

IL Giudice

considerato in fatto e in diritto che:

risulta dal certificato rilasciato dalla ASL Roma A in data 28.01.04 che il minore ~~██████████~~ ~~██████████~~ presenta <<ipoacusia neurosensoriale di grado medio, ritardo mentale lieve e disturbo dell'attenzione con iperattività>>;

inoltre, l'Ospedale pediatrico Bambin Gesù in data 19.12.05 ha confermato la diagnosi di ipoacusia neurosensoriale bilaterale e ha richiesto <<insegnante di sostegno nell'ambito di un rapporto 1:1>>;

la sentenza n. 204 del 2004, che ha riformulato l'art. 33 del D. L.vo n. 80, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, riaffermando il principio, recepito dalla Carta costituzionale, secondo cui sono devoluto 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 riconosciutale 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 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;

ne consegue che, escluso che la presente controversia abbia ad oggetto una concessione di pubblico servizio, ed anche a voler considerarla incluso 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;

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. 297/94), 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. 449 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 della minore Deborah, 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;

neppure è sostenibile la tesi 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;

ed invero, in assenza, come si è visto, di detti poteri autoritativi da parte della p.a., 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. 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);

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;

in presenza di un alunno individuato come persona handicappata già nel precedente anno scolastico, era dovere dell'amministrazione scolastica e non onere dei ricorrenti attivare tempestivamente il procedimento previsto dai commi 5/9 dell'art. 12 L. n. 104/92, mentre, tenuto conto della natura sommaria del presente procedimento, ai fini della emissione del provvedimento cautelare richiesto è sufficiente la produzione della sunnominata documentazione proveniente, oltre che da una ASL, da una struttura pubblica particolarmente qualificata quale è l'Ospedale pediatrico Bambin Gesù;

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 ~~_____~~ nelle more del giudizio di merito, nel presente anno scolastico,

la presenza dell'insegnate di sostegno per il massimo delle ore di sostegno previste in relazione il tipo di corso scolastico frequentato dal minore stesso;


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 ed ogni altro organo locale competente) assicuri al minore ~~XXXXXXXXXX~~, nel presente anno scolastico, la presenza dell'insegnate di sostegno per il massimo delle ore di sostegno previste in relazione il tipo di corso scolastico frequentato dal minore stesso;
2. conferma l'udienza di prima comparizione del 12.04.06 h. 9.30.

Si comunichi.

Roma, 27.02.06

IL GIUDICE

DEPARTAMENTO DI CANCELLERIA
27.2.06


RELAZIONE DI NOTIFICA

alla istanza delle sopr. - Is. 3001. Ufficiale
Giudiziario iscritto all'ufficio unico notifiche
della Corte d'Appello di Roma, per ogni effetto
di legge notifico il suddetto atto al sig.

Alv. Amoruso A

nel suddetto domicilio, ivi consegnandone a
mani di persona qualificatasi per

il nome di legge come al contenuto dell'originale

convivente e capace che ha cura la consegna in sua assenza precaria

ROMA

9/3/06

Piero Foglia
UFFICIALE GIUDIZIARIO
[Signature]