

Pubblicato il 02/12/2019

N. 05668/2019 REG.PROV.COLL.
N. 04906/2018 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 della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4906 del 2018, proposto da
-OMISSIS-in qualità di genitori esercenti la potestà sulla minore
-OMISSIS- rappresentati e difesi dall'avvocato Rosa Iovino, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di-OMISSIS-iustizia;

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Istituto
Comprensivo 2^ Dati di Boscoreale, Centro Servizi Amministrativi
di Napoli in persona del legale rappresentante *pro tempore*, tutti
rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di
Napoli, domiciliata *ex lege* in Napoli, via Armando Diaz, 11;

per l'annullamento

a) della nota prot. 5109/B19 del 6/11/18 con cui il Dirigente
dichiara che la minore S.G. iscritta c/o questa istituzione nell'A.S.
2018/19 alla Sez. A della Scuola dell'Infanzia del plesso N. De
Prisco, tenuto conto dell'organico di sostegno assegnato dal

competente USR, è seguita dall'insegnante di sostegno per n. 12,00 ore settimanali;

b) della nota prot. 5110/B19 del 6/11/2018 e del modello allegato con cui il Dirigente dichiara che “considerato tutti gli alunni div. ab. e il loro fabbisogno orario, in sede di richiesta di organico di fatto sono stati richiesti n. 8 posti e 10 ore”;

c) della nota prot. 5111/B19 del 6/11/2018 e dell'allegato con cui il Dirigente dichiara “che l'organico di Sostegno Scuola dell'infanzia per l'A.S. 2018/19 assegnato dall'USR Campania è pari a posti 7 (2 O.D. e 5 O.F.)”

d) della nota prot. 5112/B19 del 6/11/2018 con cui il Dirigente opera una succinta relazione della posizione della minore-OMISSIS-, specificando che “visto il Pei dell'alunna e del fabbisogno orario per un intervento più efficace e funzionale all'inserimento dell'allievo essa (...) tenuto conto dell'organico di sostegno assegnato dal competente USR, è seguito dall'insegnante di sostegno per 12,00 ore settimanali”; e che “la Scuola dell'Infanzia effettua un orario scolastico di 40 ore, pertanto considerata la patologia dell'alunno, onde consentire all'alunno di conseguire gli obiettivi previsti dal Piano Educativo Personalizzato, si rende necessario assicurare all'allievo un rapporto 1/1 con l'insegnante di sostegno per tutto il tempo scolastico”;

e) del P.E.I., senza data, relativo all'A.S. 2018/19 nella parte in cui non assegna alla minore il numero massimo di ore di sostegno scolastico;

f) dei provvedimenti (di cui non si conoscono gli estremi) con i quali il Ministero dell'Istruzione e il Centro Servizi Amministrativi di Napoli hanno determinato l'organico di fatto dei posti di sostegno

per l'anno scolastico 2018/19, assegnando all'Istituto Scolastico frequentato dalla minore un numero di insegnanti di sostegno inferiore a quelli necessari in relazione ai minori con disabilità gravi presenti nell'istituto;

g) nonché di ogni altro atto, ancorché interno o non noto, comunque connesso, presupposto e consequenziale lesivo degli interessi del minore, ivi comprese eventuali determinazioni degli organi scolastici,

nonché per la declaratoria

-del diritto della minore-OMISSIS-di usufruire di un insegnante di sostegno per l'intero orario di frequenza scolastica per l'anno 2018/19 e per gli anni futuri ovvero, in subordine, per un orario adeguato alle patologie da cui è affetta

-dell'obbligo, in capo alle amministrazioni intime, di dare corretta esecuzione al PEI (piano educativo individuale) in favore della piccola-OMISSIS-. e, pertanto, assegnare alla minore il numero massimo di ore di sostegno ovvero 40;

nonché per la condanna

delle amministrazioni intime al risarcimento del danno derivante dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Viste l'ordinanza cautelare del 21 dicembre 2018 n. 1958 e l'ordinanza collegiale del 23 maggio 2019 n. 2751;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 luglio 2019 il cons. Maria Barbara Cavallo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Gi. Sc., e Fl. Er., ricorrenti nel presente giudizio, sono i genitori di -OMISSIS-.S., una bambina di quattro anni affetta da “ritardo -OMISSIS- -OMISSIS--OMISSIS-

La bambina è stata dichiarata, sin dal 2017, “minore invalido con difficoltà persistenti a svolgere i compiti e le funzioni proprie della sua età” ed è stata riconosciuta portatore di handicap grave ai sensi dell’art. 3, comma 3, della legge 104/1992.

2. Iscritta sin dall’anno scolastico 2018/2019 alla scuola dell’infanzia dell’Istituto Comprensivo “2°-Dati” di Boscoreale, plesso N. De Prisco, le è stato assegnato un insegnante di sostegno per 12 ore settimanali a fronte di un orario complessivo di 40 ore.

In totale, quindi, 2 ore e mezza al giorno su 5 giorni alla settimana.

3. Con ricorso notificato il 19 novembre 2018, i signori S. hanno impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, ed in particolare quelli con i quali è stato assegnato alla minore un insegnante di sostegno per 12 ore anziché 40, di fatto derogando al rapporto 1:1 di fabbisogno orario, che sia la relazione della Dirigente scolastica (nota prot. 5112/B19 del 6/11/2018 – all.8), sia il PEI 2018/2019 (all. 14) avevano ritenuto necessario assicurare “per un intervento più efficace e funzionale all’inserimento dell’allievo”, “considerata la patologia dell’alunno” e “onde consentire all’alunno di conseguire gli obiettivi previsti dal Piano”.

Tra i provvedimenti impugnati vi sono le note dell'Istituto scolastico certificative dell'organico di fatto dei posti di sostegno assegnati per l'anno scolastico 2018/19, nonché i provvedimenti “a monte” con i quali il Ministero dell'Istruzione e il Centro Servizi Amministrativi di Napoli hanno determinato detto organico di fatto assegnando all'Istituto Scolastico frequentato dalla minore un numero di insegnanti di sostegno inferiore a quelli necessari in relazione ai minori con disabilità gravi presenti nell'istituto.

4. I ricorrenti, ritenendo che la quantità di ore di sostegno assegnate sia insufficiente, e quindi illegittima rispetto a quelle dovute e garantite dalla legge per gli alunni diversamente abili, hanno prospettato una serie di vizi che vanno dalla violazione dei principi costituzionali a tutela del diritto all'istruzione e allo studio (artt. 32 e 38 Cost.), con particolare riferimento agli alunni con disabilità, a quello di eguaglianza (art. 3 Cost.), alla violazione e falsa applicazione di numerose disposizioni della legge 104/1992 (artt. 1, 3, 8, 12-16) e della successiva normativa di esecuzione (art. 5 del d.p.r. 24 febbraio 1994 - d.p.c.m. del 23 febbraio 2006, n.185).

Viene in rilievo la sistematica violazione dell'art. 12 della l. 104/92, che mette in rapporto la diagnosi di handicap- accertata dai presidi medici competenti – con i successivi passaggi atti a creare le basi per l'integrazione del disabile nelle strutture scolastiche di riferimento, e quindi Profilo Dinamico-Funzionale (PDF) e diagnosi funzionale (DF) finalizzati all'elaborazione del Piano Educativo Individualizzato (PEI), che indica il programma da seguire nell'anno scolastico di riferimento e le ore di sostegno necessarie per assicurarne la corretta applicazione.

Nel caso concreto, a fronte di un PEI con una quantificazione di 40 ore, ossia il rapporto massimo tra orario di frequenza e assegnazione dell'insegnante di sostegno, l'attribuzione di sole 12 ore è prospettata come gravemente lesiva dei diritti della minore, con conseguente violazione delle norme di legge su richiamate.

Allo stesso modo, l'assegnazione delle ore sarebbe frutto di un evidente difetto di istruttoria, mancando elementi atti a dimostrare il percorso seguito dalla scuola per attribuire solo 12 ore di sostegno a fronte di 40 necessarie, come certificato nella copiosa documentazione allegata al ricorso.

4.1. Dopo aver lamentato l'illegittimità dei provvedimenti impugnati e chiesto a questo-OMISSIS-iudice di accertare il diritto della minore di usufruire di un insegnante di sostegno per l'intero orario di frequenza scolastica per l'anno 2018/19 e per gli anni futuri ovvero, in subordine, per un orario adeguato alle patologie riscontrate, ordinando alle amministrazioni intime di dare corretta esecuzione al PEI in favore della minore, i ricorrenti hanno anche chiesto la condanna delle medesime amministrazioni (in particolare del MIUR) al risarcimento del danno, sub specie del danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c., da riconoscersi sotto forma di danno esistenziale oltre che danno all'immagine e alla dignità della persona del minore che dei genitori; tale danno sarebbe da individuare negli effetti che la ridotta assegnazione delle ore di sostegno subita ha provocato sulla personalità della piccola, privata del supporto necessario a garantire la piena promozione dei bisogni di cura, di istruzione e di partecipazione a fasi di vita "normale".

I ricorrenti hanno quantificato il danno non patrimoniale, in via equitativa, in euro 1.000 (mille/00) per ogni mese (con riduzione

proporzionale per la frazione) di mancanza dell'insegnante di sostegno nel rapporto 1/1, con decorrenza dal deposito del ricorso in epigrafe e sino all'effettiva assegnazione.

5. Le Amministrazioni intime si sono costituite in giudizio a mezzo dell'Avvocatura dello Stato, depositando documenti.

6. Con ordinanza cautelare n. 1958 del 21 dicembre 2018, questa Sezione, ritenendo insufficienti le ore assegnate alla minore e quindi la evidente fondatezza del ricorso, tenuto anche conto del proprio costante orientamento, ha accolto l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati e quindi ha ordinato "l'attribuzione delle ore di sostegno nella misura indicata nella documentazione sanitaria depositata agli atti e a conoscenza dell'Amministrazione, impregiudicata ogni valutazione del Collegio in ordine alla domanda risarcitoria proposta dalle parti".

7. Il ricorso è stato trattato nuovamente all'udienza pubblica del 23 gennaio 2019, al fine di verificare l'avvenuto adempimento all'ordinanza cautelare e, quindi, l'assegnazione dell'insegnante di sostegno.

In tale occasione, accertata la mancata esecuzione del provvedimento, con ordinanza collegiale n. 2751/2019, è stato ritenuto che il poco tempo trascorso tra il deposito della decisione cautelare e l'udienza pubblica potrebbe non aver consentito l'esecuzione del provvedimento giurisdizionale; pertanto, rendendosi necessario conoscere l'esito delle determinazioni dell'Istituto, al fine di valutare se almeno nel secondo quadrimestre dell'anno scolastico 2018-2019 la minore abbia potuto beneficiare di una copertura integrale, o quanto meno adeguata alla sua patologia, delle ore di

sostegno scolastico, la causa è stata rinviata all'udienza pubblica del 24 luglio 2019.

Il Collegio ha comunque sottolineato che la conoscenza della circostanza sopra indicata era necessaria non solo ai fini dell'accoglimento definitivo della domanda di annullamento (già positivamente scrutinata in sede cautelare) ma anche ai fini di una eventuale liquidazione del risarcimento del danno che l'alunna disabile possa aver subito a causa della privazione, per l'intero anno scolastico, dell'insegnante di sostegno con rapporto 1:1 e nonostante le chiare indicazioni fornite in sede di scrutinio dell'istanza cautelare.

8. All'udienza pubblica del 24 luglio 2019 la causa è stata nuovamente trattata e discussa.

La difesa di parte ricorrente ha dichiarato la mancata esecuzione dell'ordinanza cautelare.

Il Collegio, preso atto a verbale, ha trattenuto il ricorso in decisione..

DIRITTO

§.Premesse

1.Va premesso che la presente controversia appartiene a un filone di diverse migliaia di ricorsi proposti davanti al giudice amministrativo, in tutta Italia, ed aventi ad oggetto l'accertamento del diritto di un alunno diversamente abile (solitamente minore d'età) all'assegnazione di un numero di ore di sostegno adeguate alla patologia che ha comportato la diagnosi di disabilità, più o meno grave (art. 3 l. 104/1992).

Con l'eccezione di alcuni casi nei quali, per effetto di alcune pronunce della Suprema Corte, alcuni tribunali amministrativi hanno denegato (e in parte continuano a denegare, vedi infra par. 5 e ss.) la propria giurisdizione in favore di quella del giudice ordinario, le

cause di questa tipologia sono normalmente decise dal giudice amministrativo, anche in grado di appello, accogliendo le domande di annullamento dei provvedimenti dei dirigenti scolastici che assegnano all'alunno disabile un numero di ore di sostegno non adeguato alla patologia invalidante e quindi accertando il diritto del minore al riconoscimento di un numero di ore di sostegno adeguate alla patologia: tale numero di ore, quantificato in sede di PEI (Programma Educativo Individuale) di solito corrisponde all'intero orario scolastico in caso di disabilità grave (art. 3 comma 3 l. 104/92), in rapporto noto come "1:1" (un insegnante in affiancamento per ogni ora di impegno scolastico) e talvolta diversificato nei casi, più rari, di disabilità non grave (art. 3 comma 1 l. 104/92).

2. La peculiarità del presente ricorso consiste nella proposizione di una domanda di condanna dell'Amministrazione resistente, e in particolare del MIUR, al risarcimento del danno non patrimoniale da mancata assegnazione dell'insegnante di sostegno, in presenza di una serie di circostanze che, come si vedrà, ne determineranno l'accoglimento.

Non è certamente la prima volta che tale domanda viene proposta davanti al giudice amministrativo e davanti a questa Sezione, e pertanto si darà conto, nel prosieguo, dei precedenti esiti (normalmente di non accoglimento) e delle loro ragioni, nonché delle motivazioni poste a sostegno, soprattutto da parte di altri Tribunali amministrativi, dei più rari casi di accoglimento, con liquidazioni equitative spesso simboliche o motivate in modo tale da non essere mai state condivise da questa Sezione, che ha rigettato la domanda di risarcimento ove proposta.

Ciò che rende diversa la decisione nel caso oggetto del presente giudizio è, da un lato, la concretizzazione di una serie di circostanze, soprattutto temporali, tali da far sorgere il diritto al risarcimento tenuto conto del definitivo mutamento, sul punto, della giurisprudenza della Suprema Corte, avvenuto nel 2018, con riguardo sia alla risarcibilità del danno morale “soggettivo” sia all’utilizzo del ragionamento presuntivo per la prova del danno; dall’altro, la nuova metodologia liquidativa, che il Collegio – per effetto delle decisioni dei giudici civili in materia risarcitoria – ha deciso di adottare, applicando anche in *subiecta materia* il metodo del punto variabile, sulla base di una tabella creata per la materia in questione secondo criteri oggettivi appositamente esplicitati, i quali, come si vedrà, coniugano la liquidazione equitativa (tipica delle fattispecie di danno non patrimoniale) con l’esigenza di oggettivizzazione del risarcimento, al fine di evitare facili strumentalizzazioni della domanda risarcitoria in una materia nella quale, stante la natura degli interessi in gioco e l’assenza di precedenti, è difficile trovare adeguati parametri di risarcimento, finalizzati ad evitare di far sconfinare la liquidazione equitativa nell’arbitrio del giudice.

3. Fatte queste premesse, una volta ripercorsa velocemente la normativa di settore, ribadite le ragioni della giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dei provvedimenti di inesatta/ mancata assegnazione degli insegnanti di sostegno agli alunni con disabilità – e quindi, giocoforza, su quella di risarcimento –, si passerà alla decisione del caso concreto sia per quanto concerne la domanda di annullamento dei provvedimenti e l’accertamento del diritto all’insegnante in relazione alla patologia del minore, sia per

quanto concerne la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale

§ La normativa applicabile in materia di assegnazione di insegnante di sostegno agli alunni con disabilità.

4.-OMISSIS-ia con la sentenza n. 1330 del 2015 (capofila di tutte le decisioni successive emesse da questo Tribunale) questa Sezione aveva ricostruito sinteticamente la normativa in materia di personale docente di sostegno agli alunni portatori di handicap con particolare riferimento a quella di determinazione degli organici.

Il riferimento è al d.P.R. 20 marzo 2009 n. 81, che attribuisce al MIUR la competenza per la definizione dei criteri e dei parametri per il dimensionamento dell'intera rete scolastica italiana e per la riorganizzazione dei punti di erogazione del servizio scolastico (art. 1) e disciplina l'articolazione delle competenze.

Per effetto della fondamentale sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 22 febbraio 2010, il sistema è stato ricostruito in modo tale da consentire la deroga all'organico predeterminato per legge, ritenendosi incostituzionali le disposizioni (commi 413 e 414 della l. 244 del 2007) che invece avevano fissato un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno o avevano escluso la possibilità di assumere insegnanti di sostegno con contratti a tempo determinato, in deroga al rapporto alunni-docenti stabilito per legge, tenendo conto del caso concreto e, quindi, del grado di disabilità (vedi art. 10, co. 5 del d.l. 78 del 2010, modificato, a decorrere dal 1° settembre 2019, dall' articolo 18, comma 1, lettera a), del d.lgs. 13 aprile 2017 n. 66).

Nel rimandare, per l'evoluzione normativa successiva, alla citata sentenza di questa Sezione 1330 del 2015, nonché alla

dettagliatissima ricostruzione fatta dalla VI sezione del Consiglio di Stato con la decisione n. 2023 del 3 maggio 2017 (parr. 22 e ss.), capofila di tutte le successive decisioni del giudice d'appello, si ribadisce che la sentenza della Corte Cost. 80/2010 si pone come centrale nel sistema di tutela dei diritti degli alunni diversamente abili, e costituisce tuttora un caposaldo non smentito, sicché deve ritenersi sin d'ora che gli istituti scolastici che non provvedano all'assegnazione di insegnanti di sostegno agli alunni disabili, anche in deroga agli organici di fatto esistenti, si pongono in automatico in una condizione di colpa, elemento fondamentale ai fini di un possibile risarcimento.

Lo ha chiaramente affermato il Consiglio di Stato (par. 33, sentenza 2023/2017, cit.: “In altri termini, il sistema deve far sì che gli alunni e le loro famiglie non debbano proporre ricorsi giurisdizionali per ottenere ciò che è loro dovuto”) dopo aver ricostruito la normativa sulle “assunzioni in deroga” degli insegnanti di sostegno.

Tale obbligo, a carico degli Uffici scolastici, non è stato posto in discussione dal Ministero, né in sede amministrativa, né, a quanto consta al Collegio, nel corso dei giudizi che si susseguono tuttora presso ogni sede di T.a.r.

Pertanto, sia pure con tempi e con numeri che non sempre soddisfano le famiglie, le assunzioni “in deroga” sono disposte nella prassi, sulla base delle procedure previste dal Ministero, che, prima dell'inizio di ogni anno scolastico, emana una circolare recante le linee guida per la distribuzione dei posti disponibili.

Per ciò che concerne l'anno scolastico di riferimento nel presente giudizio (2018/2019), la nota MIUR n. 16041 del 29 marzo 2018 ha incaricato, come di consueto, gli USR per individuare “modalità di

equilibrata distribuzione delle risorse professionali e materiali utili per l'integrazione degli alunni disabili, anche attraverso la costituzione di reti di scuole, sempre tenendo conto della sentenza n. 80/2010 della Corte Costituzionale. Le classi delle scuole di ogni ordine e grado, comprese le sezioni di scuola dell'infanzia, che accolgono alunni con disabilità, sono costituite secondo i criteri e i parametri di cui all' art. 5 del Regolamento sul dimensionamento.”

Fatto questo, prima dell'inizio dell'anno scolastico, ogni USR dispone l'adeguamento dell'organico di diritto alle situazioni di fatto, secondo le istruzioni che vengono di volta in volta impartite dal MIUR e che, tendenzialmente, impongono di tenere in considerazione l'effettiva presenza degli alunni nelle classi, la regolarità della documentazione richiesta (diagnosi funzionale, PEI, ecc.), la accertata verifica della ricorrenza delle condizioni previste dalla citata sentenza della Corte n. 80/2010 (es. assenza di interventi di altre istituzioni o enti).

Il sistema continua a basarsi, pertanto, sulla dotazione di organico astrattamente prevista, salvo poi successivamente adeguarsi alle sopravvenienze all'inizio dell'anno o in corso d'anno, posto che qualsiasi attività contraria ai contenuti della sentenza della Corte sarebbe chiaramente illegittima.

4.1. Nella disciplina generale relativa alla gestione degli organici degli insegnanti, compresi quelli di sostegno, si inserisce la normativa specifica in materia di tutela dei disabili, e quindi la legge 5 febbraio 1992 n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate), pensata quale diretta attuazione delle disposizioni costituzionali sul diritto all'istruzione e

all'integrazione dei disabili in condizioni di eguaglianza con gli alunni normodotati.

Il riferimento è agli artt. 2 (sulla tutela dei “diritti inviolabili dell'uomo” e sui “doveri inderogabili di solidarietà ... sociale”), 3 (sul “compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana “), 34, primo comma (sulla apertura della scuola “a tutti”) e 38, terzo comma (sul “diritto all'educazione” anche quando vi sia una disabilità).

Essa costituisce tuttora la base insuperata della disciplina in materia, avendo il merito di aver superato la legislazione precedente che si basava sul sistema delle classi differenziate e applicava principi non esattamente rispondenti ad una finalità di integrazione, come tali ritenuti incostituzionali.

Si tratta di una conquista del legislatore che segue alla fondamentale decisione della Corte Costituzionale n. 215 del 1987, sulla quale si sofferma lungamente il Consiglio di Stato nella citata sentenza 2023/2017 affermando che “ con la legge n. 104 del 1992 lo Stato italiano, quindi, prima ancora di aderire alla Convenzione di New York del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone disabili - entrata in vigore il 3 maggio 2008 e resa esecutiva con la legge 3 marzo 2009, n. 18 - ha così perseguito “un evidente interesse nazionale, stringente ed infrazionabile, quale è quello di garantire in tutto il territorio nazionale un livello uniforme di realizzazione di diritti costituzionali fondamentali dei soggetti portatori di handicap” (v. la sentenza della Corte Costituzionale n. 406 del 1992).”

Sul punto, si rimanda, alle decisioni sopra citate (T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 1330/2015; Cons. St., sez. VI, n. 2023/2017).

In particolare, proprio i giudici d'appello hanno chiaramente evidenziato la relazione, spesso non felice e sovente contrastante, tra i procedimenti disciplinati dalla legge n. 104/1992 e dalle altre leggi con essa coerenti (che tengono conto delle esigenze dei singoli alunni disabili) e quelli, diversi, volti alla determinazione dei contingenti del personale di sostegno, da assegnare ai singoli Istituti scolastici e che sono di solito disciplinati dalle leggi sul contenimento della spesa pubblica.

È questo affastellarsi di normative diverse che, a parere della Sezione, rende tuttora inefficiente il sistema di assegnazione degli insegnanti di sostegno, costringendo centinaia di famiglie a rivolgersi alla magistratura per ottenere le ore di assistenza didattica adeguate alla patologia del minore, in deroga ai contingenti previsti per legge.

4.2. Tra le varie misure approntate dal legislatore viene in rilievo la previsione di personale docente specializzato, chiamato per l'appunto ad adempiere alle “ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno” a favore degli alunni diversamente abili (Corte Cost. n. 52 del 2000). Trattasi di personale che, conformemente alla tutela del diritto all'integrazione didattica e all'istruzione, deve, per legge, assicurare l'ulteriore diritto alla “continuità didattica”, inteso come diritto a che il docente di sostegno, assegnato ad una classe in cui è inserito un minore diversamente abile, debba permanere nella medesima classe, anche negli anni scolastici successivi. Tale obbligo, ai sensi dell'art. 14 lett. c) della l. 104/92, incombe sul Ministero della Pubblica Istruzione, che provvede, altresì, a garantire la continuità educativa fra i diversi gradi di scuola, prevedendo forme obbligatorie di consultazioni tra insegnanti del ciclo inferiore e del ciclo superiore.

4.3. Viene altresì disciplinata una complessa fase procedimentale di rilevazione delle esigenze dei singoli alunni disabili (art. 12 e 13).

In particolare, già la citata sentenza di questo T.a.r. n. 1330/2015 e la sentenza del Consiglio di Stato 2023/2017 hanno posto l'attenzione sul quinto comma dell'art. 12 della l. 104/92, come disposizione che assicura la concreta attuazione dei principi di integrazione e assistenza agli alunni disabili nell'ambito scolastico di riferimento e che vede nella formulazione del piano educativo individualizzato – PEI- il culmine della fase procedimentale volta all'assegnazione dell'insegnante per ciascun alunno.

Il ruolo del PEI resta invariato anche dopo che il d.lgs. 13 aprile 2017, n. 66 (Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera c), della legge 13 luglio 2015, n. 107), all'art. 5, ha apportato rilevanti modifiche alla legge 104/92 ed in particolare al comma 5 dell'art. 12.

Al momento della presente decisione è infatti in corso di approvazione un ulteriore decreto recante modifiche alla disciplina dell'art. 5, e che, in sostanza prevede l'elaborazione, previo accertamento della disabilità, del cd. “profilo di funzionamento”, che ricomprende la diagnosi funzionale e il profilo dinamico-funzionale, finalizzati all'adozione del PEI, la cui disciplina è rinvenibile nell'art. 7 del d.lgs. 66/2017 e che, stando anche alla proposta di modifica in corso di approvazione, conferma il delicato ruolo di documento che, tra le varie cose: i) individua obiettivi educativi e didattici; ii) esplicita le modalità di sostegno didattico, compresa la proposta del numero di ore di sostegno alla classe; iii) stabilisce le modalità di verifica, i criteri di valutazione, gli interventi di inclusione svolti dal personale

docente nell'ambito della classe e in progetti specifici; iv) definisce gli strumenti per l'effettivo svolgimento dei percorsi per le competenze trasversali e per l'orientamento, assicurando la partecipazione dei soggetti coinvolti nel progetto di inclusione; v) indica le modalità di coordinamento degli interventi ivi previsti e la loro interazione con il Progetto individuale; vi) è redatto in via provvisoria entro giugno e in via definitiva, di norma, non oltre il mese di ottobre, a partire dalla scuola dell'infanzia ed è aggiornato anche in corso d'anno in caso di novità riguardanti il disabile; vii) entra nel progetto individuale previsto dall'articolo 14 della 328/2000.

4.3.1. Il d.lgs. 66/2017, anche se non esente da criticità, ha comunque riorganizzato la normativa esistente, abrogando la disciplina preesistente che spesso mancava di coordinamento con la legge 104/92, creando inevitabili discrasie (il riferimento è in particolare al d.P.C.M. 23 febbraio 2006 n. 185 e al d.P.R. 24 febbraio 1994).

L'impianto della legge 104 è comunque invariato, come pure è rimasta sostanzialmente invariata quella che la sentenza Cons. St. 2023/2017, esplicitando la riflessione fatta *in nuce* già nella citata sentenza di questa Sezione n. 1330/2015, ha definito come “singolare commistione tra procedimenti aventi finalità eterogenee e disciplinati da disposizioni normative non coordinate tra loro”.

Infatti, anche con l'abrogazione di parte della normativa previgente, resta la distinzione tra poteri degli Uffici scolastici, quelli del dirigente scolastico e i nuovi-OMISSIS-ruppi disciplinati dall'art. 9 del d.lgs. 66/2017, ossia il-OMISSIS-LIR (Gruppo di lavoro interistituzionale regionale), costituito presso ogni Ufficio scolastico regionale con compiti di indirizzo, coordinamento e consulenza; il-

OMISSIS-IT (Gruppo per l'Inclusione Territoriale) costituito per ciascun ambito territoriale provinciale, ovvero a livello delle città metropolitane, e composto da docenti (ma integrabile a livello locale) con funzioni di supporto alle singole scuole nella definizione dei PEI; il-OMISSIS-LI (Gruppo di lavoro per l'inclusione) istituito presso ciascuna istituzione scolastica col compito di supportare il collegio dei docenti nella definizione e realizzazione del Piano per l'inclusione nonché i docenti contitolari e i consigli di classe nell'attuazione dei PEI; il-OMISSIS-LHO (Gruppo di lavoro operativo per l'inclusione) costituito sempre presso ogni istituto scolastico ma che vede la partecipazione sia dell'alunno disabile (o dei genitori) sia delle figure professionali specifiche, interne ed esterne all'istituzione scolastica che interagiscono con la classe e con l'alunno disabile sia degli altri studenti; è all-OMISSIS-LHO che spetta l'adozione del PEI (art. 7 d.lgs. 66/2017).

4.4. In sostanza, anche con la nuova disciplina (attualmente in fase di parziale ma non significativa revisione) resta la distinzione tra procedimenti relativi alla determinazione dei bisogni dei singoli alunni, e procedimenti, di competenza degli Uffici scolastici, volti a determinare il contingente del personale di sostegno da assegnare ai singoli Istituti scolastici per soddisfare le esigenze evidenziate con le medesime “proposte” e rappresentate dal dirigente scolastico.

Tali procedimenti, anche in ragione dei continui contingentamenti della spesa pubblica da destinare alle politiche di sostegno, tengono conto non delle esigenze dei singoli alunni bensì degli organici determinati a monte e non commisurati alle reali esigenze delle singole scuole.

Vi è quindi la concreta possibilità che il numero degli insegnanti di sostegno resi disponibili nei fatti risulti inferiore a quello che sarebbe necessario per attribuire ai singoli alunni tutte le ore necessarie in base alla documentazione medica e alle proposte del-OMISSIS-LHO.

Ed infatti il Consiglio di Stato, nella citata decisione del 2017 (par. 30) aveva ritenuto che le previsioni della circolare del MIUR emanata prima dell'inizio dell'anno scolastico per disciplinare l'adeguamento dell'organico di diritto a quello di fatto, non fosse tale da giustificare l'emanazione di atti degli Uffici scolastici e di atti dei dirigenti scolastici che si discostino dal contenuto dei PEI e, in particolare, dalle “proposte” redatte per i singoli alunni dal-OMISSIS-LHO.

4.4.1. La sentenza ha attribuito “un rilievo decisivo” al comma 5 dell'art. 10 del d.l. 78 del 2010, per il quale “in sede di formulazione del piano educativo individualizzato”, il gruppo elabora “proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno”.

Il comma 5, per la parte sopra riportata è stato abrogato, a decorrere dal 1 settembre 2019, dall'art. 18 del d.lgs. 66/2017 ed era quindi vigente al momento della proposizione del ricorso.

Secondo la ricostruzione offerta dal giudice d'appello (parr. 30 e 31), che la Sezione condivide, la disposizione in questione individua nel dirigente scolastico l'autorità competente a concludere il procedimento e a pronunciarsi sulle proposte del-OMISSIS-LHO per i singoli alunni, dopo la “fase procedimentale intermedia” di acquisizione dei dati, a cura dell'Ufficio scolastico.

Inoltre, ed è quel che più conta, non esiste una disposizione che abbia attribuito agli Uffici scolastici il potere di sottoporre a un

riesame di merito quanto proposto dal-OMISSIS-LHO, in quanto l'art. 4. Del d.P.C.M. n. 185 del 2006 (all'epoca vigente), che definiva "autorizzazione" l'atto del dirigente preposto dell'Ufficio scolastico regionale, va "interpretato nel senso di prevedere un atto meramente ricognitivo, il quale constata che sussistono i relativi presupposti di spesa, senza poterli modificare, e giustifica l'impegno e il pagamento delle relative somme."

In sintesi, dopo che il-OMISSIS-LHO ha elaborato i PEI, vi è una interazione tra dirigenti scolastici e USR per l'attribuzione ai singoli Istituti di tanti insegnanti di sostegno, quanti ne sono necessari per coprire tutte le ore che sono risultate oggetto delle "proposte", salva la possibilità di esercitare un potere meramente correttivo, sulla base di riscontri oggettivi.

Il dirigente scolastico deve quindi attribuire a ciascun alunno disabile un numero di ore di sostegno corrispondente a quello oggetto della singola proposta del-OMISSIS-LHO, dalla quale non si può discostare.

Nel caso in cui le ore non vengano attribuite nella misura disposta o non vengano attribuite affatto, la conseguenza è il ricorso giurisdizionale, normalmente scrutinato in senso positivo, con l'effetto, tuttavia, di legittimare un sistema nel quale solo coloro che si rivolgono al giudice ottengono una pronuncia che ordina all'Amministrazione scolastica di consentire la fruizione delle ore nel numero determinato dal-OMISSIS-LHO o anche nel PEI, alla cui tempestiva redazione l'Istituto scolastico viene, parimenti, obbligato. Non è però questo il sistema desumibile dai principi costituzionali e dalle leggi che, prima e dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 80 del 2010, hanno attribuito agli alunni disabili il diritto di ottenere

le ore di sostegno senza possibilità degli Uffici scolastici di sindacare le decisioni assunte dagli organismi preposti.

Come ribadito dalla decisione n. 2023/2017 (par. 24), che richiama le sentenze sempre della VI sezione del 10 febbraio 2015, n. 704 e del 23 marzo 2010, n. 2231, non si possono rendere “prive di effetti concreti, sul piano del sostegno, le statuizioni operate dall’organo collegiale competente a stabilire la gravità dell’handicap e a predisporre il piano individuale di intervento a sostegno del minore in una situazione di handicap riconosciuto come grave”; né può valere la carenza di risorse economiche, le quali “non possono, in modo assoluto, condizionare il diritto al sostegno in deroga, sino a esigere e sacrificare il diritto fondamentale allo studio e all’istruzione”.

Infatti, “l’attività degli insegnanti di sostegno comporta evidenti vantaggi non solo per i disabili, in un quadro costituzionale che impone alle Istituzioni di favorire lo sviluppo della personalità, ma anche per le famiglie e per la società nel suo complesso. Infatti, l’inserimento e l’integrazione nella scuola – con l’ausilio dall’insegnante di sostegno – anzitutto evitano la segregazione, la solitudine, l’isolamento, nonché i patimenti e i pesi che ne derivano, in termini umani ed economici potenzialmente insostenibili per le famiglie. L’inserimento e l’integrazione nella scuola rivestono poi fondamentale importanza anche per la società nel suo complesso, perché rendono possibili il recupero e la socializzazione. Ciò in prospettiva consente ai disabili di dare anche il loro contributo alla società, fermo restando che la disciplina degli esami deve evitare ogni discriminazione anche potenziale, evitando che vi siano barriere che possano negativamente incidere sull’avviamento al lavoro (ponendosi

altrimenti serissime questioni di costituzionalità delle disposizioni che rendano più difficoltoso il conseguimento del diploma, a causa della disabilità). Inoltre, l'inserimento e l'integrazione nella scuola in prospettiva consentono al Sistema sanitario nazionale di contenere le prestazioni che si renderebbero necessarie, in mancanza delle attività svolte in anni fondamentali dell'età evolutiva (così, Cons. St., 2023/2017, cit., par. 27.1.)”.

§ La giurisdizione in materia di assegnazione di ore di sostegno e sulla domanda di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

5. Fatto questo rapido *excursus* normativo, come già correttamente illustrato nella parte iniziale del ricorso, va ribadito che la controversia in questione appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia dei pubblici servizi, ex art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a.

Si tratta di un orientamento ormai consolidato, sia nella giurisprudenza della Sezione e della maggior parte dei Tribunali amministrativi regionali, sia, di recente, in quella del giudice d'appello (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 27 marzo 2019 n. 262; id., 27 novembre 2018 n. 875; id nn. 49, 710, 711, 915, 920, 599 del 2018; n. 350/2017; nn. 234, 245, 246, 248 del 2016); Consiglio di Stato, ex plurimis, sez. VI, 10 luglio 2017 n. 3393; id., 6 giugno 2017 n. 2698; id., 5 giugno 2017 n. 2683; id., 14 settembre 2017 n. 4342; id., 7 agosto 2017 n. 3926 e soprattutto Adunanza Plenaria 12 aprile 2016 n.7, sia pure con riguardo ad un caso che riguardava il solo profilo relativo all'attribuzione in favore del-OMISSIS-iudice amministrativo delle controversie afferenti la fase antecedente l'adozione del Piano Educativo Individualizzato e non quella successiva).

5.1. Sin dalla citata decisione n. 1330/2015, questa Sezione ha chiaramente differenziato le controversie in materia di ore di sostegno incardinate presso il giudice amministrativo da quelle, incardinate presso il giudice civile, in materia di discriminazione, e che hanno dato luogo alla sentenza delle Sezioni Unite n. 25011/14, che ha ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario per le attività successive alla redazione del PEI.

In particolare, si è detto (par. 6.3.) che proprio in forza della disamina del sistema normativo di riferimento, risultava “evidente che l’assegnazione dei docenti di sostegno agli alunni con disabilità gravi costituisce un servizio – dalle caratteristiche del tutto peculiari - all’interno della ben più vasta e onnicomprensiva realtà del servizio pubblico scolastico. Non vi è infatti possibilità di scindere la fase “macro organizzativa” di determinazione degli organici dei docenti dell’intero comparto-scuola, e, nello specifico, dei docenti destinati in via diretta al sostegno e alla cura degli alunni disabili (inseriti in classi di normodotati al cui interno deve essere garantito il diritto alla loro integrazione, istruzione e crescita individuale), dalla successiva fase di assegnazione del singolo docente. Il deficit dell’originaria attività di programmazione (a prescindere dalle sue cause, siano esse organizzative o, più semplicemente, di scarsità di risorse finanziarie) si riverbera necessariamente sul numero delle risorse umane disponibili e, di conseguenza, sulla ridotta quantità delle ore di sostegno attribuite dalle Amministrazioni scolastiche agli alunni disabili, che quindi, in tali casi, si rivolgono al giudice amministrativo per lamentare l’illegittimità di un provvedimento che attribuisce un’assistenza non commisurata, sotto un profilo meramente quantitativo, alla patologia accertata. “

“Ne discende che le parti private hanno generalmente contestato la cattiva e illegittima gestione del servizio pubblico scolastico con riferimento ai portatori di handicap, lamentando, con riferimento al singolo ricorrente, un inadempimento che, seppur specifico quanto alla patologia riportata e ai contenuti della programmazione didattica da attuarsi nel singolo caso, è astrattamente analogo a quello di tutti i vari ricorrenti, consistendo nella critica alla gestione del servizio scolastico di sostegno agli alunni disabili e, quindi, in finale, all'espletamento della potestà pubblica spettante per legge all'Amministrazione scolastica *in subiecta materia* (cfr. supra 6.1.).”

5.2. Sulla base della delineata prospettazione, la sentenza n. 1330 del 2015, seguita dalle centinaia che in questi anni hanno caratterizzato l'attività della Sezione, ha ritenuto la giurisdizione del giudice amministrativo evidenziando, sotto diversi profili, la non corretta impostazione del ragionamento della Suprema Corte, nella citata decisione n. 25011/14.

Sintetizzando, la Sezione ha da subito evidenziato “la contraddizione, emersa nella citata sentenza, in ordine alla concreta portata della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di determinate materie, tra cui quella dei pubblici servizi, nei quali rientra anche il servizio scolastico per ammissione delle stesse Sezioni Unite, e certamente il servizio di sostegno scolastico ai minori portatori di handicap in quanto lo stesso non costituisce l'oggetto di un contratto di utenza di diritto privato tra l'istituto scolastico, obbligato alla prestazione, e i genitori del minore, ma è previsto dalla legge e consegue direttamente al provvedimento di ammissione alla scuola dell'obbligo.”

Ciò in quanto “la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ricomprende infatti anche la tutela dei diritti, e, di conseguenza, anche dei diritti cd. fondamentali tutelati dalla Costituzione, anche se la relativa lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, che sia però espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti autoritativi della p.a. (Cass. Civ., SS.UU., 5 marzo 2010 n. 5290; id. 28 dicembre 2007, n. 27187; id. 29 aprile 2009, n. 9956).”

“Tale premessa non è messa in discussione dalla citata decisione delle SS.UU. n. 25011/14, secondo cui (par. 2.5.) il diritto all'istruzione dei disabili è certamente ascritto alla categoria dei diritti fondamentali, la cui tutela passa attraverso l'attivarsi della pubblica amministrazione per il suo riconoscimento e la sua garanzia, mediante le doverose misure di integrazione e sostegno atte a rendere possibile ai portatori disabili la frequenza delle scuole, a partire da quella materna, tra le quali vi è, appunto, la somministrazione delle ore di insegnamento attraverso un docente specializzato nell'assistenza didattica e nell'integrazione dell'alunno disabile.”

5.2.1. Le considerazioni sopra illustrate confermano che la natura di diritto soggettivo della posizione soggettiva azionata allo scopo di far constare tale spettanza a favore dell'alunno disabile, quand'anche qualificato come “fondamentale”, di per sé solo non esclude la sussistenza della giurisdizione amministrativa.

Infatti, per un verso, la sussistenza della giurisdizione esclusiva di questo-OMISSIS-iudice in materia di servizi pubblici comprende anche la tutela dei diritti soggettivi (in ragione, appunto, della natura “esclusiva”, ex art. 133 c.p.a.) e, per altro verso, la cognizione e la

tutela dei diritti fondamentali (ossia quelli, come nella specie, costituzionalmente garantiti) non è affatto estranea all'ambito di tale giurisdizione, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica necessariamente un'effusione di poteri pubblici, a loro volta preordinati sia a garantire l'integrità dei diritti, sia alla conformazione della ampiezza di questi, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali (cfr. così Cons. St., Ad. Plen., 12 aprile 2016 n. 7; id., sez. V, 7 febbraio 2018 n. 809; cfr. altresì Cass. civ., sez. un., 28 febbraio 2017 n. 5060).

In sintesi, quindi, l'esistenza dell'art. 133, co. 1, lett. c) c.p.a., che, in continuità con l'abrogato art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi [...] relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, fa sì che l'esistenza di un diritto (di natura fondamentale) all'istruzione del disabile non sia di per sé sufficiente a ritenere devolute le controversie che ad esso si riferiscono alla giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice naturale dei diritti soggettivi coperti da garanzia costituzionale.

L'avere la Cassazione, inspiegabilmente, introdotto la dicotomia discrezionalità/vincolo, tornando alla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo ai fini del riparto di giurisdizione, in una materia nella quale il riparto di giurisdizione deve essere determinato, secondo il fondamentale insegnamento della Corte Costituzionale con le sentenze nn. 204/2004 e 191/2006, distinguendo l'esistenza di poteri autoritativi (in qualsiasi forma esplicitati) dai comportamenti di tipo meramente materiale dell'Amministrazione, che non siano conseguenza o manifestazione

di potestà autoritativa, costituisce dunque, secondo la giurisprudenza di questa Sezione, la principale contraddizione della sentenza delle Sezioni Unite del 2014.

5.3. Si è altresì messo in evidenza (sentenza n. 1330/2015, cit., par. 6.3.3.) che le disfunzioni nella gestione del servizio, e, quindi, nell'attribuzione delle ore di sostegno, prescindono dalla completezza del PEI, sicchè deve escludersi che un PEI completo in tutte le sue parti determini un effetto ablativo del potere autoritativo-discrezionale in capo all'Amministrazione scolastica, così da determinarsi conseguenze simili alla sopra illustrata dicotomia tra comportamenti da qualificare come esercizio di potestà autoritativa e comportamenti di tipo meramente materiale, che sta alla base della decisione della Corte Cost. n. 191/2006.

Oltre alla natura unitaria del servizio, già più volte posta a fondamento della propria decisione, la Sezione aveva rilevato, in concreto, che l'ipotesi "di un PEI aggiornato, che prescriva l'esatto numero di ore necessarie e che resti inadempito, è solo una delle tante, verificandosi sovente o che il PEI non venga affatto redatto nonostante vi sia un profilo dinamico funzionale aggiornato, o che il PEI venga redatto stabilendo dettagliatamente il programma educativo di cui il disabile sarà destinatario, ma senza alcuna indicazione delle ore di sostegno necessarie o del rapporto ore scolastiche/sostegno."

Far dipendere la giurisdizione da una simile distinzione è quindi non solo giuridicamente errato, ma non tiene conto del fatto che l'effetto sul disabile "è sempre lo stesso, e consiste nella mancata attribuzione di un insegnante di sostegno per il numero di ore che la parte privata considera congruo e necessario rispetto alla patologia che emerge dai

documenti sanitari e dal profilo dinamico funzionale; a fronte di questo, risulta irrilevante che l'Amministrazione abbia preventivamente quantificato le ore nel PEI o non l'abbia fatto: vi è sempre e comunque, dal punto di vista dell'alunno disabile, un inadempimento a un preciso obbligo dell'Amministrazione di espletamento del servizio secondo canoni di efficienza e equità sociale, e quindi, in finale, vi è una cattiva esplicazione della potestà pubblica nell'esercizio di un servizio anch'esso pubblico.”

5.4. La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è stata ritenuta, *ex plurimis*, anche dalla citata sentenza del Consiglio di Stato n. 2023/2017 (par. 35 e ss.), la quale dopo aver ricordato che “qualora si contestino le valutazioni delle ASL conseguenti ai relativi accertamenti, previsti dagli articoli 3 e 4 della legge n. 104 del 1992, sopra richiamati al § 13.1., le relative controversie riguardano l'assistenza obbligatoria, e sono quindi devolute alla giurisdizione del giudice civile, ai sensi dell'articolo 442 del codice di procedura civile (su tale pacifico principio, v. Cass., Sez. Un., 23 ottobre 2014, n. 22550)” e che sempre al giudice civile sono devolute le controversie relative all'assistenza e allo status di portatore di handicap, ha concluso affermando che “qualora invece siano contestati una “diagnosi funzionale – D.F. “, un “profilo dinamico funzionale – P.D.F. “ oppure un “piano educativo individualizzato - PEI”, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo” in quanto si tratta “di controversie concernenti un pubblico servizio, quale l'istruzione, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera c), del codice del processo amministrativo, e sono ravvisabili posizioni di interesse legittimo, poiché i relativi atti della Amministrazione scolastica sono

atti posti in essere nell'esercizio di un ampio potere tecnico-discrezionale dei competenti organi amministrativi.”

La giurisdizione amministrativa sussiste, a maggior ragione, ed è questo il profilo che maggiormente interessa nel presente giudizio, qualora si contestino gli atti della Amministrazione scolastica che non abbiano dato coerente seguito alle “proposte” del-OMISSIS-LHO e cioè gli atti interni al procedimento degli Uffici scolastici e quello - finale o provvisorio - del dirigente scolastico, di attribuzione all'alunno disabile di un numero di ore inferiore a quello oggetto della proposta individuale.

Infatti, “si tratta di controversie concernenti un pubblico servizio, quale l'istruzione, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera c), del codice del processo amministrativo, con la conseguente applicazione dell'articolo 7, comma 5 c.p.a. (per il quale “nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi), e dell'art. 55, comma 2 c.p.a. (sulla tutela cautelare, quando la domanda “attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale”).”

“A maggiore ragione, come rilevato dalla Adunanza Plenaria di questo Consiglio con la sentenza 12 aprile 2016, n. 7, sussiste la giurisdizione amministrativa di legittimità quando la controversia sia sorta prima della elaborazione del PEI, cioè quando ancora non sia stato esercitato il potere di formulare la proposta sulla determinazione delle ore di sostegno da attribuire al singolo alunno disabile.”

Quando invece il dirigente scolastico abbia attribuito le ore di sostegno in conformità alla proposta del-OMISSIS-LHO, ma in concreto tali ore non siano assegnate e quindi non se ne possa fruire, correttamente il Consiglio di Stato ha differenziato la soluzione sulla giurisdizione a seconda della causa petendi e del petitum posti a base della relativa pretesa: a) sussiste la giurisdizione del giudice civile, quando l'interessato espressamente lamenti innanzi a tale giudice che l'Amministrazione scolastica abbia posto in essere “un comportamento discriminatorio a proprio danno”, applicandosi, in tal caso, l'art. 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67 e – per gli aspetti processuali - l'art. 28 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150 (come nel caso che ha condotto alla citata sentenza delle Sezioni Unite n. 25011 del 2014, seguita da un'analoga n. 9966 del 2017). In tali casi, il ricorrente ha appunto l'onere di dedurre “in giudizio elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta nei limiti di cui all'articolo 2729, primo comma, del codice civile”; b) si applicano invece le regole sulla giurisdizione esclusiva quando il ricorrente impugni gli atti del procedimento o contesti un comportamento dell'Amministrazione, lamentando o la mancata corrispondenza tra il provvedimento finale del dirigente scolastico e la proposta del-OMISSIS-LHO (ovvero lamentando che sia stata data illegittimamente prevalenza a ragioni di contenimento della spesa), o la mancata redazione del PEI per l'anno scolastico in corso, o la mancata concreta fruizione delle ore di sostegno, attribuite dal dirigente scolastico in conformità alla proposta del-OMISSIS-LHO, perché il medesimo dirigente, per la carenza delle risorse fornite dagli Uffici scolastici, ha affrontato provvisoriamente la situazione con misure di redistribuzione delle ore di sostegno (in sostanza, ha

attribuito meno ore di sostegno di quelle necessarie richieste dal PEI o dagli organismi competenti).

