 della Costituzione".

43 Sul punto, diffusamente, N. BRUZZI, "La discriminazione fondata sulla disabilità: il principio di dignità come lente trifocale", Commento a Trib. Catanzaro 15 gennaio 2013, in *Resp. civ. e prev.*, 2013; ID., "Discriminazione indiretta: la responsabilità corre su due binari", Commento a Trib. Roma 4-10 giugno 2014, in *Resp. civ. e prev.*, 2014.

44 A differenza del diritto all'istruzione e all'avviamento professionale del disabile (art. 38 co.3 Cost.), che, nell'ipotesi ricostruttiva prospettata, cui si accennava già nel § 1., si pongono quali *valori-mezzo* del sistema costituzionale di tutela. Il che, chiaramente, non ne esclude l'autonoma rilevanza costituzionale ed azionabilità, proprio in quanto diritti che, per la loro particolare attitudine ad incidere sulla qualità della vita dell'individuo, si pongono in rapporto di stretta e necessaria strumentalità con il *valore-fine* della garanzia di un'esistenza dignitosa in cui poter coltivare un autonomo "progetto di vita". Sarebbe allora irrazionale offrire un certo tipo di strumenti a garanzia del diritto all'istruzione in quanto momento qualificato di un più complesso e ampio diritto del disabile all'esplicazione piena della propria personalità, e negarne l'esperibilità laddove tale diritto venga in rilievo *ex se*, ossia in forma non-mediata da altro valore costituzionale. In tal senso sembra deporre la citata Convenzione ONU del 2006, allorché, nel Preambolo, definisce la disabilità come "risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri", adombrando uno spazio di tutela ben più ampio di quello relativo al diritto all'istruzione (specificamente riconosciuto dall'art. 24).

disabilità (v. *supra*, § 1.), senza che debbano necessariamente venire in rilievo ulteriori norme costituzionali attuative, nei rispettivi settori di tutela (istruzione, lavoro, salute, patrimonio ecc.), del principio personalista proclamato dagli artt. 2 e 3 co. 2 Cost..

### 3.3 Profili di rito e poteri condannatori del giudice civile.

L'art. 3 della L. 67/2006 individua *per relationem* le forme della tutela giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti di cui all'art. 2: il comma 1 rinvia infatti alle "forme previste dall'art. 44, commi da 1 a 6 e 8 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero"<sup>45</sup>. Per un difetto di coordinamento, l'art. 3 co.1 della legge in commento continua a rinviare ai commi da 1 a 6 e 8 dell'art. 44 T.U. imm., quantunque i commi da 3 a 7 siano stati abrogati dall'art. 28 del D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150, recante norme in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione<sup>46</sup>, che ha ampiamente riscritto il predetto art. 44, mantenendo invariati i soli commi 1 e 8. Dispone infatti l'odierno art. 44 commi 1, 2 e 8 T.U. imm.: "1. Quando il comportamento di un privato o della pubblica amministrazione produce una discriminazione per motivi razziali, etnici, linguistici, nazionali, di provenienza geografica o religiosi, è possibile ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria per domandare la cessazione del comportamento pregiudizievole e la rimozione degli effetti della discriminazione. 2. Alle controversie previste dal presente articolo si applica l'articolo 28 del decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150. [Commi 3 - 7 abrogati]. 8. Chiunque elude l'esecuzione di provvedimenti, diversi dalla condanna al risarcimento del danno, resi dal giudice nelle controversie previste dal presente articolo è punito ai sensi dell'articolo 388, primo comma, del codice penale". Le controversie in materia di discriminazione, ivi comprese quelle in danno di soggetti disabili, sono dunque

---

45 D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Prima della modifica introdotta dall'art. 28 del D.Lgs. 1 settembre 2011 n. 150, i commi da 2 a 6 dell'art. 44 del T.U. imm. statuivano quanto segue: "1. [...]. 2. La domanda si propone con ricorso depositato, anche personalmente dalla parte, nella cancelleria del tribunale del luogo di domicilio dell'istante. 3. Il tribunale in composizione monocratica, sentite le parti, omessa ogni formalità, non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto. 4. Il tribunale in composizione monocratica, provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda. Se accoglie la domanda emette i provvedimenti richiesti che sono immediatamente esecutivi. 5. Nei casi di urgenza il tribunale in composizione monocratica provvede con decreto motivato, assunte, ove occorra, sommarie informazioni. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. A tale udienza il tribunale in composizione monocratica, con ordinanza, conferma, modifica o revoca i provvedimenti emanati nel decreto. 6. Contro i provvedimenti del tribunale è ammesso reclamo al tribunale nei termini di cui all'art. 729, secondo comma, del codice di procedura civile. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737, 738 e 739 del codice di procedura civile. [...]. Il contenuto dispositivo del comma 8 è rimasto sostanzialmente invariato, essendosi la riforma limitata a sopprimere il riferimento inattuale ai "provvedimenti del pretore".

46 In attuazione dell'art. 54 della L. 18 giugno 2009, n. 69 (G.U. n. 140/2009).

regolate dal rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c., al condivisibile scopo di improntare la tutela antidiscriminatoria a criteri di celerità e snellezza<sup>47</sup>.

E sempre ad un chiaro *favor* processuale è ispirato il co. 2 dell'art. 3 della L. 67/2006, laddove consente al ricorrente, “*al fine di dimostrare a sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno*”, di avvalersi di presunzioni semplici, ossia di dedurre in giudizio elementi di fatto gravi, precisi e concordanti che il giudice valuta *ex art.* 2729 co.1 cod. civ.<sup>48</sup>

I successivi commi 3 e 4 accordano ampi poteri al giudice<sup>49</sup>. Si prevede infatti che, ove accolga il ricorso, il giudice può cumulativamente:

- disporre il risarcimento del danno<sup>50</sup>, anche non patrimoniale, se richiesto;
- ordinare la cessazione del comportamento o dell'atto discriminatorio, se persistente;
- adottare ogni altro provvedimento idoneo, secondo le peculiarità della fattispecie, a rimuovere gli effetti della discriminazione, compreso imporre l'adozione, entro un termine fissato dal giudice, di un piano per la rimozione delle discriminazioni accertate;
- ordinare la pubblicazione *una tantum* del provvedimento di condanna, a spese del convenuto, su un quotidiano a tiratura nazionale o ad alta diffusione nel territorio di riferimento.

---

47 È appena il caso di rilevare che si tratta ormai di un modello di carattere generale, che costituisce il referente normativo privilegiato della tutela giurisdizionale contro le discriminazioni nei diversi settore dell'ordinamento. Si pensi, oltre al già citato D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, al D.Lgs. 9 luglio 2003, n. 215, attuativo della direttiva 2000/43/CE, per la parità di trattamento delle persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, nonché al D.Lgs. 216/2003, attuativo della direttiva 2000/78/CE, per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro. In tema, per un'articolata disamina dei profili sostanziali e processuali della “fattispecie discriminatoria” ampiamente intesa, anche alla luce dell'evoluzione legislativa, nonché sul rapporto tra gli ambiti operativi delle discipline di cui al D.Lgs. 216/2003 e alla L. 67/2006, B. CHECCHINI, “*Discriminazione contrattuale e tutela della persona*”, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 96-124.

48 La disposizione, che può apparire pleonastica in quanto si limita a ribadire un principio generale dell'accertamento giudiziale, è da intendersi come mera puntualizzazione (della non esclusione) della valutabilità delle presunzioni semplici, e non come norma che postula un ulteriore “alleggerimento” probatorio in favore del ricorrente.

49 Per alcuni provvedimenti di merito adottati ai sensi dell'art. 3 commi 3 e 4 della L. 67/2006, Cfr. Trib. Siracusa, ord. 6 novembre 2014; Trib. Udine, ord. 15 aprile 2013; Trib. Udine, ord. 28 maggio 2012; Trib. Reggio Emilia, ord. 7 ottobre 2011; Trib. Milano, ord. 4 gennaio 2011; Trib. Taranto – Martina Franca, ord. 4 giugno 2009; Trib. Tempio Pausania, ord. 20 settembre 2007.

50 Nonostante alcune voci contrarie, già prima dell'entrata in vigore della L. 67/2006, autorevole dottrina riteneva che la natura di diritto soggettivo “perfetto” del diritto all'educazione del disabile (ma con argomenti che, invero, sembrano potersi estendere all'intera trama costituzionale sulla disabilità), rimontante al complesso dei valori che ispirano il disegno personalista, postulasse la diretta azionabilità giudiziaria del diritto leso, concretantesi nella possibilità di ottenere comportamenti positivi o negativi necessari al suo soddisfacimento da parte dei soggetti tenuti, nonché il risarcimento del danno patito in conseguenza della sua lesione. In tal senso, tra gli altri, F. FURLAN, “*La tutela costituzionale del cittadino portatore di handicap*”, in C. Cattaneo (a cura di), *Terzo settore, statualità e solidarietà sociale*, Milano, 2001, pp. 258 ss.. Impostazione richiamata e condivisa, con sguardo retrospettivo, da C. COLAPIETRO, “*Diritti dei disabili e Costituzione*”, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, pp. 56 ss., e da L. VIOLINI, *Art. 38*, in M. Celotto – R. Bifulco – A. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Torino, 2006, pp. 791 ss..

Già dal tenore letterale della disposizione può desumersi la centralità della tutela inibitoria<sup>51</sup>, che, ove richiesta<sup>52</sup> e (ancora) necessaria, logicamente precede quella risarcitoria. Trattasi di tutela inibitoria che dovrebbe connotarsi per le meritate finalità preventive, oltre che repressive, ben potendosi considerare rivolta, oltre che a rimuovere le violazioni già accertate, a scongiurare il reiterarsi delle stesse. Ciò può ammettersi, con riferimento alla vigente disciplina, in quanto si ritenga che la tutela di tipo ripristinatorio importa automaticamente, nel condannato, la tendenziale astensione da condotte discriminatorie analoghe a quella accertata in giudizio. Purtuttavia, sarebbe stato forse preferibile, per accordare una tutela preventiva ancor più incisiva e, soprattutto, “diffusa”, nei casi in cui l’azione sia stata esercitata dagli enti legittimati ai sensi dell’art. 4 co. 1 in relazione a comportamenti discriminatori aventi “*carattere collettivo*”, riconoscere esplicitamente al giudice il potere di adottare ogni altro provvedimento idoneo, oltre che “*a rimuovere gli effetti della discriminazione*”, a *prevenire* in futuro condotte del tipo di quella già censurata, anche imponendo all’autore della discriminazione, se del caso, l’adozione di un apposito piano per la prevenzione delle stesse. Non è infondato supporre che, dietro la prudenza del legislatore, si celino le perplessità che tradizionalmente circondano gli ordini di positivo *facere* rivolti dal giudice alla Pubblica Amministrazione in veste di parte convenuta/resistente condannata<sup>53</sup>: viste le forti resistenze che ancora si registrano sul punto, può già ritenersi soddisfacente, come opportunamente osservato in dottrina, la soluzione adottata dal legislatore del 2006, che senz’altro consente al giudice, ove la condotta discriminatoria dell’amministrazione sia di inerzia, di ordinare a quest’ultima di porre in essere la doverosa attività omessa ovvero altra attività idonea<sup>54</sup> a rimuovere le conseguenze discriminatorie di quella inerzia.

---

51 In tema, A. GRECO, “L. 67/2006: tutela inibitoria e risarcitoria per i soggetti disabili vittime di discriminazioni”, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, I, pp. 263 ss.; V. TURCO, “Lotta alla discriminazione dei disabili. Doppia tutela: inibitoria e risarcitoria. Ma la norma è lacunosa e pone seri problemi di interpretazione”, in *Diritto e Giustizia*, 16, 2006.

52 Sembra infatti preferibile ritenere che l’azione di cui all’art. 3 co. 1 sia esperibile anche al solo scopo di ottenere il risarcimento del danno sofferto, qualora, al tempo della domanda, le condotte discriminatorie siano già cessate ovvero non sia possibile rimuoverne gli effetti, non potendo in tal caso figurare nel *petitum* l’ordine di cessazione delle predette condotte e/o di rimozione dei relativi effetti. A tale conclusione deve pervenirsi osservando che, nelle analoghe ipotesi in cui tuttavia la cessazione della condotta intervenga nelle more del giudizio già incardinato (ove siano già maturate le preclusioni alla modifica della domanda), ossia prima della pronuncia, non resterebbe al giudice che riconoscere il risarcimento del danno, sempreché sia stato richiesto.

53 In questi termini inquadra il problema, risolvendolo in senso positivo alla luce della *littera legis*, R. BELLI, “La non discriminazione dei disabili e la legge n. 67 del 2006”, Franco Angeli, Milano, 2007, pp. 71 ss., il quale tuttavia, su un piano più generale, ravvisa un’anomalia sistemica nel parziale “passaggio di discrezionalità” dalla P.A. ai giudici.

54 Incerti permangono, tuttavia, i limiti entro cui il giudice può determinare il *quomodo* della rimozione delle situazioni discriminatorie, ossia le modalità con cui l’amministrazione è tenuta a provvedervi. Resta dubbio, in particolare, se l’attività esecutiva del provvedimento debba ritenersi rigidamente predeterminata nelle modalità eventualmente indicate, o se, viceversa, essa possa considerarsi assolta ogni qualvolta concretamente elida gli effetti discriminatori della precedente condotta. Il tenore letterale della disposizione sembrerebbe deporre a favore della prima soluzione.



### **3.4 La tutela risarcitoria. Ipotesi per un fondamento della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione nei casi di omessa attuazione del Progetto individuale (cenni).**

Vale la pena soffermarsi altresì sulla tutela risarcitoria, accordata al disabile ove richiesta, e sulla correlativa responsabilità dell'amministrazione resistente quale (ipotetica) autrice della condotta discriminatoria, posta in essere perlopiù in forma omissiva.

Quanto al danno non patrimoniale<sup>55</sup>, è appena il caso di rilevare che la disposizione in commento introduce, nel solco di una ormai consolidata tecnica legislativa, un'ipotesi tipizzata di rinvio all'art. 2059, che subordina la risarcibilità del danno non patrimoniale, intesa quale categoria unitaria a prescindere dall'articolazione in più voci di danno<sup>56</sup>, all'espressa previsione di legge. È del tutto ovvia l'indispensabilità della prova, il cui onere grava sul disabile discriminato, degli elementi costitutivi del pregiudizio sofferto<sup>57</sup> (e, dunque, sia della lesione che delle conseguenze economico-patrimoniali da essa derivate), in più occasioni ribadita dalla giurisprudenza amministrativa.

Quanto al danno patrimoniale, ferma l'applicazione delle regole generali in tema di risarcibilità (art. 1223 cod. civ.) e onere probatorio (art. 2697 cod. civ.), è controverso se nell'ambito del procedimento *ex art. 3 L. 67/2006* sia risarcibile il danno emergente patito da soggetti diversi dal disabile (ad es., le spese sostenute dai familiari per ovviare alla prolungata omessa erogazione del servizio di trasporto presso il Centro di diurno riconosciuto dal P.A.I.): non ritengo, tuttavia, almeno in relazione alle ipotesi in cui la

<sup>55</sup> In argomento, P. VIRGADAMO, "La tutela risarcitoria del danno non patrimoniale patito dai disabili: dalle barriere architettoniche alla L. n. 67 del 2006", in *Giust. Civ.*, n. 2/2007, pp. 263 ss.; G. TUCCI, "Risarcimento del danno non patrimoniale nel caso di atti di discriminazione diretta e di molestie contro disabili", in *Questione Giustizia*, 2007.

<sup>56</sup> A partire dalle note *sentenze San Martino*: S.U. 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975. Nel caso di discriminazioni in danno di persone disabili, sembrano suscettibili di venire in rilievo, almeno in astratto, tanto il danno dinamico-relazionale (o esistenziale), quanto il danno morale e quello biologico. La casistica in materia, tuttavia, mostra che l'azione antidiscriminatoria (e le azioni con analogo *petitum* incardinate nel "secondo binario" della giurisdizione esclusiva del G.A.) si presta maggiormente, se non esclusivamente, a veicolare la domanda diretta a conseguire il ristoro del danno c.d. esistenziale, inteso quale lesione ai valori della persona umana garantiti o protetti dalla carta costituzionale ovvero ai diritti costituzionalmente inviolabili. Con esclusivo riguardo all'azione introdotta con rito sommario *ex art. 702-bis c.p.c.*, è appena il caso di rilevare, come osserva MARUFFI, 2007, *op. cit.*, p. 128, che la peculiare struttura "a trattazione ed istruttoria sommaria" del rito (sia pur a cognizione piena, come deve senz'altro ritenersi) mal si concilia, in alcuni casi, con la complessità degli accertamenti postulati della doppia tutela risarcitoria accordata, sicché apparirà opportuno, in tali ipotesi, disporre la conversione del rito ai sensi dell'art. 702-ter co. 3 c.p.c.. Nel senso che la lesione della correlativa situazione soggettiva del disabile, di rango costituzionale, integra pacificamente il diritto al risarcimento del danno esistenziale, ricorrendone i presupposti, Consiglio di Stato, Sez. III, 27 ottobre 2014, n. 5317; TAR Sicilia - Palermo, Sez. III, 26 gennaio 2016, n. 219; TAR Toscana, Sez. I, 22 settembre 2012, n. 1894.

<sup>57</sup> Peraltro ribadita, pur nell'ambito di controversie introdotte e decise in sede di giurisdizione esclusiva del G.A. (non essendo stata dedotta dal ricorrente la discriminatorietà della condotta ed azionato il corrispettivo procedimento *ex art. 3 L. 67/2006*), in Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 luglio 2015 n. 3400; Consiglio di Stato, VI Sez., 20 aprile 2013 n. 2373; TAR Sicilia - Palermo, Sez. III, 3 dicembre 2014 n. 3111; *et al.*. Per alcuni utili cenni sulle ulteriori questioni risarcitorie, A.R. CAVAZZA, "La determinazione delle ore di sostegno agli studenti disabili tra diritto all'istruzione ed esigenze di contenimento della spesa pubblica", Nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 3 maggio 2017, n. 2023, in [www.dirittoamministrativo.it](http://www.dirittoamministrativo.it), 2017, pp. 18-19.

persona danneggiata sia il legale rappresentante del disabile, per mezzo del quale questi sta in giudizio, che l'opzione restrittiva meriti condivisione, non ravvisandosi indici letterali in tal senso e trattandosi pur sempre di danni che, in ossequio ai principi generali in tema di responsabilità, possono considerarsi "conseguenza immediata e diretta" della condotta discriminatoria. Né l'opposta soluzione appare in linea con le esigenze di concentrazione ed economia processuale, laddove impone al soggetto danneggiato che sia anche rappresentante legale del disabile di introdurre la domanda risarcitoria con separato giudizio, secondo le modalità ordinarie<sup>58</sup>.

