

898/67

Ministero ^{del} Pubblica Istruzione



TRIBUNALE DI REGGIO CALABRIA

II SEZIONE CIVILE

IL GIUDICE DESIGNATO

Esaminati gli atti di causa;
sciogliendo la riserva che precede

OSSERVA

Deve preliminarmente esaminarsi la questione di difetto di giurisdizione eccepita dai resistenti, i quali hanno affermato la natura autoritativa dell'attività di organizzazione dei servizi di cui alla L. 104/92 e la conseguente attività di procedimentalizzazione dell'operato dall'amministrazione.

he

Proseguivano i resistenti, considerando che l'ampio margine di scelta, nell'organizzazione degli strumenti di integrazione, ai sensi della legge 104/92, imprime al potere dell'amministrazione una marcata connotazione in termini di discrezionalità.

Ciò determina che la connotazione della situazione soggettiva degli istanti è da qualificarsi come interesse legittimo di tipo pretensivo e determina il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in favore del giudice amministrativo.

Consideravano i resistenti che non esiste alcuna norma che riconosca, secondo criteri matematici e predeterminati, il sostegno scolastico nella misura pretesa dalla ricorrente, così da vincolare l'operato dell'amministrazione e

conseguentemente fondare l'invocato diritto soggettivo.

Eccezionavano il difetto di giurisdizione anche per un ulteriore e diverso profilo.

Consideravano che, ove dovesse essere configurato un diritto soggettivo perfetto degli istanti, venendo in questione l'organizzazione ed erogazione di un servizio pubblico, la natura della controversia sarebbe attratta nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 33 del D. Lgs. 31.3.1998 nr. 80. Tanto era stato affermato nella sentenza a delle SS. UU della S.C. di Cassazione che con ordinanza nr. 1144/07 avevano dichiarato in il difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

Premesse le preliminari eccezioni articolate appare utile esaminare la recente pronuncia della Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

La pronuncia indicata pone quale parametro normativo di riferimento l'art. 33 D. Lgs. 31.3.1998 nr. 80, che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie riguardanti attività e prestazioni rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito della pubblica istruzione con esclusione dei rapporti individuali di utenza. Considerando che il servizio di sostegno scolastico a i minori portatori di handicap non costituisce oggetto di un contratto individuale di utenza, ma è previsto dalla legge e consegue direttamente al provvedimento di ammissione alla scuola dell'obbligo, la Corte dichiarava la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il richiamo dell'art. 33 operato dalla Corte di legittimità appare riferito alla formulazione dell'art. 33 D. Lgs 31.3.1998 nr. 80, nella formulazione antecedente alla declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla pronuncia nr. 204/2004.

MC

L'art. 33 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 nella originaria formulazione così disponeva:

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481.

2. Tali controversie sono, in particolare, quelle:

a) concernenti la istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana;

b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi; c) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi; d) aventi ad oggetto le procedure di affidamento

di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale; e) riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di

natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti

privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose e delle controversie in materia di invalidità.

La Corte Costituzionale, con sentenza 6 luglio 2004, n. 204, ha dichiarato l'illegittimità del comma 1, come sostituito dall'art. 7, lettera a, della legge 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui prevedeva che erano devolute alla

he



giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli» anziché «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché»

La Corte Costituzionale, con sentenza 6 luglio 2004, n. 204, ha dichiarato l'illegittimità del comma 2, come sostituito dall'art. 7, lettera a, della legge 21 luglio 2000 nr. 205.

In virtù della pronuncia della Corte Costituzionale sono ora devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla p.a. o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.

He

La Corte, infatti, nel dichiarare l'illegittimità dei commi 1 e 2 e dell'art. 33 D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, come sostituiti dall'art. 7 comma 1 lett. a), l. 21 luglio 2000 n. 205, nella parte in cui prevedono che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a. "tutte le controversie ... osservava che la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del g.a. se in essa la p.a. agisce esercitando il suo potere autoritativo, ovvero, attesa la facoltà riconosciuta dalla legge (art. 11 l. 7 agosto 1990 n. 241) di

adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo comunque presupposto, se si vale di tale facoltà.

Facendo applicazione dei principi su riportati deve considerarsi che la fattispecie oggetto del presente giudizio non rientra in alcuno dei paradigmi normativi richiamati dalla Corte Costituzionale.

Invero non si controverte di concessioni di pubblici servizi, né la controversia è relativa a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, né si controverte in ordine all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.

Deve escludersi che la fattispecie dedotta in giudizio rientri nelle materie, che ex art. 33 D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 80, nella lettura offerta dalla citata pronuncia della Corte Costituzionale, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

He

Ancora la Corte affermava che *Nel disegno voluto dal costituente, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo non può mai avvenire per il solo fatto che parte in causa sia la p.a., ma deve avvenire sulla base della concreta situazione giuridica dedotta in giudizio (diritto soggettivo o interesse legittimo).*

Corte costituzionale, 06 luglio 2004; n. 204.

Necessita ora verificare se il diritto allo studio riconosciuto al portatore di handicap sia un diritto soggettivo o un interesse legittimo.

Il diritto all'istruzione e all'educazione del portatore di handicap è consacrato dalla Costituzione agli artt. 34, comma I, ove è disposto che la scuola è aperta

a tutti, e 38, commi III e IV, ove è previsto che 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.

Il diritto di ogni individuo all'istruzione è contemplato dall'art. 26 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo approvata nel 1948 e dall'art. 2 del Protocollo Addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1952.

L'art. 3 comma I, L. 104/92 dispone che *la persona handicappata 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.*

Inoltre l'art. 12, commi I e IV, dispone che *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.*

Me

All'uopo è previsto un procedimento di accertamento della gravità della minorazione (affidato al Servizio Sanitario nazionale dall'art. 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 attua, ai sensi dell'art. 13 della legge, attraverso attività di sostegno che sono garantite mediante assegnazione

di docenti specializzati nelle scuole di ogni ordine e grado.

Con analoghe disposizioni che hanno valore immediatamente precettivo l'art. art. 315 comma II D. Lgs. 297/94 prevede quanto segue:

L'integrazione scolastica della persona handicappata nelle sezioni e nelle classi comuni delle scuole di ogni ordine e grado si realizza, fermo restando quanto previsto dagli articoli 322 e seguenti anche attraverso:

a) la programmazione coordinata dei servizi scolastici con quelli sanitari, socio-assistenziali, culturali, ricreativi, sportivi e con altre attività sul territorio gestite da enti pubblici o privati. A tale scopo gli enti locali, gli organi scolastici e le unità sanitarie locali, nell'ambito delle rispettive competenze, stipulano gli accordi di programma di cui all'articolo 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142.

Con decreto del Ministro della pubblica istruzione, d'intesa con i Ministri per gli affari sociali e della sanità, sono fissati gli indirizzi per la stipula degli accordi di programma. Tali accordi di programma sono finalizzati alla predisposizione, attuazione e verifica congiunta di progetti educativi, riabilitativi e di socializzazione individualizzati, nonché a forme di integrazione tra attività scolastiche e attività integrative extrascolastiche. Negli accordi sono altresì previsti i requisiti che devono essere posseduti dagli enti pubblici e privati ai fini della partecipazione alle attività di collaborazione coordinate;

b) la dotazione alle scuole di attrezzature tecniche e di sussidi didattici nonché di ogni altra forma di ausilio tecnico, ferma restando la dotazione individuale di ausili e presidi funzionali all'effettivo esercizio del diritto allo studio, anche mediante convenzioni con centri specializzati, aventi funzione di consulenza

pedagogica, di produzione e adattamento di specifico materiale didattico;
c) la sperimentazione di cui agli articoli 276 e seguenti da realizzare nelle
classi frequentate da alunni con handicap.

Nelle scuole di ogni ordine e grado, fermo restando, ai sensi del decreto del
Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, e successive
modificazioni, l'obbligo per gli enti locali di fornire l'assistenza per
l'autonomia e la comunicazione personale degli alunni con handicap fisici o
sensoriali, sono garantite attività di sostegno mediante l'assegnazione di
docenti specializzati.

Nella scuola secondaria di primo grado e nella scuola secondaria superiore
sono garantite attività didattiche di sostegno, con priorità per le iniziative
sperimentali di cui al comma 1, lettera c), realizzate con docenti di sostegno
specializzati, nelle aree disciplinari individuate sulla base del profilo
dinamico-funzionale e del conseguente piano educativo individualizzato.
I docenti 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
intersezione, di interclasse, di classe e dei collegi dei docenti.

Me

Le disposizioni normative sopra riportate, tutte finalizzate alla concreta
offerta del servizio, hanno portata immediatamente precettiva, volte come
sono ad organizzare e realizzare concretamente l'offerta di istruzione e di
integrazione del disabile, di effettivo sviluppo del diritto della persona e delle
potenzialità del soggetto diversamente abile.

Non può negarsi, in virtù delle disposizioni normative, riportate che
l'ordinamento configuri un vero e proprio diritto soggettivo assoluto

all'effettivo inserimento scolastico dello studente portatore di handicap.

Le norme contemplano ed apprestano strumenti operativi per garantire l'efficiente predisposizione dell'offerta formativa scolastica, adeguata alle esigenze specifiche del singolo individuo, personalizzando l'offerta secondo le necessità dell'interessato.

Ed invero l'offerta formativa personalizzata dell'attività didattica, dopo che in concreto sia stata accertata l'esistenza del diritto, non appare configurata, come un'offerta il cui contenuto sia assoggettato a valutazioni discrezionali dell'Amministrazione sull'an e sul quantum, che è determinato solo dalla peculiare e personalissima situazione del soggetto portatore di handicap.

Da ultimo non può essere ignorato che l'effettiva garanzia a minorati e invalidi di effettive misure di integrazione e sostegno e non di mere misure programmatiche è principio affermato dalla Corte Costituzionale nella pronuncia nr. 215 del 8 giugno 1987.

he

La legge deve garantire ai minorati ed agli invalidi, attraverso misure di integrazione e di sostegno, la frequenza degli Istituti di istruzione superiore, ai sensi degli art. 34 e 38 cost.; pertanto, l'art. 28 comma 3 l. 30 marzo 1971 n. 118 è incostituzionale nella parte in cui, in riferimento ai soggetti portatori di handicap, prevede che "sarà facilitata" e non dispone che "è assicurata" la frequenza delle scuole medie superiori.

Corte costituzionale, 08 giugno 1987, n. 215

Orbene, in quella occasione, è stato affermato che la frequenza scolastica costituisce un essenziale fattore di recupero del portatore di handicap e di superamento della emarginazione, che concorre al complessivo sviluppo della

personalità, evidenziando la sussistenza di uno stretto legame tra il diritto alla frequenza scolastica ed il bene della salute (art. 32 Cost.).

Il valore da attribuirsi alla frequenza scolastica, *alla luce dei principi fondamentali di uguaglianza sostanziale, di tutela della persona e di solidarietà sociale, come comprensivo dell'ipotesi della frequenza scolastica* è stato più recentemente ribadito da Corte Costituzionale, 9 luglio 2002 n. 329.

Con questa decisione, la Corte, rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 legge 118/71, ha affermato che la norma risulta senz'altro rispondente allo scopo prioritario, previsto dalla legislazione in materia di favorire l'effettiva integrazione lavorativa e la valorizzazione della capacità residua dei disabili, e volta altresì a tutelare il diritto all'istruzione contro ogni possibile ostacolo al previo sviluppo della persona umana.

Esaminato il quadro normativo ed i principi ispiratori della materia, quali reiteratamente ribaditi dalla Corte Costituzionale, non può revocarsi in dubbio che il diritto all'educazione, all'istruzione ed all'integrazione scolastica del portatore di handicap è un diritto inviolabile.

Esso appare configurato come uno strumento di valorizzazione delle capacità dei disabili, al fine di consentirne la formazione, di consentire l'espressione della loro personalità, la loro realizzazione ed integrazione.

Le norme, mentre configurano con connotazione di pienezza il diritto alla integrazione scolastica, non configurano alcun potere discrezionale di limitazione e/o potere di compromissione in capo alla P. A., sì che a questa sia consentito ridurre o menomare in alcun modo la personale esigenza di cui è portatore lo studente diversamente abile.

In contrario sussiste in capo all'Amministrazione un precipuo dovere di

He

garantire tale diritto e di garantirlo nella misura resa necessaria dalla gravità dell'handicap.

Il diritto è riconosciuto dall'ordinamento in relazione all'entità, gravità della patologia, non predeterminata ex ante da legislatore, ma da determinare per ciascun caso concreto, al fine di garantire, come prima di è detto, un'offerta didattica e formativa proporzionata ed adeguata alle esigenze personali dello studente.

Accertato il diritto dello studente a conseguire una determinata e personalizzata offerta didattica, l'Amministrazione è vincolata a garantire quell'offerta, e cioè l'assegnazione di insegnante specializzato di sostegno nella misura idonea a realizzare la finalità del servizio.

A contrarie conclusioni non può far giungere il vincolo di cui all'art. 40 L. 449/97, poiché tale vincolo non vale a degradare il diritto prima affermato sussistente.

Me

Il diritto è e resta tale, tant'è che all'Amministrazione, nel rispetto del vincolo costituito dalla dotazione organica di insegnanti di sostegno per ogni gruppo di alunni frequentanti, è legittimata far ricorso all'ampia flessibilità organizzativa e funzionale delle classi prevista dall'art. 21, commi 8 e 9, della legge 15 marzo 1997 n. 59 ed alla 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.

E' la stessa legge a prevedere che il diritto all'istruzione del disabile non possa esser compromesso da scelte organizzative c/o finanziarie, riconoscendo la tutela prioritaria del diritto della persona disabile.

Il vincolo di cui all'art. 40, dunque, non incide sulla qualificazione del diritto

degradandolo, costituendo, in contrario, un limite (normativamente previsto e non deliberato dall'amministrazione) alla attuazione del diritto.

Per tutti i motivi indicati deve rigettarsi l'eccezione, articolata dai resistenti, di difetto di giurisdizione del giudice ordinario.

Può ora procedersi all'esame del merito della controversia.

Le patologie di cui è affetta la piccola ~~XXX~~, risultano dal certificato del 20 settembre 2001, ove è riportato il seguente giudizio medico legale: portatore di handicap che riduce l'autonomia personale correlata all'età e che rende necessario un intervento assistenziale permanente, continuativo e globale nella sfera individuale o in quella relazionale per cui la situazione assume la connotazione di gravità come previsto dal comma 3 dell'art. 3 L. 104/92.

Nel profilo dinamico funzionale della piccola ~~XXX~~, i redattori così concludevano: *si ritiene necessario sostegno didattico per ventiquattro ore settimanali.*

Questo sostegno peraltro era stato assicurato dalla Dirigenza Scolastica sin dall'inizio dell'anno scolastico né è stato in questa sede contestato..

Il Dirigente Scolastico, nella attestazione del 23.1.2007, ha riferito che l'alunna ~~XXX~~ dall'inizio dell'anno scolastico al 7.1.2007, aveva usufruito del sostegno psicofisico per ore 24 e che dall'8.1.2007 le ore settimanali erano state ridotte a 16. + 1 di programmazione in quanto le restanti 6 ore + 1 di programmazione erano state assegnate all'alunno diversamente abile del plesso Caldarella ...

Si impone prendere atto che non è contestato il diritto della alunna Riggio al sostegno per ventiquattro ore settimanali e che la riduzione è stata determinata da situazioni estranee alla situazione personale della piccola ~~XXX~~

He

Preso atto di ciò, incontrovertito ed incontestato che la minore abbia diritto al sostegno didattico per ventiquattro ore settimanali, poiché solo in tal modo trova pieno soddisfacimento il diritto all'istruzione di cui è titolare, non resta che concludere che la determinazione di ridurre le ore di sostegno didattico costituisca un atto lesivo del diritto della minore.

Si è già detto che il diritto di cui è titolare il soggetto portatore di handicap non è comprimibile o vulnerabile da parte dell'amministrazione.

I resistenti non hanno dedotto l'impossibilità di assicurare il diritto già riconosciuto sin dall'inizio dell'anno scolastico, a causa del vincolo imposto dal citato articolo 40 e dalla impossibilità di far ricorso alla deroga espressamente prevista dalla legge per soddisfare le esigenze derivanti dai casi più gravi.

In difetto di ciò, deve considerarsi che non è precluso al giudice ordinario di ordinare all'Amministrazione un facere e cioè una condotta idonea a garantire alla piccola ~~la~~ il diritto all'istruzione, attraverso l'assegnazione di un docente di sostegno - per ventiquattro ore settimanali, posto che siffatta pronuncia non incide in alcun modo sulla discrezionalità della scelta dell'amministrazione la quale, nel rispetto del limite di cui all'art. 40 comma 1 legge 449/97, è deputata ad individuare le modalità concrete di reperimento del docente di sostegno.

Evidente appare il periculum in mora, poiché il diritto della minore necessita trovare immediato soddisfacimento sin dall'anno scolastico in corso, per non frustrare le utilità, che in caso contrario, risulterebbero irrimediabilmente compromesse e non più recuperabili.

Per questi motivi, in accoglimento del ricorso deve ordinarsi Ministero della

me

Pubblica Istruzione, in persona del Ministro pro tempore, ed all'Istituto Comprensivo Stilo Pezzano Bivongi, in persona del Dirigente pro-tempore, ciascuno per le rispettive competenze, di assegnare alla minore ~~XXXXXXXXXX~~
~~XXXXXXXXXX~~, un insegnante di sostegno per ventiquattro ore settimanali.

Poiché il presente provvedimento ha natura integralmente anticipatoria degli effetti della decisione di merito, a norma dell'art. 669 octies, nuova formulazione, non deve essere fissato il termine per l'inizio del giudizio di merito.

Resta da statuire sulle spese di giudizio.

All'uopo non può non considerarsi che il diritto della minore è stato riconosciuto ed attuato sin dall'inizio dell'anno scolastico e che la riduzione delle ore è stata determinata, seppur improvvidamente, dall'esigenza di garantire ad altro minore l'analogo diritto all'insegnante di sostegno.

Queste peculiari ragioni fanno ritenere conforme a giustizia disporre la compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

accoglie il ricorso e, per l'effetto, ordina al Ministero della Pubblica Istruzione, in persona del Ministro pro tempore e all'Istituto Comprensivo Stilo Pezzano Bivongi, in persona del Dirigente pro-tempore, ciascuno per le rispettive competenze, di assegnare alla minore ~~XXXXXXXXXX~~
~~XXXXXXXXXX~~ un insegnante di sostegno per ventiquattro ore settimanali.

Dichiara compensate fra le parti le spese di giudizio.

Reggio Calabria, li 2 aprile 2007.

Il G. D.

H. Puc. 111

del 3/4/2007