

# Aggiornamenti normativi

a cura di Salvatore Nocera  
Responsabile dell'Area Normativo-Giuridica dell'Osservatorio Scolastico  
sull'Integrazione dell'AIPD Nazionale

news

## **A chi spetta la giurisdizione in tema di ore di sostegno? L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato non risolve il problema (sent. 7/16)<sup>1</sup>**

### **Diritto allo studio – Insegnanti di sostegno**

Come più volte abbiamo scritto, si attendeva il pronunciamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la speranza che potesse definire una volta per tutte la competenza in merito ai ricorsi sulle ore di sostegno degli alunni con disabilità, poiché dal pronunciamento della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 25011/14 alcuni TAR hanno iniziato a rigettare i ricorsi presentati dalle famiglie rinviando ai Tribunali civili, accogliendo il dettato della Cassazione, mentre altri TAR hanno continuato a sentenziare rivendicando la propria competenza sulla materia. Questo ha causato grande disorientamento nelle famiglie, che non sapevano più a quale tribunale rivolgersi per vedere riconosciuti i diritti dei figli.

Purtroppo l'atteso pronunciamento chiarificatorio dell'Adunanza plenaria non ha risolto fino in fondo il problema della giurisdizione.

Infatti la sentenza n. 7/16 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha riaffermato la competenza dei TAR per le controversie relative all'assegnazione di ore di sostegno avvenuta in periodo anteriore alla formulazione del PEI.

Ciò era stato già affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione con sentenza n. 25011/14, la quale però distingueva i provvedimenti emessi dall'amministrazione scolastica prima della formulazione del PEI, che in quanto discrezionali sono di competenza dei TAR, da quelli successivi a tale formulazione, che, dovendo rispettare il PEI, non sono più discrezionali e quindi, se in contrasto con il PEI, costituiscono discriminazione, la quale è di competenza dei Tribunali civili ai sensi della l. n. 67/06.

La sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 7/2016 ha delimitato il campo di indagine al periodo antecedente la formulazione del PEI e, per questa fase, ha ribadito quanto aveva stabilito la sentenza n. 25011/14 delle Sezioni Unite della Cassazione.

Per mettere bene a fuoco il problema da esaminare, la sentenza del Consiglio di Stato premette una dettagliata narrazione dei fatti

<sup>1</sup> Questo documento è stato pubblicato sul sito dell'Associazione Italiana Persone Down ([www.aipd.it/csm/schede\\_normative](http://www.aipd.it/csm/schede_normative), scheda n. 522). [ndr]

relativa al provvedimento del luglio 2014 impugnato, del successivo ricorso al TAR, del successivo deposito del PEI, della successiva sentenza del TAR con la quale si dichiarava la propria incompetenza a favore del Tribunale civile e del successivo appello in Consiglio di Stato del ricorrente e alla remissione della Sezione del Consiglio di Stato all'Adunanza plenaria che ha deciso il 23 marzo 2016, depositando la decisione il 12 aprile 2016.

Ecco il brano della motivazione della sentenza n. 7/16:

2. Con ricorso [omissis] la Sig.ra [omissis], nella qualità di madre del minore [omissis], proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. per la Campania domandando l'annullamento del provvedimento in data 24 luglio 2014 con cui il dirigente scolastico dell'Istituto [omissis] aveva riconosciuto al predetto alunno, affetto da autismo infantile, solo undici ore di sostegno per l'anno scolastico 2014-2015 e l'accertamento del suo diritto ad ottenere, anche per gli anni scolastici futuri, un insegnante di sostegno per un numero di ore adeguate alla sua patologia.

Con ordinanza n. 1763, adottata nella camera di consiglio del 22 ottobre 2014, il T.A.R. accordava, in via interinale, la tutela cautelare e ordinava contestualmente all'Amministrazione il deposito della relazione assunta a sostegno del provvedimento impugnato e il PEI per l'anno scolastico 2014-2015.

Preso atto del deposito, in data 14 novembre 2014, del PEI il T.A.R., con sentenza in forma semplificata, dichiarava il difetto di giurisdizione amministrativa sulla base dell'assorbente rilievo della spettanza alla giurisdizione ordinaria della cognizione di controversie afferenti a una fase successiva all'adozione del PEI, secondo il canone di riparto stabilito dalle Sezioni Unite della Cassazione (con la citata sentenza n. 25011 del 2014).

Con la citata ordinanza n. 4374 del 2015 la Sesta Sezione, dopo avere disatteso l'eccezione relativa all'applicabilità dell'art. 5 c.p.c. in tema di *perpetuatio iurisdictionis*, ha rimesso all'Adunanza plenaria le questioni, giudicate rilevanti e decisive ai fini della disamina della fondatezza dell'appello proposto contro la decisione declinatoria della giurisdizione, relative alla definizione dei criteri

identificativi dell'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa sulle controversie relative all'erogazione di servizi pubblici e all'estensione o meno della giurisdizione esclusiva amministrativa anche alla fase di esecuzione del PEI.

