



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5490 del 2010, proposto da:
Carmine -OMISSIS- e Teresa Falco, in qualità di genitori esercenti
potestà sul minore -OMISSIS-, rappresentati e difesi dagli avv. Simona
Marotta e Sosio Tornincasa, con domicilio eletto presso il loro studio, in
Napoli, via Caravaggio, 45;

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, rappresentato e
difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliata per
legge in Napoli, via Diaz, 11; C.S.A. di Napoli, Scuola D'Infanzia e
Primaria Paritaria Capogrosso;

- per l' annullamento, previa misura cautelare,

del provvedimento n. 152 del 10.9.2010, emesso dalla Scuola dell'infanzia
e primaria paritaria "Capogrosso", di assegnazione 12 ore settimanali per
sostegno e del provvedimento n. 150 del 10.9.2010 di assegnazione 12 ore
settimanali di un assistente materiale;

nonché,

- per declaratoria del diritto ad usufruire di un insegnante di sostegno e di
un assistente materiale per l'intero orario di frequenza scolastico sia per
l'anno per l'anno 2010/11 che per gli anni futuri;

- per la condanna al risarcimento danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2011 il dott. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le parti ricorrenti, agendo in qualità di esercenti la potestà genitoriale sul figlio minore, impugnavano i provvedimenti di assegnazione delle ore di sostegno scolastico e delle ore di assistenza materiale al medesimo alunno minore, relativo all'anno 2010/2011, in considerazione della sua disabilità.

Articolavano i seguenti motivi di ricorso:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, comma 2, 34, comma 1, 38, comma 3 e 4 della Costituzione – Violazione della Costituzione Europea adottata a Roma il 29 ottobre 2004 e della Convenzione delle Nazioni Unite del 13.12.2006 ratificata e resa esecutiva con legge n. 18/2009 – Manifesta illogicità e perplessità dell'azione amministrativa.

Deducevano, in sostanza, le parti ricorrenti che il diritto all'istruzione ed all'integrazione scolastica costituirebbe un diritto soggettivo incompressibile anche dinanzi ad esigenze di organico e di bilancio dello Stato, in forza del dettato della Carta Costituzionale e della Costituzione Europea.

II) Violazione di legge - Violazione e falsa applicazione della legge n.142/92 artt.1, 3, 8 lett. d), 12 e 13 - Violazione del D.P.C.M. 23.2.2006 con il quale è stato adottato il regolamento recante norme e criteri per l'individuazione dell'alunno in situazione di handicap, ai sensi dell'art. 35, comma 7, della legge n. 289/02 - Eccesso di potere - Sviamento di potere - Carenza di congrua istruttoria e di motivazione a base del provvedimento adottato.

Dal disposto delle disposizioni indicate emergerebbe il diritto da parte del disabile di ottenere una adeguata attività di sostegno mediante assegnazione di docenti specializzati ed assistenza materiale tramite personale non docente, al fine di vedere assicurato il suo diritto all'istruzione ed all'educazione, tenuto conto delle esigenze derivanti dalla sua inabilità.

III) Violazione e falsa applicazione dell'art.40, comma 1, legge n.449/1977 e dell'art.21, comma 8 e 9, legge 59/97 - Violazione dell'art.32 della Costituzione - Eccesso e sviamento di potere - Carenza di congrua istruttoria e di motivazione a base del provvedimento adottato.

In particolare, l'ordinamento vigente sancisce il diritto inviolabile e costituzionalmente garantito dei disabili ad una corretta educazione scolastica, secondo una offerta didattica personalizzata e l'assistenza di un insegnante di sostegno professionalmente titolato, dinanzi al quale l'amministrazione sarebbe priva di discrezionalità amministrativa essendo tenuta alla mera verifica del ricorrere dei presupposti richiesti dalla legge secondo criteri di discrezionalità tecnica.

Ciò anche tenuto conto della possibilità dell'amministrazione di assumere insegnanti di sostegno con contratto a tempo determinato in presenza di handicap particolarmente gravi.

IV) Violazione e falsa applicazione della Circolare n. 3390 del 30.11.2001

Del Ministero dell'Istruzione – legge n. 142/99 – D.M. 23.7.1999 – C.C.N.L. 1998/2001.

Lamentavano, in sostanza, le parti ricorrenti la violazione della normativa inerente alla prestazione dell'assistenza materiale all'alunno disabile

V) Violazione e falsa applicazione dell'art.3 e 21 octies, comma 2, della legge n.241/90, introdotto dall'art. 14, legge n. 15/05 - Carezza di congrua istruttoria e di motivazione a base del provvedimento adottato.

Si dolevano, ancora, le parti ricorrenti che l'amministrazione non avrebbe congruamente motivato le sue scelte in merito all'assegnazione delle ore di sostegno alla minore.

Le parti ricorrenti chiedevano, quindi, all'adito T.A.R., previa concessione di misura cautelare, l'annullamento dei suddetti provvedimenti e la declaratoria del diritto del minore ad usufruire di un numero maggiore di ore di sostegno e di assistenza materiale ed, in particolare, di un numero di ore pari all'intero orario di frequenza settimanale, in considerazione della gravità della disabilità sofferta dal medesimo minore che avrebbe reso inadeguate le misure accordate.

La domanda delle parti ricorrenti era volta, oltre che a specificamente censurare l'impugnato provvedimento di assegnazione delle ore di sostegno e di assistenza materiale per l'anno 2010/2011, anche ad ottenere una declaratoria del diritto dell'alunno disabile di vedersi riconosciuto il diritto all'assegnazione di un numero di ore di sostegno e di assistenza materiale pari all'intera frequenza scolastica anche per gli anni futuri.

Le parti ricorrenti chiedevano, altresì, il risarcimento del danno subito.

Si costituiva in giudizio l'amministrazione a mezzo dell'Avvocatura dello Stato.

L'adito T.A.R., con ordinanza sospensiva n. 2164/2010, accoglieva ai fini del riesame l'istanza incidentale di sospensione.

La causa veniva chiamata all'udienza pubblica del 22 febbraio 2011 e trattenuta in decisione.

In sede di udienza di discussione il difensore dei ricorrenti dichiarava di rinunciare alla domanda risarcitoria.

DIRITTO

1) Per quanto riguarda la domanda relativa all'assistenza di sostegno scolastico, meritano accoglimento le domande con cui le parti ricorrenti chiedono l'annullamento del provvedimento impugnato e l'accertamento del diritto del minore a giovare del sostegno scolastico quale soggetto affetto da handicap con connotazione di gravità, per un numero di ore adeguato alla sua patologia e alle esigenze di educazione e di istruzione, previa ricognizione di detto fabbisogno ad opera del profilo dinamico funzionale e del piano educativo individualizzato.

Tale ricognizione non è stata correttamente eseguita dall'Amministrazione scolastica che ha quantificato, come meglio in seguito specificato, le ore di sostegno solo sulla base delle risorse disponibili e non sulla base della gravità della patologia e delle esigenze di educazione e di istruzione.

Infatti, nel caso in esame, sussistono tutti i presupposti di legge per riconoscere in favore della minore il diritto ad essere destinatario delle attività di sostegno di cui all'art. 35, comma VII, L. 289\2002, secondo il quale "Ai fini dell'integrazione scolastica dei soggetti portatori di handicap si intendono destinatari delle attività di sostegno ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, gli alunni che presentano una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva. L'attivazione di posti di sostegno in deroga al rapporto

insegnanti/alunni in presenza di handicap particolarmente gravi, di cui all'articolo 40 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, è autorizzata dal dirigente preposto all'ufficio scolastico regionale assicurando comunque le garanzie per gli alunni in situazione di handicap di cui al predetto articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104. All'individuazione dell'alunno come soggetto portatore di handicap provvedono le aziende sanitarie locali sulla base di accertamenti collegiali (...)” nonché i presupposti previsti dal comma 5, prima parte della legge n. 122/2010, di conversione del D.L. n. 78/2010 secondo cui “la sussistenza della condizione di alunno in situazione di handicap di cui all'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, e' accertata dalle Aziende Sanitarie, mediante appositi accertamenti collegiali da effettuarsi in conformità a quanto previsto dagli articoli 12 e 13 della medesima legge. Nel verbale che accerta la sussistenza della situazione di handicap, deve essere indicata la patologia stabilizzata o progressiva e specificato l'eventuale carattere di gravità, in presenza dei presupposti previsti dall'art. 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104”.

Dagli atti del giudizio emerge che il minore in questione è stato individuato quale soggetto portatore di handicap, né tale circostanza è contestata dall'Amministrazione scolastica; dal che risulta confermata la sussistenza di tutte le condizioni previste dalla legge affinché sia riconosciuto in capo al minore il diritto soggettivo assoluto (per tutte, T.A.R. Campania, sez. VIII, 28 gennaio 2009, n. 467\2009) a fruire delle attività di sostegno ai sensi dell'art. 3, comma I e III L. 104\1992.

Nè, in senso ostativo all'esercizio del diritto in questione, possono rilevare contingenti misure organizzative del servizio – ivi compresa la carenza in organico di insegnanti dotati di adeguate competenze- in quanto:

- già con l'art. 40 L. n. 449 del 27.12.1997 si prevedeva l'integrazione

scolastica "degli alunni handicappati con interventi adeguati al tipo e alla gravità dell'handicap, compreso il ricorso all'ampia flessibilità organizzativa e funzionale delle classi prevista dall'art. 21, commi 8 e 9, della legge 15.3.1997, n.59.... consentendosi così di garantire in ogni caso all'alunno bisognoso l'integrazione scolastica attraverso il miglioramento delle sue possibilità nell'apprendere, comunicare e socializzare (cfr. sentenza Consiglio di Stato sez. V, 21 marzo 2005 n. 1134);

- l'art. 1, comma 605, legge n. 296\2006 indicava chiaramente, su di un piano programmatico (da attuarsi mediante decreti del MIUR), la strada da seguire in materia, costituita dalla strutturale e definitiva individuazione di organici corrispondenti alle effettive esigenze rilevate;

- con sentenza n. 80 del 22 febbraio 2010, depositata in cancelleria il 26 febbraio 2010, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 413, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008), nella parte in cui fissava un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno; nonché l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 414, della legge n. 244 del 2007, nella parte in cui escludeva la possibilità, già contemplata dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, in presenza nelle classi di studenti con disabilità grave, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente;

- il Giudice delle leggi ha censurato le richiamate disposizioni in quanto esse avevano inciso sul «nucleo indefettibile di garanzie» a presidio del diritto all'educazione dei disabili in stato di gravità, poiché il limite previsto da quelle norme, sopprimendo la riserva che consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato, non trovava alcuna giustificazione nel nostro ordinamento, posto che detta riserva

costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave.

- è quindi intervenuto il D.L. n. 78 del 2010, convertito con modifiche nella legge 122 del 2010, il quale all'art. 9 comma 15 precisa che “per l'anno scolastico 2010/2011 e' assicurato un contingente di docenti di sostegno pari a quello in attività di servizio d'insegnamento nell'organico di fatto dell'anno scolastico 2009/2010, fatta salva l'autorizzazione di posti di sostegno in deroga al predetto contingente da attivarsi esclusivamente nelle situazioni di particolare gravita', di cui all'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104” che conferma la necessità di attivazione di posti di sostegno in deroga per venire incontro alle esigenze degli alunni versanti in situazioni di particolare gravità, di cui all'art. 3 comma 3 della legge 104/92, in aderenza ai principi espressi dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 80/2010.

2) Non può invece procedersi alla specifica quantificazione delle ore di sostegno scolastico di cui il minore dovrà fruire nell'anno scolastico in corso.

Tale quantificazione deve essere effettuata alla luce di quanto risultante dal profilo dinamico funzionale e dal piano educativo individualizzato, i quali peraltro devono tenere conto dei bisogni del disabile e non essere elaborati in funzione delle risorse assegnate all'istituto scolastico, con conseguente illegittimità del P.E.I. eventualmente adottato dall'Amministrazione non in funzione della patologia della minore e delle esigenze di educazione e di istruzione.

In particolare, la determinazione delle ore di sostegno adeguate alla patologia del disabile deve essere effettuata in sede di redazione del P.E.I, alla stregua di quanto di seguito indicato.

L'assegnazione del numero di ore di sostegno ai disabili per quanto

rivista per il soggetto interessato carattere di diritto soggettivo, correlato al diritto all'educazione e allo studio, avviene tramite un iter amministrativo su base annua che si fonda sul riconoscimento delle esigenze concrete del disabile.

Infatti, il dimensionamento della prestazione di sostegno ha carattere sostanzialmente dinamico, dovendo essere correlato all'andamento della patologia da cui il minore è affetto, con particolare riguardo alle possibilità di recupero della persona disabile, finalità cui il percorso deve essere diretto.

L'art 12 della L. 104\1992, prevede che, una volta intervenuto l'accertamento sanitario che dà luogo al diritto a fruire delle prestazioni stesse, debba essere elaborato un profilo dinamico-funzionale ai fini della formulazione di un piano educativo individualizzato, alla cui definizione provvedono congiuntamente, con la collaborazione dei genitori della persona handicappata, gli operatori delle unità sanitarie locali e, per ciascun grado di scuola, personale insegnante specializzato della scuola, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico-pedagogico individuato.

Tale profilo indica le caratteristiche fisiche, psichiche e sociali ed affettive dell'alunno e pone in rilievo sia le difficoltà di apprendimento conseguenti alla situazione di handicap e le possibilità di recupero, sia le capacità possedute che devono essere sostenute, sollecitate e progressivamente rafforzate e sviluppate nel rispetto delle scelte culturali della persona handicappata, che deve essere seguito da periodiche verifiche per controllare gli effetti dei diversi interventi e l'influenza esercitata dall'ambiente scolastico, ed è aggiornato a conclusione della scuola materna, della scuola elementare e della scuola media e durante il corso di istruzione secondaria superiore: tutti adempimenti cui l'Amministrazione è tenuta a dare corso.

Queste conclusioni sono confermate e ulteriormente avvalorate dal disposto dell'art. 10 comma 5 della citata legge n. 122 del 2010 del 30 luglio 2010 laddove prevede che “i soggetti di cui all'articolo 12, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (GLH), in sede di formulazione del piano educativo individualizzato, elaborano proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno, che devono essere esclusivamente finalizzate all'educazione e all'istruzione, restando a carico degli altri soggetti istituzionali la fornitura delle altre risorse professionali e materiali necessarie per l'integrazione e l'assistenza dell'alunno disabile richieste dal piano educativo individualizzato”.

Da ciò emerge, pertanto, l'importanza del piano educativo individualizzato (P.E.I.) cui spetta il compito di elaborare le risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno, che devono essere finalizzate all'educazione e all'istruzione del disabile.

La quantificazione del numero di ore di sostegno attivabili nell'ambito della deroga riconosciuta ex lege è pertanto affidata alle concorrenti valutazioni e competenze delle distinte figure professionali facenti parte dell'equipe multidisciplinare di cui all'art. di cui all'articolo 12, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (GLH), composta dagli operatori sanitari individuati dalla ASL e dal personale insegnante curriculare e di sostegno della scuola e, ove presente, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico - pedagogico, in collaborazione con i genitori o gli esercenti la potestà parentale dell'alunno.

Ad essa spetta pertanto il compito, in sede di redazione del piano educativo individualizzato, di formulare le proposte relative alla individuazione delle risorse necessarie, e di dimensionare, quanto a contenuto ed aspetti temporali, l'intervento di sostegno ai specifici bisogni dell'alunno interessato.

Nel caso di specie l'Amministrazione resistente non ha depositato il P.E.I. relativo all'anno 2010/11 del minore e quello prodotto da parte ricorrente, relativo all'anno precedente, non contiene alcuna indicazione in ordine al numero di ore di sostegno necessarie in relazione alla patologia ed alle esigenze educative.

Risulta evidente quindi che l'Amministrazione non abbia tenuto conto dei bisogni dell'alunno, calibrati sulle esigenze di educazione e di istruzione, alla luce del citato disposto dell'art. 10 comma 5 della legge n. 122 del 2010, ma unicamente delle risorse assegnate, con conseguente illegittimità del relativo operato, alla luce di quanto risultante dalla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 22 febbraio 2010 e dall'art. 9 comma 15 della legge n. 122 del 2010.

L'Amministrazione dovrà pertanto provvedere all'assegnazione di un numero di ore di sostegno adeguato alle esigenze educative e di istruzione del minore, previa redazione di un P.E.I. per l'anno in corso, conforme a quanto disposto dal citato art. 10 comma 5 della l. 122 del 2010, che indichi il numero di ore di sostegno in relazione ai fabbisogni dell'alunno.

3) Allo stesso modo deve essere accolta la domanda di annullamento dell'atto di assegnazione al minore delle ore di assistenza materiale.

La domanda era volta a contestare la legittimità del provvedimento di assegnazione del numero di ore (12) di assistenza materiale cosiddetta di base.

La fornitura di tale forma di assistenza materiale è a carico dell'Amministrazione scolastica che provvede tramite il A.T.A.

Nel caso di specie l'Amministrazione, nell'assegnare un certo numero di ore di assistenza materiale di base al minore, non ha esplicitato i criteri in base ai quali ha proceduto alla loro quantificazione.

Non risulta, difatti, che tale determinazione sia stata effettuata tenendo conto delle effettive necessità del minore stesso in relazione alla sua disabilità, né quale criterio è stato seguito.

Al riguardo nulla risulta specificato nella diagnosi funzionale, né alcuna indicazione in merito è stata fornita dall'Amministrazione che, come indicato, non ha allegato in giudizio il P.E.I..

Il provvedimento di assegnazione delle ore di assistenza materiale deve quindi essere annullato e l'Amministrazione dovrà riprovedere in proposito, esplicitando i criteri di quantificazione, anche tenendo conto delle esigenze del disabile.

Al riguardo si rileva come, stante il diritto del minore all'assistenza materiale riconosciuta dall'amministrazione con il provvedimento di assegnazione, relative ragioni relative alla necessità di una valutazione dei bisogni del minore da parte della P.A., già esplicitate dal Collegio nel precedente punto 2, non è possibile quantificare in questa sede il numero di ore di assistenza materiale dovute al minore.

Allo stesso modo la natura dinamica delle valutazioni inerenti alle necessità di assistenza, evidenziata anch'essa nel punto 2, non consente l'accoglimento di una specifica declaratoria del diritto ad un determinato numero di ore di assistenza per gli anni futuri.

4) Sulla domanda risarcitoria, il Collegio rileva l'inefficacia della dichiarazione di rinuncia effettuata dal difensore di parte ricorrente in sede di udienza perché formulata in via irrituale.

La dichiarazione di rinuncia non è stata, difatti, notificata alle parti del giudizio come previsto dall'art.84, comma 3, del codice del processo amministrativo e non può pertanto spiegare i suoi effetti.

Tale dichiarazione di rinuncia, in assenza del requisito della notifica previsto dal suindicato all'art. 84, è però circostanza idonea a rendere palese, in modo inequivoco, che la parte ricorrente non ha più interesse

alla decisione della causa con la conseguenza dell'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse (T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 21 dicembre 2010 , n. 7633).

Stante quanto anzidetto, il Collegio osserva comunque, anche ai fini della soccombenza virtuale sul punto, che la domanda, volta al di risarcimento dei danni c.d. esistenziali asseritamente occorsi al minore, sarebbe risultata infondata.

Parte ricorrente si è astenuta dal fornire qualsivoglia profilo di prova in ordine al pregiudizio sofferto dal minore per la mancata tempestiva attivazione delle prestazioni di sostegno e di assistenza materiale a suo favore, mentre la sussistenza di un danno non patrimoniale risarcibile di cui all'art. 2059 c.c. deve essere dimostrata, sempre secondo la S.C., anche quando derivi dalla lesione di diritti inviolabili della persona, dal momento che costituisce "danno conseguenza", e non "danno evento"; né può sostenersi fondatamente che "nel caso di lesione di valori della persona il danno sarebbe in re ipsa, perché la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo" (Cass. Civ., SS.UU, sentenza n. 26972 dell'11 novembre 2008).

5) Considerata la natura della controversia e la complessità della materia, che ha richiesto l'intervento della Corte Costituzionale, nonché la soccombenza reciproca delle pretese delle parti, operata anche sulla base di un giudizio di soccombenza virtuale della domanda risarcitoria, il Collegio ritiene sussistano eccezionali motivi per la disporre la parziale compensazione delle spese di giudizio che, per la parte non compensata, debbono essere poste a carico dell'Amministrazione resistente, secondo quanto quantificato in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- 1) accoglie il ricorso per le ragioni di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato ed accerta il diritto del minore all'assegnazione di un numero di ore di sostegno e di assistenza materiale in relazione alla sua patologia e alle esigenze di educazione e di istruzione, nei termini e limiti di cui in parte motiva;
- 2) dichiara improcedibile domanda di risarcimento dei danni per sopravvenuta carenza di interesse.

Compensa parzialmente le spese di lite e per la parte restante, liquidata nella somma complessiva di euro 600,00 (seicento) oltre IVA e CPA, le pone a carico della resistente Amministrazione.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Domenico Nappi, Presidente

Leonardo Pasanisi, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/04/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

