

Il Giudice Istruttore

sciogliendo la riserva,

rilevato

- che ~~Diagnosi della malattia~~ in proprio e n.q. di genitore esercente la potestà sul minore ~~Giovane Fernando~~ ha convenuto in giudizio il Ministero dell'Istruzione della Università e della Ricerca nonché la Scuola Media Statale "Francesco Petrarca" -presso la quale il minore, affetto da "sindrome di Down", frequenta per 30 ore settimanali la classe II media- chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti in conseguenza del ridotto numero di ore di sostegno (n. 9 ore) assegnate al minore dal Provveditorato nonostante dalle numerose diagnosi emesse dalle strutture sanitarie competenti (doc 1,2 e 4-6) e dalla diagnosi funzionale redatta dal Servizio di Tutela Salute Mentale e Riabilitazione Età Evolutiva presso il Distretto scolastico n. 9 (doc 3) emergano indicazioni specifiche attestanti la necessità dell'insegnante di sostegno con rapporto 1:1;

- che in relazione alla domanda di merito è stato presentato dall'attrice ricorso ex art. 700 c.p.c. in corso di causa volto ad ottenere "un provvedimento idoneo a garantire al giovane Fernando un apporto completo di ore di sostegno per l'intera giornata scolastica";

- che si sono costituiti entrambi i convenuti eccependo il difetto di giurisdizione e chiedendo il rigetto della domanda di merito e del ricorso cautelare

ritenuto

- che la sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale che ha riformulato l'art. 33 Dlgs n. 80/1998 come sostituito dalla legge n. 205/2000 è erroneamente invocata dai convenuti-resistenti a sostegno della eccezione pregiudiziale: la sentenza infatti riaffermando il

ncipio, 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 -anche nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva- la giurisdizione del GA si giustifica esclusivamente in relazione alla circostanza *"che la pubblica amministrazione agisce come autorità.....restando escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio.....e che...il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia"* possano essere sufficienti a radicare la giurisdizione del GA, con la conseguenza 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;

- che in conseguenza, escluso che la presente controversia abbia ad oggetto una concessione di pubblico servizio e comunque anche a volere considerare ricompreso tra i "servizi pubblici" l'insegnamento scolastico

demandato allo Stato (pure in assenza dell'elemento di attività organizzata in forma di impresa o comunque improntata al principio di economicità che dovrebbe invece caratterizzare la nozione di servizio pubblico), difetta nella specie -alla stregua della normativa disciplinatrice del settore- un ambito autoritativo dell'intervento della PA tale cioè da incidere sulla situazione giuridica riconosciuta dall'ordinamento al privato, degradandola a mero interesse legittimo. Ed infatti la situazione giuridica riconosciuta ab origine dall'ordinamento alla persona disabile è inequivocamente quella di diritto soggettivo insuscettibile di affievolimento:

a-) art. 3 Legge 5.2.1992 n. 104 comma 3 *“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

diritto dei bambini a crescere in un ambiente favorevole allo sviluppo della loro personalità e delle loro attitudini, sono riconosciuti dagli artt. 5 e 17 della Carta sociale europea ratificata con legge n. 30/1999;

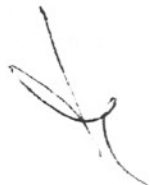
e-) il diritto all'inserimento sociale dei disabili, inoltre, è riconosciuto dall'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea approvata il 7.12.2000;

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);

ritenuto

- che la indicata situazione giuridica soggettiva della persona disabile non può ritenersi condizionata (né tanto meno assume carattere recessivo rispetto) all'esercizio del potere attribuito alla PA di organizzazione della attività scolastica pubblica (ed in particolare di organizzazione 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 è operato per il solo fatto dell'accertamento della condizione di minorazione demandato alle strutture sanitarie pubbliche -Aziende Usl- )




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 ritenuti opportuni (art. 13), dovendo tuttavia l'Amministrazione assicurare inderogabilmente *“l'attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati”* (art. 13 comma 3; art. 315 comma 2 TU n. 297/1994), mentre 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, come può desumersi anche dall'art. 40 della legge 27.12.1997 n. 449 che ha 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] in presenza di handicap particolarmente gravi”*

- che pertanto non ravvisandosi nella specie esercizio di potestà discrezionale ma attività vincolata della PA, essendo questa obbligata alla piena soddisfazione del diritto vantato dagli attori n.q. di genitori dei due minori affetti da handicap, va affermata la giurisdizione dell'AGO

considerato

- che il diritto del minore Fernando ad ottenere un numero di ore di insegnamento di sostegno (nel rapporto di 1:1) adeguato alle peculiari esigenze determinate dalla gravità dell'handicap è ampiamente



comprovato dalle risultanze delle indagini specialistiche demandate all'ausiliario dalle quali emerge la gravità dell'handicap (cfr. relazione e diagnosi funzionale in data 1.10.2005 emessa a seguito degli accertamenti svolti presso la Unità Operativa Neuropsichiatrica Infantile dell'Az. Osp. Universitaria Policlinico Tor Vergata) che, concordano, nel ritenere indispensabile *“il sostegno scolastico individuale con rapporto 1:1 e per la totalità delle ore scolastiche”*;

- che il pericolo di danno irreparabile, nelle more della definizione del giudizio di merito, discende dalla inadeguatezza dell'attuale sostegno rispetto alle reali esigenze del minore con conseguente violazione del diritto all'inserimento scolastico, alla educazione ed alla istruzione, occorrendo conseguentemente incrementare la misura indicata nei limiti massimi consentiti dalle disposizioni vigenti (art. 40 comma 1 primo periodo legge n. 449/1997)

- che il provvedimento cautelare volto ad ordinare alle Amministrazioni pubbliche convenute l'assegnazione dell'insegnante di sostegno per il numero di ore adeguate alle esigenze psicofisiche del minore non incontra i limiti interni della giurisdizione dell'AGO (art. 4 legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865), non dovendo procedersi alla rimozione o modifica di provvedimenti amministrativi discrezionali, ma occorrendo rimuovere gli ostacoli frapposti alla piena esplicazione di un diritto della persona costituzionalmente tutelato (sia che si intenda individuare tale diritto in quello previsto dall'art. 34 comma 1 e 3 Cost, sia che si riconduca la fattispecie in esame al più generale diritto di esplicazione della personalità dell'individuo nelle comunità -e dunque anche in quella scolastica- alle quali partecipa): l'art. 40 primo comma della legge n. 449/1997, infatti, al fine di assicurare *“l'integrazione scolastica degli alunni handicappati con interventi adeguati al tipo e alla gravità dell'handicap”*, consente alle





comprovato dalle risultanze delle indagini specialistiche demandate all'ausiliario dalle quali emerge la gravità dell'handicap (cfr. relazione e diagnosi funzionale in data 1.10.2005 emessa a seguito degli accertamenti svolti presso la Unità Operativa Neuropsichiatrica Infantile dell'Az. Osp. Universitaria Policlinico Tor Vergata) che, concordano, nel ritenere indispensabile *“il sostegno scolastico individuale con rapporto 1:1 e per la totalità delle ore scolastiche”*;

- che il pericolo di danno irreparabile, nelle more della definizione del giudizio di merito, discende dalla inadeguatezza dell'attuale sostegno rispetto alle reali esigenze del minore con conseguente violazione del diritto all'inserimento scolastico, alla educazione ed alla istruzione, occorrendo conseguentemente incrementare la misura indicata nei limiti massimi consentiti dalle disposizioni vigenti (art. 40 comma 1 primo periodo legge n. 449/1997)

- che il provvedimento cautelare volto ad ordinare alle Amministrazioni pubbliche convenute l'assegnazione dell'insegnante di sostegno per il numero di ore adeguate alle esigenze psicofisiche del minore non incontra i limiti interni della giurisdizione dell'AGO (art. 4 legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865), non dovendo procedersi alla rimozione o modifica di provvedimenti amministrativi discrezionali, ma occorrendo rimuovere gli ostacoli frapposti alla piena esplicazione di un diritto della persona costituzionalmente tutelato (sia che si intenda individuare tale diritto in quello previsto dall'art. 34 comma 1 e 3 Cost, sia che si riconduca la fattispecie in esame al più generale diritto di esplicazione della personalità dell'individuo nelle comunità -e dunque anche in quella scolastica- alle quali partecipa): l'art. 40 primo comma della legge n. 449/1997, infatti, al fine di assicurare *“l'integrazione scolastica degli alunni handicappati con interventi adeguati al tipo e alla gravità dell'handicap”*, consente alle

autorità scolastiche di far "ricorso all'ampia flessibilità organizzativa e funzionale delle classi prevista dall'art. 21 (...) della legge 15 marzo 1997, n. 59" e prevede anche "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";

- che, pertanto, sussistendo i requisiti del "fumus boni iuris" e del "periculum in mora" va ordinato al Ministero ed all'Istituto scolastico convenuti di assegnare all'alunno Fernando ~~XXXXXXXXXX~~ uno o più insegnanti di sostegno per l'anno scolastico in corso nella misura massima giornaliera e settimanale consentita dalle vigenti disposizioni normative

P.Q.M.

visto l'art. 700 c.p.c.

Ordina al Ministero dell'istruzione, della Università e della Ricerca, ed alla Scuola media statale "Francesco Petrarca" di Roma di assegnare all'alunno Fernando ~~XXXXXXXXXX~~ uno o più insegnanti di sostegno per l'anno scolastico in corso nella misura massima giornaliera e settimanale consentita dalle vigenti disposizioni normative.

Rinvia alla udienza del 28.2.2006 ore 9,30 assegnando alle parti ex art. 183 comma 5 c.p.c. termine di gg. 30 dalla comunicazione della presente ordinanza per precisare/modificare domande ed eccezioni già proposte ed ulteriore termine di gg. 30 per repliche.

Manda alla Cancelleria per le comunicazioni.

Roma, 26.10.2005

Il/Giudice

U. M. O. T.  
6