

Pubblicato il 24/08/2021

N. 02450/2021 REG.PROV.COLL.

N. 02432/2016 REG.RIC.

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 per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2432 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS-, n.q. di genitore di -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Impiduglia, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Guglielmo Oberdan n. 5;

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Ufficio Scolastico Regionale per la Sicilia– Ambito Territoriale per la Provincia di Palermo, Istituto Comprensivo Statale -OMISSIS- di Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

del provvedimento con cui sono state assegnate al minore un numero di ore di sostegno inferiore a quello necessario in ragione della disabilità accertata;

PER IL RICONOSCIMENTO

del diritto del minore ad essere assistito da un insegnante di sostegno secondo la specifica ed accertata necessità di cui in atti, sia per il corrente anno scolastico sia per gli anni scolastici successivi, e fino all'approvazione di un nuovo o diverso documento programmatico che determini un diverso numero di ore di sostegno;

PER IL RISARCIMENTO

del danno patito dal minore e dai suoi genitori in conseguenza dell'insufficiente ed inadeguato numero di ore di sostegno, e per la conseguente condanna al pagamento dell'equivalente monetario;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS-il 17/5/2021:

PER IL RICONOSCIMENTO

del diritto del disabile al risarcimento del danno non patrimoniale sofferto;

ED ALTRESI' PER LA CONDANNA

delle amministrazioni resistenti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, al risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dal disabile;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle Amministrazioni scolastiche resistenti;

Viste le note di udienza, con le quali il difensore di parte ricorrente ha chiesto che la causa venisse posta in decisione senza discussione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Bartolo Salone nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A. – Con il ricorso in esame l'odierna istante - nella qualità di genitore del minore indicato in epigrafe, disabile grave ex art. 3, co. 3, della l. n. 104/1992 - ha adito questo Tribunale chiedendo: l'annullamento del provvedimento del dirigente scolastico nella parte relativa all'assegnazione delle ore di sostegno; il riconoscimento del diritto all'assegnazione, all'alunno disabile, di un insegnante di sostegno nel rapporto 1/1 per l'a.s. 2016/2017 e fino a quando non risultino modificate le relative condizioni; nonché la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno non patrimoniale asseritamente sofferto a causa della mancata tempestiva assegnazione di un numero adeguato di ore di sostegno.

B. – Si è costituita in giudizio l'Amministrazione scolastica intimata depositando documentazione.

C. – Con ordinanza n. -OMISSIS- è stata accolta l'istanza cautelare, onerando le parti di produrre il PEI o altro documento programmatico equipollente.

D. – Parte ricorrente, con memoria e relativa documentazione, ha dichiarato di non avere più interesse per la parte relativa all'anno scolastico ormai trascorso (a.s. 2016/2017), insistendo per l'accertamento del diritto del disabile "ad essere assistito da un insegnante di sostegno secondo il rapporto 1/1" anche per gli anni successivi e "fino a quando permangano le relative esigenze", oltre al risarcimento del danno non patrimoniale per l'assegnazione di un numero inadeguato di ore di sostegno.

E. – Con ricorso per motivi aggiunti, notificato e depositato il 17 maggio 2021, la parte ricorrente ha chiesto, da un lato, dichiararsi la sopravvenuta carenza di interesse all’assegnazione delle ore di sostegno in più per il trascorso a.s. 2016/2017 e, dall’altro, la condanna dell’Amministrazione scolastica al risarcimento del danno non patrimoniale (esistenziale) asseritamente subito dal minore in conseguenza della tardiva predisposizione del PEI, adottato il 16 marzo 2017 per l’a.s. 2016/2017 e recante l’indicazione del numero di ore (22 ore settimanali) secondo il preteso rapporto 1/1. Con lo stesso mezzo la parte ricorrente ha, altresì, preliminarmente argomentato sulla sussistenza della giurisdizione del G.A., richiamando un recentissimo precedente della Sezione su fattispecie analoga.

L’avvocatura dello Stato ha avverso la domanda risarcitoria, chiedendone il rigetto.

F. – All’udienza del giorno 20 luglio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, la causa è stata posta in decisione.

G. – Il ricorso introduttivo è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Deve premettersi che, con numerose sentenze, questa Sezione ha di recente ricostruito la giurisdizione nella materia che viene in rilievo, distinguendo le domande volte alla predisposizione degli strumenti didattici necessari per l’individuazione delle esigenze degli studenti disabili - rientranti nella giurisdizione del G.A. - da quelle con le quali viene chiesta la concreta erogazione del relativo servizio, di competenza del G.O..

Si fa in particolare riferimento, tra le tante, alle sentenze di questa Sezione n. 1624/2020, n. 1628/2020 e n. 1545/2020 – rese su fattispecie in cui al momento della proposizione del ricorso non era ancora stato redatto il documento programmatico – che rinviano, tra l’altro, alle decisioni della Sezioni Unite n. 1870/2020 e n. 25101/2019.

Sotto tale specifico profilo, il Collegio, pur conoscendo taluni recenti precedenti del Giudice di appello (tra le tante, C.G.A. n. 669, n. 710 e n. 711 del 2018) e il precedente della Sezione richiamato nel ricorso per motivi aggiunti, ritiene di dovere richiamare quanto più volte stabilito dal Giudice regolatore della giurisdizione, secondo cui *“il piano educativo individualizzato, definito ai sensi della L. 5 febbraio 1992, n. 104, art. 12, obbliga l’amministrazione scolastica a garantire il supporto per il numero di ore programmato, senza lasciare ad essa il potere discrezionale di ridurre l’entità in ragione delle risorse disponibili, sicché la condotta dell’amministrazione che non appresti il sostegno pianificato si risolve nella contrazione del diritto del disabile alla pari opportunità nella fruizione del servizio scolastico, la quale, ove non accompagnata dalla corrispondente riduzione dell’offerta formativa per gli alunni normodotati, concretizza discriminazione indiretta, la cui repressione spetta al giudice ordinario (Cass., Sez. U., 25 novembre 2014, n. 25011)”* (cfr. Cass. Civ. SS.UU., 20 aprile 2017, n. 9966 e, più di recente, Sez. Un., 28 gennaio 2020, n. 1870; ord. 8 ottobre 2019, n. 25101, in cui pare non ritenersi dirimente ai fini del riparto di giurisdizione l’esplicita deduzione di una condotta discriminatoria).

In questo senso è, peraltro, orientata anche l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, pure richiamata nell’ordinanza delle Sezioni Unite n. 5060/2017 (v. in tal senso anche C.G.A. in sede giurisd., 8 marzo 2018, n. 128).

La Sezione, inoltre, conosce la recentissima sentenza del C.G.A. n. 704/2021: tuttavia, detta pronuncia – per la quale risultano ancora pendenti i termini per un’eventuale impugnazione da parte dell’Avvocatura dello Stato innanzi alla Corte di Cassazione sui profili relativi alla giurisdizione – non tiene invero conto della recentissima posizione espressa dalla stessa Corte regolatrice della giurisdizione con l’ordinanza n. 20165/2020 sull’analogo questione relativa all’attuazione del PAI, sollevata da questa Sezione per conflitto negativo.

In tale decisione le Sezioni Unite, pur richiamando la pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 7/2016 (invocata a differenti fini dal C.G.A.), hanno ribadito che le questioni relative all’applicazione dei piani personalizzati attengono alla giurisdizione del G.O.. Non è per altro peregrino osservare come, con detta pronuncia, la Corte regolatrice della giurisdizione, pur indirettamente, abbia ritenuto di non condividere la giurisprudenza dello stesso C.G.A., già invocata dal giudice ordinario (ordinanza del Tribunale di Termini Imerese del 16/10/2019, cassata dalla Corte) in sede di declinatoria della giurisdizione in favore del giudice amministrativo. Il Giudice ordinario aveva, infatti, declinato la propria giurisdizione invocando, appunto, le pronunce del C.G.A. n. 258/2016, n. 356/2016, n. 234/2016 e finanche la sentenza del C.d.S, Ad. Plen n. 7/2016. Diversamente opinando, la Corte di Cassazione –dalla cui pronuncia questo T.A.R. ritiene di non doversi discostare- ha chiarito ancora una volta che *“(…) 4.1. – Pertanto, ove la controversia verta sulla redazione del progetto individuale o il suo aggiornamento o ne vengano contestati gli esiti, la giurisdizione è del giudice amministrativo. In tale evenienza, infatti, la controversia non attiene all’esecuzione del provvedimento redatto dall’amministrazione comunale, d’intesa con l’azienda unità sanitaria locale, volto ad accertare le esigenze della persona disabile, ma alla stessa predisposizione di tale atto, indipendentemente dal fatto che si tratti della sua prima predisposizione ovvero del suo doveroso aggiornamento, d’ufficio o ad istanza dell’interessato. 4.2. – Ove, invece, si lamenti la mancata (o incompleta) attuazione o esecuzione del documento programmatico, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario. Infatti, secondo la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 204 del 2004), la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo (ovvero, attesa la facoltà, riconosciutale dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo). Ora, è evidente che una volta che il progetto individuale, predisposto dal Comune d’intesa con l’azienda unità sanitaria locale, abbia individuato, anche tenendo conto delle risorse disponibili in base ai piani di settore, le prestazioni di cura e di riabilitazione a carico del Servizio sanitario nazionale e i servizi alla persona, con particolare riferimento al recupero e all’integrazione sociale, la P.A. ha il dovere di erogare quelle prestazioni e quei servizi. Poichè, dunque, deve riconoscersi alla persona con disabilità nei cui confronti sia stato predisposto un progetto individuale della L. n. 328 del 2000, ex art. 14, una posizione di diritto soggettivo alla concreta erogazione delle prestazioni e dei servizi indicati nel progetto – un diritto*

già pienamente conformato, nella sua articolazione concreta, rispetto alle specifiche necessità della persona -, e poichè l'attività materiale di erogazione delle prestazioni e dei servizi già deliberati nel progetto non afferisce all'esercizio di potestà autoritative, le relative controversie, estranee al perimetro della giurisdizione esclusiva, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario".