3. La risoluzione dei quesiti affidati all'Adunanza Plenaria, ma, ancor prima, la delibazione della loro rilevanza, esigono la preliminare definizione dell'oggetto del presente giudizio e, segnatamente, del contenuto delle domande formulate con il ricorso di primo grado, con esclusivo riferimento ai quali dev'essere poi declinato il criterio di riparto della giurisdizione cristallizzato dalle Sezioni Unite con la decisione citata.

3.1. Dalla lettura del ricorso proposto da [omissis] dinanzi al T.A.R. si evince, in particolare, che con il relativo gravame sono state proposte due azioni: una impugnatoria e una di accertamento.

3.1.1. Con la prima è stato chiesto l'annullamento del provvedimento in data 24 luglio 2014 con cui è stato assegnato un numero di ore di sostegno asseritamente inadeguato rispetto alla gravità della patologia che affligge l'alunno interessato.

3.1.2. Con la seconda è stato, invece, chiesto, unitamente alle connesse e conseguenti domande di condanna dell'Amministrazione, l'accertamento del «diritto del minore di ottenere un insegnante di sostegno per un numero di ore adeguato alla sua patologia, previa valutazione, da effettuarsi, anno per anno, in sede di PEI, delle concrete esigenze».

In conseguenza di questo analitico esame, il CdS ha annullato la decisione del TAR che negava la propria competenza e ha compensato le spese.

## Osservazioni

La sentenza dell'Adunanza plenaria nulla aggiunge o toglie a quanto era stato stabilito dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 25011/14.

Ha infatti abilmente dribblato il problema relativo a chi spetti la giurisdizione nei casi di provvedimenti successivi alla formulazione del PEI e contrastanti con esso, giurisdizione che la Cassazione aveva attribuito ai Tribuna-

li Civili, poiché automaticamente produttivi di discriminazione ai sensi della l. n. 67/06, per legge di competenza di tali Tribunali; in ciò sovvertendo una precedente consolidata giurisprudenza della stessa Cassazione con l'ordinanza n. 1144/07.

Pertanto il problema per questo secondo aspetto rimane ancora aperto e ci si augura che possa essere risollevato avanti l'Adunanza plenaria costringendola così a pronunciarsi.

In proposito si rinvia alla nostra precedente scheda n. 520 *Dibattito sulla giurisdizione amministrativa in materia di ore di sostegno* (saggi avv. F. Marcellino e F. Girelli) per evidenziare delle importanti obiezioni circa le argomentazioni delle Sezioni Unite della Cassazione del 2014, che, ove recepite dall'auspicabile nuova decisione, potrebbero sollevare tante famiglie dall'incertezza e dalle lungaggini procedurali di ricorsi da dover rinnovare avanti diverse Magistrature.

### **I collaboratori scolastici sono tenuti a prestare assistenza igienica agli alunni con disabilità (Sent. Corte Cass. 22786/16)<sup>2</sup>**

#### **Diritto allo studio – Collaboratori scolastici (ex Bidelli)**

La Corte di Cassazione, sez. VI Penale, con sentenza n. 22786/16 depositata il 30 maggio 2016 ha confermato una condanna penale per «rifiuto d'atti d'ufficio» a delle collaboratrici scolastiche che si erano rifiutate di prestare assistenza igienica nel cambio del pannolino a una bimba con disabilità complessa. La Corte d'appello aveva inflitto la condanna,

annullando una precedente sentenza del Tribunale assolutoria. La Cassazione, rigettando il ricorso delle collaboratrici condannate in appello, ha argomentato sulla base dell'art. 47 del Contratto Nazionale Collettivo di Lavoro del comparto scuola del 2002 (articolo ripetuto identico anche nei successivi CCNL sino a quello ultimo del 2006-09), secondo il quale rientra tra le mansioni ordinarie dei collaboratori scolastici «anche l'assistenza materiale nell'uso dei servizi igienici e nella cura dell'igiene personale degli alunni con disabilità».

La Corte ha ritenuto che tale formulazione normativa, concordata e accettata dal Ministero dell'Istruzione tramite l'ARAN (Agenzia per la contrattazione collettiva del pubblico impiego) e i sindacati dei lavoratori della scuola, rechi un obbligo contrattuale di svolgere tali mansioni senza necessità di altro che l'orario di servizio.

La difesa delle collaboratrici aveva sostenuto che nella dizione «uso dei servizi igienici e cura dell'igiene personale» non rientrava anche l'obbligo di cambiamento dei pannolini, poiché si trattava di operazione assai delicata, dal momento che si rivolge a bambini con disabilità e pertanto occorreva una formazione sociosanitaria che le collaboratrici non avevano.

La Cassazione ha disatteso tali argomentazioni e, basandosi sulla dizione letterale del CCNL e degli insistenti solleciti del dirigente scolastico a svolgere tali mansioni, acclarato il persistente rifiuto delle collaboratrici scolastiche, ha ritenuto il loro rifiuto proveniente da «persone incaricate di un pubblico servizio».

Fortunatamente per le collaboratrici, la condanna penale inflitta dalla Corte d'appello si era prescritta (la vicenda si era verificata nel 2009); però la Cassazione, in forza del Codice di procedura penale, ha tenuto conto della condanna civile ai fini del risarcimento dei danni, in quanto i genitori della bimba avevano

<sup>2</sup> Questo documento è stato pubblicato sul sito dell'Associazione Italiana Persone Down ([www.aipd.it/csm/schede\\_normative](http://www.aipd.it/csm/schede_normative), scheda n. 526). [ndr]

dimostrato nel corso dei due gradi di giudizio che alla bimba si era prodotta un'escoriazione a causa della mancata assistenza igienica consistente nel mancato cambio del pannolino.

## Osservazioni

Su tale sentenza si è aperto un ampio dibattito, trattandosi di una pronuncia innovativa anche per la qualifica di «incaricati di un pubblico servizio» riconosciuto dalla Corte ai collaboratori scolastici nell'esercizio delle loro funzioni di assistenza materiale agli alunni con disabilità. Anche un sindacato autonomo (Feder. ATA) ha preso posizione contraria alla decisione, sostenendo che, trattandosi di un'attività assai delicata, i collaboratori scolastici debbono essere formati adeguatamente prima di assumere questo compito su incarico del dirigente scolastico, cosa che nel caso di specie non era.

Anzi a tal proposito lo stesso sindacato auspica che il Ministero dell'Istruzione provveda a organizzare un piano di aggiornamento dei collaboratori e collaboratrici scolastiche.

A tal proposito però esistono numerosi collaboratori scolastici che hanno già svolto un corso di aggiornamento e, in forza dell'art. 48 dello stesso CCNL, sono passati alla qualifica superiore, realizzando un aumento stipendiale di circa mille euro lordi l'anno che entra nella base pensionabile. Però, ciò non ostante, si rifiutano di accettare l'incarico del dirigente scolastico e di svolgere tale mansione, senza rinunciare all'aumento stipendiale conseguito. Almeno nei confronti di questo personale il sindacato Feder. ATA dovrebbe convenire che essi sono obbligati ad accettare l'incarico e svolgere le mansioni. Ma anche laddove ci fossero collaboratori che si rifiutassero di svolgere le mansioni, non ritenendosi obbligati a svolgere il corso di aggiornamento, presupposto indispensabile per lo svolgimento delle mansioni,

oggi la l. n. 107/2016 all'art. 1, comma 181, lettera c, n. 8 espressamente prevede l'obbligo di aggiornamento di tale personale al fine dell'assistenza materiale per la cura dell'igiene personale degli alunni con disabilità. Quindi ormai non solo è chiaro l'obbligo di svolgimento di tali mansioni, ma c'è anche il rischio, in caso di rifiuto, di essere colpiti non solo da sanzioni disciplinari, ma addirittura di sentirsi irrogare sanzioni penali, come stabilisce la sentenza di cui ci si sta occupando.

Ci sono però anche coloro che invece rifiutano totalmente la decisione, sostenendo che il cambio dei pannolini, con conseguente pulizia degli alunni con disabilità, non rientri nella dizione «uso dei servizi igienici e cura dell'igiene personale». Anzi sostengono che per un tale compito non basti un semplice corso di aggiornamento, ma occorra una formazione professionale iniziale di carattere sociosanitario e che pertanto nessun dirigente scolastico può obbligare i collaboratori e le collaboratrici scolastiche a svolgere tali mansioni.

A questi ostinati resistenti alla sentenza non rimane che provocare un altro caso che arrivi sino alla Cassazione, sperando che la stessa si pronunci in modo opposto a questa sentenza, e poi si vedrà cosa eventualmente decideranno le Sezioni Unite a seguito di ulteriore ricorso.

Sarebbe quindi opportuno che, invece di inveire contro la decisione della Corte e quanti la ritengono corretta, si chieda che il Ministero dell'Istruzione, anche in applicazione dell'obbligo di aggiornamento in servizio previsto dalla legge di riforma della scuola citata, avvii un piano nazionale di aggiornamento dei collaboratori e delle collaboratrici scolastiche e che precisi, emanando apposito decreto delegato, l'obbligo di rispetto del genere degli alunni e delle alunne nell'assegnazione del personale che dovrà svolgere il delicato compito di assistenza nei loro confronti.