



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 4339 del 2009, proposto da XXXXX e XXXXX, genitori esercenti la potestà genitoriale sul minore XXXXX, rappresentati e difesi dall'avv. Luigi Sena, con domicilio eletto presso Luigi Valensise in Roma, via Eleonora D'Arborea 30;

***contro***

Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca - Centro Servizi Amministrativi (C.S.A.) di Udine - Istituto Comprensivo di Tavagnacco, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria per legge in Roma, via dei Portoghesi 12;

***per la riforma***

della sentenza del TAR FRIULI VENEZIA GIULIA - TRIESTE n. 00090/2009, resa tra le parti, concernente MANCATA ASSEGNAZIONE SOSTEGNO SCOLASTICO PER L'INTERO ORARIO DI FREQUENZA.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2010 il consigliere di Stato Maurizio Meschino e uditi per le parti l' avvocato Luigi Sena e l'Avvocato dello Stato Melillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

1. I signori XXXXX e XXXXX, quali genitori esercenti la potestà genitoriale sul minore XXXXX frequentante la quarta elementare nell'anno scolastico 2008-2009 nell'Istituto Comprensivo di Tavagnacco, con ricorso n. 484 del 2008 proposto al TAR per il Friuli Venezia Giulia, hanno chiesto l'annullamento del provvedimento del Direttore dell'ufficio scolastico regionale per il Friuli Venezia Giulia, prot. n. 2426/A/C/21 del 4. 3. 2008, di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e/o consequenziali.

I ricorrenti hanno anche chiesto: a) l'accertamento del diritto della minore di ottenere un insegnante di sostegno per l'intero orario di frequenza (33 ore settimanali) e non per 16 ore settimanali, non solo per l'anno scolastico 2008-2009 ma anche per i successivi; b) la condanna dell'amministrazione intimata ad assegnare il richiesto sostegno per l'intero orario di frequenza della minore, in particolare mediante l'assegnazione nella misura massima consentita dalla legge o, in ogni caso, per l'intera giornata scolastica; c) la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

2. Il TAR, con sentenza n. 90 del 2009 pronunciata in forma semplificata, ha respinto il ricorso compensando tra le parti le spese del giudizio.

Nella sentenza si afferma che la normativa in materia, di cui all'art. 13, comma 3, della legge n. 104 del 1992 ("Legge-quadro per l'assistenza,

l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate”), non attribuisce un diritto all’insegnante di sostegno nei termini indicati dai ricorrenti, poiché dispone l’assegnazione dell’insegnante di sostegno alla classe e non al singolo portatore di handicap, nel vincolo delle risorse di organico e finanziarie concretamente disponibili, determinate in via generale dall’art. 443 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (sostituito dall’art. 40 della legge n. 449 del 1997), e prevede un insegnante di sostegno per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente frequentanti le scuole statali della Provincia, con la possibilità e non l’obbligo (prevista di cui al comma 1 del citato art. 40 della legge n. 449 del 2007) di assumere insegnanti di sostegno con contratto a tempo determinato in deroga al rapporto docenti–alunni ma pur sempre nel vincolo della complessiva riduzione del personale scolastico per esigenze di bilancio.

L’Amministrazione non è comunque libera di individuare e allocare il personale docente, dato il rigido quadro normativo di disciplina dell’accesso e della carriera degli insegnanti, con il vincolo delle relative graduatorie, dovendosi inoltre osservare che la determinazione delle concrete modalità con cui soddisfare l’interesse giuridico qualificato dei ricorrenti all’ottenimento del sostegno per il minore rientra nella discrezionalità dell’Amministrazione stessa, censurabile soltanto se esercitata violando i canoni di ragionevolezza, proporzionalità e coerenza logica, ciò che non risulta nella specie alla luce dei criteri applicati, non rilevando, infine, la prospettata tematica della tutela della salute non essendovi correlazione tra il preteso diritto ad un insegnante di sostegno ed il diritto alla salute.

3. Con l’appello in epigrafe è stato chiesto l’annullamento della sentenza di primo grado.

4. All'udienza del 23 marzo 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Nell'appello si richiama, anzitutto, che la Commissione medica di prima istanza ha riconosciuto il minore come “invalido con totale e permanente inabilità lavorativa al 100 per cento e con necessità di assistenza continua non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita” e quindi “come persona affetta da handicap in situazione di gravità art. 3, comma 3, l.104/92 con necessità di un insegnante di sostegno in deroga al rapporto fissato dalla l. 104/92”, vale a dire, si soggiunge nell'appello, non nel rapporto di un insegnante ogni 138 frequentanti (di cui all'art. 40, comma 3, della legge n. 449 del 1997) ma di 1 ad 1, inteso come un'ora di sostegno per ogni ora di frequenza mentre, in applicazione del provvedimento impugnato, l'Istituto scolastico frequentato gli ha riconosciuto il sostegno per sole 16 ore settimanali a fronte di un orario di frequenza di 33 ore.

Si censura quindi la sentenza di primo grado per non aver riconosciuto che il diritto all'istruzione, all'educazione e all'integrazione scolastica è un diritto pieno, non suscettibile di affievolimento neanche di fronte alle esigenze di organico e di bilancio dello Stato, non sussistendo perciò potere amministrativo discrezionale al riguardo, in quanto diritto fondato sugli articoli 2, 3, comma 2, 34, comma 1, e 38, commi 3 e 4, della Costituzione, su quanto stabilito dalla legge n. 104 del 1992, nelle sue finalità (art. 1) e con l'affermazione del diritto della persona handicappata alle prestazioni previste in suo favore (art. 3) ed all'educazione e all'istruzione (art. 12), ed alla luce degli obiettivi di formazione e di integrazione degli alunni handicappati nella classe e nel gruppo individuati nel d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275 (“Regolamento recante norme in materia di autonomia delle istituzioni

scolastiche, ai sensi dell'art. 21 della L. 15 marzo 1997, n. 59”), raccordandosi a queste finalità l’art. 40 della legge n. 449 del 1997, che, per assicurare interventi adeguati al tipo e alla gravità dell’handicap, prevede la più ampia flessibilità organizzativa e funzionale delle classi ed il ricorso all’assunzione di insegnanti di sostegno con contratti a tempo determinato in deroga al rapporto docenti-alunni di cui al comma 3 dello stesso articolo.

Questa normativa non è stata applicata nel caso di specie essendo stato genericamente chiesto dal dirigente dell’Istituto scolastico il maggior numero di ore possibili, e non il sostegno per 33 ore di frequenza, avendo il Centro Servizi Amministrativi (C.S.A.) inviato un numero di insegnanti inferiore alle necessità per sole ragioni economiche ed essendo stato diviso tale numero per quello dei bambini diversamente abili presenti nella scuola senza alcuna valutazione delle situazioni singole.

2. L’appello è da accogliere nei termini che seguono.

2.1. E’ anzitutto necessario richiamare l’evoluzione recente della normativa, con particolare riguardo al parametro della dotazione organica degli insegnanti di sostegno, alla luce dell’ultima pronuncia in materia della Corte costituzionale (sentenza 26 febbraio 2010, n. 80), fermi i principi e gli obiettivi della piena integrazione delle persone disabili e della garanzia del sostegno con docenti specializzati per l’integrazione in ambito scolastico, di cui agli articoli 1, 12 e 13 della legge n. 104 del 1992;

-il detto parametro della dotazione organica, individuato in un insegnante per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente frequentanti, stabilito dall’art. 40, comma 3, della legge n. 449 del 1997, è stato poi corretto con l’articolo 1, comma 605, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, per il quale “...con uno o più decreti del Ministro della pubblica istruzione sono adottati interventi

concernenti: b) il perseguimento della sostituzione del criterio previsto dall'articolo 40, comma 3, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, con l'individuazione di organici corrispondenti alle effettive esigenze rilevate, tramite una stretta collaborazione tra regioni, uffici scolastici regionali, aziende sanitarie locali e istituzioni scolastiche, attraverso certificazioni idonee a definire appropriati interventi formativi”;

-successivamente, con i commi 413 e 414 dell'art. 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, è stato disposto: “413. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 605, lettera b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, il numero dei posti degli insegnanti di sostegno, a decorrere dall'anno scolastico 2008/2009, non può superare complessivamente il 25 per cento del numero delle sezioni e delle classi previste nell'organico di diritto dell'anno scolastico 2006/2007. Il Ministro della pubblica istruzione, con decreto adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, definisce modalità e criteri per il conseguimento dell'obiettivo di cui al precedente periodo. Tali criteri e modalità devono essere definiti con riferimento alle effettive esigenze rilevate, assicurando lo sviluppo dei processi di integrazione degli alunni diversamente abili anche attraverso opportune compensazioni tra province diverse ed in modo da non superare un rapporto medio nazionale di un insegnante ogni due alunni diversamente abili. 414. La dotazione organica di diritto relativa ai docenti di sostegno è progressivamente rideterminata, nel triennio 2008-2010, fino al raggiungimento, nell'anno scolastico 2010/2011, di una consistenza organica pari al 70 per cento del numero dei posti di sostegno complessivamente attivati nell'anno scolastico 2006/2007, fermo restando il regime autorizzatorio in materia di assunzioni previsto dall'articolo 39, comma 3-bis, della legge 27 dicembre 1997, n. 449. Conseguentemente,

