

N. 05070/2011 REG.PROV.COLL.

N. 05703/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5703 del 2009, proposto da:  
-OMISSIS- Rosario e Formisano Teresa, nella loro qualità di genitori esercenti la potestà sulla minore Ottaviano Simona, rappresentati e difesi dall'avv. Simona Marotta, con domicilio eletto presso Simona Marotta in Napoli, via Caravaggio n. 45, come da procura margine del ricorso;

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca in persona del Ministro pro tempore, Centro Servizi Amministrativi di Napoli e IX Circolo Didattico di Torre del Greco, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliati per legge in Napoli, via Diaz, 11;

per l'annullamento

del provvedimento n. 2227/fp del 12.10.2009, emesso dal IX Circolo Didattico-Torre del Greco, di riconoscimento 12 ore settimanali per sostegno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2011 il dott. Achille Sinatra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso ritualmente proposto i ricorrenti, genitori esercenti la potestà sulla minore indicata in epigrafe, hanno impugnato il provvedimento emesso dal Dirigente scolastico dell'IX Circolo scolastico di Torre del Greco in data 12 ottobre 2009, con il quale tale Organo ha assegnato alla predetta minore (già riconosciuta portatrice di handicap con connotazione di gravità ai sensi della L. 104/1992) 12 ore di sostegno scolastico su 30 ore di frequenza settimanali effettive per l'anno scolastico 2009/2010.

Oltre all'annullamento, previa sospensione, del provvedimento in epigrafe, i ricorrenti hanno chiesto che questo T.A.R. voglia accertare il diritto del minore ad ottenere un insegnante di sostegno per l'intero orario di frequenza non soltanto per l'anno scolastico 2008/2009, ma anche per i successivi, ordinando alla resistente Istituzione scolastica di adottare sin d'ora i relativi provvedimenti; condannare la medesima Amministrazione ad assegnare al minore un insegnante specializzato nella misura consentita dalla legge o, comunque, sufficiente a garantire un apporto completo di ore di sostegno per l'intera giornata scolastica; condannare, infine, le resistenti Amministrazioni al risarcimento del danno esistenziale patito dal minore in conseguenza della mancata assegnazione di un insegnante di sostegno con rapporto 1/1, in misura da dimostrare in corso di causa o in via equitativa, vinte le spese.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione degli articoli 2, 3 II comma 34, 1, 38 III e IV comma della Costituzione, della Costituzione Europea adottata a Roma il 29 ottobre 2004, manifesta illogicità e perplessità.

La violazione delle norme in rubrica discenderebbe dalla qualità di diritto soggettivo garantito costituzionalmente ed in ambito comunitario della posizione giuridica del portatore di handicap in relazione all'istruzione, all'educazione ed all'integrazione scolastica.

2) Violazione e falsa applicazione degli articoli 1, 3, 8, 12 e 13 L. 104/1992, del DPR 275/1999, eccesso di potere, sviamento, carenza di congrua istruttoria e motivazione.

Il medesimo diritto, al livello della legislazione ordinaria, troverebbe riconoscimento mediante le norme in epigrafe.

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 40, I comma, L. 449/1997, dell'art. 21, commi VIII e IX L. 59/97, dell'art. 32 Cost., eccesso di potere per sviamento, carenza di congrue istruttoria e motivazione.

Il richiamato diritto comporterebbe l'assenza di un potere discrezionale dell'Amministrazione in ordine all'attribuzione di un insegnante di sostegno agli scolari affetti da handicap ed al numero di ore di sostegno da assegnare in concreto, sussistendo, invece, esclusivamente discrezionalità tecnica da esercitare in relazione all'effettiva sussistenza delle condizioni prescritte per tale attribuzione.

4) Violazione dell'art. 3 e dell'art. 21-octies L. 241/90, difetto di congrue istruttoria e motivazione.

Il provvedimento impugnato non recherebbe l'esplicitazione delle ragioni per cui al minore sono state assegnate soltanto 16 ore di sostegno in luogo delle richieste 22.

I ricorrenti, inoltre, hanno spiegato domanda di risarcimento per l'asserito danno esistenziale che il minore avrebbe subito in ragione del provvedimento impugnato.

Essi, inoltre, nell'ambito del ricorso hanno proposto un'istanza cautelare, che, dopo essere stata respinta da questa Sezione, è stata accolta in appello dal Consiglio di Stato, previa verifica medico-legale...

Le Amministrazioni intimare, costitutesi in giudizio, non hanno svolto attività difensiva per iscritto.

Alla pubblica udienza del 12 ottobre 2010 il ricorso è stato posto in decisione.

## **DIRITTO**

1. - Il gravame è, innanzitutto, improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse quanto alla domanda d'annullamento dell'impugnata nota dirigenziale, che riguarda unicamente l'anno scolastico 2009\2010, oramai concluso, nonché riguardo alla domanda di riconoscimento del diritto della minore ad avvalersi di maggiori prestazioni di sostegno nel medesimo periodo.

Lo stesso deve dirsi per l'anno scolastico 2010\2011.

2. - Possono invece essere esaminate (poichè residua il prescritto interesse processuale) e meritano accoglimento, le domande con cui i ricorrenti chiedono l'accertamento del diritto della minore a giovare del sostegno scolastico previsto dalla normativa richiamata nei motivi d'impugnazione, per gli anni scolastici successivi.

Infatti, dagli atti del giudizio emerge che la minore in questione è stata individuata quale soggetto portatore di handicap grave con le modalità previste dalla norma su riportate, ossia tramite visita collegiale condotta dai sanitari della competente Azienda sanitaria locale; 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.

In senso ostativo all'esercizio del diritto in questione non 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 L. 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 gravità, 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;

- infine, non ha apportato sostanziali innovazioni alla materia l'art. 19 comma 11 del decreto legge n. 98 del 6 luglio 2011, convertito nella legge n. 111 del 15 luglio 2011, per cui «L'organico dei posti di sostegno è determinato secondo quanto previsto dai commi 413 e 414 dell'articolo 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, fermo restando che è possibile istituire posti in deroga, allorchè si renda necessario per assicurare la piena tutela dell'integrazione scolastica»;

- infatti, tale norma mantiene –secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 80/2010- la necessità di posti in deroga a quanto disposto nei commi 413 e 414 dell'art. 2 L. 244/2007 (dichiarati incostituzionali) se vi siano accertate esigenze educative del minore correlate alla sua piena integrazione scolastica, come emerge, nel caso in esame, dalla stessa determinazione del Dirigente scolastico del 28 settembre 2011, in atti, che ritiene insufficienti le ore di sostegno assegnate al Circolo;

Per quanto sopra esposto, deve essere riconosciuto il diritto della minore a fruire delle prestazioni di sostegno.

3. - Quanto alle domande di assegnazione di un determinato numero di ore di sostegno settimanali, anche per gli anni scolastici successivi a quello attualmente in corso, osserva il Collegio che 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.

Alla relativa elaborazione seguono verifiche per controllare gli effetti dei diversi interventi e l'influenza esercitata dall'ambiente scolastico, mentre il profilo dinamico-funzionale è aggiornato a conclusione della scuola materna, della scuola elementare e della scuola media e durante il corso di istruzione secondaria superiore.

Pertanto, 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, e non si presta ad essere cristallizzato in una formula unica ed immutabile, che sarebbe inevitabilmente destinata a divenire, nel tempo, non più rispondente allo stato evolutivo del minore.

Per quanto detto, le domande relative alla quantificazione delle prestazioni di sostegno cui il minore interessato ha diritto meritano accoglimento nel senso che l'Amministrazione scolastica resistente dovrà attivarsi tempestivamente al fine di aggiornare, alle scadenze previste dalla legge, il profilo dinamico-funzionale ed il piano educativo individualizzato relativo alla minore interessata, secondo le indicazioni ed il percorso fornito dal legislatore nella riportata normativa di riferimento.

Nello specifico caso in esame, inoltre, occorrerà tenere conto delle risultanze della verifica medico-legale disposta in sede d'appello cautelare.

4. - Deve, infine, essere esaminata la domanda di risarcimento dei danni c.d. esistenziali asseritamente occorsi al minore proposta dai ricorrenti nell'atto introduttivo.

Tale domanda, sebbene astrattamente ammissibile nel caso di specie (in cui si controverte del diritto all'istruzione) anche secondo le più recenti acquisizioni giurisprudenziali in materia (Cass. civ., SS.UU., 26972/2008), che ne confinano la rilevanza entro il perimetro dei diritti costituzionalmente tutelati, è infondata, e va respinta.

Invero, i ricorrenti si sono astenuti dal fornire qualsivoglia profilo di prova in ordine al pregiudizio sofferto dal minore per la mancata tempestiva attivazione delle prestazioni di sostegno a suo favore.

E 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'undici novembre 2008).

5. In conclusione, il ricorso è in parte improcedibile, in parte infondato e per il resto fondato nei limiti espressi in motivazione.

Le spese di lite, attese la parziale reciproca soccombenza e la limitata attività difensiva dell'Amministrazione.

**P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione Quarta, accoglie il ricorso nei limiti di cui in motivazione, e, per l'effetto:

1) dichiara improcedibile il ricorso per quanto di ragione indicato in motivazione;

2) dichiara il diritto della minore -OMISSIS- Simona a fruire delle prestazioni di sostegno richieste in ricorso, nei modi e nella misura indicata in motivazione;

3) condanna l'Amministrazione scolastica resistente a fornire tali prestazioni nei modi e nella misura indicata in motivazione;

4) respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Domenico Nappi, Presidente

Leonardo Pasanisi, Consigliere

Achille Sinatra, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/10/2011

IL SEGRETARIO

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