

2008/2009, ma anche per i successivi;

e per la condanna al risarcimento di tutti i danni patiti e patendi dalla minore [REDACTED]

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca in Persona del Ministro;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ufficio Scolastico Provinciale di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11/06/2009 il dott. Antonio Pasca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Visto il ricorso in esame, con cui [REDACTED] impugnano il provvedimento di cui in epigrafe e ne chiedono l'annullamento, con condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno esistenziale arrecato;

Considerato che:

- i ricorrenti sono i genitori della minore [REDACTED] (nata a [REDACTED]), affetta fin dalla nascita da "epilessia mioclonica severa con crisi polimorfe farmacoresistenti e secondario disturbo generalizzato dello sviluppo" e, quindi, portatore di handicap in situazione di gravità ai sensi delle LL. nn. 18/80 e 508/88 (certificata e documentata invalidità totale 100% con necessità di assistenza continua non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita);

- nell'anno a.s. 2008/2009 la predetta minore ha frequentato la seconda classe presso il Circolo Didattico Statale "Armando Perotti";

- sebbene la Commissione Medica della A.S.L. Bari, Distretto Sanitario n. 2, in ragione della grave patologia di cui è affetta la bambina, abbia ritenuto necessario disporre la presenza dell'insegnante di sostegno con rapporto di 1:1 e dunque per complessive 30 ore settimanali (in deroga al rapporto di cui alla L. n. 104/92 e, in particolare, all'art. 40 co. 1 e co. 3 della L. n. 449/97), l'Amministrazione Scolastica competente ha viceversa riconosciuto il rapporto di sostegno pedagogico di 1:2 e, quindi, per sole 16 ore settimanali;

Rilevato che i ricorrenti deducono i seguenti motivi di censura:

1. violazione di legge, violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3 co 2, 34 co. 1, 38 co. 3 e 4 Cost.; violazione e falsa applicazione della Costituzione europea adottata a Roma in 29.10.04; manifesta illogicità e perplessità dell'azione amministrativa;

2. violazione di legge; violazione e falsa applicazione L. n. 104/92 artt. 1, 3, 8 lett. d), 12 e 13; violazione del D.P.R. n. 275/99 con il quale è stato adottato il Regolamento recante norme in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche ai sensi dell'art. 21 della L. n. 59/97; eccesso di potere per sviamento, carenza di congrua istruttoria e motivazione a base del provvedimento adottato;

3. violazione e falsa applicazione dell'art. 40 co. 1 L. n. 449/97; violazione e falsa applicazione dell'art. 21 co. 8 e 9 della L. n. 59/97; violazione dell'art. 32 Cost.; eccesso di potere per sviamento, carenza di congrua istruttoria e motivazione a base del provvedimento adottato;

4. violazione e falsa applicazione dell'art. 3 L. n. 241/90; violazione art. 21 octies co. 2 L. n. 241/90 introdotto dall'art. 14 L. n. 15/05, carenza di congrua istruttoria e motivazione a base del provvedimento adottato;

Vista la costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, dell'Ufficio Scolastico Provinciale di Bari e del Circolo Didattico Statale "Armando Perotti", che contestano le avverse deduzioni e chiedono la reiezione del ricorso;

Considerato che nella Camera di Consiglio dell'11 giugno 2009 il Presidente del Collegio ha reso edotte le parti dell'intendimento del Collegio medesimo di definire il ricorso nel merito con sentenza in forma abbreviata, che i difensori presenti nulla hanno osservato in proposito e che il ricorso è stato quindi introitato per la decisione;

Rileva preliminarmente il Collegio che la controversia in esame rientra - razione materiae - nell'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, indipendentemente dalla natura della posizione giuridica

della quale si assume la lesione, così come statuito dalla C. Cass. SS.UU. con ordinanza n. 1144 del 27.1.2007;

Ciò premesso, il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento solo in parte e nei termini di seguito precisati.

I ricorrenti, attraverso la domanda di annullamento del provvedimento di cui in epigrafe, chiedono sostanzialmente accertarsi il diritto della figlia minore [redacted], di ottenere l'erogazione del servizio di assistenza durante l'orario scolastico, in ragione del suo grave stato di invalidità con totale e permanente inabilità e incapacità di compiere gli atti quotidiani della vita, situazione di grave handicap clinicamente accertata.

