

REPUBBLICA ITALIANA

N. 2361/08 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 3257 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso n. 3257/2007, proposto dalla Provincia di Salerno, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Casella, con domicilio eletto in Roma, Viale Giulio Cesare 14 presso l'avv. Gerardo Romano Cesareo;

contro

XXXXXX in pr. e nq. genitore di XXXXXX, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Vitolo, Lara Guadagno e Pasquale Gargano, con domicilio in Roma, Piazza Capo di Ferro 13 presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato;

XXXXXXXXX in pr. e nq. genitore di XXXXXXXXX, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Vitolo, Lara Guadagno e Pasquale Gargano, con domicilio in Roma, Piazza Capo di Ferro 13 presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato;

XXXXXXXXX, non costituitasi;

Comune di Bellizzi, non costituitosi;

Regione Campania, non costituitasi;

per la riforma della sentenza del TAR Campania - Salerno Sez. I 167/2006, resa tra le parti, concernente trasporto scolastico gratuito con assistenza;

SC

Visti gli atti e documenti depositati con l'appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di XXXXXX in pr. e nq. genitore di XXXXXX e di XXXXXXXX in pr. e nq. genitore di XXXXXXXX;

Visti tutti gli atti di causa.

Relatore all'udienza dell'11 dicembre 2007 il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi altresì gli avv.ti Lentini, per delega di Casella, Diaco, per delega di Guadagno, Vitolo e Gargano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto.

Fatto e Diritto.

1. Con la sentenza del TAR CAMPANIA - SALERNO SEZ. I 167/2006 è stato accolto il ricorso proposto da XXXXXXXX ed XXXXXXXX, in proprio e nella qualità di esercenti la patria potestà sulla minore XXX, avverso il comune di Bellezzi, la provincia di Salerno e la regione Campania per la declaratoria del silenzio rifiuto previo accertamento dell'obbligo a provvedere al trasporto gratuito con assistenza, ordinando alla provincia di Salerno di provvedere all'assicurazione del servizio di trasporto a titolo gratuito dalla abitazione alla sede scolastica a favore della studentessa XXXXX, portatrice di handicap al 100% ed iscritta all'Istituto magistrale Alfano I di Salerno.

In particolare il TAR, dopo aver richiamato la sentenza Corte costituzionale n.215 del 3.6.1987 (relativa alla previsione di cui al 3° comma dell'art. 28 n. 118/1971), ha ritenuto che tale sentenza non potrebbe avere altro significato se non quello di

valorizzare al massimo, *sotto ognuno dei profili considerati e*, per tal via, anche della strumentale garanzia del trasporto, la doverosità, imposta dai valori costituzionali di riferimento, della tutela dei soggetti disabili ai fini della garanzia dell'accesso all'istruzione, senza la (censurata) distinzione tra scuola dell'obbligo e scuola superiore.

In tale prospettiva (ed alla luce di una lettura costituzionalmente orientata del sistema), il TAR ha escluso che il trasporto gratuito degli alunni disabili possa riguardare solo la scuola dell'obbligo, potendosi l'abrogazione del 3° comma dell'art. 28 l. n. 118/71 da parte dell'art. 43 L. n.104/1992 interpretarsi in termini di (riconosciuta) generalizzazione delle tutele di cui al (conservato) 1° comma, senza le precedenti (e censurate) discriminazioni. IL TAR ha quindi rinvenuto conferma di tale assunto nella espressa previsione del decreto legislativo n. 112/98, il quale, nel contesto della "distribuzione" delle competenze tra gli enti coinvolti, in attuazione della l. n. 59/97, all'art 139 stabilisce che "il supporto organizzativo" all'integrazione scolastica nelle scuole superiori deve essere assicurato dalle province: non sembrando revocabile in dubbio (anche sul piano della stretta interpretazione) che tale "supporto organizzativo" debba anzitutto ricomprendere il trasporto abitazione-sede scolastica.

IL TAR ha infine precisato che l'art. 139 del D. L.vo n. 112/1998 attribuisce le competenze in tema di "servizi di

supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio” alle Province, in relazione all’istruzione secondaria superiore, ed ai Comuni, in relazione agli altri gradi di scuola.

