

La sentenza qui in commento prospetta un'interessante e significativa applicazione dell'art. 34 del Codice del processo amministrativo, di cui al d.lgs. 2 Luglio 2010, n. 104.

Il fatto sotteso era, in sintesi, il seguente: nel Dicembre 2012 due genitori agivano in giudizio contro il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, un Istituto Professionale e la Provincia di Milano per l'accertamento, prima in sede cautelare, del diritto della figlia all'assegnazione di un insegnante di sostegno per almeno diciotto ore settimanali e di un assistente alla persona per almeno dieci ore settimanali, richiedendo altresì, in proprio e in nome e per conto della figlia, la condanna delle amministrazioni resistenti al risarcimento del danno non patrimoniale derivante dalla mancata assegnazione delle figure citate per un numero di ore adeguato alle sue necessità.

La documentazione medica versata agli atti evidenziava che la studentessa richiedeva un sostegno per la didattica a livello "alto", oltre che di assistenza educativa, a scuola e a casa.

Riguardo alle ore di presenza dell'insegnante di sostegno, la studentessa, nei precedenti cicli scolastici, era stata affiancata per diciotto ore settimanali.

Nel settembre 2012 ella ha iniziato a frequentare, con altri ventotto studenti tra i quali vi era un ulteriore disabile, la prima classe di un Istituto Professionale alla quale furono complessivamente assegnate tredici ore "di sostegno" a settimana, a fronte di una frequenza scolastica settimanale di trentadue.

I genitori richiedevano al Comune di residenza l'attivazione del servizio di assistenza educativa ma questi, correttamente, indicava la Provincia di Milano come l'organo competente a esitare la medesima.

Senonché, presentata successivamente la richiesta a quel livello, la Provincia di Milano, confermando la propria nota inerzia sul punto, negava a sua volta la propria competenza all'erogazione del servizio in parola, ritenendolo di competenza comunale.

In sostanza, nel mese di Dicembre, a ben tre mesi dall'inizio delle lezioni, alla studentessa non era ancora stato garantito il livello di sostegno didattico adeguato alle proprie esigenze, né l'assistenza educativa *ad personam*.

Costituitosi in giudizio, il Ministero eccepiva l'infondatezza del ricorso e l'infondatezza delle pretese avanzate e la Provincia di Milano escludeva qualunque competenza provinciale nella materia *de qua*.

Con ordinanza depositata nel gennaio 2013, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare contenuta nel ricorso.

Il Collegio adito, previa disamina delle norme attinenti alla disciplina, ha ritenuto fondata la domanda volta a ottenere la condanna del Ministero dell'Istruzione all'assegnazione di un insegnante di sostegno, poiché la disabilità della studentessa era stata accertata nelle forme previste dalla normativa di riferimento e la diagnosi funzionale metteva in luce che ella necessitava di un livello alto di sostegno per la didattica, pur mancando una puntuale quantificazione oraria delle esigenze di sostegno.

La scelta dell'amministrazione scolastica di assegnare un numero inferiore di ore d'insegnamento specialistico, rispetto al numero usufruito sino a quel momento, integrava una determinazione del tutto sganciata dai bisogni concreti della studentessa, perché non era rapportata né alle sue condizioni effettive di salute, né a un'oggettiva disamina delle misure da adottare al fine di soddisfare il diritto fondamentale all'istruzione.

Parimenti, è stata ritenuta fondata la domanda proposta nei confronti della Provincia di Milano e diretta a ottenere la condanna dell'amministrazione a fornire alla studentessa un assistente alla persona secondo un rapporto di uno a uno, giacché sia il dato normativo nazionale (l'art.139 del d.lgs. n. 112/1998) sia quello regionale (l'art. 6 della l.r. n. 19/2007) individuano le Province (lombarde) come il solo soggetto deputato all'organizzazione, gestione e pagamento integrale dei

servizi di supporto organizzativo (trasporto e assistente *ad personam*) per gli studenti disabili frequentanti le Scuole Secondarie di Secondo Grado (sul punto, si vedano, tra le più recenti, Cons. St., Sez. V, 23 Luglio 2013, Sent. n. 3954; id., Sent. n. 3953; id., Sent. n. 3950; id., Sez. V, 02 Maggio 2013, Sent. n. 2391; id., Sez. V, 09 Aprile 2013, Sent. n. 1930; id., Sez. V, 03 Ottobre 2012, Sent. n. 5194; id., Sez. V, 16 Marzo 2011, Sent. n. 1607).

La parte più interessante della Sentenza del Collegio milanese, mirabilmente redatta dal Giudice Estensore, riguarda la pronuncia di condanna al risarcimento del danno.

Premettendo la natura pubblica del servizio di istruzione scolastica, e la qualificazione della posizione del richiedente in termini di diritto soggettivo (si vedano, sul punto, Cass. Civ., Sez. Un., 19 Gennaio 2007, Sent. n. 1144; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 17 Novembre 2010, Sent. n. 25101; T.A.R. Liguria, Sez. II, 29 Ottobre 2010, Sent. n. 10135) - poiché il diritto dello studente disabile a quei presidi esclude in radice la permanenza di poteri discrezionali in capo all'autorità amministrativa tenuta a fornirli - si è rilevata l'inerenza della controversia a diritti soggettivi, purtuttavia compresi nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, non sussistendo alcuna interferenza con attribuzioni discrezionali delle Amministrazioni resistenti, giustificandosi in tal modo il potere del Giudice Amministrativo di condannare le medesime sia ad un *facere* specifico, a tutela del diritto azionato, sia al ristoro del danno non patrimoniale patito, derivante dalla mancata tempestiva adozione dei supporti necessari.

In giurisprudenza, come correttamente evidenziato dall'Estensore, il dato della risarcibilità del danno non patrimoniale, *ex art. 2059 c.c.*, è ormai acquisito, sussistendone i requisiti; e tra i predetti requisiti rientra la lesione dei diritti fondamentali della persona, nel cui novero certamente rientrano quelli azionati da parte ricorrente.

Escludendosi la risarcibilità del pregiudizio futile (*rectius*: irrisorio), nel caso di specie si è rilevato come i presupposti della responsabilità extracontrattuale delle Amministrazioni resistenti, produttiva di un danno non patrimoniale in capo ai ricorrenti, sussistessero tutti.

L'inerzia dell'Amministrazione statale e della Provincia di Milano, riguardo l'erogazione dei servizi necessari a una piena e adeguata frequentazione scolastica, nonostante la diagnosi funzionale e la documentazione clinica ciò palesassero, si concretava nell'impossibilità di proseguire adeguatamente nel percorso formativo in atto, integrando, a giudizio del Collegio, un pregiudizio - non solamente grave ed irreparabile, tanto da giustificare l'accoglimento della doanda cautelare - ma anche non certamente futile, pur avendo natura non patrimoniale.

Pregiudizio che nemmeno poteva ritenersi irrilevante, "*in ragione della soglia di gravità dell'offesa inferta, atteso che le ore di sostegno e di assistenza fornite erano notevolmente inferiori a quelle necessarie in base alle condizioni dello studente*".

La natura del pregiudizio sofferto, ha consentito di procedere alla relativa liquidazione con valutazione equitativa, ai sensi degli artt. 1226 e 2056 c.c., in applicazione del meccanismo delineato dall'art. 34 co. 4 del Codice del processo amministrativo, a mente del quale "*in caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti*".

È noto che per ogni ipotesi di responsabilità della P.A. per i danni causati dall'illegittimo esercizio (o mancato esercizio) dell'attività amministrativa, spetta al ricorrente fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti; per quanto si possa ammettere il ricorso alle presunzioni semplici *ex art. 2729 c.c.* per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo di allegare circostanze di fatto precise, e quando il soggetto onerato dell'allegazione e della prova dei fatti non vi adempie, non può darsi ingresso

alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito, né può essere invocata una consulenza tecnica d'ufficio, diretta a supplire al mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte del privato (così, ex plurimis, T.A.R. Sardegna, Sez. I, 21 Aprile 2011, Sent., n. 421, che richiama, opportunamente, Cons. St., Sez. V, 13 Giugno 2008, Sent. n. 2967).

La ritenuta utilizzabilità dell'art. 1226 c.c., nel caso di specie, accedeva ineludibilmente a un'adeguata prospettazione del pregiudizio sofferto, ciò che ha consentito di evitare la preclusione dianzi prospettata, giacché l'onere probatorio si poteva ritenere assolto, avendo, parte ricorrente, indicato, a fronte di un danno certo nella sua verifica, taluni criteri generali (il quantum di ore di "sostegno" godute sino a quel momento, e le diverse quantificazioni in essere), di quantificazione dello stesso, residuando comunque il potere del Giudice di vagliarne la divisibilità attraverso l'apporto tecnico di un consulente.

Il meccanismo risarcitorio utilizzato dal Collegio sostanzialmente prevede l'utilizzo del costo medio sul libero mercato di un'ora di prestazione di un insegnante di sostegno/assistente educatore, da moltiplicarsi per il numero di ore non fruite dallo studente, sino al momento in cui tale livello "di sostegno", in senso atecnico, è stato concretamente praticato, con rivalutazione monetaria interessi legali, fino al momento del saldo. Tale criterio rimane indifferente al fatto che, con riferimento all'assistenza educativa, altri, normalmente i genitori, abbiano provveduto autonomamente ad assicurare la presenza della figura di supporto necessaria.

Esso accede a un'individuazione dei criteri per la liquidazione del danno, in via alternativa alla sua diretta quantificazione, che permette una sostanziale equiparazione delle due tecniche di tutela risarcitoria, essendo soltanto preclusa, come noto, una sentenza di condanna generica, limitata all'*an debeat* (cfr. tra le tante, in tale ultimo senso, Cons. St., Sez. IV, Sez. IV, 30 Settembre 2013, Sent. n. 4871; id., Sez. VI, 14 Novembre 2012, Sent. n. 5747; id., Sez. IV, 4 Aprile 2011, Sent. n. 2102, id., Sez. VI, 21 Giugno 2010, Sent. n. 3876, ove si ribadisce l'alternativa facoltatività tra indicazione dei criteri e liquidazione diretta), salvo ulteriormente riservandosi, in sede di ottemperanza, ove non si addivenga alla precisa esecuzione della decisione, ovvero a un accordo, di valutare la condotta tenuta dalle parti ai fini dell'eventuale riconoscimento della risarcibilità degli ulteriori danni cagionati dal protrarsi dell'illegittima azione o colpevole inerzia amministrativa.

Di tale canone normativo è stata fatta opportuna applicazione nel caso di specie, poiché la misura del danno lamentato non era certa e predeterminata, né liquidabile in conformità a semplici operazioni aritmetiche per essere prefissata e chiara l'unità parametrica di misura (come avviene, ad esempio, per il danno riferito a inadempimento di obbligazioni pecuniarie, ragguagliate al saggio d'interessi legali o anche convenzionali a tasso bancario).

Ultimo punto, invero rilevante, la condanna alle spese delle Amministrazioni resistenti ai sensi dell'art. 26 del Codice del processo amministrativo, a mente del quale "*1. Quando emette una decisione, il giudice provvede anche sulle spese del giudizio, secondo gli articoli 91, 92, 93, 94, 96 e 97 del codice di procedura civile, tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2.*

2. Il giudice condanna d'ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la parte soccombente ha agito o resistito temerariamente in giudizio. Al gettito delle sanzioni previste dal presente comma si applica l'articolo 15 delle norme di attuazione".

È noto che la regola generale, contenuta nell'art. 91 c.p.c., prevede che la parte soccombente sia condannata al rimborso delle spese di lite in favore dell'altra parte, comprensive degli onorari di difesa.

La compensazione delle spese di lite, che, seppur discrezionale, attualmente impone un particolare rigore del giudicante, in sede decisoria, siccome derogatoria del disposto dell'art. 92 c.p.c.,

presuppone la rilevanza di “giusti motivi”, che devono essere desumibili dal contesto della decisione (sul punto, Cons. St., sez. IV, 28 Novembre 2012, Sent. n. 6023; id., Sez. III, 5 Settembre 2012, Sent. n.4707), cui non è aliena la valutazione del comportamento della parte soccombente, sotto il profilo sia sostanziale sia processuale, che potrebbe giustificarla.

Ad avviso dello scrivente, nel caso di specie, sussistevano altresì, almeno in capo alla Provincia di Milano, tutte le condizioni per l'applicazione del citato art. 26 co. 2 C.p.a.

Secondo la tesi attualmente prevalente, trattasi di responsabilità processuale che, ferma restando l'iniziativa officiosa, non presuppone l'elemento della “temerarietà della lite”, né la mala fede della parte (vedi, per tutte, Cons. St., Sez V, 23 Maggio 2011, Sent. n. 3083), e purtuttavia conduce all'indennizzo del nocumento che la parte vittoriosa ha subito per l'esistenza e la durata del processo, coerentemente con il principio di ragionevole durata del giudizio, chiamando la parte che abbia dato corso (o abbia resistito) ad (in) un processo oggettivamente ritenuto ingiustificabile a indennizzare la controparte che sia costretta a subirlo (Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez II, 16 Novembre 2011, Sent. n. 8915).

Nella fattispecie, osservando l'ingiustificata pervicacia con la quale la Provincia di Milano aveva negato la presa in carico della studentessa, pur a fronte di dati normativi e giurisprudenziali incontrovertibili, sussistevano tutti i presupposti per il riconoscimento in favore di parte ricorrente della somma di che trattasi, essendo le argomentazioni giuridiche a fondamento degli atti di parte resistente manifestamente in contrasto con orientamenti giurisprudenziali al riguardo del tutto consolidati, come correttamente rilevato dalla pronuncia che qui viene annotata, che non esita ad evidenziare che "la condotta delle amministrazioni è connotata da negligenza".

In assenza di criteri normativi, poi, l'indennizzo in questione poteva quantificarsi in via equitativa, pur tenuto conto del fatto che, oltre alla natura del giudizio e delle spese di lite, la pendenza del contenzioso non aveva impedito l'erogazione dei prefati servizi di ausilio scolastico, grazie alla pronuncia cautelare interlocutoria.

In considerazione dell'atteggiamento tenuto dalle Amministrazioni soccombenti e, in particolare, dalla Provincia di Milano, certamente suscettibile di produrre ulteriori conseguenze pregiudizievoli per il loro patrimonio in conseguenza del perpetuarsi di giudizi nei quali esse sono costantemente condannate all'erogazione dei servizi richiesti, e negati, si imponeva, a mio avviso, la trasmissione della sentenza e degli atti del giudizio alla Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti, così come disposto, in varie occasioni, anche dal Supremo Consesso Amministrativo (Cfr. Cons. St., Sez. IV, 17 Settembre 2013, Sent. n. 4608; id., Sez. III, 15 Aprile 2013, Sent. n. 2074; id., 19 Febbraio 2013, Sent. n. 996), al fine di giungere alla condanna patrimoniale di coloro che, tra il personale amministrativo e/o politico, pervicacemente negando la realtà dei fatti, costringono i Cittadini e/o altre Amministrazioni pubbliche a percorrere vie giudiziali, comunque mai agevoli e scontate.

Avv. Massimiliano Gioncada
Studio Legale Corradi/Gioncada
Piacenza/Milano