

PARERE NON AVENTE VALORE GIURIDICO VINCOLANTE

Tribunale dei diritti dei disabili – 10° sessione
2007

Siracusa, 22 settembre

1° CASO

"IL CROLLO DI UN SOGNO DINNANZI AD UNA DISCRIMINAZIONE"

Vincenzo (nome inventato) è un ragazzo di 19 anni affetto da un Disturbo Pervasivo dello Sviluppo (sindrome autistica). Vincenzo possiede una spiccata dote naturale e passione per la musica. Ha, così, con molti sacrifici, iniziato a studiare il pianoforte fino a partecipare brillantemente ad alcune manifestazioni musicali senza che nessuno si accorgesse del suo autismo.

Raggiunto un buon livello di studi, decide –con il supporto della famiglia e dell'insegnante privato di pianoforte – di sostenere gli esami di ammissione presso il Conservatorio della città di residenza. Sostenuto brillantemente l'esame, risulta essere idoneo ma non sufficientemente alto in graduatoria da entrare nei posti messi a concorso. Vincenzo non demorde e decide di studiare ancora privatamente per un anno, così da provare nuovamente l'esame di accesso al Conservatorio.

Successivamente sostiene nuovamente l'esame brillantemente, ma nuovamente con esito di idoneità ma non sufficiente ad accedere ai posti messi a concorso.

Considerevoli sono le lamentele dei famigliari e dell'insegnante privato i quali ricevono oralmente dai Dirigenti dell'Istituto Musicale la seguente risposta: " l'unico inconveniente è che non ci sono le sovvenzioni per un insegnante di sostegno che possa seguire Vincenzo. Il ragazzo, quindi, non può frequentare!" I genitori di Vincenzo decidono, così, di chiedere l'accesso agli atti all'Istituto Musicale, ai sensi della L.241/90 e successive modificazioni, per comprendere le modalità di giudizio nonché la valutazione e le motivazioni.

Trascorsi i 30 giorni previsti per legge, non ricevono alcuna comunicazione da parte del Conservatorio.

Successivamente, invece, ricevono comunicazione con scritto: "*in riferimento all'istanza del 25 gennaio 2007 con la quale si chiedeva ai sensi della legge 241/90 copia conforme dei verbali di*

Valutazione degli esami d'ammissione degli anni 2003 e 2006 di cui alla persona indicata in oggetto, si precisa che tale richiesta deve essere motivata e che la legge non prevede alcuna riserva di posti nel caso specifico di studenti portatori di handicap".

Nei genitori di Vincenzo così scatta la rabbia: nessuno aveva sollevato la richiesta di riserva di posti per persone con disabilità!

I genitori di Vincenzo decidono, così di rivolgersi ad un Legale, il quale chiede nuovamente l'accesso agli atti all'Istituto Musicale con motivazione di "*poter valutare la trasparenza, imparzialità e legittimità dell'azione amministrativa al fine di esercitare un controllo democratico sull'operato compiuto da*

Conservatorio Musicale e dalle Commissioni di esami anche al fine di verificarne la conformità agli interessi sociali ed ai precetti costituzionali in tema di tutela del diritto allo studi, di un futuro lavorativo e di non discriminazione in capo a..." e non ricevono ancora una volta comunicazione in merito

TRIBUNALE DEI DIRITTI DEI DISABILI

Composto dai Sigg.

Dott. Piero Calabrò	Presidente
Dott. Piero Grasso	Giudice
Dott. Mario Fraticelli	Giudice
Dott. Claudio Castelli	Giudice
Dott. Riccardo Atanasio	Giudice
Dott. Salvatore	Relatore
Dovere	Giudice
Dott. Nicola Clivio	Relatore
Dott. Roberto Spanò	Giudice
Dott. Nicola Proto	Giudice
Dott. Filippo Di Benedetto	Giudice
Dott. Luca Villa	Giudice
Dott. Ciro Angelillis	Giudice
Dott. Cosmo Crolla	Giudice
Dott.ssa Francesca Saioni	Giudice
Dott. Dario De Luca	Giudice

Nella seduta del 22 settembre 2007 ha emesso la seguente

DELIBERA

Nell'ambito della questione sollevata da "Vincenzo" (il nome è di fantasia) in merito all'applicazione dell'art.22 e ss. L. 241/1990 sul diritto del cittadino all'accesso agli atti amministrativi

IN FATTO

Vincenzo è un ragazzo che – pur affetto da un Disturbo Pervasivo dello Sviluppo (sindrome autistica) possiede una passione per la musica che ha sviluppato concretamente nello studio del pianoforte.

Le sue innate capacità si sono espresse brillantemente anche in alcune manifestazioni musicali, all'esito delle quali gli sono stati tributati importanti riconoscimenti.

Assistito da un insegnante privato, Vincenzo ha allora deciso, insieme alla famiglia, di sostenere gli esami di ammissione presso il Conservatorio della sua città.

Pur avendoli superati, risultando idoneo, tuttavia la sua collocazione in graduatoria non gli ha consentito di entrare a far parte del Conservatorio.

Ha deciso di continuare a studiare –assistito dal suo insegnante – sostenendo nuovamente gli esami di ammissione al Conservatorio, che però hanno avuto il medesimo esito dell'anno precedente: pur idoneo, non è stato ammesso agli studi desiderati.

I genitori hanno allora richiesto alla Direzione del Conservatorio – ai sensi della L. 241/90 – copia degli atti relativi al concorso per comprendere il metro di giudizio utilizzato nella selezione, le valutazioni operate dalla commissione di esame, le motivazioni che hanno impedito a Vincenzo di accedere agli studi in Conservatorio.

La risposta del Conservatorio è stata negativa, pretendendo che la richiesta fosse in qualche modo motivata. Inoltre è stata – per Vincenzo e la sua famiglia – offensiva in quanto il Conservatorio ha escluso – ma ciò non era stato nemmeno richiesto né preteso da Vincenzo – che nel concorso in questione fossero previsti posti riservati a studenti diversamente abili.

Vincenzo e i suoi genitori denunciano tale vicenda al Tribunale dei disabili, affinché questo accerti se sia un proprio diritto quello di prendere visione della documentazione del concorso e se sia stato comunque oggetto – come egli ritiene – di una discriminazione.

IN DIRITTO

A) il primo problema da affrontare in termini astratti attiene alla natura del diritto di accesso: se cioè possa essere qualificato come vero e proprio diritto soggettivo o invece come interesse legittimo.

Sull'argomento si confrontano due correnti di pensiero. Su un lato, vi è chi sostiene la natura di diritto soggettivo dell'accesso ed afferma, di conseguenza, che la domanda di accesso, seppur negata, è reiterabile. Dall'altro lato, alcuni interpreti affermano la natura di interesse soggettivo dell'accesso e, per converso alla posizione precedente, sostengono che la domanda non sia reiterabile e che, decorso il termine previsto a pena di decadenza per ricorso, il diniego sia definitivo.

L'art. 22, 2° comma della legge n.241 del 1990, come novellato dalla legge n.15/2005, prevede espressamente che l'accesso ai documenti amministrativi "*costituisce principio generale dell'attività amministrativa*" e "*attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art.17, II c., lett.) M, della Costituzione*".

L'accesso è dunque in regola e i casi di esclusione sono tassativamente previsti (art.24, L.241/90).

Ciò non significa che chiunque possa chiedere di accedere a documenti amministrativi giacchè, come stabilito dall'art. 24 III c., non è ammesso *"un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni"*.

Il Consiglio di Stato – da parte sua – si è espresso in maniera contrastante. L'Adunanza plenaria, con la pronuncia n.16/99, aveva condiviso le tesi dottrinali che qualificavano l'accesso come interesse legittimo, sottolineando il collegamento della posizione del privato con l'interesse pubblico e facendo leva sulla struttura impugnatoria del giudizio.

La questione tuttavia è rimasta aperta anche dopo l'intervento dell'Adunanza plenaria, rinvenendosi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato – insieme a pronunce in linea con la sentenza n.16/99 (Cfr. V, 7 aprile 2004 n.1969; V, 8 settembre 2003 n.5034) decisioni (Cfr. VI, 12 aprile 2005 n.1679 e 27 maggio 2003 n.2938) che propendono ancora per la configurabilità *"dell'accesso in termini di diritto soggettivo"*.

La tesi del diritto soggettivo fa leva essenzialmente sul carattere vincolato dei poteri rimessi all'amministrazione in sede di esame dell'istanza di accesso, poteri aventi ad oggetto la mera ricognizione della sussistenza dei presupposti di legge e l'assenza di elementi ostativi all'accesso.

E' stata, altresì, evidenziata la peculiarità dei poteri istruttori e decisioni del giudice, i primi volti a valutare la sussistenza dei requisiti sostanziali che legittimano all'accesso, al di là delle ragioni addotte dall'amministrazione nell'atto, i secondi estesi all'imposizione dell'amministrazione di un comportamento positivo consistente nell'adempimento dell'ordine giudiziale di esibizione dei documenti ai sensi dell'art. 25, comma 6, della legge n.241.

La tesi del diritto soggettivo risulta poi corroborata – come sottolineato anche in dottrina – dall'inclusione del diritto di accesso nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e politici ai sensi dell'art. 117 della Costituzione (art.22, co.2, legge n.241, come modificato dalla legge n.15 del 2005) e dalla riconduzione del giudizio.

In tema di accesso alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art.25, comma 5 della legge n.241, come modificato dalla legge n.80 del 2005).

L'accesso è collegato a una riforma di fondo dell'amministrazione, informata ai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, che si inserisce a livello comunitario nel più generale diritto all'informazione dei cittadini rispetto all'organizzazione e alla attività amministrativa. Ed è evidente che si creino ambiti soggettivi normativamente riconosciuti di interessi giuridicamente rilevanti, anche in contrapposizione tra di loro: interesse all'accesso; interesse alla riservatezza di terzi; tutela del segreto.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n.6 del 2006, pur evidenziando le ragioni poste a fondamento della tesi del diritto soggettivo, non prende posizione sulla natura giuridica dell'accesso. Evidenzia invece che, se il legislatore ha introdotto un termine per proporre ricorso, ciò significa che detto termine sia *"da ritenere necessariamente posto a pena di decadenza, a meno di non volerne sostenere l'assoluta irrilevanza"*. Diversamente non si comprenderebbe per quali ragioni è stato introdotto un *"giudizio abbreviato"*

che mai si concilierebbe con la probabilità dell'azione nell'ordinario termine di prescrizione".

Per l'effetto *"la mancata impugnazione del diniego nel termine non consente la reiterabilità dell'istanza e la conseguente impugnazione del successivo diniego laddove a questo possa riconoscersi carattere meramente confermativo del primo. Ossia il cittadino può ripresentare l'istanza e pretendere riscontro alla stessa "in presenza di fatti nuovi, sopravvenuti o meno" o "a fronte di una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante".*

Secondo la ricostruzione dell'Istituto fatta dall'Adunanza Plenaria 6/2006, qualora non ricorrano tali elementi di novità e il cittadino si limiti a reiterare l'originaria istanza precedentemente respinta o, al più, a illustrare ulteriormente le sue ragioni, *"l'amministrazione ben potrà limitarsi a ribadire la propria precedente determinazione negativa, non potendosi immaginare, anche per ragioni di buon funzionamento dell'azione amministrativa in una cornice di reciproca correttezza dei rapporti tra privato e amministrazione, che l'amministrazione sia tenuta indefinitamente a prendere in esame la medesima istanza che il privato intenda ripetutamente sottoporle senza addurre alcun elemento di novità. Ne consegue che determinazione successivamente assunta dall'amministrazione, a meno che questa non proceda autonomamente a una nuova valutazione della situazione, assume carattere meramente confermativo del precedente diniego e non è perciò autonomamente impugnabile".*

L'Adunanza Plenaria quindi sottolinea come il giudizio a struttura impugnatoria – voluto dal legislatore – al di là della natura della posizione giuridica tutelata (di diritto o invece di mero interesse legittimo) consente alla tutela giurisdizionale dell'accesso di assicurare la protezione dell'interesse giuridicamente rilevante e, allo stesso tempo, assicura quell'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche e di certezza delle posizioni dei controinteressati che è coerente coi rapporti amministrativi scaturenti dai principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa.

B) Con riferimento allo specifico caso, e sotto il profilo fin qui trattato, occorre esaminare se Vincenzo sia titolare di *"un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento del quale è richiesto l'accesso"*, come previsto dall'art.22, lett. B, della L. n.241/90 nonché dell'art.2 del d.p.r. n.184 del 2006 entrato in vigore il 2.6.2006.

Non pare contestabile, nel caso di specie, l'esistenza per Vincenzo di un interesse qualificato come richiesto dalla norma. La posizione in esame coinvolge il diritto allo studio di Vincenzo che ah interesse a partecipare a una adeguata e corretta selezione che gli consenta di frequentare una struttura scolastica pubblica.

Tuttavia, potrebbero esservi dubbi sull'attualità dell'interesse di Vincenzo in relazione al procedimento già concluso.

Al riguardo non sembra infondato profilare in capo al richiedente un interesse a un ristoro pecuniario.

La più recente giurisprudenza della Cassazione è ormai consolidata nell'escludere la pregiudizialità amministrativa, ossia la necessaria impugnazione (e relativo annullamento) dell'atto amministrativo lesivo (nella fattispecie il provvedimento di non ammissione) per ottenere il risarcimento del danno.

E' pur vero che il tradizionale orientamento del Consiglio di Stato faccia richiamo alla pregiudizialità amministrativa, ma la difforme posizione della Cassazione porta a ritenere che anche il Consiglio di Stato, necessariamente, dovrà abbandonare il proprio indirizzo adeguandosi alle indicazioni del Giudice della giurisdizione (art.362 c.p.c.).

A tal proposito si segnala che i più recenti arresti del Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Siciliana sono in sintonia con il magistero della Suprema Corte.

Rimane da esaminare un ultimo aspetto.

L'art.25 L. cit. prevede un rimedio giustiziale dinnanzi alla "Commissione per l'accesso" avverso il diniego di accesso espresso da soggetti statali. La procedura di detto rimedio è disciplinata dalla legge generale sul procedimento amministrativo e dall'art.12 del d.p.r. n.164 del 2006.

Si tratta di un rimedio scarsamente utilizzato atteso che è possibile impugnare le determinazioni dell'Amministrazione innanzi al T.A.R. competente (quello dove ha sede l'Autorità che ha emesso il provvedimento) che deciderà in tempi molto rapidi e davanti al quale, eccezionalmente, non occorre l'assistenza tecnica di un difensore.

Appare, dunque più agevole il rimedio giurisdizionale.

Il comma 5 dell'art.25 cit. prevede che *"contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto di accesso è dato ricorso nel termine di trenta giorni"* dinnanzi al Giudice amministrativo.

Nella fattispecie il diniego di accesso non è stato impugnato in termini.

La circostanza può avere una qualche rilevanza alla luce della pronuncia dell'Adunanza plenaria n.6/06 già esaminata.

Tuttavia, ad avviso del Collegio, è possibile per Vincenzo riproporre l'istanza di accesso facendo rilevare che l'Amministrazione non ha dato una risposta adeguata alla richiesta formulata, in quanto aveva introdotto nella stessa un qualcosa che non era mai stato chiesto (in riferimento cioè alla inesistenza di posti riservati a diversamente abili).

Una redazione più completa della richiesta che tenga conto di quanto sopra, in cui magari si evidenzi l'obbligo di trasparenza dell'agire dell'Amministrazione che impone, in via di regola, l'accesso ai documenti da parte del soggetto interessato e si profili un interesse quanto meno di ristoro pecuniario da parte del candidato escluso, potrebbe imporre all'Amministrazione un riscontro che, se negativo o non dato in termini, maturandosi così il silenzio significativo, potrebbe giustificare la difesa in giudizio per la quale, ai sensi dell'art.25, V bis, L.241/90, non è nemmeno necessaria l'assistenza tecnica.

C) Il secondo aspetto di rilievo del caso di Vincenzo concerne la rinvenibilità nel comportamento del Conservatorio di un'attività di discriminazione in danno del giovane.

La legge n.67/2006 detta la nozione di discriminazione ed anzi ne distingue le due forme: quella diretta, che è commessa "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 una situazione analoga"; quella indiretta, che si verifica allorché "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".

Quale che sia la forma del comportamento discriminatori, il soggetto che lo lamenta può ricorrere al Giudice ordinario, offrendo a questi elementi di fatto che, qualora siano valutati come gravi, precisi e concordanti – ovvero espressivi dell'elevata probabilità della natura discriminatori del comportamento – può condannare al risarcimento del danno patrimoniale e non, nonché ordinare la cessazione del comportamento, della condotta o dell'atto discriminatorio ove ancora perdurante; nonché, ancora, adottare ogni provvedimento idoneo a rimuovere gli effetti della discriminazione.

Rapportando tali premesse in diritto al caso di specie, si tratta di valutare se sia ipotizzabile una tutela giurisdizionale ai sensi dell'art. 3 L. n.67/2006, sul presupposto che la collocazione in graduatoria di Vincenzo sia stata effetto di una condotta discriminatrice.

Ad avviso del Collegio l'interrogativo può trovare risposta positiva nei termini che seguono.

L'eventuale collocazione in graduatoria tra gli idonei non ammessi esclusivamente per motivi connessi alla condizione di disabilità integrerebbe una discriminazione diretta, per la quale Vincenzo sarebbe legittimato ad agire dinanzi ad un Tribunale ordinario, deducendo che sia dalla risposta data in forma orale che dalla sequenza: assenza di risposta - risposta tardiva dallo specifico contenuto – emergono elementi di fatto gravi, precisi e concordanti sulla scorta dei quali può essere ritenuto che la deliberazione conclusiva del Conservatorio integra una condotta discriminatoria.

Sulla scorta di tale deduzione, per il profilo istruttorio, il ricorrente potrebbe richiedere al Giudice di ordinare al Conservatorio di esibire la documentazione relativa alla selezione, ai sensi del combinato disposto agli articoli 3,co. 2 L.n.67/2006 e 44, co. 3 D.lgs n.286/1986, domandando altresì il risarcimento del danno morale e, qualora dimostrabile, del danno patrimoniale derivato (di maggiore problematicità appare la possibilità di ottenere la ripetizione della procedura di selezione).

PQM

IL Collegio, decidendo sul caso di Vincenzo

Dichiara il diritto di Vincenzo a presentare una nuova domanda di accesso alla documentazione relativa alla selezione dell'ammissione al Conservatorio

per l'anno 2006-2007 a condizione che la stessa presenti elementi di novità rispetto alla precedente.

Dichiara che, ove Vincenzo ritenga che la propria collocazione nella graduatoria tra gli idonei non ammessi sia stata l'effetto di una condotta discriminazione, può ricorrere al giudice ordinario ai sensi dell'art.3 L. 67/2006, deducendo che, dal comportamento serbato dal Conservatorio in risposta alla richiesta di accesso, emergano elementi gravi precisi e concordanti dai quali ritenere la supposta discriminazione e richiedendo la condanna del Conservatorio al risarcimento dei danni morali e patrimoniali derivati.

Il Presidente ed i giudici