



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10306 del 2011, proposto da: Provincia di Milano, in persona del Vice Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Angela Bartolomeo, Marialuisa Ferrari e Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Roma, via della Vite, n. 7;

contro

Roberto Giuseppe Farru ed Elena Claudia Cavalli, in qualità di genitori esercenti la potestà genitoriale sul figlio minore Giorgio Farru, rappresentati e difesi dagli avv. Francesco Mainetti, Stefania Pattarini e Luca Frontori, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, piazza Mazzini, n. 27; Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro pro tempore, nonché l'Ufficio Scolastico Regionale della Lombardia e l'Istituto Scolastico Liceo Erasmo Da Rotterdam (Sede di Sesto San Giovanni), in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia – Milano, Sezione III, n. 01750/2011, resa tra le parti, concernente l'attribuzione del servizio di assistenza educativa scolastica ad un soggetto disabile.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dei sigg.ri Roberto Giuseppe Farru e di Elena Claudia Cavalli, nonché del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, dell'Ufficio Scolastico Regionale della Lombardia e dell'Istituto Scolastico Liceo Erasmo Da Rotterdam (Sede di Sesto San Giovanni);

Vista la memoria prodotta dal Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2013 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati sia nella fase preliminare che in sede di discussione) Angela Bartolomeo e (solo nella fase preliminare Lucio Nicolais, su delega dell'avv. Francesco Mainetti e l'avvocato dello Stato Agnese Soldani);

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. III, con sentenza n. 1750/2011, ha accolto il ricorso proposto dai sigg.ri Roberto Giuseppe Farru e Elena Claudia Cavalli, nell'interesse del minore Giorgio Farru, ed ha condannato il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e Ricerca Scientifica ad assegnare al suddetto, nell'anno scolastico 2010/2011, un insegnante di sostegno per 18 ore settimanali e a mantenere tale misura nei successivi anni scolastici sino all'approvazione del nuovo piano educativo individualizzato, oltre al risarcimento per equivalente del danno non patrimoniale in favore della parte ricorrente, secondo i criteri e le modalità precisati in motivazione; inoltre ha condannato la

Provincia di Milano ad assegnare al predetto disabile un assistente alla persona per 10 ore settimanali e a mantenere tale misura nei successivi anni scolastici sino all'approvazione del nuovo piano educativo individualizzato, respingendo la domanda risarcitoria avanzata nei suoi confronti.

Posto che era pacifico, in punto di fatto, che si trattava di uno studente disabile frequentante un istituto superiore statale, affetto, come emergeva inconfutabilmente dalla documentazione in atti, da una grave malattia, con necessità di assistenza continua, di sostegno per la didattica di livello alto e di assistenza educativa per le relazioni sociali in ambito scolastico, il predetto Tribunale ha innanzitutto affermato la sussistenza del diritto dello stesso ad un insegnante di sostegno per 18 ore settimanali; inoltre ha riconosciuto il diritto ad un assistente alla persona per 10 ore settimanali, da aggiungere a quelle di cui già fruiva fornite da terzi, così come previsto dall'art. 13, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, il cui correlativo onere ricadeva sull'amministrazione provinciale, ai sensi dell'art. 139 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

Sono state infatti ritenute infondate le argomentazioni difensive della Provincia di Milano, volte ad evidenziare la competenza del Comune nella materia de qua (in ragione della portata residuale delle disposizioni invocate, artt. 6, 7 e 14 della legge n. 328 del 2000; 42 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616; art. 13 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267) e a riconoscere la propria competenza solo per il servizio di trasporto dall'abitazione alla sede scolastica dei soggetti diversamente abili.

Il Tribunale, inoltre, respinta l'eccezione della resistente amministrazione provinciale in ordine alla pretesa inammissibilità di una pronuncia di condanna della pubblica amministrazione per l'inesistenza di un'azione di adempimento e per la sussistenza nella materia in esame di poteri discrezionali, ha ritenuto sussistente la propria giurisdizione e, pur escludendo che l'erogazione del servizio oggetto di controversia potesse essere disposto sulla base di moduli convenzionali tra i vari

enti locali, ha limitato l'accoglimento della domanda, in ragione della previsione contenuta nell'art. 12 della legge n. 104 del 1992, sino alla formulazione del nuovo piano educativo individualizzato, destinato a rideterminare con attualità i bisogni dell'interessato.

