

REPUBBLICA ITALIANA

TRIBUNALE DI ROMA

II° SEZ. CIVILE

Il giudice Antonio Lamorgese, a scioglimento della riserva assunta a l'udienza dell'11.12.2002, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Nel procedimento iscritto al n. **69789/2002** del ruolo generale dei procedimenti cautelari, promosso da A.C. e A.A., in qualità di genitori esercenti la potestà sulla figlia minorene XX
Avv. A.A., in Roma via xxxxxxx n. xx RICORRENTE

Contro

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA
In persona del Ministro p.t. - NON COSTITUITO

ISTITUTO SCOLASTICO DON PAOLO ALBERA in Roma, in persona del legale rappresentante
p.t. - NON COSTITUITO

^^^^^^^^^^^^^^^^

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato il 7.10.2002, XX ed XX, quali genitori esercenti la potestà sulla figlia minorene XXXXX (nata xxxx) - premesso che quest'ultima, essendo affetta da grave handicap e, in particolare, da un ritardo psico-motorio a genesi sconosciuta, frequentava la scuola materna Don Albera di Roma, sez. F, con orario di otto ore al giorno (dalle ore 8,30 alle ore 16,00); che le era stata assegnata un'insegnante si sostegno per soli 150 minuti al giorno, del tutto insufficienti ed inadeguati in relazione alle esigenze di studio e di inserimento della piccola nell'ambiente scolastico, rendendosi così vani gli sforzi della famiglia di assicurare ad XX gli stimoli necessari allo sviluppo della personalità e dell'apprendimento mediante terapie psicomotorie e logopediste - hanno chiesto di emettere un provvedimento idoneo a garantire alla bambina "un apporto completo di ore di sostegno, per l'intera giornata scolastica", preannunciando di chiedere nel giudizio di merito la condanna delle amministrazioni convenute al risarcimento dei danni economici e morali subiti.

Il Ministero della Pubblica Istruzione dell'Università e della ricerca, il Provveditorato agli Studi di Roma e l'Istituto scolastico scuola materna Don Albera in Roma non si sono costituiti.

All'udienza del 30.10.2002 sono stati interrogati liberamente, in rappresentanza del Ministero dell'Istruzione e del Provveditorato agli Studi di Roma, i funzionari delegati dalle amministrazioni di appartenenza, assunte sommarie informazioni all'udienza successiva ed espletata una consulenza tecnica d'ufficio, all'udienza dell'11.12.2002 il giudice ha riservato la decisione.

Si deve premettere che ai soggetti pubblici convenuti il ricorso è stato virtualmente notificato presso l'Avvocatura generale dello Stato, come si deduce dalla nota in data 29.10.2002 indirizzata al Ministero convenuto (e depositata in udienza dal funzionario munito di delega per la rappresentanza) nella quale Avvocatura ha ritenuto "di non dover assumere direttamente la trattazione della causa", sull'erroneo presupposto che si trattasse di "controversia relativa a rapporto di lavoro ex art. 63 D.Lgs. n. 165 del 30.11.2001".

In considerazione della qualità pubblica delle parti convenute, è opportuno svolgere alcune considerazioni in punto di giurisdizione.

Sul primo aspetto, al fine di sottrarre la giurisdizione al giudice ordinario adito non varrebbe richiamare il D Lgs. N. 80/1998, nel testo sostituito dalla [legge n. 205/2000](#), che ha devoluto al giudice amministrativo la giurisdizione nelle controversie "in materia di pubblici servizi" (art.33, comma 1), atteso che, ai sensi del medesimo art.33 al comma 2, lettera e), sono rimaste escluse

dalla devoluzione al giudice speciale le controversie, qual è configurabile quella in esame, aventi ad oggetto i "rapporti individuali di utenza con soggetti privati" nonché quelle "risarcitorie che riguardano il danno alla persona".

Secondo la condivisibile interpretazione della Corte di Cassazione, infatti sono devolute al giudice ordinario le controversie tra utenti fruitori e soggette (sia esso privato o pubblico) erogatore del servizio pubblico (v. Cassazione S.U. n. 558/2000), sicché a nulla rileva che ad erogare il servizio (nel caso in esame, di istruzione scolastica) sia un soggetto pubblico.

La diversa interpretazione che vorrebbe devolute al giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto i rapporti di utenza riguardanti i servi erogati da soggetti pubblici (ritenendo che l'espressione "soggetti privati", contenuta nell'art. 33 lett. e) sia riferita al soggetto erogatore del servizio) non è condivisibile per diverse ragioni, oltre a quella che fa leva sull'evidente irragionevolezza di un criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla natura pubblica o privata del gestore (con l'irrazionale conseguenza che, ad esempio, vista la riserva al giudice ordinario delle controversie risarcitorie riguardanti il danno alla persona, un paziente sottoposto a cure mediche dovrebbe rivolgersi al giudice ordinario per il risarcimento del danno biologico subito a causa di un intervento chirurgico eseguito presso la ASL ed al giudice amministrativo per l'eventuale risoluzione del contratto avente ad oggetto la prestazione della medesima prestazione professionale e/o per il rimborso del corrispettivo pagato alla stessa ASL). E' ben strano, infatti, in un contesto normativo segnato, ai fini dell'identificazione della stessa categoria concettuale di "pubblica amministrazione", dalla centralità del perseguimento dei fini sociali o l'interesse pubblico in generale mediante lo svolgimento di un'attività produttiva di servizi destinati alla collettività, a prescindere dalla struttura formale del soggetto deputato alla cura di quell'interesse (si pensi alla tematica degli organismi di diritto pubblico, all'art. 6 della [legge n. 205/2000](#) ecc.). Che il legislatore abbia ridato decisiva rilevanza alla struttura formale del soggetto utilizzandola come criterio di riparto della giurisdizione. Il riferimento, (contenuto nell'art. 33 lett. e) ai "soggetti privati", quindi, si spiega perché tali sono coloro che normalmente fruiscono del servizio pubblico, di qui l'interesse del legislatore di fare ad essi riferimento (senza che, ovviamente, da ciò si possa desumere, in mancanza di una diversa indicazione normativa espressa, la devoluzione al giudice amministrativo delle controversie in cui il fruitore del servizio sia un soggetto formalmente pubblico).

Inoltre, quanto al concorrente criterio della natura risarcitoria della controversia, il riferimento al "danno alla persona" non va inteso nel senso riduttivo di danno all'integrità psico-fisica ma nel senso estensivo di pregiudizio arrecato o minacciato alla persona a causa della violazione di un diritto fondamentale dell'uomo (qual è quello all'educazione ed all'istruzione), sicché, anche sotto questo profilo la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, avendo gli attori preannunciato l'azione per il risarcimento dei danni nel giudizio di merito.

Se si condivide la tesi, degna della massima considerazione, che interpreta l'esclusione della giurisdizione amministrativa (in materia di rapporti utenza nei pubblici servizi) come riferita non solo a quella esclusiva ma anche a quella generale di legittimità, con un significativo effetto espansivo della giurisdizione ordinaria, null'altro vi sarebbe da aggiungere per ritenere correttamente adito il tribunale ordinario di Roma (questa tesi, si osserva, è anche coerente con quella secondo cui, in materia di servizi pubblici economici ed anche sociali, tra il soggetto erogatore e l'utente interviene un contratto ovvero un rapporto obbligatorio, avente ad oggetto la prestazione, derivante dalla legge ovvero da un mero atto amministrativo che, in quanto privo di contenuti provvedimentali e meramente ricognitivo dei presupposti richiesti dalla legge per l'insorgenza del diritto alle prestazioni, è idoneo a provocare l'affievolimento dei diritti soggettivi, con conseguente conferma della giurisdizione ordinaria).

Ma se pure non si condivide questa tesi e si ritiene, invece, che anche nei rapporti "di utenza" vi sia spazio per la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, un tale spazio non sussiste nel caso in esame.

Oltre all'argomento, invero decisivo, che i ricorrenti non hanno impugnato alcun provvedimento amministrativo (che, infatti, non esiste) ma lamentano la lesione di un diritto arrecata dal Ministero dell'Istruzione ovvero dall'Istituto scolastico come effetto della organizzazione dell'attività di sostegno a servizio della figlia disabile, è decisivo il rilievo che si tratta di un diritto inviolabile non suscettibile di designazione, sicché la giurisdizione non può che appartenere al giudice naturale dei diritti.

L'assegnazione di insegnante specializzato di sostegno al bambino disabile che frequenta la scuola materna costituisce un diritto riconosciuto dall'art. 13, comma 3, della [legge 104/1992](#) ("*sono garantite attività di sostegno...*"), la cui inviolabilità discende dall'essere esso strumento necessario per la piena realizzazione del diritto inviolabile all'educazione, allo sviluppo della personalità infantile ed all'istruzione riconosciuto dalla stessa legge n. 104/1992 nell'art. 12, comma 2 ("E' garantito il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna") e comma 4 ("*l'esercizio del diritto all'educazione e all'istruzione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento né da difficoltà derivanti da disabilità connesse all'handicap*") e, con riguardo alle scuole materne, dall'art. 99 del citato [D.Lgs. n. 297/1994](#) (v. anche gli art. 12, comma 5 ss., della [legge n. 104/1992](#) e 312/315 del [decreto legislativo n. 297/1994](#); il diritto all'educazione, inoltre è riconosciuto dall'art. 26 della [Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948](#); 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 personalità e delle loro attitudini, sono riconosciuti dagli art. 15 e 17 della [Carta sociale Europea](#) ratificata con [legge n.30/1999](#); il diritto all'inserimento sociale dei disabili, inoltre, è riconosciuto dall'art. 26 della [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea](#), approvata il 7/02/2000).

Poiché il pieno sviluppo della persona umana mediante un proficuo inserimento nella nostra scuola ("*L'integrazione scolastica ha come obiettivo lo sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni, nella socializzazione*":v. art.12, comma 2, della [legge n. 104/1992](#)) è un obiettivo al quale è strumentale il compito della Repubblica di apprestare i mezzi per raggiungerlo e ad esso fa riferimento l'art. 3, comma 2, della Costituzione 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), 34 (che garantisce l'effettività dell'istruzione) e 38 Cost. (che tutela con pienezza il diritto dei disabili all'educazione disponendo che ai compiti a ciò inerenti provvedano gli "organi ed istituti predisposti od integrati dallo Stato"), è evidente che l'organizzazione dell'attività di sostegno da parte delle istituzioni scolastiche non può in via di fatto comprimere o vulnerare quel diritto riconosciuto alla persona da fonti sopranazionali, dalla Costituzione e dalla legislazione ordinaria.

Il servizio reso dall'insegnante di sostegno, infatti, deve essere garantito con modalità idonee a realizzare la sua finalità che è quella di favorire lo sviluppo della personalità del bambino disabile che frequenta la scuola materna e di prepararlo proficuamente alla scuola dell'obbligo (v. art. 99 del [D.Lgs. n. 297/1994](#)).

Ad XX, che frequenta la scuola Don Albera 8 ore al giorno per 5 giorni alla settimana, è oggi assegnata una insegnante di sostegno per 16 ore la settimana (circa 3 ore al giorno) (quando il ricorso fu presentato il numero delle ore era di poco inferiore), con la conseguenza che per circa 5 ore al giorno è priva del sostegno (circostanza pacifica, riferita anche dai funzionari comparsi in rappresentanza del Ministero dell'Istruzione, v. verb. ud. 30.10.2002).

All'esito di una approfondita indagine medico legale, il ctu dott. XX (Neuropsichiatria dell'età evolutiva e pediatria), al cui parere tecnico si è fatto ricorso anche in mancanza di documentazione (che avrebbe potuto essere prodotta dalle amministrazioni convenute) attestante il "profilo dinamico-funzionale" di XX "ai fini della formulazione di un piano educativo individualizzato" (v. art. 12, comma 5 ss., della legge 104/1992), ha giudicato la patologia della bambina "quanto mai importante" (v. rel., p.3, 6) e ritenuto " indispensabile" per un equilibrato sviluppo della sua personalità ed un proficuo inserimento nell'ambiente scolastico che le sia assegnata "una sola maestra" di sostegno che la "segua per tutto l'anno scolastico" per "almeno 25 ore settimanali" ("la continuità educativa degli insegnanti sostegno in ciascun grado di scuola" è raccomandata anche dall'art. 40, comma 3, della legge n. 449/1997): "il mantenere le ore di sostegno a meno della metà delle ore di presenza a scuola non solo è inutile ma potrebbe essere dannoso" trattandosi di soggetto che ha "bisogno di una attenzione continua per migliorare sia l'evoluitività intellettiva come pure quella motoria associata", con il rischio, altrimenti, che "si potrebbe anche mettere in moto un meccanismo regressivo secondario. Quindi - ha concluso il c.t.u. - il sostegno deve essere il più lungo possibile e stabile con un insegnante che segua costantemente la bambina nella sua presenza scolastica" (v. rel., p. 8).

La stessa opinione è stata espressa anche dall'insegnante di sostegno XX e dall'insegnante sig.ra XX secondo cui XX avrebbe "bisogno di avere il sostegno per un maggior numero di ore" e "di essere continuamente stimolata" poiché, altrimenti, non riesce a seguire le attività svolte in classe; anche l'altra insegnante (XX) ha riconosciuto che nelle ore in cui ha il sostegno XX riesce a seguire le attività (v. verbale ud. del 7.11.2002).

Occorre dar conto delle osservazioni mosse dai rappresentanti del Ministero dell'Istruzione, i quali hanno sostanzialmente obiettato che, in considerazione del vincolo costituito dalla dotazione organica di insegnanti di sostegno "fissata nella misura di un insegnante per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente frequentanti" (v. art. 40, comma 3, della [legge n. 449/1997](#) cit.), sulla cui base si determina il numero di posti di sostegno assegnati ai singoli Istituti scolastici (in particolare, per 680 alunni bisognosi vi sarebbero 329 posti di insegnanti di sostegno), e vista la presenza nella scuola Don Albera anche di un altro bambino con sostegno (per 9 ore alla settimana), non sarebbe possibile assegnare ad XX il sostegno per un numero maggiore di ore (altrimenti si determinerebbe uno "sfondamento di organico").

L'obiezione non è condivisibile perché motivata in modo astratto e teorico, cioè prescindendo del tutto dalla gravità degli handicap dei 680 bambini bisognosi di sostegno nella scuola materna su basi provinciale: le amministrazioni convenute, in altri termini, avrebbero dovuto dimostrare concretamente che l'assegnazione ad XX (in considerazione della "gravità del suo handicap" riconosciuta nella nota protocollo 4147/FP del 28/12/2002 a firma del Dirigente scolastico Prof. XX) del sostegno minimo necessario in relazione alla sua particolare patologia (di 25 ore settimanali) comporterebbe una riduzione (al di sotto del minimo essenziale) delle ore di sostegno ad altri bambini aventi un handicap della stessa o di maggiore gravità rispetto a quello della XX (ciò è stato riconosciuto dal rappresentante del Ministero dell'Istruzione, dott.ssa XX, la quale ha dichiarato che "si potrebbe ipotizzare una soluzione diversa(...) valutando se in alcune scuole sussistano situazioni in cui il sostegno è assegnato a bambini con patologie meno gravi di quella della XX") (v. verb. ud. 30.10.2002).

L'art. 40, comma 1, della citata [legge n. 449/1997](#), del resto, 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".

L'attribuzione alla XX del sostegno scolastico con modalità non adeguate alla realizzazione del contenuto essenziale del suo diritto fondamentale alla educazione e istruzione, quindi, non è da imputare ad una scelta legislativa ma, direttamente, alla pubblica amministrazione che lo ha, appunto, di fatto compresso.

Essendo il ricorso fondato, deve essere ordinato alle amministrazioni convenute di assegnare alla XX una insegnante di sostegno per almeno 25 ore alla settimana e 5 ore al giorno (possibilmente "una sola maestra" che la "segua per tutto l'anno scolastico") (v.c.t.u.).

In mancanza di un provvedimento amministrativo di tipo autoritativo, non avrebbe senso 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...) divieto che secondo la più moderna dottrina e giurisprudenza (vedi in materia di diritto alla salute, Cass. N. 2092/1992 e 1501/1997 e, di diritto di proprietà, Cassazione 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 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 in suscettibile di affievolimento, sicché non viene in discussione l'esercizio del potere discrezionale "ma la necessità di ripristino delle condizioni di legalità", vedi Cassazione n. 1636/1999 cit.).

p.q.m.

- Ordina al Ministero della pubblica Istruzione dell'Università e della ricerca, al Provveditorato agli Studi di Roma ed all'Istituto scolastico scuola materna Don Paolo Albera in Roma di assegnare all'alunna XX una insegnante di sostegno per almeno 5 ore al giorno e 25 ore alla settimana (possibilmente una sola maestra che la segua per tutto l'anno scolastico);
- Fissa il termine di giorni trenta per l'inizio del giudizio di merito;
- Si comunichi.

Roma, 17 dicembre 2002

Il giudice
Antonio Lamorgese

Depositato in Cancelleria il giorno 18/12/2002

Firmato

Il Cancelliere

notificato alla scuola DON PAOLO ALBERA ,
il giorno 9 gennaio 2003

100

COPIE DEL TRIBUNALE DI ROMA

Protocollo n. 97 quanto al sig. Severola

Stabile Don Paolo Albera
In persona del fabbr. ca.

V. M. F. Nobiliore 28

consegnazione di due copie a persona qualificata per
il tribunale di roma

impiegato incaricato addetto alla ricezione degli atti convivente e capace
che ne cura la consegna in due copie a conza del destinatario coi seguenti

9 GEN. 2003

COPIE TRIBUNALE DI ROMA
L'ALM. VII. Giudiziaro