

economico e finanziario; la conseguenza è che la tutela riconosciuta al privato è esclusivamente quella tipica dell'interesse legittimo al corretto esercizio della discrezionalità amministrativa, e ciò varrebbe, par di capire, rispetto alla prestazione dei servizi pubblici in generale;

2) il giudice ordinario non ha il potere di emettere nei confronti della pubblica amministrazione un ordine di fare specifico, ciò essendo vietato dagli art. 2-4 della legge n. 2248/1865, all. E;

3) l'art. 33, co. 1, del d.lgs. n. 80/1998, sostituito dalla legge n. 205/2000, prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche nel testo risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, laddove fa riferimento alle "*controverse in materia di pubblici servizi ... ovvero relative a procedimenti adottati dalla P.A. ... in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. n. 241/90*" (questo sarebbe il dispositivo dell'art. 33, riformulato dalla Corte costituzionale, per come testualmente riportato nell'ordinanza).

Avverso la suddetta ordinanza propongono reclamo i signori ~~XXXXXX~~ e ~~XXXXXXXXXX~~, diffusamente argomentando a proposito della sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario e chiedendo l'accoglimento del ricorso d'urgenza.

Il Ministero chiede il rigetto del reclamo e la conferma dell'ordinanza.

Il reclamo è fondato, appartenendo la giurisdizione al giudice naturale dei diritti soggettivi per le ragioni già costantemente illustrate da questa sezione in numerosi precedenti specifici emessi anche in ordinanze di rigetto dei reclami proposti avverso provvedimenti di accoglimento di ricorsi d'urgenza nel merito.

Procedendo nell'ordine sopra proposto all'esame delle obiezioni mosse (implicitamente) al qui condiviso orientamento, si osserva quanto segue.

1) Nell'ordinanza reclamata il rapporto tra procedimento amministrativo e diritto soggettivo viene descritto sostanzialmente in termini di ossimoro, nel senso che tra l'uno e l'altro vi sarebbe una assiomatica incompatibilità al punto che laddove sia ravvisabile un procedimento amministrativo (quale che esso sia) sarebbero ipotizzabili esclusivamente interessi legittimi azionabili davanti al giudice amministrativo. La giurisprudenza e la dottrina hanno superato da molto tempo questa impostazione, essendo ormai riconosciuta l'esistenza di diritti fondamentali e, in particolare, di un "*nucleo essenziale*" di diritti soggettivi perfetti (tra i quali emerge il diritto alla salute) non sopprimibili neppure da interventi del legislatore ordinario che pure perseguano finalità di interesse pubblico, a prescindere da ogni considerazione inerente ai costi economici (v. Corte cost. n.

184/1993). E' significativo che rispetto alle esigenze della finanza pubblica sono state considerate prevalenti anche le "ragioni di speranza di vita" con riferimento alle cure non contenute in protocolli ufficiali, pur comportando un onere a carico della collettività (v. Corte cost. n. 185/1998). E' stato riconosciuto il diritto all'assistenza sanitaria indiretta allorché il servizio sanitario nazionale e le strutture convenzionate non siano in grado di assicurare un tempestivo intervento reso indifferibile dalla condizione di salute della persona bisognosa di cure (v. Corte cost. n. 267/1998 e, per l'affermazione della giurisdizione ordinaria, v. tra le tante v. Cass. n. 13548/2005 a proposito della cosiddetta terapia Di Bella; v. Cass. n. 11334/2005 a proposito del diritto al rimborso dal servizio sanitario nazionale delle spese sostenute per cure mediche effettuate all'estero, ecc.). A questa impostazione è approdato il legislatore ordinario che, all'art. 1 co. 2 lett. g) della legge n. 281 del 1998, qualifica espressamente come "fondamentale" il diritto dei consumatori e degli utenti "all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza". Anche il legislatore costituzionale nel nuovo art. 117, co. 2, lett. m), della Costituzione, seppur al fine di individuare le materie di legislazione esclusiva dello Stato, riconosce l'esistenza di "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", così sottraendo questi ultimi alle valutazioni discrezionali del legislatore e, di conseguenza, della stessa P.A.. Quando è la legge a conferire "diritti" agli utenti dei servizi pubblici, la P.A. non gode di alcuna discrezionalità che possa comprimerli. Ciò, nella materia in esame, significa che esiste un contenuto minimo di ore di sostegno scolastico che, nel caso concreto, la P.A. è tenuta a garantire, pena la violazione di diritti soggettivi pieni al rispetto di quei livelli minimi essenziali.

Venendo più da vicino al problema della giurisdizione, la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 - che ha riformulato, con pronuncia di parziale accoglimento, il testo dell'art. 33 del d.lgs. n. 80/1998 come sostituito dalla legge n. 205/2000 - è erroneamente invocata dalle Amministrazioni pubbliche resistenti (e dall'ordinanza reclamata) a sostegno del presunto difetto di giurisdizione del giudice ordinario. La sentenza, infatti, riaffermando il principio recepito dalla Carta costituzionale secondo cui sono devolute al giudice ordinario "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 n. 2248/1865, all. E) e ribadendo il noto criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla natura della situazione giuridica lesa (diritto soggettivo/interesse legittimo), ha specificato che la riserva di giurisdizione in favore del g.a. - precipuamente nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva - non trova fondamento costituzionale nella particolare "materia" (alla quale può astrattamente 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 giudice amministrativo. 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 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. 241/1990)”* e, dunque, nei soli limiti in cui vengano devolute al giudice amministrativo *“le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi”* ovvero relative a *“provvedimenti”* amministrativi che siano espressione di potestà autoritativa discrezionale, o ancora concernenti l'affidamento del servizio, la vigilanza ed il controllo sull'attività del gestore.

Evidente è l'errore dell'ordinanza reclamata (come risulta, a pag. 22, dalla trascrizione che viene fatta del testo del riformulato art. 33 co. 1) nell'aver ritenuto tuttora la giurisdizione esclusiva nelle *“controversie in materia di pubblici servizi... ovvero relative a procedimenti adottati dalla P.A...”*, quell' *“ovvero”* dimostrando l'erroneo convincimento della persistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia sulla materia dei servizi pubblici sia sui procedimenti amministrativi adottati ai sensi della legge n. 241 del 1990. Ed invece, risulta chiaramente sia dal dispositivo sia dalla motivazione della sentenza n. 204/2004 la illegittimità costituzionale della giurisdizione esclusiva estesa all'intera materia dei pubblici servizi, residuando essa soltanto nelle controversie che, comunque riguardando pubblici servizi, siano *“relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero a provvedimenti adottati... in un procedimento disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241...”*. Il riferimento della sentenza n. 204/2004 ai *“provvedimenti”* resi nell'ambito dei procedimenti ex lege n. 241/1990, anziché (come ritenuto nell'ordinanza) ai procedimenti amministrativi in generale, chiarisce che la giurisdizione esclusiva sussiste solo nel caso in cui siano impugnati provvedimenti amministrativi (riguardanti servizi pubblici) che siano espressione di autoritatività di natura discrezionale.

Escluso che la presente controversia abbia ad oggetto una concessione di pubblico servizio, difetta evidentemente nella specie - alla stregua della normativa di settore - un ambito autoritativo dell'intervento della P.A., tale cioè da conformare *“ab origine”* ovvero da incidere sulla situazione giuridica riconosciuta dall'ordinamento al privato (soggetto disabile), 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 evincere dal complesso delle disposizioni di legge che regolano la materia:

a) art. 3 co. 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 co. 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”* (talí disposizioni sono state riprodotte integralmente nel t.u. approvato con d.lgs. n. 297/1994, 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'invulnerabilità 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 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 invulnerabili dell'uomo nelle formazioni 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 assumere carattere recessivo rispetto) all'esercizio dei poteri attribuiti alla P.A. di organizzazione della attività scolastica pubblica e di attuazione delle misure volte a realizzare la integrazione sociale, tenuto conto che:

a) 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 della persona disabile, che verrebbe a dipendere da scelte discrezionali e di

merito della P.A., 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 demandato alle strutture sanitarie pubbliche (art. 4 legge n. 104/92); (b) 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 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 - previsti dalla legge - ritenuti più opportuni (art. 13) e la organizzazione dei mezzi e del personale necessari a garantire la effettività del diritto soggettivo della persona disabile (art. 14) non può costituire ostacolo od impedimento all'attuazione del diritto stesso, essendo comunque tenuta la P.A. ad assicurare inderogabilmente *"l'attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati"* (art. 13 co. 3 legge n. 104/92; v. art. 315 co. 2 t.u. 297/1994), come può implicitamente desumersi anche dall'art. 40 co. 1 della legge n. 449/1997, 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. un insegnante per ogni gruppo di 138 alunni frequentanti, come stabilito dall'art. 40 co. 3 della legge n. 449/1997] in presenza di handicap particolarmente gravi"*, nonché dall'art. 14 ult. co. della legge n. 104/1992 (riprodotto nell'art. 316 co. 3 e nell'art. 319 co. 4 e 5 del t.u. n. 297/1994) che autorizza la PA ad utilizzare in posti di sostegno docenti privi dei prescritti titoli (cfr. co. 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 P.A., essendo questa obbligata alla piena soddisfazione del diritto vantato dai reclamanti n.q. di genitori del minore affetto da grave handicap, deve affermarsi la giurisdizione del giudice ordinario.

2) Con riguardo all'osservazione secondo cui il giudice ordinario non avrebbe il potere di emettere nei confronti della pubblica amministrazione un ordine di fare specifico (avente ad oggetto, in particolare, l'assegnazione di un insegnante di sostegno per un numero determinato di ore), *"in alcun modo pertinente, al fine del decidere, si appalesa il richiamo all'art. 4 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E. La disposizione de qua, infatti, nel prevedere il divieto, a carico del giudice ordinario, di condannare la pubblica amministrazione ... a un facere, non detta una regola sul riparto della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo), ma investe l'individuazione dei limiti interni posti dall'ordinamento alle attribuzioni del giudice ordinario (divieto di annullare, modificare o revocare il provvedimento amministrativo) e non può - di*

conseguenza – invocarsi al fine di escludere la giurisdizione del giudice ordinario su una determinata controversia” (v., tra le tante, Cass. n. 23835/2004). Inoltre, premesso anche che nessun provvedimento amministrativo di tipo autoritativo è stato individuato o è ravvisabile, nella vicenda in esame, il divieto sopra ricordato, 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), non sussiste tutte le volte (come nel caso in esame) 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 che con l'esistenza di quel diritto è, infatti, incompatibile (in questo caso, 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.*). Ne consegue che non può evidentemente eccedere dai predetti limiti il comando impartito dal giudice ordinario alla P.A. di adempiere l'obbligo *ex lege* di integrazione scolastica mediante assegnazione dell'insegnante di sostegno didattico, tenuto conto in particolare che nessuna allegazione e dimostrazione è stata fornita dal Ministero resistente in ordine al superamento od alla modifica – conseguente all'assegnazione del sostegno per un numero maggiore di ore rispetto a quelle già assegnate – del rapporto numerico 1/138 (un insegnante di sostegno ogni 138 alunni) stabilito dall'art. 40 co. 3 della legge n. 449/97 per determinare la dotazione organica degli insegnanti di sostegno di ruolo. Tale rapporto, peraltro, 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. 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 a fronte del quale il diritto soggettivo del disabile dovrebbe considerarsi recessivo, è appena il caso di rilevare come la locuzione della disposizione di 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, superando i vincoli imposti dalla vigente legislazione alle assunzioni nel pubblico impiego. Ne consegue che, se da un lato, la P.A. 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

