

Il T.A.R. Campania sulla mancata assegnazione, a minore disabile grave, di assistente specializzato per la palestra pubblica.

(T.A.R. Campania - Napoli, sez. VI, sent. 21 giugno 2019, n. 3478)

La mancata assegnazione, da parte delle Autorità competenti, a minore disabile grave, di assistente specializzato genera un danno (biologico) meritevole di risarcimento. Invero, dinanzi alla violazione dei diritti del minore disabile, costituzionalmente garantiti e protetti, può farsi luogo al risarcimento del danno esistenziale, che è individuabile negli effetti che la diminuzione (anche temporanea) delle ore di assistenza ha sullo sviluppo del disabile in situazione di gravità, in considerazione dell'interruzione del processo di promozione dei suoi bisogni di cura, di istruzione e di partecipazione a fasi di vita normale.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4763 del 2018, proposto da Luigi Adinolfi-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Adinolfi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Stefano Caserta in Napoli, via del Parco Margherita n. 34;

contro

Comune di Caserta, in persona del Sindaco p,t, non costituito in giudizio;

per l'accertamento, previa emissione di opportune misure cautelari, del diritto -OMISSIS-

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 maggio 2019 la dott.ssa Anna Corrado e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'odierno ricorrente è -OMISSIS-

Attesa l'inerzia servata dalla intimata Amministrazione, ha proposto un primo ricorso ex art. 117 cpa, segnalando che il comune pochi giorni prima dell'udienza camerale ha reso fruibile la palestra e l'istante, a seguito di altro ricorso proposto contro l'ASL (n.r.g. 1212/18), ha ottenuto -OMISSIS-

Residua, quindi, la mancata nomina dell'assistente per l'autonomia e la comunicazione e la pronuncia sui danni nel ricorso n.r.g. 2579/18, previo mutamento del rito.

Tuttavia, -OMISSIS-

Deduce il ricorrente violazione dell'art. 97 costituzione – violazione degli artt. 42, 44 e 45 del d.P.R. n. 616/77, art. 12 e 13 l. n. 104/92 e 139, co. 1, lett. c), d.l.vo n. 112/98- l. n. 23/96, significandosi che l'obbligo di provvedere -OMISSIS-grava non già sull'amministrazione scolastica, bensì sull'amministrazione civica in forza degli artt. 42 e 45 d.P.R. n. 616/77, 13 l. n. 104/92 e 139, co. 1, lett. c), d. l.vo n. 112/98 e 315, c.2, del D. Lgs. n. 297/94 e che trattasi di un diritto del minore disabile ai sensi dell'art. 12 della L. 104/92 nonché come all'assistente per l'autonomia e la comunicazione competono compiti specifici che lo differenziano dall'insegnante di sostegno, con cui deve però cooperare in sinergia, secondo gli obiettivi del Piano Educativo Individualizzato.

E' pure avanzata domanda di condanna dell'intimata Amministrazione al pagamento in favore della minore di una somma equitativamente determinata, a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale arrecato alla stessa con la condotta discriminatoria sopra descritta. Rappresenta sul punto il ricorrente che l'atteggiamento del Comune preclude alla minore il pieno godimento del diritto all'educazione e all'istruzione, ponendolo in posizione di svantaggio rispetto ai suoi coetanei normodotati o in condizioni di meno grave disabilità, non consentendole di fruire della stessa offerta formativa, e costituisce pertanto condotta discriminatoria, per cui l'istanza risarcitoria va accolta nel solco tracciato dal Giudice delle leggi, secondo cui il diritto all'istruzione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato. Sussistono, ad avviso di parte ricorrente, l'elemento soggettivo del dolo e della colpa grave e quello oggettivo del danno, di cui è chiesta la liquidazione in via equitativa, avuti riguardo che trattasi di ritardo nell'accedere alle prestazioni scolastiche sopra descritte.

Con successiva memoria depositata l'11 febbraio 2019 il ricorrente ha rappresentato che solo con Det. n. 93 del 24/01/19, in espressa esecuzione dell'Ord. Tar n. 1927/18, è stata concessa l'assistenza specialistica, iniziata nella giornata del 04/02/19 e che quindi, a fronte della richiesta della Dirigente dell'11/09/18 allegata al verbale DLHO il ritardo è stato di ben 5 mesi, quindi insistendo per la condanna del Comune al risarcimento del danno da ritardo nell'adozione del provvedimento favorevole.

