

IL G. I.

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

~~_____~~ e ~~_____~~, genitori esercenti la potestà sulla figlia minore ~~_____~~ - nata il ~~_____~~ 1996, portatrice di handicap ed iscritta alla classe seconda elementare dell'Istituto Elementare Lola Di Stefano di Roma - con ricorso proposto ai sensi dell'art. 700 c.p.c., introdotto nel corso dell'ordinario giudizio di merito, hanno chiesto a questo giudice di emanare un provvedimento idoneo a garantire alla figlia di essere quotidianamente assistita durante l'intero orario scolastico da un insegnante di sostegno. I ricorrenti hanno allegato e documentalmente provato che i sanitari dell'Azienda USL RM/D, hanno diagnosticato a ~~_____~~ un deficit cognitivo grave con difficoltà a livello motorio e di linguaggio ed hanno riconosciuto la necessità che a scuola sia garantita alla 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 alla figlia sono state assegnate soltanto n.5 ore di sostegno a fronte di 40 ore di frequenza settimanali. I ricorrenti hanno dedotto l'assoluta insufficienza di tale assistenza rispetto alle esigenze di studio e di inserimento della figlia 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 psico-fisica di ~~_____~~. 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, e contro l'Istituto Elementare Lola di Stefanodi 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 ~~_____~~ di una posizione di diritto soggettivo e, nel merito, hanno dedotto che alla 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.

Nel caso di specie non è assolutamente condivisibile la tesi dei resistenti secondo i quali la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 avrebbe anche un contenuto additivo, oltre che abrogativo di una parte dell'art. 33 D.Lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000. Orbene, non è qui necessario contestare punto per punto l'acrobatica interpretazione del testo della citata sentenza fornita dai resistenti, essendo invece sufficiente mettere in luce la portata gravemente eversiva dell'assetto istituzionale della Repubblica Italiana della tesi dell'Avvocatura dello Stato. Ed invero è lapalissiano che la Corte Costituzionale non è titolare del potere legislativo, ne consegue che la stessa può pronunciare una sentenza additiva esclusivamente nel caso in cui la norma sottoposta al suo esame si ponga in contrasto con la Costituzione non per il suo contenuto, ma per l'insufficienza del suo contenuto. La Corte è legittimata a pronunciare una sentenza additiva esclusivamente nel caso in cui l' "addizione" serva a rendere conforme a Costituzione una norma che senza l'addizione è incostituzionale. Non è questo il caso del sopra citato art. 33 D.Lgs. n. 80/98 nel testo introdotto dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000. Ed infatti - una volta stabilito che il citato articolo era contrario alla Costituzione nella parte in cui derogava al criterio costituzionale del riparto della giurisdizione fondato sulla natura della posizione giuridica fatta valere in giudizio in una serie di casi che non rientravano tra quelli per i quali la stessa Costituzione autorizza tale deroga - la Corte al fine di rendere la legislazione dello Stato conforme alla Costituzione non aveva alcuna necessità di creare delle nuove ipotesi di diritti soggettivi che, pur non essendo "sottosposti" al potere autoritativo della P.A., fossero egualmente tutelabili soltanto dinanzi al giudice amministrativo.

Ciò posto, in questa sede occorre soltanto valutare se il caso prospettato dai ricorrenti nell'interesse della figlia abbia ad oggetto una posizione di diritto soggettivo o di interesse legittimo e, se vera la prima ipotesi, se detto diritto soggettivo sia – come sostiene la difesa erariale – “sottoposto” al potere autoritativo espresso dalla P.A. tramite provvedimenti adottati in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241/1990.

Ebbene, in attuazione del precetto costituzionale dell'articolo 38, comma 3, Cost., secondo cui *“Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione”*, la legge 5 febbraio 1992 n. 104 (legge-quadro per *“l'assistenza, l'integrazione sociale ed i diritti delle persone handicappate”*) detta *“i principi dell'ordinamento in materia di diritti, integrazione sociale ed assistenza della persona handicappata”* (art. 2) e stabilisce che colui che *“presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione [...] ha diritto alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale residua e alla efficacia delle terapie riabilitative”* (art. 3).

L'articolo 12 della medesima legge garantisce *“il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie”* e prevede, a tal fine, un procedimento di accertamento della gravità della minorazione (affidato al Servizio sanitario nazionale dall'articolo 4), seguito dalla redazione di una *“diagnosi funzionale”* e di un *“profilo dinamico-funzionale”* finalizzati alla formulazione di un *“piano educativo individualizzato”*.

Come si vede il legislatore, primo tra tutti quello Costituzionale, ha ripetutamente ed espressamente qualificato come *“diritto”* la posizione giuridica fatta valere in questo giudizio dai genitori di [REDACTED]. Non è giuridicamente configurabile un *“lapsus calami”* o una disattenzione terminologica del legislatore costituzionale. È lecito invece discutere in ordine alla natura meramente programmatica oppure immediatamente precettiva del comma 3

dell'art. 38 Cost., ma non vi è dubbio, però, che anche le norme costituzionali programmatiche divengono pienamente precettive una volta che l'indicazione programmatica venga recepita ed attuata da una legge ordinaria. Nel caso di specie la legge ordinaria, come illustrato in precedenza, è stata emanata e si pone in piena sintonia con la norma di rango superiore, qualificando anch'essa come diritto soggettivo l'interesse della persona disabile all'educazione scolastica. Va quindi preso atto che – come evidenziato anche dall'art. 2 della l. n. 104 del 1992 - nel nostro Ordinamento esiste un principio generale secondo il quale tutto ciò che è necessario alla persona handicappata per godere pienamente delle prestazioni previste a suo favore dalla legge ordinaria 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 Martina, è potenzialmente utile a migliorare il livello di integrazione sociale e scolastica ed il 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.

Secondo le citate leggi ordinarie l'integrazione scolastica della persona handicappata nelle sezioni e nelle classi comuni delle scuole di ogni ordine e grado *“si realizza”* a norma dell'articolo 13 della legge, attraverso *“attività di sostegno”* che sono *“garantite”* mediante *“assegnazione di docenti specializzati”* nelle scuole di ogni ordine e grado e gli insegnanti di sostegno *“assumono la contitolarità delle sezioni e delle classi in cui operano, partecipano alla programmazione educativa e didattica e alla elaborazione e verifica delle attività di competenza dei consigli di interclasse, dei consigli di classe e dei collegi dei docenti.”*

La posizione fatta valere in giudizio dai ricorrenti in rappresentanza della figlia è, dunque, di diritto soggettivo pieno e questo diritto non è "sottoposto" ad alcun potere autoritativo della P.A., la quale, in materia, è titolare di meri poteri certificatori di natura tecnica. Ed invero, le norme riprodotte nel decreto legislativo 16.4.1994 n. 297, recante il testo unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione nelle scuole (artt. 312 e ss.), sono completate dall'articolo 40 della legge n. 449 del 1997 che, dopo aver fissato nel primo comma il numero dei dipendenti del comparto scuola per l'anno 1999 (in un contesto di generale riduzione della spesa pubblica) nella misura inferiore del 3 per cento rispetto a quello rilevato alla fine dell'anno 1997, fa espressamente salva la dotazione di personale di sostegno necessaria a coprire la richiesta nazionale di integrazione scolastica e assicura, in attuazione dei principi generali fissati dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104, l'integrazione scolastica degli alunni handicappati con la possibilità di assumere con contratto a tempo determinato insegnanti di sostegno in deroga al rapporto docenti-alunni (indicato dal successivo comma 3 nella misura di un insegnante per ogni gruppo di 138 alunni), in presenza di handicap particolarmente gravi.

In conclusione, dal complesso quadro normativo di riferimento sopra riassunto si rileva che alle competenti commissioni mediche ed agli organi del Ministero dell'istruzione la legge attribuisce una mera discrezionalità tecnica in ordine all'accertamento delle condizioni di legge perché la persona minorata possa esercitare il suo diritto all'istruzione ed all'integrazione scolastica, almeno nell'ambito delle risorse disponibili. La legge non prevede, quindi, alcun provvedimento amministrativo ampliativo della posizione giuridica del disabile da emanarsi al termine di un procedimento regolato dalla l. n. 241 del 1990. L'Autorità scolastica è priva di poteri autoritativi ai quali possa contrapporsi un interesse legittimo del soggetto privato; la stessa è anche priva di qualsivoglia discrezionalità amministrativa almeno sino a che non alleghi e provi l'esaurimento delle risorse disponibili in organico e l'impossibilità di far ricorso alla deroga espressamente prevista dalla legge per soddisfare le esigenze derivanti dai casi più gravi.

In altri termini, eventuali esigenze finanziarie (che spetta comunque all'Amministrazione di dedurre, a giustificazione del provvedimento di riduzione del sostegno al minore handicappato) non potrebbero comunque giustificare la compressione del diritto alla istruzione ed all'inserimento scolastico poiché, come detto, è la stessa legge che fissa il limite d'organico per il numero di insegnanti (determinato dal rapporto tra popolazione scolastica abile e insegnanti di sostegno), che consente di derogarvi nei casi gravi.

Quanto fin qui illustrato per affermare la giurisdizione di questa autorità giudiziaria ordinaria serve ad integrare anche l'esame del merito della domanda. Stabilito, infatti, che la 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 portatrice, non resta che verificare se è vero che 5 ore settimanali di insegnamento di sostegno (o, 16, come ora sembra voglia garantire il Ministero) siano insufficienti per valorizzare tutte le potenzialità di inserimento scolastico, di apprendimento e di riduzione dell'handicap di Martina e, conseguenzialmente, se è vero che esiste il rischio della perdita definitiva di importanti possibilità di miglioramento delle condizioni di vita della figlia dei ricorrenti.

Ebbene, il consulente tecnico d'ufficio nominato da questo giudice, ha accertato che la [REDACTED] è affetta da ritardo cognitivo con difficoltà di linguaggio e disprassia (incapacità ad effettuare movimenti fini ed anche impossibilità ad articolare correttamente i fonemi). Ha inoltre ritenuto che la riduzione delle ore di sostegno a meno della metà delle ore di presenza in scuola non solo rende inutile l'attività di sostegno, ma potrebbe essere fonte di pregiudizio irreversibile per le possibilità di miglioramento delle capacità di apprendimento della minore. Si deve pertanto riconoscere la necessità che alla minore sia assicurato un sostegno di almeno 20 ore settimanali, svolto con rapporto 1/1 (svolto, cioè, da un insegnante, possibilmente sempre lo stesso, che durante le predette 20 ore si occupi esclusivamente di [REDACTED]), che la segua per tutto l'anno scolastico. Nulla nella documentazione sanitaria prodotta in giudizio dai resistenti o acquisita dal CTU confligge con le affermazioni di quest'ultimo.

Per quanto concerne il profilo dell'urgenza del provvedimento richiesto è sufficiente richiamare le certificazioni mediche in atti, la consulenza espletata ed anche il notorio per affermare che il sostegno terapeutico ed educativo deve assolutamente essere fornito a [REDACTED] 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 in rapporto 1/1 per almeno 20 ore settimanali.

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. 4 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. 2092/1992 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 affievolimento, 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.).

P. Q. M.

- Visto l'art. 700 c.p.c., ordina al Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca, in persona del Ministro in carica, ed all'Istituto Elementare Lola Di Stefano, in persona del Dirigente scolastico pro-tempore, di garantire a [REDACTED] [REDACTED] l'assistenza di un insegnante specializzato, possibilmente sempre lo

stesso, per lo svolgimento di attività di sostegno per almeno 20 ore settimanali ed in rapporto di 1/1 (durante le predette 20 ore l'insegnante deve occuparsi esclusivamente di [REDACTED]);

- rinvia per la trattazione del merito all'udienza del 23/09/05 alle ore 11.40;
- si comunichi.

Roma 16 marzo 2005

IL G. I.



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

Roma, il 17.3.05

IL CANCELLIERE

Patrizia Colasanto