In questi termini, recentemente, T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 8 aprile 2019, n.571, secondo il quale spetta alla giurisdizione amministrativa esclusiva la tutela dei diritti cd. fondamentali tutelati dalla Costituzione, anche quando la relativa lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi dell'Amministrazione.

5.5. Resta il fatto che così come nulla può impedire alle Sezioni Unite di ritenere attratte nella giurisdizione del giudice ordinario le controversie nelle quali le parti prospettino la violazione della legge 67 del 2006, in forza di comportamenti discriminatori censurati dalla parte, che abbia chiesto al giudice di farli cessare, le Sezioni Unite, quale giudice di ultima istanza sulla giurisdizione, possono continuare a ritenere la giurisdizione del giudice ordinario, come in effetti fanno, attribuendo alla materiale redazione del PEI valore discriminatorio ai fini della giurisdizione dell'uno o dell'altro plesso (vedi Cass. civ., sez. un., 20 aprile 2017, n. 9966).

Nel primo caso *nulla quaestio*: trattandosi di fattispecie tipica, circoscritta alle ipotesi in cui il ricorrente deduca specificamente la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, non vi sono dubbi su chi sia il giudice munito di giurisdizione.

Non può invece condividersi il ragionamento seguito nella seconda fattispecie, posto che una ricostruzione di tal fatta si scontra, oltre che con quanto sopra illustrato in ordine alla esistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizio scolastico e sui diritti fondamentali ad esso ricollegati, anche con la realtà fenomenica che spesso sfugge al giudice di legittimità,

dalla quale non sembra emergere alcuna differenza di esercizio del potere autoritativo dell'Amministrazione tra il caso di mancata redazione del PEI. e quello di mancata attribuzione delle ore di sostegno a fronte di un PEI redatto: la disfunzione, a livello di inadeguato e illegittimo esercizio del potere amministrativo, è analoga nell'una come nell'altra ipotesi, il risultato – in termini di ricaduta negativa sugli alunni disabili – è identico, la percezione di disagio tra i cittadini e gli utenti della scuola, in primis le famiglie, è assolutamente la stessa, posto che l'unico obiettivo perseguito è quello di ottenere materialmente la presenza di un insegnante in classe.

Inoltre, sarebbe assai difficoltoso attribuire la giurisdizione all'uno o all'altro plesso nelle ipotesi *border line* di PEI redatti ma incompleti, privi della quantificazione precisa delle ore, a fronte di provvedimenti amministrativi attributivi di un numero di ore chiaramente inadeguato in relazione alla patologia.

5.5.1. Per tale ragione, il Collegio non concorda con le decisioni di alcuni giudici di primo grado (si veda, ad esempio, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, n. 2057/2017, n. 2437/2017 e n. 2459/2017, n. 1784 e n. 1785 del 2018, nonché da ultimo n.665/2019) che hanno distinto le domande volte alla predisposizione degli strumenti didattici necessari per l'individuazione delle esigenze degli studenti disabili - rientranti nella giurisdizione del-OMISSIS-.A. - da quelle con le quali viene chiesta la concreta erogazione del relativo servizio, di competenza del-OMISSIS-.O.

In particolare, non convince che dette pronunce, senza entrare nel merito della reale portata e ambito applicativo della giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici, mantengano la dicotomia tra

diritti soggettivi e interessi legittimi ai fini della giurisdizione, oppure ricolleghino l'esistenza della discriminazione nei confronti dei disabili alla materiale redazione del PEI, intesa come segnale dell'assenza (leggasi, scomparsa) del potere discrezionale dell'Amministrazione di ridurre l'entità del sostegno in ragione delle risorse disponibili; sicchè la condotta 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.

5.5.2. A parere del Collegio, non si può ricollegare all'esistenza di una discriminazione quello che è un palese disservizio, agevolato dalla complessità della normativa esistente, che nella realtà fenomenica produce l'identico effetto lesivo per il disabile a prescindere dall'esistenza o meno del PEI.

Se alla base della criticità legata alla non assegnazione (o all'assegnazione solo in parte) degli insegnanti di sostegno vi è, come detto, la carenza di risorse economiche, non si vede questo in cosa possa mutare la natura del potere esercitabile dell'Amministrazione scolastica, che è sempre e comunque espressione di autonoma volontà decisionale in quanto, stante l'esistenza della possibilità della assegnazione in deroga (secondo il fondamentale *dictat* della Corte Costituzionale n. 80/2010) ben potrebbe attribuire il corretto numero di ore dall'inizio, prescindendo dall'organico di fatto, risolvendosi la questione a valle (come effetto, questo sì, meramente materiale) nel reperimento in concreto degli insegnanti attraverso i canali amministrativi di gestione del personale da parte degli Uffici

scolastici regionali, così come avviene, anche se non sempre, una volta che il disabile abbia ricevuto la pronuncia favorevole del giudice (amministrativo o ordinario).

In nulla, invece, può incidere il fatto che le ore necessarie siano state materialmente assegnate col PEI oppure non lo siano state perché il suddetto documento manca o è incompleto, in quanto si resta sempre all'interno della gestione del servizio scolastico e la mancata concreta attribuzione dell'insegnante è dovuta – sia nel caso di PEI esistente sia nel caso di inesistenza dello stesso – alle stesse identiche ragioni, ossia alla mancata programmazione degli organici o alla carenza a priori di risorse finanziarie adeguate: non vi è alcun intento discriminatorio da parte degli uffici, ma solo inefficienza e mancanza di volontà di derogare all'organico assegnato, in attesa di una possibile pronuncia giurisdizionale che legittimi la deroga.

In concreto, infatti, le conseguenze del mancato arrivo dell'insegnante di sostegno sono le stesse sia in caso di mancato adempimento all'ordine di redazione dei PEI sia in caso di inadempimento all'assegnazione delle ore previste dal PEI (caso al quale va assimilato quello della mancata indicazione, nel PEI, delle ore adeguate alla patologia) e lungi dall'integrare discriminazione, determinano la nascita dei presupposti per l'eventuale risarcimento del danno.

6. La riconduzione della fattispecie oggetto del giudizio alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo comporta l'attrazione della domanda risarcitoria nelle medesima giurisdizione.

L'art. 30, comma 2, c.p.a. stabilisce infatti che “può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella

obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.”

§ *La decisione sulla domanda di annullamento dei provvedimenti e l'accertamento del diritto del minore all'insegnante di sostegno.*

7. Illustrata la normativa esistente in materia di tutela degli alunni portatori di handicap, va sinteticamente ricordato che essa è stata ritenuta applicabile da questa Sezione nella quasi totale generalità delle centinaia di contenziosi portati alla sua attenzione, distinguendosi, come detto, i casi di mancata redazione del PEI da quelli di mancata quantificazione delle ore all'interno di un PEI esistente (cui sono sostanzialmente equiparati i casi di PEI che si limitano a prendere atto delle ore assegnate dal dirigente scolastico, senza tenere conto della reale patologia del minore e delle risultanze del-OMISSIS-LHO) nonché da quelli di mancata attuazione di un PEI esistente e recante la quantificazione delle ore di sostegno.

La differenza di comportamento dell'Amministrazione, così come non muta la giurisdizione del giudice amministrativo *in subiecta materia*, non muta le sorti del giudizio: l'esistenza di una patologia che determini la necessaria assegnazione di ore di sostegno (secondo il rapporto 1:1 oppure in base alla patologia certificata), in deroga agli organici assegnati e ai tetti di spesa esistenti, determina l'immediato accoglimento del ricorso già in fase cautelare, mediante l'emissione di ordinanza oppure, nella generalità dei casi, di sentenza in forma semplificata.

L'utilizzo del diverso strumento non muta la sostanza della decisione, che è comunque quella volta o all'adozione del PEI (entro l'inizio dell'anno scolastico, in base all'art. 7 co. 2 lett. 'g' del d.lgs. n. 66/2017, in vigore dal primo settembre 2019, laddove il precedente termine era quello del 31 luglio di ogni anno), o alla quantificazione delle ore all'interno del PEI medesimo oppure all'attribuzione del numero esatto di ore indicato nel PEI rimasto inattuato.

La scelta di ricorrere alla ordinanza o alla sentenza è sempre a discrezione del singolo collegio in ragione del caso concreto, e varia a seconda che, per qualche motivo (ad esempio, l'assenza di un provvedimento di espressa quantificazione delle ore di sostegno - la cui insufficienza è semplicemente desunta dalla inadeguatezza dell'organico dei docenti di sostegno assegnato dell'istituto scolastico ovvero dalla richiesta, da parte della scuola, di un numero di ore sicuramente inferiori a quelle necessarie per garantire una copertura adeguata alla patologia del minore) si renda opportuno l'approfondimento del ricorso nella successiva fase di merito, evitando così di definire immediatamente il giudizio ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

Il tempestivo adempimento dell'ordine del giudice è sempre e comunque a carico dell'Amministrazione scolastica, così come il rischio di subire il subentro di un commissario ad acta, nominato dal tribunale per garantire l'immediata esecuzione del provvedimento giurisdizionale.

7.1. Ciò che muta, in concreto, è che mentre con la sentenza in forma semplificata vi è l'accertamento definitivo del diritto (o del non diritto, nei rarissimi casi negativi) all'insegnante di sostegno per il numero di ore commisurate alla patologia e al tipo di gravità

dell'handicap (sicchè l'eventuale questione sarà quella, esecutiva, dell'attuazione in concreto dell'ordine del giudice), nei casi di emissione di ordinanza cautelare, la causa torna comunque al Collegio per l'esame del merito, potendosi concludere sia con un provvedimento di cessata materia del contendere qualora sia accertato l'avvenuto adempimento dell'ordinanza (e quindi l'assegnazione delle ore di sostegno necessarie in relazione alla patologia) sia con una declaratoria di sopravvenuta carenza di interesse laddove perduri l'inadempimento ma l'anno scolastico sia concluso (imponendosi, in tal caso, la riemissione di un nuovo PEI e, quindi, di una nuova quantificazione), sia, infine, con un accoglimento pieno laddove nel merito le ragioni della parte si rivelino fondate e vi sia ancora tempo per l'assegnazione del giusto sostegno scolastico ovvero, come si vedrà per il caso concreto, vi siano margini per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno (patrimoniale e non patrimoniale), al verificarsi dei presupposti che ne determinino l'accertamento in questo senso.

È naturalmente possibile anche il rigetto del ricorso, ma questo, almeno per la casistica giunta all'esame della Sezione, si determina solo laddove gli organismi competenti o il PEI escludano volutamente la necessità del rapporto 1:1, attribuendo un minor numero di ore sulla base della patologia in concreto accertata: in questi casi, la pretesa della parte ricorrente non può essere accolta in quanto, salvo che si dimostri l'assoluta incongruenza della decisione dell'Amministrazione, il giudice amministrativo non può sostituirsi agli organi competenti a decidere di quante ore di sostegno il disabile abbia effettivamente bisogno.

Si tratta, tuttavia, di ipotesi sporadiche e spesso riguardanti ipotesi di handicap non grave (art. 3 comma 1 l. 104/92) nelle quali la richiesta del rapporto in deroga non è giustificata dalla patologia accertata e risultante dalla documentazione sanitaria in possesso dell'Amministrazione.

8. Orbene, nel caso oggetto del presente giudizio, già in fase cautelare è stata positivamente deliberata la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati e l'accertamento del diritto all'attribuzione delle ore di sostegno nella misura indicata nella documentazione sanitaria depositata agli atti, in quanto l'attribuzione di sole 12 ore è stata decisa dal dirigente scolastico in presenza di un PEI, per l'anno in corso, privo della quantificazione delle ore di sostegno, a fronte di elementi che dimostrano, in modo inequivoco, la necessità di un insegnante di sostegno a copertura dell'intero orario scolastico (vedi all. 9: copia verbale commissione medica di accertamento dell'handicap prot. 691 del 24/5/2017; all. 10: diagnosi funzionale; all. 11: nota prot. n. 1054 del 19/10/2018 dell'Asl Na3Sud di individuazione dell'alunno, che espressamente chiede il "rapporto 1:1"; all. 12: profilo dinamico funzionale dell'I.C. "2°-Dati di Boscoreale" del 26/10/17; all.13: copia verbale del-OMISSIS-LH Operativo A.S. 2018/19 del 19/10/18, nel quale si accerta che il numero di ore di sostegno assegnate non garantisce il raggiungimento degli obiettivi).

8.1. La deliberazione di fondatezza del ricorso va quindi ribadita, una volta preso atto che, nonostante quanto disposto con l'ordinanza cautelare, l'Amministrazione scolastica non ha provveduto all'adeguamento del PEI per l'anno in corso e, soprattutto, non ha attribuito le ore di sostegno secondo un rapporto 1:1 (vedi

dichiarazioni del difensore di parte ricorrente alle udienze pubbliche del 23 gennaio 2019 e 24 luglio 2019).

In particolare, va accolta la domanda di accertamento del diritto della minore-OMISSIS-di usufruire di un insegnante di sostegno per l'intero orario di frequenza scolastica per l'anno 2018/19, posto che, come risulta dagli atti, l'unico modo per garantire adeguata tutela al diritto all'istruzione della minore (peraltro in una fase delicatissima quale è quella della scuola dell'infanzia, necessaria per consentire lo sviluppo delle capacità relazionali e linguistiche dei bambini affetti da patologie quale quella diagnosticata alla minore in oggetto) è quello di assicurare il rapporto 1:1 tra ore di sostegno e orario scolastico, obbligando le amministrazioni intime a dare corretta esecuzione al PEI integrandolo con l'indicazione delle ore di sostegno necessarie e assegnandole alla minore nella massima misura possibile.

Come ribadito univocamente da questa sezione e dalle numerose pronunce in materia del giudice d'appello, risulta “in tal caso in linea di principio sufficiente a ritenere fondato il ricorso l'oggettivo contrasto tra la proposta del-OMISSIS-LHO e le successive immotivate determinazioni dell'Amministrazione” (ex plurimis, Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2017 n. 2289).

9. Non può invece essere accolta la richiesta di ore di sostegno per gli anni futuri, in quanto la natura e la disciplina del diritto ad ottenere un numero di ore di sostegno adeguato alla patologia sofferta comportano che la relativa determinazione vada effettuata dall'Amministrazione per ciascun anno in base alla specifica rilevazione delle esigenze concrete e dello stato evolutivo del disabile, fermo restando l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere alla predisposizione del PEI, anno per anno, secondo un

meccanismo dinamico di ricognizione del fabbisogno alla luce di quanto risultante dal PDF e dal PEI, i quali devono tenere conto dei bisogni del disabile e delle sue concrete esigenze educative e non essere elaborati in funzione delle risorse assegnate all'istituto scolastico, come peraltro si desume dalla natura dei diritti tutelati e dal conseguente trattamento normativo riservatogli dal legislatore, per cui detti diritti non si prestano ad essere cristallizzati in una formula unica ed immutabile, che sarebbe inevitabilmente destinata a divenire, nel tempo, non più rispondente allo stato evolutivo del minore.

Resta quindi fermo l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere alla predisposizione del PEI, anno per anno, ed a tale determinazione l'Amministrazione deve attenersi (da ultimo, ex plurimis, T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 30 maggio 2019, n. 2925; id., 15 aprile 2019, n. 2115 e n. 2141; id., 22 marzo 2019, n. 1625, Cons. St., sez. VI, 23 marzo 2010 n. 2231).

10. Sulla domanda di annullamento dei provvedimenti in questione, andrebbe astrattamente dichiarata la sopravvenuta carenza di interesse stante la conclusione dell'anno scolastico, in quanto, come più volte ribadito da questa Sezione, il nuovo fabbisogno dell'alunno disabile dovrà essere determinato mediante un nuovo PEI, da adottare tempestivamente per l'anno scolastico successivo, ovviamente con l'indicazione precisa delle ore necessarie per garantire la piena assistenza alle attività scolastiche in favore della minore.

Non potendo il giudice amministrativo sostituirsi alla decisione dell'Amministrazione e, pertanto, non potendo procedere da sé alla quantificazione delle ore, essendo la decisione rimessa, anno per

anno, all'Istituto scolastico, normalmente la conclusione dell'anno scolastico determina la perdita di interesse alla decisione della specifica domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati.

10.1. Fa tuttavia eccezione, come nel caso oggetto del presente giudizio, l'ipotesi di compresenza di una domanda risarcitoria unitamente a quella di annullamento.

Infatti, in base al comma 3 dell'art. 34 c.p.a., “quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori”.

La disposizione in questione è applicabile nel caso concreto proprio in quanto vi è coesistenza di entrambe le domande, tra di loro strettamente collegate (laddove, nel caso in cui via sia una generica manifestazione di interesse non seguita da una domanda di risarcimento, la giurisprudenza amministrativa ritiene concordemente improcedibile la domanda di annullamento: vedi T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 1 luglio 2019, n.1516 ed ivi per indicazione di precedenti in termini).

Come ben chiarito da T.A.R. Toscana, sez. II, 22 marzo 2019, n.418, se è vero che “in un sistema processuale fondato sulla dimensione soggettiva dell'azione, la mancanza di utilità derivante dall'accoglimento del ricorso comporta declaratoria di improcedibilità del medesimo”, per cui ove il provvedimento impugnato abbia cessato la propria efficacia, il suo annullamento non risulta più utile al ricorrente ed il ricorso andrebbe, per ciò solo, dichiarato improcedibile, è altrettanto vero che “la pronuncia di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse deve essere resa con estrema prudenza poiché nel processo amministrativo il

giudice può dichiarare l'improcedibilità del ricorso solo ove sia certo che non residui alcun interesse, in capo a parte ricorrente, a che la controversia venga decisa nel merito, non potendo conseguire dalla sentenza alcuna utilità (Cons. St., sez. III, 1 marzo 2018 n. 1279).”

L'interesse alla definizione del ricorso, pertanto, riguarderà non tanto l'annullamento dei provvedimenti impugnati quanto l'accertamento della loro illegittimità e si tratta di un interesse non meramente ipotetico, sia perché, negli anni a venire, perdurerà il rapporto di diritto pubblico da cui è nata la presente controversia (ciò in quanto la minore avrà necessità dell'insegnante di sostegno per ogni anno del ciclo scolastico e salvo improvvisi miglioramenti della patologia invalidante, allo stato purtroppo non probabili), sia in ragione della proposizione di una domanda risarcitoria strettamente collegata alla declaratoria di illegittimità

La disposizione di cui al terzo comma dell'art. 34 c.p.a., pertanto, va interpretata estensivamente nel senso di ammettere la pronuncia di accertamento della illegittimità del provvedimento impugnato in tutti i casi in cui sussista un interesse in tal senso in capo al ricorrente, il quale non abbia carattere meramente emulativo o non sia un semplice interesse “al precedente”.

11. In ragione di quanto detto, va dichiarata l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, per la violazione della normativa costituzionale e di legge ordinaria avente ad oggetto il diritto allo studio dei disabili e i principi di inclusione ed uguaglianza di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

Infatti, la minore in epigrafe, con certificazione della Commissione medica di riferimento, è stata valutata come disabile con connotazione di gravità, ai sensi dell'art. 3 comma 3 della l. 104/92, e

dalla documentazione in atti risulta provato il suo diritto all'assegnazione dell'insegnante di sostegno con rapporto in deroga.

Pertanto, secondo i numerosissimi precedenti della giurisprudenza amministrativa e di questa Sezione in ordine a casi analoghi, il quadro costituzionale e legislativo è univoco nel senso della necessità per l'Amministrazione di erogare il servizio didattico predisponendo, per l'ipotesi di disabilità grave, le misure di sostegno necessarie per evitare che il soggetto disabile altrimenti fruisca solo nominalmente del percorso di istruzione, essendo impossibilitato ad accedere ai contenuti dello stesso in assenza di adeguate misure compensative, e che tale rapporto di adeguatezza va evidentemente parametrato in funzione dello specifico e concreto ciclo scolastico frequentato.

In particolare, secondo l'art. 10, comma 5, della legge n. 122 del 2010, “i soggetti di cui all'articolo 12, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (GLH), in sede di formulazione del piano educativo individualizzato, elaborano proposte relative all'individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno, che devono essere esclusivamente finalizzate all'educazione e all'istruzione, restando a carico degli altri soggetti istituzionali la fornitura delle altre risorse professionali e materiali necessarie per l'integrazione e l'assistenza dell'alunno disabile richieste dal piano educativo individualizzato”.

Da ciò si conferma, pertanto, l'importanza del PEI, alla cui redazione l'Amministrazione è, come detto, obbligata, e nel quale vengono illustrate le misure necessarie per lo svolgimento dell'attività scolastica e vengono altresì attribuite le risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno, che devono essere finalizzate all'educazione e all'istruzione del disabile.

La quantificazione del numero di ore di sostegno attivabili nell'ambito della deroga riconosciuta ex lege è pertanto affidata alle concorrenti valutazioni e competenze delle distinte figure professionali facenti parte dell'equipe multidisciplinare di cui all'art. di cui all'articolo 12, comma 5, della legge 5 febbraio 1992, n. 104 (applicabile *ratione temporis*).

Ne discende che, nel caso concreto, l'attribuzione al minore, da parte dell'Amministrazione scolastica, di un limitato numero ore di sostegno in mancanza del documento tecnico che ne stabilisca la finalità concreta e che, seppur redatto, ne ometta la quantificazione in relazione alla patologia di cui il disabile è portatore, comporta la declaratoria di illegittimità dei provvedimenti impugnati.

§ *La domanda di risarcimento del danno non patrimoniale.*

12. Con il ricorso introduttivo è stata proposta, oltre alla domanda di annullamento dei provvedimenti indicati, di accertamento del diritto al sostegno con rapporto 1:1 e di condanna dell'Amministrazione scolastica all'attribuzione delle ore necessarie per raggiungere detta proporzione, anche la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) subito dalla minore a causa della mancata attribuzione delle ore di sostegno, da riconoscersi sotto forma di danno esistenziale oltre che danno all'immagine e alla dignità sia della persona del minore che dei genitori; tale danno, secondo i ricorrenti, sarebbe da individuare negli effetti che la ridotta assegnazione delle ore di sostegno subita ha provocato sulla personalità della piccola, privata del supporto necessario a garantire la piena promozione dei bisogni di cura, di istruzione e di partecipazione a fasi di vita "normale".

12.1. La questione va analizzata e decisa in ragione del mutamento di soluzione interpretativa che c'è stato, sul punto, da parte della Terza Sezione della Corte di Cassazione, e al quale questa Sezione dichiara, sin da subito, di aderire, mutando la propria giurisprudenza che si era consolidata negli anni.

Non è, infatti, la prima volta che una domanda di risarcimento del danno non patrimoniale viene portata all'esame della Sezione e tantomeno non è la prima volta che viene portata all'esame del giudice amministrativo.

12.2. Nella generalità dei casi, tuttavia, la domanda risarcitoria è stata respinta per una serie di ragioni.

In primo luogo si è valorizzata la tempestività delle decisioni in ordine alla domanda giudiziale, assunte con sentenza breve o ordinanza cautelare di accoglimento; tale tempestività ha concretamente eliso il danno lamentato dal minore per il prosieguo dell'anno in corso, mantenendolo nella sfera delle potenzialità.

In secondo luogo, a completamento di quanto appena illustrato, la Sezione ha deciso di disporre direttamente in sentenza misure ai sensi dell'art. 34 comma 1 lett. c) ed e) c.p.a., idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza.

Le disposizioni citate, infatti, prefigurano un potere di condanna senza restrizione di oggetto, modulabile a seconda del bisogno differenziato emerso in giudizio, che, nei casi di ricorsi per mancata attribuzione del sostegno scolastico, mirano al conseguimento, da

parte del ricorrente, “dell'utilità ‘primaria’ specificatamente oggetto della posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento”.

La nomina anticipata del Commissario ad acta ha indotto l'Amministrazione scolastica, nella quasi totalità dei casi a provvedere con sollecitudine all'assegnazione delle ore mancanti.

12.2.1. Il risultato ottenuto ha avuto come esito che solo in un numero limitato di giudizi è stato segnalato al Collegio il perdurare dell'inadempimento, senza che ciò abbia comportato conseguenze sul piano risarcitorio in quanto, nei rari casi in cui la domanda di risarcimento è stata proposta, la Sezione ha negato la sussistenza di alcun danno risarcibile per la porzione di anno scolastico svolta sino a quel momento, aderendo all'orientamento del giudice di appello (ad esempio Cons. St., sez. V , 21 giugno 2017, n. 3052; id., sez. IV, 15 maggio 2018, n. 2888) che richiede una prova rigorosa del cd. danno-conseguenza, il cui ristoro è, appunto, 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.

In questo modo, per anni si è fatta applicazione della giurisprudenza delle cd. sentenze gemelle del 2003 (Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003 n. 8827 e 8828) le quali, in ordine alla prova del danno non patrimoniale, avevano utilizzato la nota dicotomia tra danno-evento e danno-conseguenza (vedi Corte Cost. 372/1994) per differenziare la lesione dell'interesse protetto dalle conseguenze di tale lesione, negando l'esistenza di un danno (non patrimoniale) risarcibile *in re ipsa*, in quanto coincidente con la lesione dell'interesse, e affermando

invece la necessità della allegazione e prova del danno, in quanto “dalla lesione dell'interesse scaturiscono, o meglio possono scaturire, le suindicate conseguenze, che, in relazione alle varie fattispecie, potranno avere diversa ampiezza e consistenza, in termini di intensità e protrazione nel tempo.”

In quest'ottica, anche il ricorso a presunzioni o a ragionamenti prognostici era stato ancorato a elementi oggettivi che “sarà onere del danneggiato fornire”, consentendo in tal caso, ma solo in tal caso, la liquidazione equitativa da parte del giudice.

In linea, sia pur soltanto in parte qua, con le sentenze del 2003 (i cui principi vennero, a distanza di pochi mesi, riaffermati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 233 del 2003), anche le Sezioni Unite, nelle decisioni meglio note come “sentenze -OMISSIS-” in quanto pubblicate l'11 novembre 2008 (nn. 26972, 26973, 26974 e 26975) avevano ribadito la natura di danno-conseguenza del danno non patrimoniale, prevedendone allegazione e prova, così disattendendosi la tesi che identificava il danno con l'evento dannoso, parlando di “danno-evento” (in tal senso, viceversa, Corte cost. n. 184 del 1986, in tema di danno biologico) e che, nel caso di lesione di valori della persona, faceva riferimento ad un danno non necessariamente da provare in quanto in re ipsa: secondo le Sezioni Unite tale 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.”

Pertanto, anche ricorrendo, quale mezzo di prova, alla prova presuntiva, destinata “ad assumere particolare rilievo” quale possibile “unica fonte per la formazione del convincimento del giudice, non trattandosi di mezzo di prova di rango inferiore agli altri”, le

sentenze del 2008 ribadivano l'obbligo del danneggiato di "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."

12.2. Sulla base dei rilievi di cui sopra, anche il Consiglio di Stato, nella citata sentenza n. 2023/2017, ha respinto la richiesta di risarcimento del danno, tenuto conto sia della relativa brevità del periodo in cui tali danni si sarebbero potuti generare sia della mancanza della documentazione tecnica (es. perizia) che consentisse di dirsi raggiunta la prova del nesso causale tra il minor numero di ore assegnate (rispetto al necessario) e un danno specifico in termini di deficit formativo o su altri piani (es. danno alla salute).

Infatti, in linea con la citata giurisprudenza della Suprema Corte, anche il giudice d'appello ha ritenuto che la domanda di risarcimento del danno dovesse essere basata sulla specifica prova di quali siano state in concreto le conseguenze pregiudizievoli sull'alunno, cagionate dall'illegittimità degli atti della Amministrazione scolastica e quindi, per quanto concerne il danno patrimoniale, sarebbero risarcibili, ove provate, le voci di danno consistenti nelle somme che la famiglia del disabile abbia dovuto pagare per lo svolgimento di attività educative all'esterno della scuola, sostitutive di quelle che si sarebbero dovute effettuare sulla base del PEI e che non siano state effettuate, mentre per ciò che concerne il danno non patrimoniale per lesione di diritti costituzionali fondamentali, ha ritenuto che: a) il danno morale e quello biologico sono risarcibili quando risulti la commissione di un reato nei confronti dell'alunno disabile, ovvero il nesso causale tra l'atto illegittimo dell'Amministrazione e l'insorgenza di una menomazione ulteriore, permanente o

temporanea dell'integrità psicofisica dell'alunno disabile, suscettibile di valutazione medico-legale; b) il danno alla vita di relazione ('esistenziale', secondo la definizione offerta dalla citata sentenza dell'OMISSIS-iudice delle leggi n. 233/2003, al punto 3.1.) è risarcibile quando risulti che la mancata fruizione delle spettanti ore di sostegno abbia comportato regressioni o abbia reso irrealizzabile il "progetto di vita" delineato dal PEI, che in materia rileva quale parametro di riferimento, specifico dei principi enunciati da Cass. civ., sez. III 20 aprile 2016, n. 7766 (cfr. anche Cons. St., 15 maggio 2017 n. 2280 e ss.).

Inoltre, tenuto conto della sussistenza di ogni altro elemento costitutivo dell'illecito, la sentenza citata ha ritenuto non provata la colpa dell'Amministrazione, "da intendersi come ulteriore elemento necessario per riconoscere il risarcimento (C.d.S. n. 05428/2015) e ciò in rapporto alla notoria difficoltà di adeguare la provvista di insegnanti di sostegno alle effettive esigenze."

12.3. In caso di prova, il responsabile dei danni sarebbe il Ministero dell'Economia e delle Finanze, qualora l'illegittimità derivata di un atto del dirigente scolastico (comunque a lui non imputabile) dipenda dagli atti degli Uffici scolastici, e questi a loro volta siano conseguenti alle determinazioni del medesimo Ministero di non dar luogo alla copertura delle spese che si siano manifestate necessarie per l'assunzione degli insegnanti di sostegno.

13. A fronte degli approdi cui è pervenuta la giurisprudenza del giudice amministrativo sul risarcimento del danno non patrimoniale da mancato insegnante di sostegno, il preannunciato mutamento di approccio da parte di questa Sezione – specialmente in ordine alla diversa modalità di utilizzazione del ragionamento presuntivo

funzionale alla liquidazione del danno e allo strumento per effettuare tale liquidazione – tiene conto, come detto, della giurisprudenza della Terza Sezione della Corte di Cassazione, successiva al 2008 e consolidatasi con le decisioni n. 901 del 17 gennaio 2018, n. 7513 del 27 marzo 2018, n. 9196 del 13 aprile 2018 (ord.) e n. 13770 del 31 maggio 2018, seguite da numerose altre della stessa Sezione tra le quali è opportuno menzionare sin da ora la decisione n. 2788 del 31 gennaio 2019.

Queste pronunce, infatti, pur mantenendosi astrattamente nel solco delle sentenze “ -OMISSIS-”, ne hanno cambiato l’impostazione sotto vari profili, fornendo una interpretazione della categoria del “danno non patrimoniale” che ne consente il risarcimento secondo parametri basati sulla valutazione in concreto del pregiudizio subito, dando ingresso a tutti i mezzi di prova normativamente previsti, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni, e personalizzando il ristoro del danno sulla base del caso singolo, tenendo conto da un lato dell’aspetto dinamico relazionale (il “vecchio” danno esistenziale), dall’altro della sofferenza interiore (il vecchio “danno morale”).

Come si vedrà al termine della presente disamina, questo approccio più elastico e meno ancorato al rigido onere probatorio fatto proprio prima dalle sentenze gemelle del 2003 e successivamente da quelle delle Sezioni Unite del 2008, consente al giudice amministrativo, al ricorrere di determinate condizioni, di fornire una tutela dei diritti fondamentali anche sotto il profilo risarcitorio, in situazioni nelle quali la rigida distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza ha di fatto precluso, in questi anni, il risarcimento del danno non patrimoniale subito dagli alunni disabili privati dell’insegnante di

sostegno, oppure lo ha ammesso sulla base di liquidazioni equitative sbrigative, immotivate e disancorate da parametri oggettivi: una sorta, ove c'è stata, di simbolica beneficenza a pioggia, vuoto simulacro risarcitorio, che ha l'effetto di non rendere giustizia alle migliaia di famiglie che ogni anno si rivolgono al giudice chiedendo di affermare il diritto dei minori di poter frequentare la scuola con gli ausili che la legge stabilisce, e di ricevere il giusto ristoro laddove vi sia l'accertamento, in concreto, di un danno subito.

14. Volendo riassumere i contenuti delle sentenze del 2008, si può dire che esse, dopo aver ricordato la bipolarità del sistema risarcitorio nelle due poste di danno (danno patrimoniale -art. 2043 c.c.- e danno non patrimoniale -art. 2059 c.c.) e averne ricordato l'ontologica diversità, in quanto il primo è atipico poiché conseguenza della lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante purché ricorrano, oltre al danno, la condotta e il nesso causale tra condotta ed evento, mentre il secondo è "tipico", perché tre sono i casi in cui è riconosciuto dall'ordinamento (in caso di fatto-reato, ex art. 185 c.p.; in caso di riconoscimento espresso da parte del legislatore di un danno non patrimoniale; nel caso di lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione), hanno enunciato un concetto di unitarietà pressoché assoluta del danno non patrimoniale – inteso sempre come danno-conseguenza.

Secondo le Sezioni Unite "il danno non patrimoniale è categoria generale non suscettiva di suddivisione in sottocategorie variamente etichettate, sicché l'esigenza di garantire un risarcimento integrale per la lesione dell'integrità psicofisica, del dolore e della qualità della vita, non può consentire l'ingresso nel sistema di duplicazioni risarcitorie".

In questo modo le Sezioni Unite hanno superato le sentenze gemelle del 2003, che avevano liquidato due voci distinte, il danno biologico e il danno morale, quest'ultimo tuttavia quantificato in una frazione del danno biologico, evitando quindi di riconoscere la categoria del danno esistenziale e sdoganando definitivamente l'utilizzo delle tabelle per la liquidazione del danno (in particolare di quelle milanesi) secondo parametri di unitarietà che lasciavano al giudice un potere equitativo laddove la lesione subita avesse compromesso, al di là dei valori tabellari, anche la sfera dinamico-relazionale del danneggiato (il c.d. danno "biologico dinamico"), senza tuttavia riconoscere a questa voce una sua ben delineata autonomia.

La sottocategoria del "danno esistenziale" è stata quindi esclusa proprio per evitare di rendere atipico anche il danno non patrimoniale, posto che l'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 c.c. non andrebbe in questa direzione e rimane soddisfatta dalla tutela risarcitoria di specifici valori della persona presidiati da diritti inviolabili secondo Costituzione (principi enunciati dalle sentenze n. 15022/2005, 11761/2006, n.23918/2006).

Di conseguenza gli ulteriori tipi di pregiudizio lamentati, lungi dal rappresentare sotto-categorie autonome di voci di danno, rispondono unicamente ad esigenze descrittive.

14.1. Ecco che dunque il "danno morale", inteso come "turbamento dell'animo, dolore intimo sofferti, ad esempio, dalla persona diffamata o lesa nell'identità personale, senza lamentare degenerazione patologiche della sofferenza", rientra nel danno biologico che, nel suo ambito, racchiude sia il danno derivante da pregiudizio fisico, sia quello derivante da turbamento morale.

Tale ulteriore specificazione porta quindi ad escludere la richiesta di condanna al risarcimento sia del danno biologico che del danno morale, in quanto ultronea duplicazione di una stessa voce, quella del danno biologico, da intendersi come categoria descrittiva da tradursi tecnicamente nell'unica categoria giuridica del danno non patrimoniale.

15. Tuttavia, nel tempo, la così enucleata categoria unitaria del danno non patrimoniale non ha convinto una parte dei giudici di merito né quella parte della Corte di Cassazione (in concreto, i giudici della terza Sezione, più direttamente di altri interessati da controversie di tipo risarcitorio “puro”) che voleva la risarcibilità del danno esistenziale come posta autonoma e che ne aveva rimesso la questione alle Sezioni Unite, facendo leva sia su quanto già affermato dalle sentenze 8827 e 8828 del 2003 in ordine alla risarcibilità del danno non patrimoniale non solo nei casi espressamente previsti dalla legge, secondo la lettera dell'art. 2059 c.c., ma anche in tutti i casi in cui il fatto illecito abbia leso un interesse o un valore della persona, diverso dalla salute, di rilievo costituzionale non suscettibile di valutazione economica (così individuandosi, all'interno della categoria unitaria del danno non patrimoniale, una serie di pregiudizi autonomamente risarcibili purché provati, tra i quali, appunto, il danno esistenziale), sia sulla sentenza della Corte Costituzionale n. 233 del 2003, la quale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2059 c.c., aveva “tributato un espresso riconoscimento alla categoria del danno esistenziale, da intendersi quale terza sottocategoria di danno non patrimoniale “ (così l'ordinanza di rimessione n. 4712/2008).

Tale danno consisterebbe in qualsiasi compromissione delle attività realizzatrici della persona umana (quali la lesione della serenità familiare o del godimento di un ambiente salubre), e si distinguerebbe sia dal danno biologico, perché non presuppone l'esistenza di una lesione *in corpore*, sia da quello morale, perché non costituisce un mero patema d'animo interiore di tipo soggettivo.

15.1. Le Sezioni Unite, per contro e come detto, hanno scelto di aderire al diverso orientamento per cui il danno non patrimoniale, essendo risarcibile nei soli casi previsti dalla legge - tra i quali rientrano i casi di lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti - manca del carattere della atipicità, che invece caratterizza il danno patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c., per cui non sarebbe possibile concepire categorie generalizzanti, come quella del danno esistenziale, che finirebbero per privare il danno non patrimoniale del carattere della tipicità.

15.2. L'altra critica mossa alle Sezioni Unite è stata quella di non aver trattato la quantificazione di tale danno dopo averne eliminato la frazionabilità, rimettendo la scelta ai singoli tribunali, che, dunque, hanno da subito ragionato secondo parametri diversi.

Il Tribunale di Milano, per esempio, aveva aumentato i valori numerici delle tabelle di quantificazione del danno, al fine di far rientrare in un'unica voce quelle che prima venivano liquidate con voci differenti di danno (biologico e morale), senza incidere sugli importi liquidati nel complessivo ammontare.

Ciò in quanto le Sezioni Unite avevano affermato che se la gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili, occorre avere una maggiore

attenzione alla specificità del caso concreto quando si utilizza uno strumento generalizzante (tipo la tabella di liquidazione) procedendo “ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso”.

La soluzione, tuttavia, tradiva l'ipocrisia di fondo collegata alle decisioni del 2008: elaborare un criterio di liquidazione che tenga conto di una singola voce di danno, significa, nei fatti, negare l'essenza della decantata unitarietà del danno non patrimoniale, sicchè le singole voci, lungi dall'essere meramente descrittive, assurgono a categorie ontologicamente autonome e, come tali, singolarmente risarcibili.

16. Negli anni, pertanto, molte delle decisioni successive alle sentenze -OMISSIS- si sono basate sulla costante legittimazione di un concetto di “giusto risarcimento”, inteso come risarcimento del danno non patrimoniale erogato in concreto in base ai diversi profili della persona del danneggiato, censurandosi le sentenze che, pur facendo automatica applicazione della tabelle milanesi, non avessero chiarito se i diversi profili della persona del danneggiato fossero stati adeguatamente e integralmente risarciti (Cass. civ., sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361; id. 22 luglio 2015, n. 15350; id., 7 giugno 2011, n. 12273; id. 3 ottobre 2013, n. 22585).

La decisione da ultimo citata aveva assunto come riferimento gli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni private (d.lgs. n. 209 del 2005), ritenendo che dette disposizioni non consentissero una lettura diversa da quella che predicava la separazione tra i criteri di liquidazione del danno biologico in esse codificati e quelli funzionali al riconoscimento del danno morale: in altri termini, la “non

continenza”, non soltanto ontologica, nel sintagma “danno biologico” anche del danno morale.

In sintesi, il legislatore del 2005, alla luce dell’incontrastato diritto allora vivente, avrebbe ricompreso il danno esistenziale nel danno biologico, dando ad esso dignità di categoria di pregiudizio non patrimoniale autonomamente risarcibile (laddove le sentenze -OMISSIS-, come detto, l’hanno considerata voce meramente descrittiva)

Il passaggio è fondamentale, in quanto si è imputato al legislatore il riconoscimento, a fini risarcitori, di quegli aspetti “dinamico relazionali” dell’esistenza che costituiscono danno ulteriore (*rectius*, conseguenza dannosa ulteriormente risarcibile) rispetto al danno biologico strettamente inteso come compromissione psico-fisica da lesione medicalmente accertabile.

16.1. Con altra successiva decisione, la n.11851 del 2015, la Terza sezione della Suprema Corte ha ben spiegato che “al di là e a prescindere dal formalismo delle categoria giuridiche, troppo spesso il mondo del diritto, intriso di inevitabili limiti sovrastrutturali che ne caratterizzano la stessa essenza, ha trascurato l’analisi fenomenologica del danno alla persona, che altro non è che indagine sulla fenomenologia della sofferenza. Il semplice confronto con ben più attente e competenti discipline (psicologiche, psichiatriche, psicoanalitiche) consente (consentirebbe) anche al giurista di ripensare il principio secondo il quale la persona umana, pur considerata nella sua interezza, è al tempo stesso dialogo interiore con se stesso, ed ancora relazione con tutto ciò che è altro da se. In questa semplice realtà naturalistica si cela la risposta (e la conseguente, corretta costruzione di categorie) all’interrogativo circa

la reale natura e la vera essenza del danno alla persona: la sofferenza interiore, le dinamiche relazionali di una vita che cambia. Ecco, allora, che se è lecito ipotizzare, come talvolta si è scritto, che la categoria del danno “esistenziale” risulti “indefinita e atipica”, ciò appare la probabile conseguenza dell’essere la stessa dimensione della sofferenza umana, a sua volta, indefinita e atipica”.

16.2. Ecco che dunque, già prima del 2018, altre sentenze avevano di fatto già minato alla base l’impianto delle Sezioni Unite del 2008.

Si veda ad esempio la decisione n. 9380 del 2017, con la quale la Cassazione aveva respinto (sostanzialmente per mancanza di prove) una richiesta di risarcimento danni da dequalificazione, mobbing e retribuzione per il lavoro straordinario svolto, tuttavia specificando che il danno esistenziale va riconosciuto con riferimento ad “ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare reddituale 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”, affermando che esso va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni.

16.3. Ancor prima, la sentenza della Corte Costituzionale n. 235 del 2014, aveva interpretato gli artt. 138 e 139 c.d.a. confermandone la legittimità costituzionale, e facendo superare al meccanismo tabellare di quantificazione del danno il vaglio della ragionevolezza, atteso che esso, per la Corte, consente al giudice di personalizzare l'importo risarcitorio standard in base alle “condizioni soggettive del danneggiato”.

La Corte Costituzionale ha di fatto legittimato l'esistenza di forme sempre meno automatiche di risarcimento del danno: infatti, accanto alla previsione della possibilità, per il giudice, di aumentare il risarcimento, per le lesioni di lieve entità (art. 139 c.d.a.), nella misura massima del venti per cento “con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato”, è stata confermata l'interpretazione dell'art. 138 c.d.a. (che per le lesioni di non lieve entità prevede che l'aumento sale al trenta per cento quando “la menomazione accertata incide in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali”) in virtù della quale l'aumento del trenta per cento sarebbe riferito alle conseguenze relazionali-esistenziali, così ammettendo che per le lesioni di non lieve entità il giudice non incontrerebbe alcuna limitazione nel risarcimento del danno morale. Va, in particolare, osservato, quanto all'interpretazione del *dictum* del giudice delle leggi, che una piana lettura del punto 10.1. della sentenza non consente (contrariamente a quanto sostenuto recentemente da autorevole dottrina, che discorre, in proposito, “di lettura antiletterale”) soluzione diversa da quella che predichi l'ontologica differenza tra danno morale e danno biologico (i.e., il danno dinamico-relazionale).

Una diversa lettura della decisione, che ne ipotizzi l'assorbimento del danno morale in quello biologico (questa sì, del tutto antiletterale) difatti, ometterebbe del tutto di considerare che la premessa secondo cui “pur vero che l'art. 139 fa testualmente riferimento al danno biologico e non fa menzione del danno morale, la norma denunciata di incostituzionalità non è chiusa al risarcimento anche del danno morale, ricorrendone i presupposti del quale il giudice può avvalersi della possibilità di incremento del danno biologico secondo la

previsione e nei limiti di cui alla disposizione del comma 3 (aumento del 20%)”.

La Corte, in sostanza, evidenzia con cristallina chiarezza la differenza tra qualificazione della fattispecie e liquidazione del danno.

Se, sul piano strutturale, la qualificazione della fattispecie “danno non patrimoniale”, in assoluta consonanza con i suoi stessi precedenti, viene espressamente ricondotta dal-OMISSIS-iudice delle leggi, giusta il consapevole uso dell’avverbio “anche”, alla duplice, diversa dimensione del danno morale e del danno alla salute, sul piano funzionale la liquidazione del danno conseguente alla lesione viene poi circoscritta (si badi, per il “solo, specifico e limitato caso delle micro permanenti conseguenti alla circolazione stradale”) entro i limiti di un generalizzato aumento del 20% rispetto ai valori tabellari.

17. La svolta vera, tuttavia, si è avuta nel 2017, con l’entrata in vigore della legge n. 124 del 4 agosto 2017, la quale, modificando in parte il testo dell’art. 138 c.d.a. (modificazione che ha avuto ad oggetto la stessa rubrica della norma, originariamente intitolate “danno biologico”, ma significativamente trasformata in quella di “danno non patrimoniale”), oltre ad aver ribadito la possibilità per il giudice, con equo e motivato apprezzamento, di aumentare la misura del risarcimento se la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali, ha precisato che obiettivo primario del nuovo disposto normativo è quello di “... garantire il diritto delle vittime dei sinistri a un pieno risarcimento del danno non patrimoniale effettivamente subito e di razionalizzare i costi gravanti sul sistema assicurativo e sui consumatori”, ed inoltre ha introdotto un criterio esplicito di qualificazione morfologica del

danno, prevedendo, alla lett. e) del comma 2, che “ al fine di considerare la componente del danno morale da lesione all'integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico stabilita in applicazione dei criteri di cui alle lettere da a) a d) è incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione complessiva della liquidazione”.

Il sistema introdotto con la legge 124/2017 si presenta, dunque, assai lontano non solo da quello delineato nelle decisioni del 2008, ma anche dal sistema di assicurazione obbligatoria basato su una limitazione del risarcimento.

18. Con le citate decisioni del 2018 (precedute da numerose altre: *ex plurimis*, ord. 14 novembre 2017, n. 26805; sez. III, 20 aprile 2016, n. 7766) la Terza Sezione della Corte di Cassazione ha posto chiaramente l'attenzione sull'esistenza di profili di danno che meritano autonoma considerazione e, quindi, dignità risarcitoria, in quanto frutto della tutela accordata da sempre a diritti costituzionali, la cui lesione determina la riparazione del danno non patrimoniale nella sua doppia dimensione fenomenologica, una di tipo relazionale (il danno biologico-esistenziale, destinato a esplicare un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali), e l'altra di natura interiore (danno morale da lesione all'integrità fisica).

Esiste, in sintesi, un “ danno da relazione” e un “danno da sofferenza”.

Infatti, al di là di affermazioni di principio secondo cui il carattere unitario della liquidazione del danno non patrimoniale ex art.2059 c.c. precluderebbe la possibilità di un separato ed autonomo

risarcimento di specifiche fattispecie di sofferenza patite dalla persona, la giurisprudenza anche immediatamente successiva al 2008 è pervenuta a dare comunque rilievo alla circostanza che nel liquidare l'ammontare dovuto a titolo di danno non patrimoniale il giudice abbia invero tenuto conto di tutte le peculiari modalità di atteggiarsi dello stesso nel singolo caso concreto (cfr., Cass. civ., sez. III, 23 settembre 2013, n. 21716).

Pertanto, ferma restando la necessità di evitare duplicazioni di risarcimento, il giudice ha il compito di individuare quali ripercussioni negative sul “valore persona” si siano verificate, provvedendo al relativo ed integrale ristoro.

18.1. Orbene, se è vero che le Sezioni Unite del 2008 hanno ritenuto che generalmente i patemi d'animo e la mera sofferenza psichica interiore sono normalmente assorbiti in caso di liquidazione del danno biologico, cui viene riconosciuta “portata tendenzialmente onnicomprensiva”, moltissime decisioni successive hanno affermato che in concreto va sempre verificata, da parte del giudice di merito, l'eventuale lesione degli ulteriori aspetti modificativi *in pejus* della vita del soggetto danneggiato (cfr. Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2015, n. 16992; id., sez. III, 30 giugno 2011, n.14402), accordando il giusto risarcimento in caso di lesione (cfr. Cass. civ., sez. III, 17 settembre 2010, n. 19816; id., sez. III, 20 aprile 2016, n. 7766).

In sostanza il danno biologico (inteso come la lesione della salute nei suoi aspetti dinamico-relazionali) e quello morale (cioè la sofferenza interiore), al pari di tutti gli altri danni derivanti da lesioni di diritti, diversi dalla salute, costituzionalmente tutelati (danni cd. esistenziali, a loro volta concorrenti, se provato, con il danno morale) e quello dinamico- relazionale (alias, esistenziale, consistente nel

peggioramento delle condizioni di vita quotidiana nei suoi vari aspetti) costituiscono pregiudizi non patrimoniali ontologicamente diversi, valutati nella loro doppia, e non sovrapponibile dimensione fenomenologica, e tutti risarcibili da parte del giudice, che in relazione ad una visione complessiva della persona e sulla base di prove anche presuntive, deve determinare il ristoro del pregiudizio subito senza incorrere in vuoti risarcitori, riferibili anche al mancato riconoscimento delle ripercussioni sulla vita privata contrastanti con l'art. 32 Cost. e con i principi affermati dagli artt. 3 e 7 della Carta di Nizza recepita dal Trattato di Lisbona e dell'art. 8 della Cedu (Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2018, n. 13770; in precedenza anche Sez. un. 1° febbraio 2017, n. 2611, che liquidando il danno non patrimoniale conseguente ad immissioni illecite, anche in assenza di un danno biologico documentato, allorché siano stati lesi il diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria abitazione ed il diritto alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane, quali diritti costituzionalmente garantiti, nonché tutelati dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha di fatto riconosciuto agli attori un danno "esistenziale", la prova del cui pregiudizio può essere fornita anche con presunzioni).

19. Con opportuna sintesi di quanto espresso nelle decisioni del 2018, la Terza Sezione è tornata, forse definitivamente, sulla questione, con la decisione n. 2788 del 31 gennaio 2019.

Ribadita la differenza tra due sole categorie di danno (patrimoniale e non patrimoniale) e il ruolo di norma di chiusura dell'art. 2059 c.c., si è chiarito: i) che la natura unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale va intesa "rispetto a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto e non suscettibile di valutazione

economica” (unitarietà); ii) che il giudice di merito ha l’obbligo “di tener conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze (modificative in peius della precedente situazione del danneggiato) derivanti dall’evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici, procedendo, a seguito di compiuta istruttoria, a un accertamento concreto e non astratto del danno, a tal fine dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni”(onnicomprensività).

Ciò detto, è il legislatore che, modificando gli artt. 138 e 139 c.d.a., ha sostituito al danno “biologico” il danno “non patrimoniale”, consentendo – nei contenuti – di distinguere definitivamente il danno dinamico-relazionale da quello morale, come parti fenomenologicamente separate, in quanto il primo riguarda il peggioramento delle relazioni di vita esterne del soggetto, mentre il secondo concerne l’aspetto interiore del danno sofferto.

Tale distinzione è in linea con i principi diacronicamente (ma costantemente) affermati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale avendosi riguardo alle sentenze n. 184 del 1986 (sull’autonomia del danno biologico come danno-evento interno al fatto lesivo, liquidabile separatamente rispetto sia al danno da lucro cessante per invalidità temporanea o permanente, sia al danno morale in senso stretto), n. 372 del 1994 (sul risarcimento del danno non patrimoniale commisurato non solo al cd. *pretium doloris* in senso stretto, ma alle conseguenze del trauma in termini di perdita delle qualità personali), n. 293 del 1996 (sulla inclusione del danno alla salute nella categoria considerata dall’art. 2059 c.c., che non significa identificazione con il danno morale soggettivo, ma soltanto

ric conducibilità delle due figure, quali specie diverse, al genere del danno non patrimoniale), n. 233 del 2003 (ampiamente citata, che dichiara “ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall'art. 2059 c.c., si identificherebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo”, in ciò rifacendosi alle sentenze gemelle del 2003 e alla interpretazione costituzionalmente orientata che esse danno dell'art. 2059 c.c. e secondo le quali nell'astratta previsione della norma va ricompreso ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico; sia infine il danno esistenziale derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona) e infine la pluricitata n. 235 del 2014, che ha avuto il merito di interpretare l'art. 139 c.d.a. non come norma chiusa alla risarcibilità anche del danno morale, bensì, ricorrendone i presupposti, come disposizione della quale il giudice può avvalersi per incrementare l'ammontare del danno biologico, secondo la previsione, e nei limiti, di cui alla disposizione del comma 3 (aumento del 20%).

Secondo la Corte Costituzionale, infatti, “l'introdotta meccanismo standard di quantificazione del danno attiene al solo, specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità, e lascia comunque spazio al giudice per personalizzare l'importo risarcitorio, eventualmente maggiorandolo fino ad un quinto, in considerazione delle condizioni soggettive del danneggiato”.

E quindi, nella sentenza 2788/2019, si evidenzia che la decisione della Corte (in particolare par. 10.1.) non consente soluzione diversa da quella che predichi l'ontologica differenza tra danno morale e danno biologico (i.e., il danno dinamico-relazionale). Una diversa lettura, che ipotizzi l'assorbimento del danno morale in quello biologico difatti, ometterebbe del tutto di considerare (come si è già avuto modo di sottolineare in precedenza) che la premessa secondo cui “la norma denunciata di incostituzionalità non è chiusa al risarcimento anche del danno morale”, con ciò evidenziando “con cristallina chiarezza la differenza tra qualificazione della fattispecie e liquidazione del danno.”

19.1. La Terza Sezione ha fatto riferimento anche alla giurisprudenza europea (Corte giust., 23 gennaio 2014, C-371/2012) laddove, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità comunitaria dell'art. 139 c.d.a., ha affermato che “rientra nella nozione di danno alla persona ogni danno arrecato alla sua integrità che include le sofferenze sia fisiche che psicologiche. Di conseguenza, tra i danni che devono essere risarciti conformemente alla prima e alla seconda direttiva figurano i danni morali. Il diritto nazionale italiano prevede, da un lato, all'art. 2059 c.c., il fondamento del diritto al risarcimento dei danni morali derivanti dai sinistri stradali, dall'altro, all'art. 139 cod. ass., le modalità di determinazione della portata del diritto al risarcimento per quanto riguarda il danno biologico per lesioni di lieve entità cagionate da siffatti sinistri. L'art. 139 cod. ass. non si pone, pertanto, in contrasto con la normativa comunitaria, poiché la liquidazione del danno morale, se e in quanto dimostrato, non è impedita dalla norma denunciata, ma semmai, come confermato dal-

OMISSIS-overno italiano in udienza dinanzi alla Corte, limitata entro la misura stabilita dalla norma stessa”.

19.2. Quanto alla giurisprudenza della stessa Corte, la decisione citata ha cercato di ricondurre ad unità le pronunce che, dal 2003 in poi, hanno affrontato esplicitamente il tema, quindi Cass. civ. n. 8826 e 8827/2003, cit., e, tra le altre, Cass. civ. sez. un., 24 marzo 2006 n. 6572, che ha definito “danno esistenziale” “ogni pregiudizio che l'illecito datoriale provoca sul fare areddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. Peraltro, il danno esistenziale si fonda sulla natura non meramente emotiva ed ulteriore (propria del danno morale), ma oggettivamente accertabile del pregiudizio, attraverso la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso.” Detto danno “esistenziale”, “essendo legato indissolubilmente alla persona, e quindi non essendo passibile di determinazioni secondo il sistema tabellare - al quale si fa ricorso per determinare il danno biologico - necessita di precise indicazioni comprovanti l'alterazione delle abitudini di vita del danneggiato in conseguenza di ciò che concretamente ha inciso in senso negativo nella sfera del lavoratore alterandone l'equilibrio”.

19.3. In sintesi, se l'essenza delle decisioni del 2018 è stata quindi quella di aver orientato, in modo chiaro e netto, il risarcimento del danno non patrimoniale alla persona verso la valutazione dell'essenza della lesione lamentata dal danneggiato, sotto il duplice e concorrente aspetto interiore (danno morale) ed esteriore (danno alla vita di relazione), il merito della sentenza n. 2788/2019 è sicuramente quello

di aver tirato le fila dell'intera questione e di aver posto definitivamente gli artt. 138 e 139 c.d.a. al centro dell'attenzione, escludendo la necessità di una nuova remissione della questione alle Sezioni Unite, posta, "l'esistenza di una chiara volontà normativa affermativa della distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico relazionale (non diversamente da quanto accaduto in campo sanitario, con la modificazione legislativa della responsabilità del medico da contrattuale in aquiliana, nonostante la contrastante ricostruzione in termini di contatto sociale da parte delle stesse Sezioni Unite di questa Corte), sia pur in apparente contrasto con alcune affermazioni contenute nelle citate sentenze delle sezioni unite del 2008."

19.4. Ecco che dunque l'accertamento del danno lamentato deve avvenire in concreto e non in astratto, tenendo conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze (modificative *in pejus* della precedente situazione del danneggiato) derivanti dall'evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni risarcitorie attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici e dandosi perciò ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni.

Il danno non patrimoniale sarà quindi comprensivo delle conseguenze subite dal danneggiato nella sua sfera morale (che si collocano nella dimensione del rapporto del soggetto con se stesso), quanto quelle incidenti sul piano dinamico-relazionale della sua vita (che si dipanano nell'ambito della relazione del soggetto con la realtà esterna, con tutto ciò che, in altri termini, costituisce "altro da se").

Pertanto, se costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno cd. esistenziale,

appartenendo tali “forme” di danno alla stessa area protetta dalla norma costituzionale (l’art. 32 Cost.), una differente ed autonoma valutazione andrà compiuta con riferimento alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute (come confermato dalla nuova formulazione dell’art. 138 c.d.a., alla lett. e) oppure- ed è questa la vera novità confermata dalla Terza Sezione della Cassazione- per ogni vulnus arrecato ad un altro valore/interesse costituzionalmente tutelato: anche in questi casi, esso andrà specularmente valutato e accertato, all’esito di una compiuta istruttoria, e in assenza di qualsiasi automatismo - esistendo comunque una serie di casi (non frequentissimi ma pur sempre concretamente accertabili) nei quali si verifica l’ipotesi dell’accertamento della sola sofferenza morale o della sola modificazione in pejus degli aspetti dinamico-relazionali della vita - sotto il medesimo, duplice aspetto della sofferenza morale e della privazione/diminuzione/modificazione delle attività dinamico-relazioni precedentemente esplicate dal soggetto danneggiato.

20. Sotto il profilo liquidatorio e di quantificazione del danno, non adeguatamente considerato dalle sentenze “ -OMISSIS-”, vi sarà l’onere, per il giudice di merito, di valutare congiuntamente, ma distintamente, la reale fenomenologia della lesione non patrimoniale, e cioè tanto l’aspetto interiore del danno sofferto quanto quello dinamico-relazionale.

In termini quantitativi tale danno (non diversamente da quanto previsto per il danno patrimoniale) consisterà nella attribuzione al soggetto di una somma di danaro che tenga conto del pregiudizio complessivamente subito tanto sotto l’aspetto della sofferenza interiore quanto sotto il profilo dell’alterazione/modificazione

peggiorativa della vita di relazione in ogni sua forma e considerata in ogni suo aspetto, senza ulteriori frammentazioni nominalistiche.

§ Il danno non patrimoniale in favore dell'alunno disabile per mancata assegnazione delle ore di sostegno spettanti in relazione alla patologia: configurabilità in astratto e criteri per la verifica nel caso concreto.

21. Come detto, i processi instaurati davanti al giudice amministrativo per la mancata attribuzione dell'insegnante di sostegno ad alunni disabili oppure per l'assegnazione di un numero di ore ritenute inadeguate rispetto alla patologia (caso nel quale va inquadrata anche la fattispecie oggetto di questo giudizio) sono migliaia e riguardano l'intero territorio nazionale in quanto collegati, come detto, a criticità normative di sistema che ben poco consentono di fare poi a livello regionale per differenziare la situazione degli alunni dell'uno o dell'altro territorio.

A fronte di una attività (o inattività) pressoché identica dei vari Uffici Scolastici Regionali, possono tuttavia variare, Regione per Regione, sia l'impostazione dei ricorsi giurisdizionali, sia le soluzioni dei Tribunali amministrativi volte alla decisione dei singoli contenziosi.

21.1. La presente sentenza, quindi, non vuole offrire una soluzione “universale” della questione del risarcimento del danno non patrimoniale da omessa/parziale assegnazione di insegnante di sostegno, ma fornire un esito rapportato al caso concreto e adattabile ai contenziosi della Sezione, nella consapevolezza che le ipotesi nelle quali, secondo quanto si dirà infra, si concretizzano tutti i presupposti per il risarcimento del danno, sono una sparuta minoranza e sono per lo più frutto, come accaduto in questo giudizio, del concatenarsi di una serie di congiunture sfavorevoli al

minore, non tempestivamente risolte dall'Amministrazione competente.

Infatti, una volta appurato che la summa *divisio* tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale consente di eliminare dal campo di indagine della presente decisione (e di tutte quelle analoghe) tutti i casi nei quali venga chiesto il risarcimento delle spese vive eventualmente sostenute dalle famiglie nel periodo nel quale il disabile è rimasto privo della dovuta assistenza, non resta che capire se i principi enunciati dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione siano estendibili ai giudizi nei quali la domanda di parte – elemento imprescindibile di ogni indagine – abbia ad oggetto il risarcimento del danno non patrimoniale per mancato insegnante di sostegno.

22. Pertanto, l'*iter* che si intende seguire, su un piano logico, è il seguente: a) verificare l'esistenza, in astratto, di profili di danno non patrimoniale (nell'accezione oggetto delle recenti pronunce della Corte di Cassazione) nelle ipotesi di mancata/insufficiente assegnazione delle ore di sostegno adeguate alla patologia dell'alunno diversamente abile; b) conseguentemente, in caso di risposta positiva, chiarire a quale delle due categorie fenomeniche si ascriva (danno da relazione o danno da sofferenza) o se rientri in entrambe; c) stabilire se vi rientrino o meno tutti i casi sottoposti all'esame del giudice amministrativo o se, invece, in concreto, sia enucleabile un nucleo ristretto di ipotesi suscettibili di risarcimento, avendo riguardo sia alle componenti per la configurazione del danno (art. 2043 c.c.) sia ai principi civilistici applicabili in fattispecie di questo tipo (art. 1227 c.c.); d) stabilire, in questi casi, la metodologia probatoria utilizzabile dal giudice amministrativo alla luce dei nuovi orientamenti

giurisprudenziali; e) da ultimo, ma di fondamentale importanza, decidere la metodologia di liquidazione del danno una volta che esso sia accertato nell'*an*.

Solo al termine di questa indagine, le risultanze possono essere comparate con il caso oggetto del giudizio, procedendo alla decisione.

Anticipandosi, sin d'ora, che l'ormai sdoganato ricorso alla prova presuntiva, alla comune esperienza, all'*id quod plerumque accidit*, al notorio, costituisce per questo giudice la base di partenza per la qualificazione della categoria di danno rispetto al caso oggetto dell'indagine.

Infatti, in passato, come detto, numerose sentenze del giudice amministrativo, tra cui quelle di questa Sezione, hanno negato il risarcimento applicando rigorosamente i principi di cui alla sentenze gemelle del 2003 e pretendendo, pertanto, l'allegazione del danno non patrimoniale (con relativa specificazione del tipo di pregiudizio subito dall'alunno) e la sua prova nel caso concreto.

È stata quindi negata dalla Sezione ogni forma di danno *in re ipsa*, per l'impossibilità di adeguare tale forma di responsabilità ai principi chiovendiani sull'*iter* della prova e sull'allegazione dei fatti causativi di danno, rigorosamente inteso come danno-conseguenza.

Anche dopo le Sezioni Unite del 2008, che in relazione al danno non patrimoniale avevano compiuto una seria apertura di credito al sistema della prova presuntiva, delle massime di esperienza e del fatto notorio (in una materia nella quale il danno non patrimoniale, specie da perdita del rapporto parentale o da perdita della serenità della vita, a volte è talmente evidente da non necessitare di prova

alcuna salvo che dell'allegazione di pochi elementi di fatto), la Sezione aveva mantenuta ferma la decisione di non risarcire alcun danno, sia in ragione dei tempi rapidi delle decisioni assunte sia perché l'asserita unitarietà del danno non patrimoniale - affermata all'indomani delle sentenze -OMISSIS- - rendeva inutile ogni sforzo teso alla riparazione in termini economici di un danno che, anche applicando ragionamenti presuntivi, aveva una natura poco chiara ovvero era totalmente inglobato nel danno biologico: sicchè, non essendovi spazi per risarcire la mera sofferenza morale e in mancanza della richiesta del risarcimento del danno biologico, si è ritenuto di non procedere ad alcuna forma di liquidazione equitativa una tantum di danni in re ipsa, evitando che al singolo ricorso potesse corrispondere una sorta di bonus risarcitorio, di natura poco più che elemosinale, per il semplice fatto della proposizione del gravame: ciò sia per le ragioni sopra illustrate, sia – in un'ottica di politica giudiziaria – per evitare di incrementare le richieste di risarcimento del danno in una materia nella quale l'unico vero obiettivo di ricorrenti, Istituzioni e magistratura dovrebbe essere quello di fare in modo che il disabile abbia il prima possibile l'insegnante di sostegno per le ore adeguate alla sua patologia.

23. La risposta al primo tema di indagine sopra enunciato è certamente positiva.

Una volta chiarito, secondo l'insegnamento della Cassazione, che il danno non patrimoniale si divide nelle due forme ontologiche di danno da relazione e danno da sofferenza, per un alunno disabile la privazione dell'insegnante di sostegno si configura, in astratto, sia come danno relazionale che come sofferenza interiore per lesione di diritti costituzionalmente garantiti.

23.1. La lesione di tipo relazionale è facilmente intuibile: l'alunno al quale l'insegnante non viene assegnato o che ne fruisce per meno ore di quelle richieste dal PEI (o comunque, per meno ore rispetto a quelle necessarie in base alla specifica patologia, il che può verificarsi sia quando il PEI non quantifichi dette ore sia quando il PEI non venga materialmente redatto) subisce, in astratto, una perdita sia sotto il profilo della didattica sia sotto quello, altrettanto importante, della integrazione nell'ambito della classe di appartenenza.

La presenza dell'insegnante di sostegno, infatti, è fondamentale per l'attuazione dei principi costituzionali relativi all'istruzione, all'inclusione di tutti i soggetti anche quelli con diversità, all'eguaglianza dei cittadini, secondo l'interpretazione dell'art. 3 Cost. che legittima il trattamento differenziato quando serve a evitare situazioni penalizzanti per certe categorie di cittadini, ossia quando è la non applicazione a determinare le osteggiate discriminazioni.

La figura del docente di sostegno, infatti, così come delineata dall'art. 7 della l. 4 agosto 1977 n. 517, prevede che “ al fine di agevolare l'attuazione del diritto allo studio e la piena formazione della personalità degli alunni, la programmazione educativa può comprendere attività scolastiche di integrazione anche a carattere interdisciplinare, organizzate per gruppi di alunni della stessa classe o di classi diverse, ed iniziative di sostegno, anche allo scopo di realizzare interventi individualizzati in relazione alle esigenze dei singoli alunni.” “Le classi che accolgono alunni portatori di handicap sono costituite con un massimo di 20 alunni.” “In tali classi devono essere assicurati la necessaria integrazione specialistica, il servizio socio-psico-pedagogico e forme particolari di sostegno secondo le rispettive competenze dello Stato e degli enti locali preposti, nei

limiti delle relative disponibilità di bilancio e sulla base del programma predisposto dal consiglio scolastico distrettuale”. Dette attività “sono attuate dai docenti delle classi nell'ambito dell'orario complessivo settimanale degli insegnamenti stabiliti per ciascuna classe.”

La strategia di inclusione scolastica, affidata all’insegnante di sostegno, è chiaramente una strategia individuale, così come emerge dalle lett. a) e b) del comma 1 dell’art. 1 del d.lgs. 66 del 2017, in quanto essa “ risponde ai differenti bisogni educativi e si realizza attraverso strategie educative e didattiche finalizzate allo sviluppo delle potenzialità di ciascuno nel rispetto del diritto all'autodeterminazione e all'accomodamento ragionevole, nella prospettiva della migliore qualità di vita.”

Essa, inoltre, “si realizza nell’identità culturale, educativa, progettuale, nell'organizzazione e nel curriculum delle istituzioni scolastiche, nonché' attraverso la definizione e la condivisione del progetto individuale fra scuole, famiglie e altri soggetti, pubblici e privati, operanti sul territorio”.

Il docente di sostegno è, dunque, un docente specializzato (vedi art. 12 d.lgs. 66/2017) che segue gli allievi con disabilità e bisogni educativi speciali, affiancandoli durante le lezioni e con attività adeguate all'età e alla tipologia e gravità della disabilità, accompagnando il loro inserimento in classe.

La sua attività, pertanto, non è dissimile da quella di un insegnante normale, con la differenza che le modalità con cui le varie attività didattiche vengono svolte devono essere adeguate ai destinatari, e quindi alla loro patologia.

24. In questo quadro, sinteticamente riportato, è evidente che la quantità di ore di presenza dell'insegnante di sostegno in assistenza all'alunno disabile determina il discrimine rispetto al quale va valutata l'entità del danno per privazione del docente specializzato.

Infatti, posto che ogni singola ora di lezione è a se stante e riveste fondamentale importanza sia per gli alunni normodotati che per quelli disabili, la mancata copertura delle ore di scuola nelle quali, in base al PEI o in base alla patologia, l'alunno disabile dovrebbe avere assistenza, determina in concreto un vulnus nel percorso scolastico dell'allievo, che si riflette, sul piano relazionale, in una lesione della esplicazione della sua personalità nel contesto "classe".

In questo, va considerato che la permanenza in classe assume per tutti gli alunni, a partire dalla scuola dell'infanzia, un'importanza fondamentale per assicurarne la crescita e lo sviluppo, in attuazione dei diritti costituzionali più volte ricordati.

È quindi innegabile che la privazione dell'insegnante di sostegno ha l'effetto, per il disabile, di vedere compromessi in astratto l'apprendimento e l'inclusione, in quanto è innegabile che senza l'assistenza personalizzata e senza la persona che si occupi di spiegare e formulare programmi e attività adeguati alla specifica patologia dell'allievo, questi si colloca nel gruppo classe in maniera del tutto diversa dagli altri, con proporzionale compromissione della sua crescita umana e culturale in relazione all'assenza dell'assistenza adeguata in spregio al dettato costituzionale di cui agli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale.

Ciò sarà chiaramente diverso in base al caso concreto, e tenuto conto della patologia da cui l'alunno è affetto: un alunno non vedente non possiede deficit cognitivi ma materiali, e chiaramente potrebbe

percepire in misura diversa la privazione dell'insegnante rispetto a un alunno con ritardo mentale, che senza insegnante di sostegno è destinato a subire passivamente l'espletamento di attività didattiche del tutto incomprensibili rispetto alla sua patologia, col risultato che la presenza in classe si riduce a un mero simulacro di presenza, al rispetto solo formale dell'obbligatorietà della frequenza scolastica, ma in palese violazione dei principi costituzionali.

In sintesi, ogni qual volta l'alunno disabile resta privo, in tutto o in parte, di insegnante di sostegno, si verifica un danno relazionale astrattamente risarcibile.

24.1. Tuttavia, come si vedrà, poiché un danno di tal fatta si concretizza in ragione del tempo nel quale l'alunno è rimasto privo di insegnante (vedi in questo senso Cons. St, sez. VI, n. 2289/2017, cit.), i casi di risarcimento non potranno riguardare la privazione istantanea dell'insegnante di sostegno, perché ciò sarebbe contraddire la natura della lesione dinamico relazionale oggetto della fattispecie astratta: poiché il bene giuridico tutelato è quello della inclusione e del raggiungimento degli obiettivi annuali posti alla base della didattica programmata dalla scuola per il singolo alunno, non è pensabile che anche un solo giorno di privazione dell'insegnante di sostegno possa determinare, in astratto, la preconizzata lesione, posto che il fattore temporale costituisce, in questi casi, sia il *discrimen* per valutare l'esistenza del danno sia il moltiplicatore per la sua liquidazione.

25. Anche la lesione di tipo morale è astrattamente ipotizzabile nei casi di mancata attribuzione dell'insegnante di sostegno.

Avendo identificato quest'ultima con la pura sofferenza interiore, essa non potrà che essere legata alla sofferenza provata dal disabile in

conseguenza della privazione, e quindi scollegata dalla disfunzione dell'attività didattica in sé (che fa parte del danno dinamico relazionale) per essere direttamente collegata al patema d'animo conseguente all'umiliazione patita per essere stato inserito in una classe di soggetti normodotati nella quale, a causa della disabilità non adeguatamente compensata con la dovuta assistenza, l'alunno è andato incontro ad umiliazione, sofferenza, tristezza, vergogna, perdita di fiducia (cfr. Cass. civ., cit., 7513/2018).

Queste sfaccettature del dolore, tipiche dell'animo umano e soprattutto dell'animo dei soggetti minori di età (quali sono, al 95 %, gli utenti della scuola) e accentuate dalla circostanza di trovarsi in un ambiente di gruppo (la classe), nel quale sono massimi i profili di comparazione con soggetti non versanti nella stessa situazione, sono direttamente collegate alla percezione che di esse può avere un essere umano in base allo stato della sua coscienza, e quindi, secondo *l'id quod plerumque accidit*, massimamente legati all'età nella quale si frequenta la classe oppure alle situazioni che, nel caso concreto, si siano verificate.

In sostanza, più un bambino è piccolo (ad esempio, se frequenta la scuola dell'infanzia o i primi anni della scuola primaria), e presumibilmente meno percepirà, a livello di coscienza, l'essere inserito in un gruppo classe nel quale ci sono alunni nel pieno delle loro capacità intellettive e fisiche.

Più un bambino è grande, più invece la coscienza emergente e lo sviluppo intellettuale, laddove possibile, gli farà comprendere che la situazione di mancata assistenza determina in lui o lei il consolidarsi di una diversità che, nell'ambito del gruppo classe, lo pone in una posizione di inferiorità rispetto ai compagni normodotati.

Tutto quanto sopra detto rientra nella normalità delle relazioni personali, ma può chiaramente variare in ragione di elementi differenzianti che possono o non possono capitare nel caso concreto, quali, a titolo esemplificativo, lo scherno o la mancata considerazione dei compagni, l'indifferenza degli insegnanti, la mancata comprovata partecipazione ad attività del gruppo classe (gite, laboratori, etc).

Queste sofferenze, che un bambino disabile può patire per via dell'inadeguata assistenza alla quale egli ha diritto, non hanno risvolti immediati sulla didattica (o comunque, non li hanno più del fatto della privazione dell'insegnante di sostegno in sé) ma determinano un sofferenza d'animo immediata, che configura il vero e proprio danno morale così come individuato nelle sentenze della Cassazione, ampiamente citate.

Senza tralasciare che la somatizzazione di detta sofferenza può portare a sofferenze ulteriori che, qualora degenerino anche sul piano della salute, e purché adeguatamente dimostrate, rientrano a loro volta nel danno biologico, secondo la definizione che ora è data dall'art. 138 c.d.a. ove una lesione della salute psichica risulti accertata sulla base (anche) dei parametri del DSM 5 (Manuale Diagnostico Statistico dei Disturbi Mentali).

26. In conclusione, il danno da mancato insegnante di sostegno può ascriversi ad entrambe le categorie fenomeniche del danno dinamico-relazionale e del danno da sofferenza, concretizzanti danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c.

Nella prima rientra astrattamente la mancanza dell'insegnante protratta per un tempo idoneo a compromettere la finalità di inclusione e aiuto al quale la figura dell'insegnante di sostegno è

deputata, fino a ricomprendere le degenerazioni sul piano della salute che siano frutto della somatizzazione della situazione di disagio scolastico che è conseguente al mancato sostegno.

Nella seconda rientrano le sofferenze e i patemi d'animo puri, frutto della sofferenza che il disabile provi nel ritrovarsi in classe ma senza insegnante di sostegno; sofferenze che possono essere acuite da situazioni del caso concreto che di volta in volta possono verificarsi.

27. La domanda che ci si pone, una volta che in astratto si è dimostrato che qualsiasi privazione del sostegno può configurare ipotesi di danno non patrimoniale, è se ciò avvenga in concreto tutte le volte in cui l'insegnante di sostegno non venga attribuito.

Se dunque anche un solo giorno, una settimana, un mese, possono far sorgere il diritto all'accertamento e al risarcimento, secondo le modalità probatorie che verranno successivamente illustrate.

La risposta è negativa ma va differenziata per categoria di danno.

27.1. Nell'ipotesi del danno dinamico relazionale, che consiste fondamentalmente nel danno da didattica compromessa o da somatizzazione fisica del disagio, nonché dalla manifestazione, a livello comportamentale, di episodi direttamente e univocamente riferibili alla mancata corretta inclusione nel gruppo classe e nella mancata acquisizione delle competenze culturali e scolastiche che con l'insegnante di sostegno si sarebbero presumibilmente avute e senza invece no, è evidente che – salvo che la parte riesca a fornire la prova contraria – non può ritenersi che sia possibile ipotizzare un danno di tal fatta laddove il tempo trascorso tra l'inizio dell'anno scolastico e l'attribuzione dell'insegnante di sostegno sia una piccola percentuale rispetto alla durata dell'anno scolastico stesso.

È infatti difficilmente ipotizzabile una corrispondenza biunivoca tra mancato sostegno e danno dinamico relazionale inteso come automatica compromissione della didattica scolastica, con conseguenze dirette sull'alunno.

Posto che in una materia siffatta non sono rinvenibili automatismi, *l'id quod plerumque accidit*, anche per ciò che concerne gli alunni normodotati (si pensi al caso di ritardata assegnazione dell'insegnante di ruolo e della ritardata messa a regime del programma scolastico a causa delle reiterate sostituzioni con supplenti non stabilizzati) fa pensare che in corso d'anno tutto sia rimediabile e recuperabile, posto che la disabilità, da questo punto di vista, non deve e non può costituire un limite.

Ne discende che, secondo un ragionamento basato sulla comune esperienza, un periodo che comprenda i primi due o tre mesi di attività didattica senza insegnante di sostegno non appare astrattamente idoneo a determinare l'esistenza del danno, ferma restando, come si vedrà, la possibilità di dimostrare che ciò è in concreto avvenuto.

27.2. Peraltro, come si è pure detto, la tempestiva proposizione del ricorso giurisdizionale già a settembre, in conseguenza della mancata attribuzione del giusto numero di ore o della mancata redazione del PEI, produce normalmente l'effetto di far ottenere ai ricorrenti una decisione giurisdizionale, sotto forma di sentenza o ordinanza, immediatamente esecutiva, la quale, in base a quanto poi concretamente si è verificato, rappresenta l'immediata soluzione alla richiesta delle famiglie e elide a monte il danno dinamico relazionale, salvo che la parte riesca a dimostrare il contrario, ossia che anche pochi giorni o poche settimane di mancata assistenza hanno

determinato irreversibili compromissioni della didattica, e si sono riverberati sulla stessa serena permanenza del disabile all'interno della classe, fino ad arrivare al punto di avergli reso impossibili o compromessi gli obiettivi stabiliti dal PEI o comunque adeguati alla patologia dalla quale il disabile risulta affetto.

In sostanza, la decisione giurisdizionale, se tempestivamente adottata in senso favorevole al disabile, ha l'effetto di incidere sui presupposti del danno non patrimoniale inteso come dinamico relazionale, e anche se essa rappresenta una degenerazione di un sistema che dovrebbe garantire l'insegnante di sostegno dall'inizio (e non come conseguenza della decisione del giudice) ha l'effetto – verificato nelle centinaia di casi esaminati da questa Sezione - di indurre gli Uffici ad adeguarsi tempestivamente, raggiungendo lo scopo principale del ricorso che è quello di ottenere il sostegno adeguato per lo studente diversamente abile.

27.3. Peraltro, onde evitare che le famiglie ritardino l'inoltro dei gravami per consentire un consolidamento della situazione di disagio, astrattamente (ma solo astrattamente) utile al fine di maturare i presupposti per il verificarsi del danno non patrimoniale in regione del passare del tempo, la domanda risarcitoria non può che soggiacere alla valutazione sul concorso del fatto colposo del creditore, di cui all'art. 1227 c.c., anche nella sua applicazione estrema di cui al comma 2, per cui il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

27.4. In linea di principio, pertanto, non può essere risarcito il danno non patrimoniale sub specie del dinamico relazionale quando, a seguito di ricorso giurisdizionale, sia intervenuta tempestivamente la

decisione che abbia ordinato alla scuola di assegnare l'insegnante di sostegno, in deroga all'organico di fatto, oppure di redigere il PEI, e la scuola vi abbia, altrettanto tempestivamente, ottemperato.

Il fattore temporale, pertanto, assume una valenza sostanziale ed è determinante, fatta salva la prova contraria, ossia la dimostrazione, da parte del ricorrente, che il danno alla didattica si è verificato nonostante il tempestivo accoglimento del ricorso e l'altrettanto tempestiva esecuzione della decisione giurisdizionale.

28. Nell'ipotesi del danno morale da sofferenza, invece, rileva non tanto (o non solo) il fattore tempo, ma un rilievo decisivo, sempre ai fini dell'applicazione del ragionamento presuntivo, la hanno il tipo di menomazione, di scuola frequentata e ovviamente l'età del bambino.

Infatti, se il danno da sofferenza è quello strettamente collegato ai patimenti interiori, alla sofferenza pura e semplice, al disagio subito come essere umano per non aver avuto l'insegnante di sostegno per un tempo utile, è chiaro che esso, sempre secondo *l'id quod plerumque accidit*, è generalmente meno configurabile in bambini molto piccoli, che non si rendano conto del vulnus che subiscono per non aver ricevuto l'adeguata assistenza, mentre lo è molto in alunni più grandi, che abbiano coscienza della diversità legata all'handicap e soffrano per effetto di tale diversità non adeguatamente contrastata all'interno di un gruppo classe nel quale, invece, gli altri alunni si pongono con caratteristiche di normalità (o, altrimenti detto, di non diversità).

Pertanto, in linea di principio, tale tipo di danno è tanto più risarcibile quanto più le circostanze del caso concreto siano astrattamente inquadrabili in situazioni nelle quali è quasi certa la sofferenza interiore dell'alunno: ferma restando, come si vedrà, la liquidazione equitativa, esso, dunque, è più facilmente accertabile

laddove l'alunno sia grande di età e quindi certamente scuole superiore di primo e secondo grado (più o meno dagli 11 ai 18 anni), in misura minore per la scuola primaria e fino quasi a scomparire nei bambini che frequentano la scuola dell'infanzia; parimenti, ha un rilievo anche la piena coscienza del danno subito, sicchè un alunno privo di menomazioni intellettive (ad esempio un alunno non vedente o un alunno non udente o non deambulante ma privo di deficit cognitivi) percepirà la situazione di diversità con una immediatezza maggiore rispetto ad un alunno che, per la tipologia di disturbo che lo affligge, è portato a percepire con ritardo la sofferenza legata alla privazione del sostegno, posto che a livello di coscienza potrebbe non ricollegare immediatamente il disagio a tale contesto.

Naturalmente, anche in questi casi, come si vedrà, da parte dei ricorrenti è possibile fornire la prova del danno effettivo, dimostrando, mediante gli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione (in primis, la perizia di parte, eventualmente la c.t.u. disposta dal giudice), che la mancanza dell'adeguato sostegno ha comportato sofferenze sia in bambini piccolissimi, sia in alunni con deficit cognitivi, sia in casi temporalmente assai circoscritti e limitati.

Volendo fare un esempio, nulla toglie che un alunno disabile anche piccolo, non partecipando ad un'attività esterna di tipo culturale (ad esempio, gita in un museo) in quanto privo di insegnante di sostegno, ne abbia a soffrire intimamente in quanto si renda conto della situazione di diversità rispetto ai compagni: in questo caso, però, chi adisce il giudice chiedendo il risarcimento del danno non patrimoniale avrà l'onere di allegare fatti e prove in ordine al danno morale subito.

29. Quanto sopra illustrato se, da una parte, consente di ritenere configurabile il danno non patrimoniale inteso conseguenza di una condotta illecita da parte dell'Amministrazione, dall'altra necessita comunque dell'accertamento di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito civile di cui all'art. 2059 c.c., il cui risarcimento postula la verifica della sussistenza degli elementi nei quali si articola l'illecito civile extracontrattuale definito dall'art. 2043 c.c., e quindi, oltre al danno, anche della condotta/elemento oggettivo (dolosa o colposa dell'autore/elemento soggettivo) e del nesso causale tra condotta ed evento di danno (connotato quest'ultimo dall'ingiustizia, determinata dalla lesione, non giustificata, di interessi meritevoli di tutela).

Sul punto il Collegio non può che fare riferimento alla sentenza del T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, n. 650 del 2016 e alla altrettanto fondamentale decisione del giudice d'appello, sostanzialmente confermativa, n. 3058 del 21 giugno 2017.

29.1. Rinviano a quanto si dirà infra sulla metodologia probatoria utilizzata, basata sul ragionamento presuntivo, deve evidenziarsi che nell'ipotesi di mancata/parziale assegnazione dell'insegnante di sostegno ad un alunno disabile che abbia documentato sin dall'inizio la propria situazione di handicap (più o meno grave), sono riscontrabili sia l'elemento della condotta colposa dell'Amministrazione, sia il nesso causale tra questa e il danno.

Infatti, le decisioni che, anche in tempi recenti hanno negato la risarcibilità del danno non patrimoniale sul presupposto che la pretesa risarcitoria fosse carente del requisito soggettivo della colpa (vedi C.g.a.r.s., 18 novembre 2018 n. 875, che richiama le precedenti decisioni nn. 362 e 363 del 2017 e nn. 234 e 245 del 2016), non

possono che essere superate dalla concreta evoluzione della giurisprudenza amministrativa in materia nonché di quella civile, sopra illustrata, in materia di risarcimento del danno.

Si erano infatti posti, a favore della non colpevolezza dell'Amministrazione, sia la novità della questione (riverberatasi in contrastanti pronunce giurisdizionali), per la quale non può considerarsi quale indirizzo giurisprudenziale di sicuro riferimento quello –ancorché molteplice e diffuso– sostenuto dal-OMISSIS- iudice di primo grado, non ancora passato al vaglio dell'appello; sia la complessità del quadro normativo definito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato “di qualità molto scarsa [...] frammentario e disarmonico [...] di difficile lettura sia per i genitori, sia per gli operatori scolastici” (così Cons. St., VI, n. 2023/2017 §26.1; id., VI, n. 4342/2017); sia le difficoltà organizzative e l'insufficienza di risorse, che, se non possono di per sé giustificare l'orientamento limitativo assunto dall'Amministrazione, al cui vertice compete assicurare risorse proporzionate alle necessità, possono tuttavia far ritenere la condotta amministrativa in questione espressione di uno stato almeno putativo di necessità, il quale ha quindi condizionato la concreta adozione del provvedimento impugnato.

Orbene, lo stesso giudice di secondo grado aveva tenuto a precisare (C.g.a.r.s. 875/2018, cit.) che “elementi quali la novità della questione e la complessità del quadro normativo, se indubbiamente riscontrabili all'epoca dei fatti qui in contestazione e come tali escludenti la colpa dell'Amministrazione, difficilmente potrebbero (e dunque potranno) essere invocati ove dovessero ripetersi in futuro comportamenti del medesimo tenore, e questo proprio alla luce della

giurisprudenza che si è andata consolidando in epoca successiva quanto alla pretesa al riconoscimento delle ore di sostegno.”

Il riferimento non può che essere, per la giurisprudenza amministrativa, alla sentenza del Consiglio di Stato n. 2023/2017.

Queste considerazioni, unite al chiaro e univoco segnale dato dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione in ordine alla risarcibilità del danno non patrimoniale nelle sue varie componenti, rendono non più giustificabile la condotta dell’Amministrazione scolastica che ometta di attribuire da subito il giusto numero di ore di sostegno all’alunno che abbia certificato la propria disabilità e abbia prodotto la documentazione a corredo dell’istanza, in quanto il quadro normativo esistente, per come interpretato dalla Corte Costituzionale con la sentenza 80/2010, consente l’attribuzione dell’insegnante di sostegno “in deroga” all’organico assegnato.

Ne discende che un’Amministrazione che non dimostri di essersi attivata tempestivamente per l’assegnazione dell’insegnante di sostegno per il numero adeguato di ore oppure, ancor peggio, non abbia tempestivamente redatto il PEI all’inizio dell’anno scolastico, pone in essere una condotta lesiva, connotata dal carattere della colpa, come tale integrante elemento costitutivo della fattispecie di danno data dal combinato disposto degli artt. 2043 e 2059 c.c.

29.2. Una volta accertata l’esistenza del danno, della condotta e della colposità della stessa, l’esistenza del nesso causale è di palmare evidenza, in quanto il diniego, *contra legem*, dell’insegnante di sostegno per un orario adeguato alla patologia dell’alunno diversamente abile è l’unico fattore causativo del danno da questi lamentato, e ciò in base, anche in questo caso, al ragionamento presuntivo di cui si darà conto nel prosieguo della motivazione nonché all’applicazione di un criterio

probabilistico per cui alla violazione di una o più disposizioni di legge, da parte dell'Amministrazione, corrisponde – in applicazione tanto della teoria condizionalistica, quanto di quella della regolarità causale – una quasi certa idoneità della condotta a cagionare l'evento lesivo (in termini, Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792).

30. Alla fattispecie di illecito così configurata, il Collegio ritiene astrattamente applicabile l'art. 30, comma 3, c.p.a., secondo il quale il giudice esclude “il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”, che ha il suo corrispondente civilistico nell'art. 1227 comma 2 c.c., norma ritenuta da sempre pacificamente applicabile anche alla responsabilità extracontrattuale.

Anche se in passato il Consiglio di Stato ha escluso che, nel caso di mancato riconoscimento a favore di un minore affetto da handicap grave del diritto al sostegno scolastico, il danno cagionato all'alunno per il tempo in cui lo stesso non ha potuto usufruire del sostegno possa essere ridotto ai sensi dell'art. 1227 c.c. sul presupposto della mancata proposizione della domanda cautelare di sospensione del provvedimento che illegittimamente ha negato detto diritto (così Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2013 n. 2561), resta il fatto che l'Adunanza Plenaria n. 3 del 2011 ha affermato che “l'obbligo di cooperazione di cui al comma 2 dell'art. 1227 ha fondamento proprio nel canone di buona fede ex art. 1175 c.c. e, quindi, nel principio costituzionale di solidarietà”, per cui “anche le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire in astratto comportamenti apprezzabili ai fini della esclusione o della mitigazione del danno laddove si appuri, alla stregua del giudizio di causalità ipotetica di cui si è detto, che le condotte attive trascurate

non avrebbero implicato un sacrificio significativo ed avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno.”

“ Si deve allora preferire al tradizionale indirizzo che esclude, per definizione, la sindacabilità delle condotte processuali ai sensi del capoverso dell’art. 1227 c.c., un più duttile criterio interpretativo che, in coerenza con le clausole generali in materia di correttezza, buona fede e solidarietà di cui la norma in esame è espressione, consenta la valutazione della condotta complessiva, anche processuale, del creditore, con riguardo alle specificità del caso concreto. Applicando detto criterio interpretativo, si deve allora ritenere che la mancata impugnazione di un provvedimento amministrativo possa essere ritenuto un comportamento contrario a buona fede nell’ipotesi in cui si appuri che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno (in questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2010, n. 7124; sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183; sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6908; sez. IV 3 maggio 2005, n. 2136)”.

In sintesi, anche nella materia del risarcimento del danno non patrimoniale, è inevitabile, per il giudice amministrativo, valutare - senza necessità di eccezione di parte ed acquisendo anche d’ufficio gli elementi di prova all’uopo necessari - se l’esperimento del rimedio giurisdizionale avrebbe potuto consentire l’eliminazione del danno, secondo un giudizio di causalità ipotetica basato su una logica probabilistica.

Ecco che dunque, qualora il ricorrente proponga azione risarcitoria ex art. 2059 c.c. senza il previo giudizio di annullamento oppure senza aver cercato di orientare da subito l’azione dell’Amministrazione mediante la tempestiva proposizione

dell'istanza cautelare (che, nella maggior parte dei casi, è sufficiente per ottenere un provvedimento giurisdizionale idoneo a stimolare l'azione degli uffici scolastici), in applicazione dell'art. 30 c.p.a. o anche del 1227 c.c., il risarcimento non potrà essere accordato.

Infatti, come chiarito dalla citata Ad. Pl. 3/2011, “ operando una ricognizione dei principi civilistici in tema di causalità giuridica e di principio di auto-responsabilità, il codice del processo amministrativo sancisce la regola secondo cui la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, attiva od omissiva, contraria al principio di buona fede ed al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa (secondo il criterio del “più probabilmente che non” : Cass., sezioni unite, 11 gennaio 2008, n. 577; sez. III, 12 marzo 2010, n. 6045), recide, in tutto o in parte, il nesso casuale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare la condotta antiggiuridica alle conseguenze dannose risarcibili.”

31. Quanto finora illustrato si basa sull'uso pressoché costante del ragionamento probatorio basato sul sistema delle presunzioni semplici di cui all'art. 2727 c.c., che le Sezioni Unite del 2008 hanno accettato come valido mezzo per la formazione della prova e il cui utilizzo è stato definitivamente posto alla base delle decisioni successive in materia risarcitoria ex art. 2059 c.c. (Cass. civ, sez. lav., 19 novembre 2018, n. 29784).

Al giudice compete quindi la valutazione della ricorrenza dei requisiti enucleabili dagli artt. 2727 e 2729 c.c. per valorizzare gli elementi di fatto quale fonte di presunzione.

Come è noto, infatti, nel nostro ordinamento, fondato sul principio del libero convincimento del giudice (art. 116 c.p.c.), non esiste, al di fuori dei casi di cd. prove legali (artt. 2700, 2702, 2709, 2733, 2738 c.c.), una gerarchia delle fonti di prova; pertanto, tutte le prove sono liberamente valutabili dal giudice che può porre a fondamento del suo convincimento anche (e solo) quelle di natura presuntiva (qualora ritenute maggiormente attendibili), purché la scelta, e la valutazione, del materiale probatorio sia sorretta da adeguata, e logicamente non contraddittoria, giustificazione (cfr., ex plurimis, Cass. civ., 12 settembre 2011 n. 18644; id., 18 aprile 2007 n. 9245; id., 28 giugno 2006 n. 14972; id., 4 marzo 2005 n. 4743).

In pratica, “nella prova per presunzioni, ai sensi degli artt. 2727 e 2729 c.c., non occorre che tra il fatto noto e quello ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit*, sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza (così Cass. civ., sez. II, 6 febbraio 2019, n. 3513).

Rilevano quindi anche le massime di esperienza, ossia le generalizzazioni facenti parte di quello che, con un termine inglese, viene definito lo “*stock of knowledge*”, che il giudice condivide con l'uomo medio del tempo e del luogo in cui si colloca, ossia con l'insieme delle conoscenze, effettive o presunte.

Ciò non significa alterare l'effetto probatorio o invertire l'onere probatorio: significa limitare lo sforzo probatorio a determinati fatti

noti e idonei a dare l'avvio ad un ragionamento fondato su regole d'esperienza per giungere alla dimostrazione di un fatto ulteriore.

Detto diversamente, la modulazione dello standard probatorio esigibile non muta il soggetto processuale sul quale incombe l'onere probatorio *stricto sensu*, sul quale quindi cade il rischio della mancanza di prova: infatti, in questi casi, il problema principale è proprio quello di capire se la presunzione si sia formata, ossia se un determinato fatto può ritenersi idoneo a costituire il fatto-base del ragionamento presuntivo.

31.1. Le presunzioni diventano quindi fondamentali nella prova del danno non patrimoniale, in quanto l'eccessiva prudenza del giudice nell'utilizzare tale mezzo di prova può condurre a vuoti di tutela risarcitoria in vasti territori dei pregiudizi alla persona, mentre un suo uso troppo disinvolto e poco meditato può determinare effetti distorsivi, ancor più quando ciò si accompagna al ricorso all'equità pura, che poi corrisponde al soggettivismo giudiziario.

Va quindi chiarito che il fatto noto da cui desumere il fatto ignoto del danno non può essere la semplice — ossia astratta — lesione del diritto: detto diversamente, la prova presuntiva si distingue dal danno- evento (o danno *in re ipsa*), e quindi il fatto noto non può essere l'ingiustizia *sic et simpliciter* ma, quanto meno, l'ingiustizia circostanziata, ossia l'ingiustizia vista nel suo peculiare contesto, l'ingiustizia verso quella persona, con quelle caratteristiche.

Proprio perché alla prova presuntiva non può essere attribuita una forza maggiore rispetto alle altre prove dirette, alla parte a cui sfavore opera la presunzione, incombe dare la prova contraria idonea a vincerla (Cass. civ., 12 giugno 2006, n. 13546).

Quando ciò non avviene, il giudice è comunque chiamato ad una valutazione (non potendo applicare la presunzione in automatico, posto che essa non è affatto, come detto, una prova legale), e dovrà quindi considerare i seguenti elementi: in primo luogo la “normalità” dell'inferenza che dal fatto noto conduce al fatto ignoto (per cui, più il danno appare conseguenza normale di un fatto noto, tanto più il giudice può — ma anche deve — fare ricorso alla prova presuntiva); in secondo luogo, dovrà considerare la difficoltà probatoria e quindi consentire di ricorrere alle presunzioni quando esse costituiscono l'unico strumento di prova disponibile o quando altri mezzi di prova appaiono eccessivamente difficili, disagiati e dispendiosi sul piano processuale; in terzo luogo, il giudice dovrà valutare anche la qualità dei beni compromessi, perché a di fronte a gravi compromissioni di beni fondamentali, anche sotto il profilo probatorio può non essere irrilevante il rischio del vuoto di tutela derivante dal mancato ricorso alla prova presuntiva, quanto meno quando la prova diretta è impossibile o difficile.

31.2. In conclusione, affinché il-OMISSIS-iudice possa compiutamente valutare la fondatezza della domanda risarcitoria e, conseguentemente, liquidare, in modo adeguato e proporzionato, il danno non patrimoniale, è necessario che la parte allegghi e provi, anche a mezzo di presunzioni, il cambiamento di vita, l'alterazione/cambiamento della sua personalità, lo sconvolgimento dell'esistenza che siano stati cagionati dall'illecito.

32. Nel caso del danno da mancata assegnazione delle giuste ore di sostegno, il ragionamento presuntivo risponde ai canoni sopra illustrati ed è, di fatto, imprescindibile (questa Sezione l'aveva

peraltro già affermato nella sentenza n. 3438 del 4 luglio 2013, alla quale, tuttavia, non aveva dato seguito).

Esso si ricollega alle componenti del danno non patrimoniale identificate nel danno dinamico relazionale e nel danno da sofferenza.

Nel primo caso, esso impone di ritenere risarcibili ex se, senza che ne sia necessaria la prova da parte dei ricorrenti, risultando sufficiente, all'uopo, la sola allegazione del fatto storico, in tutti i casi nei quali la durata temporale della privazione abbia superato ciò che nel comune sentire è considerata una normale soglia di tolleranza. È quindi sufficiente la dimostrazione dell'inidoneità delle ore concesse di sostegno scolastico ai fini della prova dell'esistenza di una lesione risarcibile ai valori della persona costituzionalmente protetti, mettendo in evidenza l'inevitabile intervenuta lesione del percorso di cura e formazione scolastica.

Nel secondo caso, il ragionamento presuntivo sull'esistenza della sofferenza fa leva sul ruolo della coscienza personale del danneggiato, in rapporto alle condizioni singole e all'età.

32.1. Volendo entrare nel dettaglio, il danno dinamico relazionale collegato al tempo sorge quando, in base al ragionamento presuntivo, il giudice può attribuire rilevanza ad un periodo di tempo tale da configurare come certo il danno non patrimoniale, fatta salva la prova contraria; pertanto, si ritiene che, in base alla comune esperienza - il primo quadrimestre (ottobre- gennaio) sia la soglia il cui superamento fa nascere il diritto al risarcimento per il mero trascorrere del tempo (posto che la perdita di metà anno reca in sé una pressoché certa compromissione dell'attività didattica).

Viene poi lasciato al prudente apprezzamento del giudice lo stabilire che anche un periodo minore può costituire presupposto per la risarcibilità del danno in base ad un ragionamento presuntivo, tenendo conto in motivazione sia dell'età dell'alunno, che del tipo di scuola, che dell'apporto che l'insegnante di sostegno può dare in base alle circostanze del caso concreto.

In sintesi, la prova viene fornita con un ragionamento presuntivo puro, in cui le circostanze gravi precise e concordanti sono illustrate dal giudice in sentenza, facendo ricorso anche alla comune esperienza in una materia, come quella della didattica scolastica, che ciascun magistrato, essendo stato alunno a suo tempo, ha certamente testato in concreto.

L'ipotesi sopra illustrata riguarda sia il caso in cui l'Amministrazione, nonostante il provvedimento del giudice, non provveda affatto, oppure provveda ma a distanza di un tempo considerato troppo lungo.

Ovviamente l'Amministrazione ha sempre la possibilità della prova contraria, da valutare in modo rigorosissimo quanto più essa tenti di inserirsi sul ragionamento presuntivo che fa leva, in ordine agli aspetti risarcitori, sul decorso del tempo.

32.1.1. Parallelamente, nei casi di diniego del risarcimento sulla base del ragionamento sopra esposto, la possibilità della prova contraria spetta ai ricorrenti, i quali ben possono allegare e dimostrare la compromissione della sfera dinamico relazionale dell'alunno per mancanza dell'insegnante di sostegno, anche per un tempo astrattamente non considerabile ai fini dell'automatica risarcibilità del danno.

E quindi ai genitori dell'alunno è consentito produrre in giudizio documenti scolastici e perizie di parte che attestino, a loro parere, la grave compromissione della sfera relazionale del figlio in ragione della mancanza dell'insegnante di sostegno anche per un tempo minimo, fermo restando, tuttavia, che come tutte le prove, esse restano sottoposte al prudente apprezzamento del collegio giudicante e acquisiscano forza di prova contraria solo laddove riescano, effettivamente, a contrastare efficacemente il ragionamento presuntivo che vede nel fattore temporale di "durata media" l'elemento cardine ai fini risarcitori.

32.2. Quanto al danno morale, partendo dalla presunzione che più una persona in età scolare è grande e cosciente, più soffre la percezione della diversità, al punto che anche un singolo episodio può ingenerare quella sofferenza interiore che è elemento costitutivo del danno non patrimoniale di tipo "morale", è lasciato anche qui al prudente apprezzamento del giudice la liquidazione dello stesso tenendo conto del caso concreto.

Anche in questi casi, alla prova contraria sono ammesse sia l'Amministrazione che i ricorrenti.

Questi ultimi, in particolare, hanno la possibilità di allegare singoli episodi che abbiano determinato, a loro parere, l'insorgere della fattispecie lesiva sotto l'aspetto di una sua particolare gravità, e quindi, per fare esempi concreti, isolamento dell'alunno all'interno della classe, la segregazione in un'aula diversa da quella dei compagni, lo scherno in caso di mancata comprensione, il rimprovero dell'insegnante degli alunni normodotati che non riesca a rapportarsi, da solo, all'alunno diversamente abile.

In mancanza di siffatti elementi, il risarcimento del danno morale quale categoria del danno non patrimoniale avverrà laddove il giudice ritenga, secondo un ragionamento presuntivo basato sugli elementi di fatto a sua disposizione e sulla categoria concettuale della comune esperienza, che la situazione di fatto abbia ingenerato una sofferenza interiore tale da ledere l'animo dell'alunno; il che è direttamente collegato al grado di coscienza che l'alunno, in base all'età e alla patologia, possiede.

33. In sintesi, la sofferenza risarcibile all'alunno disabile è quella alla propria dignità di essere umano nello sviluppo e nell'attuazione della propria personalità, che poi è ciò che accade quando viene colpito un diritto fondamentale la cui "lesione" è di immediata apprezzabilità per il giudice anche secondo un *idem sentire*.

A contrario, fatta salva la prova contraria, laddove all'alunno venga fornito l'insegnante di sostegno in un tempo ragionevole e tale da non compromettere l'inclusione scolastica e gli obiettivi didattici - a maggior ragione se ciò è avvenuto per intervento del giudice amministrativo – non può esservi danno non patrimoniale da lesione dinamico relazionale.

Allo stesso modo, applicando il medesimo ragionamento presuntivo, laddove l'unione del fattore tempo (e quindi anche dell'intervento del giudice), dell'età del bambino e della patologia lascino presumere che la mancanza di insegnante di sostegno non abbia ingenerato sofferenza interiore intesa come patema d'animo e mancanza di serenità, perdita di fiducia, umiliazione etc, non può essere risarcito il danno non patrimoniale di tipo morale in senso stretto.

§ La liquidazione del danno non patrimoniale.

34. Una volta chiarito il meccanismo di accertamento del danno non patrimoniale, l'ultimo passaggio è quello dell'enucleazione di un criterio di liquidazione che tenga conto delle superiori premesse e non incorra nell'errore, fatto probabilmente dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione, di dimenticare che in concreto è proprio la liquidazione del danno a fare da cartine di tornasole della diversità morfologica delle sue forme (e, quindi, dell'esistenza di un danno morale autonomo).

Proprio la negazione della frazionabilità si è scontrata, da subito, con la tendenza del giudice di merito di ritenere risarcibile la sofferenza patita anche non in conseguenza di un fatto di reato, ma per il solo fatto dell'avvenuta lesione di valori costituzionali suscettibili di ristoro per il fatto stesso di essere stati lesi dall'operato altrui.

Ecco che dunque, nella giurisprudenza di legittimità, la personalizzazione del danno ha tenuto conto dell'effettività del ristoro del pregiudizio così come di quello della relativa perequazione – nel rispetto delle diversità proprie dei singoli casi concreti – sul territorio nazionale (Cass. civ. sez. III, 13 maggio 2011, n. 10528).

Tale concetto, di fatto, era già presente nella sentenze -OMISSIS-, ma è stato certamente portato alle estreme conseguenze con la modifica legislativa dell'art. 138 c.d.a., per cui accanto al sistema tabellare, dal quale si è ritenuto di non poter prescindere, si è fatta spazio l'idea della personalizzazione sulla base del caso concreto.

In sostanza, l'attuale sistema di risarcimento del danno applica su un criterio equitativo basato da un lato sull'esistenza delle cd. Tabelle per la liquidazione del danno (elaborate dal Tribunale di Milano e da quello di Roma), ma dall'altro personalizzato di volta in volta valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e

psichiche patite dal soggetto leso, al fine “di pervenire al ristoro del danno nella sua interezza” e mai affidato a soluzioni generalizzate.

34.1. Tali concetti sono stati esplicitati nella fondamentale decisione della terza Sezione n. 2788/2019 (poi ripresi da altre, vedi Cass. civ., sez. III , 27 maggio 2019, n. 14364).

Secondo la Cassazione “nella valutazione del danno alla persona da lesione della salute (art. 32 Cost.), ma non diversamente da quanto avviene in quella di tutti gli altri danni alla persona conseguenti alla lesione di un valore o interesse costituzionalmente protetto, il giudice dovrà necessariamente valutare tanto le conseguenze subite dal danneggiato nella sua sfera morale (che si collocano nella dimensione del rapporto del soggetto con sè stesso), quanto quelle incidenti sul piano dinamico-relazionale della sua vita (che si dipanano nell'ambito della relazione del soggetto con la realtà esterna, con tutto ciò che, in altri termini, costituisce “altro da sè”).”

Viene quindi ribadito che il risarcimento segue una struttura binaria basata su un elemento fisso e uno variabile: esiste una “misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito (oggi secondo il sistema c.d. del punto variabile)”, alla quale può affiancarsi una personalizzazione “in aumento”, nella componente dinamico-relazionale, in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale, eccezionali e affatto peculiari, laddove “le conseguenze dannose da ritenersi normali e indefettibili secondo *l'id quod plerumque accidit* (ossia quelle che qualunque persona con la medesima invalidità ovvero lesione non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento”.

Detto diversamente, esiste un danno non patrimoniale “ordinario” (forfettariamente individuato -in termini monetari- attraverso i meccanismi tabellari cui la sentenza abbia fatto riferimento) e un danno non patrimoniale “personalizzato”: il primo destinato alla riparazione delle conseguenze inerenti ai pregiudizi che qualunque vittima di lesioni analoghe normalmente patirebbe, il secondo relativo a specifiche circostanze di fatto, peculiari al caso sottoposto ad esame, che possono emergere e che il giudice deve espressamente valorizzare in motivazione in coerenza alle risultanze argomentative e probatorie obiettivamente emerse all'esito del dibattito processuale; questa personalizzazione, secondo la sentenza citata, vale a superare le conseguenze “ordinarie” già previste e compensate dalla liquidazione forfettizzata assicurata dalle previsioni tabellari, “da queste ultime distinguendosi siccome legate all'irripetibile singolarità dell'esperienza di vita individuale nella specie considerata, meritevoli in quanto tali di tradursi in una differente (più ricca e, dunque, individualizzata) considerazione in termini monetari, rispetto a quanto suole compiersi in assenza di dette peculiarità (Cass., 21/09/2017, n. 21939).”

“In tale quadro ricostruttivo, costituisce quindi duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico - inteso, secondo la stessa definizione legislativa, come danno che esplica incidenza sulla vita quotidiana del soggetto e sulle sue attività dinamico relazionali - e del danno cd. esistenziale, appartenendo tali “categorie” o “voci” di danno alla stessa area protetta dalla norma costituzionale (art. 32 Cost.), mentre una differente ed autonoma valutazione andrà compiuta con riferimento alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla

salute (come oggi normativamente confermato dalla nuova formulazione dell'art. 138 del c.d.a., alla lettera e).”

“ La liquidazione finalisticamente unitaria di tale danno (non diversamente da quella prevista per il pregiudizio patrimoniale, nella sua duplice e distinta accezione di danno emergente e di lucro cessante) avrà pertanto il significato di attribuire al soggetto una somma di danaro che tenga conto del pregiudizio complessivamente subito tanto sotto l'aspetto della sofferenza interiore, quanto sotto quello dell'alterazione o modificazione peggiorativa della vita di relazione in ogni sua forma e considerata in ogni suo aspetto, senza ulteriori frammentazioni nominalistiche (Cass., 20/04/2016, n. 7766, Cass., 17/01/2018, n. 901, Cass., 27/03/2018, n. 7513).”

35. La citata decisione va considerata in tutta la sua importanza, oltre che per gli aspetti legati al superamento della unitarietà “formale” del danno non patrimoniale, predicata dalla Sezioni Unite, anche per comprendere che nell’attuale sistema del risarcimento del danno non patrimoniale l’esistenza di un sistema tabellare è assolutamente imprescindibile.

Esso, infatti, costituisce esplicazione della regola equitativa di cui all’art. 1226 c.c., adottabile quando mancano criteri stabiliti dalla legge, purché ciò avvenga garantendo non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, essendo intollerabile e non rispondente ad equità che danni identici possano essere liquidati in misura diversa sol perché esaminati da differenti Uffici giudiziari (ex plurimis, Cass. civ. sez. III, 7 giugno 2011 n. 12408).

Ciò detto, non è questa la sede per ripercorrere la copiosa giurisprudenza civile sul valore da attribuire alla Tabelle (milanesi o romane) utilizzate nel corso di un giudizio risarcitorio.

Resta il fatto che anche il giudice amministrativo ha fatto ricorso a tale sistema nei casi di liquidazione del risarcimento del danno non patrimoniale (leggasi, biologico) laddove le fattispecie alla propria attenzione fossero sovrapponibili con quelle del giudice ordinario.

36. Il caso oggetto del presente giudizio non è annoverabile tra questi, in quanto riguarda il risarcimento di un danno non patrimoniale sui generis nel quale, nei casi in cui si sia dato luogo alla liquidazione secondo equità, non è stato enucleato un vero parametro cui attenersi per il risarcimento, e men che mai si è utilizzato un criterio tabellare autonomo.

Tuttavia, in forza di quanto sopra illustrato, soprattutto dopo che la Cassazione ha ancorato il risarcimento delle conseguenze “ordinarie” del danno subito all’esistenza di un sistema tabellare condiviso, il riferimento a tale sistema è diventato rilevante ai fini della decisione del presente giudizio, principalmente sotto due aspetti, uno di sistema, uno pratico: sotto il primo aspetto, non può obliterarsi la circostanza che il ruolo di un sistema tabellare ai fini del risarcimento, oltre che da oltre trent’anni pacificamente utilizzato dai giudici civili di merito per garantire, come detto, un metodo risarcitorio uniforme, è ora fatto proprio dal legislatore, che, in sede di modifica dell’art. 138 c.d.a., ha previsto l’attuazione di una tabella unica nazionale “al fine di garantire il diritto delle vittime dei sinistri a un pieno risarcimento del danno non patrimoniale”; sotto il secondo aspetto, l’utilizzo di un sistema tabellare oblitera in radice liquidazioni equitative del tutto svincolate da parametri oggettivi che

consentano la liquidazione di un danno quanto più equo quanto più giusto, e quanto più giusto in quanto oggettivo.

36.1. La negazione, da parte di numerosi tribunali amministrativi tra cui il Tar Campania, del risarcimento da mancato insegnante di sostegno è stata infatti frutto non solo dell'applicazione rigorosa dei parametri di cui alla sentenza "gemelle" del 2003 e della unitarietà del danno non patrimoniale così come predicata dalle Sezioni Unite del 2008, ma anche del disagio nel liquidare a pioggia, e senza il riferimento a parametri oggettivi, somme di denaro attribuite ai ricorrenti per il solo fatto di aver ottenuto l'accoglimento del ricorso. Il filone giurisprudenziale "buonista", oltre ad aver avuto l'effetto di far incrementare il contenzioso con la speranza di ottenere somme anche modeste a ristoro del pregiudizio prospettato, senza però alcuna parametrizzazione sul pregiudizio subito in concreto, si pone in modo sostanzialmente disomogeneo rispetto ai principi che regolano la liquidazione equitativa e che la vogliono comunque ancorata a parametri oggettivi.

Infatti, "l'esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa, conferito al giudice dagli artt. 1226 e 2056 c.c., presuppone che sia provata l'esistenza di danni risarcibili e che risulti obiettivamente impossibile o particolarmente difficile provare il danno nel suo preciso ammontare, sicché grava sulla parte interessata l'onere di provare non solo l'*an debeatur* del diritto al risarcimento, ove sia stato contestato o non debba ritenersi *in re ipsa*, ma anche ogni elemento di fatto utile alla quantificazione del danno e di cui possa ragionevolmente disporre nonostante la riconosciuta difficoltà, sì da consentire al giudice il concreto esercizio del potere di liquidazione in via equitativa, che ha la sola funzione di colmare le

lacune insuperabili ai fini della precisa determinazione del danno stesso” (cfr. Cass. civ., sez. III, 4 aprile 2019, n. 9339).

L'equità è stata quindi intesa dalla giurisprudenza nel significato integrativo di adeguatezza e di proporzione, assolvendo alla fondamentale funzione di garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale (così Cass. civ., sez. III, 7 giugno 2011 n. 12408). Essa, tuttavia, non può mai sconfinare nel libero arbitrio del giudice: da qui la necessità di indicare i criteri seguiti per determinare l'entità del danno e gli elementi su cui il giudice ha basato la sua decisione in ordine al quantum (*ex multis*, Cass. civ., sez. VI, 22 gennaio 2019, n. 1579; id., 31 gennaio 2018, n. 2327).

37. La necessità di un sistema tabellare, pertanto, è diventata imprescindibile anche per il giudice amministrativo nel momento in cui si viene a trovare nella condizione di dover risarcire un danno non patrimoniale diverso da quello alla salute (per il quale può serenamente utilizzare le stesse tabelle usate dai giudici civili).

Il sistema tabellare “classico” funziona, come è noto, basandosi sul metodo del “punto variabile”, in virtù del quale si stabilisce un valore monetario basato sulla rilevazione della media dei risarcimenti che vengono erogati in relazione al danno biologico nel singolo ufficio giudiziario, in modo da determinare un valore monetario di base crescente in relazione alla misura del pregiudizio subito (punto di invalidità) e decrescente in funzione dell'età del danneggiato al momento del fatto.

Il valore monetario del punto di invalidità non è, infatti, costante, ma varia in funzione del grado di invalidità permanente: più è elevato quest'ultimo, maggiore è il “peso” pecuniario del punto; esso,

tuttavia, diminuisce in funzione dell'età del danneggiato al momento del fatto.

In base al sistema tabellare attualmente in uso nei tribunali ordinari, pertanto, il risarcimento si quantifica: moltiplicando il grado di invalidità permanente per il valore monetario del singolo punto di invalidità, e diminuendo il risultato di cui sopra in funzione dell'età del danneggiato (usando un fattore di demoltiplicazione).

Le tabelle, dunque, altro non sono che “lo sviluppo del metodo del punto variabile attraverso un quadro sinottico in cui sia già indicato il risultato delle operazioni di moltiplicazione da compiere per ogni misura di invalidità e per ogni fascia di età”.

Tale criterio ha ottenuto l'avallo della Corte di Cassazione, in quanto fornisce una valutazione standardizzata del danno, suscettibile di adeguamento al caso concreto (Cass. civ., sez. III, 15 ottobre 2015, n. 20895).

Si è affermato, infatti, che il giudice di merito può adottare criteri predeterminati e standardizzati come quelli tabellari “purché ciò attui in modo flessibile, tenendo conto della specificità della concreta situazione, la quale richiama una esigenza di personalizzazione e di adeguamento del valore medio del punto al caso specifico, tale attività rappresentando la condizione per un effettivo, e perciò motivato, esercizio del potere di valutazione equitativa in relazione al complesso di attitudini sviluppate o prevedibili, di cui la menomazione dell'integrità psico-fisica priverà in futuro la persona” (in tal senso Cass. civ., n. 6023 del 24 aprile 2001, ma ancor prima Cass. civ., n. 4852 del 19 maggio 1999).

Il risultato, nei casi in cui la legge non detti parametri specifici di liquidazione, come nel caso del danno alla salute, è sempre una

liquidazione a carattere equitativo ex art. 1226 c.c., purché il giudice motivi sul metodo che intende seguire e tenga conto dei requisiti che la stessa giurisprudenza ha stabilito ai fini di orientare la liquidazione del danno.

Nel caso del danno alla salute, è stato detto che il risarcimento deve essere integrale, cioè rappresentare una effettiva riparazione di tutte le utilità perdute dalla vittima in conseguenza dell'illecito; deve evitare duplicazioni, cioè liquidare più importi a titolo di risarcimento di pregiudizi nominalmente diversi, ma sostanzialmente identici; deve evitare sperequazioni, cioè trattare in modo analogo casi dissimili; oppure liquidare in modo diverso danni simili.

38. Pertanto, una volta che i presupposti siano stabiliti, qualsiasi giudice, anche il giudice amministrativo, può creare il proprio sistema tabellare nella liquidazione del danno a seconda della tipologia dello stesso e delle concrete esigenze alle quali si deve rispondere.

Nel caso del danno da mancata assegnazione di insegnante di sostegno, è evidente che non si può utilizzare la tabella esistente per la liquidazione del danno alla salute, ma se ne può costruire una ad hoc, utilizzando criteri predefiniti adatti alla tipologia in esame, accanto ai quali vanno previsti, così come nell'art. 138 c.d.a., i criteri per il calcolo del danno morale (comma 2, lett. e) e per la personalizzazione di quello dinamico-relazionale (comma 3).

In sostanza, va individuato il valore economico del “punto base” e il concreto incremento del punto in funzione dei parametri di aggravamento predeterminati.

Il fattore incrementale, per quanto semplificato rispetto alle Tabelle sul danno non patrimoniale in uso nei tribunali civili e privo di un demoltiplicatore, è comunque necessario per evitare l'utilizzo di un

parametro di quantificazione unico (ad esempio, 500 euro o 1000 euro) che avrebbe il serio svantaggio non solo di non essere ancorato al caso concreto, ma comporterebbe il risarcimento di un danno non patrimoniale con una modalità tipica del danno patrimoniale.

Se, ad esempio, si utilizzasse come parametro quello di un ipotetico costo, su base mese, di un insegnante di sostegno pagato dalla famiglia, si arriverebbe probabilmente a fornire un ristoro economico, senza tuttavia che questo sia commisurato al tipo di danno risarcibile nonché alla misura del pregiudizio subito a livello dinamico relazionale così come a livello morale.

38.1. Pertanto, volendo trarre ispirazione dal sistema tabellare di risarcimento del danno non patrimoniale secondo lo schema dell'art. 138 c.d.a., i parametri non possono che essere ancorati: a) alla sofferenza patita per la privazione, secondo una scala elaborata sulla fattispecie illustrata ai punti precedenti che tenga conto della lesione da danno dinamico-relazionale; b) alla sofferenza morale subita, la quale, una volta accertata, corrisponde a una percentuale del danno di cui al punto a).

Tale sistema ha il vantaggio di fornire una unità liquidativa complessiva e comunque equitativa, basata su due differenti fattispecie (danno da relazione e danno da sofferenza) che continuano ad essere diverse sotto un profilo fenomenologico e, come tali, autonomamente accertate, ma mantengono unitarietà nella liquidazione, così consentendo il rispetto del principio dell'unità del danno patrimoniale, sia pur entro il limitato aspetto liquidativo, di cui alle sentenze delle Sezioni Unite del 2008, così come reinterpretato dalla giurisprudenza successiva e, soprattutto, dal legislatore del 2017.

38.2. Ecco che dunque, volendo elaborare una tabella semplificata al massimo rispetto a quelle conosciute per il risarcimento del danno non patrimoniale da invalidità permanente in analogia, *mutatis mutandis*, con quanto previsto sia dalla legislazione francese, sia dalla tabella elaborata dall'ordine degli psicologi del Lazio fin dall'anno 2010, si ritiene possibile fissare una scala basata su punti da 1 a 5, nella quale il singolo punto corrisponde alla sofferenza patita per la privazione dell'insegnante di sostegno, in cui 1 corrisponde a sofferenza bassissima, 2 a sofferenza bassa, 3 a sofferenza discreta, 4 a sofferenza alta e 5 a sofferenza molto alta.

Tale graduazione può essere fatta dal singolo giudice e può andare incontro a variazioni, in assoluta libertà, posto che trattasi di valutazione equitativa nella quale ciascun collegio giudicante mantiene il giusto margine di arbitrarietà, purché motivi il sottostante ragionamento giuridico.

Nel caso relativo al danno per mancato insegnante di sostegno, anche una scala da 1 a 3 (in cui 1 è sofferenza bassa, 2 media e 3 alta) potrebbe essere adeguata.

38.3. Ad ogni gradino della suddetta scala (cd. punto-scala) va abbinato un diverso livello risarcitorio, anche questo scelto liberamente dal giudice, ma che si ritiene opportuno ancorare a un parametro oggettivo che sia adeguato, per tipologia, al caso concreto.

Nel caso di danno da privazione insegnante di sostegno, dopo attenta riflessione che ha riguardato poste di tipo indennitario astrattamente assimilabili a un ristoro di tipo assistenziale (ad esempio, l'indennità di accompagnamento), il Collegio ha ritenuto che il punto scala possa essere parametrato alla "indennità di frequenza" di cui all'art. 1 della l. 11 ottobre 1990 n. 289.

Si tratta di una indennità mensile di sostegno alle famiglie bisognose, di importo pari all'assegno di cui all'articolo 13 della legge 30 marzo 1971, n. 118, e successive modificazioni, che viene concessa anche (comma 3) ai mutilati ed invalidi civili minori di anni 18 che frequentino scuole, pubbliche o private, di ogni ordine e grado, a partire dall'asilo nido, nonché centri di formazione o di addestramento professionale finalizzati al reinserimento sociale dei soggetti stessi.

La caratteristica di detta indennità è quella di essere una prestazione economica, erogata a domanda, realizzata per fornire sostegno al reddito delle famiglie e a sostegno dell'inserimento sociale e scolastico dei ragazzi portatori di handicap fino al 18esimo anno di età.

Le finalità dell'indennità di frequenza la rendono assimilabile ad una possibile indennità per mancata assegnazione dell'insegnante di sostegno (non prevista dal legislatore): in entrambi i casi, vi è un ristoro collegato alla frequenza scolastica da parte di soggetti con problematiche fisiche o psichiche, il che rende preferibile l'uso di tale parametro indennitario rispetto alla indennità di accompagnamento (che pur potrebbe essere utilizzata quale punto scala, stante la natura indennitaria delle somme corrisposte e le finalità sociali ad essa sottese, finalità che non sono differenti da quelle del servizio scolastico e, più nello specifico, dal sostegno scolastico).

Ciò che è importante è che comunque il parametro di riferimento non abbia caratteristiche di tipo strettamente economico tali da spostare la natura del punto scala su un piano prettamente patrimoniale: non è questa la finalità del risarcimento de quo e l'aspetto dell'eventuale danno patrimoniale subito dalle famiglie e

dagli alunni ben può essere autonomamente ristorato purché allegato e provato, secondo la consueta bipartizione del danno emergente e del lucro cessante.

38.3.1. Appurato che negli ultimi anni il valore attribuito dall'INPS all'indennità di frequenza si aggira tra i 279 e i 285 euro (per l'anno 2019 l'importo dell'assegno mensile è pari a 285,66 euro), si ritiene equo fissare il “punto scala” in 300,00 euro, non essendo necessario utilizzare l'importo esattamente corrispondente all'indennità di frequenza, ma fissare un importo che abbia come riferimento una somma giustificabile sul piano dei criteri scelti dal singolo giudice, e ferma restando la possibilità di scegliere parametri diversi purché la quantificazione sia ancorata a criteri predeterminati a monte, abbia natura “ equitativa” e al contempo ristoratoria, sicché non venga presa come sussidio ma abbia un ruolo anche sollecitatorio per l'Amministrazione scolastica.

38.4. Se dunque il singolo punto di scala vale 300 euro, moltiplicando tale valore per i cinque punti nei quali detta scala è divisa si avrà una progressione risarcitoria che va da 300, a 600, a 900, a 1200 per finire a 1500 euro.

38.5. A questo punto, per individuare a quale livello della “scala di sofferenza” si colloca il caso singolo, la Sezione ritiene, sulla base di quanto sopra illustrato in ordine ai contenuti del danno dinamico – relazionale, di utilizzare quali parametri di valutazione: 1) il fattore “tempo della privazione”, da calcolarsi in termini di mesi o dell'intero anno scolastico; 2) l'eventuale reiterazione della mancata assegnazione laddove sia allegata dai ricorrenti la “recidiva” quale mancata o ritardata assegnazione anche negli anni scolastici precedenti; 3) la tipologia di disabilità (disabilità grave, art. 3 comma

3, oppure meno grave, art. 3 comma 1 della l. 104/92); 4) il grado di scuola frequentato (scuola dell'infanzia, scuola primaria, scuola secondaria di primo o secondo grado) e la classe di appartenenza, nonché il tempo trascorso a scuola (se siano ad esempio praticate terapie extra scolastiche o meno); 5) il contesto familiare di riferimento (se vi sia supporto della famiglia; se vi siano altri figli disabili; se i genitori lavorino tutti e due o meno).

38.6. Tali parametri, logicamente implementabili e affatto tassativi, possono essere considerati dal giudice nel loro complesso, senza rigidità applicative e facendo pur sempre ricorso a una valutazione equitativa, di per sé insindacabile se motivata sulla base di un ragionamento logico giuridico che enunci in via preventiva i propri criteri di esplicazione.

Ciascun giudice, pertanto, qualora voglia utilizzare la scala di sofferenza qui illustrata, è libero di rapportarvi il caso singolo tenendo conto dei parametri che ritiene opportuni, e facendo un ragionamento motivato che, all'esito della considerazione complessiva della fattispecie sottoposta al giudizio, arrivi a collocare il caso singolo nell'uno o nell'altro livello della scala.

Tale valutazione equitativa non potrà prescindere delle allegazioni di parte, dal notorio nonché da un ragionamento presuntivo che tenga conto dell'*id quod plerumque accidit*.

38.6.1. L'esperienza dimostra che il fattore temporale è sicuramente quello più incidente sul disagio dell'alunno, perché destinato, inevitabilmente, a mettere in crisi la didattica e l'apprendimento.

Pertanto, la Sezione sin d'ora afferma che, nell'ambito dei criteri sopra enunciati, attribuirà al fattore temporale un rilievo

determinante al fine dell'abbinamento del caso singolo col punto scala, riservandosi di ponderare tutto quanto il resto.

38.7. È tuttavia necessario chiarire la differenza che esiste, per quanto concerne il fattore “tempo”, ai fini dell'accertamento della lesione rispetto al profilo di quantificazione, posto che il tempo, in questo caso, riveste una duplice valenza che non va confusa.

Infatti, ai fini dell'accertamento del danno in via presuntiva, e senza la necessità di apposite allegazioni di parte (che possono esserci come non esserci), si è detto che la lesione si concretizza sicuramente a partire dalla mancata attribuzione dell'insegnante di sostegno per tutto il primo quadrimestre, mentre, salvo prova contraria, essa non è automaticamente accertata per periodi di durata inferiore al quadrimestre.

Per contro, ai fini puramente quantificatori (quindi, una volta che il danno sia stato accertato nell'*an*), il fattore tempo rileva tenendo conto di unità riferimento diverse, che variano a seconda del ragionamento (equitativo) del giudice e che possono basarsi sull'unità di tempo “ mese”, come sul “ bimestre”, come sul quadrimestre e persino sui singoli giorni, laddove emerga che la mancata assistenza in quei singoli giorni abbia contribuito ad aggravare un danno già di per sé grave sul piano della didattica (ad esempio, se il disabile privo di insegnante di sostegno, non abbia potuto partecipare a corsi di approfondimento, gite culturali, ecc).

39. Per quanto riguarda il danno morale soggettivo (così specificamente qualificato negli articoli 138 e 139 c.d.a., con ciò superando l'orientamento espresso dalle Sezioni unite del 2008 dal punto di vista classificatorio/terminologico), l'articolo 138 cit. prevede che - al fine di considerare la componente del danno morale

da lesione all'integrità fisica - la quota corrispondente al danno biologico stabilita in applicazione dei criteri di cui alle lettere da a) a d) è incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione complessiva della liquidazione.

Pertanto, una volta accertata l'esistenza di un danno morale da sofferenza, secondo quanto sopra illustrato, la Sezione ritiene che esso possa essere liquidato aumentando percentualmente i singoli punti, secondo parametri autonomamente stabiliti da ciascun giudice (purché enunciati prima della liquidazione) e comunque sempre suscettibili di adeguamento al caso concreto, per consentire la personalizzazione del danno morale rifuggendo, come ormai ritenuto dalla giurisprudenza sia di merito che di legittimità, da qualsiasi automatismo nel riconoscimento di una posta risarcitoria che va comunque accertata, sia pure, come detto, avvalendosi di ogni mezzo di prova e dunque anche in via presuntiva.

39.1. In linea con quanto stabilito nelle più recenti sentenze anche del tribunale civile di Roma, va risarcito il pregiudizio morale subito, attraverso l'individuazione delle ripercussioni negative sull'essere umano, liquidando una somma che si basi eventualmente su un metodo percentuale rispetto al danno da relazione/al bene protetto (usato come parametro equitativo) che però preservi l'autonomia del danno morale in relazione al bene specificamente protetto, che è il diritto (inviolabile) all'integrità morale (quale massima espressione della dignità umana, desumibile dall'art. 2 della Costituzione in relazione all'art. 1 della Carta di Nizza, contenuta nel Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008 n. 190),

tenendo conto delle condizioni soggettive della persona umana e della concreta gravità del fatto.

Si è, tuttavia, ritenuto di dover individuare un parametro di riferimento generale al fine di consentire, nella determinazione dell'importo che meglio corrisponde alle specifiche caratteristiche del caso concreto, un adeguato esercizio del potere equitativo di determinazione dell'importo consentendo così di ricostruire l'iter logico attraverso il quale - anche diversi giudici - sono giunti alla determinazione del relativo importo e di allontanare il rischio che ogni liquidazione segua criteri propri.

Tale soluzione, inoltre, risponde anche all'esigenza generalmente avvertita di rendere in qualche modo ragionevolmente prevedibile la decisione del giudice al fine di consentire il funzionamento dei sistemi di possibile definizione precontenziosa dei conflitti nonché di critica, in appello, alla sentenza di primo grado.

39.2. Pertanto, seguendo un criterio incrementale di tipo proporzionale, si ritiene opportuno che il danno morale possa essere liquidato nella misura minima del 10 % rispetto al danno relazionale fino alla misura massima del 50%, variabili in funzione della tipologia di patimento subito e della sofferenza accertata, parametrati all'età dell'alunno e al tipo di scuola frequentata.

Se dunque, ai fini dell'accertamento dell'esistenza stessa del danno morale, rileva molto la coscienza che l'alunno abbia delle conseguenze della privazione subita e, quindi, la sofferenza interiormente patita, il *range* di possibile oscillazione per la determinazione dell'importo del risarcimento spettante a tale titolo consente di apprezzare le diverse sfumature che può assumere tale

pregiudizio (dolore, vergogna, disistima di sé, paura, disperazione), secondo l'*id quod plerumque accidit*.

40. Nel sistema così delineato non sembra ci sia spazio per l'ulteriore personalizzazione cui fa riferimento il comma 3 dell'art. 138 c.d.a. ("qualora la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati e obiettivamente accertati, l'ammontare del risarcimento del danno, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella unica nazionale di cui al comma 2, può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 30 per cento).

La scala di sofferenza elaborata, infatti, è certamente più semplice e meno rigida rispetto al sistema tabellare per il risarcimento del danno da lesione dell'integrità psicofisica e, come tale, massimamente improntata alla personalizzazione, ab origine, del danno liquidato.

Non senza considerare, ancora, che la personalizzazione del risarcimento, entro il limite del 30%, è limitata al danno dinamico relazionale (comma 3 dell'art. 138), con esclusione del danno morale, che segue (comma 2, lett. e) un suo autonomo criterio risarcitorio.

L'eventuale prova che le parti possono fornire in giudizio, sui patimenti subiti, serve quindi non solo all'accertamento dell'esistenza del danno, anche ai fini della liquidazione in base al *range* che la Sezione ha sopra enunciato, che può essere certamente disatteso da altri giudici ma che allo stato contempera l'orientamento dei giudici civili in ordine alla predeterminazione di un *range* percentuale per la liquidazione del danno morale soggettivo con l'esigenza di personalizzazione fatta propria dal legislatore del 2017.

40.1. Anche se nulla è stabilito in materia di insegnanti di sostegno, e non sarebbe sbagliato, *de iure condendo*, una iniziativa del legislatore volta a fissare parametri liquidativi del danno non patrimoniale in caso di ritardo o omissione dell'assegnazione dell'insegnante di sostegno, la Sezione ritiene congruo non esagerare con la personalizzazione in una materia in cui gli stessi parametri di accertamento della lesione sono, come visto, del tutto orientati nel privilegiare le particolarità del caso concreto, pur mantenendo fermo un approccio di tipo probatorio finalmente meno rigido e meno ancorato al principio della necessaria allegazione delle componenti di danno, circostanza che, come detto, aveva di fatto impedito o reso difficoltoso, per anni, il risarcimento del danno non patrimoniale.

Nulla impedisce, tuttavia, che la personalizzazione del danno non patrimoniale sotto il profilo morale soggettivo diventi fatto costitutivo della pretesa, laddove circostanze straordinarie e imprevedibili vengano assunte a parametri di liquidazione maggiorata del danno.

Si tratta tuttavia, in base all'esperienza di questi anni, di ipotesi di scuola, poco allegabili (e dimostrabili) in una realtà nella quale la maggior parte dei ricorsi vengono redatti in modo "seriale" da professionisti sempre più specializzati nella materia, ma poco inclini alla personalizzazione del caso concreto, tanto meno sotto l'aspetto risarcitorio.

Non può tuttavia escludersi che la presente decisione, se correttamente interpretata e adattata al caso singolo, possa consentire la proposizione di domande risarcitorie e, se del caso, con l'allegazione di autonomi ed innovativi profili di personalizzazione

del danno, da ritenersi, in taluni casi, eccezionali (e, come tali, necessariamente valutabili: vedi Cass. civ., cit., 2788/2019).

La “personalizzazione” della liquidazione non concerne, infatti, le oscillazioni tabellari che definiscono il *range* astrattamente individuato per monetizzare le “ordinarie” conseguenze del punto d'invalidità accertato (consegnato in modo da lasciare così al giudicante un margine per il concreto apprezzamento equitativo delle appena menzionate ricadute pregiudizievoli). La “personalizzazione” in parola, si ripete, riguarda le eccezionali conseguenze dannose che, rispetto a quelle (da ritenere) incluse nello “standard” statistico sintetizzato dal punto d'invalidità, permettano e anzi, quando del caso, impongano un incremento rispetto a quel *range*.

§ La domanda risarcitoria proposta nel caso oggetto del presente giudizio.

41. Premesso tutto quanto illustrato nei paragrafi che precedono, deve certamente accogliersi la domanda di risarcimento del danno proposta dai signori S. in favore della figlia minore-OMISSIS-.

I fatti noti alla base della domanda, infatti, consistono; i) nell'essere la minore disabile grave con connotazione di gravità (art. 3 comma 3 l. 104/92), come comprovato dalla documentazione in atti; ii) nell'essere la minore iscritta al primo anno di scuola dell'infanzia; iii) nell'essere rimasta priva dell'insegnante di sostegno per l'intero anno scolastico, da settembre 2018 a giugno 2019, nonostante la tempestiva proposizione del ricorso da parte dei genitori e ben due pronunciamenti interlocutori di questa Sezione che hanno ordinato all'Amministrazione scolastica di provvedere in ordine all'attribuzione del numero di ore indicato nel PEI, secondo il rapporto 1:1.

Nel caso oggetto del presente giudizio, pertanto, la colpa è certamente dimostrata dalla consapevole e ripetuta violazione (leggasi, inadempimento) delle due ordinanze di questa Sezione, indicate in epigrafe e di cui si è dato conto nel corso dell'esposizione dei fatti rilevanti nel presente giudizio, non potendo ravvisarsi alcun elemento di scusabilità nella condotta di un'Amministrazione che non solo è pienamente e da anni consapevole del problema degli organici degli insegnanti di sostegno, non solo è subissata di centinaia di ricorsi giurisdizionali quasi sempre fondati, ma, nel caso specifico, è destinataria inerte di ben due provvedimenti del giudice amministrativo nei quali oltre a chiarire i termini della questione si paventa la possibilità della condanna risarcitoria.

Non si vede, quindi, come negare, nel caso concreto, l'esistenza dell'elemento soggettivo della colpa.

Possono quindi dirsi provati i presupposti per l'astratta configurabilità del danno non patrimoniale, quali la ridotta quantità delle ore assegnate, il periodo di tempo superiore al quadrimestre, la condotta colpevole dell'Amministrazione che non ha provveduto nonostante le pronunce del giudice amministrativo né ha dimostrato di essersi attivata per provvedere sollecitando, ad esempio, gli Uffici superiori competenti.

Il danno, in base a quanto ampiamente illustrato nel corpo della motivazione, è la conseguenza di tale condotta gravemente omissiva, valendo in tal caso il ragionamento presuntivo ex art. 2727 c.c. e ss., per cui, in base all'esperienza comune e all'*id quod plerumque accidit*, è inconfutabile che una bambina diversamente abile di quattro anni, privata dell'insegnante di sostegno proprio nella prima fase di inserimento all'interno del contesto scolastico, non abbia concrete

possibilità di integrazione e di crescita educativa all'interno della classe, venendo gravemente lesa l'esistenza stessa di una didattica personalizzata, che, come risulta dallo stesso PEI, è assolutamente imprescindibile.

42. Ciò detto, è provata la lesione di tipo dinamico relazionale (vedi *supra* par. 23) sotto il profilo della perdita dell'attività didattica, della crescita umana ed educativa, del presumibile carente inserimento nella classe di appartenenza.

Utilizzando i parametri che la Sezione si è data al par. 38, e in particolare quelli di cui al par. 38.5., unendo il lungo tempo della privazione (l'intero anno scolastico), la gravità dell'handicap, l'età della bambina, la scuola frequentata e ritenuta quest'ultima di vitale importanza nello sviluppo cognitivo e educativo del minore, si ritiene equo il collocamento al livello 4 della scala creata, ossia una sofferenza di livello alto ma non massima, in quanto trattasi di un inadempimento iniziale ma che si spera possa portare danni limitati a questa prima fase di inserimento all'interno dei cicli scolastici. La scuola dell'infanzia è fondamentale per lo sviluppo del minore ma l'età del bambino è tale da far immaginare che, negli anni futuri, la tempestiva copertura delle ore di sostegno possa colmare il gap educativo di questo primo anno, salvo prova contraria che la famiglia (alias, i ricorrenti) possono comunque fornire con i mezzi che l'ordinamento mette a loro disposizione, ma che non sono stati forniti nel presente giudizio. Ciò è sintomatico del fatto che essi si sono affidati al prudente apprezzamento del giudice, che quindi, attribuendo un peso deciso al lungo tempo per il quale la privazione dell'insegnante si è manifestata (intero anno scolastico) ritiene detto fattore comunque preponderante rispetto agli altri.

43. Quanto al danno morale soggettivo, sulla base di quanto illustrato al par. 39, si ritiene che la giovanissima età della minore-OMISSIS- sia tale da non averle fatto percepire, più di tanto, la differenza tra se stessa e gli alunni normodotati, impendendo quindi che l'assenza dell'insegnante di sostegno si traduca, secondo la comune esperienza, in una sofferenza intima tale da determinare quel particolare patema d'animo che consente di ritenere provato al suo massimo livello il danno morale soggettivo.

Ciò non toglie che il disagio è imprescindibile anche in situazioni di questo tipo, per cui si ritiene equo valutarlo nella misura minima del 10% rispetto al danno relazionale (vedi par. 39.2.).

44. In conclusione, in mancanza di prove dirette contrarie o di altro tipo dirette fornite dai ricorrenti o dall'Amministrazione, il danno non patrimoniale subito dalla minore-OMISSIS-va equitativamente valutato a livello 4 della scala elaborata dalla Sezione per ciò che concerne il danno dinamico relazionale e con un incremento del 10 % per il danno morale soggettivo, per un totale di euro 1320 (1200 dato dalla moltiplicazione del punto di scala pari a 300 euro più il 10 %).

La somma liquidata viene posta a carico del Ministero dell'Istruzione, in quanto organo gerarchicamente sovraordinato agli uffici scolastici periferici e unico soggetto al quale può essere contabilmente imputata, in mancanza di autonomia dei singoli Uffici scolastici regionali sulle somme destinate, da bilancio, alla copertura delle spese per il sostegno scolastico.

Tale somma, lungi dall'avere un valore simbolico, rappresenta il ristoro di un danno che, data l'età della bambina, è suscettibile di

essere evitato negli anni futuri, mediante la tempestiva assegnazione dell'insegnante di sostegno.

È altresì evidente che la non auspicata reiterazione del comportamento illegittimo da parte dell'Amministrazione scolastica, sia per la piccola-OMISSIS- che per altri minori nella stesse condizioni, esporrà costantemente gli uffici scolastici alle conseguenti responsabilità, non solo economiche ma, di questo passo, anche erariali.

45. Va quindi accertato il diritto della minore-OMISSIS- all'assegnazione di un insegnante di sostegno con rapporto 1:1, in deroga all'organico esistente e, per l'effetto, va accolta la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati nonché la domanda risarcitoria in favore della minore, liquidata come sopra.

46. Poiché la novità della questione concerne il solo aspetto della liquidazione del danno, ma non certo quello della illegittimità dei provvedimenti dell'Amministrazione, non vi è ragione per compensare le spese, che dunque seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto dispone l'annullamento dei provvedimenti indicati in epigrafe.

Condanna il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca al risarcimento del danno non patrimoniale, nella misura di cui in motivazione, in favore dei ricorrenti indicati in epigrafe, nella qualità di genitori esercenti la potestà sulla minore-OMISSIS-S.

Condanna il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca al pagamento delle spese processuali in favore dei ricorrenti, con attribuzione al procuratore antistatario, che liquida in complessivi euro 2000,00 (duemila), oltre accessori di legge e contributo unificato se dovuto e versato.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui agli articoli 6, paragrafo 1, lettera f), e 9, paragrafi 2 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, all'articolo 52, commi 1, 2 e 5, e all'articolo 2-septies, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, 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 persone comunque ivi citate.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Luca Cestaro, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Barbara Cavallo

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO

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