



# CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica  
<https://rivista.camminodiritto.it>



## **DIRITTI FONDAMENTALI, DISCREZIONALITÀ E GIURISDIZIONE. NUOVE TENSIONI SUI CRITERI DI RIPARTO**

*La condotta dell'amministrazione che riduce le ore programmate nel Piano Educativo Individualizzato (PEI) di un minore con disabilità, in ragione delle risorse disponibili, si risolve nella contrazione del diritto del minore alla pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico, la quale concretizza una discriminazione indiretta, la cui repressione spetta al giudice ordinario. SS.UU. 8 ottobre 2019, 25101*

di **Fondi Stefano**

IUS/09 - ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

**Raffaele Giaquinto**

Publicato, Venerdì 13 Marzo 2020

**Sommario:** 1. Premessa – 2. I criteri di riparto della giurisdizione – 3. Il diritto alle ore di sostegno nella materia del servizio pubblico scolastico – 4. Discrezionalità e riparto di giurisdizione – 5. Giurisdizione ed effettività della tutela.

## 1. Premessa

Una recente decisione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>[1]</sup> ha nuovamente alimentato degli attriti sul tema del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo. Il tema che ha originato la pronuncia è di primaria importanza, ovvero la garanzia del diritto alle ore di sostegno per lo studente disabile, tuttavia, come si vedrà, oggetto del dibattito non è tanto il carattere “fondamentale” (quindi incompressibile) del diritto esaminato, quanto il riemergere del criterio che vorrebbe l’attività amministrativa vincolata sottoposta alla giurisdizione del G.O.

La questione si inquadra nella più ampia tematica delle tendenze espansive della giurisdizione ordinaria verso il sindacato sugli atti dei pubblici poteri.

## 2. I criteri di riparto della giurisdizione

Come è noto, la Costituzione ha recepito un sistema a “doppia giurisdizione” con ripartizione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive tra G.O. (diritti soggettivi) e G.A. (interessi legittimi), salva la giurisdizione esclusiva di quest’ultimo in particolari materie caratterizzate da un coacervo di diritti e interessi, la quale, appunto, si configura come giurisdizione “per materia” e non in ragione della natura della situazione giuridica oggetto del giudizio (artt. 24, 103 e 113 Cost.; 7 e 133 c.p.a.)<sup>[2]</sup>.

Dalla bipartizione, fondata sulla dicotomia tra diritto soggettivo e interesse legittimo, è scaturita una complessa opera interpretativa definitoria dei confini dello ius dicere.

E’ acquisito che debba aversi riguardo alla intrinseca natura della situazione giuridica dedotta in giudizio (criterio del petitum sostanziale correlato alla causa petendi) e non alla mera prospettazione delle parti<sup>[3]</sup>, ma ad integrazione di tale (insufficiente) riferimento, sono stati elaborati criteri sussidiari di riparto.

E’ necessario riassumerli sinteticamente.

Essi sono connaturati alla stessa genesi del concetto di interesse legittimo, originariamente concepito come situazione giuridica che nascerebbe in ragione

dell'affievolimento/degradazione del diritto soggettivo per l'effetto dell'esercizio di un pubblico potere.

La suddetta teoria è stata nel tempo abbandonata ma ha segnato – in modo permanente – tutte le riflessioni sulla materia in esame<sup>[4]</sup>.

I criteri principali sono:

**a)** La distinzione tra carenza e cattivo uso del potere.

E' il criterio, ancora oggi, di riferimento. Rileva la distinzione tra controversie, aventi ad oggetto la contestazione dell'esistenza del potere (G.O.) e contestazione sul suo esercizio illegittimo/scorretto (G.A.).

**b)** La teoria della carenza di potere in concreto.

Era stata enucleata dalla Corte di Cassazione. Teneva ad allargare la giurisdizione del G.O. riconnettendo al concetto di carenza di potere, non solo l'ipotesi di mancanza di norma attributiva del potere ma anche, il caso di violazione dei presupposti (giuridici e fattuali) della sua esistenza.