E' stata accolta anche la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale subito dallo studente, nei confronti del Ministero resistente e non della Provincia di Milano (non risultando dalla documentazione in atti che le fosse stato chiesto di provvedere alla assegnazione di un assistente alla persona) a causa della riscontrata violazione del suo diritto fondamentale all'assistenza, sussistendone tutti i presupposti, liquidando il relativo ammontare in via equitativa ed a tal fine fissando, ai sensi dell'art. 34, comma 4, del c.p.a. il relativo criterio di determinazione (indicato nel costo medio sul libero mercato di un'ora di insegnamento di sostegno prestata da personale qualificato per la patologia da cui è affetto l'interessato, moltiplicata per il numero di ore settimanale cui l'interessato ha complessivamente diritto, con incremento in via equitativa dell'importo risultante nella misura del 50%): il tutto con rivalutazione monetaria ed interessi legali sulle somme rivalutate sino al soddisfo.

2. Con atto di appello la Provincia di Milano ha chiesto la riforma della predetta sentenza, lamentandone l'erroneità, dopo aver eccepito che la mancata integrazione del contraddittorio nei confronti del Comune di Milano avrebbe determinato la nullità della sentenza per violazione e falsa applicazione degli artt. 102 e 354 del c.p.c., con il primo motivo di appello, per violazione e falsa applicazione dell'art. 139 del d. lgs. n. 112/1998, dell'art. 12 della l. n. 104/1992, degli artt. 6 e 7 della l. r. n. 19/2007, dell'art. 12 della l.r. n. 3/2008, degli artt. 6 e 7 della l. n. 328/2000, degli artt. 42 e 45 del d. P.R. n. 616/1977, dell'art. 3, comma 3, della l. n. 104/1992: errata individuazione della competenza per il servizio di

assistenza ad personam per frequenza alle scuole superiori. Carente, insufficiente contraddittoria motivazione.

Con il secondo motivo lamentando violazione ed erronea interpretazione degli artt. 9 e 10 della l. n. 104/1992, degli artt. 6 e 7 della l. n. 328/2000; degli artt. 13 e 19 TU EELL d. lgs. 267/00, quest'ultimi anche in riferimento all'art. 118 della Costituzione.

Con il terzo motivo lamentando erronea applicazione dell'art. 13, comma 1, lettera a), della l. n. 104/1992, violazione ed erronea applicazione della l.r. n. 19/2007 e del d.m. 9 luglio 1992, nonché “omessa – insufficiente incompleta motivazione”.

Con il quarto motivo lamentando erronea applicazione dell'art. 12 della l. n. 104/1992; omessa, insufficiente ed incompleta motivazione.

In particolare l'amministrazione appellante ha contestato che nel servizio di “supporto organizzativo”, richiamato dall'art. 139 del D. Lgs. n. 112 del 1998, potessero ricomprendersi anche i servizi di diretto e personale sostegno del soggetto disabile, trattandosi di servizi alla persona rientranti negli ordinari compiti dei Comuni nell'ambito della gestione dei servizi sociali resi in favore della comunità e dei singoli; ciò tanto più che spetterebbero all'Amministrazione provinciale solo compiti di coordinamento, programmazione e supervisione nella rete dei servizi sociali resi in favore dei soggetti disabili (compiti in attuazione dei quali la Provincia di Milano per il passato aveva provveduto ad assicurare ai Comuni interventi di sostegno economico).

Più precisamente è stato sostenuto dalla Provincia che l'art. 13 del d. lgs. n. 267/2000 stabilisce la competenza generale dei Comuni negli interventi di rilievo sociale e nei relativi settori di sostegno ai bisogni dei singoli rinviando a norme di legge particolari la competenza di altre P.A. in ambito sociale; nel caso di specie nessuna norma prevede che il servizio di assistenza alla persona degli studenti disabili frequentanti le scuole medie superiori sia curato dalle Province, mentre la

competenza comunale in materia è confermata dagli artt. 9, 10 e segg. della l. n. 104/1992 e dagli artt. 6 e 7 della l. n. 328/2000.

Inoltre, secondo la Provincia di Milano, la sentenza, pur in presenza di atti regionali che attribuiscono ai Comuni fondo per interventi assistenziali ai disabili configurati come parte del diritto allo studio, ha attribuito per intero ad essa Provincia la competenza e la spesa per far fronte al servizio di assistenza “ad personam”, in assenza di alcuna concertazione o accordo o pattuizione delle norme che impongono al riguardo moduli convenzionali.

L'amministrazione appellante ha altresì rilevato che la misura oraria del diritto all'assistente personale non avrebbe potuto essere stabilita, in modo fisso ed immutabile, per l'intero ciclo di studi, come statuito da i primi giudici, dovendo essa emergere esclusivamente dal piano educativo individualizzato da redigersi annualmente.

La Provincia appellante ha quindi contestato il capo relativo alla condanna al pagamento delle spese di giudizio, ingiustamente gravosa, anche in considerazione della complessità e della delicatezza della vicenda (circostanze che avrebbero dovuto suggerire la compensazione delle stesse).

Con atto depositato il 18.1.2012 si sono costituiti in giudizio il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, nonché l'Ufficio Scolastico Regionale della Lombardia e l'Istituto Scolastico Liceo Erasmo Da Rotterdam.

Con memoria depositata il 24.2.2012 si sono costituiti in giudizio i sigg.ri Roberto Giuseppe Farru ed Elena Claudia Cavalli, in qualità di genitori esercenti la potestà genitoriale sul figlio minore Giorgio Farru, deducendo la infondatezza della eccezione di mancata integrazione del contraddittorio e dei motivi di appello e concludendo per la reiezione.

Con atto depositato il 28.12.2012 il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, premesso che il T.A.R. ha “respinto” il ricorso avversario “ritenendolo

infondato”, ha contestato la fondatezza della domanda di concessione di un insegnante di sostegno per un numero di ore predeterminato e ha eccepito la inammissibilità della domanda per difetto di attualità del pericolo di pregiudizio; ha quindi chiesto di “dichiarare l’inammissibilità o comunque respingere, perché infondata, la domanda ex adverso formulata e confermare la sentenza impugnata”. Alla pubblica udienza del 5.2.2013 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dalla Provincia di Milano con l’appello, di riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale è stato accolto il ricorso proposto dai sigg.ri Roberto Giuseppe Farru ed Elena Claudia Cavalli, nell’interesse del minore disabile Giorgio Farru, ed è stato condannato il Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca Scientifica ad assegnare al suddetto nell’anno scolastico 2010/2011, un insegnante di sostegno per 18 ore settimanali e a mantenere tale misura nei successivi anni scolastici sino all’approvazione del nuovo piano educativo individualizzato, oltre al risarcimento per equivalente del danno non patrimoniale in favore della parte ricorrente, secondo i criteri e le modalità precisati in motivazione; inoltre è stata condannata la Provincia di Milano ad assegnare al predetto disabile un assistente alla persona per 10 ore settimanali e a mantenere tale misura nei successivi anni scolastici sino all’approvazione del nuovo piano educativo individualizzato, respingendo la domanda risarcitoria avanzata nei suoi confronti.

2.- .- Il motivo con cui la Provincia appellante deduce la nullità della sentenza di primo grado per mancata integrazione del contraddittorio nei confronti del Comune di Baranzate è infondato.

Infatti, quando il convenuto contesti di esser titolare dell'obbligazione dedotta in giudizio indicando un terzo quale esclusivo soggetto passivo della pretesa attrice, non v'è necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di quest'ultimo, in quanto, potendo emettersi la pronunzia di accertamento positivo o negativo della sussistenza di quella titolarità con effetti limitati alle parti in causa, non si versa in situazione di impossibilità di adottare una pronunzia idonea a produrre gli effetti giuridici voluti senza la partecipazione al giudizio di determinati soggetti; ne consegue che nella indicata ipotesi l'intervento del terzo nel giudizio può esser disposto in corso di causa ex art. 107 c.p.c. solo dal giudice di primo grado nell'esercizio di un potere discrezionale ed insindacabile (Cass., 30 gennaio 2012, n. 1291).

3. – Nel merito, occorre al riguardo premettere che, come recentemente evidenziato da questa stessa Sezione (sentenza 3 ottobre 2012, n. 5194), in tema di diritti dei disabili, la Corte Costituzionale ha più volte rilevato che l'esigenza di tutela dei soggetti deboli si realizza non solo con pratiche di cura e riabilitazione, ma anche attraverso il loro pieno ed effettivo inserimento, oltre che nella famiglia, anche nella scuola e nel mondo del lavoro, e con la sentenza n. 26 febbraio 2010, n. 80 (con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 413 e 414 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nella parte in cui rispettivamente è stato fissato un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno ed è stata esclusa la possibilità di assumere insegnante di sostegno in deroga al rapporto tra studenti e docenti stabilito dalla normativa statale, pur in presenza di situazioni di disabilità particolarmente gravi), ha evidenziato, fra l'altro, che i disabili non costituiscono un gruppo omogeneo, sussistendo forme diverse di disabilità, alcune di carattere lieve ed altre gravi, e che “per ognuna di esse è necessario, pertanto individuare meccanismi di rimozione degli ostacoli che tengano conto della tipologia di handicap da cui risulti essere affetta in concreto la persona”.

E' stato precisato che "ciascun disabile è coinvolto in un processo di riabilitazione finalizzato ad un suo completo inserimento nella società; processo all'interno del quale l'istruzione e l'integrazione scolastica rivestono un ruolo particolare", ricordando che il diritto all'istruzione dei disabili è oggetto di specifica tutela anche a livello internazionale (Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, entrata in vigore sul piano internazionale il 3 maggio 2008, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 3 marzo 2009, n. 18) e che nell'ordinamento interno, in attuazione della disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 38 della Costituzione, il diritto all'istruzione dei disabili e la loro integrazione scolastica sono stati disciplinati dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 ("Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate"), finalizzata a "perseguire 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 handicaps" (Corte Costituzionale, 29 ottobre 1992, n. 406).

4.- Sul piano normativo l'art. 12 della citata legge n. 104 del 1992 garantisce il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie (comma 2), stabilendo che l'integrazione scolastica ha come obiettivo lo sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione (comma 3) e che l'esercizio del diritto all'educazione e all'istruzione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento, né da altre difficoltà derivanti dalle disabilità connesse all'handicap (comma 4); il successivo quarto comma contempla poi, dal punto di vista operativo, il profilo dinamico – funzionale (che fa seguito all'individuazione dell'alunno come persona

handicappata ed all'acquisizione della documentazione risultante dalla diagnosi funzionale) indispensabile per la formulazione di un piano educativo individualizzato, definito congiuntamente, con la collaborazione dei genitori della persona handicappata, dagli operatori delle unità sanitarie locali e, per ciascun grado di scuola, dal personale insegnante specializzato, con la partecipazione dell'insegnante operatore psico – pedagogico (individuato secondo i criteri del Ministero della pubblica istruzione); il profilo dinamico – funzionale indica le caratteristiche fisiche, psichiche ed affettive dell'alunno, pone in rilievo sia le difficoltà di apprendimento conseguenti all'handicap e le possibilità di recupero, sia le capacità possedute, da sostenere, sollecitate, rafforzate e sviluppate secondo le scelte culturali della persona handicappate (comma 5): esso è soggetto a verifiche per controllare gli effetti dei diversi interventi e l'influenza esercitata dall'ambiente scolastico (comma 6) ed è aggiornato a conclusione di ogni ciclo scolastico (scuola materna, scuola elementare e scuola media) e durante il corso dell'istruzione secondaria superiore (comma 8).

Il successivo articolo 13, rubricato "Integrazione scolastica", afferma, al comma 1, che l'integrazione scolastica della persona handicappata nelle sezioni e nelle classi comuni di ogni ordine e grado (e nell'università) si realizza, per quanto qui interessa, anche attraverso: a) la programmazione coordinata dei servizi scolastici con quelli sanitari, socio – assistenziali, culturali, ricreativi, sportivi e con altre attività sul territorio gestite da enti o privati, evidenziando che a tale scopo gli enti locali, gli organi scolastici e le unità sanitarie locali, nell'ambito delle rispettive competenze, stipulano appositi accordi di programma, finalizzati alla predisposizione, attuazione e verifica congiunta di progetti educativi, riabilitativi e di socializzazione, nonché a forme di integrazione tra attività scolastiche e attività integrative extrascolastiche; b) la dotazione alle scuole (e alle università) di attrezzature tecniche e di sussidi didattici nonché di ogni altra forma di ausilio

tecnico, fermo restando la dotazione individuale di ausili e presidi funzionali all'effettivo esercizio del diritto allo studio, anche mediante convenzioni con centri specializzati, aventi funzione di consulenza pedagogica, di produzione e adattamento di specifico materiale didattico; c) la sperimentazione di cui al D.P.R. 31 maggio 1974, n. 419, da realizzare nelle classi frequentate da alunni con handicap.

Il terzo comma dell'articolo in esame stabilisce che “Nelle scuole di ogni ordine e grado, fermo restando, ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, e successive modificazioni, l'obbligo per gli enti locali di fornire l'assistenza per l'autonomia e la comunicazione personale degli alunni con handicap fisici o sensoriali, sono garantite attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati”.

5.- Quanto al riparto di competenza della complessa materia de qua tra gli enti locali, può osservarsi che:

a) l'articolo 39 della legge n. 104 del 1992 stabilisce che le Regioni possono provvedere, nei limiti delle proprie disponibilità di bilancio, ad interventi sociali, educativo – formativi e riabilitativi nell'ambito del piano sanitario nazionale, e della programmazione regionale dei servizi sanitari, sociali e formativo – culturali (comma 1), tra cui la definizione, mediante accordi di programma di cui all'art. 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142, delle modalità di coordinamento e di integrazione dei servizi e delle prestazioni individuali di cui alla legge stessa con gli altri servizi sociali, sanitari, educativi, anche d'intesa con gli organi periferici dell'Amministrazione della pubblica istruzione e con le strutture prescolastiche o scolastiche e di formazione professionale, anche per la messa a disposizione di attrezzature, operatori o specialisti necessari nell'attività di prevenzione, diagnosi e riabilitazione eventualmente svolta al loro interno (comma 2, lett. b); l'articolo 40, delineando i compiti dei Comuni, prevede che essi “...anche consorziati tra di

loro, le loro unioni, le comunità montane e le unità sanitarie locali qualora le leggi regionali attribuiscono loro la competenza, attuano gli interventi sociali e sanitari previsti dalla presente legge nel quadro della normativa regionale, mediante gli accordi di programma di cui all'articolo 27 della legge 8 giugno 1990, n. 142, dando priorità agli interventi di riqualificazione, di riordinamento e di potenziamento dei servizi esistenti”;

b) il d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 (“Attuazione della delega di cui all’art. 1 della legge 22 luglio 1975, n. 382, Trasferimento di funzioni a regioni ed enti locali”) all’art. 42 (“Assistenza scolastica”) ha stabilito che “Le funzioni amministrative relative alla materia assistenza scolastica concernono tutte le strutture, i servizi e le attività destinate a facilitare mediante erogazioni e provvidenze in denaro o mediante servizi individuali o collettivi, a favore degli alunni di istituzioni scolastiche pubbliche o private, anche se adulti, l’assolvimento dell’obbligo scolastico nonché, per gli studenti capaci e meritevoli ancorché privi di mezzi, la prosecuzione degli studi”, aggiungendo che “le funzioni suddette concernono tra l’altro: gli interventi di assistenza medico – fisica; l’assistenza ai minorati psico – fisici; l’erogazione gratuita dei libri di testo agli alunni delle scuole elementari” e precisando al successivo art. 45 (“Attribuzione ai comuni”) che “le funzioni amministrative indicate nell’art. 42 sono attribuite ai comuni che le svolgono secondo le modalità previste dalla legge regionale” (comma 1);

c) in materia di istruzione scolastica, l’art. 139 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (“Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni e agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59”) ha attribuito alle province, in relazione all’istruzione secondaria superiore, e ai Comuni, in relazione agli altri gradi inferiori di scuola, i compiti e le funzioni concernenti, fra l’altro “...c) i servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio”;

d) la legge regionale della Lombardia 6 agosto 2007, n. 19 (“Norme sul sistema educativo di istruzione e formazione della Regione Lombardia”), all’art. 6, ha delineato il ruolo delle Province e dei Comuni, stabilendo espressamente al comma 1 che “spettano alle province, in materia di istruzione secondaria superiore, e ai comuni, in relazione agli altri gradi inferiori dell’istruzione scolastica: a) l’istituzione, l’aggregazione, la fusione e la soppressione di scuole, in attuazione degli strumenti di pianificazione; b) i servizi di supporto del servizio di istruzione per gli alunni portatori di handicap o in situazione di svantaggio; c) il piano di utilizzazione degli edifici e di uso delle attrezzature, d’intesa con le istituzioni scolastiche; d) la sospensione delle lezioni in casi gravi e urgenti; e) la costituzione, i controlli e la vigilanza, ivi compreso lo scioglimento, degli organi scolastici a livello territoriale; f) l’educazione degli adulti; g) la risoluzione dei conflitti di competenza tra istituzioni scolastiche”.

