

Sostegno scolastico e tutela costituzionale del disabile*

Giuseppe Di Genio**

(2 maggio 2016)

La sentenza del [Tar Sicilia, sez. III, n. 219 del 26.1.2016](#) risulta particolarmente interessante sul piano della definizione dello stato dell'arte dei processi di integrazione scolastica, in una prospettiva squisitamente costituzionale.

Essa dimostra, attraverso l'ennesimo incessante uso del riconoscimento giurisdizionale del diritto fondamentale all'istruzione¹ e all'insegnante di sostegno dell'alunno disabile, con conseguente originale formula di risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c., il deficit e lo stallo (di attuazione) istituzionale (se non proprio costituzionale) che inevitabilmente caratterizza, in primis come fatto culturale, la materia del sostegno scolastico ai disabili, nicchia specialistica e speciale della legislazione scolastica (in continua riforma da Casati ad oggi), che non può essere ricondotta, ridimensionata e ridotta, in una logica di quasi ed ex *Welfare State*, esclusivamente, a ragioni puramente nominali, tecniche, organizzative, amministrative e di *spending review*,² di per sé insensibili, così come, solo e sempre, all'intervento suppletivo e anti-discriminatorio della magistratura, nelle sue differenti vesti, anche nomofilattiche.

Tra l'altro, proprio la Corte Costituzionale, al vertice della normofilachia, ha fissato dei paletti stringenti sul piano della tutela costituzionale del disabile in ambito scolastico (C. Cost. nn. 163 del 1983, 215 del 1987, 50 del 1990, 52 del 2000, 467 del 2002, 80 del 2010), oserei dire nello "Stato di cultura inclusiva", inteso anche ex artt. 9 e 32 Cost., contrastando così la logica dell'abbandono e dell'esclusione e il rischio di quel "*soziale Demontage*" caro alla dottrina tedesca.³

Tale logica, oggi, può essere condensata non solo nella formula del "dopo di noi"⁴ ma anche del "prima e dopo di noi".

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Milano, 2012, passim

² Consiglio di Stato, sez. VI, 20.1.2009, n. 3104, in www.giustizia-amministrativa.it

³ J. ISENSEE, *Verfassung ohne soziale Grundrechte. Ein Wesenzug der Grundrechte*, in *Der Staat*, 1980

⁴ M. D'AMICO-G. 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 costituzionale*, AIC, 1/2016

In particolare, la sentenza monito n. 215 del 1987 della Corte Costituzionale (Presidente Antonio La Pergola, tra i più illustri costituzionalisti comparatisti) è una tappa memorabile dell'integrazione scolastica da cui nasce la scelta obbligata della l. n. 104 del 1992, in un legame sinottico degli artt. 2, 3, 34 e 38 Cost. rispetto a soggetti recuperabili ed integrabili. Analogo rilievo assumono pro legge 104 le sentenze della Corte Costituzionale n. 163 del 1983 (Presidente Leopoldo Elia) e n. 50 del 1990 (Presidente Francesco Saja).

La stessa figura del docente di sostegno, dopo una prima fase, inevitabilmente, sperimentale ed emergenziale, ha una vera e propria "funzione costituzionale" (C. Cost. n. 80 del 2010) che non hanno, ad esempio, i dirigenti scolastici (gli ex presidi) ex art. 97 Cost.,⁵ soprattutto se questi ultimi, al di là del nuovo POF, non hanno anche una sensibilità culturale appropriata e personale per supplire ed aggredire il deficit applicativo e normativo sul sostegno, ad esempio scaricando i problemi amministrativi a livello ministeriale.

La figura del docente di sostegno, in una logica non apicale ma circolare, non potrà mai essere sostituita con la figura di un tutor dell'inclusione, come sembra emergere nella legge n. 107 del 2015 (che prevede altri seimila docenti di sostegno in servizio), posto che la Corte Costituzionale nella sentenza n. 80 del 2010 ha affermato perentoriamente che essi sono chiamati "ad adempiere alle ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno a favore degli alunni diversamente abili (sul punto anche C. Cost. n. 50 del 2002).

Si può dire che "i docenti di sostegno non sono presidi ma presidi costituzionali" dei processi di integrazione e inclusione scolastica, laddove abbiano, in una ottica solidarista e pluralista, la capacità di gestire effettivamente il quotidiano, sensato o insensato, importante o meno importante, anche apparentemente irrilevante, della disabilità scolastica e dei connessi rapporti istituzionali.

Si pensi al tema dei trasporti, delle gite scolastiche, dei problemi in classe, dei rapporti con la famiglia, dei disagi e drammi familiari, sociali, economici, dei silenzi pubblici e via dicendo.

D'altronde, il dato statistico⁶ sulla disabilità scolastica nel 2015 è molto forte (234.000 studenti disabili, più maschi e meno femmine, di più nelle scuole statali, 12% stranieri,

⁵ Richiamato in Cass. pen., sez. VI, 30 marzo 1981 n. 6496, in Giur. it, 1982, II, 106 e segg.

⁶ Dati MIUR- ufficio di Statistica - *L'integrazione scolastica degli alunni con disabilità* a.s. 2014/2015 (novembre 2015)

60.000 studenti con autismo, 186.000 DSA anche considerando la *comorbidity* e non considerando invece disfasia e disprassia, circa 119.000 docenti di sostegno a tempo indeterminato e determinato, 1,85 alunni per posto di sostegno) e molto forte deve essere la risposta sia dello Stato e delle istituzioni coinvolte sia degli stessi docenti di sostegno non solo *uti singuli*.

La prevalenza statistica dei maschi disabili sulle femmine disabili, poi, deve far riflettere dal punto di vista medico-scientifico,⁷ soprattutto sul piano genetico.⁸

Come è noto, i processi di integrazione scolastica, *all inclusive*, vivono da tempo non lontanissimo nel nostro sistema giuridico, così come la figura fondamentale (e la funzione costituzionale) del docente di sostegno, tra titolarità e contitolarità, e sono riconducibili ad un quadro costituzionale⁹ di supporto molto denso ed ampio nelle sue prospettazioni precettive e programmatiche, scritto anche da docenti di ginnasio e liceo (in primis Concetto Marchesi).

Basti pensare alle condizioni personali e sociali di cui alla formula icastica dell'art. 3 Cost., anche in termini di "accomodamento ragionevole", nonché agli artt. 34 (sull'autonomia scolastica), 38 (sul diritto all'istruzione degli inabili e dei minorati e sugli istituti integrati dallo Stato) e 117 Cost. (sulle competenze territoriali e sui livelli essenziali di assistenza) nella loro dimensione sinottica, combinata e *multilevel*, più che accentrata e accentratrice.

Ma, se è vero che la persona è il *prius* e lo Stato il *posterius*, tante altre, in un connubio inestricabile di non prevalenza le une rispetto alle altre, possono essere le disposizioni costituzionali utilizzabili e bilanciabili ex art. 2 Cost. in materia di sostegno scolastico e universitario (*rectius*: sociale). Principi, diritti e valori (anche non scritti) sono tutti coinvolti nella garanzia, fisiologica e patologica, dei processi di integrazione scolastica, attraverso l'*intepositio legislatoris*.

Paolo Veronesi¹⁰ rende bene l'immagine, tra concretezza dei casi e astrattezza della norma, tra principi e realtà,¹¹ dei rapporti tra "corpo e Costituzione", nei suoi differenti

⁷ In generale, sia consentito rinviare a G. DI GENIO, *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in [Forum dei Quaderni Costituzionali](#) (20 maggio 2009)

⁸ A. POLYAK, R.M. KUBINA, S. GIRIRAJAN, *Comorbidity of intellectual disability confounds ascertainment of autism: implications for genetic diagnosis*, in *American Journal of Medical Genetics part B: Neuropsychiatric Genetics*, vol. 168/2015, 600 e segg.

⁹ C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, *passim*

¹⁰ Nel suo *Il corpo e la Costituzione*, Milano, 2007, *passim*

¹¹ S. TROILO, *I "nuovi" diritti sociali: la parabola dell'integrazione scolastica dei disabili tra principi e realtà*, in [Forum dei Quaderni Costituzionali](#) (29 marzo 2016)

aspetti, alcuni ancora oggi attuali, su cui inserire e trapiantare ex novo ora anche il tema della disabilità scolastica.

La Costituzione italiana è sicuramente una "Costituzione inclusiva", come sottolinea Marilisa D'Amico,¹² ma può essere definita, sul versante del sostegno, anche come una "Costituzione bio-psico-sociale" adottando uno standard internazionale di alta legislazione. I suoi principi fondamentali sono tutti improntati alla tutela rafforzata della persona umana e della sua dignità che informa la legislazione complessiva, anche se frastagliata come in materia scolastica. Sul piano della tecnica legislativa, ad esempio, la stessa legge n. 107 del 2015 sulla Buona Scuola del Governo Renzi è composta di un articolo e più di duecento commi (212), quasi fosse una legge finanziaria omnibus, anche se, poi, la parola sostegno appare più di venti volte, nei suoi diversi significati, nella lettura delle quarantaquattro pagine di legge.

Tuttavia, proprio il dato legislativo, statale e regionale, dalla l. n. 104 del 1992 (legge quadro madre immaginata tra i primi da Leopoldo Elia) alla l. n. 107 del 2015 (legge delega figliastra) non deve essere sottovalutato,¹³ nella sua variegata complessità e complementarietà (il riferimento è anche alla stessa legge n. 170 del 2010 sui DSA), laddove segna il superamento della terminologia handicap (molto presente nella l. n. 104 del 1992 e nel T. U. n. 297 del 1994) e configura il passaggio fondamentale da scelte iniziali e difficili di assistenza e inserimento (art. 28 della l. n. 118 del 1971), anche differenziali, a quelle attuali di piena e permanente integrazione e inclusione degli alunni disabili nelle classi, secondo un modello bio-psico-sociale, sia pure mantenendo ferma la distinzione tra disabilità grave e lieve, come emerge nella sentenza in commento.

L'handicap finanziario,¹⁴ di contro, in materia di sostegno scolastico è di tutta evidenza (così come la corsia preferenziale e l'escamotage iniziale per consentire l'ingresso nel mondo dell'insegnamento scolastico) ed incide negativamente sul vivere quotidiano della disabilità, come progetto individuale di vita e di socializzazione culturale (l. n. 328 del 2000), in qualsiasi ambito ed ambiente, soprattutto se scolastico.

¹² Nel suo *Introduzione. Un nuovo modo di guardare al mondo della disabilità: la Costituzione inclusiva*, in M. D'AMICO-G. ARCONZO, *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all'inclusione a vent'anni dalla legge n. 104 del 1992*, Milano, 2013, 9 e segg.

¹³ Sulla legge n. 104 del 1992 come "documento estremamente valido" G. M. FLICK, *Diritto e disabilità o "diritto alla disabilità"?*, in *Federalismi.it* n. 12/2013

¹⁴ G. DI GENIO, *Handicap e integrazione tra disciplina scolastica, quadro economico e riforme territoriali*, in *Il Diritto dell'Economia*, Modena, 1-2006, 165 e segg.

Esistono, poi, tutta una serie di leggi collegate alla disabilità scolastica, solo apparentemente trasversali, che svolgono una funzione ancillare e fondamentale di supporto ed incrocio normativo del percorso di vita e di continuità formativa dell'alunno disabile. Si pensi, tra le tante, oltre alla legge sulla privacy, alla l. n. 68 del 1999 (e al dlgs n. 151 del 2015) sull'integrazione completa dalla scuola al lavoro ex artt. 1 e 4 Cost., alla legge n. 4 del 2004 sugli strumenti informatici per i disabili, in una sorta di "*Disability Internet law*" ex artt. 15 e 21 Cost., alla l. n. 54 del 2006 sulla separazione dei coniugi e sull'affidamento condiviso (come possibili nuovi BES), alla l. n. 67 del 2006 sulla tutela giudiziaria dei disabili vittime di discriminazioni, alla fondamentale l. n. 134 del 2015 sui disturbi dello spettro autistico (c.d. legge sull'autismo), che ha inserito il robotico metodo ABA (analisi applicata del comportamento) nei livelli essenziali di assistenza.¹⁵

Una menzione particolare piace farla sul parallelismo tra la figura dell'amministratore di sostegno (l. n. 6 del 2004) e il docente di sostegno (dalla l. n. 517 del 1977 e n. 270 del 1982 fino ad oggi), perché il docente di sostegno (e viceversa) potrebbe essere nominato anche come amministratore di sostegno (c.d. sostegno a 360 gradi), così come esiste un indirizzo internazionale, molto interessante, volto a garantire che le funzioni di docente di sostegno siano svolte preferibilmente da docenti disabili.

A volte, poi, la stessa legislazione regionale (il c.d. diritto regionale della disabilità), nel quadro delle riforme costituzionali in itinere (c.d. riforma Boschi) e al di là della l. n. 56/2014 (che incide, svuotandole, anche sulle competenze provinciali in materia di disabilità scolastica), sembra capace di assumere una natura anticipatoria originale di scelte statali successive, forse perchè l'elemento della territorialità e della sussidiarietà, verticale ed orizzontale, è quello più vicino alle problematiche quotidiane della scuola e della famiglia rispetto alla vita scolastica del diversamente abile. Sul punto risultano interessanti, tra le varie, la legge regionale Campania n. 4 del 2005 (ad esempio in riferimento all'inserimento scolastico di immigrati e rom), come nuovi BES (sul punto la stessa DGR Campania n. 43 del 2014), e la legge regionale Basilicata n. 20 del 2007 sui DSA (rispetto alla legge statale n. 170 del 2010).

Sembra così realizzarsi la formula magica, originale ma sottovalutata, di cui all'art. 5 Cost., secondo cui "la Repubblica....adeguа i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento".

¹⁵ Consiglio di Stato, sez. V, 3.10.2012 n. 5194, in www.giustizia-amministrativa.it

Si può dire che la legislazione sull'integrazione scolastica risente del processo di profonda trasformazione del sistema delle fonti del diritto, per cui la legge non è più "l'atto sufficiente" ovvero l'atto più importante volto a disciplinare qualsivoglia materia o aspetto dell'agire quotidiano, posto che vi è una ragnatela normativa a scansione suppletiva con varie competenze sinergiche degli enti territoriali, complessivamente intese (gli stessi accordi di programma), che non possono essere del tutto surclassate ex art. 5 Cost.

Lo stesso termine legislazione primaria e secondaria (le fonti del diritto della disabilità) utilizzato in ambito universitario per i corsi di sostegno *ex lege* n. 244 del 2007 risulta errato se si pensa (a Vezio Crisafulli)¹⁶ che non esiste una legislazione secondaria ma fonti secondarie che in molti casi, sulla materia del sostegno scolastico, sono, per così dire, più importanti di quelle primarie, come avviene, sul piano regolamentare (*ex lege* n. 400 del 1988), per l'applicazione dell'ICF in Italia (DPCM n. 185 del 2006 e DPR 4.10.2013 ma anche D.M. 5669/2011, DPR 24.2.1994, DPR n. 122 del 2009 e DPR 81 del 2009), che influenza retroattivamente la stesura della diagnosi funzionale (DF), del profilo dinamico funzionale (PDF) e dello stesso piano educativo individuale (PEI), vero e proprio diritto soggettivo (quindi anche il PDP),¹⁷ già esistenti e disciplinati dal punto di vista legislativo e normativo.

Tale normativa secondaria segna anche la direzione della semplificazione, della complessità di una distinzione e il plausibile superamento delle differenze dei diversi e numerosi acronimi (ADHD, DES, DIS e via dicendo) e soprattutto tra disabilità, DSA e BES, per una tendenziale ed opportuna unificazione ed equiparazione, con certificazione unica, anche dal punto di vista operativo.

Nondimeno risulta da freno impellente rispetto ad una disciplina contorta di circolari (a far data dalla famosa circolare Falcucci del 1988), a volte in firma unipersonali, direttive e linee guida che sempre più confondono ed invadono, senza chiarire veramente, la sfera dell'autonomia scolastica, risultando inevitabilmente di prassi amministrativa e "normativamente" poco efficaci rispetto alla disciplina dell'integrazione scolastica. Esse sono riferite nel 2012 e 2013 ai BES (bisogni educativi speciali, anche se si applica la procedura per i DSA), agli alunni stranieri nel 2014 (12% circa), alla disabilità in generale (2009).

¹⁶ Di cui resta emblematico lo scritto *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 69

¹⁷ C. Cass., sez. un., 25.11.2014 n. 25011, in www.cortedicassazione.it ma anche Consiglio di Stato 21.9.2015 n. 4374, in www.giustizia-amministrativa.it

Il dato internazionale ed europeo, nelle sue differenti esplicazioni (per la verità ancora non molto usato dalla nostra giurisprudenza, quasi non ne avesse bisogno), invece, funge sicuramente da supporto fondamentale (*strategy not tragedy*), laddove batte sui concetti di diritti umani, dignità umana e divieto di discriminazione, fornendo anche importanti ausili nella classificazione (ICF e ICF CY del 2001 e del 2007, come nello specifico manuale non ancora tradotto dell'OMS, per così dire, veri e propri algoritmi con troppe caselle) dei percorsi sulla disabilità e nella configurazione delle nuove forme della stessa, anche in senso lato, di cui alla nostra l. n. 170 del 2010¹⁸. I riferimenti salienti, al di là dei Trattati istitutivi, sono inevitabilmente all'art. 26 della Carta di Nizza, agli artt. 10 e 19 del Trattato di Lisbona, all'art. 24 della Convenzione ONU del 2006 (istruzione-integrazione come diritto permanente in una logica di accomodamento ragionevole), ratificata in Italia con la l. n. 18 del 2009, alla Risoluzione ONU del 18.12.2007 anche sulla definizione internazionale di autismo, all'art. 15 della Carta sociale europea del Consiglio d'Europa, sempre sensibile ai temi delle autonomie.

Il dato comparato, poi, batte tutti nella ricerca del miglior approccio inclusivo, anche sul tema della c.d. *reverse discrimination* (una situazione di svantaggio che diventa di vantaggio rispetto ai normodotati)¹⁹ e si dipana tra sistemi di inclusione, come in Italia e Spagna, sistemi con distinzione in Germania e Paesi Bassi, sistemi misti come Gran Bretagna (su cui il rapporto Warnock del 1978 considerato anche dall'UNESCO),²⁰ Francia, Svezia e Finlandia.

Esso risulta utile per configurare e racchiudere, in una logica, per così dire, di *comorbidity*, ogni tipo di disabilità ed acronimo più o meno connesso e complesso nel quadro degli "Educational Special Needs" (SEN), termine anglofono, fruibile in Italia sia pure in contrasto con le nostre regole di tecnica legislativa, che rende bene l'idea omnicomprensiva (al grido che tutti siamo o potremmo essere BES, utilizzando il termine italiano) ovvero l'idea omnia, nello spirito della sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 2010, della disabilità nella scuola (e nell'università) come bisogno educativo, grave o lieve, speciale o ulteriore ed improvviso nel percorso di vita di ognuno.

¹⁸ G. ARCONZO, *Il diritto all'istruzione dei soggetti affetti da dislessia o da altro disturbo specifico dell'apprendimento. Prime osservazioni in margine alla legge n. 170 del 2010*, in [Forum dei Quaderni Costituzionali](#) (7 marzo 2011)

¹⁹ G. DI GENIO, *Principio di eguaglianza e tutela della disability in alcune sentenze della Corte suprema canadese*, in G. ROLLA, *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano, 2008, 413 e segg.

²⁰ Per un caso recente e specifico A. OSTI, *Il caso A(Appellant) v. Essex County Council (Respondent) di fronte alla Corte suprema britannica: il diritto all'istruzione di soggetti con disabilità è un diritto assoluto? Spunti per una riflessione a più ampio spettro*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2011

In un contesto di tal fatta e pregnanza costituzionale sembra difficile pensare ancora ad uno stato di sofferenza istituzionale, personale e familiare nell'attuazione dei processi di integrazione scolastica, per cui ben venga, di volta in volta, se necessario ed utile in termini costituzionali, l'intervento suppletivo giurisprudenziale in una materia, quella del sostegno scolastico ai disabili, che merita di più "non solo dopo ma anche prima di noi".

** Professore associato di Diritto costituzionale comparato – Università di Salerno.

Forum di Quaderni Costituzionali