Oggi è ricondotta alla giurisdizione del G.A. e degradata ad ipotesi di cattivo uso del potere<sup>[5]</sup>.

Invero, anche la legge depone a favore di una valutazione solo "in astratto"<sup>[6]</sup>.

**c)** La teoria della distinzione tra potere vincolato e potere discrezionale.

Anch'essa è concezione volta ad estendere la giurisdizione del G.O. Se ne parlerà più avanti.

**d)** La teoria dei "diritti fondamentali" come inaffievolibili/incomprimibili.

Alla luce della loro importanza valoriale e giuridica, oggetto di particolari riflessioni sono stati i diritti fondamentali, ovvero quelli che, per previsione costituzionale, ricevono particolare tutela costituendo il patrimonio imprescindibile dell'individuo (si pensi ai diritti di cui all'art. 2, il diritto alla salute ex art. 32, i diritti sanciti dall'art. 38).

Ovviamente la questione non riguarda l'inviolabile versante oppositivo di tali situazioni giuridiche (non subire menomazioni) quanto quello pretensivo (ottenere prestazioni).

Questi diritti hanno la caratteristica della intangibilità, peraltro non in senso assoluto, ma da intendersi come non suscettibilità di compressione nel loro nucleo essenziale<sup>[7]</sup>.

Secondo un'impostazione, che trova radice nella teoria dell'affievolimento, tali diritti non risentirebbero di compressioni derivanti dall'esercizio (anche legittimo) dei pubblici poteri.

Il corollario in punto di giurisdizione della tesi è che, a fronte della carenza di potere idoneo a degradare il diritto in interesse legittimo, le controversie sarebbero sempre devolute al G.O.

La tesi non appare condivisibile, non perché i diritti fondamentali sarebbero sottratti al giudizio di bilanciamento (si è visto che non è così) quanto perché non esiste «alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti», anche di natura “fondamentale”<sup>[8]</sup>.

Esistono comunque espresse previsioni (probabilmente frutto della suesposta tendenza) di diritti fondamentali assegnati alla tutela del G.O. (si pensi alla disciplina dell'immigrazione di cui al d.lgs. n. 286/1998 o della privacy ex d.lgs. n. 196/03)<sup>[9]</sup>.

Infine si evidenzia che, anche in presenza di diritti incompressibili, la giurisdizione è del G.A. nei casi di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva (art. 133 c.p.a.: si pensi alle controversie in materia di pubblici servizi, tra i quali rientra proprio la questione del diritto alle ore di sostegno nell'ambito della materia del servizio pubblico scolastico<sup>[10]</sup>).

### **3. Il diritto alle ore di sostegno nella materia del servizio pubblico scolastico**

In tema di diritto al sostegno per lo studente disabile nella materia del servizio pubblico dell'istruzione assume rilevanza centrale il **P.E.I.** (piano educativo individualizzato) che determina il numero di ore di sostegno necessario a garantire una corretta formazione all'alunno.

Si tratta di un procedimento articolato in più fasi e disciplinato da una normativa complessa e disorganica<sup>[11]</sup>.

In estrema sintesi:

- 1) in una prima fase, si considerano le esigenze del singolo alunno disabile, con la formulazione di una “proposta” da parte di un organo collegiale dell’istituto (il Gruppo di lavoro operativo handicap – G.L.O.H. ) e con la determinazione delle ore di sostegno da assegnargli;
- 2) successivamente, il dirigente scolastico raccoglie le “proposte”, concernenti tutti gli alunni disabili, e le trasmette agli Uffici scolastici;
- 3) in una fase “intermedia” gli Uffici scolastici assegnano ai singoli istituti gli insegnanti di sostegno sulla base dei relativi organici e tengono conto delle “proposte”, fornendo ulteriori risorse sulla base del loro concreto contenuto;
- 4) infine, sulla base delle complessive risorse fornite dagli Uffici scolastici, il dirigente scolastico attribuisce le ore di sostegno ai singoli alunni disabili.

Le indicazioni che si ricavano dal sistema suggeriscono la conclusione per la quale gli Uffici scolastici (così come il dirigente scolastico ed il Ministero dell’economia e delle finanze) non possono sindacare le risultanze delle sopraindicate “proposte”, le quali hanno carattere vincolante per tutti i soggetti coinvolti.

L’attuazione del piano da parte dell’Amministrazione scolastica è, dunque, atto vincolato.

Su tale punto vi è concordanza di vedute tra le giurisdizioni amministrativa e ordinaria.

In punto di giurisdizione, anche tenuto conto dell’Adunanza Plenaria n. 7 del 2016, ci sono due ambiti da considerare:

- a) Qualora si contestino gli **atti dell’Amministrazione scolastica** che abbiano omesso o dato incompleta attuazione alle “proposte” del G.L.O.H. e cioè gli atti degli Uffici scolastici e quello - finale o provvisorio - del dirigente scolastico, di attribuzione all’alunno disabile di un numero di ore inferiore a quello oggetto della proposta individuale, sussiste la giurisdizione esclusiva del G.A.

Trattasi, infatti, di controversie concernenti un pubblico servizio (istruzione), ai sensi dell’art. 133, comma 1, lettera c) c.p.a., oggetto di una giurisdizione esclusiva che non

può risentire di interpretazioni riduttive: essendo relativa a «a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione...in un procedimento amministrativo» essa si estende anche alla fase di attuazione del P.E.I., non potendo subire eccezioni non codificate.

A maggiore ragione, quando la controversia sia sorta nella fase prodromica al P.E.I., cioè quando ancora non sia stata formulata la proposta sulla determinazione delle ore di sostegno da attribuire al singolo alunno disabile.

b) Tale giurisdizione ha potenziali punti di interferenza – nella fase di attuazione del P.E.I. – con quella del G.O. relativa alle ipotesi di **condotta discriminatoria** a danno dell'alunno disabile (nella specie: discriminazione indiretta, art. 3 della legge n. 67/2006) <sup>[12]</sup>.

A quale giudice è devoluta la controversia sulla incoerente attuazione del P.E.I., ancor più se non accompagnata da una corrispondente riduzione dell'offerta formativa per gli alunni non disabili?

#### 4. Discrezionalità e riparto di giurisdizione

Proprio in ordine alla fase di attuazione del P.E.I. si registrano le invasioni di campo del G.O.: la recente pronuncia della Corte di Cassazione menzionata in apertura, riprende un'impostazione già manifestata nel 2014<sup>[13]</sup>.

Essa fa leva sul carattere vincolato delle determinazioni dell'Amministrazione scolastica, a seguito della formazione del piano, del quale si rimarca la capacità di obbligare «a garantire il supporto per il numero di ore programmato, senza lasciare ad essa il potere discrezionale di ridurne l'entità in ragione delle risorse disponibili».

Ne deriva che «La formalizzazione del piano (...) determina il correlato diritto dell'alunno disabile all'istruzione come pianificata».

Secondo le Sezioni Unite, sussisterebbe sempre – si badi bene – la giurisdizione del G.O. dopo l'avvenuta formalizzazione del piano, a prescindere dal fatto che il ricorrente deduca espressamente una discriminazione.

E' evidente la matrice di questa impostazione: è il citato criterio di riparto che distingue tra potere discrezionale (che provocherebbe l'affievolimento del diritto in interesse legittimo) e potere vincolato<sup>[14]</sup>, dal cui esercizio il diritto non risulterebbe degradato, con

l'ovvio corollario della giurisdizione del G.O.

La tesi, pur fornendo un criterio di riparto lineare, non è condivisibile.

Sussiste esercizio di un potere pubblicistico anche nel caso di attività vincolata, quando il vincolo posto dalla norma è finalizzato al perseguimento ed alla tutela di un interesse pubblico (e non di un interesse privato).

A fronte di tale esercizio, il privato non può che essere titolare di un interesse legittimo.

Se il G.A. è il giudice degli atti del potere pubblicistico non si capisce perché gli atti espressione di tale potere, per il solo fatto di esplicarsi mediante attività vincolata, debbano essere attratti dalla sfera di ius dicere del G.O.

E' il carattere "pubblico" del potere esercitato, infatti, a fondare la giurisdizione del G.A.  
<sup>[15]</sup>.

Se si è in presenza di una relazione tra il privato e la P.A. disciplinata da norme pubblicistiche e della medesima natura è il fine tutelato da tali norme (si pensi al servizio essenziale dell'istruzione) la configurazione, pur vincolata, dell'attività posta in essere non può ridurre quest'ultima ad una dinamica "privatistica" alla stregua della sequenza norma-fatto-effetto tipica delle norme di relazione.

Solo quando si verifica una relazione "paritaria" è indubbia la giurisdizione del G.O. (si pensi ai poteri esercitati della P.A. nelle vesti di datore di lavoro nel pubblico impiego privatizzato ex art. 5, comma 2 d.lgs. n. 165/01).

In ordine alla erroneità del criterio di riparto fondato sulla discrezionalità le norme sono rivelatrici.

Il riferimento alla "natura vincolata del provvedimento" (art. 21-octies, comma 2 della l. n. 241/1990 per i vizi non invalidanti) e il richiamo all'attività vincolata che apre al giudizio sulla fondatezza della pretesa nell'azione avverso il silenzio (art. 31, comma 3 c.p.a.) hanno un significato univoco: presuppongono che la giurisdizione spetti al G.A.

Neppure è corretto, come visto sopra, aprire canali differenziati per determinate specie di situazioni giuridiche, riservando al G.O. la cognizione dei diritti considerati "fondamentali".

Ancora: l'adesione a questa concezione comporta, di fatto, lo svilimento della giurisdizione esclusiva del G.A. riportandola nei medesimi confini della giurisdizione (generale) di legittimità.

Infine, la periodica riproposizione da parte della Corte di Cassazione di questa concezione si pone in contrasto con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, espressa con le note sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006, che – a proposito della giurisdizione esclusiva del G.A. – hanno affermato che il riparto di giurisdizione si determina distinguendo l'esistenza di poteri autoritativi (in qualsiasi forma esplicitati) dai comportamenti di tipo meramente materiale dell'Amministrazione, che non siano conseguenza o manifestazione di potestà autoritativa.

L'espressione di un potere pubblico o anche la sola connessione con esso (esercizio indiretto o mediato del potere) comporta, sempre, in definitiva, la giurisdizione del G.A.

Per concludere sulla tematica del sostegno, anche nell'ipotesi di discriminazione a danno dell'alunno disabile, ipotesi forzata dalla Corte di Cassazione per allargare la propria giurisdizione, va affermata la giurisdizione amministrativa per ogni condotta discriminatoria realizzata nell'ambito di un rapporto di diritto pubblico o mediante atti espressivi di pubblici poteri.

Al contempo, andrebbe evitato, di fornire rilievo esclusivo – al fine di identificare l'azione civile – alla qualificazione della domanda effettuata dal ricorrente, riconnettendo tale azione al caso in cui espressamente si lamenti che l'Amministrazione scolastica abbia posto in essere una discriminazione<sup>[16]</sup>.

## 5. Giurisdizione ed effettività della tutela

Queste tensioni sulla giurisdizione derivanti da tendenze espansive del G.O. nascono – evidentemente – da una disputa, quasi una gara, per ottenere il sindacato sugli atti della Pubblica Amministrazione.

Neppure potrebbe giustificarsi questa invasione di campo con supposte esigenze di fornire i “diritti fondamentali” di adeguata tutela: è un dato ormai acquisito il progressivo potenziamento delle tecniche di tutela giurisdizionale proprie della giustizia amministrativa, le quali, attualmente, hanno raggiunto la pienezza, sia in chiave di poteri di accertamento che sul piano delle azioni esperibili.

Ciò vale per gli interessi legittimi e – a maggior ragione – nei casi di giurisdizione esclusiva, la quale storicamente è il prototipo della pienezza della tutela innanzi al G.A.

Anzi, è intuibile come questi attriti producano un *vulnus* proprio alla effettività della tutela giurisdizionale, correlata all'effetto utile del processo nei confronti della situazione giuridica azionata<sup>[17]</sup>.

Una tutela effettiva presuppone giurisdizioni comunicanti e coordinate (non a caso esiste anche l'istituto della *translatio iudicii*) e non rivaleggianti.

Essa implica che le forme processuali siano soltanto strumentali rispetto ai beni della vita, in modo che il processo sia in grado di fornire tutto ciò che è riconosciuto dalle norme sostanziali.

Se così è, risulta innegabile che le incertezze derivanti da applicazioni giurisprudenziali confliggenti, il rischio di vedere rimbalzata la controversia da un giudice ad un altro, danneggino le esigenze di tutela del privato, massimamente quelle del cittadino disabile – per definizione in condizioni di svantaggio – che proprio nelle norme (sostanziali e processuali) confida, aspettando da esse la doverosa attuazione del principio di eguaglianza sostanziale.

### Note e riferimenti bibliografici

<sup>[1]</sup> Corte di Cassazione, SS. UU. civ. ordinanza n. 25101 del 8 ottobre 2019.

<sup>[2]</sup> Secondo la distinzione consolidata, la dicotomia tra le due situazioni giuridiche soggettive consiste in questo: Il diritto soggettivo fornisce tutela piena ed immediata ad un interesse considerato da una norma regolante le relazioni intersoggettive (norme di relazione); l'interesse legittimo, secondo la teoria preferibile (normativa) è l'interesse - differenziato e qualificato da una norma attributiva di potere - ad un'utilità che il privato attende dall'esercizio di un pubblico potere; nasce, quindi, dall'intermediazione delle norme di azione regolanti l'esercizio e le modalità del potere pubblico.

<sup>[3]</sup> Tra le altre, si veda C.d.S., sentenza n. 3248 del 27 giugno 2014.

<sup>[4]</sup> Progressivamente ci si è resi conto che non è corretto parlare di degradazione/affievolimento del diritto, poiché diritto soggettivo e interesse legittimo sono situazioni distinte, hanno ad oggetto beni giuridici diversi e possono anche coesistere

a fronte dell'esercizio del potere pubblico (si pensi al diritto di proprietà che non è degradato ma coesiste - verso la P.A. - con l'interesse alla legittimità della procedura di espropriazione).

Una spia normativa del definitivo superamento della teoria è l'avvento della categoria della nullità (art. 21 – septies della l. n. 241/90). Anche in caso di atto nullo, e non solo annullabile, sussiste un (cattivo) uso del potere pubblico e non una carenza di potere, con la conseguenza che, a fronte di esso, residua una situazione di interesse legittimo.

[5] C.d.S., Sez. VI, sentenza n. 677 del 19 febbraio 2016.

[6] Il criterio in esame ha lo svantaggio principale di rendere incerta la distinzione tra carenza di potere e vizio di legittimità per violazione di legge, come dimostrano i contrasti registrati sul tema delle ordinanze contingibili e urgenti.

La norma sulla nullità (art. 21 – septies della L. n. 241/90) è anche qui sintomatica. Tra le cause di nullità vi è il “difetto assoluto di attribuzione”. Ciò significa che rende nullo il provvedimento sia la mancanza di norma attributiva (è competente un altro potere dello Stato, c.d. straripamento di potere) sia l'incompetenza assoluta (il potere spetta ad altro plesso della P.A.); la carenza in concreto va, invece, ricondotta al cattivo uso del potere e quindi all'ipotesi della annullabilità.