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello la provincia di Salerno, deducendo quanto segue:

-difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia, essendo stata azionata una posizione di diritto soggettivo al fine di ottenere il trasporto totalmente gratuito a favore del soggetto diversamente abile; né trattasi di prestazione oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto non rientrante tra i servizi pubblici di cui all’art. 33 D. L.vo n.80/1998;

-il TAR ha ommesso qualsiasi valutazione sull’effettiva sussistenza del silenzio a carico dell’Amministrazione provinciale, la quale aveva erogato alla famiglia Serafino un contributo di euro 1.500 per l’anno 2004 e di euro 3.000 per il trimestre ottobre-dicembre 2005;

-il trasporto gratuito degli alunni diversamente abili riguarda solo la scuola d’obbligo; per quanto concerne la scuola secondaria invece il trasporto gratuito potrebbe giustificarsi tenendo conto sia della gravità della patologia sia delle precarie condizioni economiche familiari e comunque tale obbligo non potrebbe gravare sulle province che non hanno al riguardo specifiche competenze;

-la competenza primaria in materia spetta alle amministrazioni comunali, mentre alle amministrazioni provinciali compete un ruolo intermedio tra l'iniziativa comunale e la programmazione regionale tenuto anche conto della L.R. Campania n.4/2005 il cui art. 4 prevede accordi di programma per garantire da parte degli enti titolari della relativa competenza l'accesso e la frequenza al sistema scolastico anche con la fornitura di servizi di trasporto speciale, anche se tale normativa regionale non risulta finora attuata.

3. Costituitisi in giudizio i sigg. XXX hanno rilevato quanto segue:

-inammissibilità o improcedibilità dell'appello, in quanto trattandosi di gravame avverso sentenza del TAR in materia di silenzio rifiuto, l'impugnativa doveva essere proposta entro 90 giorni dalla comunicazione dell'avvenuta pubblicazione della sentenza di 1° grado, ai sensi dell'art. 21 bis L n.1034/1971 e successive modificazioni, mentre il presente appello è stato notificato il 28.3.2007 rispetto alla comunicazione della sentenza del TAR intervenuta nell'aprile 2006;

-in ogni caso la materia del contendere rientra nella nozione di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di un servizio pubblico di trasporto e perciò comunque l'appello è tardivo in quanto non proposto nel rispetto del termine di 120 giorni ex art. 23 bis L. n.1034/12971 e successive modificazioni.

-l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice

amministrativo sulla controversia è priva di fondamento, essendo stata richiesta l'instaurazione di un procedimento amministrativo tendente all'istituzione di un servizio pubblico di trasporto gratuito con assistenza;

-contrariamente a quanto ritenuto dalla Provincia, sulla base dell'art. 28 L. n.118/1971 , dell'art. 45 D.P.R. n.616/1977, della L. n.104/1992, della sentenza Corte cost. n.215/1987 e della L. R. n. 4/2005, il trasporto scolastico degli alunni disabili deve considerarsi obbligatorio e gratuito anche per le scuole superiori a prescindere dall'Ente tenuto (Regione, Provincia o Comune), tenuto anche conto delle modeste condizioni economiche in cui versa la famiglia Serafino composta da cinque persone e con un reddito annuo di 9.000 euro.

I procuratori della famiglia XXXXX hanno infine chiesto la condanna dell'appellante delle spese di giudizio da liquidarsi a loro favore in quanto dichiaratisi antistatari.

4.Con ordinanza n.3219/2007, la Sezione ha ritenuto di dover acquisire una documentata relazione sulla vicenda a cura della provincia di Salerno; nonché di richiedere alla Regione Campania, tenuto conto della delicatezza della controversia, di riferire in ordine alle iniziative assunte o da assumere per la stipulazione dell'accordo di programma di cui all'art. 4 L. R. Campania n. 4/2005, per assicurare il servizio di trasporto speciale a favore della studentessa Anna Serafino.

La provincia ha trasmesso la relazione richiesta, mentre la

Regione non ha fornito elementi di risposta.

Con memoria conclusiva, l'appellante ha contestato l'applicabilità nella specie dei termini abbreviati di cui all'art. 21 bis L. n.1034/1971 e successive modificazioni, in quanto la sentenza del TAR è stata resa in pubblica udienza, non è succintamente motivata, è stata depositata il 22.2.2006 a distanza di quattro mesi dall'udienza del 20.10.2005, si basa su poteri cognitori di fondatezza estranei alla pronuncia sul silenzio. Ha comunque chiesto l'errore scusabile.

All'udienza dell'11 dicembre 2007, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. Si può prescindere dalle eccezioni di inammissibilità o improcedibilità dell'appello sollevate dalla parte resistente, in quanto il gravame è infondato nel merito.

6. In via preliminare va confermata la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia e pertanto va disattesa la relativa eccezione sollevata dalla parte appellante.

Come rilevato dalla parte resistente, la domanda proposta si propone l'instaurazione di un procedimento amministrativo tendente all'istituzione di un servizio pubblico di trasporto gratuito dalla abitazione alla sede scolastica (fuori del comune di residenza) con assistenza a favore della minore Serafino Anna, portatrice di handicap al 100% ed iscritta all'Istituto magistrale Alfano I di Salerno.