Ciò premesso, rileva il Collegio che la posizione giuridica fatta valere costituisce diritto fondamentale della persona costituzionalmente garantito ai sensi degli artt. 3 co. 2, 34 e 38 Cost., sia con riferimento alla rilevanza prioritaria dei principi e delle norme che tutelano i diritti della persona, sia con riferimento, in particolare, al diritto all'assistenza del disabile, espressamente sancito dalla L. n. 104 del 1992 (artt. 12, 13, 14, 15 e 16), nonché dal T.U. n. 297/94.

Rileva il Collegio che il comportamento serbato dall'Amministrazione Scolastica risulta illegittimo, con riferimento alle modalità di erogazione del servizio in favore della predetta minore, atteso che la stessa negli anni precedenti aveva già fruito dell'insegnate di sostegno per l'intero orario di frequenza scolastica e comunque per un numero di ore ben maggiore rispetto a quello erogato nell'anno scolastico 2008/2009, nel quale – con l'impugnato provvedimento sono state attribuite solo 16 ore settimanali secondo il rapporto 1:2, con lesione delle legittime aspettative ingenerate nei ricorrenti.

Dalla documentazione in atti, nonché da quanto sopra affermato dai ricorrenti e non contestato dall'Amministrazione, si evince chiaramente l'infondatezza della tesi difensiva sostenuta dall'Amministrazione Scolastica, che afferma "Relativamente all'alunna diversamente abile [redacted], all'inizio dell'a.s. 2008/2009, si era in possesso di una prognosi funzionale risalente al 09/06/2004 e soltanto in data 9/5/2009, è pervenuta la diagnosi aggiornata da dove emerge l'aggravamento prodotta dall'U.S.P. di Bari in data 11.5.2009. Tale stato di cose suggerisce un'assegnazione per l'a.s. 2009/2010 di un maggior numero di ore, previo incremento di Organico da parte dell'U.S.P."

Ed invero, non solo i ricorrenti hanno incontestatamente affermato di aver fruito di assistenza al minore nell'anno precedente per un numero di ore ben maggiore rispetto a quello relativo all'a.s. 2008/2009, ma anche e soprattutto alla stregua del contenuto della nota impugnata.

Nella nota-certificazione del Dirigente Scolastico del 16.3.09 si legge infatti: "Certifica ... che all'alunna [redacted] ... per l'a.s. 2008/2009 vengono assegnate n. 16 ore settimanali di sostegno pedagogico che sono ridotte rispetto all'a.s. precedente a causa dei tagli in organico e secondo la gravità del caso".

Rileva in proposito il Collegio che il riferimento contenuto nell'ultimo inciso "... e secondo la gravità del caso" risulta puramente di stile e si pone in contrasto con una documentazione clinica che evidenzia addirittura un notevole aggravamento delle condizioni della minore, con indicazioni di intervento che vanno dal generico sostegno pedagogico (accertamento A.S.L. del 9.6.2004) al sostegno pedagogico con assistenza specialistica e di base (accertamento A.S.L. del 7.5.2009).

Risponde dunque al vero l'affermata circostanza di un notevole aggravamento delle condizioni della minore, così come risponde al vero la circostanza che tale aggravamento è stato diagnosticato e certificato dalla A.S.L. solo in data 7.5.2009.

Rileva tuttavia il Collegio che, anche a prescindere dal potere-dovere dell'istituzione scolastica di promuovere anche d'ufficio l'accertamento da parte della A.S.L. dell'aggravamento e di convocare a tal fine i genitori della minore, tale circostanza risulta – nel caso di specie – del tutto irrilevante in presenza di una documentata indebita riduzione delle ore di sostegno e di assistenza riservate alla minore, ridotte per l'a.s. 2008/2009 a sole 16 ore.

Il comportamento dell'Amministrazione Scolastica, asseritamente posto in essere "a causa dei tagli in organico", risulta del tutto illegittimo, atteso che – come sopra evidenziato – il diritto conculcato costituisce diritto fondamentale della persona e costituzionalmente protetto, con evidente priorità assoluta rispetto a eventuali esigenze di bilancio o relative agli aspetti organizzativi dell'attività scolastica, nel senso che quest'ultima deve essere rapportata e organizzata in modo tale da assicurare il soddisfacimento del diritto fondamentale di che trattasi.

Deve rilevarsi che l'affermazione del diritto al sostegno e all'assistenza scolastica del disabile come diritto fondamentale della persona costituisce affermazione generale e di principio, che necessita di ricevere un concreto contenuto in relazione alla specifica fattispecie.

Ciò vuol dire che il contenuto della prestazione di sostegno o assistenziale non deve essere determinato e specificato né dai genitori esercenti la potestà sul disabile, né tantomeno dall'Amministrazione Scolastica, bensì esclusivamente ed unicamente dalla A.S.L., organo tecnico competente e in grado quindi di attribuire al diritto il concreto contenuto rapportato alle

esigenze del disabile.

L'Amministrazione, pertanto, non dispone in proposito di discrezionalità alcuna, essendo tenuta ad erogare esattamente al minore il livello di intervento terapeutico e assistenziale indicato dalla A.S.L., configurandosi come secondario e recessivo ogni altro interesse antagonista, ivi compresa l'esigenza di contenimento di spesa o di non disponibilità finanziaria.

Diversamente opinando il diritto di che trattasi non risulterebbe adeguatamente tutelato secondo la sua natura di diritto fondamentale prioritario, essendo peraltro evidente che una prestazione assistenziale o un intervento di sostegno inadeguato e sottodimensionato rispetto alle indicazioni terapeutiche dell'organo tecnico costituisce situazione del tutto inutile ed equiparabile alla mancata erogazione del servizio.

La natura di diritto fondamentale non consente infatti alcuna elasticità nella erogazione né alcuna discrezionalità dell'Amministrazione.

Deve per inciso rilevarsi, da un lato, che è stata prodotta in atti una certificazione dell'ospedale regionale "F. Miulli" in data 26.1.2008, nella quale si certifica che la minore è affetta da "epilessia mioclonica severa con crisi polimorfe farmaco resistenti e secondario disturbo generalizzato dello sviluppo", significandosi che "tale disabilità interferisce significativamente con l'acquisizione dell'autonomia personale e sociale per cui la bambina ha bisogno di assistenza continua".

Deve altresì evidenziarsi che l'istanza di aggravamento è stata proposta dai genitori della minore alla A.S.L. Bari in data 3.7.2008 e che la A.S.L. Bari ha accertato l'aggravamento con le ulteriori prescrizioni di intervento terapeutico con notevole ritardo e solo in data 7.5.2009, fermo restando che appare singolare che all'interno dell'Amministrazione Scolastica nessun docente si sia avveduto delle condizioni della minore, fermo restando – come già sopra evidenziato – che addirittura, in presenza di siffatto aggravamento conclamato, invece che potenziare l'erogazione del servizio, il numero di ore è stato invece ridotto a 16.

Si ripete che l'intervenuta riduzione delle ore di assistenza costituisce profilo logicamente assorbente e che definisce in termini di esaustività le responsabilità dell'Amministrazione Scolastica.

Ciò premesso, evidenzia il Collegio che l'azione proposta, ancorché formulata in termini di azione impugnatoria, integra chiaramente azione di accertamento del diritto alla prestazione assistenziale così come determinata dalla A.S.L..

La suindicata domanda rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva del

Giudice Amministrativo, che può pertanto conoscere di interessi legittimi e di diritti soggettivi anche indipendentemente dalla impugnazione di atti o provvedimenti, ivi compresa la domanda risarcitoria in relazione alla valutazione del comportamento lesivo serbato dall'Amministrazione.

Premesso quanto sopra, rileva il Collegio che l'azione impugnatoria proposta nei confronti della nota prot. 2063/B19 del 16.3.2009 è inammissibile, atteso che tale atto ha natura di mera certificazione e non ha portata dispositiva né natura di provvedimento, con conseguente assenza di lesività nella sfera giuridica dei ricorrenti.

Il ricorso va invece accolto quanto all'azione di accertamento del diritto, supportata in particolare dai motivi sub 3) e sub 4), con conseguente declaratoria del diritto dei ricorrenti di ottenere dall'Amministrazione Scolastica l'erogazione del servizio di assistenza in favore della figlia minore nei termini esattamente evidenziati dalla A.S.L., in conseguenza sia del certificato aggravamento e sia dell'illegittimo comportamento che ha portato addirittura ad una riduzione del servizio di assistenza già erogato nel pregresso anno scolastico, con elusione delle legittime aspettative ingenerate nei genitori ricorrenti.

E' altresì fondata la domanda risarcitoria proposta dai ricorrenti in relazione al danno subito dalla minore e dai genitori ricorrenti in conseguenza del fatto che il portatore di handicap è stato privato della assistenza specialistica di base nei termini dovuti, ed anzi con una assurda riduzione rispetto all'anno precedente.

Rileva il Collegio in proposito che occorrer anzitutto distinguere nel caso di specie il danno patrimoniale dal danno esistenziale.

Ciò premesso, non ricorre nel caso di specie l'ipotesi risarcitoria di danno patrimoniale subito dai genitori, i quali non hanno avanzato alcuna domanda in tal senso, allegando o provando i relativi presupposti (qualora i genitori avessero - nell'inerzia dell'Amministrazione Scolastica - provveduto direttamente e a proprie spese ad assicurare il servizio al figlio minore, i relativi costi avrebbero costituito danno patrimoniale risarcibile in loro favore).

Nel caso di specie, viceversa, i ricorrenti hanno avanzato domanda di risarcimento del danno esistenziale subito dalla minore.

a) In conseguenza di quanto sopra e pur in assenza di specifica prova del danno esistenziale subito dalla minore, deve ritenersi che il venir meno dell'assistenza scolastica e di base in presenza della grave e documentata situazione di disabilità abbia determinato un regresso nella vita scolastica e relazionale della minore, pregiudicando ulteriormente il già precario

livello di integrazione sociale con gli altri bambini, con conseguente aggravamento del senso di insicurezza e del livello di autostima della bambina, nonché del senso di emarginazione, con grave pregiudizio subito dalla piccola.

Peraltro, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, il danno esistenziale, distinto dal danno biologico e consistente nei riflessi esistenziali negativi (perdita di compiacimento o di benessere per il danneggiato), che ogni violazione di un diritto della personalità produce, è risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c., a condizione che il diritto leso abbia rilievo costituzionale (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 125) e non necessita di specifica prova, risultando provato in re ipsa dalla prova del fatto o comportamento antiggiuridico, con conseguente liquidazione in via equitativa ex artt. 1226 e 2056 C.C. (T.A.R. Piemonte Torino Sez. I 15.62007 n. 2623).

Osserva infine il Collegio che la lesione dei diritti fondamentali della persona, che si collocano al vertice della gerarchia dei valori costituzionalmente garantiti, comporta l'obbligo di risarcimento per il fatto in sé della lesione e indipendentemente da risvolti di patrimonialità (C. Cost. n. 184/86; C. Cass. Sez. I 7.6.2000 n. 7713).

Nel caso in esame, per quanto sopra evidenziato, ricorrono tutti i presupposti per disporre il risarcimento del danno esistenziale in favore della minore, danno che si liquida in via equitativa nella somma di € 5.000,00 (cinquemila/00), tenuto conto della gravità del pregiudizio subito dallo stesso nell'arco di tempo dell'intero anno scolastico 2008/2009, consistente nel regresso e nella involuzione dello sviluppo formativo e nel danno psicologico e relazionale.

Ricorrono tuttavia motivi per dichiarare interamente compensate tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari – II[^] Sez., definitivamente pronunciando sul ricorso n. 864/2009, proposto da [REDACTED] in qualità di genitori esercenti la potestà sul minore [REDACTED], in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, e – per l'effetto – dichiara il diritto della minore [REDACTED] di ottenere l'erogazione da parte dell'Amministrazione Scolastica dell'attività di sostegno e di assistenza scolastica e di base, anche in deroga e comunque nei termini indicati dalla competente A.S.L. BA.

Condanna l'Amministrazione Scolastica al risarcimento del danno

esistenziale in favore della predetta minore, danno che si liquida equitativamente nella somma di € 5.000,00 (cinquemila/00)

Dichiara compensate tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 11/06/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Pietro Morea, Presidente

Antonio Pasca, Consigliere, Estensore

Paolo Amovilli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/06/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO