

Il G.I.,

nel procedimento iscritto al n. 45437 del ruolo generale misure cautelari dell'anno 2005, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 21.9.2005,

PREMESSO CHE

- nell'ambito del giudizio di merito instaurato per l'accertamento della insufficienza del numero di ore settimanali di sostegno (5 ore su 30 settimanali di frequenza) assegnate al figlio minore [redacted], frequentante la scuola media statale G.P. Piranesi di Roma, e per il risarcimento dei danni subiti dallo stesso, in data 24.6.2005 [redacted] e [redacted] hanno presentato ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e chiesto di emettere un "provvedimento idoneo a garantire a [redacted] un apporto completo di ore di sostegno, per l'intera giornata scolastica", paventando il grave pregiudizio all'inserimento nella comunità scolastica ed il danno alla personalità che egli potrebbe subire a causa dell'assegnazione di un numero così limitato di ore di sostegno;

- il Ministero dell'istruzione e la Scuola media statale "G.B. Piranesi" si sono costituiti eccependo il difetto di giurisdizione dell'AGO; l'assenza in capo ai ricorrenti di una situazione giuridica qualificabile come diritto soggettivo; l'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;

RITENUTO CHE

- la giurisdizione compete al giudice naturale dei diritti soggettivi per le [redacted] ragioni già costantemente illustrate da questo tribunale e, in particolare, nell'ordinanza collegiale in data 20.12.2004 (nel procedimento cautelare iscritto al r.g. 84784/2004) che di seguito si riporta.

<<La sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale - che ha riformulato, con pronuncia di parziale accoglimento, il testo dell'art. 33 D.lgs 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 uh. 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 valere 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 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 vincere 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;

9

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 segregazione scolastica si pone in rapporto di strumentalità necessaria) trova diretto aggancio costituzionale all'art. 34 Cost. e nell'art. 3 co. 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 loro manifestazioni 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) l'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 chiamato, la stessa consistenza originaria di diritto soggettivo alla situazione giuridica soggettiva della persona disabile, 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 demanata 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 portatrice di handicap, con particolare riferimento alle istituzioni 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 (effettiva) 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 co. 3; art. 15 co. 2 TU 297/1994), come può implicitamente desumersi anche dall'art. 40 co. 1 della legge 27.12.1997

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. l'insegnante, per ogni gruppo di 138 alunni frequentanti, come stabilito dall'art. 40 co. 3 della legge n. 249/97] in presenza di handicap particolarmente gravi", nonché dall'art. 14 ult. co. della legge n. 104/92 (riprodotto nell'art. 316 co. 3 e nell'art. 319 co. 4 e 5 del TU n. 297/94) che autorizza la PA ad utilizzare in posti di sostegno docenti "ivi 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.g. 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 "accere" 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 [...] non risulta aver modificato il rapporto numerico 1/138 (un insegnante di sostegno ogni 138 alunni) stabilito dall'art. 40 co. 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 co. 1 (purché 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 [...]).

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 - che è 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 (cioè 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 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.

Irrelevante 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 di amico-funzionale (da aggiornarsi al termine di ogni ciclo scolastico) demandati dalla legge agli organi sanitari e scolastici competenti (art. 12 co. 5-8 legge n. 104/92; art. 314 co. 4-7 TU n. 297/94)>>>

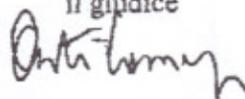
- in particolare, nel certificato dell'Azienda USL RM/C in data 16.5.2005 si legge che, per ~~.....~~, è affetto da "tetraparesi spastica", "è necessaria nella scuola una attività di sostegno didattico per il massimo delle ore consentite", essendo quindi del tutto insufficiente il numero di 5 ore settimanali assegnategli;
- il ricorso cautelare, pertanto, dev'essere accolto, con ordine alle PP.AA. resistenti di assegnare a ~~.....~~ - 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 - 18 ore di sostegno scolastico, come richiesto (v. verb. ud. 21.9.2005) in misura corrispondente al numero di ore di una cattedra, adeguate a garantire la integrazione sociale e scolastica dello stesso, per il corrente anno scolastico (inequivoco è il riferimento temporale al corrente anno scolastico contenuto a pag. 2 del ricorso ex art. 700 c.p.c.);

p.q.m.

- dispone che il Ministero dell'istruzione, della ricerca e dell'università e la direzione didattica della scuola statale G.B. Piranesi assicurino al minore ~~.....~~ la presenza dell'insegnante di sostegno per 18 (diciotto) ore alla settimana;
- si comunichi.

Roma, 28.9.2005.

il giudice



DEPOSITATO IN CANCELLERIA
Roma, il 28.9.2005
IL CANCELLIERE
Patrizia Colasante

