

Pubblicato il 13/08/2018

N. 05231/2018 REG.PROV.COLL.
N. 04097/2017 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 4097 del 2017, proposto da -OMISSIS-, -OMISSIS-in qualità di Esercente La Potestà Sul Minore - OMISSIS-, rappresentati e difesi dall'avvocato Maurizio Ricciardi Federico, con domiciliogotale come da PEC registri giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Gian Luca Lemmo in Napoli, via del Parco Margherita, 31;

contro

Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca, I.C. Falcone di Piedimonte Matese, Usr Campania Napoli, Usp Caserta, Centro Servizi Amministrativi di Caserta in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Napoli, domiciliata ex lege in Napoli, via Armando Diaz, 11;

per l'annullamento

1) della determinazione prot. n. 2747/B2 del 19.9.2017, succ. notificata, resa dall'Istituto Autonomo Comprensivo "Giovanni Falcone" di Piedimonte Matese; unitamente ad ogni altro atto lesivo presupposto, preordinato, connesso o consequenziale (ivi comprese -ove e per quanto occorra- le

risultanze del Consiglio di Classe convocato 18.9.2017, se ed in quanto esistenti, di cui si ignora contenuto ed estremi, qualora lesive degli interessi dei ricorrenti);

nonché per l'accertamento

del diritto dell'alunno al trasferimento d'istituto per l'anno scolastico 2017/2018 e la conseguente condanna dell'Amministrazione a rilasciare il nulla-osta ex art. 4 R.D. n.653 del 4.5.1925, finalizzato al trasferimento del minore -OMISSIS-presso l'Istituto Scolastico "Nicola Ventriglia" di Piedimonte Matese

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca e di I.C. Falcone di Piedimonte Matese e di Usr Campania Napoli e di Usp Caserta;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2018 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.I ricorrenti, in qualità di genitori del minore -OMISSIS-, hanno impugnato il provvedimento con il quale la dirigente scolastica (-OMISSIS-) dell'Istituto scolastico "G. Falcone" di Piedimonte Matese (sito nel rione San Domenico) ha notificato il diniego di nulla-osta al trasferimento dell'alunno dall'istituto sopra indicato al nuovo plesso scolastico "Nicola Ventriglia" (sito nel poco distante rione Vallata).

In sintesi, a fronte della volontà dei ricorrenti di trasferire la figlia in altra scuola a causa delle condizioni strutturali non ottimali di quella attuale, della collocazione di quest'ultima in zona a elevato rischio idrogeologico (R4 nel Piano Stralcio di Assetto Idrogeologico redatto dall'Autorità di Bacino dei fiumi Liri Garigliano e Volturno) e della sempre maggior carenza di alunni,

con conseguenze inevitabili sull'attività didattica stante l'accorpamento di classi di anni diversi, l'Istituto Falcone ha negato il nulla osta paventando un possibile danno psicologico e didattico per l'allieva (asseritamente obbligata a impegnare le proprie energie, in modo prioritario, alla costruzione di rapporti relazionali con i nuovi compagni) e ribadendo l'esperienza positiva fino ad allora vissuta alla scuola Falcone, assicurandosi, infine, lo sdoppiamento della " pluriclasse" in due gruppi a seconda della classe di frequenza (nel caso, quarta e quinta).

Il ricorso è stato affidato alle seguenti censure:

I) violazione e falsa applicazione artt. 30, 34 e 97 cost.; violazione e falsa applicazione artt. 1 e 4 r.d. n. 653 del 4.05.1925-sviamento di potere, in quanto il rilascio del nulla osta da parte dell'Istituto Scolastico di provenienza è atto, per legge, non discrezionale;

II) violazione degli artt. 7, 10 e 10 bis legge n. 241/1990, eccesso di potere per travisamento della situazione di fatto e di diritto, per mancata comunicazione del preavviso di rigetto pur trattandosi di provvedimento ad istanza di parte.

III) eccesso di potere per carenza di motivazione-genericità –apoditticità?-inesistenza dei presupposti in fatto ed in diritto-carenza di istruttoria-sproporzione-eccesso di potere per carenza di motivazione-violazione art. 3, l. n. 241/90, con riguardo alle motivazioni fornite nel provvedimento di diniego, che lungi dal tener conto delle reali esigenze del minore di studiare in una scuola moderna e accogliente, hanno prospettato ipotetici e indimostrati disagi psicologici quali causa del mancato spostamento.

IV) violazione art. 6, l. n. 241/90- eccesso di potere per carenza di istruttoria-sviamento di potere, in quanto il dirigente scolastico avrebbe dovuto chiedere informazioni dalle famiglie laddove la richiesta fosse risultata, come pur affermato nel provvedimento impugnato, " non chiara".

2. Con decreto monocratico del 23 ottobre 2017 n. 1607, confermato dall'ordinanza cautelare n. 1742 del 9.11. 2017, questa Sezione ha sospeso il

provvedimento di diniego e, di fatto, acconsentito al trasferimento del minore dall'Istituto Falcone all'Istituto Ventriglia, fissando per la discussione del merito l'udienza pubblica del 20 giugno 2018.

