

sciogliendo la riserva che precede, osserva in fatto ed in diritto:

██████████ e ██████████, genitori esercenti la potestà sul figlio minorene ██████████ - nato l'11/1/1997, portatore di handicap ed iscritto alla classe prima elementare dell'Istituto Comprensivo E. Pestalozzi di Roma - con ricorso proposto ai sensi dell'art. 700 c.p.c. hanno chiesto a questo giudice di emanare un provvedimento idoneo a garantire al figlio di essere quotidianamente assistito durante l'intero orario scolastico da un insegnante di sostegno. I ricorrenti hanno allegato e documentalmente provato che i sanitari dell'Azienda USL RM/H - Dipartimento materno infantile, hanno diagnosticato a Gabriele Mori un disturbo generalizzato dello sviluppo di tipo autistico ed hanno riconosciuto la necessità che a scuola sia garantita al minore un'attività didattica di sostegno con il rapporto di 1 a 1 (un insegnante di sostegno che si dedichi al minore per tutta la durata dell'orario scolastico). Essi hanno lamentato che, nonostante quanto stabilito dai medici dell'Azienda sanitaria locale il figlio, che frequenta la scuola dalle 8,15 alle 16,15 per cinque giorni alla settimana (per un totale di 40 ore settimanali), è attualmente assistito da un insegnante di sostegno esclusivamente per 9 ore settimanali. I ricorrenti hanno dedotto l'assoluta insufficienza di tale assistenza rispetto alle esigenze di studio e di inserimento del figlio nell'ambiente scolastico e sociale ed hanno paventato il pericolo che nonostante ogni sforzo di essi istanti e dei medici l'eccessivo protrarsi di tale situazione possa compromettere le potenzialità di miglioramento del complessivo stato di salute psicofisica di Gabriele. Gli istanti hanno preannunciato la volontà di chiedere nell'ordinario giudizio di merito la condanna delle amministrazioni convenute al risarcimento dei danni economici e morali subiti dal minore. La domanda cautelare è stata proposta contro il Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca, contro il Provveditorato agli studi di Roma e contro la Scuola Elementare Istituto Comprensivo E. Pestalozzi di Roma.

Le persone giuridiche pubbliche convenute (Ministero ed Istituto scolastico) si sono costituite in giudizio assistite dall'Avvocatura dello Stato ed hanno eccepito il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, anche per difetto in capo a Gabriele Mori di una posizione di diritto soggettivo e, nel merito, hanno dedotto che al minore

viene garantita la massima assistenza consentita dalle esigenze di bilancio e dalle disponibilità di personale specializzato da parte del Ministero.

Su questioni strettamente analoghe a quella qui in esame si sono già pronunciati altri giudici di questa stessa sezione i quali hanno espresso un orientamento che questo giudice condivide. L'eccezione di difetto di giurisdizione è priva di fondamento. Ed invero a sottrarre la giurisdizione al giudice ordinario non vale richiamare il D.Lgs. n. 80/1998, nel testo sostituito dalla legge n. 205/2000, che ha devoluto al giudice amministrativo la giurisdizione nelle controversie "*in materia di pubblici servizi*" (art. 33, comma 1), atteso che, ai sensi del medesimo art. 33 (al comma 2, lett. e), sono state escluse dalla devoluzione al giudice speciale le controversie, che, come quella in esame, hanno ad oggetto i "*rapporti individuali di utenza con soggetti privati*" nonché quelle "*risarcitorie che riguardano il danno alla persona*". Secondo la condivisibile interpretazione di tali norme da parte della Corte di Cassazione, sono devolute al giudice ordinario le controversie tra utenti fruitori e soggetto (sia esso privato o pubblico) erogatore del servizio pubblico (v. Cass. S.U. n. 558/2000), sicché a nulla rileva che a prestare il servizio (nel caso in esame, di istruzione scolastica) sia un soggetto pubblico o privato, essendo la locuzione "*soggetti privati*" riferita a chi del servizio pubblico usufruisce e non a chi lo eroga.

