



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 per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2588 del 2009, proposto da OMISSIS e OMISSIS, in qualità di genitori esercenti la potestà genitoriale nei confronti della figlia minore OMISSIS, rappresentati e difesi dall'avv.xxx , presso il cui studio hanno eletto domicilio, in Milano, via xxx;

contro

-Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca Scientifica, in persona del Ministro pro tempore – Ufficio Scolastico Provinciale della Lombardia – Ufficio Scolastico Regionale della Lombardia – Istituto d'Istruzione Superiore Statale "Paolo Frisi", rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano, presso i cui Uffici domicilia, in Milano via Freguglia n. 1;
-Provincia di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nadia Marina Gabigliani, Angela Bartolomeo, Marialuisa Ferrari, Alessandra Zimmitti, presso il cui studio ha eletto domicilio, in Milano via Vivaio n. 1;

per l'accertamento del diritto

della minore OMISSIS ad ottenere l'insegnante di sostegno e l'assistente ad personam a copertura di tutte le ore di frequenza settimanali, con conseguente condanna delle amministrazioni resistenti, previa concessione dei provvedimenti cautelari ritenuti opportuni;
nonché per la condanna della Provincia di Milano al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e della Provincia di Milano ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2011 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

OMISSIS e OMISSIS, in qualità di genitori esercenti la potestà genitoriale nei confronti della figlia minorenni disabile, propongono le domande di accertamento e condanna indicate in epigrafe, deducendo la illiceità delle condotte serbate dalle amministrazioni resistenti nell'assegnare l'insegnante di sostegno e l'assistente alla persona per un numero insufficiente di ore.

Il Ministero resistente, costituitosi in giudizio, eccepisce l'infondatezza del ricorso avverso.

La Provincia di Milano, costituitasi in giudizio, eccepisce l'infondatezza delle pretese avanzate escludendo qualunque competenza provinciale nella materia de qua.

Le parti hanno prodotto memorie e documenti.

Con ordinanza depositata in data 09 dicembre 2009, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare contenuta nel ricorso.

All'udienza del 31 marzo 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalle deduzioni articolate nel ricorso e dalla documentazione versata in atti emerge che la minore OMISSIS - frequentante l'Istituto di Istruzione Superiore Statale "Paolo Frisi" - è persona in stato di handicap grave, siccome affetta da artrogriposi multipla neurogena, con perdita funzionale degli arti superiori ed inferiori e ritardo psicomotorio, riconosciuta invalida al 100%, con necessità di assistenza continua non essendo in grado di compiere gli atti quotidiani della vita (cfr. documentazione clinica allegata al ricorso).

Il piano educativo individualizzato relativo all'anno 2009 – 2010, cui si riferiscono le domande avanzate nel ricorso, specifica, in relazione all'area dell'autonomia scolastica, che la studentessa per un adeguato apprendimento abbisogna un rapporto costante di supporto secondo la modalità di uno ad uno.

Tale valutazione è precisata in relazione alle capacità afferenti all'area cognitiva, ove si rileva che i tempi di attenzione sono adeguati nel rapporto uno ad uno, mentre l'interessata presenta "enormi difficoltà a seguire autonomamente la lezione".

Analogamente, rispetto agli interventi di tipo assistenziale, il piano indica espressamente che OMISSIS "necessita della presenza costante di un assistente alla persona".

Del resto, già con atto del 23.10.2009 il Dirigente scolastico dichiarava che la gravità delle condizioni dell'alunna rendevano necessario il completamento della copertura oraria in relazione a tutte le 36 ore settimanali frequentate, garantendo tanto il sostegno didattico, quanto l'assistenza alla persona, ciò perché "l'alunna ha

risorse che possono e devono essere valorizzate solo attraverso stimoli ad hoc e continui”.

Per completezza, va dato atto che anche il piano educativo individualizzato relativo all'anno scolastico 2010/2011 conferma la necessità di un supporto scolastico in rapporto di uno ad uno e nel contempo della presenza costante di un assistente alla persona (cfr. documentazione di parte ricorrente depositata in data 18 febbraio 2011).

Nondimeno, nel corso dell'anno scolastico 2009/2010 alla studentessa veniva assegnato un insegnante di sostegno per sole 9 ore settimanali, mentre 6 ore di assistenza alla persona venivano assicurate dal Comune di Bollate.

A seguito dell'accoglimento della domanda cautelare, il Ministero incrementava le ore di sostegno portandole a 18 per settimana, mentre la Provincia di Milano assicurava altre 6 ore settimanali di assistenza alla persona.

