

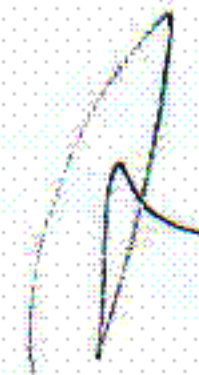
con un indirizzo che appare pienamente condivisibile - relativa all'azionabilità dinanzi al giudice ordinario, anche in via cautelare, del diritto del minore, portatore di handicap, ad ottenere un'adeguata presenza di un insegnante di sostegno nelle ore scolastiche.

Ebbene, non può revocarsi in dubbio - a parere del giudicante - che la posizione soggettiva in esame debba essere qualificata come un diritto soggettivo perfetto del soggetto portatore di handicap all'assistenza dell'insegnante di sostegno, alla stregua della l. n.104/92 (artt. 12 e 13) che prevede gli strumenti idonei all'inserimento di detto soggetto nella scuola dell'obbligo (ma anche nelle istituzioni scolastiche secondarie ed universitarie), ivi compresa l'assegnazione di un insegnante di sostegno. Per il che appare indubitabile che sussista, in *subiecta materia*, la giurisdizione del giudice ordinario sia per il giudizio di merito, che per la domanda avanzata in sede cautelare.

E neppure può dubitarsi del fatto che tale diritto non sia suscettibile di essere affievolito o compresso da poteri restrittivi della P.A., sia pure emessi nell'ambito dei poteri di auto-organizzazione

in materia. Invero, il diritto allo studio del soggetto portatore di handicap, in quanto diritto fondamentale costituzionalmente garantito (artt. 2, 34 e 38 Cost.), non consente di ravvisare, in alcun modo, un potere discrezionale puro della amministrazione scolastica al riguardo.

E' bensì vero, infatti, che la P.A. - in forza del disposto di cui all'art. 40 l. 449/97 ha facoltà di limitare l'assegnazione degli insegnanti di sostegno, tenendo conto del tetto massimo previsto dalla legge e delle risorse finanziarie disponibili. Tuttavia, tali valutazioni non possono tradursi in alcun modo in un affievolimento del suddetto diritto costituzionalmente garantito, disponendo la amministrazione al riguardo di un potere di apprezzamento riconducibile alla discrezionalità tecnica (v., in senso analogo, sia pure per diritti costituzionalmente garantiti diversi da quello allo studio, Cass.S.U. 01/10964, Cass.S.U. 01/192). Tanto vero che lo stesso art. 40 della legge 449/97, pur fissando il limite della dotazione organica degli insegnanti di sostegno - in relazione al rapporto tra alunni abili e docenti di sostegno - consente espressamente la possibilità di derogarvi, attraverso l'assunzione di insegnanti con contratto



a tempo determinato, in presenza di handicap particolarmente gravi.

Ad ogni buon conto, quand'anche volesse diversamente opinarsi - e ritenere che la suindicata potestà organizzativa della P.A. si traduca nell'esercizio di discrezionalità amministrativa, o mista, a fronte della quale sussistono esclusivamente situazioni di interesse legittimo - dovrebbe in ogni caso ritenersi che siffatta discrezionalità dell'amministrazione venga comunque meno, laddove siano dedotte - come nella specie - situazioni di assoluta urgenza e necessità di assicurare un pieno sostegno scolastico al portatore di handicap. Per vero, il diritto all'istruzione rientra nel novero dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti cd. irriducibili, ossia incompressibili, il cui nucleo essenziale, cioè, è intangibile da parte della P.A., perfino in presenza di altri interessi anch'essi costituzionalmente protetti (quali le risorse finanziarie disponibili, o i diritti dei cittadini non disabili) (v. Cass.S.U. 05/13548, Cass.S.U. 05/11334).

D'altro canto, con specifico riferimento alla situazione giuridica del portatore di handicap, si è autorevolmente affermato che in essa confluiscono

molteplici valori desumibili dall'integrazione di vari precetti (i menzionati artt. 2, 3 34 e 38 Cost.), che danno contezza di un disegno costituzionale di tutela prioritaria del diritto allo studio del soggetto portatore di handicap. Il che impone ai competenti organi scolastici, non soltanto "di non frapporre alla realizzazione di tale diritto impedimenti non consentiti", in forza del menzionato quadro costituzionale di riferimento, ma anche "di dare attuazione alle misure che possano (...) essere concretizzate o promosse" (cfr. C.Cost. 87/215).

Una volta acclarato, dunque, che si verte in materia di diritti soggettivi perfetti, neppure può ritenersi, ad avviso del giudicante, che sussista al riguardo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 33 D.L.vo n. 80/98, come sostituito dall'art. 7 l. 205/00, sotto il profilo che si tratterebbe di giurisdizione in materia di pubblici servizi. In verità, il caso concreto sarebbe stato devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario già secondo l'originaria formulazione della norma, che escludeva dalla giurisdizione del giudice amministrativo "i rapporti individuali di utenza con soggetti privati", dal

momento che non può certo revocarsi in dubbio che tali siano i rapporti tra i singoli utenti del servizio scolastico e le autorità amministrative ad esso preposte.

Ma, a tal riguardo, deve tenersi conto del fatto che la sentenza della C.Cost. n. 204/04, nel dichiarare illegittima la disposizione dell'art. 33 D.L.vo n. 80/98, ha lasciato, in via residuale, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - oltre alle controversie in materia di concessioni di servizi pubblici ed a quelle in materia di affidamento di pubblici servizi e di controllo sul gestore, chiaramente esulanti dalla fattispecie in esame - solo le controversie relative a provvedimenti emessi dalla P.A. in un procedimento disciplinato dalla l. 241/90 (Cass.S.U. 05/13548). Ebbene, nella specie, non può certamente ravvisarsi, nella decisione dell'amministrazione scolastica di attribuire l'insegnante di sostegno per un numero limitato di ore, un provvedimento emesso ai sensi della l. 241/90, sia per l'assenza di un'attività amministrativa proceduralizzata in tal senso, sia - e soprattutto - perché la constatata carenza di discrezionalità amministrativa comporta la

impossibilità di configurare un provvedimento autoritativo della P.A.

Da tutte le considerazioni che precedono consegue, dunque, in *subiecta materia*, la piena ammissibilità di provvedimenti diretti ad imporre all'amministrazione un *facere* specifico, consistente nell'assegnazione di un insegnante di sostegno, per la durata richiesta dalle condizioni di salute del minore (v. in tal senso, *ex plurimis*, Trib. Roma, 2.11.04; Trib. Napoli, 16.12.03; Trib. Roma, 18.12.02, in *Giur.it.*, 2003, 1816; Trib. Bari, 15.10.96, in *Giur. it.*, 1997, 589;. Per vero, va osservato che, allorquando il privato chieda la tutela di un proprio diritto soggettivo non condizionato dal potere in concreto esercitato dalla pubblica amministrazione, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario; nè, versandosi in ipotesi di attività lesiva posta in essere dalla P.A. in carenza di potere discrezionale, opera il divieto di condanna della stessa ad un "facere" specifico (Cass.S.U. 02/9557; Cass.S.U. 00/460; Cass.91/13705, ed altre).

Deve rilevarsi, poi, che, nel caso di specie, sussistono i requisiti di legge per l'emissione della tutela cautelare richiesta.

Difatti, per quanto concerne il *fumus boni iuris*, dalla documentazione in atti emerge che Vaccaro Simona è stata riconosciuta portatrice di handicap psico-fisico, in quanto affetta da "ritardo mentale in soggetto affetto da sindrome di Down, disturbo del linguaggio e dell'apprendimento", con conseguente grave ritardo psico-motorio, e come tale, bisognoso di intervento di sostegno scolastico individualizzato (cfr. Scheda redatta dall'Unità Multidisciplinare dell'USL, allegata al fascicolo di parte ricorrente).

Deve, inoltre, ritenersi che sia del tutto incontroverso tra le parti il fatto che al predetto minore sia stato assegnato un insegnante di sostegno per un periodo inferiore alle 18 ore di settimanali suggerite dal gruppo handicap dell'istituto scolastico frequentato, essendosi l'Avvocatura dello Stato limitata, sostanzialmente, ad eccepire il difetto di giurisdizione del giudice adito.

Non può, infine, dubitarsi della sussistenza, nel caso concreto, anche del presupposto del *periculum in mora*, atteso che l'inadeguata presenza di un insegnante di sostegno è suscettibile, senza dubbio, di arrecare - per le ragioni suesposte - un imminente ed irreparabile pregiudizio al diritto del

minore allo studio ed all'inserimento scolastico, attesa l'improbabilità anche di un successivo recupero, stante la perdurante situazione di handicap psico-fisico in cui la medesima versa.

Per tutti i motivi che precedono, pertanto, la domanda cautelare, proposta dai ricorrenti, deve essere accolta.

P.Q.M.

1) ordina al Ministero dell'Istruzione, della Università e della Ricerca, al Dirigente scolastico dell'I.T.I.S. "Pacinotti" di Scafati, ed ogni altro organo locale competente, di assicurare alla minore

la presenza di un insegnante di sostegno per l'intero anno scolastico in corso, nella misura di 18 ore settimanali; 2) assegna alla parte ricorrente termine di 30 gg., dalla data di comunicazione della presente ordinanza, per l'inizio del giudizio di merito.

Si comunichi.

Salerno, 27.3.06.



Il G.D.
Dr. Antonio Valitutti