



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 22 del 2012, proposto da:

***** e ***** N.Q. di genitori esercenti la potestà sul figlio minore *****, rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Tropiano, con domicilio eletto presso Lucio Strangio Avv. in Reggio Calabria, via F.G. Melacrino', 47;

contro

Comune di Marina di Gioiosa Ionica, rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Callipo, con domicilio eletto presso Luigi Tuccio Avv. in Reggio Calabria, via Palamolla,31;

per l'accertamento

a) dell'illegittimità del silenzio della P.A in ordine all'obbligo dell'Amministrazione a provvedere alla nomina dell'“educatore professionale” da assegnare a minore portatore di handicap in situazione di gravità ex art. 3, comma 3, L. n. 104 del 1992 per dieci (10) ore settimanali e, per l'effetto, dichiarare illegittimo il silenzio avverso la diffida o comunque illegittimo silenzio inadempimento formatosi per decorso il termine di legge ex art. 2, comma 4-bis legge 241/90 (così come modificato dalla legge 15/2005);

b) dell'obbligo per la P.A. di provvedere e con nomina, in difetto, di un Commissario ad acta;

e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 cod. civ., qualificabile nella fattispecie come danno esistenziale, alla cui quantificazione i ricorrenti si rimettono all'equo apprezzamento del Giudice.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Marina di Gioiosa Ionica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2012 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Nell'odierno giudizio parte ricorrente chiede l'accertamento dell'obbligo per il Comune intimato di provvedere alla nomina di un educatore professionale per l'assistenza del minore in condizione di disabilità certificata dalla competente autorità sanitaria e per un totale di dieci ore settimanali.

Il Comune, ritualmente costituito, si oppone all'accoglimento della domanda, affermando di aver provveduto all'esecuzione di quanto necessario all'organizzazione del servizio, che risulta affidato ad organismo sociale appositamente selezionato con procedura di evidenza pubblica e dunque in regime di appalto.

Alla camera di consiglio del 23 maggio 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è fondato e va accolto nei seguenti limiti.

Tra le parti non è dubbio che la competenza a provvedere circa l'istituzione ed il servizio di assistenza scolastica agli alunni disabili sia dell'Ente locale, che è sancito dall'art.139, lett. "c" del dlgs 112/98 (e, quanto alla Calabria, con LR nr. 34 del 12.08.2002, art. 138, comma 4, lett. "d").

Del resto, lo stesso Comune resistente non contesta la propria legittimazione passiva, avendo provveduto ad organizzare il servizio mediante una specifica convenzione stipulata con organismo terzo (vedasi oltre). Infine, nella nota dell'AS n. 9 di Locri, U.O. di Neuropsichiatria infantile, con la quale si attesta la condizione del minore dei ricorrenti (prot. nr. 304 del 29.03.2011), la nomina del personale educativo è espressamente affidata all'Ente locale, richiamandosi le "*vigenti disposizioni (DPR 616/77; l. 142/90; l. 104/92)*", nel testo puntualmente riprodotto e fatto proprio dalla difesa dei ricorrenti nell'atto introduttivo.

Per mera completezza di giudizio, dunque, il Collegio richiama recente giurisprudenza, secondo la quale "*le funzioni amministrative relative alla materia "assistenza scolastica" competono al Comune in conformità a quanto previsto già dall'art. 42, d.P.R. n. 616 del 1977: esse "concernono tutte le strutture, i servizi e le attività destinate a facilitare mediante erogazioni e provvidenze in denaro o mediante servizi individuali o collettivi, a favore degli alunni di istituzioni scolastiche pubbliche o private, anche se adulti, l'assolvimento dell'obbligo scolastico nonché, per gli studenti capaci e meritevoli ancorché privi di mezzi, la prosecuzione degli studi". Mentre all'insegnante di sostegno spetta una contitolarità nell'insegnamento, essendo egli un insegnante di tutta la classe chiamato a garantire un'adeguata integrazione scolastica - che deve, pertanto, essere inquadrato a tutti gli effetti nei ruoli del personale insegnante - diversamente l'assistente educatore svolge un'attività di supporto materiale individualizzato, estranea all'attività didattica propriamente intesa, ma che è finalizzata ad assicurare la piena integrazione nei plessi scolastici di appartenenza e nelle classi, principalmente attraverso lo svolgimento di attività di assistenza diretta agli alunni affetti da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali in tutte le necessità ai fini di una loro piena partecipazione alle attività scolastiche e formative. Le competenze comunali non attengono al generale bisogno educativo - rientrando nella sfera di attribuzioni statali - ma riguardano gli*

interventi volti a facilitare il percorso formativo dei diversamente abili, e quindi sono strumentali e sussidiari rispetto al suddetto bisogno. Il diritto allo studio è garantito, a favore di tali soggetti, mediante l'affiancamento agli insegnanti "ordinari", di insegnanti "specializzati" preposti all'attività didattica. Il Comune è, in aggiunta, tenuto ad organizzare e consentire ai propri cittadini che lo necessitano di usufruire dell'ulteriore attività dell'assistente, che garantisce un supporto materiale individualizzato diretto a rimuovere qualsiasi ostacolo che gli alunni affetti da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali possono incontrare nell'accesso al servizio scolastico" (cfr. T.A.R. Brescia Lombardia sez. II, 04 febbraio 2010, n. 581).

Quanto alla domanda di accertamento dell'obbligo a provvedere, non v'è dubbio che l'attuale affidamento ad ente terzo rispetto al Comune del servizio di assistenza, avente ad oggetto *"l'attivazione di specifici interventi per garantire l'integrazione scolastica degli alunni diversamente abili ed in situazione di svantaggio frequentanti l'Istituto Comprensivo di Marina di Gioisa Jonica e di accompagnatore scuolabus"*, non è sufficiente a ritenere assolto tale obbligo.

L'obbligo per la PA di assicurare un sostegno scolastico al minore in situazione di disabilità ha ad oggetto una prestazione tipica, che si concretizza nell'individuazione e reclutamento di un professionista a ciò abilitato, in possesso delle necessarie qualifiche ed esperienza, da inserire nell'ambito scolastico e, più precisamente, nella formazione che viene impartita in aula, per il tempo stabilito dall'autorità sanitaria in relazione alle condizioni del minore (nel caso di specie, tale impegno è quantificato in dieci ore settimanali nella già richiamata attestazione dell'A.S. di Locri prot. 304/2011).

Nessun valore ha dunque, sotto questo profilo, l'avvenuto affidamento ad un organismo terzo di un servizio di assistenza genericamente modulato su diverse tipologie di prestazioni (la convenzione, depositata in giudizio prevede, all'art. 2, l'attività di assistenza scolastica verso 6 alunni con azioni di carattere educativo in raccordo con l'attività didattica svolta, senza riferimenti né alle tipologie di professionalità da impiegarsi, né alle ore di impegno), perché non è stata offerta alcuna dimostrazione dell'avvenuta presa in carico del minore da parte di uno specifico assistente per la durata delle ore previste.

Si deve precisare che l'Ente locale ben può avvalersi di strumenti negoziali tipici dell'ordinamento dei servizi alla persona (l. 328/2000) per organizzare il servizio (anzi, questo tipo di interventi, laddove inserisce l'assistenza scolastica in un contesto più ampio di servizio al minore che non si limiti solamente a specifici interessi compartimentati, ma ne abbracci tutta la tipologia dei diversi bisogni, è certamente auspicabile e corrisponde ad un ottimale utilizzo delle risorse pubbliche), ma nell'esercizio di tale autonomia è tenuto ad assicurare il risultato "oggettivo" della presenza di un educatore professionale per le ore considerate, condizione quest'ultima che nell'odierna fattispecie all'esame del Collegio non risulta in alcun modo assolta, né peraltro è contemplata dalla convenzione che - in quanto generica sotto quest'aspetto - non offre alcuna garanzia al riguardo.

In linea di principio, inoltre, l'assistenza va assicurata in ogni caso, senza che abbiano rilievo le eventuali condizioni di difficoltà economica dell'Ente (circostanza che non è dedotta nel presente giudizio), perché quest'ultima situazione può giustificare un impedimento solamente laddove conseguente alla dimostrata impossibilità assoluta di accedere a risorse anche esterne al finanziamento corrente della spesa comunale.

Il termine a provvedere scade ordinariamente in corrispondenza dell'inizio delle lezioni (dal momento che è esigibile secondo buona fede la tempestiva comunicazione da parte della Scuola dell'avvenuta iscrizione di un minore disabile, con conseguente possibilità-dovere in capo al Comune di provvedere per tempo), oppure entro il trentesimo giorno dalla richiesta della famiglia (corredata dall'apposita certificazione medico-legale), ove quest'ultima sia sopravvenuta rispetto al primo.

Ne deriva l'attuale sussistenza dell'obbligo da parte dell'Ente a provvedere al servizio, nelle modalità che riterrà opportune (selezione di un professionista in possesso delle necessarie caratteristiche e specializzazioni, oppure affidamento dello specifico servizio all'organismo già individuato o altro di simile, secondo le procedure di legge necessarie).

La sussistenza dell'obbligo va accertata anche se l'anno scolastico è di imminente chiusura, dal momento che il minore, iscritto alla II classe della scuola primaria per l'a.s. 2011/2012, dovrà comunque continuare il percorso formativo per la classe a seguire.

Parte ricorrente chiede inoltre il risarcimento del danno non patrimoniale ex art. 2059 cod. civ., qualificabile come danno esistenziale scaturente da lesioni ai valori della persona umana (nella specie individuabili nel danno all'apprendimento, che in un minore disabile è ancor più grave se si considera che la formazione scolastica deve tendere a colmare maggiori difficoltà e nel danno da disservizio derivante dalla mancanza di quella solidarietà pubblica attuativa nel concreto degli obblighi di intervento di cui all'art. 2 della Costituzione che il servizio è teso a garantire e manifestare).

Ai sensi dell'art. 117 comma 2 del c.p.a. la domanda di risarcimento va trattata con il rito ordinario, previa definizione del giudizio sul silenzio nell'apposito rito camerale. A tali fini, pertanto, le parti sono rinviate alla pubblica udienza del 5 dicembre 2012 per la trattazione della domanda di risarcimento.

Alla luce di quanto sin qui premesso, la domanda ex artt. 31 e 117 c.p.a. è fondata e come tale va accolta, con obbligo per il Comune di provvedere sull'istanza in epigrafe entro il termine del 30 luglio 2012 e con l'espressa avvertenza che, in difetto, provvederà il Commissario ad acta che sin d'ora si nomina nella persona della dott.ssa Beatrice Modafferi, Funzionario del Settore delle Politiche Sociali del Comune di Reggio Calabria, con funzione di Responsabile del Settore Programmazione (con facoltà di delega a personale in servizio presso il medesimo Settore delle Politiche Sociali in possesso di idonea qualifica ed esperienza che dovrà essere esercitata con atto formale entro il termine del 15 luglio 2012 con atto formale da comunicarsi alle parti ed al TAR).

Il predetto Commissario, in difetto di puntuale adempimento da parte dell'Ente, si insedierà il 1 agosto 2012 e provvederà a quanto necessario entro e non oltre il termine dell'inizio dell'anno scolastico 2012/2013, affinché il minore interessato sia assistito dall'inizio delle lezioni, con oneri a carico dell'Amministrazione resistente.

Ai fini dell'espletamento del mandato, è fatto obbligo al Comune resistente:

- a) di comunicare ogni atto o provvedimento che sarà adottato al funzionario designato quale Commissario ad acta, il quale, ove insediatosi, ne farà salvi gli effetti se ritenuti utili ai fini della ottimale e tempestiva esecuzione della sentenza;
- b) di assicurare che gli uffici dell'Ente prestino ogni collaborazione in maniera tempestiva ed efficace al Commissario, ove insediatosi.

Il magistrato estensore della presente sentenza è delegato ad adottare i necessari provvedimenti per la risoluzione di eventuali incidenti di esecuzione proposti dalle parti o per il differimento dei termini per ragioni di necessità.

Il compenso ed i rimborsi spese del Commissario ad acta saranno, in caso di suo insediamento, a carico dell'Ente, e saranno liquidati a presentazione di parcella dopo l'avvenuto espletamento dell'incarico, ai sensi del DPR 115/2002, con decreto collegiale motivato.

E' parte dell'incarico del Commissario ad acta l'obbligo di relazionare alla Procura regionale della Corte dei Conti di Catanzaro circa i fatti di causa, allo scopo di accertare eventuali responsabilità di amministratori o funzionari sotto il profilo amministrativo ed erariale.

La circostanza che il Comune abbia comunque offerto una sua organizzazione del servizio, sebbene insufficiente nel merito, costituisce giusta ragione per disporre la compensazione delle spese di lite nella presente fase di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie quanto alla domanda ex art. 31 e 117 del c.p.a. e per l'effetto condanna l'Ente a provvedere sull'istanza dei ricorrenti meglio descritta in epigrafe nei termini e nei modi di cui in parte motiva.

Rinvia le parti alla pubblica udienza del 5 dicembre 2012 per la trattazione della domanda risarcitoria.

Compensa le spese di giudizio tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa e manda alla Segreteria giurisdizionale di comunicarne copia alle parti ed al Commissario ad acta designato presso il proprio ufficio (Comune di Reggio Calabria, Settore delle Politiche Sociali, via Magna Grecia nr. 13-15, PEC servizi_sociali@pec.reggiocal.it) utilizzando la PEC per la parte ricorrente e per il Commissario ad acta ed il FAX per il Comune;

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Ettore Leotta, Presidente

Giuseppe Caruso, Consigliere

Salvatore Gatto Costantino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/06/2012

IL SEGRETARIO

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