Osserva ulteriormente il Collegio che le decisioni appena citate indicano chiaramente il limite della giurisdizione amministrativa, attribuendo a quella ordinaria tutte le questioni relative alla mancata (o incompleta) attuazione del documento programmatico didattico indicante le ore di sostegno; e ciò, a prescindere dalla prospettazione della parte ricorrente, dalla quale non può dipendere la scelta del giudice al quale ricorrere per la tutela della propria posizione soggettiva.

In merito sembra quasi superfluo precisare che i comportamenti discriminatori hanno carattere oggettivo; conseguentemente sono tali indipendentemente dalla volontà di chi li compie o della prospettazione di chi propone l'azione giudiziaria e, sotto tale profilo, la giurisdizione non può dipendere dalla domanda formulata dalla parte ricorrente, a fronte della stessa fattispecie in cui l'interessato - accertato dai competenti organi l'handicap (grave o non grave) ai fini dell'integrazione scolastica - lamenta la mancata attuazione del documento programmatico che ha stabilito il numero delle ore di sostegno necessarie o, come nel caso in esame, assume di avere diritto alla prestazione nella misura massima prevista.

Non possono pertanto essere seguite quelle ricostruzioni, secondo le quali la giurisdizione del G.O. indicata dalle richiamate sentenze delle SS.UU. della Cassazione sussisterebbe solo in caso di espressa denuncia di un comportamento discriminatorio, che inevitabilmente porterebbe ad una inammissibile sorta di divisione della giurisdizione sulla base della prospettazione di parte, con una singolare riedizione della teoria della prospettazione, opportunamente abbandonata da parecchi decenni.

Altro punto che appare utile chiarire - considerate le oscillazioni che si registrano sul punto in alcune sentenze amministrative ed ordinarie - è che il criterio di riparto della giurisdizione, in ossequio a fondamentali principi processuali, non possa che fondarsi sulle concrete domande spiegate e non, invece, sulla base dell'attività amministrativa ad esse propedeutica.

Ne consegue che la domanda di attribuzione di ore rientra comunque nella giurisdizione del G.O. anche qualora il PEI non sia stato redatto (circostanza che può incidere sulla fondatezza dell'eventuale domanda proposta, ma non sul pregiudiziale riparto di giurisdizione), mentre la competenza del Giudice Amministrativo, in sintonia con le già richiamate sentenze delle SS.UU. e dell'Adunanza Plenaria, è comunque relativa esclusivamente alla domanda volta alla predisposizione del PEI - non formulata dalla parte ricorrente nel ricorso introduttivo - ovvero, ancora, alla sua contestazione nel merito.

Nel caso in esame osserva il Collegio che parte ricorrente con il ricorso introduttivo ha chiesto l'assegnazione di un insegnante di sostegno secondo il rapporto 1/1 sulla base della natura della posizione soggettiva vantata. Conseguentemente, sulla domanda volta alla concreta erogazione del servizio la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, al quale la parte ricorrente potrà rivolgersi, restando, invece, nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo l'eventuale contestazione (non presente nel caso di specie) dell'adeguatezza delle misure o della mancata predisposizione del necessario documento didattico.

È quasi superfluo evidenziare che le domande di condanna all'assegnazione dell'insegnante di sostegno anche per gli anni futuri e di risarcimento del danno per la mancata assegnazione - nei termini ritenuti spettanti da parte ricorrente - non possono che seguire la stessa sorte della domanda volta all'accertamento della doverosità di tale assegnazione, e quindi essere dichiarata inammissibile.

Conclusivamente, il ricorso introduttivo deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario, davanti al quale la parte potrà riproporre il giudizio ai sensi dell'art. 11 cod. proc. amm..

H. - Deve ora essere esaminato il ricorso per motivi aggiunti, con il quale la parte ricorrente ha chiesto il ristoro del danno non patrimoniale asseritamente derivante dal ritardo nell'adozione del P.E.I. per l'a.s. 2016/2017.

Deve preliminarmente precisarsi che tale domanda risarcitoria, in quanto astrattamente derivante dalla mancata predisposizione del P.E.I., rientra nella giurisdizione del G.A..

Ciò premesso, tale domanda risarcitoria (nuova rispetto a quella articolata con il ricorso introduttivo, da quest'ultima distinguendosi sotto il profilo della causa petendi) appare irricevibile per tardività, essendo stata proposta chiaramente oltre il termine decadenziale di 120 giorni, decorrenti ai sensi dell'art. 30, comma 4, c.p.a. dal 13 marzo 2017, data di adozione del predetto documento programmatico che pone fine alla lamentata inerzia nel provvedere da parte della p.a..

Detta domanda, in ogni caso, non è fondata e deve essere rigettata, atteso che:

- il danno non patrimoniale asseritamente derivante dalla ritardata predisposizione del PEI deve essere provato con ogni mezzo, ivi compreso il ricorso alle presunzioni semplici, e deve essere dimostrato che, in assenza di tale attività, il minore abbia subito deficit cognitivi che ne abbiano pregiudicato il corso di studi ovvero turbamenti dell'animo che abbiano inciso sulla sua qualità di vita;

- il richiedente è tenuto quindi ad allegare e provare in termini reali il pregiudizio subito, anche se collegato a valori riconosciuti a livello costituzionale, e ciò perché la categoria del danno non patrimoniale ex art. 2059 cod. civ., pur nei casi in cui la sua applicazione consegua alla violazione di diritti inviolabili della persona, costituisce pur sempre un'ipotesi di danno-conseguenza e non un mero danno evento, "il cui ristoro è in concreto possibile solo a seguito dell'integrale allegazione e prova in ordine alla sua consistenza (deducibile da specifiche circostanze da cui possa

desumersi la violazione di interessi di rilievo costituzionale) ed in ordine alla sua riferibilità eziologica alla condotta del soggetto asseritamente danneggiato (cfr. Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26792; Cass. Sez. III, 24 settembre 2013, n., 21865; Cons. Stato, sez. VI, 9 gennaio 2014, n. 34)” (Consiglio di Stato, sez. VI, 28/6/2019 n. 4454; idem, T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 25/2/2019 n. 10526; T.A.R. Umbria, 7/11/2019 n. 573);

- nel caso di specie, la ricorrente non ha concretamente dimostrato la circostanza che il disabile, durante il periodo in cui ancora il PEI non era stato redatto, abbia subito un peggioramento ovvero una regressione ovvero che ci sia stata una incidenza negativa nella sua vita di relazione con gli altri alunni, tanto più che dal 16 gennaio 2017 sono state assegnate 22 ore settimanali secondo il richiesto rapporto 1/1 (v. nota prot. n. 7655 del 17.05.2021 in atti) e dall’inizio dell’anno scolastico era assicurato al minore il sostegno nella misura di 11 ore settimanali;

- la stessa ricorrente non si è, a ogni modo, attivata prontamente al fine di prevenire il pregiudizio (da ritardata adozione del P.E.I.) che assume essere derivato al figlio disabile attraverso l’esperienza di appropriati mezzi di tutela giurisdizionale, posto che non risulta che abbia agito in giudizio a inizio dell’anno scolastico al fine di costringere l’Amministrazione ad adottare il documento programmatico con l’indicazione delle ore di sostegno adeguate al grado di disabilità;

- deve pertanto escludersi il risarcimento del danno non patrimoniale, ove mai fosse stato dimostrato nella sua effettività, in base all’art. 30, comma 3, c.p.a., secondo cui *“Nel determinare il risarcimento, il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperienza degli strumenti di tutela previsti”*.

I. – Conclusivamente, il ricorso introduttivo deve essere dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo; il ricorso per motivi aggiunti, peraltro irricevibile, deve essere rigettato.

L. – Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano, ai sensi del d.m. n. 55/2014, nella misura quantificata in dispositivo, tenuto conto del valore indeterminabile della controversia e della complessità delle questioni giuridiche affrontate, avendo riguardo ai minimi tariffari in ragione della concreta attività difensiva svolta limitata alla fase studio e alla fase introduttiva; non si procede alla liquidazione delle fasi istruttoria/trattazione e della fase decisionale, in quanto nessuna attività difensiva rilevante è stata concretamente spesa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e integrato dai motivi aggiunti:

- dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso introduttivo;

- rigetta il ricorso per motivi aggiunti.

Condanna la parte ricorrente a rifondere alle resistenti amministrazioni le spese del giudizio, che liquida in complessivi euro 1.000,00 (mille/00), oltre spese forfettarie, IVA e CPA come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Amministrazione.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui agli artt. 52 commi 1,2 e 5 e 22, comma 8 D.lg.s. 196/2003, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all’oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute delle parti o di presone comunque ivi citate.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall’art. 25, comma 2, d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e dall’art. 6, comma 1, d.l. 1 aprile 2021, n. 44, con l’intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere

Bartolo Salone, Referendario, Estensore

L’ESTENSORE

Bartolo Salone

IL PRESIDENTE

Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.