



Tribunale di Bologna

SI COMUNICA A:
Avv. VILLANI FABIO
CORTE ISOLANI, 2
40125 BOLOGNA BO

30 SET. 2005

10030 (ARISTO)

Sezione 03 - VIA GARIBALDI, 6 40100 - BOLOGNA

Comunicazione di cancelleria

Tipo proced. Contenzioso

Numero di ruolo generale: 1891-1/2005

Giudice: BENENATI GIUSEPPINA

Data prossima udienza: Ore:

Causes di merito
VD. 31/01/06

Parti nel procedimento

Attore principale	PEDONI LORETTA IN PROPRIO E QUALE GENITORE DI RICCOLI LUCA Avv. VILLANI FABIO Avv. AMOROSO ALFONSO
Convenuto principale	MINISTERO DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E DELLA Avv. AVVOCATURA DELLO STATO

Oggetto: Scioglimento di riserva

Testo comunicazione

Vedi allegato

Il Giudice, a scioglimento della riserva che precede, esaminati i rispettivi atti e la documentazione prodotta, espone quanto segue.

FATTO

Con ricorso ex art. 700 cpc, proposto in corso di causa, depositato in data 28.2.2005 e ritualmente notificato insieme al pedissequo decreto nei confronti del Ministero dell'istruzione, dell'Università e della Ricerca e dell'Istituto d'Arte "Fellini" di Riccione, la sig.ra ~~XXXXXX~~, agiva innanzi al Tribunale di Bologna affinché si assicurasse al proprio figlio ~~XXXXXX~~ - portatore di un grave handicap - un apporto completo di ore di sostegno per l'intera giornata scolastica "in rapporto di 1/1" anziché l'attuale attribuzione del sostegno scolastico con modalità di 13 ore settimanali.

Secondo la difesa della ricorrente il riconoscimento dell'insegnante di sostegno per sole 13 ore settimanali era insufficiente e lesivo del diritto alla salute ed allo studio del minore e che il perdurare di tale situazione creerebbe allo stesso un danno grave ed irreparabile;

Con memoria difensiva del 7.4.2005 si costituiva in giudizio il Ministero dell'Istruzione e l'Istituto d'Arte "Fellini" di Riccione i quali chiedevano, in via del tutto preliminare, dichiararsi il difetto di giurisdizione del Giudice adito poiché la controversia rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 7 l. n. 205 del 2000 e 33 d.lgs. n. 80 del 1998. In via subordinata, rigettarsi il ricorso ex art. 700 cpc in quanto un provvedimento d'urgenza nel caso de quo sarebbe del tutto inammissibile per violazione dei limiti interni alla giurisdizione dell'AGO di cui all'art. 4 all.E L. 2248/1865 non essendo consentito al Giudice ordinario di modificare o revocare l'atto amministrativo. All'udienza del 7/4/2005



1

il giudice, sentite le parti, tratteneva la causa in riserva con concessione del termine per il deposito di memorie fino al 7.6.2005;

DIRITTO

In merito al difetto di giurisdizione

ed

in merito al fumus boni juris e al periculum in mora

L'eccezione relativa al difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario proposta dal Ministero dell'istruzione, dell'Università e della Ricerca e dall'Istituto d'Arte "Fellini" di Riccione per quanto risulta allo stato degli atti, non può essere accolta.

Il nostro ordinamento ha accolto il principio della doppia giurisdizione e del criterio di riparto della giurisdizione tra Giudice Ordinario e Giudice Amministrativo fondato sulla posizione giuridica lesa (art.103 cost). Il sistema della doppia giurisdizione, detto anche doppio binario, comporta che il Giudice Ordinario ha giurisdizione in materia di diritti soggettivi ed il Giudice Amministrativo per la tutela degli interessi legittimi. La coesistenza di due diversi ordini di giurisdizioni inizialmente ha peraltro reso necessaria l'identificazione di un criterio idoneo ad operare il necessario riparto.

Secondo la Suprema Corte (SS.UU. n. 558/2000) la giurisdizione del giudice ordinario si fonda sul disposto dell'art. 33 del D.lgs. 80/1998 come modificato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, che stabilisce: "*sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ... in particolare, quelle (lett.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".

L'interpretazione dell'inciso "*rapporti individuali di utenza con soggetti privati*", tenuto conto che si sono sul punto segnalati rilevanti contrasti interpretativi in dottrina e giurisprudenza, non può da ultimo non tener conto delle indicazioni che emergono dalla pronuncia della Corte Cost. n. 204/2004 (sebbene resa con riferimento ad altra materia) secondo cui "*la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si val: di tale facoltà... .. sicchè, conclusivamente, va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, (d.lgs. n.33/1980 come modificato dalla legge n.205/2005) nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi anziché le controversie in materia di pubblici servizi relativi a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (così come era previsto fin dall'art. 5 della legge n. 1634 del 1971), ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 241 del 7/8/1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore...".*

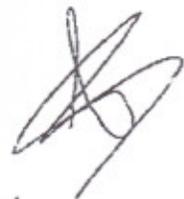


L'impostazione data dalle sentenze della Cassazione S.U. n. 558/2000 e 15717/2001 risulta coerente, dunque, con la sentenza n. 204 secondo cui sono sottratte alla giurisdizione esclusiva le controversie nelle quali, pur nel caso in cui il gestore del servizio sia un soggetto formalmente pubblico, l'utente sia titolare (come sempre più frequentemente avviene) di diritti soggettivi, valendo così il normale criterio di riparto per posizioni soggettive, con conseguente sussistenza della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo nei residuali casi in cui l'utente sia titolare di interessi legittimi rispetto alla fruizione del servizio.

La competenza generale del giudice ordinario a provvedere sulle domande risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione (salva la competenza del giudice amministrativo sui danni strettamente consequenziali fatti valere nell'ambito del giudizio di annullamento e/o accertamento in via principale dell'illegittimità del provvedimento), del resto, costituisce attuazione del principio espresso dall'art. 28 della Costituzione, della responsabilità civile della pubblica amministrazione per gli atti compiuti in violazione dei diritti.

Inoltre, per quel che rileva nella fattispecie, la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice naturale dei diritti, residua anche quando si verta in tema di *"controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona..."* inteso non solo come danno all'integrità psico-fisica del soggetto ma anche come danno arrecato all'individuo dalla lesione e violazione di un fondamentale ed inalienabile diritto dell'uomo.

Il risarcimento del danno costituisce soltanto uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio da utilizzare per rendere



giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Ciò consente di configurare il risarcimento, non come diritto consequenziale all'illegittimità dell'azione amministrativa, ma come forma di tutela diretta del "bene della vita" fatto valere dal danneggiato. Si deve inoltre aggiungere, che il diritto allo studio e all'educazione del portatore di handicap è un diritto garantito costituzionalmente (v. art. 2,3,34 - che garantisce l'effettività dell'istruzione -, 38 - 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-), ribadito altresì dall'art. 3 L. 5.2.1992 n.104, dagli artt. 15 e 17 della Carta sociale europea e dell'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea approvata il 2 dicembre 2000, nonché dalla Legge n. 449 del 1997 art. 12 co. 2-3-4 (*è garantito il diritto all'educazione alla istruzione della persona handicappata nelle sezioni della scuola materna, nelle classi comuni di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie. L'integrazione scolastica ha come obiettivo lo sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione. L'esercizio del diritto alla educazione e alla istruzione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento né da altre difficoltà connesse all'handicap*), diritto insuscettibile di essere affievolito dal potere attribuito alla Pubblica Amministrazione di organizzazione dell'attività scolastica (come peraltro rilevabile dall'art. 40 della l. 449/1997 che prevede 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).



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.

Alla luce di tali considerazioni e condividendo l'orientamento espresso già dal Tribunale di Roma (17/12/2002, Corriere Giuridico, 2003, 3, pag. 649) e da altri Tribunali di merito (Venezia 12/3/2004, Salerno 6/8/2004, Ancona 19/1/2005), che si sono pronunciati in casi analoghi la giurisdizione in merito alla controversia de qua risulta attribuibile al giudice ordinario.

Secondo quanto risulta dalla documentazione prodotta agli atti, il minore Luca di anni 14, frequenta la classe I ed ha, come fu accertato dalla commissione dell'Asl di Ravenna una gravissima ipoacusia neurosensoriale bilaterale dalla nascita.

Tale diagnosi risulta confermata dalla commissione ex art. 4 L. 104/92 che ribadendo il grave deficit uditivo ha ritenuto indispensabile l'assegnazione di un insegnante di sostegno specializzata a tempo pieno (rapporto 1 a 1) - doc. 7 fasc. ricorrente - .

Nella redazione della diagnosi funzionale e del profilo dinamico-funzionale, finalizzati alla formulazione di un piano educativo individualizzato, sono state evidenziate le difficoltà legate al deficit organico consistenti in parte in "atteggiamenti di disorientamento, di isolamento dalla realtà e ridotta comunicazione" ed in parte nella difficoltà di concettualizzazione spazio temporale e nella memoria uditiva.

La stessa insegnante prof.ssa ~~Anna Maria~~ alla quale era stato attribuito l'allievo ~~Luca~~ chiedeva ulteriori ore di completamento cattedra al CSA evidenziando la gravità delle condizioni di ~~Luca~~

L'attribuzione a quest'ultimo del sostegno scolastico con modalità di 13 ore (inizialmente le ore erano 6 divenute 11 e successivamente 13) su 40 ore settimanali, non si ritiene adeguata alla realizzazione del contenuto essenziale del suo diritto fondamentale alla educazione e istruzione e non è quindi da imputare ad una scelta legislativa ma direttamente alla Pubblica Amministrazione che lo ha di fatto compromesso nonostante l'art. 40 co.1 legge 449/1997, sopra citato, assicuri una adeguata integrazione scolastica degli alunni handicappati, attribuendo una mera discrezionalità tecnica, in ordine all' accertamento delle condizioni di legge necessarie. Infatti la legge non ha previsto alcun provvedimento amministrativo che possa ampliare la posizione giuridica del disabile da emanarsi al termine di un procedimento regolato dalla legge 241 del 1990.

La presenza del requisito del periculum in mora è infino di tutta evidenza risolvendosi l'attribuzione al minore portatore di un handicap di un numero non adeguato di ore di sostegno in una compressione del diritto del soggetto all'inserimento scolastico, alla istruzione e all'educazione, insuscettibile di pieno ristoro per equivalente in quanto incidente su diritto della personalità.

Nel caso di specie, non pare possano sorgere dubbi in merito alla ricorrenza di entrambe le condizioni richieste dall'ordinamento.

In merito alla violazione dei limiti interni alla giurisdizione dell'AGO

Non sussiste nel caso in esame il divieto del giudice ordinario di condannare la Pubblica Amministrazione ad un *facere* atteso che tale divieto non sussiste in tutti i casi in cui sia richiesta al giudice ordinario, come nel caso di specie, di rimuovere situazioni che possano arrecare un pregiudizio riconducibile ad un comportamento della

Pubblica Amministrazione che si presenti in contrasto con i precetti posti a salvaguardia dei diritti soggettivi altrui, fondamentali e non suscettibili di affievolimento (cfr. Cass. Civ. 2092/1992, 1501/1997 e 1636/1999).

In tal caso, infatti, non viene in discussione l'esercizio del potere, normalmente discrezionale, della stessa Pubblica Amministrazione ma la necessità del ripristino delle condizioni di legalità. Ed invero in mancanza di un provvedimento amministrativo di tipo autoritativo, non avrebbe senso invocare il divieto per il giudice ordinario di condannare la pubblica amministrazione ad un *facere specifico* (ex art. 4 l. 2248/1865).

In merito alle risorse organizzative e finanziarie

L'eventuale esigenza finanziaria (che spetta comunque all'Amministrazione di dedurre, a giustificazione del provvedimento di riduzione del sostegno a minore handicappato) non potrebbe comunque giustificare la compressione del diritto all'istruzione ed all'iscrizione scolastica poiché 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.

Ciò premesso, riconosciuta la sussistenza della giurisdizione del Giudice Ordinario, delle condizioni del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*, il giudice, visti ed applicati gli artt. 669 octies e 700 cpc,

P.Q.M.

In accoglimento del ricorso ex art. 700 cpc dispone che il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e l'Istituto d'Arte

F.A.,

27 SET. 2005

"Fellini" di Riccione provveda ad assegnare al minore ~~Luca...~~ un insegnante di sostegno specializzata per l'intero orario di frequenza scolastica.

Si comunichi.

Bologna 22.07.2005

Tribunale di Bologna

Depositari: Cancelleria

Oggi 26 SET 2005



Il Cancelliere

Il Giudice
[Handwritten signature]