6.- Completezza espositiva induce la Sezione ad evidenziare ancora che la giurisprudenza (TAR, Lombardia, sez. Brescia, 4 febbraio 2010, n. 581) ha osservato che, mentre all’insegnante di sostegno spetta una contitolarità nell’insegnamento, essendo egli un insegnante di tutta la classe chiamato a garantire un’adeguata integrazione scolastica (con la conseguenza che egli deve essere inquadrato a tutti gli effetti nei ruoli del personale insegnante), l’assistente educatore svolge un’attività di supporto materiale individualizzato, estranea all’attività didattica in senso stretto, finalizzata alla piena integrazione nei plessi scolastici di appartenenza e nelle classi, principalmente attraverso lo svolgimento di attività di assistenza diretta agli alunni affetti da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali in tutte le necessità ai fini di una loro piena partecipazione, precisandosi inoltre che le competenze comunali non attengono al generale bisogno educativo (rientrante nella sfera delle attribuzioni statali), ma riguardano gli interventi volti a

facilitare il percorso formativo dei disabili (in termini analoghi anche T.A.R. Puglia, II, 655 del 2 aprile 2012).

7.- Sulla scorta del delineato quadro normativo e giurisprudenziale la Sezione, essendo preclusa ogni esame sulla questione di giurisdizione, atteso che il relativo capo della sentenza non è stato oggetto di impugnazione, è dell'avviso che le doglianze sollevate dalla Provincia di Milano non siano meritevoli di favorevole considerazione.

7.1. In punto di fatto non è contestata la situazione di grave disabilità da cui è affetto lo studente in questione.

Ciò posto, non può dubitarsi del diritto di quest'ultimo all'istruzione ed all'integrazione scolastica, di cui l'assistente personale, quale misura scolastica integrativa e di supporto, nella misura oraria 10 ore settimanali, costituisce strumento indispensabile, oltre che idoneo ed adeguato (carattere che, del resto non è stato neppure contestato dall'amministrazione appellante).

7.2.- Quanto all'individuazione dell'ente locale competente ad assicurare tale misura (che costituisce la fondamentale questione controversa) la Sezione è dell'avviso che essa appartenga proprio all'amministrazione provinciale, come correttamente ritenuto dai primi giudici.

Infatti, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante Provincia di Milano, la misura (assistente personale) di cui si discute non rientra né nell'ambito generale degli interventi e dei servizi sociali alla persona (volti a garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione, a prevenire, eliminare o a ridurre le condizioni di disabilità derivanti anche da condizioni di non autonomia e oggetto della generale disciplina di cui alla legge 8 novembre 2000, n. 328), affidati al Comune (titolare delle funzioni amministrative concernenti gli interventi sociali svolti a livello, locale, ex art. 6 della ricordata legge n. 328 del 2000 e rispetto ai quali le funzioni ed i compiti delle province si risolvono nell'attività di

coordinamento e nel concorso alla programmazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, secondo le modalità definite dalle regioni, né nelle altrettanto generali previsioni di cui alla legge 5 febbraio 1992, n. 104), costituendo piuttosto attuazione concreta della speciale materia dell'istruzione scolastica oggetto del trasferimento di funzioni dallo Stato agli enti locali di cui al D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (“Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni e agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59”).

In particolare l'art. 139 di tale decreto legislativo, rubricato “Trasferimenti alle province ed ai comuni”, ha stabilito che “Salvo quanto disposto dall'articolo 137 del presente decreto legislativo, ai sensi dell'art. 128 della Costituzione sono attribuiti alle province, in relazione all'istruzione secondaria superiore, e ai comuni, in relazione agli altri gradi inferiori di scuola, i compiti e le funzioni concernenti: a) l'istituzione, l'aggregazione, la fusione e la soppressione di scuole in attuazione degli strumenti di programmazione; b) la redazione dei piani di organizzazione della rete delle istituzioni scolastiche; c) i servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio; d) il piano di utilizzazione degli edifici e di uso delle attrezzature, d'intesa con le istituzioni scolastiche; e) la sospensione delle lezioni in casi gravi e urgenti; f) le iniziative e le attività di promozione relative all'ambito delle funzioni conferite; g) la costituzione, i controlli e la vigilanza, ivi compreso lo scioglimento, sugli organi collegiali scolastici a livello territoriale” (comma 1), precisando ancora che “I comuni, anche in collaborazione con le comunità montane e le province, ciascuno in relazione ai gradi di istruzione di propria competenza, esercitano, anche d'intesa con le istituzioni scolastiche, iniziative relative a: a) educazione degli adulti; b) interventi integrati di orientamento scolastico e professionale; c) azioni tese a realizzare le pari opportunità di istruzione; d) azioni di supporto tese a promuovere

e sostenere la coerenza e la continuità in verticale e orizzontale tra i diversi gradi e ordini di scuola; e) interventi perequativi; f) interventi integrati di prevenzione della dispersione scolastica e di educazione della salute” (comma 2).

Dal tenore letterale di tale disposizione emerge la ripartizione tra la Provincia, per quanto riguarda l’istruzione secondaria superiore, e i Comuni, per quanto concerne gli altri gradi inferiori di scuola, dei compiti e delle funzioni ivi indicate, precedentemente incardinati nell’amministrazione statale, in osservanza del principio di sussidiarietà predicato dal comma 2 dell’art. 1 della legge 15 marzo 1997, n. 59 (recante “Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la sua semplificazione amministrativa”).

Peraltro deve osservarsi che se, per un verso, la specificità della materia cui ineriscono i predetti compiti e funzioni, nonché le peculiari e concrete misure che ne costituiscono la relativa attuazione, esclude in radice che gli stessi possano essere genericamente ricompresi nell’ambito dei servizi integrati sociali alla persona, trattandosi di particolari modalità di concreta attuazione del diritto allo studio ed all’integrazione scolastico, solennemente riconosciuto ai disabili in modo altrettanto pieno ed integrale rispetto ai soggetti, per altro verso non può negarsi l’esistenza in capo all’amministrazione provinciale di compiti e funzioni anche operativi e gestionali, pena un’inammissibile disapplicazione o peggio interpretazione “abrogans” del ricordato articolo 139 del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (a nulla rilevando sul punto le mere argomentazioni difensive dell’amministrazione provinciale appellante volte a sottolineare la mancanza nella struttura burocratica di adeguate figure professionali idonee ad espletare le delicate funzioni di assistente personale).

Non può sottacersi che a tali conclusioni conduce anche la lettura delle disposizioni di cui all’articolo 6 della citata legge regionale n. 19 del 2007.

7.3.- In definitiva, ad avviso della Sezione, l'assistenza personale in favore di uno studente disabile frequentante un istituto di istruzione secondaria superiore, costituendo una adeguata misura per dare effettività e concretezza al suo diritto all'istruzione e alla integrazione scolastica, integra ragionevolmente la fattispecie del servizio "di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio", di cui al comma 1, lett. c), del ricordato art. 139 del D. Lgs. n. 112 del 1998 e dell'art.6 della legge regionale n. 19 del 2007.

Del resto che la misura in questione sia attinente piuttosto all'istruzione scolastica che ai più generali servizi sociali e alle persone è comprovato anche dalla inequivoca circostanza che essa trova fondamento e giustificazione nel Piano Educativo Individualizzato, predisposto per il singolo alunno disabile da parte dell'istituzione scolastica frequentata ed oggetto di continua verifica ed aggiornamento in relazione alle specifiche esigenze dell'alunno stesso.

Non trova alcun fondamento normativo, né alcun ragionevole riscontro fattuale, l'interpretazione riduttiva della lett. c), del comma 1, del più volte citato articolo 139 del D. Lgs. n. 112 del 1998, prospettata dall'amministrazione provinciale, secondo cui "i servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio" consisterebbero esclusivamente nel servizio di trasporto, dall'abitazione all'istituto scolastico e viceversa, degli alunni e degli studenti disabili.

7.4. Ugualmente infondato è il motivo di censura con cui la Provincia di Milano ha lamentato l'erroneità della sentenza per aver dichiarato il diritto del ricorrente all'assistente personale, senza limitarlo all'anno scolastico cui si riferiva la richiesta (2010/11), omettendo così di considerare che la misura in questione non può essere considerata statica, fissa ed immutabile, ma è collegata al profilo dinamico del disabile che costituisce il necessario substrato del Piano Educativo Individualizzato, da aggiornarsi costantemente.

Al riguardo dall'esame della sentenza impugnata si evince che i primi giudici, richiamando proprio la previsione dell'art. 12 della l. n. 104 del 1992 e sottolineando che il quantum di prestazione da erogare non si presta ad essere cristallizzato in una formula statica e sempre uguale, ma deve essere adeguato all'evoluzione dello stato del disabile, hanno respinto la domanda di quantificazione preventiva delle prestazioni di assistenza da erogare negli anni scolastici, aggiungendo correttamente che l'assegnazione dell'assistente "ad personam", per nove ore settimanale, è in realtà limitata sino alla formulazione del nuovo piano educativo individualizzato, destinato a rideterminare con attualità i bisogni del disabile.

7.5. Quanto alla contestazione del capo della sentenza concernente la condanna alle spese del giudizio di primo grado, non può che rammentarsi che la relativa statuizione costituisce espressione dell'ampio potere discrezionale di cui è fornito il giudice in tema di spese, potere che non è sindacabile salva la sua macroscopica erroneità ed abnormità, come nel caso di condanna della parte vittoriosa, ipotesi che non ricorre nel caso di specie (ex multis: Consiglio di Stato, sez. V, 30 novembre 2012, n. 6113; sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2161).

8.- In definitiva l'appello della Provincia di Milano deve essere respinto.

9.- Deve quindi essere esaminato l'atto di costituzione del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, con cui, premesso (erroneamente) che la sentenza de qua sia di reiezione del ricorso introduttivo del giudizio, è stato contestato il diritto del minore a fruire nell'anno scolastico 2010/2011 di un insegnante di sostegno per 18 ore settimanali e a mantenere tale misura nei successivi anni scolastici sino all'approvazione del nuovo piano educativo individualizzato; inoltre è stata dedotta la inammissibilità di esso ricorso per mancanza di pregiudizio attuale della parte ricorrente, sia per infondatezza della domanda di concessione di

un insegnante di sostegno per un numero di ore predeterminato. Con l'atto il Ministero ha concluso per la "conferma" della sentenza.

9.1.- Le censure e la eccezione in esame, formulate nei confronti dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, non possono essere oggetto di positiva valutazione, atteso che la sentenza che lo stesso ha accolto non è stata impugnata con appello incidentale dal Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, nonché dall'Ufficio Scolastico Regionale della Lombardia e dall'Istituto Scolastico Liceo Erasmo Da Rotterdam, che si sono limitati a costituirsi in giudizio ed a contestare le originarie richieste contenute nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Ai sensi dell'art. 92 c.p.a., il controinteressato soccombente nel giudizio di primo grado, il quale abbia interesse all'annullamento della relativa sentenza, deve infatti impugnarla ritualmente, in via autonoma od in via incidentale dopo l'altrui impugnazione proposta per prima, non potendo eludere tale onere mediante la mera costituzione, per di più con memoria non notificata, nel giudizio promosso da altro soccombente, con la conseguenza che è inammissibile il motivo d'impugnazione dedotto con il suo atto di costituzione in giudizio (Consiglio di Stato, sez. III, 11 febbraio 2013, n. 739).

10.- Le spese dell'appello principale seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

Con riguardo al Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, all'Ufficio Scolastico Regionale della Lombardia e all'Istituto Scolastico Liceo Erasmo Da Rotterdam, nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, comma 1, del c.p.a e 92, comma 2, del c.p.c., le spese del presente grado di giudizio.

11.- Ai sensi e per gli effetti dell'art. 52, commi 2 e 3, del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, deve essere disposto che a cura della segreteria sia preclusa l'indicazione

delle generalità e dei dati identificativi dei ricorrenti e del loro rappresentato in ogni caso di riproduzione della presente sentenza in qualsiasi forma, per informazione giuridica, sulle riviste giuridiche, su supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dalla Provincia di Milano avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. III, n. 11750/2011, lo respinge.

Condanna la provincia di Milano appellante al pagamento in favore dei sigg.ri Roberto Giuseppe Farru ed Elena Claudia Cavalli delle spese del presente grado di giudizio, che si liquidano complessivamente in €. 4.000,00 (cinquemila).

Spese compensate nei confronti del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, dell'Ufficio Scolastico Regionale della Lombardia e dell'Istituto Scolastico Liceo Erasmo Da Rotterdam.

Dispone, ai sensi e per gli effetti dell'art. 52, commi 2 e 3, del D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, che a cura della segreteria sia apposta alla sentenza un'annotazione volta a precludere l'indicazione delle generalità e dei dati identificativi degli appellati e del loro rappresentato in ogni caso di riproduzione della presente sentenza in qualsiasi forma, per informazione giuridica, sulle riviste giuridiche, su supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/07/2013

IL SEGRETARIO

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