La giurisprudenza non si è soffermata sulla natura della responsabilità derivante da atti o comportamenti illegittimi in danno di soggetti disabili, che tuttavia viene implicitamente ricompresa nell'alveo della responsabilità aquiliana. In relazione alle ipotesi in cui gli atti o le condotte *de quibus*, censurate attraverso il procedimento previsto dall'art. 3 della L. 67/2006 ovvero in sede di giurisdizione esclusiva del G.A., siano ascrivibili ad un'amministrazione pubblica, è stata ritenuta necessaria la (prova della) sussistenza della colpa dell'amministrazione medesima<sup>59</sup>. A questo proposito, in attesa che la questione venga organicamente affrontata in sede applicativa, pare opportuno osservare che, nei casi in cui la lesione discenda dall'omessa o insufficiente attuazione del Progetto individuale recante, ai sensi dell'art. 14 della L. 328/2000, le misure di sostegno in favore del disabile (ed oggi comprensivo anche del P.E.I.), la responsabilità risarcitoria imputabile all'amministrazione sembrerebbe potersi ragionevolmente ricondurre al paradigma della *responsabilità da contatto sociale qualificato*, ove il contatto qualificato risiede nella stessa origine procedimentale del dovere attuativo<sup>60</sup>. E ciò, beninteso, a prescindere dalla natura provvedimento o attuosa (intesa come determinazione di fatto connessa all'*agere publico*) ovvero meramente (in)adempitiva che intenda attribuirsi all'omessa attuazione del servizio riconosciuto e conformato nella fase strettamente procedimentale (ossia programmatica).

---

58 In senso contrario, tuttavia, R. MARCHE, 2009, *op. cit.*, la quale richiama un parere reso dal Tribunale dei Diritti del Disabile in occasione della XI sessione tenutasi a Firenze il 4 ottobre 2008, ove si afferma che "*i danni che possono essere fatti valere nella speciale procedura prevista dall'art. 3 della legge 67 sono quelli subiti direttamente dal disabile; qualora si tratti (...) di spese sostenute dalla famiglia del disabile, la domanda deve essere introdotta secondo le ordinarie modalità dai soggetti legittimati, ovvero il genitore o i genitori che hanno sopportato l'esborso*".

59 Per tutti, C.G.A.R.S. 5 novembre 2018, n. 671; C.G.A.R.S., 31 luglio 2017, n. 351; C.G.A.R.S. 6 luglio 2016, n. 246. Nell'ambito dei procedimenti *ex art. 3 L. 67/2006*, la colpevolezza dell'autore della condotta discriminatoria, almeno ove questi sia un soggetto diverso da un'amministrazione pubblica, si attegga diversamente a seconda che si tratti di discriminazione diretta (co. 2) o indiretta (co. 3): nel primo caso, occorrerà la prova del dolo; nel secondo, quello della colpa grave.

60 In tal senso, sia pur con riferimento agli obblighi strettamente procedimentali (il che pare giustificare la conclusione, *fortiori causa*, in relazione agli obblighi di indole attuativa che nel procedimento radicano il loro fondamento e il loro contenuto specifico), Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945 e Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157. Lo schema qualificatorio ivi prospettato, rimasto isolato in giurisprudenza, sembrerebbe oggi nuovamente affacciarsi nel dibattito dottrinale. Sul punto, V. NERI, "*Il 'bene della vita' è tutto nel diritto amministrativo?*", in *Giust. Amm.*, 13 settembre 2018.

L'inquadramento nello schema contrattualistico dell'obbligo di erogare il servizio predetto postula la qualificazione come "inadempimento" ex art. 1218 cod. civ. dell'omissione ascrivibile alla P.A.<sup>61</sup>, con ciò che ne consegue, tra l'altro<sup>62</sup>, sul piano probatorio, in ordine all'accertamento della colpa e all'apprezzamento delle correlative esimenti. Ciò per altro consentirebbe, su un piano più generale, di giustificare la regola operativa di recente affermazione<sup>63</sup> per cui la prova dell'illegittimità del provvedimento lesivo (e, dunque, *fortiori causa*, dei comportamenti in-attuativi anche mediatamente riconducibili alla potestà pubblica) vale di per sé a costituire una presunzione semplice di colpa in capo all'amministrazione. Ulteriori elementi sistematici a favore di un inquadramento siffatto della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione possono trarsi, in relazione al danno non patrimoniale, dal principio affermato dalle Sezioni Unite<sup>64</sup> che ammette la risarcibilità del danno non patrimoniale anche nell'ambito della responsabilità contrattuale nell'ipotesi in cui l'inadempimento in pari tempo violi i diritti e doveri derivanti dal contratto e leda i diritti costituzionali fondamentali della persona umana.

Non è questa la sede per meglio argomentare una siffatta suggestione, ma essa non pare priva di fondamento nella misura in cui consenta di operare una ricostruzione coerente della responsabilità amministrativa in epoca contemporanea, facendo leva sul concetto di *obbligo di relazione* quale presupposto teorico della "contrattualizzazione" del regime di tutela applicabile al diritto alle prestazioni sociali di pertinenza individuale, almeno laddove siano in gioco interessi costituzionalmente protetti che "differenziano" la posizione del singolo, generando un contatto sociale qualificato con la P.A. da cui discende un *obbligo di prestazione* suscettibile di risarcimento, ove violato, secondo i principi della responsabilità contrattuale.

#### **4. La tesi dei "diritti finanziariamente condizionati": portata e limiti costituzionali di una categoria controversa. La prova esimente dell'amministrazione "inadempiente"**

La tesi ora prospettata in ordine alla (possibile) natura della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione apre una finestra sulla connessa questione del rapporto tra il dovere-obbligo della stessa di provvedere all'attuazione dei piani di intervento integrato in favore della disabilità, e le opposte esigenze di contenimento della spesa pubblica, che possono

---

61 E, più a monte, la qualificazione come "prestazione" *stricto sensu* del servizio conformato nel Progetto individuale.