Sulla base di tali premesse, i ricorrenti chiedono sia l'accertamento del diritto all'assegnazione di un insegnante di sostegno per il massimo delle ore (30 ore), con conseguente condanna sul punto del Ministero resistente, sia l'accertamento del diritto all'assegnazione di un assistente alla persona, sempre per il massimo delle ore (30 ore), con conseguente condanna della Provincia di Milano a prestare l'assistenza pretesa.

Infine, si propone, nei confronti della sola Provincia di Milano, la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale sofferto.

2) La domanda volta ad ottenere la condanna del Ministero dell'Istruzione all'assegnazione di un insegnante di sostegno, previo accertamento del relativo diritto, è fondata e merita accoglimento.

La trattazione della domanda rende opportuna l'analisi delle norme attinenti alla disciplina del sostegno didattico, tenendo presente sin d'ora che la natura della pretesa vantata e la misura della spettanza del bene della vita richiesto devono

essere apprezzate anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale del 26 febbraio 2010, n. 80.

2.1) La normativa in materia è costituita innanzitutto dalla legge n. 104 del 1992, che, all'art. 3, comma 2, prevede che la persona handicappata ha diritto alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale residua e alla efficacia delle terapie riabilitative.

L'art. 12 della medesima legge, nell'intento di dare concreta attuazione a tale principio e di garantire pari dignità sociale al soggetto disabile, nonché di rimuovere gli ostacoli che ne impediscono il pieno sviluppo e l'effettiva partecipazione alla vita sociale, politica ed economica del Paese, ex art. 3 Cost., riconosce il diritto all'educazione e all'istruzione del disabile nella scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie, affidando all'integrazione scolastica l'obiettivo di assicurare "lo sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione".

La norma specifica 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".

All'individuazione dell'alunno come soggetto disabile provvedono le aziende sanitarie locali sulla base di accertamenti collegiali, con modalità e criteri definiti con D.P.C.M..

Destinatari delle attività di sostegno ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, sono gli alunni che presentano una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione.

In attuazione di tale normativa è stato adottato il D.P.C.M. del 23 febbraio 2006, n. 185, dal quale si desume, in coordinamento con quanto previsto dal citato art. 12 della legge 1992 n. 104, che: a) per individuare l'alunno come soggetto in situazione di handicap, le A.s.l. "dispongono appositi accertamenti collegiali, nel rispetto di quanto previsto dagli articoli 12 e 13 della legge 5 febbraio 1992, n. 104", accertamenti cui segue "la redazione di un verbale di individuazione dell'alunno come soggetto in situazione di handicap" recante "l'indicazione della patologia stabilizzata o progressiva ... nonché la specificazione dell'eventuale carattere di particolare gravità della medesima" e "l'eventuale termine di rivedibilità dell'accertamento effettuato"; b) tali accertamenti "sono propedeutici alla redazione della diagnosi funzionale", che deve essere trasmessa anche "all'istituzione scolastica presso cui l'alunno va iscritto, ai fini della tempestiva adozione dei provvedimenti conseguenti"; c) a tali attività "fa seguito la redazione del profilo dinamico funzionale e del piano educativo individualizzato" ad opera dei soggetti di cui all'articolo 5, comma 2, del D.P.R. 24 febbraio 1994 (operatori sanitari individuati dalla A.s.l. e dal personale insegnante curricolare e di sostegno della scuola e con la partecipazione, ove presente, dell'insegnante operatore psicopedagogico, in collaborazione con i genitori o gli esercenti la potestà parentale dell'alunno); d) in particolare, tali soggetti, "in sede di formulazione del piano educativo individualizzato, elaborano proposte relative alla individuazione delle risorse necessarie, ivi compresa l'indicazione del numero delle ore di sostegno" (cfr. art. 3, comma 2, d.p.c.m. cit.).

Va precisato che l'art. 13 della legge 1992 n. 104, nel disciplinare gli strumenti dell'integrazione scolastica in favore degli studenti portatori di handicap, dispone che nelle scuole di ogni ordine e grado sono garantite attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati.

Insomma, la disciplina ora richiamata palesa che l'assegnazione di uno o più insegnanti specializzati per le attività di sostegno si colloca all'esito di un complesso iter procedimentale.

Gli insegnanti di sostegno, una volta assegnati, sono contitolari delle sezioni e delle classi in cui operano, partecipano alla programmazione educativa e didattica e all'elaborazione e verifica delle attività di competenza dei consigli di interclasse, dei consigli di classe e dei collegi dei docenti, come previsto dal comma 6 dell'art. 13 della legge n. 104/1992.

Del resto, come riconosciuto da costante giurisprudenza, il dato normativo richiamato pone inequivocabilmente a carico dell'amministrazione scolastica il compito di fornire un insegnante di sostegno, qualora lo studente diversamente abile ne abbia necessità.

