

II TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA

SEZ. II CIVILE

composto dai seguenti magistrati:

dott. Rocco Misiti presidente

dott. Lucio Bochicchio giudice

dott. Stefano Olivieri giudice rel.

riunito camera di consiglio ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento iscritto al n. 84784/2004 del ruolo generale mis. caut.
dell'anno 2004 vertente

tra

- Ministero della Istruzione, della Università e della Ricerca in persona del
Ministro in carica; Scuola Media Statale "G.B. Piranesi" di Roma in persona
del Dirigente scolastico pro tempore, entrambi domiciliati in Roma, via dei
Portoghesi 12 presso gli Uffici dell'Avvocatura Generale dello Stato dalla
quale sono rappresentati e difesi ex lege;

- reclamanti -

e

- **Rago Sebastiano, Ugolini Patrizia Anna Maria**, in proprio e n.q. di legali
rappresentanti del figlio minore **Rago Alin Sergiu**, elettivamente domiciliati in
Roma, via A. Davila 89, rappresentati e difesi dall'avv. Alfonso Amoroso e
dall'avv. Anna Maria Cardona giusta delega in atti;

- resistenti -

OGGETTO: reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c.

II COLLEGIO

Nessuno dei dedotti motivi di reclamo merita accoglimento.
premesse:

La sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale -che ha riformulato, con
giurisdizione di partito analogo, il testo dell'art. 33 D.lgs. n. 80/1998 come

- che le intestate Amministrazioni statali hanno proposto reclamo, chiedendone la revoca, avverso l'ordinanza ex art. 700 c.p.c. emessa in corso di causa in data 5.11.2004 con la quale il Giudice istruttore (nel giudizio pendente tra le indicate parti avanti questo Tribunale ed avente ad oggetto la domanda di condanna delle PP.AA. convenute ad adempiere agli obblighi derivanti ex lege di assegnazione di un insegnante di sostegno al minore affetto da grave handicap per un numero di ore adeguate a garantire la integrazione sociale e scolastica dello stesso, nonché la domanda di risarcimento dei danni subiti medio tempore dal minore e dai genitori) ha disposto *"che il Ministero dell'istruzione.. della ricerca e dell'università, e la direzione didattica della scuola.....assicurino al minore Alin Sergiu Rago la presenza dell'insegnante di sostegno per la misura già ritenuta congrua dall'Amministrazione scolastica nell'anno precedente in quattordici ore la settimana"*

- che le reclamanti hanno reiterato i seguenti motivi già dedotti nella memoria di difesa depositata in prime cure:

a) difetto di giurisdizione dell'AGO;

b) l'assenza in capo ai resistenti di una situazione giuridica qualificabile come diritto soggettivo;

c) la assoluta discrezionalità della PA nella gestione delle risorse umane (docenti di sostegno) e finanziarie e nella scelta dell'intervento da adottare -tra i diversi contemplati dalla legge- in favore del portatore di handicap;

- che i resistenti hanno chiesto il rigetto del reclamo;

osserva

Nessuno dei dedotti motivi di reclamo merita accoglimento.

La sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale -che ha riformulato, con pronuncia di parziale accoglimento, il testo dell'art. 33 Dlgs n. 80/1998 come sostituito dalla legge n. 205/2000- è erroneamente invocata dalle

Amministrazioni pubbliche resistenti a sostegno della eccezione pregiudiziale: la sentenza, infatti, riaffermando il principio recepito dalla Carta costituzionale secondo cui sono devolute all'AGO *"tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico comunque vi possa essere interessata la Pubblica amministrazione"* (art. 2 legge ab. cont. amm.) e ribadendo il noto criterio di riparto della giurisdizione secondo la distinzione della situazione giuridica lesa (diritto soggettivo/interesse legittimo), ha specificato che la riserva di giurisdizione in favore del GA - precipuamente nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva - non trova fondamento costituzionale nella particolare "materia" (alla quale può essere ricondotta la singola controversia) ma si giustifica esclusivamente in relazione alla circostanza *"che la pubblica amministrazione agisce come autorità"*, pertanto *"...restando escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio.....e che...il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia"* possano essere condizioni sufficienti a radicare la giurisdizione del GA. Ne consegue che la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo delle *"controversie in materia di pubblici servizi"* può ritenersi conforme ai principi costituzionali nei limiti in cui, in tale materia, la PA *"agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale tuttavia presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241/1990"* e dunque nei soli limiti in cui vengano devolute al GA *"le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi"* ovvero relative a provvedimenti amministrativi esplicazione di potestà autoritativa discrezionale, o ancora concernenti l'affidamento del servizio, la vigilanza ed il controllo sull'attività del gestore.

Escluso che la presente controversia abbia ad oggetto una concessione di pubblico servizio, anche a volere considerare incluso tra i "servizi pubblici"

l'insegnamento scolastico demandato allo Stato (pure in difetto dell'elemento di attività organizzata in forma di impresa o comunque improntata al principio di economicità che dovrebbe caratterizzare la nozione di servizio pubblico), difetta evidentemente nella specie -alla stregua della normativa disciplinatrice di settore- un ambito autoritativo dell'intervento della PA, tale cioè da conformare "ab origine" ovvero tale da incidere sulla situazione giuridica riconosciuta dall'ordinamento al privato (soggetto disabile affetto da grave handicap), qualificandola ovvero degradandola a mero interesse legittimo. Ed infatti la situazione giuridica riconosciuta dall'ordinamento alla persona disabile è inequivocamente quella di diritto soggettivo insuscettibile di affievolimento, come è dato evincere dal complesso delle disposizioni di legge che regolano la materia:

a-) art. 3 comma 3 legge 5.2.1992 n. 104 *"la persona handicappata ha diritto alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla natura e consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale residua e alla efficacia delle terapie riabilitative"*;

b-) art. 12 commi 2-4 legge n. 104/92 *"2. E' garantito il diritto alla educazione ed alla istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie. 3. l'integrazione scolastica ha come obiettivo lo sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione. 4. L'esercizio del diritto alla educazione ed alla istruzione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento né da altre difficoltà connesse all'handicap"* (tali disposizioni sono state riprodotte integralmente nel TU approvato con Dlgs 16.4.1994 n. 297 artt. 312 ss.);

c-) il diritto all'educazione, inoltre, è riconosciuto dall'art. 26 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948;

d-) il diritto delle persone portatrici di handicap all'educazione, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità ed il diritto dei bambini a crescere in un ambiente favorevole allo sviluppo della loro personalità e delle loro attitudini, sono riconosciuti dagli artt. 15 e 17 della Carta sociale europea ratificata con legge n. 30/1999;

e-) il diritto all'inserimento sociale dei disabili, inoltre, è riconosciuto dall'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea approvata il 7.12.2000;

f-) l'inviolabilità del diritto alla educazione ed istruzione (in relazione all'effettivo esercizio del quale la integrazione scolastica si pone in rapporto di strumentalità necessaria) trova diretto aggancio costituzionale nell'art. 34 Cost. e nell'art. 3 comma 2 Cost. interpretato dalla Corte cost. nella sentenza n. 215/1987 in connessione con le disposizioni di cui all'art. 2 (che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali qual è, appunto, la scuola), nonché nell'art. 38 comma 3 Cost. (*“gli inabili ed i minorati hanno diritto alla educazione ed all'avviamento professionale”*).

Tanto premesso rileva il Tribunale che la indicata situazione giuridica soggettiva riconosciuta alla persona disabile non può ritenersi condizionata (né tanto meno assume carattere recessivo rispetto) all'esercizio dei poteri attribuiti alla PA di organizzazione della attività scolastica pubblica (ed in particolare delle misure volte a realizzare la “integrazione sociale” mediante *“l'attivazione dei servizi previsti dalla presente legge”* -artt. 4 lett. m, ed 8 legge n. 104/92-), tenuto conto che:

- 1) diversamente opinando si verrebbe a negare, in palese contraddizione con il complesso normativo sopra richiamato, la stessa consistenza originaria di diritto soggettivo alla situazione giuridica soggettiva dell'handicappato, che verrebbe a dipendere da scelte discrezionali e di merito della PA (mentre il riconoscimento dei diritti alla istruzione ed educazione del disabile è operato dall'art. 38 Cost. e dagli artt. 3 e 12

legge n. 104/92 per il solo fatto dell'accertamento della condizione di minorazione demandato alle strutture sanitarie pubbliche -Aziende Usl: art. 4 legge n. 104/92)

- 2) è vero che la legge n. 104/92 consente alla PA di adottare *“provvedimenti che rendano effettivi il diritto alla informazione e il diritto allo studio della persona handicappata, con particolare riferimento alle dotazioni didattiche e tecniche, ai programmi, ai linguaggi specializzati, alle prove di valutazione ed alla disponibilità di personale appositamente qualificato, docente e non docente”* (art. 8 lett. d), ma la discrezionalità amministrativa si esaurisce nella scelta degli strumenti -previsti dalla legge- ritenuti più opportuni (art. 13) e la organizzazione dei mezzi e del personale necessari a garantire la soddisfazione (recte la effettività) del diritto soggettivo dell'handicappato (art. 14) non può costituire ostacolo od impedimento all'attuazione del diritto, essendo comunque tenuta l'Amministrazione statale ad assicurare inderogabilmente *“l'attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati”* (art. 13 comma 3; art. 315 comma 2 TU 297/1994) come può implicitamente desumersi anche dall'art. 40 comma 1 della legge 27.12.1997 n. 449 che ha espressamente previsto *“la possibilità di assumere con contratto a tempo determinato insegnanti di sostegno in deroga al rapporto docenti-alunni indicato dal comma 3 [ndr. 1 insegnante per ogni gruppo di 138 alunni frequentanti, come stabilito dall'art. 40 comma 3 della legge n. 249/97] in presenza di handicap particolarmente gravi”*, nonché dall'art. 14 ult. comma della legge n. 104/92 (riprodotto nell'art. 316 comma 3 e nell'art. 319 commi 4 e 5 del TU n. 297/94) che autorizza la PA ad utilizzare in posti di sostegno docenti privi dei prescritti titoli (cfr. commi 2 e 3) *“qualora manchino docenti di ruolo o non di ruolo specializzati”*.

Pertanto non ravvisandosi nella specie esercizio di potestà discrezionale ma attività vincolata della PA, essendo questa obbligata alla piena soddisfazione del diritto vantato dagli attuali residenti n.q. di genitori del minore affetto da grave handicap, deve condividersi l'affermazione di giurisdizione dell'AGO operata dal Giudice dell'ordinanza reclamata.

Infondata è altresì l'affermazione delle reclamanti secondo cui l'ordinanza impugnata ordinando un "facere" alla PA eccederebbe dai limiti interni della giurisdizione AGO ex art. 4 legge n. 2248/1865 all. E "sostituendosi" alle scelte discrezionali dell'Amministrazione statale.

Premesso che, come è stato già osservato, la discrezionalità amministrativa si esaurisce nella individuazione del tipo di intervento (nel caso di specie lo strumento prescelto è stato quello della assegnazione dell'insegnante di sostegno al minore disabile: art. 13 legge n. 104/92) e che in seguito alla scelta operata dalla PA la relazione giuridica che si instaura tra soggetto destinatario della prestazione ed ente erogatore si qualifica come rapporto giuridico obbligatorio, ne consegue che non può evidentemente eccedere dai predetti limiti il comando impartito dal Giudice ordinario alla PA di adempiere l'obbligo ex lege di integrazione scolastica mediante assegnazione dell'insegnante di sostegno didattico, tenuto conto in particolare che l'ordinanza cautelare, fissando in quattordici ore l'attività di sostegno didattico (corrispondente al numero minimo di ore assegnate al minore nel triennio 2000-2003: cfr. certificato del dirigente del 107° Circolo didattico di Roma in data 15.10.2004), non risulta aver modificato il rapporto numerico 1/138 (un insegnante di sostegno ogni 138 alunni) stabilito dall'art. 40 comma 3 legge n. 449/97 per determinare la dotazione organica degli insegnanti di sostegno -di ruolo- (la difesa delle reclamanti nulla ha, infatti, allegato in proposito): rapporto peraltro che non costituisce ostacolo all'adempimento dell'obbligo di integrazione scolastica dei disabili attesa l'autorizzazione ad assunzioni in deroga espressamente prevista dallo stesso art. 40 comma 1

(purchè entro il numero massimo stabilito dalla legge dei dipendenti in servizio nel comparto scuola: tale numero massimo -determinato in modo da assicurare comunque la “dotazione di personale di sostegno necessaria a coprire la richiesta nazionale di integrazione scolastica”- non è stato neppure indicato dalle reclamanti, dovendo pertanto ritenersi compatibile con il predetto limite massimo l’assunzione con contratto a tempo determinato del personale di sostegno occorrente a garantire l’assistenza al minore [redacted] per quattordici ore settimanali).

Né può sostenersi che la assunzione in deroga costituisca una mera facoltà riservata all’Amministrazione statale: a parte il fatto che non è dato comprendere quale sia l’interesse pubblico sotteso all’esercizio di tale facoltà (recte: potere discrezionale relativo all’an) a fronte del quale il diritto soggettivo del disabile dovrebbe considerarsi recessivo, è appena il caso di rilevare come la locuzione della disposizione della legge “è assicurata.....la possibilità di assumere...”, non individua affatto un potere di scelta dell’Amministrazione pubblica -escluso dall’obbligo ex lege di garantire inderogabilmente la integrazione scolastica del disabile- ma attribuisce alla stessa uno strumento necessario alla realizzazione del diritto in questione (idest alla attuazione della obbligazione ex lege) superando i vincoli imposti dalla vigente legislazione alle assunzioni nel pubblico impiego. Ne consegue che, se da un lato la PA è “autorizzata” a derogare al generale divieto di nuove assunzioni, dall’altro è “obbligata” ad assumere personale di sostegno con contratto ~~pr~~a tempo determinato laddove la dotazione organica esistente risultasse insufficiente a garantire il diritto alla integrazione scolastica di alunni affetti da grave handicap. Se dunque non residuano margini di libertà nella condotta della PA diretta all’attuazione dell’obbligo ex lege, non è dato rilevare nel provvedimento cautelare reclamato -impositivo di un “facere” corrispondente al contenuto della obbligazione legale- alcuna violazione dei limiti interni della giurisdizione dell’AGO.

Irrilevante al riguardo è l'argomento addotto dalle Amministrazioni pubbliche reclamanti in ordine alla mancanza di previsione legislativa della "misura" dell'intervento di sostegno didattico da erogare al disabile.

Il criterio di determinazione del "quantum" di assistenza da concedere al minore affetto da grave handicap è infatti individuato dalla stessa difesa erariale "*in funzione delle condizioni del portatore di handicap*", criterio peraltro sotteso alla elaborazione della diagnosi funzionale e del profilo dinamico-funzionale (da aggiornarsi al termine di ogni ciclo scolastico) demandati dalla legge agli organi sanitari e scolastici competenti (art. 12 commi 5-8 legge n. 104/92; art. 314 commi 4-7 TU n. 297/94). Orbene i documenti prodotti dalle parti nel giudizio di merito attestano inequivocamente che il minore ██████ è affetto da "handicap grave" (verbale visita collegiale Azienda USL Roma C in data 16.9.2003) e che il monte ore di insegnamento di sostegno allo stesso assegnato (8 ore settimanali) è insufficiente (verbale seduta GLH d'Istituto 10.10.2003 n.92 ed in data 8.9.2004 n. 3): pertanto -in difetto allo stato di altri e più approfonditi elementi di valutazione della misura dell'intervento erogabile al minore, che potranno essere acquisiti nel corso del giudizio di merito- va esente da censure di incongruità ed irrazionalità il provvedimento del GI con il quale in via provvisoria ed urgente è stato disposto in favore del minore disabile, per l'anno scolastico in corso (inequivoco è il riferimento temporale al corrente anno scolastico contenuto nel ricorso ex art. 700 c.p.c. accolto dal Giudice di prime cure), lo stesso numero di ore (14) di insegnante di sostegno attribuito nel precedente anno scolastico in funzione delle specifiche necessità richieste dalla gravità delle condizioni di handicap accertate.

Priva di riscontro probatorio, inoltre, è rimasta l'ipotesi -vagamente accennata dalle reclamanti- della impossibilità della prestazione in considerazione delle "*risorse complessivamente disponibili*". Non è dubbio, infatti, che se con tale formula verbale la difesa erariale ha inteso riferirsi alle

disponibilità finanziarie dell'Amministrazione statale, bene avrebbe allora dovuto fornire adeguato riscontro documentale della omessa od insufficiente previsione di stanziamenti di bilancio (e della conseguente illegittimità costituzionale ex art. 81 Cost. della legge attributiva del diritto alla integrazione scolastica in difetto della necessaria copertura di spesa) ovvero della sopravvenuta mancanza di liquidità per fare fronte alle spese occorrenti alla stipula dei contratti di assunzione a tempo determinato di insegnanti di sostegno. Pertanto in difetto di elementi probatori volti a sostenere la ipotesi difensiva anche tale motivo di reclamo deve essere rigettato.

Il reclamo va quindi rigettato, riservando alla sentenza definitiva del giudizio di merito la liquidazione delle spese della fase cautelare.

P.Q.M.

visto l'art. 669 terdecies

rigetta il reclamo proposto avverso l'ordinanza cautelare in data 5.11.2004.

Così deciso nella camera di consiglio del 20.12.2004.

Il Presidente

Il Giudice rel.

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Roma, il 20.1.05
IL CANCELLIERE
Patrizia Colasanto

F.e.

20-1-05