Non risulta costituita in giudizio l'intimata Amministrazione comunale.

Alla pubblica udienza dell'8 maggio 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

L'intervenuta determinazione del Settore interventi tutela del cittadino del Comune di Caserta a mezzo della quale è stata finalmente concessa l'invocata assistenza specialistica con indicazione nominativa dell'operatrice professionale individuata e con relativo impegno di spesa rende improcedibile il ricorso in esame nella parte in cui è appunto volto all'accertamento del diritto della minore alla assistenza poi effettivamente concessa, tanto che la difesa di parte ricorrente insiste con la memoria da ultimo depositata per il risarcimento del danno.

Giova comunque osservare e ricordare che, come già rilevato dalla Sezione in sede cautelare, "l'art. 13, co. 3 della legge 104/1992 dispone che "Nelle scuole di ogni ordine e grado, fermo restando, ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, e successive modificazioni, l'obbligo per gli enti locali di fornire l'assistenza per l'autonomia e la comunicazione personale degli alunni con handicap fisici o sensoriali, sono garantite attività di sostegno mediante l'assegnazione

di docenti specializzati” (nella specie trattandosi dell’assistente specialistico all’autonomia e alla comunicazione non nominato nonostante la richiesta del Dirigente scolastico dell’11 settembre 2018 e le relazioni del Gruppo di lavoro per l’integrazione scolastica dell’8 maggio 2018 e del 28 novembre 2018). Quanto alla natura della posizione azionata, questo TAR ritiene di aderire all’impostazione seguita dalla sentenza n. 809/2018 del Consiglio di Stato, ovvero che la pretesa di parte ricorrente presenta consistenza di diritto soggettivo, e non di mero interesse legittimo (sul punto può rinviarsi all’ampio excursus argomentativo della pronuncia citata, cfr. anche T.A.R. Napoli, VIII Sezione. n. 1249/2019). Quello che è fatto valere è un diritto fondamentale del minore, sia in relazione alla strumentalità delle richieste svolte rispetto alla tutela del diritto all’istruzione della persona disabile sancito in Costituzione agli artt. 34 e 38, sia con riferimento alle specifiche previsioni di cui agli artt. 12 e 13 L. 104/1992, trattandosi comunque di una assistenza che va assicurata in ogni caso, senza che abbiano rilievo le eventuali condizioni di difficoltà economica dell’Ente, perché quest’ultima situazione può giustificare un impedimento solamente laddove conseguente alla dimostrata impossibilità assoluta di accedere a risorse anche esterne al finanziamento corrente.

Tanto premesso, quanto alla domanda di risarcimento del danno che residua da esaminare, questa è fondata e va, pertanto, accolta. Merita, in particolare, di essere confermato e qui ribadito l’avviso già espresso dal giudice amministrativo con riguardo a controversia concernente la medesima fattispecie di mancata assegnazione, a minore disabile grave, di assistente specializzato (cfr. T.A.R. Reggio Calabria, 30 dicembre 2017 n. 990).

Nel caso di violazione dei diritti del minore disabile, come nella specie costituzionalmente garantiti e protetti, può farsi luogo al risarcimento del danno esistenziale, che è individuabile negli effetti che la diminuzione (anche temporanea) delle ore di assistenza ha sullo sviluppo del disabile in situazione di gravità, in considerazione dell’interruzione del processo di promozione dei suoi bisogni di cura, di istruzione e di partecipazione a fasi di vita “normale”.

Come rilevato nella citata sentenza, “Più in generale, occorre precisare che il danno di tipo esistenziale di cui qui si chiede il ristoro è inteso come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva e interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all’espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno.

Tale accezione di danno esistenziale è stata elaborata ed è abitualmente usata per i soggetti la cui esistenza non è in partenza minata da disabilità psico-fisiche, e rispetto ai quali, dunque, il pregiudizio è più immediatamente percepibile, passandosi da una situazione originaria di pienezza ad una di limitazione.

Per il caso di soggetti minori e disabili gravi, che è quello che qui rileva, avverte il Collegio che la nozione di pregiudizio, e soprattutto la sua esigenza di prova cui è ancorata la risarcibilità, deve tenere conto del fatto che esso incide su esistenze, le cui abitudini ed i cui assetti si presentano già gravemente compressi e portatrici di condizioni di forte sofferenza.

Occorre prendere le mosse dalla nota decisione delle Sezioni Unite della Cassazione di cui alla sentenza n. 26973 del 2008, che, componendo i contrasti giurisprudenziali circa il danno non patrimoniale, ha concluso per la necessità di una prova piena del pregiudizio, e dal convincimento

della giurisprudenza successiva che il danno esistenziale non sia in re ipsa, ma piuttosto necessiti sempre di prova da parte di chi ne chiede il ristoro.

E' noto, peraltro, che la predetta sentenza delle Sezioni Unite ha avvertito, in merito al pregiudizio non patrimoniale diverso dal danno biologico (che, invece, richiede in genere l'accertamento medico - legale), che:

“Attenendo il pregiudizio (non biologico) ad un bene immateriale, il ricorso alla prova presuntiva è destinato ad assumere particolare rilievo, e potrà costituire anche l'unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri (v., tra le tante, sent. n. 9834/2002).

Il danneggiato dovrà tuttavia allegare tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti che consentano di risalire al fatto ignoto”.

Viene, quindi, in rilievo il meccanismo probatorio delle presunzioni semplici: attraverso il ricorso alle presunzioni il giudice può sopperire alla carenza di prova, ma non anche al mancato esercizio dell'onere di allegazione, concernente sia l'oggetto della domanda (o dell'eccezione) che le circostanze in fatto su cui la stessa si fonda.

È evidente, infatti, che trattandosi di un pregiudizio relativo ad un bene immateriale, la prova per presunzioni è non solo ammissibile, ma è, invero, la prova principale.”.

Sul punto dell'allegazione dei fatti, il ricorrente ha assolto al relativo onere, allegando la documentazione sanitaria attestante la gravità della situazione di salute della minore ed il protrarsi dell'inerzia del Comune fino all'adozione della determina innanzi citata.

La ragionevole probabilità che la mancanza totale di assistente, per il periodo che va dall'inizio dell'anno scolastico fino alla data di adozione della detta determina, abbia accresciuto le difficoltà di inserimento e di partecipazione alla vita scolastica e relazionale della minore si desume dalle regole di esperienza delle diverse discipline, da quelle mediche a quelle psicologiche.

Il rango di diritto fondamentale della tutela del minore disabile non consente poi di ammettere cause giustificative di ritardi o di necessari tempi burocratici nella mancata assegnazione dell'assistenza professionale e non consente di riconoscere attenuanti alla colpa del Comune nell'inadempimento dell'obbligo di cui trattasi, che dunque va ritenuto inescusabile.

La domanda risarcitoria, in conclusione, va accolta e il danno quantificato, in via equitativa, in misura pari ad euro 500,00 (cinquecento) per ogni mese - con riduzione proporzionale per le frazioni di mese - di mancata erogazione del servizio di assistenza da parte dell'Amministrazione comunale per il periodo che va dall'inizio dell'anno scolastico sino alla data della determina comunale che ha disposto per l'attivazione della invocata assistenza.

In definitiva, ribadite le svolte considerazioni, il ricorso in esame è improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse nella parte in cui era volto all'accertamento del diritto della minore disabile all'attivazione dell'assistenza poi intervenuta ed è fondato, giusta quanto innanzi esposto, per quanta parte era volto alla richiesta di condanna del Comune di Caserta al risarcimento del danno per il ritardo registrato nell'adozione del provvedimento idoneo ad attivare l'assistenza.

Le spese del giudizio sono poste a carico del Comune di Caserta e liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo dichiara improcedibile nei termini di cui in motivazione;
- accoglie la domanda di risarcimento danni nei termini indicati in motivazione;
- condanna il Comune di Caserta a pagare le spese di lite che liquida in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, comprensivi dell'importo già liquidato nella fase cautelare.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1, 2 e 5, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 6, paragrafo 1, manda alla Segreteria di procedere, in caso di riproduzione in qualsiasi forma, in caso di riproduzione in qualsiasi forma, all'oscuramento delle generalità del minore, dei soggetti esercenti la potestà genitoriale o la tutela e di ogni altro dato idoneo ad identificare il medesimo interessato riportato nella sentenza o nel provvedimento.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Carlo Buonauro, Consigliere

Anna Corrado, Consigliere, Estensore