In relazione al numero degli insegnanti di sostegno a disposizione dell'amministrazione, la disciplina ha via via modificato il parametro della dotazione organica, individuato, dapprima, in un insegnante per ogni gruppo di 138 alunni complessivamente frequentanti, secondo quanto stabilito dall'art. 40, comma 3, della legge n. 449 del 1997, poi corretto con l'articolo 1, comma 605, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, per il quale "... con uno o più decreti del Ministro della pubblica istruzione sono adottati interventi concernenti ... il perseguimento della sostituzione del criterio previsto dall'articolo 40, comma 3, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, con l'individuazione di organici corrispondenti alle effettive esigenze rilevate, tramite una stretta collaborazione tra regioni, uffici scolastici regionali, aziende sanitarie locali e istituzioni scolastiche, attraverso certificazioni idonee a definire appropriati interventi formativi".

Successivamente, con i commi 413 e 414 dell'art. 2 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, è stato disposto che: "413. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 605, lettera b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, il numero dei posti

degli insegnanti di sostegno, a decorrere dall'anno scolastico 2008/2009, non può superare complessivamente il 25 per cento del numero delle sezioni e delle classi previste nell'organico di diritto dell'anno scolastico 2006/2007. Il Ministro della pubblica istruzione, con decreto adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, definisce modalità e criteri per il conseguimento dell'obiettivo di cui al precedente periodo. Tali criteri e modalità devono essere definiti con riferimento alle effettive esigenze rilevate, assicurando lo sviluppo dei processi di integrazione degli alunni diversamente abili anche attraverso opportune compensazioni tra province diverse ed in modo da non superare un rapporto medio nazionale di un insegnante ogni due alunni diversamente abili. 414. La dotazione organica di diritto relativa ai docenti di sostegno è progressivamente rideterminata, nel triennio 2008-2010, fino al raggiungimento, nell'anno scolastico 2010/2011, di una consistenza organica pari al 70 per cento del numero dei posti di sostegno complessivamente attivati nell'anno scolastico 2006/2007, fermo restando il regime autorizzatorio in materia di assunzioni previsto dall'articolo 39, comma 3-bis, della legge 27 dicembre 1997, n. 449. Conseguentemente, anche al fine di evitare la formazione di nuovo personale precario, all'articolo 40, comma 1, settimo periodo, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, sono soppresse le parole da: «nonché la possibilità» fino a: «particolarmente gravi», fermo restando il rispetto dei principi sull'integrazione degli alunni diversamente abili fissati dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104. Sono abrogate tutte le disposizioni vigenti non compatibili con le disposizioni previste dal comma 413 e dal presente comma”.

In tale contesto normativo è intervenuta la Corte Costituzionale, che, con la citata sentenza 2010, n. 80, ha dichiarato l'illegittimità dei commi 413 e 414 dell'art. 2 della legge 2007, n. 244, quanto al primo, “nella parte in cui fissa un limite massimo al numero dei posti degli insegnanti di sostegno” e, quanto al secondo, “nella parte in cui esclude la possibilità, già contemplata dalla legge 27 dicembre

1997, n. 449, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, in presenza nelle classi di studenti con disabilità grave, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente” (sulla ricostruzione del quadro normativo ora effettuata si considerino: Consiglio di Stato, sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2231; Tar Campania Napoli, sez. IV, 24 maggio 2010, n. 8328; Tar Calabria Catanzaro, sez. II, 7 ottobre 2010, n. 2577).

2.2) La Corte Costituzionale, intervenendo in materia di integrazione e sostegno scolastico in favore dei disabili, ha ribadito la natura fondamentale del diritto del disabile all'istruzione.

Invero, il giudice costituzionale ha osservato che “il diritto all'istruzione dei disabili è oggetto di specifica tutela da parte sia dell'ordinamento internazionale che di quello interno. In particolare, per quanto attiene alla normativa internazionale, viene in rilievo la recente 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 e ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18, il cui art. 24 statuisce che gli Stati Parti «riconoscono il diritto delle persone con disabilità all'istruzione». Diritto, specifica la Convenzione in parola, che deve essere garantito, anche attraverso la predisposizione di accomodamenti ragionevoli, al fine di «andare incontro alle esigenze individuali» del disabile (art. 24, par. 2, lett. c), della Convenzione). Quanto all'ordinamento interno, in attuazione dell'art. 38, terzo comma, Cost., il diritto all'istruzione dei disabili e l'integrazione scolastica degli stessi sono previsti, in particolare, dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104 (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate); legge che, come già osservato da questa Corte, è volta 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» (sentenza n. 406 del 1992). In particolare, l'art. 12 della citata legge n. 104 del 1992 attribuisce al disabile il diritto soggettivo all'educazione ed all'istruzione a partire dalla scuola materna fino all'università (comma 2). Questa Corte ha già avuto modo di precisare che la partecipazione del disabile «al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce, infatti, un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggiato» (sentenza n. 215 del 1987)».