anche al fine di evitare la formazione di nuovo personale precario, all'articolo 40, comma 1, settimo periodo, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, sono sopresse le parole da: «nonché la possibilità» fino a: «particolarmente gravi», fermo restando il rispetto dei principi sull'integrazione degli alunni diversamente abili fissati dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104. Sono abrogate tutte le disposizioni vigenti non compatibili con le disposizioni previste dal comma 413 e dal presente comma”;

-la Corte Costituzionale, con la sentenza sopra citata, ha dichiarato l'illegittimità dei citati commi 413 e 414, quanto al primo, “nella parte in cui fissa un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno” e, quanto al secondo, “nella parte in cui esclude la possibilità, già contemplata dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, in presenza nelle classi di studenti con disabilità grave, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente”;

-nella motivazione della sentenza si statuisce in particolare che il “diritto del disabile all'istruzione si configura come diritto fondamentale”, individuandosi di conseguenza “il diritto fondamentale dell'istruzione del disabile grave”, e che, pur avendo la Corte affermato che il legislatore nell'individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti della persone disabili gode di discrezionalità, ha altresì chiarito che detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel “...rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati (sentenza n. 226 del 2000)”, risultando evidente che “le norme impugnate hanno inciso proprio sull'indicato «nucleo indefettibile di garanzie» che questa Corte ha già individuato quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore. La scelta operata da quest'ultimo, in particolare quella di sopprimere la riserva che

consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato, non trova alcuna giustificazione nel nostro ordinamento, posto che detta riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave. La ratio della norma, che prevede la possibilità di stabilire ore aggiuntive di sostegno, è, infatti, quella di apprestare una specifica forma di tutela ai disabili che si trovino in condizione di particolare gravità; si tratta dunque di un intervento mirato, che trova applicazione una volta esperite tutte le possibilità previste dalla normativa vigente e che, giova precisare, non si estende a tutti i disabili a prescindere dal grado di disabilità, bensì tiene in debita considerazione la specifica tipologia di handicap da cui è affetta la persona de qua”.

2.2. Da quanto richiamato risulta in sintesi: a) la qualificazione del diritto all'istruzione del disabile, e in particolare del disabile grave, quale diritto fondamentale; b) l'individuazione in questo ambito di un “nucleo indefettibile” di garanzie perché tale diritto sia realizzato, pur stante la discrezionalità del legislatore nella individuazione delle relative misure; c) per cui obiettivo primario è quello della massima tutela possibile del diritto del disabile grave all'istruzione ed all'integrazione nella classe e nel gruppo, fino alla previsione di un'ora di sostegno per ogni ora di frequenza, ma non è di per sé illegittimo un intervento minore, purché non sia scalfito il nucleo indefettibile del diritto, se motivato dall'analisi accurata della situazione specifica nel quadro di ragioni e vincoli oggettivi; d) con la possibilità di ricorrere per l'uno o l'altro intervento, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente, anche all'assunzione di insegnanti in deroga, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale; e) comportando tutto ciò, in conclusione, che dalla accertata situazione di gravità del disabile può o

meno conseguire la determinazione di un numero di ore di sostegno pari a quello delle ore di frequenza ma che, comunque, la scelta deve essere orientata verso la più ampia ipotesi possibile di sostegno nelle condizioni date.

Rispetto all'ipotesi massima della coincidenza tra ore di sostegno e ore di frequenza che, si ripete, può assumere valenza prioritaria in relazione alle circostanze, è condivisibile peraltro la valutazione fatta in via generale da recente giurisprudenza, in vigenza della previsione della facoltà di assunzioni in deroga di cui all'art. 40, comma 1, delle legge n. 449 del 1997, in cui, affermata la natura di diritto soggettivo all'insegnamento individualizzato per gli alunni portatori di handicap, si precisa che "che il diritto all'assegnazione di un insegnante di sostegno "in deroga" non comporta automaticamente il diritto del disabile ad ottenere un insegnante di sostegno per l'intero monte ore di frequenza settimanale. Una siffatta conclusione è da escludersi, innanzitutto, alla luce della normativa vigente che è chiara nello stabilire che l'insegnante di sostegno, una volta assegnato, assume la contitolarità delle sezioni e delle classi in cui opera, e partecipa alla programmazione educativa e didattica al pari degli altri docenti, sicché è da escludersi che la designazione dell'insegnante di sostegno sia destinata in via esclusiva ad una specifica docenza di un alunno individuato. Una siffatta conclusione si scontra altresì con la non necessaria coincidenza del monte ore di frequenza settimanale dell'alunno con l'orario - cattedra settimanale del singolo docente, che potrebbe rivelarsi insufficiente a coprire l'intero monte ore di frequenza settimanale specie nei casi in cui l'alunno abbia optato per una frequenza a tempo pieno. Inoltre, una interpretazione volta a ravvisare un automatismo nell'assegnazione "in deroga" estesa all'intero monte ore di frequenza

all'alunno in condizione di handicap con connotazione di gravità tradirebbe lo spirito della normativa volta a favorire in ogni caso la integrazione scolastica degli alunni e non si tradurrebbe in un intervento individualizzato e commisurato alle specifiche esigenze dell'alunno. Come si è visto, tali esigenze necessitano di una valutazione il più possibile individualizzata e congruamente motivata, laddove la assegnazione dell'insegnante di sostegno "in deroga" deve essere volta a volta commisurata alle specifiche difficoltà riscontrate nell'area dell'apprendimento, e tali difficoltà possono variare da soggetto a soggetto in relazione al tipo di handicap, al suo livello di gravità, alle connotazioni ed alla possibile evoluzione della malattia, anche in relazione ad eventuali effetti migliorativi riscontrabili nel corso del tempo per il decorso della malattia oppure anche grazie agli interventi attuati" (TAR Campania, 4.11.2009, n. 6869).

2.3. In questa cornice si colloca il caso in esame nel quale è stata diagnosticata la situazione di gravità dell'handicap e per cui lo stesso dirigente scolastico, richiamato che quest'anno "non sarà possibile garantire un supporto adeguato alle necessità degli alunni diversamente abili, dovendo suddividere le ore, chiaramente inferiori rispetto a quelle richieste (richieste 12) da questo Istituto" e che "In particolare non è possibile assegnare ad alcun alunno un docente di sostegno con supporto 1 ad 1", che "Nel caso di XXXXX sono previste 16 ore pur ritenendo che non sono sufficienti per un supporto adeguato" (Nota del Dirigente scolastico dell'Istituto comprensivo di Tavagnacco, prot. 5694/B19 del 9.9.2008).

Riscontrata così la situazione di gravità e l'asseverazione dell'insufficienza dell'intervento deciso, ne consegue che l'Amministrazione, che ha operato nel quadro dei citati commi 413 e 414 dell'art. 2 della legge n. 244 del 2007, deve,

alla luce dei principi e della normativa vigenti come risultanti per la pronuncia della Corte costituzionale (rilevante per la decisione della controversia in esame poiché tuttora oggetto di giudizio), riconsiderare il numero delle ore di sostegno assegnate al fine di una diversa determinazione che, valutata la specificità della situazione, eventualmente anche alla luce di un rinnovato accertamento sanitario presso struttura pubblica, ma anche considerati gli ulteriori strumenti di tutela che siano previsti (come il servizio socio-educativo), può giungere o meno alla individuazione di un numero di ore pari a quello delle ore di frequenza, ma deve comunque essere maggiore dell'attuale, nella misura motivatamente necessaria per perseguire al meglio l'obiettivo dell'integrazione del disabile nelle condizioni date, con l'eventuale ricorso anche ad assunzione "in deroga" .

2.4. Ciò statuito il Collegio chiarisce anche che: a) la rideterminazione da parte dell'Amministrazione del numero delle ore di sostegno non può essere disposta per gli anni successivi a quello cui sia applicata, essendo previste, ai fini delle decisioni di cui si tratta, verifiche periodiche degli effetti degli interventi adottati per eventualmente modificarli in relazione alla loro efficacia ed alla evoluzione della patologia accertata (art. 6 del d.P.R. 2.2.1994 recante "Atto di indirizzo e coordinamento relativo ai compiti delle unità sanitarie locali in materia di alunni portatori di handicap"); b) la domanda di risarcimento del danno non può essere accolta per la sua genericità e poiché non specificata con prova adeguata.

3. Per quanto considerato l'appello è fondato e deve essere perciò accolto nei termini sopra esposti, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese dei due gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione sesta, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso originario, nei termini di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese dei due gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone, Presidente

Domenico Cafini, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione