

TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA

SECONDA SEZIONE CIVILE

IL GIUDICE

nel procedimento ex art.700 c.p.c. proposto nella causa di I grado iscritta al n.47425 del ruolo generale per gli affari contenziosi dell'anno 2005, vertente

T R A

~~_____~~ in proprio e quali genitori
esercenti la potestà sul minore ~~_____~~

elett.te dom.ti in Roma, Via Arrigo Davila n.89 presso lo studio dell'avv.to Alfonso Amoroso e
della dott.ssa Anna Maria Cardona

- ATTORI -

E

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA", in persona
del Ministro pro tempore

ISTITUTO DI ISTRUZIONE SECONDARIA STATALE ASMARA 28 in ROMA, in persona
del legale rappresentante pro tempore

dom.ti in Roma, Via dei Portoghesi n.12, presso gli uffici dell'Avvocatura Generale dello
Stato

- CONVENUTI -

Esaminati gli atti e sciogliendo la riserva si osserva quanto segue.

1 - Promuovendo il giudizio, gli attori hanno lamentato la mancata nomina di un insegnante di sostegno con il rapporto 1-1 per il proprio figlio, affetto da grave handicap ed iscritto all'Istituto Superiore Statale Asmara 28 in Roma ed hanno chiesto accertarsi l'insufficienza del numero di ore settimanali di sostegno assegnate al minore - inferiore del rapporto 1:1 - e la condanna dei convenuti al risarcimento del danno patito dal minore oltre al danno morale patito in proprio.

Ravvisando la sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile (con riferimento al diritto alla salute e al diritto allo studio del minore), gli attori hanno chiesto l'adozione, ex art.700 c.p.c., di un provvedimento idoneo a garantire un apporto completo di ore di sostegno, per l'intera giornata scolastica.

2 - L'istanza cautelare appare fondata.

L'ammissibilità della tutela richiesta è stata già decisa da questo Tribunale (v., in particolare, ordd. 17 dicembre 2002, in *Corriere giuridico*, 2003, 649; 8 febbraio 2004, inedita) con motivazioni totalmente condivisibili e che si intendono richiamate anche in questa sede.

In particolare, per quanto attiene alla giurisdizione, va rilevato che la Corte Costituzionale, con sentenza n.204/2004, ha riformulato il testo dell'art. 33 Dlgs n. 80/1998 come sostituito dalla L. n. 205/2000 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 e ribadendo il criterio di riparto della giurisdizione secondo la distinzione della situazione giuridica lesa (diritto soggettivo/interesse legittimo), con la ulteriore e significativa precisazione che la riserva di giurisdizione in favore del GA non trova fondamento costituzionale nella particolare materia ma si giustifica esclusivamente in relazione alla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità, restando escluso che la semplice partecipazione al giudizio od il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia possano essere condizioni sufficienti a radicare la giurisdizione amministrativa. Ne consegue che la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del GA delle controversie in materia di pubblici servizi è conforme a criteri costituzionali nei limiti in cui in tale materia la PA agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà riconosciutale dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si avvale di tale facoltà e dunque detta devoluzione è legittima nei soli limiti in cui vengano devolute al GA le controversie in materia di pubblici servizi 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.

In questa sede, quindi, occorre soltanto valutare se il caso prospettato dai ricorrenti nell'interesse del figlio 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.

Come è noto, nel concetto di danno alla persona, oggetto delle controversie risarcitorie, rientra non solo quello all'integrità psico-fisica, ma anche quello arrecato dalla lesione di un diritto fondamentale ed inalienabile dell'uomo.

Il diritto all'istruzione e all'educazione della persona portatrice di handicap è garantito innanzi tutto dalla Costituzione, agli artt. 2 ("la Repubblica riconosce i diritti inviolabili dell'uomo...nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"), 3, comma secondo ("è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto alla libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana"), 34, comma primo ("la scuola è aperta a tutti") e 38, commi terzo e quarto ("gli inabili e i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato"), nonché dall'art. 26 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata nel 1948 e dall'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea approvata il 7 dicembre 2000.

Il diritto in questione è riconosciuto e garantito, altresì, dall'art. 3 comma 3 L. n. 104/92 secondo cui 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; dall'art. 12, commi 2 e 4 della legge 5.2.92 n.104 ("è garantito il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni di istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie...l'esercizio del diritto all'educazione e all'istruzione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento né da altre difficoltà derivanti dalle disabilità connesse all'handicap"); a tal fine, è previsto 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*;

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 (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 natura assolutamente inviolabile del diritto trova conferma nell'art. 40 legge 27.12.97 n.449, 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), fa espressamente salva la dotazione di personale di sostegno necessaria a coprire la richiesta nazionale di integrazione scolastica ed 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 leva che alle competenti commissioni mediche ed agli organi del Ministero dell'Istruzione la legge ha attribuito una mera discrezionalità tecnica, in ordine all'accertamento delle condizioni di legge necessarie affinché la persona minorata possa esercitare il suo diritto all'istruzione ed all'integrazione scolastica, almeno nell'ambito delle risorse disponibili.

La legge non ha previsto, quindi, alcun provvedimento amministrativo ampliativo della posizione giuridica del disabile da emanarsi al termine di un procedimento regolato dalla legge n.241 del 1990.

L'Autorità scolastica, nella fattispecie, 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 alleggi e provi

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, la stessa legge che ha fissato il limite d'organico per il numero di insegnanti (determinato dal rapporto tra popolazione scolastica abile e insegnanti di sostegno), consente di derogarvi nei casi gravi.

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, non sussiste in questa ipotesi (v., in materia di diritto alla salute, Cass. n. 2092/1992 e 1501/1997 e, di diritto di proprietà, Cass. n. 1636/1999); 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 mai 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.).

3 - Affermata la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, vanno analizzati, nel merito, gli accertamenti svolti dal consulente medico d'ufficio.

Acquisita la *diagnosi funzionale* e visitato il minore, il C.T.U. ha rilevato che est'ultimo è affetto da trisomia 21(sindrome di Down) e presenta attualmente ritardo di linguaggio – praticamente assente salvo rari fonemi – difficoltà nell'interazione con l'adulto apparendo piuttosto inibito con note di passività e scarsa iniziativa spontanea.

In considerazione di quanto sopra, il C.T.U. ha rilevato la necessità della presenza di un insegnante di sostegno con rapporto 1:1 per l'intero arco delle ore scolastiche.

Le argomentazioni e le conclusioni formulate dal C.T.U., suffragate dalla documentazione in atti, appaiono del tutto condivisibili e dimostrano l'urgenza del provvedimento cautelare richiesto (necessario al fine di non rendere vano il sostegno terapeutico, con il possibile innesco di un meccanismo regressivo secondario).

Di conseguenza, seguendo le indicazioni della consulenza d'ufficio, deve essere ordinato alle Amministrazioni convenute di assegnare al minore ~~_____~~ un insegnante di sostegno con rapporto 1:1 per l'intero arco delle ore scolastiche per l'anno scolastico in corso.

Non è invece accoglibile la ulteriore istanza avanzata dal ricorrente all'udienza del 7.2.2006 – a precisazione della domanda cautelare - di accordare al minore l'attività di sostegno per 18 ore settimanali, per l'intero ciclo scolastico, non essendo ravvisabile il presupposto dell'urgenza;

P. Q. M.

In accoglimento del ricorso ex art.700 c.p.c., ordina al "Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca" e all'Istituto di Istruzione Secondaria Statale "via Asmara 28" Roma di garantire al minore ~~_____~~ l'insegnante di sostegno, con rapporto 1:1 e per l'intero anno scolastico.

Rinvia la causa per l'ammissione dei mezzi istruttori all'udienza del 14 luglio 2006 ore 10.30, dando termini ex art.183, ult. co. c.p.c. fino al 15.5.2006 e al 15.6.2006.

Roma, 12 febbraio 2006

IL GIUDICE

Bianchi

Depositato in Cancelleria
Roma, li 14 FEB. 2006
IL CANCELLIERE

ZA
14 FEB 2006