

IL GIUDICE

considerato in fatto e in diritto che:

risulta dalla CTU espletata che il minore Marco Borzetti, che già alla nascita presentava un sospetto di trisomia, confermata a due mesi con la mappa cromosomica, attualmente risulta affetto da «Sindrome di Down trisomia) con ritardo cognitivo globale»;

inoltre, rileva il CTU che le ore di sostegno sono quelle di maggior impegno per l'apprendimento e la socializzazione del minore in questione ed è, quindi, indispensabile un intervento mirato a lui non solo per mantenere le tappe sin qui faticosamente raggiunte, ma anche per un suo futuro sviluppo;

peraltro, osserva sempre il CTU come le attuali nove ore, divise variamente: in nove giorni, sono utili ma non sufficienti per tale scopo, perché sono molto meno della metà delle ore quotidiane e spesso bastano solo a assicurarlo più che a portare avanti e a stabilizzare un cammino evolutivo vero e proprio, mentre, per potergli dare delle possibilità adeguate agli altri e raggiungere un buon livello cognitivo, è indispensabile la presenza dell'insegnante di sostegno per almeno 18 ore settimanali per tutto l'anno scolastico;

mantenere le ore di sostegno a meno della metà delle ore di presenza in scuola non solo è inutile, ma potrebbe essere dannoso, trattandosi di soggetto che ha bisogno di un'attenzione continua per migliorare l'evoluzione psichica;

la sentenza n. 204 del 2004, che ha riformulato l'art. 33 del D. L. n. 80, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, riaffermando il principio, recepito dalla Carta costituzionale, secondo cui sono devolute all'a.g.o. "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 o interesse legittimo), ha specificato che – anche nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva – la giurisdizione del g.a. 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 g.a., con la conseguenza che la devoluzione della giurisdizione esclusiva al Giudice amministrativo delle controversie in materia di pubblici servizi può ritenersi conforme ai principi costituzionali nei limiti in cui, in tale materia, la p.a. 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. 241/90) e, dunque, nei soli limiti in cui vengano devolute al g.a. le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, ovvero relativi a provvedimenti amministrativi esplicazione di potestà autoritativa discrezionale, o ancora concernenti l'affidamento del servizio, la vigilanza ed il controllo sull'attività del gestore;

ne consegue che, escluso che la presente controversia abbia ad oggetto una concessione di pubblico servizio, ed anche a voler considerarla inclusa tra i servizi pubblici l'insegnamento scolastico demandato allo Stato, difetta nella specie, alla stregua della normativa disciplinatrice del settore, un ambito autoritativo dell'intervento della p.a., tale cioè da incidere sulla situazione giuridica riconosciuta dall'ordinamento al privato, degradandola a mero interesse legittimo;

1. ed invero, la situazione giuridica riconosciuta *ab origine* dall'ordinamento alla persona disabile è inequivocabilmente quella di diritto soggettivo non suscettibile di affievolimento ove si consideri che: il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata è garantito innanzitutto dalla Carta costituzionale: art. 38: "Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione ed all'avviamento professionale. / Ai compiti previsti da questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato"; art. 34: "La scuola è aperta a tutti."; articolo 2: "La Repubblica riconosce i diritti inviolabili dell'uomo ... nelle formazioni sociali

ove si svolge la sua personalità"; art. 3, 2° comma, che impone il superamento delle sperequazioni di situazioni sia economiche che sociali suscettibili di ostacolare il pieno sviluppo della persona umana, così come interpretato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 215 del 1987 in connessione con le disposizioni dell'art. 2;

2. inoltre, il diritto all'inserimento sociale dei disabili è garantito dall'articolo 26 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea approvata il 7 dicembre 2000 e dall'articolo 26 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948;
3. anche gli artt. 15 e 17 della Carta sociale europea, ratificata con legge n.30 del 1999, riconoscono il diritto delle persone portatrici di handicap all'educazione, all'integrazione sociale, ed alla partecipazione alla vita della comunità e il diritto dei bambini a crescere in un ambiente favorevole allo sviluppo della loro personalità e delle loro attitudini;
4. il diritto discende, inoltre, dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 (legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) che, all'art. 3, 3° comma, dispone che "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 della terapia riabilitativa" e, all'articolo 12, garantisce "...il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata ... nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie" e stabilisce che "L'integrazione scolastica ha come obiettivo lo sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione" e che "L'esercizio del diritto all'educazione e all'istruzione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento né da altre difficoltà derivanti dalle disabilità connesse all'handicap";

5. la natura assoluta ed inviolabile del diritto è confermata dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449 che, dopo aver fissato la dotazione organica di insegnanti di sostegno per l'integrazione degli alunni handicappati nella misura di un insegnante per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente frequentanti gli istituti scolastici statali della provincia, consente espressamente, in attuazione dei principi della citata legge n. 104 del 1992, all'art. 40, ai fini della integrazione scolastica degli alunni handicappati, "con ... il ricorso all'ampia flessibilità organizzativa : funzionale delle classi prevista dall'articolo 21, commi 8 e 9, della legge 15 marzo 1997, n. 59 ... la possibilità di assumere con contratto a tempo determinato insegnanti di sostegno *in deroga al rapporto docenti-alunni* ... in presenza di handicap particolarmente gravi";

pertanto, alla luce di tale quadro normativo di riferimento, l'attribuzione al minore handicappato di un numero non adeguato di ore di sostegno didattico si risolve nella ingiustificata compromissione di un fondamentale diritto dell'individuo portatore di handicap alla educazione, all'inserimento scolastico ed alla acquisizione di una compiuta istruzione quali strumenti indispensabili per il pieno sviluppo della persona umana (diritto non suscettibile di affievolimento);

infatti, la situazione giuridica soggettiva della persona disabile non può ritenersi condizionata, né tanto meno assume carattere recessivo rispetto all'esercizio del potere attribuito alla p.a. di organizzazione dell'attività scolastica pubblica (ed, in particolare, delle misure volte a realizzare la "integrazione scolastica" mediante "l'attivazione di servizi previsti dalla presente legge", come recitano testualmente l'art. 4, lett. m e l'art. 8 della legge n. 104/92);

diversamente opinando si verrebbe a negare, in palese contraddizione con il complesso normativo soprarichiamato, la stessa consistenza originaria di diritto soggettivo alla situazione giuridica soggettiva dell'handicappato, che verrebbe a dipendere da scelte discrezionali e di merito della p.a. (mentre il riconoscimento dei diritti all'istruzione ed

educazione è operato per il solo fatto dell'accertamento della condizione di minorazione demandata alle Aziende USL);

è vero, peraltro, che la legge n. 104/92 consente alla p.a. 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, 3° comma; art. 315 TU n. 25/794), mentre l'organizzazione dei mezzi e del personale necessari a garantire la soddisfazione del diritto soggettivo dell'handicappato (art.14) non può costituire ostacolo od impedimento all'attuazione del diritto, come si desume dal già citato art. 40 della legge n. 149 del 1997 che ha previsto la possibilità -intesa come potere-dovere da esercitarsi per assicurare la effettività del diritto e non come mera discrezionalità - di assumere insegnanti di sostegno con contratto a tempo determinato in presenza di handicap particolarmente gravi;

non ravvisandosi, quindi, nel caso in questione esercizio di potestà discrezionale, bensì attività nella quale la p.a. esercita valutazioni di natura squisitamente tecnica, posto che è il servizio riabilitativo della Azienda USL competente l'organo tecnico deputato ad accertare quali forme di intervento siano imposte dal caso concreto ed a redigere il c.d. profilo dinamico funzionale di cui alla legge n. 104 e successivo DPR 24.02.94 (atto di indirizzo e coordinamento relativo ai compiti delle unità sanitarie locali in materia di alunni portatori di handicap), l'amministrazione è obbligata alla piena soddisfazione del diritto vantato dagli attori, quali genitori del minore Marco, con conseguente affermazione della giurisdizione dell'a.g.o.;

del resto, anche sotto il profilo della natura risarcitoria della controversia, la legge rimette al giudice naturale dei diritti le cause che hanno ad oggetto il risarcimento del danno alla

persona, che va inteso nel senso estensivo che comprende non solo il danno all'integrità psico-fisica del soggetto ma anche il danno arrecato all'individuo dalla lesione di un fondamentale ed inalienabile diritto dell'uomo;

le amministrazioni convenute sostengono anche che la tutela invocata dagli odierni ricorrenti sarebbe inammissibile in quanto dall'accoglimento della loro domanda sarebbe derivata una condanna dell'amministrazione ad un *facere* specifico, statuizione che sarebbe stata preclusa al Giudice ordinario in virtù di quanto disposto dall'art. 4 della legge n. 2248 del 1865, all. E;

tale doglianza si basa sull'assunto, ritenuto erroneo dal giudicante, che nella fattispecie venga in rilievo l'esercizio di poteri autoritativi da parte della p.a., mentre in assenza, come si è visto, di detti poteri, il giudice è chiamato non già ad ordinare all'Amministrazione uno specifico comportamento (ciò che potrebbe effettivamente violare il noto divieto derivante dall'art. 4 della legge n. 2248/1865 all. F) bensì, come ha rilevato la suprema Corte anche recentemente, a rimuovere "...situazioni materiali riconducibili all'attività della p.a. che si presentino in contrasto con i precetti posti ... a salvaguardia di diritti soggettivi altrui ... [in cui] non viene in discussione l'esercizio del potere, normalmente discrezionale, della stessa p.a. ma la necessità del ripristino delle condizioni di legalità per il che non può configurarsi la possibilità di una scelta diversa rispetto a quella costituita da tale ripristino" (Cass. Sez. III, 25/02/1999, n.1636);

nel merito, la difesa erariale deduce che la domanda è infondata invocando i poteri organizzativi che competono all'amministrazione scolastica nella ripartizione della dotazione di docenti specializzati tra i diversi gradi di scuola e nell'assegnazione dei posti alle singole istituzioni scolastiche, nonché il limite rappresentato dal vincolo delle risorse disponibili e che sarebbe, così, attuabile soltanto l'intervento ritenuto discrezionalmente congruo e possibile;

tale assunto, però, è incompatibile con la ricostruzione della posizione giuridica dedotta in giudizio come diritto soggettivo costituzionalmente garantito non suscettibile di

affievolimento poiché affermare che, una volta previsto e garantito il diritto del portatore di handicap all'insegnante di sostegno, spetta esclusivamente alla p.a. il compito di stabilire quante ore di assistenza settimanali spettino al singolo studente, significherebbe che un siffatto diritto sarebbe non già compresso, ma del tutto negato se, a fronte di una menomazione grave, la p.a. medesima potesse limitarsi, nel rispetto delle norme, a concedere un'assistenza inadeguata alle necessità del caso specifico;

quanto, poi, alle disponibilità finanziarie dell'amministrazione, peraltro invocate senza alcuna indicazione specifica circa i fondi effettivamente disponibili, esse non possono giustificare la compressione in modo così drastico e frustrante del diritto alla istruzione ed all'inserimento scolastico poiché, come detto, la stessa norma (art. 40 della legge n. 449 del 1997) che fissa il limite (determinato dal rapporto tra popolazione scolastica abile e insegnanti di sostegno) consente di derogarvi nei casi gravi, con la conseguenza che non si è in presenza di un limite tassativo, bensì semplicemente di una previsione di massima;

ad avviso delle parti resistenti il limite connesso alla complessiva riduzione del personale scolastico e, quindi, alle esigenze di bilancio emergerebbe anche dal vincolo di cui al primo periodo del comma 1° dell'art. 40, vincolo richiamato espressamente dalla disposizione che consente la deroga;

orbene, il primo periodo del comma 1° dell'art. 40, stabilendo che «il numero dei dipendenti del comparto scuola deve risultare, alla fine dell'anno 1999, inferiore del 3 per cento rispetto a quello rilevato alla fine dell'anno 1997», pone un vincolo che è temporalmente limitato all'anno 1999;

in ogni caso, anche ove si volesse ritenere riferibile tale limite anche all'anno scolastico in corso 2004/2005, nulla è stato allegato e provato dalle amministrazioni resistenti in merito al raggiungimento o meno del limite stesso ed alle modalità di distribuzione degli insegnanti di sostegno, essendo esse tenute ad adempiere a tale onere davanti al giudice dei diritti;

nel caso di specie, la stessa Amministrazione ha già accordato nell'esercizio della propria discrezionalità (di natura squisitamente tecnica, perché rimessa all'apprrezzamento del grado di invalidità e della gravità della menomazione) al minore Marco Borzetti 9 di sostegno che, alla luce delle risultanze peritali, non solo risultano inutili, ma che potrebbero anche essere dannose, potendosi mettere in moto un meccanismo regressivo secondario; del tutto ingiustificata risulta, quindi, l'attribuzione di sole 9 ore settimanali di supporto dell'insegnante di sostegno;

in presenza di un alunno individuato come persona handicappata già nei precedenti anni scolastici, era dovere dell'amministrazione scolastica e non onere dei ricorrenti attivare tempestivamente il procedimento previsto dai commi 5/9 dell'art. 12 L. n. 101/92, mentre, tenuto conto della natura sommaria del presente procedimento, ai fini della emissione del provvedimento cautelare richiesto è sufficiente far riferimento alle risultanze peritali;

in ogni caso, in assenza di un provvedimento autoritativo motivato, il giudice è chiamato non già ad ordinare all'Amministrazione uno specifico comportamento (ciò che potrebbe violare il noto divieto derivante dall'art. 4 della legge n. 2248/1865 all. E) bensì, come ha rilevato la suprema Corte anche recentemente, a rimuovere "...situazioni materiali riconducibili all'attività della p.a. che si presentino in contrasto con i precetti posti ... a salvaguardia di diritti soggettivi altrui ... [in cui] non viene in discussione l'esercizio del potere, normalmente discrezionale, della stessa p.a., ma la necessità del ripristino delle condizioni di legalità per il che non può configurarsi la possibilità di una scelta diversa rispetto a quella costituita da tale ripristino" (Cass. Sez. III, 25/02/1999, n.1636);

pertanto, la sottrazione del supporto educativo dell'insegnante di sostegno (o la attribuzione di un numero di ore di sostegno non adeguate alla realizzazione del diritto garantito dalla legge e dalla Costituzione al minore handicappato) si risolve nella compromissione di un diritto fondamentale della persona, sicché, sussistendo tutte le condizioni di legge per l'accoglimento del ricorso, deve essere ordinato all'Amministrazione di assicurare

all'alunno Marco Borzetti il supporto dell'insegnante di sostegno per almeno diciotto ore settimanali, nelle more definizione del presente giudizio;

P.Q.M.

1. accoglie il ricorso e, per l'effetto, dispone che il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro *pro tempore*, (attraverso l'ex provveditorato agli studi, la direzione didattica della scuola e ogni altro organo locale competente) assicuri al minore Marco Borzetti, nel presente anno scolastico, la presenza dell'insegnate di sostegno per almeno diciotto ore settimanali;
2. assegna alle parti il termine di giorni 30 + 30 dal 15 aprile 2005 per il deposito di note ex art. 183, V° comma, cpc e rinvia, per i provvedimenti ex art. 184 cpc, all'udienza del 27.09.05 h. 10.00.

Si comunichi entro il 31.03.05.

Roma, 23.02.05

IL GIUDICE
[Handwritten signature]

DEPOSITATO IN CANCELLERIA
 Roma, il 23.02.05
[Handwritten signature]


[Handwritten initials]
 23.2.05
[Handwritten signature]