[7] Per comprendere la portata dell'enunciazione, si tenga presente che all'indomani dell'introduzione, nell'art. 81 Cost., del principio del pareggio di bilancio (l. Cost. n. 1/2012; l. n. 243/12) si era acuita la tematica dei diritti finanziariamente condizionati, ovvero la considerazione delle esigenze di equilibrio finanziario e di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica, quali inderogabili esigenze capaci di comprimere anche i diritti fondamentali, come quello alla salute.

E' intervenuta la Corte costituzionale con la fondamentale sentenza n. 275 del 16 dicembre 2016 (in tema di diritto all'istruzione dello studente disabile) a ribadire definitivamente che è la garanzia e l'attuazione piena ed effettiva dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio e non l'equilibrio di quest'ultimo a condizionare la loro doverosa erogazione.

Si è, dunque, in presenza di diritti che entrano nel giudizio di bilanciamento (non ne sono sottratti) ma che ne risultano in posizione di primato a salvaguardia del loro nucleo indefettibile di garanzie.

Che poi la realtà contingente renda i diritti sociali - materialmente - condizionati alle esigenze finanziarie è discorso che esula dal tema del bilanciamento.

[8] Corte Cost. sentenza n. 140 del 27 aprile 2007.

[9] La questione si intreccia con quella della configurabilità di una giurisdizione esclusiva del G.O.

[10] C.d.S. A.P., Sentenza n. 7 del 12 aprile 2016.

[11] Per una esaustiva ricostruzione della fattispecie si veda la sentenza del C.d.S., Sez. VI, n. 2023 del 3 maggio 2017. Peraltro, poiché le risorse fornite dagli Uffici scolastici - per ragioni di contenimento della spesa - non sempre coincidono con le richieste dei dirigenti scolastici si registra una gran mole di contenzioso amministrativo in materia.

[12] La norma richiama l'art. 44 del T.U. n. 286/1998 (Immigrazione e condizione dello straniero) sulla "Azione civile contro la discriminazione". Per gli aspetti processuali si applica l'art. 28 del d.lgs. n. 150/2011.

[13] Corte di Cassazione, SS. UU. civ, sentenza n. 25011 del 25 novembre 2014.

[14] Attività vincolate (prive di margine di scelta), possono aversi: per vincolo di legge ab origine; nel caso di attività originariamente discrezionali ma limitate in seguito in virtù di accordi tra P.A. e privato; in caso di autovincolo amministrativo; in caso di esaurimento della discrezionalità a seguito di pronuncia giurisdizionale.

[15] Speculare è il caso dei c.d. interessi legittimi di diritto privato, che, proprio perché privi dell'intermediazione del potere pubblico ma derivanti da esercizio di poteri privati, sono devoluti alla giurisdizione del G.O.

Nel diritto privato si individua un interesse legittimo nella situazione di chi è assoggettato al potere discrezionale di un altro soggetto senza essere a lui legato da un rapporto giuridico (perché altrimenti scaturirebbero diritti ed obblighi).

E' il caso in cui il soggetto è inserito in collettività private organizzate, come la famiglia, le associazioni, le imprese. Si pensi, rispettivamente, agli atti di esercizio della responsabilità genitoriale non lesivi di diritti ma contrari all'interesse educativo del minore, all'impugnazione delle delibere da parte del socio o dell'associato, al

licenziamento collettivo.

<sup>[16]</sup> Così sembra, invece, avvenire nella sentenza del C.d.S., Sez. VI, n. 2023/2017 cit. E' evidente che, così ragionando, si rischia di reintrodurre il criterio di riparto correlato al "petitum" formale.

<sup>[17]</sup> Il principio ha i propri riferimenti negli artt. 24, 11, 113 Cost., 6 (equo processo) e 13 (effettività del ricorso) CEDU e 264 TFUE

---