

Il Giudice dott.ssa Elena Fumagalli, a scioglimento della riserva assunta, letti gli atti e i documenti di causa, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

ex artt. 700 e 669 octies c.p.c.

Nel procedimento iscritto al numero di ruolo sopra indicato, promosso con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. con contestuale istanza cautelare in corso di causa ex artt. 700 e 669 sexies c.p.c.

DA

M****a P****a (C.F. P****a), nata a B. (C.), il (...), in qualità di genitore del minore V****o M****a (C.F. P****A) nato a L. il (...), rappresentata e difesa dagli avv.ti R****L S****o M****o, Elena S****a, Ida Mendicino e D****e C****E, con domicilio telematico presso i difensori come da procura allegata al ricorso,

RICORRENTE

CONTRO

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE (C.F. (...)) - UFFICIO SCOLASTICO REGIONALE PER LA C****O (C.F. (...)) - ISTITUTO I****i C****e DI CUNARDO (C.F. (...)) in persona del C****a e legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Milano, domiciliata in Milano, via G****a n. 1,

T****L TERRITORIALE PROVINCIALE DI VARESE (C.F. (...)) in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Varese, in Via S****e, n. 6;

RESISTENTE

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con ricorso ex art. 702 bis c.p.c. nei confronti del MINISTERO DELL'ISTRUZIONE E DEL MERITO Ufficio Scolastico Regionale T****L Territoriale di Varese Istituto I****i C****e di Cunardo - P****a M****a, in qualità di genitore del minore V****o M****a, ha chiesto in via cautelare di emettere, con decreto ed inaudita altera parte o con ordinanza previa audizione delle parti, i provvedimenti

necessari e idonei a far cessare immediatamente la condotta discriminatoria nei confronti del minore V****o M****a, con conseguente attribuzione dell'insegnante di sostegno per 15 ore settimanali come previsto dal competente R****I di Lavoro A****a in sede di verifica finale ex art. 15 del D.I. n. 182 del 202. Con memoria in data 12/12/2022 si è costituito nella presente fase cautelare il Ministero resistente che, eccepito in via preliminare il difetto di giurisdizione del Giudice Ordinario in favore del Giudice S****i nonché l'incompetenza territoriale del Tribunale di Varese in favore del Tribunale di Milano, ha chiesto nel merito di dichiarare l'inammissibilità o comunque di rigettare le domande avversarie. S****a totale del 07/01/2023

All'udienza del 13/12/2022 parte ricorrente insisteva per l'S****a della richiesta cautelare e il Giudice si riservava di provvedere.

Sull'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice ordinario. L'eccezione è infondata.

Con ordinanza n. 25101/19 la Suprema Corte di Cassazione ha statuito quanto segue: La predisposizione di un piano educativo individualizzato, elaborato con il concorso di insegnanti della scuola di accoglienza e di operatori della sanità pubblica, che abbia indicato il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell'alunno che versa in situazione di handicap particolarmente grave, priva l'amministrazione scolastica del potere discrezionale di rimodulare o di sacrificare in via autoritativa, in ragione della scarsità delle risorse disponibili per il servizio, la misura del supporto integrativo come individuato dal detto piano. L'Amministrazione ha, di conseguenza, il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno interessato, del personale docente specializzato, anche ricorrendo all'attivazione di un posto di sostegno in deroga al rapporto insegnanti-alunni. Ove si verifichi l'omissione o l'insufficienza nell'apprestamento, da parte dell'amministrazione scolastica, della sua attività doverosa si configura la contrazione di un diritto fondamentale del disabile che si concretizza, ove non sia accompagnata da una equivalente contrazione dell'offerta formativa riservata agli alunni normodotati, in una discriminazione indiretta, vietata dall'art. 2, L. n. 67 del 2006, per tale intendendosi pure il comportamento omissivo della P.A. preposta all'organizzazione del servizio scolastico che metta la bambina od il bambino con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto agli altri alunni. La giurisdizione in materia spetta, pertanto, al giudice ordinario, senza che il ricorrente debba esplicitamente dedurre nella sua domanda di tutela l'esistenza di un comportamento discriminatorio dell'amministrazione interessata.

Nel caso di specie parte ricorrente chiede di accertare il comportamento discriminatorio dell'Amministrazione per non aver apprestato la tutela necessaria ad un alunno disabile garantendo, a suo favore, le ore di sostegno proposte dal R****I di lavoro A****a (cd GLO) istituito ai sensi dell'art. 15 L. n. 104 del 1992 (modificato dall'art. 9 D.Lgs. n. 66 del 2017).

Così chiarito il thema decidendum alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte sopra richiamata, deve ritenersi sussistente la giurisdizione del Tribunale ordinario adito ai sensi dell'art. 28 D.Lgs. n. 150 del 2011 (Recante Semplificazione riti civili), richiamato dall'art. 3 della L. n. 67 del 2006 (recante Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni),

che affida al giudice ordinario la competenza giurisdizionale avverso gli atti e i comportamenti discriminatori di cui al citato art. 2 L. n. 67 del 2006.

Né la competenza giurisdizionale del Tribunale ordinario adito può essere invero revocata in dubbio in conseguenza della mancata redazione in favore del minore V****o M****a del P.E.I. (Piano educativo individualizzato, definito ai sensi dell'art. 12 della L. n. 104 del 1992 relativo all'anno scolastico 2022-2023).

Se è ben vero che la pronuncia della Cassazione afferma che l'Amministrazione ha il dovere di assicurare l'assegnazione, in favore dell'alunno interessato, del personale docente specializzato in presenza di un PEI che abbia indicato il numero di ore necessarie per il sostegno scolastico dell'alunno che versa in situazione di handicap particolarmente grave, il ritardo dell'Amministrazione nel predisporre il PEI (Piano Educativo Individualizzato che viene redatto dal GLO R****I A****a di Lavoro per l'inclusione composto dal team dei docenti contitolari o dal consiglio di classe ed è presieduto dal dirigente scolastico o da un suo delegato) non vale ad incidere, ai fini del riparto di giurisdizione, dal momento che le ore di sostegno a favore del disabile risultano comunque quantificate e valutate dal GLO, organo deputato non solo ad elaborare e approvare il PEI, ma anche a deliberare, entro il 30 giugno di ogni anno scolastico, il numero di ore di sostegno didattico del quale il disabile necessiterà nell'anno scolastico successivo. Alla luce di ciò, anche nel caso di specie e pur a fronte dell'inadempimento nel procedere alla formulazione del PEI, la mancata assegnazione delle ore di sostegno didattico ritenute necessarie per il corrente anno comporta la negazione di un diritto soggettivo, già riconosciuto e quantificato dall'organo competente (il GLO) sulla base di una valutazione globale dei risultati raggiunti dal disabile.

A tale proposito si deve rimarcare come ai sensi dell'art. 7, comma 2, del D.Lgs. 7 agosto 2019, n. 96, Il PEI di cui all'articolo 12, comma 5, della L. 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dal presente decreto: a) è elaborato e approvato dal R****I di lavoro A****a per l'inclusione; b) tiene conto dell'accertamento della condizione di disabilità in età evolutiva ai fini dell'inclusione scolastica, di cui all'articolo 12, comma 5, della L. 5 febbraio 1992, n. 104, e del Profilo di funzionamento, avendo particolare riguardo all'indicazione dei facilitatori e delle barriere, secondo la prospettiva bio-psico-sociale alla base della classificazione ICF dell'OMS; (omissis) d) esplicita le modalità di sostegno didattico, compresa la proposta del numero di ore di sostegno alla classe, . Sulla base di quanto previsto da tale disposizione risulta evidente non solo che l'organo deputato a quantificare il numero di ore alla fine dell'anno scolastico e per il successivo è il medesimo che deve predisporre il PEI (e cioè il R****I di Lavoro A****a), ma anche come all'interno di tale documento programmatico a tutela del disabile si debba indicare la proposta del numero di ore di sostegno alla classe.

A conferma di ciò (e cioè che quanto disposto dal GLO comporta il riconoscimento del diritto a fruire delle ore indicate, senza necessità che venga emanato il PEI) rileva far presente come il Ministero, preso atto della decisione del Consiglio di Stato n. 3196/22 e dato atto dell'attività dei GLO per l'inclusione, ha rappresentato l'esigenza che l'attività in corso abbia a riferimento la progettualità educativo-didattica, posto che solo a partire dal mese di maggio 2023, verranno predisposte le Sezioni del modello nazionale PEI relative al fabbisogno di risorse professionali per l'inclusione (circolare n. 3330 del 13/10/2022).

Sull'eccezione di difetto incompetenza del Tribunale di Varese. L'Avvocatura dello Stato ha eccepito l'incompetenza territoriale del giudice adito in favore della competenza del Tribunale di Milano.

L'eccezione è infondata tenuto conto della domanda formulata in giudizio (azione inibitoria contro discriminazione indiretta ex L. n. 67 del 2006 in materia di integrazione scolastica di alunno con disabilità) e di quanto affermato dalla Suprema Corte secondo cui In materia di condotte discriminatorie, l'art. 28, comma 2, del D.Lgs. n. 150 del 2011 attribuisce la competenza a conoscere le relative controversie al tribunale del luogo in cui ha domicilio il ricorrente, prevedendo un foro funzionale ed esclusivo, che deve essere preferito agli altri fori, anche inderogabili, compreso quello erariale, trattandosi di disciplina speciale, posta a tutela di un interesse primario del nostro ordinamento, volto a contrastare gli atti e i comportamenti che impediscono il pieno dispiegarsi della persona umana, prevalente rispetto alle esigenze di carattere organizzativo poste a fondamento dell'accentramento della competenza presso un unico ufficio giudiziario, ai sensi dell'art. 6 del R.D. n. 1611 del 1933. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto competente il tribunale del luogo in cui aveva il domicilio un minore disabile, i cui genitori, in rappresentanza del figlio, avevano agito per ottenere il risarcimento del danno conseguente alle asserite condotte discriminatorie dell'Amministrazione scolastica). (Cass. n. 296/2021). Poiché è pacifico che V****o M****a risiede a Cunardo, competente per territorio è il Tribunale di Varese.

Sulla istanza cautelare.

La richiesta cautelare è fondata e merita S****a.

Sotto il profilo normativo, il diritto all'istruzione dei disabili è oggetto di specifica tutela da parte sia dell'ordinamento internazionale che di quello interno.

In particolare, per quanto attiene alla normativa internazionale, viene in rilievo la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, entrata in vigore sul piano internazionale il 3 maggio 2008 e ratificata e resa esecutiva dall'Italia con L. 3 marzo 2009, n. 18, il cui art. 24 statuisce che gli Stati Parti "riconoscono il diritto delle persone con disabilità all'istruzione". Diritto, specifica la Convenzione in parola, che deve essere garantito, anche attraverso la predisposizione di accomodamenti ragionevoli, al fine di "andare incontro alle esigenze individuali" del disabile (art. 24, par. 2, lett. c), della Convenzione (Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 80/2010 in motivazione).

Quanto all'ordinamento interno, il diritto all'istruzione del disabile è innanzitutto consacrato nell'art. 38 Cost. (Cfr. Corte Costituzionale 276/206, n. 80/20210).

In attuazione dell'art. 38, terzo comma, Cost., il diritto all'istruzione dei disabili e l'integrazione scolastica degli stessi sono previsti, in particolare, dalla L. n. 104 del 1992 (recante Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) che, all'art. 12, c. 2 attribuisce al disabile il diritto soggettivo all'educazione ed all'istruzione a partire dalla scuola materna fino all'università.

Dato atto di ciò e richiamato quanto sopra esposto circa la valenza da attribuire al GLO, ben può ritenersi sussistente il fumus boni iuris in ordine alla possibile esistenza del diritto di V****o M****a - minore di 10 anni con Disturbo dello spettro autistico di livello 3 di gravità con associato dist. Da

deficit attenzione/iperattività-tipo combinato (cfr. doc. 1 e 2 certificato nella Diagnosi funzionale redatta da Azienda Ospedaliera Ospedale di Circolo e Fondazione M. e da A.S.L. in data 13.10.2022), affetto da Deficit grave in tutti gli ambiti di sviluppo per cui risulta fondamentale nel contesto scolastico la presenza di un sostegno individualizzato e di un orario personalizzato per supportare il bambino per tutto il monte ore scolastico, già riconosciuto Portatore di handicap con connotazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, L. 5 febbraio 1992, n. 104 (doc. 3) di poter fruire, per il corrente anno scolastico 2022/2023, di un docente di sostegno per tutte le 15 ore settimanali ritenute necessarie dal GLO stante l'assenza delle autonomie di base, necessità di guida costante della figura dell'adulto di riferimento in tutti i momenti della vita scolastica.

L'assegnazione a favore dell'alunno soltanto di 13 ore settimanali di sostegno integra, secondo l'orientamento della Corte Costituzionale in materia (v. sentenza n. 80/2010), una condotta discriminatoria nei confronti dello studente disabile dal momento che con tale penalizzante provvedimento l'amministrazione scolastica non assicura all'alunno quel sostegno didattico indispensabile per perseguire gli obiettivi auspicati, con il rischio di non ottenere risultati scolastici ed educativi soddisfacenti, ciò che comporta un grave pregiudizio del suo armonico e complessivo sviluppo personale.

Ciò alla luce di quanto previsto dalla L. n. 67 del 2006 Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni che sancisce un assoluto divieto di discriminazione in danno delle persone disabili per favorire quanto più possibile, in attuazione del principio di uguaglianza sostanziale sancito nell'art. 3 Cost, il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali e pertanto promuovendo "la piena attuazione del principio di parità di trattamento e delle pari opportunità nei confronti delle persone con disabilità di cui all'art. 3, L. 5 febbraio 1992, n. 104, al fine di garantire alle stesse il pieno godimento dei loro diritti civili, politici, economici e sociali" (art. 1, 1 comma).

L'art. 2 della citata legge enuncia altresì la nozione di discriminazione diretta ed indiretta come segue: "1. Il principio di parità di trattamento comporta che non può essere praticata alcuna discriminazione in pregiudizio delle persone con disabilità. 2. Si ha discriminazione diretta quando, per motivi connessi alla disabilità, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata una persona non disabile in situazione analoga. 3. Si ha discriminazione indiretta quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono una persona con disabilità in una posizione di svantaggio rispetto ad altre persone. ").

Ora, considerato che, secondo l'insegnamento della Consulta (sentenza n. 80/2010), il diritto del disabile all'istruzione si configura come un diritto fondamentale il cui esercizio è assicurato tramite misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di handicap la frequenza degli istituti di istruzione insieme agli altri studenti normodotati, e tra le varie misure previste dal legislatore viene in rilievo quella del personale docente specializzato, chiamato per l'appunto ad adempiere alle ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno a favore degli alunni diversamente abili, ne deriva che la scelta dell'Amministrazione scolastica di non attribuire a V****o M****a l'adeguato sostegno didattico valutato dal GLO è idonea a concretare una discriminazione c.d. indiretta, vietata dalla richiamata L. n. 67 del 2006.

Sussiste altresì l'ulteriore requisito del periculum in mora stante il grave ed irreparabile pregiudizio che l'attuale situazione potrebbe produrre ai danni del minore durante il tempo occorrente per la celebrazione del procedimento in via ordinaria anche se proposto con rito sommario - essendo l'anno scolastico in corso e ormai prossimo alla fine del primo quadrimestre, situazione che impone un tempestivo intervento da parte dell'amministrazione scolastica allo scopo di non pregiudicare ulteriormente il percorso di integrazione dello studente disabile. Alla luce di quanto sin qui esposto, deve essere ordinata l'immediata cessazione della condotta discriminatoria nei confronti del minore V****o M****a, con attribuzione dell'insegnante di sostegno per 15 ore settimanali, come previsto dal competente R****I di Lavoro A****a in sede di verifica finale ex art. 15 del D.I. n. 182 del 202.

P.Q.M.

Il Tribunale, letti gli artt. 700 e 696 bis c.p.c., in S****a della domanda cautelare proposta dalla parte ricorrente,

S****a totale del 07/01/2023

- ordina a parte resistente di cessare immediatamente la condotta discriminatoria posta in essere nei confronti del minore V****o M****a, con conseguente attribuzione dell'insegnante di sostegno per 15 ore settimanali;

- spese di lite al definitivo.

Manda alla propria Cancelleria per gli adempimenti di competenza.

Conclusione

Così deciso in Varese, il 7 gennaio 2023.

Depositata in Cancelleria il 7 gennaio 2023.