

Il Giudice Istruttore

sciogliendo la riserva,

rilevato

- che [redacted] e [redacted] in proprio e n.r. di genitori dei minori [redacted] e [redacted] hanno convenuto in giudizio il Ministero dell'Istruzione della Università e della Ricerca nonché l'Istituto Contardo Ferrini -presso il quale i minori, entrambi affetti da atassia cerebellare, frequentano rispettivamente, per 40 ore settimanali, la classe I e IV elementare- chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti in conseguenza del ridotto numero di ore di sostegno assegnate ai minori dal Provveditorato sebbene la Azienda Usl territorialmente competente abbia accertato la necessità dell'insegnante di sostegno con rapporto 1:1 per entrambi gli alunni;

- che in relazione alla domanda di merito è stato presentato dagli attori in corso di causa ricorso ex art. 700 c.p.c. volto ad ottenere *"un provvedimento idoneo a garantire sia al piccolo Guido che al piccolo Diego un apporto completo di ore di sostegno per entrambi e 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 D.lgs 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 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 -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 vengono 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, ed anche a volere considerare incluso tra i *“servizi pubblici”* anche 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 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 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 costituzionale 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);

- 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 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 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

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 dei minori [redacted] e [redacted] ad ottenere un numero di ore di insegnamento di sostegno adeguato alle peculiari esigenze determinate dalla gravità dell'handicap è ampiamente comprovato dall'accertamento della particolare gravità dell'handicap compiuto dalla commissione medico legale dell'Azienda Usl RM A (certificati in data 6.11.2000 ed in data 11.11.2002: entrambi i minori sono stati riconosciuti invalidi al 100% dalla comm. di I istanza -doc 3 e 6 att.-), dalle certificazioni 14.9.2004 della stessa Azienda Usl RM A dalle quali emerge che i minori, affetti da atassia cerebellare, necessitano *"di insegnante di sostegno con deroga del rapporto 1:1"*, dalle diagnosi funzionali del neuropsichiatra infantile dott. l'aberi, della logopedista Rico Vidal e della psicologa dott.sa Romanazzo, in data 10.2 e 4.3.2004, che attestano i gradualmi miglioramenti conseguiti dai minori nella esecuzione dei quotidiani ed assidui esercizi cui debbono essere sottoposti, ritenendo indispensabile la presenza dell'insegnante di sostegno per il massimo delle ore possibili (Diego Mingoli), dalla richiesta di *"rapporto in*

deroga" formulata dal Gruppo di lavoro istituito presso la scuola "Ferrini", in relazione al minore [REDACTED], dalla quale emerge la impossibilità di conseguire gli obiettivi della integrazione scolastica a causa dell'insufficiente numero di ore assegnate all'insegnante di sostegno (n. 8 ore settimanali: cfr. dichiarazione del procuratore degli attori a verbale di udienza).

- che il pericolo di danno irreparabile, nelle more della definizione del giudizio di merito, discende dalla inadeguatezza dell'attuale sostegno rispetto alle reali esigenze dei minori 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 dei due minori 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 agli alunni ~~_____~~ e ~~_____~~ uno o più insegnanti di sostegno per l’anno scolastico in corso nella misura massima giornaliera e settimanale consentita dalle vigenti disposizioni normative.

Conferma la udienza dell’1.12.2004 già fissata per la prima comparizione delle parti.

Manda alla Cancelleria per le comunicazioni.

Roma, 16.11.2004

Il Giudice

Depositato in Cancelleria
in data 18.11.2004
IL CANCELLIERE C1
Dot. ssa Paola Castano