Inoltre, quanto al concorrente criterio della natura risarcitoria della controversia, il riferimento al "*danno alla persona*" non va inteso nel senso riduttivo di danno all'integrità psico-fisica ma nel senso estensivo di pregiudizio arrecato o minacciato alla persona a causa della violazione di un diritto fondamentale dell'uomo (qual è quello all'educazione ed all'istruzione), sicché, anche sotto questo profilo, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, avendo gli attori preannunciato l'azione per il risarcimento dei danni nel giudizio di merito. Né, peraltro, può sottacersi che l'inserimento nella scuola e la partecipazione alle attività didattiche comportano per Gabriele un rilevante beneficio anche sotto il profilo terapeutico.

Se si condivide la tesi che interpreta l'esclusione della giurisdizione amministrativa (in materia di rapporti di utenza nei pubblici servizi) come riferita non solo a quella esclusiva ma anche a quella generale di legittimità, con un significativo effetto espansivo della giurisdizione ordinaria, null'altro vi sarebbe da aggiungere per ritenere correttamente adito il tribunale ordinario di Roma (questa tesi, si osserva, è anche

coerente con quella secondo cui, in materia di servizi pubblici economici ed anche sociali, tra il soggetto erogatore e l'utente interviene un contratto ovvero un rapporto obbligatorio, avente ad oggetto la prestazione, derivante dalla legge ovvero mediato da un mero atto amministrativo che, in quanto privo di contenuti provvedimenti e meramente ricognitivo dei presupposti richiesti dalla legge per l'insorgenza del diritto alle prestazioni, è idoneo a provocare l'affievolimento dei diritti soggettivi, con conseguente conferma della giurisdizione ordinaria).

Ma se pure non si condivide questa tesi e si ritiene, invece, che anche nei rapporti "di utenza" vi sia spazio per la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, in tale spazio non si ricade nel caso in esame.

Oltre all'argomento, invero decisivo, che i ricorrenti non hanno impugnato alcun provvedimento amministrativo (che, infatti, non esiste) ma lamentano la lesione di un diritto arrecata dal Ministero dell'istruzione ovvero dall'istituto scolastico come effetto della organizzazione dell'attività di sostegno a servizio del figlio disabile, è decisivo il rilievo che si tratta di un diritto inviolabile non suscettibile di degradazione, sicché la giurisdizione non può che appartenere al giudice naturale dei diritti. Tale classificazione della posizione giuridica fatta valere in giudizio dai ricorrenti è resa estremamente semplice dal chiaro tenore letterale dell'art. 3, comma 2, l. 5 febbraio 1992, n. 104, il quale espressamente stabilisce che "*La persona handicappata ha diritto alle prestazioni stabilite in suo favore...*" e che il contenuto di tale diritto va calibrato anche in relazione "*alla capacità complessiva individuale residua ed alla efficacia delle terapie riabilitative*". Ne consegue, in virtù tale norma - che, secondo quanto stabilito dall'art. 2 della stessa legge, ha non solo carattere generale, ma detta anche un principio generale del nostro Ordinamento - tutto ciò che è necessario alla persona handicappata per godere pienamente delle prestazioni previste a suo favore dalla legge entra automaticamente a far parte del contenuto di un vero e proprio diritto soggettivo e che nulla di ciò che è necessario al godimento di dette prestazioni può essere escluso dal contenuto di tale diritto se non in virtù di una norma speciale che abbia rango almeno pari a quello della legge citata. Orbene, "*la piena integrazione nella famiglia e nella scuola*" (art. 1, lett. a), "*l'educazione e l'istruzione*" (art. 12 comma 2) e l' "*attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati*" (art. 13, comma 3) rientrano tra le prestazioni di cui al citato art. 3 comma 2 e, pertanto, tutto quello che, alla luce

delle specifiche condizioni di salute e di [redacted], è potenzialmente utile a migliorare il livello di integrazione sociale e scolastica dello stesso ed il suo livello di istruzione ed educazione costituisce contenuto di un vero e proprio diritto soggettivo e quindi costituisce oggetto di una specifica obbligazione gravante in capo al Ministero. Nonostante quanto dedotto dai convenuti non esistono norme speciali di pari rango gerarchico idonee a delimitare il contenuto del menzionato diritto. Certamente non è tale la norma dettata dal comma 4 dell'art. 13 l. 104/1992, la quale, secondo quanto esplicitamente indicato nello stesso dettato legislativo, si applica solo alla scuola secondaria di secondo grado, mentre Gabriele Mori frequenta la scuola elementare, che è scuola di I grado.

Neppure l'art. 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449 (che ha sostituito l'art. 127 del D.Lgs. n. 297 del 1994) introduce una deroga - giustificata da esigenze di organico e, quindi, di bilancio - al sopra menzionato art. 3 comma 2 l. 104/1992. Ed infatti, se è vero che il comma 3 dell'art. 40 stabilisce che "*La dotazione organica di insegnanti di sostegno per l'integrazione degli alunni handicappati è fissata nella misura di un insegnante per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente frequentanti gli istituti scolastici statali della provincia...*" è altresì vero che proprio la stessa norma - al fine di assicurare "*l'integrazione scolastica degli alunni handicappati con interventi adeguati al tipo e alla gravità dell'handicap*" - invita le autorità scolastiche a fare "*ricorso all'ampia flessibilità organizzativa e funzionale delle classi prevista dall'art. 21 (...) della legge 15 marzo 1997, n. 59*" e espressamente prevede "*la possibilità di assumere con contratto a tempo determinato insegnanti di sostegno in deroga al rapporto docenti-alunni indicato al comma 3, in presenza di handicap particolarmente gravi*". Non esiste, quindi, alcuna norma speciale che consenta al Ministero di sottrarsi all'obbligo di mettere a disposizione di [redacted] un insegnante specializzato per tutto il tempo che è necessario alla migliore attuazione possibile del diritto del Mori all'integrazione scolastica, all'istruzione, alla educazione ed alla cura della malattia che lo affligge.

Quanto appena illustrato per affermare la giurisdizione di questa autorità giudiziaria ordinaria serve ad introdurre anche l'esame del merito della domanda. Stabilito, infatti, che il minore ha diritto ad una attività di sostegno, prestata da un docente specializzato che sia adeguata rispetto al tipo ed alla gravità dell'handicap di cui è portatore, non res-

che verificare se è vero che 9 ore settimanali di insegnamento di sostegno sono insufficienti per valorizzare tutte le potenzialità di inserimento scolastico, di apprendimento e di riduzione dell'handicap di [redacted] e, conseguenzialmente, se è vero che esiste il rischio della perdita definitiva di importanti possibilità di miglioramento delle condizioni di vita del figlio dei ricorrenti. La risposta, sia pure alla luce della sommaria istruttoria consentita dalla natura urgente di questo procedimento, è semplice, avendo la parte istante prodotto una documentazione sanitaria proveniente proprio dai soggetti istituzionalmente deputati a diagnosticare l'handicap, a disegnare un profilo dinamico funzionale dell'alunno da inserire nella scuola, a formulare un piano educativo individualizzato (vedi commi 5, 6 e 7 dell'art. 12 l. 104/1992). I ricorrenti hanno infatti prodotto (vedi i documenti datati 11/3/2004) le certificazioni redatte dai sanitari dell'Azienda USL RM/H - Dipartimento materno infantile - Distretto 4 Ardea/Pomezia, i quali redigendo il profilo dinamico-funzionale secondo i criteri di cui ai commi 6 e 7 del citato art. 12 l. 104/1992 hanno diagnosticato a Gabriele Mori un disturbo... (parola illeggibile) dello sviluppo di tipo autistico ed hanno riconosciuto la necessità che a scuola sia garantita al minore un'attività didattica di sostegno con il rapporto 1:1 (un insegnante di sostegno che si dedica al minore per tutta la durata dell'orario scolastico).

Il Ministero dell'istruzione nel contestare nel merito la fondatezza della domanda cautelare ha dedotto che nell'organico dell'Amministrazione scolastica interessata vi sono solo 3 insegnanti di sostegno, che è stato necessario distribuire tra 10 ragazzi portatori di handicap. L'eccezione, in realtà, attinge più al profilo della giurisdizione che a quello del merito, atteso che, una volta affermato che quello di [redacted] è un diritto soggettivo e non un interesse legittimo, non ha più alcuna rilevanza stabilire se sotto il profilo organizzativo la P.A. abbia impiegato o meno le proprie risorse secondo razionalità ed efficienza. Va qui ribadito che la legge prevede espressamente che in caso di insufficienza dell'organico l'Amministrazione si possa fare ricorso all'assunzione di insegnanti di sostegno con contratti a tempo determinato. Non è comunque inopportuno rilevare che i convenuti nulla hanno articolato sotto il profilo istruttorio per provare che l'assegnazione a Gabriele di un insegnante di sostegno per un periodo superiore alle 9 ore settimanali comporterebbe una riduzione delle ore di sostegno agli altri bambini con

handicap al di sotto del minimo indispensabile di ausilio che a tali bambini deve essere assicurato in relazione alle loro specifiche condizioni.

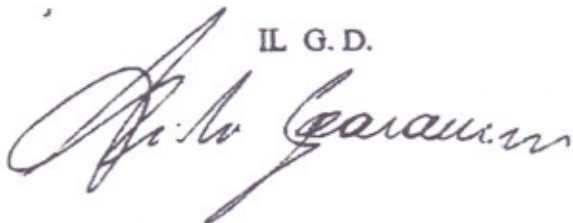
Per quanto concerne il profilo dell'urgenza del provvedimento richiesto è sufficiente richiamare le certificazioni mediche in atti ed anche il notorio per affermare che il sostegno terapeutico ed educativo deve assolutamente essere fornito a Gabriele in questa fase del suo sviluppo e che l'insufficienza, anche solo temporanea, di tale sostegno potrebbe mettere in moto un meccanismo regressivo in grado di pregiudicare definitivamente persino i progressi già ottenuti.

Essendo il ricorso fondato, deve essere ordinato alle amministrazioni convenute di assegnare a [redacted] un insegnante di sostegno per l'intero orario scolastico. Questo provvedimento, essendo fondato sul profilo dinamico-funzionale disegnato all'inizio della scuola elementare, cesserà di avere efficacia quando il minore avrà terminato la quinta elementare. Il comma 8 dell'art. 12 l. 109/1992 prevede, infatti, che alla fine della scuola elementare il profilo dinamico funzionale venga aggiornato e tale norma non ha conosciuto modifiche dopo l'istituzione degli istituti comprensivi.

In mancanza di un provvedimento amministrativo di tipo autoritativo, non vale invocare il divieto per il giudice ordinario di condannare la p.a. ad un *facere specifico* (ex art. 2 della legge n. 2248/1865, all. E), divieto che, secondo la più moderna dottrina e giurisprudenza (v., in materia di diritto alla salute, Cass. n. 2092/1997 e 1501/1997 e, di diritto di proprietà, Cass. n. 1636/1999), in questa ipotesi non sussiste, così come non sussiste tutte le volte in cui il giudice ordinario sia fornito di giurisdizione quando gli sia richiesto di eliminare il pregiudizio ad un diritto fondamentale del privato (non suscettibile di degradazione) arrecato da un comportamento della p.a. che non può essere espressione di una potestà pubblicistica, in quanto tale potestà è incompatibile con l'esistenza del diritto fondamentale (in simili ipotesi, infatti, si osserva che non sussiste il pericolo, al quale guarda la legge n. 2248/1865, di sovrapposizione del giudice al potere amministrativo, proprio perché quest'ultimo non sussiste ovvero è stato mal esercitato comprimendo illegittimamente un diritto insuscettibile di allievolimento, sicché non viene in discussione l'esercizio del potere discrezionale "ma la necessità di ripristino delle condizioni di legalità", v. Cass. n. 1636/1999 cit.).

- ordina al Ministero della pubblica istruzione dell'università e della ricerca, in persona del Ministro in carica ed alla Scuola Elementare Istituto Comprensivo E. Pestalozzi, in persona del Dirigente scolastico pro-tempore, di garantire a [REDACTED] durante l'intero orario scolastico (40 ore settimanali) e fino al completamento della quinta elementare l'assistenza di un insegnante specializzato per lo svolgimento di attività di sostegno;
- fissa il termine di giorni trenta per l'inizio del giudizio di merito;
- si comunichi.
- Roma 6 maggio 2004

IL G. D.



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma, il 6-5-04

IL CANCELLIERE
Patrizia Colapante