3. L'Amministrazione si è costituita e in vista dell'udienza di merito ha depositato documentazione. I ricorrenti, con memoria, hanno rappresentato che nessun nulla osta è stato rilasciato, neppure dopo l'emissione dell'ordinanza cautelare.

4. All'udienza pubblica del 20 giugno 2018, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

5. Il ricorso si rivela palesemente fondato e sorprende che nonostante ben due provvedimenti favorevoli della sezione, le Amministrazioni competenti non si siano adeguate per rilasciare il nulla osta e porre così termine al presente contenzioso.

Si rivela, infatti, pienamente fondato il primo motivo di ricorso, riguardante la violazione dell'art. 4 del RD n. 653/1925, attualmente vigente, in base al cui primo comma "l'alunno che intende trasferirsi ad altro istituto durante l'anno scolastico deve farne domanda in carta legale al preside del nuovo istituto, unendo alla domanda stessa la pagella scolastica col nulla osta da cui risulti che la sua posizione è regolare nei rapporti della disciplina e dell'obbligo delle tasse, e una dichiarazione del preside dell'istituto di provenienza relativa alla parte di programma già svolta".

Detta disposizione è stata interpretata dalla giurisprudenza come vincolante per la scuola che viene lasciata, mancando qualsiasi discrezionalità in sede di rilascio del nulla osta da parte dell'Istituto Scolastico di provenienza.

Sul punto T.A.R. Sicilia-Palermo, II, 30 marzo 2015, n. 784, secondo cui la norma di cui trattasi "non attribuisce alcuna discrezionalità al dirigente dell'Istituto di provenienza in ordine al rilascio del nulla osta al trasferimento. Al contrario, l'atto richiesto appare vincolato e legato alla semplice ricorrenza di una posizione regolare dell'alunno sul piano disciplinare e fiscale" e che

richiama T.a.r. Sicilia - Catania, sez. II, 15 gennaio 2009, n 59 e Tar Umbria 6 luglio 2006, n. 344, citate anche dalla decisione di questo Tar, sezione VIII, 7 novembre 2013 n. 4956.

La giurisprudenza in argomento è univoca ma scarsa per l'evidente ragione che in ben pochi casi i dirigenti scolastici hanno negato il nulla osta al trasferimento, ben sapendo di non poter sindacare in alcun modo le ragioni per le quali detto trasferimento è stato chiesto.

5.1. Volendo approfondire ulteriormente, tale interpretazione della disposizione in questione risulta corretta sotto almeno due profili.

5.1.1. Il primo, di tipo formale, riguarda la natura stessa del “nulla-osta”, che è qualificabile come provvedimento di tipo “permissivo-autorizzatorio” emanato da un'autorità nel perseguimento di un interesse pubblico di propria competenza nell'ambito di un procedimento avente ad oggetto un diverso interesse pubblico.

Si tratta dunque di una valutazione preventiva di compatibilità dell'attività assentita con l'interesse tutelato, il che lo rende del tutto assimilabile all'autorizzazione sotto un profilo funzionale e, come tale, anche immediatamente impugnabile, ma non sotto un profilo contenutistico, perché mentre l'autorizzazione è caratterizzata dall'esercizio di potere discrezionale più o meno esteso nella comparazione tra interessi (di norma, pubblici e privati), al fine del soddisfacimento dell'interesse pretensivo del richiedente, nel nulla osta la valutazione di compatibilità è fortemente circoscritta e vincolata a quanto stabilito dalla disposizione che lo prevede, non consentendo margini di valutazione che vadano oltre il mero confronto tra requisiti di legge e situazione di fatto, al punto che in diversi casi le normative che prevedono il nulla-osta consentono, in casi di mancata pronuncia, di dare per rilasciato il provvedimento, trattandosi di casi tipizzati di silenzio – assenso.

5.1.2. Ne deriva che, nel caso di specie, l'unica valutazione di compatibilità possibile per la scuola “cedente”, e, come tale, priva di margini di

apprezzamento discrezionale, consisteva nella certificazione della regolarità della condotta del discente nonché del rispetto della normativa fiscale (“la sua posizione è regolare nei rapporti della disciplina e dell'obbligo delle tasse”).

5.2. In secondo luogo, è sempre Tar Campania 4956/2013, cit., ad illustrare che l'art. 4 del R.D. 653/25 va interpretato alla luce della sopravvenuta normativa costituzionale costituita dall'art. 30 della Carta fondamentale, per cui l'istruzione rappresenta (oltre che dovere) un diritto dei genitori, nonché dall'art. 34 Cost., per cui i capaci e i meritevoli hanno il diritto a “raggiungere i più alti gradi degli studi”.

È del tutto evidente che l'esercizio del diritto-dovere genitoriale all'istruzione dei figli, nonché il perseguimento dell'astratta possibilità, per essi, di raggiungere i più alti gradi degli studi, rimarrebbero del tutto frustrati in radice, qualora si ritenesse (come hanno fatto le Istituzioni scolastiche resistenti) legittimo subordinare tali diritti a circostanze contingenti e specifiche, peraltro non prospettate dalla famiglia ma di pura invenzione della dirigenza scolastica.

Invero, l'esercizio del diritto all'istruzione di cui all'art. 30 Cost. comporta che, tra le facoltà così riconosciute ai genitori degli scolari minorenni, vi sia necessariamente quella di scegliere liberamente il corso di studi ritenuto più confacente alle attitudini ed aspirazioni del minore.

In caso contrario, il diritto in questione risulterebbe, nella sostanza, svuotato di reale contenuto, di guisa che l'art. 30 Cost. rimarrebbe norma impositiva del dovere di impartire una purchessia istruzione al minore, svincolata da qualsivoglia aspirazione e attitudine personali.

Il che contrasterebbe, evidentemente, oltre che con elementari canoni di ragionevolezza, anche e soprattutto con il più generale diritto, costituzionalmente garantito a tutti i cittadini dall'art. 3 Cost., a che lo Stato garantisca loro (a ciascuno di loro) il pieno sviluppo della persona umana.

Lo stesso si deve dire in ordine alla possibilità in astratto conferita dalla Carta fondamentale a qualsiasi discente, se capace e meritevole, di raggiungere i più

alti gradi degli studi: è evidente che tale possibilità (oltre che la stessa attitudine a rientrare, o non, tra i discenti più capaci e meritevoli) deve essere misurata in relazione al percorso scolastico prescelto dall'alunno, o da chi deve rappresentarlo sino al compimento della maggiore età.

In definitiva, subordinare il rilascio del nulla osta da una Scuola non più ritenuta adeguata alle esigenze formative del minore ad un'altra, considerata più rispondente alle stesse esigenze, significa piegare inammissibilmente le necessità collettive (ed i sottesi diritti), per cui il servizio pubblico scolastico è istituito, alle contingenti misure organizzative del servizio medesimo; ma in senso diametralmente contrario, fra le funzioni di tale servizio pubblico e della sua organizzazione –da cui dipende, in larga parte, il futuro della collettività amministrata- vi è proprio quella di raggiungere gli obiettivi posti dai principi costituzionali sopra ricordati.

Va da sé che anche in questo caso risultano del tutto inconferenti e fuori luogo le motivazioni di cui al provvedimento di diniego, che vanno a ipotizzare, in modo del tutto arbitrario, unilaterale e privo di alcun supporto probatorio, possibili conseguenze sul discente in ragione del trasferimento, ingerendosi così nella scelta che sia la Costituzione sia il Codice civile rimette esclusivamente ai soggetti esercenti la potestà sul minore.

Parimenti, a prescindere dalle ragioni che le parti abbiano posto alla base della richiesta, è del tutto irrilevante che la dirigenza scolastica si premuri di anticipare possibili soluzioni organizzative delle classi dell'Istituto, così come è irrilevante l'enorme quantità di documentazione versata in giudizio relativa a lavori di consolidamento, messa in sicurezza e ristrutturazione dello stabile scolastico, posto che le ragioni che hanno indotto i ricorrenti a chiedere il nulla osta per il trasferimento del figlio in altro plesso sono assolutamente prive di rilevanza nel procedimento che la legge disciplina ai fini del passaggio da una scuola all'altra.

In sostanza, l'insindacabilità della scelta familiare, giuridicamente supportata da quanto detto sopra, supera qualsiasi affermazione o documentazione della

Scuola in ordine alla pretesa tutela dell'interesse dei discenti che avrebbe dovuto "far ricredere" i ricorrenti rispetto alla scelta di abbandonare il plesso scolastico: per le considerazioni sopra svolte, infatti, è ovvio che alcuna possibilità di influire sulla scelta compiuta è data all'Istituzione scolastica relitta dal discente.

5.3. Peraltro, il provvedimento non è stato preceduto da alcun preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90 che sarebbe stato invece obbligatorio per tale tipologia di procedimenti.

6. Per le ragioni sopra esposte vanno accolti anche i motivi di ricorso successivi al primo con conseguente annullamento del nulla osta impugnato e condanna dell'Istituto G. Falcone di Piedimonte Matese al rilascio del definitivo nulla-osta per il trasferimento di-OMISSIS- ad altra scuola.

Le spese 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 annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Istituto G. Falcone di Piedimonte Matese al rilascio del definitivo nulla-osta per il trasferimento di-OMISSIS- ad altra scuola.

Condanna le Amministrazioni resistenti al pagamento delle spese processuali in favore dei ricorrenti che liquida in complessivi euro 3000,00 oltre accessori di legge, IVA e CAP e contributo unificato.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, commi 1,2 e 5 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, manda alla Segreteria di procedere, in caso di riproduzione in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, all'oscuramento delle generalità del minore, dei soggetti esercenti la potestà genitoriale o la tutela e di ogni altro dato idoneo ad identificare il medesimo interessato riportato sulla sentenza o provvedimento.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Ida Raiola, Consigliere

Luca Cestaro, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO

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