Insomma, la Corte riconosce che “il diritto del disabile all'istruzione si configura come un diritto fondamentale”, che deve essere assicurato attraverso misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai portatori di handicap “la frequenza degli istituti d'istruzione”, tra le quali viene in rilievo la figura del personale docente specializzato, chiamato ad adempiere a forme di integrazione e di sostegno, ineliminabili anche sul piano costituzionale, a favore degli alunni diversamente abili.

Esiste un nucleo indefettibile di garanzie che si pone quale limite invalicabile anche per la discrezionalità del legislatore, così da assicurare una specifica forma di tutela ai disabili che si trovino in condizione di particolare gravità - tramite la possibilità di stabilire ore aggiuntive di sostegno correlate alle loro effettive necessità - al fine di rendere effettivo il diritto fondamentale all'istruzione.

Da ciò la declaratoria d'illegittimità della scelta legislativa laddove non contemplava la possibilità di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato, per supplire alle esigenze dei disabili gravi.

Ne deriva che, alla luce dei principi sanciti dalla Corte Costituzionale, il criterio di assegnazione degli insegnanti di sostegno in favore degli studenti disabili è solo quello delle effettive esigenze di sostegno, da determinare in concreto e caso per caso in relazione alla gravità della disabilità.

In altre parole, l'amministrazione non può scegliere se e in che misura assegnare un insegnante di sostegno sulla base dell'astratta disponibilità di insegnanti e di contingenze economico – finanziarie, ma deve fornire tale servizio in dipendenza delle concrete condizioni del disabile e di quanto è necessario per garantire la soddisfazione del suo diritto fondamentale all'istruzione, anche tramite l'assunzione di insegnanti di sostegno con contratto a tempo determinato (cfr. in argomento Consiglio di Stato, sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2231).

Del resto, che la pretesa azionata in concreto abbia consistenza di diritto soggettivo emerge già dal dato letterale dell'articolo 3, commi 2 e 3, della legge 1992, n. 104, ove si sancisce che "la persona handicappata ha diritto alle prestazioni stabilite..." con carattere di priorità per il caso di "situazioni riconosciute in termini di gravità" (per tali conclusioni si considerino anche Cassazione civile, sez. un., 19 gennaio 2007, n. 1144; Consiglio di Stato, sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1134; T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 29 ottobre 2010, n. 10135; Tar Milano Brescia, sez. II, 04 febbraio 2010, n. 581).

2.3) Nel caso in esame, lo stato di handicap grave in cui versa la minore è stato accertato nelle forme previste dalla normativa di riferimento e il piano educativo individualizzato, nonché le dichiarazioni rese dal Dirigente scolastico, mettono in luce, come già evidenziato al punto 1 della motivazione, che ella necessita di un costante supporto didattico, secondo un rapporto di uno ad uno.

Tale documentazione rende palese che l'alunna, al fine di vedere garantita l'effettività del suo diritto all'istruzione e il pieno sviluppo delle sue potenzialità in ambito scolastico, abbisogna di un insegnante di sostegno per tutte le ore di frequenza scolastica, secondo un rapporto di uno ad uno.

Del resto, la giurisprudenza ha già chiarito che la natura fondamentale del diritto all'istruzione fa sì che, in relazione alle condizioni cliniche del disabile, ci si debba

orientare “verso la più ampia ipotesi possibile di sostegno” (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2231).

In tale contesto, la scelta dell'amministrazione di assegnare alla studentessa solo 9 ore di insegnamento specialistico integra una determinazione del tutto sganciata dai bisogni concreti della disabile, perché non è rapportata né alle sue condizioni effettive di salute, né ad una oggettiva disamina delle misure da adottare al fine di soddisfare il suo diritto fondamentale all'istruzione.

Attribuire un insegnante di sostegno per un numero di ore inadeguato significa sia precludere al disabile la possibilità di ottenere un'adeguata istruzione, sia serbare una condotta confliggente con il diritto fondamentale all'istruzione.

La determinazione dell'amministrazione risulta, da un lato, del tutto immotivata rispetto alle esigenze della minore, dall'altro, non correlata alle richiamate valutazioni tecniche inerenti allo stato di disabilità in cui ella versa, infine, sganciata dai contenuti del piano individualizzato e dalla documentazione clinica, cui spetta, in base alla normativa già richiamata, la determinazione del bisogno di sostegno didattico dello studente diversamente abile.

Ne deriva che nell'anno scolastico 2009/2010 la minore ha fruito dell'insegnamento di sostegno per un numero di ore inadeguato rispetto alle sue esigenze e ciò evidenzia la fondatezza della domanda avanzata nei confronti del Ministero resistente.

Di conseguenza, previo accertamento del diritto della minore disabile ad ottenere l'assegnazione di un docente di sostegno per 30 ore settimanali secondo un rapporto di uno ad uno, il Ministero dell'Istruzione deve essere condannato ad assegnare alla minore medesima l'insegnante di sostegno per il numero di ore appena indicato.

Parte ricorrente chiede che la condanna venga estesa a tutti i successivi anni scolastici, o almeno sino alla elaborazione del nuovo piano educativo individualizzato.

La domanda può essere accolta solo in relazione alla seconda delle alternative prospettate.

Invero, il già citato art. 12 della legge 1992, n. 104, prevede che, una volta intervenuto l'accertamento sanitario che dà luogo al diritto a fruire delle prestazioni previste dalla norma, deve essere elaborato un profilo dinamico-funzionale ai fini della formulazione di un piano educativo individualizzato.

Tale profilo indica le caratteristiche fisiche, psichiche e sociali ed affettive dell'alunno e pone in rilievo sia le difficoltà di apprendimento conseguenti alla situazione di handicap e le possibilità di recupero, sia le capacità possedute che devono essere sostenute, sollecitate e progressivamente rafforzate e sviluppate nel rispetto delle scelte culturali della persona handicappata.

All'elaborazione del profilo dinamico-funzionale iniziale seguono, con il concorso degli operatori delle unità sanitarie locali, della scuola e delle famiglie, verifiche per controllare gli effetti dei diversi interventi e l'influenza esercitata dall'ambiente scolastico.

Infine, il profilo dinamico-funzionale è aggiornato a conclusione della scuola materna, della scuola elementare e della scuola media e durante il corso di istruzione secondaria superiore.

Ne deriva, come ormai chiarito dalla giurisprudenza consolidata, che il dimensionamento della prestazione di sostegno ha carattere sostanzialmente dinamico, dovendo essere correlato all'andamento della patologia da cui il disabile è affetto, con particolare riguardo alle possibilità di recupero della persona, finalità cui il percorso deve essere diretto.

Insomma, il quantum di prestazione di sostegno 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.

In tale senso, proprio l'art. 12 prevede periodici aggiornamenti correlati a periodiche verifiche dei bisogni della persona portatrice di handicap (cfr., tra le tante, Tar Campania Napoli, sez. IV, 17 novembre 2010, n. 25101).

Ecco, allora, che la domanda di quantificazione preventiva delle prestazioni di sostegno da erogare negli anni scolastici a venire non può essere accolta nei più ampi termini pretesi.

Nondimeno, al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, è coerente disporre che l'assegnazione dell'insegnante di sostegno per 30 ore settimanali perduri anche nei successivi anni scolastici sino alla formulazione del nuovo piano educativo individualizzato, destinato a rideterminare con attualità i bisogni della disabile.

3) Parimenti è fondata la domanda proposta nei confronti della Provincia di Milano e diretta ad ottenere la condanna dell'amministrazione a fornire alla studentessa disabile un assistente alla persona per 30 ore settimanali secondo un rapporto di uno ad uno.

In primo luogo, non è dubitabile che la minore abbia diritto ad un assistente alla persona nei termini suindicati, atteso che il piano educativo individualizzato precisa chiaramente la necessità "della presenza costante di un assistente alla persona" (cfr. documentazione depositata da parte ricorrente) e tale specifico bisogno non è surrogabile con l'attribuzione di un insegnante di sostegno.

Invero, il diritto all'assistente ad personam resta distinto dal diritto all'insegnante di sostegno, anche se le due misure sono strettamente connesse ai fini dell'effettivo esercizio del diritto fondamentale all'istruzione, distinzione emergente sia sul piano oggettivo, in relazione alla diversa funzione delle due figure, sia sul piano

soggettivo, stante la diversa imputazione dell'obbligo di provvedere alla soddisfazione delle differenti pretese.

In tal senso, l'art. 13, comma 3, della legge 1992 n. 104, prevede 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”.

Proprio la norma da ultimo citata pone la distinzione tra il sostegno educativo didattico – assicurato da insegnanti specializzati inquadrati nei ruoli del Ministero della Pubblica Istruzione – e l'assistenza materiale tesa a sviluppare l'autonomia e la comunicazione, fornita da personale non docente messo a disposizione dai Comuni o dalle Province.

Si tratta della cd. assistenza ad personam, che – pur costituendo un diritto fondamentale riconosciuto a favore dei soggetti in difficoltà per la piena esplicazione del diritto allo studio – non consiste nell'erogazione di prestazioni didattiche, ma solo di tipo assistenziale.

La giurisprudenza ha già chiarito che le figure professionali preposte all'assistenza alla persona devono affrontare i problemi di autonomia e di comunicazione degli utenti con adeguati stimoli all'apprendimento delle abilità.

Costoro aiutano l'alunno a partecipare alle attività proposte dall'insegnante, favoriscono il rapporto con il resto del gruppo di classe – per promuovere relazioni positive con i compagni – collaborano con gli insegnanti assistendo alla programmazione delle attività didattiche e cooperano con la famiglia per attivare un proficuo reciproco scambio a vantaggio del minore in difficoltà.

Insomma, mentre all'insegnante di sostegno spetta la contitolarità nell'insegnamento, essendo egli un docente chiamato a garantire un'adeguata

integrazione scolastica – e deve, pertanto, essere inquadrato a tutti gli effetti nei ruoli del personale insegnante – diversamente l'assistente educatore svolge un'attività di supporto materiale individualizzato, estranea all'attività didattica propriamente intesa, ma che è finalizzata ad assicurare la piena integrazione nei plessi scolastici di appartenenza e nelle classi, principalmente attraverso lo svolgimento di attività di assistenza diretta agli alunni affetti da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali in tutte le necessità ai fini di una loro piena partecipazione alle attività scolastiche e formative (cfr. Tar Piemonte Torino, sez. I, 20 febbraio 2006, n. 943; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 2 aprile 2008, n. 794; Tar Lombardia Brescia, sez. II, 4 febbraio 2010, n. 581 e giurisprudenza ivi citata).

Ne deriva, in relazione al caso concreto, che una volta riconosciuta la necessità sia di un insegnante di sostegno, sia di un assistente alla persona per tutte le 30 ore settimanali, la pretesa non può essere soddisfatta fornendo ciascuno dei due supporti per una parte del monte ore in modo da coprire nel complesso le 30 ore settimanali, in quanto ciò contrasta con la differenza funzionale delle due misure e non vale a soddisfare il diritto all'istruzione del disabile che ha bisogno di essere affiancato, per la totalità delle ore, da ciascuna delle due figure professionali.

Sul piano dell'imputazione soggettiva dell'obbligo di fornire un insegnante di sostegno e un assistente alla persona, va osservato che, mentre il primo incombe sul Ministero dell'Istruzione, il secondo grava sugli enti locali.

L'art. 139 del d.l.vo 1998 n. 112 precisa che “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: ... c) i servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio”.

La norma ha un ambito di riferimento delimitato, in quanto non attiene alle ordinarie e generiche prestazioni socio assistenziali erogabili dagli enti locali, ma

afferisce esclusivamente agli interventi, diversi dall'insegnamento di sostegno, necessari sul piano organizzativo per garantire l'effettività del diritto fondamentale all'istruzione delle persone diversamente abili o che, comunque, versano in situazioni svantaggiate.

Si tratta di interventi non tassativamente definiti, ma individuati attraverso un'ampia formula descrittiva, che richiama tutti i servizi che si sostanziano in un supporto organizzativo rispetto al servizio di istruzione per gli alunni portatori di handicap o in situazione di svantaggio.

Il legislatore ha ripartito le competenze relative alla predisposizione di questi servizi ausiliari tra Province e Comuni, secondo il criterio del grado di scuola frequentata; in particolare, l'attivazione dei servizi spetta alle Province solo in relazione alle scuole secondarie di secondo grado, mentre grava sui Comuni per ogni altro grado scolastico.

Il dato normativo non è superabile dalle considerazioni sviluppate dalla Provincia di Milano, che, al fine di escludere la titolarità di competenza in materia di assistenza ad personam in ambito scolastico, considera che altre norme, tra le quali l'art. 42 del d.p.r. 1977 n. 616, radicano in capo ai comuni le funzioni amministrative in materia di assistenza scolastica.

La tesi provinciale non è condivisibile perché non tiene conto della genericità e residualità della disciplina che invoca.

In particolare è pacifico: a) che i compiti di assistenza sociale e personale fanno tradizionalmente capo al comune ai sensi della legge 2000, n. 328, mentre la provincia è investita di funzioni di programmazione e che spetta ai comuni la elaborazione di un progetto individuale in vista dell'integrazione complessiva dei disabili (cfr. artt. 6, 7 e 14 della legge 2000 n. 328); b) che le funzioni di generica "assistenza scolastica" gravano sul comune ai sensi dell'art. 42 del d.p.r. 1977 n. 616, ove si fa espresso riferimento all'erogazione di provvidenze in denaro ed altri

servizi individuali o collettivi finalizzati a consentire, in favore della generalità delle persone, l'assolvimento dell'obbligo scolastico; c) che l'art. 13 del d.l.vo 2000 n. 267 riserva genericamente ai comuni l'attivazione dei servizi alla persona sul territorio comunale, pur facendo salvo quanto espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale.

Nondimeno, tali disposizioni hanno portata residuale, perché sono destinate a cedere, quanto al riparto delle competenze, a fronte di norme che in relazione ai servizi alla persona inerenti ad un determinato ambito ripartiscono diversamente le attribuzioni tra gli enti locali.

Ciò accade nella materia in esame, ove l'art. 139 del d.l.vo 1998 n. 112, con riferimento al limitato settore dei servizi di supporto organizzativo all'istruzione in favore di alunni con handicap o in situazione di svantaggio, introduce uno speciale criterio di riparto di competenze tra comuni e province, fondato sul grado della scuola frequentata dall'avente diritto.

Ne deriva che, in base alla norma ora richiamata, gravano sulla provincia i servizi di supporto organizzativo al servizio di istruzione nella scuola secondaria di secondo grado a favore di persone diversamente abili (cfr. in argomento T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 22 febbraio 2006, n. 167; Consiglio di Stato, sez. V, 20 maggio 2008, n. 2361, in argomento di recente anche Tar Lombardia Milano, sez. III, 23 marzo 2010, n. 703).

Neppure convince la tesi adombrata dalla Provincia di Milano, secondo la quale al più la Provincia potrebbe essere gravata solo del servizio di trasporto per il percorso abitazione-sede scolastica.

Difatti, questo tipo di trasporto integra solo uno dei servizi di supporto organizzativo all'istruzione da attivare in favore degli alunni con handicap, ma il dato letterale dell'art. 139 del d.l.vo 1998 n. 112 non consente di delimitare al solo trasporto l'ambito delle competenze provinciali.

Del resto, quella prospettata si palesa come un'opzione interpretativa del tutto irragionevole, atteso che, se la ratio della norma è quella di ripartire tra gli enti locali i compiti inerenti ai servizi ausiliari all'istruzione in favore dei disabili, allora coerenza vuole che tutti i servizi di questo tipo seguano tale riparto di attribuzioni e tra tali servizi rientra quello di assistenza alla persona, la cui funzionalità al diritto all'istruzione del disabile è già stata messa in evidenza.

Certo, può accadere, come messo in luce dalla Provincia di Milano, che, in un determinato contesto territoriale, gli enti comunali abbiano di fatto assunto compiti spettanti alla provincia, ma ciò non incide sull'ordine legale delle competenze, né vale a sottrarre la provincia dall'obbligo di attivare il servizio di assistenza alla persona in favore del disabile che ne abbia diritto e ne sia privo, come nel caso di specie.

Ne deriva che grava sulla Provincia di Milano l'obbligo di assicurare a OMISSIS la presenza in ambito scolastico di un assistente alla persona per 30 ore settimanali, sicché, in accoglimento della specifica domanda avanzata, la Provincia di Milano deve essere condannata a fornire al minore un assistente ad personam per il numero di ore appena indicato.

Sul punto, non merita condivisione l'eccezione dell'Ente provinciale, secondo la quale non vi sarebbe spazio per una pronuncia di condanna nel settore di cui si tratta, in ragione sia della non configurabilità di un'azione di adempimento, anche dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, sia dei poteri discrezionali di cui l'amministrazione disporrebbe.

Il problema va affrontato ricordando che la pretesa volta ad ottenere un assistente ad personam sostanzia un diritto soggettivo, che, nel contesto dell'erogazione del servizio pubblico di istruzione scolastica, spetta al disabile quando la patologia da cui è affetto e i bisogni che egli evidenzia, sulla base dell'accertamento dello stato di handicap, della diagnosi funzionale e del piano educativo individualizzato,

rendono necessaria la presenza di tale figura professionale per garantire l'effettività del diritto all'istruzione (sulla natura delle posizioni giuridiche implicate nei casi di cui si tratta si considerino Cassazione civile , sez. un., 19 gennaio 2007 , n. 1144; Tar Campania Napoli, sez. IV, 17 novembre 2010 n. 25101; T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 29 ottobre 2010, n. 10135).

Del resto, una volta che sia stato riconosciuto dagli organi tecnici competenti il diritto del disabile ad ottenere un assistente alla persona – così come un insegnante di sostegno – va esclusa la permanenza di poteri discrezionali in capo all'autorità amministrativa tenuta a fornire il servizio necessario.

Sul punto la giurisprudenza ha già precisato che “l'organizzazione dell'attività di sostegno socio assistenziale da parte degli enti locali (così come l'organizzazione dell'attività di sostegno da parte delle istituzioni scolastiche) non possa, in via di fatto, comprimere o vulnerare quel diritto all'educazione, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità riconosciuto alla persona da fonti sovranazionali, dalla Costituzione e dalla legislazione ordinaria. Pertanto, le attività integrative di valenza socio educativa (e tra queste il supporto individualizzato a favore del soggetto assistito prestato dall'educatore) devono essere prestate con modalità idonee a realizzare lo sviluppo della personalità dell'alunno e a garantire la presenza stabile di un educatore che segua costantemente l'alunno disabile nel processo di integrazione” (cfr. Consiglio di stato, sez. VI, 20 maggio 2009, n. 3104).

Ne deriva, che trattandosi di una controversia inerente a diritti soggettivi, compresi nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, senza alcuna interferenza con attribuzioni discrezionali della pubblica amministrazione, sussiste il potere del giudice amministrativo di condannare l'amministrazione ad *unfacere* specifico a tutela del diritto azionato.

Va, pertanto, ribadito che merita accoglimento la domanda di condanna dell'amministrazione provinciale a fornire al minore un assistente alla persona per la durata di 30 ore settimanali.

Sul piano della delimitazione temporale della condanna vanno qui richiamate le considerazioni già svolte al punto sub 2.3 della motivazione.

Di conseguenza, al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, va disposto che l'assegnazione dell'assistente ad personam per 30 ore settimanali perduri anche nei successivi anni scolastici, sino alla formulazione del nuovo piano educativo individualizzato, destinato a rideterminare con attualità i bisogni del disabile.

4) Viceversa va rilevata l'inammissibilità della domanda con la quale si chiede la condanna della Provincia di Milano al risarcimento del danno non patrimoniale sofferto in conseguenza della mancata assegnazione dell'assistente alla persona.

Sul punto va osservato che la domanda risarcitoria, di cui non vi è traccia nel ricorso introduttivo, è stata proposta solo in corso di causa e non con ricorso per motivi aggiunti, ma con memoria non notificata alle altre parti, depositata in data 28 febbraio 2011; ciò evidenzia l'inammissibilità dell'azione risarcitoria nel presente giudizio, in quanto l'introduzione della domanda nuova e, quindi, la dilatazione della materia del contendere è avvenuta secondo forme che non consentono la corretta instaurazione del contraddittorio.

Va, pertanto, ribadita l'inammissibilità della domanda di risarcimento del danno.

5) In definitiva, il ricorso è parzialmente fondato e merita accoglimento, con conseguente condanna: 1) del Ministero dell'Istruzione all'assegnazione di un insegnante di sostegno per 30 ore settimanali; 2) della Provincia di Milano all'assegnazione di un assistente alla persona per 30 ore settimanali.

Le spese seguono la soccombenza e vengono poste a carico delle amministrazioni resistenti secondo quanto liquidato in dispositivo.

A tutela della riservatezza della persona disabile e ai sensi dell'art. 52, commi 1 e 2, del d.l.vo 2003 n. 196, va preclusa l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del medesimo interessato riportati in sentenza, in caso di riproduzione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Milano (Sezione Terza) definitivamente pronunciando, accoglie in parte il ricorso e per l'effetto:

- 1) condanna il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca Scientifica ad assegnare alla disabile, nell'anno scolastico 2009/2010, un insegnante di sostegno per 30 ore settimanali e a mantenere tale misura nei successivi anni scolastici sino all'approvazione del nuovo piano educativo individualizzato;
- 2) condanna la Provincia di Milano ad assegnare alla disabile un assistente alla persona per 30 ore settimanali e a mantenere tale misura nei successivi anni scolastici sino all'approvazione del nuovo piano educativo individualizzato;
- 3) dichiara inammissibile la domanda risarcitoria;
- 4) condanna il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca Scientifica e la Provincia di Milano, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali in favore della parte ricorrente, liquidandole in complessivi Euro 4.000,00 (quattromila);
- 5) è preclusa l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi della persona diversamente abile riportati in sentenza, in caso di riproduzione della presente sentenza in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, secondo quanto precisato in motivazione. Manda alla segreteria per i relativi adempimenti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2011 con
l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Referendario

Fabrizio Fornataro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/06/2011

IL SEGRETARIO

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