62 Si pensi, esemplificativamente, all'applicabilità dei principi di buona fede e correttezza esecutiva quale parametro valutativo dell'adempimento della prestazione.

63 Cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 15 maggio 2018, n. 2881; Consiglio di Stato, Sez. IV, 18 gennaio 2017, n. 190; Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1944.

64 A partire dalla nota sentenza 11 novembre 2008, n. 26972.

tradursi, in concreto, nella difficoltà o finanche nell'impossibilità di assicurare l'erogazione del servizio.

In tema, l'articolata normativa in materia di strumenti di sostegno per la disabilità ci offre spunti significativi. Circostrandolo alla disciplina del Progetto individuale previsto dall'art. 14 della L. 328/2000<sup>65</sup>, giova anzitutto rilevare che la questione si è posta, con contorni problematici, in relazione ad ipotesi in cui l'amministrazione comunale onerata dell'attuazione del progetto non vi abbia provveduto per motivi in tutto o in parte dipendenti dall'inerzia di altra amministrazione (ad es., dell'amministrazione regionale che abbia ritardato l'approvazione del Piano regionale di cui all'art. 18 co. 6 del citato decreto, attributivo della dotazione finanziaria specificamente destinata agli interventi per il distretto sanitario cui il comune appartiene).

Deve anzitutto precisarsi che non vale ad escludere la responsabilità del comune inadempiente, nel senso dianzi ipotizzato, il richiamo all'inciso "*nell'ambito delle risorse disponibili*" (o altra locuzione equivalente) contenuto negli artt. 14 co. 2, 18 e 19 co. 1 della L. 328/2000, il quale, infatti, inerisce non già all'attuazione del progetto individuale, bensì alla precedente fase della predisposizione del Progetto medesimo ad opera dei comuni, d'intesa con le A.U.S.L., i quali devono provvedervi, su richiesta dell'interessato, "*nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19*", concernenti la disciplina per la definizione rispettivamente del "Piano nazionale e regionale degli interventi integrati" e del "Piano di zona dei comuni" (associati negli ambiti territoriali individuati dalla Regione ai sensi dell'art. 8 co. 3, lett. a).

Ne deriva che, una volta approvato, il Progetto individuale deve trovare attuazione a prescindere dall'eventuale ritardo, imputabile a soggetti pubblici diversi dal Comune, con cui intervenga l'apporto di risorse finanziarie *ad hoc*. Il carattere doveroso dell'attuazione del Progetto, da parte del comune, pur in presenza delle segnalate difficoltà di ordine finanziario (le quali abbiano, in ipotesi, impedito di attingere a risorse specificamente destinate agli interventi in campo socio-assistenziale), trova ulteriore conferma in primo luogo nell'inciso, contenuto nell'art. 14 co. 2, "*a cui provvede il comune, in forma diretta o accreditata*", dal quale esula il riferimento alle risorse disponibili, che, come detto, attiene (non all'attuazione, bensì) alla predisposizione del contenuto del progetto individuale; nonché, in secondo luogo, nel disposto dell'art. 4 co. 2 della L. 328/2000, a mente del quale

---

65 E. CARUSO, "*L'evoluzione dei servizi sociali alla persona nell'ordinamento interno ed europeo*", in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, n. 5/2017, pp. 1113 ss.; pp. 2545 ss.; J. LONG, "*La cura alla persona 'dipendente' tra etica, legge e contratto*", in *Dir. fam e pers.*, n. 1/2010, pp. 478 ss.; I.R. PULLI, "*L'azione degli Enti locali nel sistema integrato di interventi e servizi sociali*", in *L'amministrazione italiana*, n. 4/2009, pp. 488 ss.; R. MARCHE, 2009, *op. cit.*, pp. 1-8; A. LEBRA, "Elementi di diritto del sistema integrato di interventi e servizi sociali", in *Riv. Tutela*, n. 1/2007, pp. 195 ss.; F. NAPOLITANO, "*Sistema integrato di interventi e servizi sociali, il ruolo e la scelta dei comuni nella gestione dei servizi sociali*", in *NRLDG*, n. 20/2006; L. CASAGRANDE, "*Piano di zona nel sistema integrato di interventi e servizi sociali*", in *Studi Zancan*, n. 3/2002, pp. 143-155.

*“Sono a carico dei comuni, singoli e associati, le spese di attivazione degli interventi e dei servizi sociali a favore della persona e della comunità, salvo quanto disposto ai commi 2 e 3<sup>66</sup>”.*

La trama normativa ora richiamata, dunque, rassegna un quadro ben diverso da quello talora prospettato dagli enti territoriali in sede processuale: essa attiene al riparto della spesa e, come tale, assume rilevanza meramente interna, ossia nell’ambito dei rapporti finanziari tra le diverse amministrazioni coinvolte nella definizione e nel riparto della spesa socio-assistenziale. Una volta che il Progetto individuale sia stato approvato, nell’ambito delle risorse disponibili, configurando in capo all’interessato un diritto, di sicura consistenza ed azionabilità in giudizio, all’effettiva erogazione del servizio assistenziale, la sua inattuazione e il pregiudizio che ne derivi sono in ogni caso imputabili al comune, salvo che questo provi di essersi trovato, alla stregua di un parametro di diligenza qualitativamente e quantitativamente correlato al rango costituzionale dell’interesse protetto (*i.e.*: della natura della prestazione), nell’oggettiva impossibilità di reperire i fondi occorrenti ad assicurare il servizio, non potendo nemmeno attingere, *medio tempore*, alla propria dotazione finanziaria.

Né vale di per sé a ritenere diversamente il rilievo secondo cui, essendo le voci del bilancio delle amministrazioni perlopiù vincolate ad una specifica destinazione pubblicistica, la discrezionalità residua in capo alle singole amministrazioni, specie quelle di minori dimensioni demografiche, sarebbe limitata o tendenzialmente minima: quello che in definitiva deve richiedersi al Comune, per escluderne la responsabilità risarcitoria, è proprio la prova, analitica e documentata, che nessuna delle voci del bilancio potesse essere, in tutto o in parte, utilmente rimodulata o sacrificata in funzione del soddisfacimento dell’interesse costituzionalmente protetto del disabile alla effettività della servizio assistenziale.

Deve perciò condividersi l’affermazione secondo cui le vicende inerenti alla spesa pubblica non possono “affievolire” i diritti costituzionalmente garantiti, qual è senz’altro il diritto *de quo*, essendo solo apparente il contrasto tra tale affermazione e le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale<sup>67</sup>, allorché essa esclude che la tutela accordata all’effettiva erogazione delle prestazioni sociali possa configurarsi come incondizionato diritto a prestazioni positive, dovendosi detta tutela necessariamente raccordare alla “*determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione individuati dal legislatore ordinario*”, con conseguente qualificazione dei diritti costituzionalmente garantiti quali “*diritti finanziariamente condizionati*”, tutelabili nell’ambito e per il tramite di un ragionevole bilanciamento con ulteriori beni o interessi di pari rilevanza costituzionale, nonché nei limiti della obiettiva disponibilità delle risorse.

---

66 I commi 2 e 3 dell’art. 4, che regola il “Sistema di finanziamento delle politiche sociali”, attribuiscono alle Regioni la competenza per il riparto dei finanziamenti statali e il cofinanziamento sussidiario degli interventi e servizi sociali, ed allo Stato la definizione e la ripartizione del Fondo Nazionale per le Politiche Sociali (FNPS), nonché le ulteriori spese considerate a carico del comparto assistenziale. In argomento, v. nota 82.

67 Corte cost., sentenze 25 giugno 2008, n. 251 e 2 aprile 2009, n. 94.



Considerazioni siffatte, lungi dell'escludere in automatico la responsabilità dell'amministrazione per la mancata attuazione del Progetto individuale dovuta alla carenza di risorse appositamente destinate, richiedono piuttosto, a tal fine, la prova specifica che l'indisponibilità dei fondi a ciò destinabili sia stata di carattere assoluto, senza che possa assumere rilievo esimente la circostanza, enunciata ma indimostrata in relazione al caso di specie, che in capo ai comuni di piccole dimensioni i margini di discrezionalità nella determinazione delle destinazioni di spesa siano minimi (essendo stata, in tali casi, già realizzata dal legislatore la valutazione di preminenza degli interessi da soddisfare).

L'amministrazione deve allora provare che la circostanza esimente invocata abbia operato in concreto, non lasciando residuare in capo alla stessa margini di apprezzamento in ordine ai diversi interessi pubblici da privilegiare in ragione della limitatezza di risorse disponibili; ciò, beninteso, non si risolve in un indebito sindacato nelle scelte dell'amministrazione, ma postula che l'esercizio della discrezionalità, nell'ambito dei fondi di cui questa può liberamente disporre in situazioni di temporanea emergenza, rifletta, qualitativamente e quantitativamente, la consistenza e rilevanza degli interessi coinvolti nel giudizio di comparazione, tanto più ove la concreta attuazione di uno di essi, oggetto di protezione costituzionale<sup>68</sup>, sia espressamente affidata dalla legge all'amministrazione comunale. *Tertium non datur*: o il comune non dispone *tout court* di fondi che non siano soggetti a vincolo di destinazione pubblicistica; o esso legittimamente sacrifica, in tutto o in parte ovvero in capo ad uno o più soggetti o categorie omogenee, all'esito di un bilanciamento ragionevole tra gli interessi coinvolti, un bene di rilevanza costituzionale a beneficio di un altro (o di altri), nell'impossibilità acclarata di soddisfarli entrambi (o tutti) con pienezza, muovendosi nell'ambito del *trade off* delimitato dalle disponibilità finanziarie contingenti. Ogni altra evenienza, in ipotesi di omessa o insufficiente erogazione del servizio individuato nel Progetto, non assume valore esimente e dà luogo a responsabilità risarcitoria dell'ente locale, non potendosi peraltro trascurare che l'indiscussa natura di diritto soggettivo, costituzionalmente protetto, configurantesi in capo al soggetto disabile allorché il piano suddetto venga approvato, importa un vincolo ancor più stringente per l'amministrazione, attesa la diversa consistenza e meritevolezza di tutela immediata del diritto facente capo al singolo disabile rispetto a quelli, qualificabili come interessi semplici, facenti capo alla collettività, ovvero a quelli che, pur facenti capo a singoli, non trovano protezione diretta (o la trovano con minor grado di intensità) nei principi costituzionali.

La stessa qualificazione dei diritti oggetto di tutela costituzionale come "*finanziariamente condizionati*", infatti, non riflette un connotato ontologico di tali diritti, ma rappresenta un

---

68 Oltre alle pronunce richiamate alla nota 41, si segnala, *ex multis*, TAR Milano, Sez. III, 23 marzo 2016, n. 560, ove si afferma che: "*le semplici difficoltà economiche non possono condurre l'ente ad eliminare le prestazioni di assistenza e di diritto allo studio che soddisfano diritti costituzionalmente garantiti. Il rilievo costituzionale di questi diritti, infatti, costituisce limite al potere discrezionale di allocazione delle risorse finanziarie che spetta agli organi dell'ente*".

logico corollario della pluralità dei valori e principi sanciti dalla Carta, cui corrispondono molteplici, diversi e talora confliggenti diritti in capo ai singoli (e alla collettività). Orbene, nulla di diverso affermava la Corte costituzionale, con gli *obiter dicta* richiamati, allorché rilevava che il diritto fondamentale alla salute, al quale deve essere ricondotta, non in via esclusiva, la tutela della disabilità, deve essere garantito nella misura più ampia possibile, sia pur nei limiti delle risorse finanziarie che possono essere destinate alla spesa socio-sanitaria (e socio-assistenziale) e nel rispetto dei margini di discrezionalità insindacabile riservati al legislatore.

E ad una conclusione di ancor più intransigente protezione dei diritti del soggetto disabile perveniva la Corte costituzionale con la più volte citata sentenza 80/2010, ove si affermava che *“La natura fondamentale del diritto, che è tutelato anche a livello internazionale dall’art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità [...], impone alla discrezionalità del legislatore un limite invalicabile nel rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati”*.

Più di recente, con la sentenza 16 dicembre 2016 n. 275<sup>69</sup>, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di una disposizione<sup>70</sup> introdotta dalla legge finanziaria della Regione Abruzzo, nella parte in cui prevedeva che il finanziamento del servizio di trasporto a scuola dei disabili dovesse avvenire *“nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa”*, in applicazione della quale la Regione aveva negato l’erogazione del suddetto finanziamento. Dopo aver richiamato la prospettazione del giudice remittente<sup>71</sup>, secondo cui *“il condizionamento dell’erogazione del contributo alle disponibilità finanziarie, di volta in volta determinate dalla legge di bilancio, trasform(a) l’onere della Regione in una posta aleatoria e incerta, totalmente rimessa alle scelte finanziarie dell’ente, con il rischio che esse divengano arbitrarie, in difetto di limiti predeterminati dalla legge, risolvendosi nella illegittima compressione del diritto allo studio del disabile, la cui effettività non potrebbe essere finanziariamente condizionata”*, il Giudice delle Leggi afferma<sup>72</sup> che *“il diritto all’istruzione del disabile è*

---

69 Si segnalano, a margine della richiamata sentenza, i contributi di L. CARLASSARE, *“Bilancio e diritti fondamentali: i limiti ‘invalicabili’ alla discrezionalità del legislatore”*, in *Giur. cost.*, n. 6/2016, pp. 2339 ss.; L. MADAU, *“È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”*, in *Osservatorio AIC*, 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 *Consulta Online*, 2017; A. LONGO, *“Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016”*, in *Federalismi.it*, 2017; 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 Quaderni costituzionali*, n. 1/2017; R. CABAZZI, *“Diritti incomprimibili degli studenti con disabilità ed equilibrio di bilancio nella finanza locale secondo la sent. della Corte costituzionale n. 275/2016”*, in *Forum Quaderni costituzionali*, n. 1/2017.

70 Art. 6 co. 2-bis della L.R. Abruzzo 15 dicembre 1978 n. 78, aggiunto dall’art. 88 co. 4 della L.R. Abruzzo 26 aprile 2004, n. 15, recante *“Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2005-2006 della Regione Abruzzo (Legge finanziaria regionale 2004)”*.

71 § 2 del *Considerato in diritto*.

72 § 4, *ibidem*.

consacrato nell'art. 38 Cost., e spetta al legislatore predisporre gli strumenti idonei alla realizzazione ed attuazione di esso, affinché la sua affermazione non si traduca in una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale". In ordine alla pretesa violazione del principio del pareggio di bilancio, oggi previsto all'art. 81 Cost.<sup>73</sup>, in ipotesi di mancata previsione di un limite alle somme iscritte al bilancio, la Corte – dopo aver chiarito “che una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali” – asserisce<sup>74</sup> che la suddetta violazione “è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice. È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”. Il pregiudizio all'effettivo godimento dei diritti incompressibili (*sub specie* del disabile) discende proprio dalla combinazione tra la norma censurata e la genericità della posta del bilancio di previsione, “la cui copertura è rimessa al mero arbitrio del compilatore del bilancio e delle autorizzazioni in corso d'anno”: per questa via, il legislatore regionale avrebbe (re)introdotta un modello operativo, già censurato dalla stessa Corte, con cui “in sede di redazione e gestione del bilancio, vengono determinate [...] scelte allocative di risorse suscettibili di sindacato in quanto rientranti ‘nella tavola complessiva dei valori costituzionali, la cui commisurazione reciproca e ragionevole valutazione sono lasciate al prudente apprezzamento di questa Corte (sentenza n. 260 del 1990)’ (sentenza n. 10 del 2016)”<sup>75</sup>.

La normativa di settore può allora considerarsi costituzionalmente compatibile solo nella misura in cui il diffuso riferimento alle disponibilità finanziarie ivi contenuto venga inteso quale vincolo positivo interno al complessivo sistema dei valori costituzionali, che ammette una contrazione del diritto del disabile, in presenza di oggettivi limiti alla disponibilità di risorse, solo ove gli interessi antagonisti, concorrenti sotto il profilo delle risorse necessarie al loro soddisfacimento, trovino anch'essi riconoscimento nei principi fondamentali della Carta.

Ciò, vincolando il legislatore, vincola *fortiori causa* le amministrazioni cui spetta, in forza delle previsioni di legge, pianificare gli strumenti di intervento e provvedere alla loro concreta attuazione: scelte allocative di risorse che non riflettano il diverso spessore costituzionale degli interessi in gioco non possono escludere la responsabilità risarcitoria dell'ente che abbia, colpevolmente, appunto, leso il diritto del soggetto disabile omettendo di riconoscere o attuare quei servizi intesi a garantirne la dignità ed elevarne le possibilità<sup>76</sup>. Ne discende logicamente, per converso, che la legittima (*i.e.*: incolpevole)

73 Come sostituito dall'art. 1 della L. cost. 20 aprile 2012, n. 1, recante “Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale” (G.U. n. 95/2012).

74 § 11, *ibidem*.

75 § 13, *ibidem*.

76 In tal senso, senza tuttavia esaminare analiticamente il profilo in discorso, TAR Lombardia – Milano, Sez. III, sentenza 23 marzo 2016, n. 560, ove si chiarisce che “le semplici difficoltà economiche non possono condurre l'ente ad eliminare le prestazioni di assistenza e di diritto allo studio che soddisfano diritti costituzionalmente garantiti. Il rilievo

contrazione del diritto della persona disabile, per un arco temporale apprezzabile (*i.e.*: che raggiunga la soglia di un inadempimento “di non scarsa importanza”), al pieno riconoscimento o alla piena attuazione del servizio pubblico delineato nel Progetto individuale può aversi, oltre che nei casi di assoluta carenza di risorse libere da vincoli legali di destinazione della spesa, solo in vista e in funzione del soddisfacimento di ulteriori interessi o diritti costituzionalmente protetti: il bilanciamento fra contrapposte esigenze di pubblico interesse, qualora una di esse abbia rango costituzionale, può condurre al sacrificio temporaneo o parziale della stessa, a cagione della limitatezza delle disponibilità finanziarie, solo ove anche l'altra (o le altre) sottenda(n) valori di preminente rilevanza costituzionale<sup>77</sup>, non potendosi in tali ipotesi configurare una nozione di interesse pubblico che si collochi al di fuori della cornice costituzionale. E ciò tanto in sede di scelte legislative in materia finanziaria, quanto in sede di determinazioni amministrative, rispettivamente valutabili e sindacabili, alla stregua del parametro suesposto, dalla Corte costituzionale e dalle giurisdizioni ordinaria o amministrativa. È agevole intuire che un siffatto parametro di valutazione della responsabilità delle amministrazioni pubbliche, le quali non garantiscano l'erogazione dei servizi in discorso, rappresenta il necessario contrappeso (costituzionalmente imposto, ritengo) alla sostanziale assenza, ad oggi, di un criterio rigido di predeterminazione finanziaria su scala nazionale dei livelli essenziali delle prestazioni<sup>78</sup> in materia di sostegno alla disabilità; assenza che fluidifica oltremodo, come recentemente osservato dalla Corte costituzionale<sup>79</sup>, gli spazi di effettività, e dunque di legittimo affidamento delle popolazioni interessate, che debbono riconoscersi e garantirsi ai “servizi a rilevanza sociale”. Non sembra che la creazione di uno spazio di tutela stabile, sottratto alla scure delle contingenti valutazioni di politica finanziaria, possa prescindere dalla previsione di un “limite idoneo a dare effettività ai diritti previsti dalla Costituzione”<sup>80</sup>, nel quadro dei principi fondamentali la cui determinazione è riservata allo Stato anche nelle materie di potestà legislativa concorrente<sup>81</sup>, e dunque dalla positivizzazione di un compromesso costituzionalmente

---

*costituzionale di questi diritti, infatti, costituisce limite al potere discrezionale di allocazione delle risorse finanziarie che spetta agli organi dell'ente”. In tema, G.A. FERRO, “Diritti dei disabili e pubblico concorso”, in Diritti Fondamentali, n. 2/2014, p. 1-22, in riferimento a Corte cost. 80/2010, coglie “tra le pieghe del ragionamento della Corte, un principio destinato ad operare ben al di là dei processi di legittimità costituzionale e a porsi, piuttosto, come criterio guida tanto per la giurisdizione, quanto per l'amministrazione nell'esercizio di attività discrezionale che implichi il contemperamento tra diritti individuali e tutela delle pubbliche risorse (...) dove ogni forma di bilanciamento trova comunque un limite insuperabile nella rigorosa salvaguardia dei diritti fondamentali della persona umana e, in particolare, dei soggetti deboli”. Di “limiti alla discrezionalità amministrativa” in subiecta materia si parla, ancora, in sede di commento alla sopracitata sentenza n. 671/2018 del C.G.A.R.S., in Diritti Fondamentali, 5 novembre 2018.*

77 Per alcune pronunce in cui, sia pur *in nuce*, sembra affiorare un siffatto parametro di valutazione della responsabilità dell'amministrazione, senza che ciò si risolva in un indebito sindacato nelle scelte allocative, v. note 41 e 59.

78 Art. 117 co. 2, lett. m).

79 Corte cost., sentenze 29 gennaio 2016, n. 10 e 16 dicembre 2016, n. 275.

80 In special modo quelli che riposano nel disegno personalista che innerva il tessuto connettivo della Carta.

81 Art. 117 co. 3, cpv., Cost..

*ottimale* tra diritti sociali e vincoli di bilancio<sup>82</sup> che operi nella duplice direzione di limite conformativo delle scelte legislative e di parametro valutativo della responsabilità (giuridica e politica) delle amministrazioni<sup>83</sup>.

---

82 In argomento, A. CANDIDO, *“Disabilità e prospettive di riforma. Una lettura costituzionale”*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 121 ss.; M. LUCIANI, *“Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale”*, in *Riv. AIC*, n. 3/2016, p. 7 ss.; R. COGNO, *“Una proposta di articolazione dei LEP per l’assistenza”*, in *Riv. dir. fin.*, n. 3/2010, pp. 330 ss.. Per un collegamento tra programmazione e responsabilità politica, L. ARDIZZONE - R. DI MARIA, *“La tutela dei diritti fondamentali ed il ‘totem’ della programmazione: il bilanciamento (possibile) fra equilibrio economico-finanziario e prestazioni sociali”*, in *Diritti regionali*, n. 2/2017, pp. 186 ss.. Per un possibile ruolo del principio di istruttoria normativa nell’individuazione di un “riserva del possibile” nel campo dei servizi a rilevanza sociale, A. CAROSI, 2017, *op. cit.*, p. 33 ss..

Per una sostanziale presa d’atto dello stato di parziale inattuazione della L. 328/2000, *“in quanto non si è provveduto né a disegnare una programmazione nazionale dei servizi e degli interventi, né a fissare risorse certe e strutturali per i Fondi rivolti alle politiche sociali (FNPS), tali da rendere possibile il finanziamento dei diritti soggettivi”*, si rinvia al documento del 19 gennaio 2019 redatto dal Servizio Studi della Camera dei Deputati (*“Le misure di sostegno alla famiglia e i fondi per le politiche sociali”*), consultabile su [www.camera.it](http://www.camera.it). Nel richiamare le osservazioni contenute nel Piano Nazionale Sociale per il triennio 2018-2020 (in allegato al Decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali del 26 novembre 2018), il documento evidenzia per un verso *“come risulti difficile definire i LEP in un quadro economico in cui le risorse dedicate alle politiche sociali risultano fortemente limitate”*; e, per altro verso, discutibilmente, *“come il quadro territoriale della spesa sia fortemente disomogeneo”*, essendo per ciò *“impossibile individuare un nucleo di spesa comune in tutto il Paese che possa costituire l’embrione di livelli essenziali da erogare uniformemente”*.

83 G. TULUMELLO, *“L’effettività della tutela dei diritti fondamentali dei disabili nello Stato sociale, fra vincoli di bilancio e amministrazione di risultato”*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2018, rileva *“l’includibile esigenza di individuare una gerarchia degli interessi quale criterio ordinante di fronte alla complicazione – quantitativa e qualitativa – dei compiti dell’Amministrazione conseguente al pluralismo portato dallo Stato sociale pluriclasse”*, soggiungendo che *“il nuovo modello di relazione fra legge e potere amministrativo”*, che postula una *“rivisitazione della nozione di interesse pubblico”*, induce a *“ritenere che l’esercizio del potere discrezionale debba essere parametrato non al formale rispetto di un regola, ma al raggiungimento di un risultato voluto dalla norma attributiva”*.