La posizione soggettiva vantata non è di diritto soggettivo pieno

ma di interesse legittimo in quanto comunque subordinata alle esigenze di interesse pubblico, per lo meno per quanto concerne le disponibilità finanziarie dell'Ente o degli Enti tenuti e connesse modalità di svolgimento del servizio.

Comunque, quando anche si trattasse di posizione di diritto soggettivo, la controversia rientrerebbe nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo discutendosi di materia relativa a concessioni di pubblici servizi, in quanto viene richiesta sostanzialmente la concessione di uno speciale servizio pubblico di trasporto locale a favore della minore Anna, ai sensi dell'art. 33 D. L.vo 31.3.1998 n.80, come modificato dall'art. 7 L. 21.7.2000 n.2005 e come risultante per effetto della sentenza Corte cost. n.204 del 6.7.2004.

6. Nel merito sono da condividere le conclusioni cui è pervenuto il TAR.

6.1. Priva di pregio è la doglianza dell'appellante secondo il TAR avrebbe omesso qualsiasi valutazione sull'effettiva sussistenza del silenzio a carico dell'Amministrazione provinciale, la quale aveva erogato alla famiglia XXXXX un contributo di euro 1.500 per l'anno 2004 e di euro 3.000 per il trimestre ottobre-dicembre 2005. Sta di fatto che il ricorso originario è rivolto ad ottenere il trasporto speciale gratuito a favore della minore Anna e non un contributo in denaro, peraltro assegnato solo nelle more del giudizio di 1° grado.

6.2. Per quanto concerne il merito, occorre rilevare che la L. n.

118/1971 risente, con riferimento all'epoca della sua approvazione, della mancata affermazione, sul piano positivo, del pieno diritto dei disabili all'integrazione (anche) nella scuola superiore: per cui il "trasporto gratuito dalla propria abitazione alla sede della scuola" era positivamente assicurato solo ai frequentatori della scuola dell'obbligo, laddove il 3° comma si limitava a prevedere mere e programmatiche "facilitazioni" per la frequenza delle scuole superiori e dell'Università.

Peraltro, la Corte costituzionale, con sentenza 3 giugno 1987, n. 215, statuì l'illegittimità di tale ultima previsione, proprio nella parte in cui si limitava a prevedere che la frequenza delle scuole superiori e dell'università fosse semplicemente "facilitata", piuttosto che, alla luce dei valori costituzionali coinvolti, "assicurata", potendosene, per tal via, dedurre, in chiave ricostruttiva, l'estensione anche alla scuola superiore dei medesimi e strumentali ausili previsti per la scuola dell'obbligo. Successivamente l'art. 43 l. 104/92, pur abrogando il secondo e terzo comma dell'art. 28 della l. 118/971, non ha abrogato il (solo) primo comma del citato art. 28 l. 118/1971, che prevedeva (e prevede) il trasporto gratuito degli alunni disabili limitatamente alla scuola dell'obbligo, per cui si potrebbe sostenere che il trasporto scolastico gratuito non potrebbe essere incluso nella generale previsione di cui all'art. 12 L. 104/1992, atteso che, se tale fosse stata l'intenzione del legislatore, questi avrebbe, per l'appunto, abrogato anche il primo comma dell'art.

28. Di conseguenza, dalla perdurante vigenza del (solo) art. 28, comma 1, L. 118/1971 potrebbe dedursi che la previsione, legislativamente imposta, della gratuità del trasporto scolastico dei disabili sia limitata ai casi contemplati dallo stesso art. 28 primo comma, e non potrebbe valorizzarsi la citata Corte Cost. n. 215/1987, in quanto non attinente al problema specifico del trasporto scolastico, ma al diverso problema dell'inserimento del disabile nell'ambito delle classi ordinarie degli istituti di istruzione.

Tuttavia è preferibile ritenere che la richiamata pronuncia della Corte costituzionale (relativa alla previsione di cui al 3° comma dell'art. 28 L. n. 118/71) non può che intendersi in modo estensivo al fine di valorizzare al massimo, sotto ognuno dei profili considerati e, per tal via, anche della strumentale garanzia del trasporto, la doverosità, imposta dai valori costituzionali di riferimento, della tutela dei soggetti disabili ai fini della garanzia dell'accesso all'istruzione, senza la (censurata) distinzione tra scuola dell'obbligo e scuola superiore.

In tale prospettiva (ed alla luce, allora, di una lettura costituzionalmente orientata del sistema) non pare che il "silenzio" dell'art. 12 l. n. 104/92 possa essere riguardato quale espressivo di una consapevole e deliberata scelta limitativa: potendo semplicemente l'abrogazione del 3° comma dell'art. 28 L. n. 118/71 interpretarsi in termini di (riconosciuta) generalizzazione delle tutele di cui al (conservato) 1° comma,

senza le precedenti illegittime discriminazioni.

Del resto, la Corte costituzionale ha anche sottolineato che l'esigenza costituzionale di tutela dei soggetti deboli si concretizza non solo con pratiche di cura e di riabilitazione ma anche con il pieno ed effettivo inserimento dei medesimi anzitutto nella famiglia e, quindi, nel mondo scolastico ed in quello del lavoro, precisando che l'esigenza di socializzazione può essere attuata solo rendendo doverose le misure di integrazione e di sostegno a loro favore. L'applicazione di tali principi ha così consentito il riconoscimento in capo ai portatori di handicap di diritti e di provvidenze economiche, la cui mancata previsione normativa si è reputata non conforme a Costituzione, risolvendosi in un inammissibile impedimento all'effettività dell'assistenza e dell'integrazione (sentenze n. 233/2005, n. 467 e n. 329 del 2002, n. 167 del 1999, n. 215/1987).

Detto orientamento appare confermato dalla espressa previsione del decreto legislativo n. 112/98, il quale, nel contesto della “distribuzione” delle competenze tra gli enti coinvolti, in attuazione della L. n. 59/1997, all'art 139 stabilisce che “il supporto organizzativo” all'integrazione scolastica nelle scuole superiori deve essere assicurato dalle province: non sembrando revocabile in dubbio (anche sul piano della stretta interpretazione) che tale “supporto organizzativo” debba anzitutto ricomprendere il trasporto abitazione-sede scolastica.

In particolare, l'art. 139 del D. L.vo n. 112 /1998 appare perspicuo nell'attribuire le competenze in tema di "servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio" alle Province, in relazione all'istruzione secondaria superiore, ed ai Comuni, in relazione agli altri gradi di scuola.

Nell'ambito della regione Campania è poi presente l'art. 4 della L.R. Campania, 1°.2. 2005 n. 4, recante norme regionali per l'esercizio del diritto all'istruzione e alla formazione, il quale da una parte prevede che la Regione programma interventi diretti a garantire il diritto all'integrazione nel sistema scolastico e formativo, all'educazione, all'istruzione e alla formazione professionale di soggetti con disabilità e di persone che a causa di deficit fisici, psichici o sensoriali trovano ostacoli al proprio percorso educativo e formativo", programmi destinati ad essere "attuati dagli enti locali all'interno della rete realizzata con i piani di zona approvati in attuazione della legge n. 328/2000", implicitamente prefigurandosi il livello comunale quale "istituzionalmente" intestato degli interventi di immediata e "finale" assistenza; dall'altra parte, per quanto specificamente interessa, prevede poi che nell'ambito di appositi accordi di programma di cui alla legge 5 febbraio 1992 n.104 sono garantiti dagli enti titolari della relativa competenza, tra l'altro, gli interventi diretti ad assicurare l'accesso e la frequenza al sistema scolastico e formativo attraverso la fornitura di servizi di

trasporto scolastico speciale, di materiale didattico e strumentale, nonché di personale aggiuntivo provvisto dei requisiti di legge e destinato a favorire e sviluppare l'autonomia e la capacità di comunicazione, senza indicare a quale specifico ente locale (comune o provincia) spetta la relativa competenza.

Ma, a quanto risulta la Regione Campania ha ommesso la stipulazione tali accordi di programma, contribuendo all'incertezza in ordine all'Ente locale tenuto alla relativa spesa per l'attivazione del servizio richiesto dai ricorrenti originari.

Peraltro, in mancanza di tale accordo, la relativa spesa non può che gravare per il caso in esame sull'Amministrazione provinciale di Salerno ai sensi del menzionato art. 139 del D. L.vo n. 112/1998, salva la facoltà di tale Ente di pretendere che la Regione proceda alla stipulazione del relativo accordo di programma ai sensi dell'art. 4, comma 3, L.R. n.4/2005, tenendo conto anche della gravità della patologia sia delle precarie condizioni economiche familiari dello studente diversamente abile.

7. Per quanto considerato, l'appello va respinto.

Le spese della presente fase di giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo a favore dei procuratori della famiglia XXXXX dichiaratisi antistatari.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, Sezione V, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Condanna l'Amministrazione provinciale di Salerno al pagamento delle spese di giudizio a favore dei procuratori della famiglia XXXXX dichiaratisi antistatari, che vengono complessivamente liquidate in euro 2.000,00 (duemila,00), oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio dell' 11 Dicembre 2007 con l'intervento dei Signori:

Pres. Sergio Santoro

Cons. Claudio Marchitello

Cons. Marco Lipari

Cons. Marzio Branca

Cons. Aniello Cerreto Est.

L'ESTENSORE

F.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

F.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

F.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20 maggio 2008

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

p. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi