Costituzione a tutela dei diritti

Alfonso Amoroso

18-03-2003

Siamo due avvocati e genitori di una bambina di 6 anni con un ritardo psico-motorio la cui causa non è stata ancora accertata. Nostra figlia, quest'anno ha ripetuto la scuola materna e le erano state assegnate poche ore di sostegno (due ore al giorno). La nostra bambina ha grosse limitazioni, ma se stimolata può ottenere, come ha fatto fino ad ora, dei buoni risultati. Quello che più ci preoccupava, ed anche ci infastidiva, era il fatto che noi, come famiglia, ci impegnavamo concretamente e totalmente per darle tutti gli strumenti per migliorare, mentre la scuola, dove la bambina trascorre 8 ore al giorno, disattendeva totalmente i principi dettati dalla legge 104, ed impediva di fatto l'integrazione di nostra figlia all'interno della comunità scolastica.

Bisogna considerare, e tenere sempre a mente che il nostro sistema legislativo prevede una tutela piena per tutti i bambini disabili. Tutela costituzionalmente garantita, ed inoltre garantita anche dalle leggi relative alla nostra posizione dentro la comunità Europea. Pertanto, a nostro modesto parere (confermato comunque dal Tribunale di Roma), tutte le limitazioni al diritto alla scuola, all'integrazione ed alla salute sono contrarie ai nostri principi fondamentali, e quindi sono incostituzionali ed illegittimi.

Così abbiamo proposto un ricorso in Tribunale chiedendo che fosse il Giudice ordinario ad assegnare quante ore fossero necessarie per rendere utile la frequenza della scuola alla nostra bambina.

Il Tribunale ha accolto in pieno la nostra domanda ed ha assegnato a nostra figlia una cattedra intera e cioè 25 ore a settimana. Il risultato che abbiamo raggiunto è molto importante ed apre nuove possibilità a chi crede nei propri bambini.

REPUBBLICA ITALIANA TRIBUNALE DI ROMA 2a SEZ. CIV.

il giudice Antonio Lamorgese, a scioglimento della riserva assunta all'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 ANNA CARDONA e ALFONSO AMOROSO, in qualità di genitori esercenti la potestà sulla figlia minorenni ARIANNA AMOROSO avv. Alfonso Amoroso, in Roma, v. Arrigo Davila n. 89 - RICORRENTI contro MINISTERO DELL'ISTRUZIONE DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA in persona del ministro p.t. – NON COSTITUITO PROVVEDITORATO AGLI STUDI DI ROMA in persona del legale rappresentante 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, Anna Cardona ed Alfonso Amoroso, quali genitori esercenti la potestà sulla figlia minorenni Arianna (nata il 31.8.1996) – 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 di 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 Arianna gli stimoli necessari allo sviluppo della personalità ed all'apprendimento mediante terapie psicomotorie e logopediche – 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 un 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 ritualmente 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 l'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 30.3.2001".

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, lett. 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 soggetto (sia esso privato o pubblico) erogatore del servizio pubblico (v. Cass. 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 ad oggetto i rapporti di utenza riguardanti i servizi 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 Usl 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 Usl). 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 dell'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 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 di 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 mediato da un mero atto amministrativo che, in quanto privo di contenuti provvedimenti e meramente ricognitivo dei presupposti richiesti dalla legge per l'insorgenza del diritto alle prestazioni, è inidoneo 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 degradazione, 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 n. 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 altre 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 artt. 12, comma 5 ss., della legge n. 104/1992 e 312/315 del d. lgs. 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 loro personalità e delle loro attitudini, sono riconosciuti dagli artt. 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 7.12.2000).

Poiché il pieno sviluppo della persona umana mediante un proficuo inserimento nella 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 Cost. interpretato dalla Corte cost. nella sent. 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 sovranazionali, dalla costituzione e dalla legislazione ordinaria.

Il servizio reso dall'insegnante di sostegno, infatti, dev'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 Arianna Amoroso, 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 alle settimana (circa 3 ore al giorno) (quando il ricorso fu presentato il numero di ore era di poco inferiore), con la conseguenza che per circa 5 ore su 8 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. Davide Mosconi (neuropsichiatra dell'età evolutiva e pediatra), 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 Arianna "ai fini della formulazione di un piano educativo individualizzato" (v. art. 12, comma 5 ss., della legge n. 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 di 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 intellettuale 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 Francesca Lollobrigida e dall'insegnante sig.ra Mariapia Vitullo secondo cui Arianna 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 (Simona Di Napoli) ha riconosciuto che nelle ore in cui ha il sostegno Arianna riesce a seguire le attività (v. verb. 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 Arianna Amoroso il sostegno per un numero maggiore di ore (altrimenti si determinerebbe uno "sfondamento dell'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 base provinciale: le amministrazioni convenute, in altri termini, avrebbero dovuto dimostrare concretamente che l'assegnazione ad Arianna (in considerazione della "gravità del suo handicap" riconosciuta nella nota prot. 4147/FP del 28.10.2002 a firma del dirigente scolastico prof.ssa Maddalena Pennacchiotti) 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 Amoroso (ciò è stato riconosciuto dal rappresentante del Ministero dell'istruzione, dott.ssa Maria Assunta Palermo, 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 Amoroso") (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 Amoroso 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 Amoroso 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. E), divieto che, 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), 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 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.).

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 Amoroso Arianna 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