

«There is no such thing as a free lunch»

Il pasto domestico a scuola come diritto costituzionalmente garantito?^o

di Giovanni Boggero – Assegnista di ricerca in diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Torino

ABSTRACT This article deals with the parents' right to choose between registering their children for canteen meals or providing them with a “home-made lunch” to eat at school with their fellow-pupils. The Court of Appeal of Turin acknowledged this individual right, being the lunch-break a crucial part of the school time, which should enable pupils to socialise, to learn about community and nutrition and to be aware of the virtues of a healthy and balanced diet. Dining is therefore as such an educational experience which can be subsumed under the constitutional right to receive an education under Article 34, para. 2 of the Italian Constitution. If everyone has the right to free primary education, it means that the school canteen lunch, being conditioned on payment, cannot be the only way in which the right to the dining-time can be fulfilled. The acknowledgment of such a right by courts, however, cast into doubt administrative discretion by the State in arranging public services and risks of making it dependant upon mere wishes of its citizens.

SOMMARIO: - 1. Inquadramento della questione e della vicenda giudiziaria – 2. L'accertamento del diritto al pasto domestico a scuola – 2.1. Il diritto al pasto domestico a scuola: una modalità di esercizio del diritto all'istruzione inferiore ex art. 34, co. 2 Cost.?.; 2.2. Il riconoscimento del diritto al pasto domestico a scuola come limitazione della discrezionalità amministrativa – 3. Modalità e problemi di esercizio del diritto nella prassi amministrativa – 4. Quale adattamento per la legislazione in materia di ristorazione scolastica? Alcune proposte di legge giacenti in Parlamento – 5. Conclusioni: la Costituzione italiana non garantisce *pasti gratis* per tutti

1. Inquadramento della questione e della vicenda giudiziaria

La discussione circa la sussistenza di un diritto a consumare un pasto diverso da quello erogato tramite il servizio di refezione all'interno delle strutture scolastiche pubbliche ha iniziato ad animare il mondo dei giuristi almeno sin da quando la Corte d'appello di Torino, con la “sentenza pilota” del

^o Lavoro sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della Rivista. Il saggio è l'esito di un lavoro di ricerca più ampio svolto tra ottobre 2016 e marzo 2017 nell'ambito del gruppo di ricerca “*Alimentazione e diritti culturali*”, insediato presso il Dipartimento di Giurisprudenza, Scienze Politiche, Economiche e Sociali (DiGSPES) dell'Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”. Desidero sinceramente ringraziare la dott.ssa Laura Delbono (Procuratore dello Stato presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Torino) per l'ampio e prezioso confronto sul tema. Secondo costume e logica, ogni errore resta responsabilità esclusiva dell'autore.

21 giugno 2016, n. 1049 (R.G. 391/2015, rel. Grosso), lo ha qualificato come diritto soggettivo, ricavabile «dall'ordinamento costituzionale e scolastico», segnatamente dall'art. 34, co. 2 Cost., che tutela il diritto all'istruzione primaria, nonché da alcune disposizioni della legislazione scolastica.

Le altre pronunce susseguitesi dopo quella data¹ e il dibattito giornalistico hanno mantenuto vivo l'interesse per la vicenda, tanto da rendere ora possibile uno scritto che indaghi origine, natura e prassi di esercizio di tale diritto, avuto particolare riguardo ai diversi aspetti di interesse giuspubblicistico della questione, dall'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte del giudice comune, alla corretta interpretazione dei parametri costituzionali evocati fino a toccare, ancora, i limiti posti alla discrezionalità dell'azione amministrativa dalla democrazia partecipativa e soprattutto dalla garanzia dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali.

A partire dalla asserita natura socio-educativa del cd. tempo-mensa, lo scritto esaminerà l'argomentazione attraverso la quale i giudici della Corte d'appello, in riforma dell'ordinanza di primo grado, hanno ricavato un diritto “al panino” o, meglio, al consumo del pasto domestico nelle strutture scolastiche, pur in assenza di un chiaro presidio normativo che disponesse in tal senso (§ 2). L'accertamento di tale diritto ha determinato, sul piano amministrativo, una serie di problemi inerenti il suo esercizio, riferibili tanto a ragioni organizzative e igienico-sanitarie, quanto a profili di responsabilità scolastica, che rischiano di produrre ora nuovo contenzioso sia in sede di giurisdizione amministrativa, sia in sede ordinaria (§ 3).

A questo punto, in pendenza del giudizio avanti alla Suprema Corte di Cassazione, taluni hanno invocato un intervento del legislatore statale, il quale sarebbe chiamato o a positivizzare il diritto accertato dai giudici comuni oppure a modificare le modalità di affidamento del servizio pubblico di refezione, rendendolo un servizio a rilevanza sociale da gestire in proprio e finanziare integralmente con la fiscalità generale da parte dei Comuni (§ 4).

Si concluderà osservando che l'aspirazione di alcuni genitori parrebbe riconducibile alla teoria in base alla quale il “diritto al panino” si impone quale spontaneo e inevitabile rimedio alla qualificazione normativa della refezione come servizio pubblico economico a domanda individuale e non come livello essenziale delle prestazioni concernenti l'esercizio dei diritti sociali. A tale approccio, si contrappone quello di chi contesta il diritto al consumo del pasto domestico, riaffermando il principio della discrezionalità dell'azione amministrativa nell'organizzazione del servizio scolastico ed evidenziando come la rivendicazione di un tale diritto sia, in realtà, il sintomo latente di una scarsa, o comunque insufficiente, concorrenza tra operatori del settore in talune aree del Paese (§ 5).

2. L'accertamento del diritto al pasto domestico a scuola

La vicenda giudiziaria da cui è scaturito il riconoscimento del cd. diritto al panino prende le mosse dall'atto attraverso il quale, il 30 settembre 2013, su proposta dell'Assessore alle Politiche Educative, il Consiglio comunale della Città di Torino deliberava la rimodulazione delle tariffe del servizio di refezione scolastica al fine di contribuire ad una maggiore copertura dei costi dell'amministrazione locale per le scuole materne, elementari e medie da parte degli utenti, a fronte del drastico taglio dei trasferimenti statali e regionali destinati al finanziamento di tale servizio.

¹ Ci si riferisce alle ordinanze cautelari emesse dal Tribunale di Torino in data 13 agosto 2016 (R.G. 20988/2016, dott. Ciccarelli) e in data 9 settembre 2016 (R.G. 21250/2016, dott. Astuni), nonché all'ordinanza cautelare del 20 dicembre 2016 del Tribunale di Genova (R.G. 14227/16, dott.ssa Cresta) e a quella del 25 maggio 2017 del Tribunale di Napoli (R.G. 7159/17, dott.ssa Gargia).

Il ricorso al T.A.R. Piemonte, sollevato da alcuni genitori quale risposta alla straordinaria onerosità delle tariffe ed evidentemente volto a trasformare la refezione scolastica in un servizio pubblico senza contribuzione da parte dell'utenza, ha finito per dare più che altro visibilità all'azione di accertamento circa la sussistenza del cd. diritto al panino, questione sollevata in via residuale come quinto e ultimo motivo di ricorso, con la quale si chiedeva di accertare il diritto di scelta dei discenti a consumare un pasto domestico a scuola, anziché usufruire del servizio di ristorazione.

Con riferimento a tale aspetto, nella sentenza 31 luglio 2014, n. 1365,² il T.A.R. Piemonte, pur esprimendo in un *obiter* numerose perplessità circa la fondatezza della pretesa (§ 3.2 del *Considerato in Diritto*), dichiarava la propria carenza di giurisdizione, atteso che il preteso diritto soggettivo «*esula, in mancanza di presidio normativo, dall'ambito del rapporto di pubblico servizio intercorrente tra l'Amministrazione e gli utenti del servizio*». In altre parole, la cognizione in ordine a siffatta pretesa sarebbe sfuggita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, co. 1 lett. c) c.p.a., dal momento che sarebbero mancati provvedimenti dell'autorità scolastica che dessero attuazione a disposizioni di carattere generale riconducibili all'esercizio di un potere amministrativo. Infatti, i ricorrenti «*non impugnano provvedimenti con cui l'amministrazione comunale abbia negato il preteso diritto*», sicché, in assenza di essi, alla luce di quanto previsto dall'art. 34, co. 2 c.p.a., «*il giudice non può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*». A tal proposito, i ricorrenti avrebbero forse potuto impugnare il divieto all'introduzione di cibi dall'esterno se e in quanto conseguente a clausole contrattuali di appalto o se contenuto nel regolamento di qualche istituto scolastico torinese o in una deliberazione di un consiglio d'istituto. Solo in tal caso, si sarebbe posta per il giudice amministrativo la questione se la situazione soggettiva rivendicata potesse qualificarsi come diritto soggettivo o, quantomeno, come interesse legittimo (§§ 9.1 e 9.2 del *Considerato in Diritto*).

Al riguardo, giova rilevare che, pur in assenza di una espressa previsione legislativa impositiva di un obbligo, ad eccezione del r.d. 30 aprile 1924, n. 965, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nell'ordinanza 10 luglio 2006, n. 15614, avevano ritenuto che sussistesse la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in un caso riguardante il rifiuto dell'autorità scolastica di rimuovere un crocifisso da un'aula scolastica, dal momento che la contestazione inerente l'arredo scolastico da parte dei genitori era avvenuta sulla base di provvedimenti adottati dall'autorità amministrativa attinenti le modalità di esecuzione del servizio scolastico. Del pari, in passato, si era attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo una controversia che coinvolgeva il potere amministrativo in ordine all'organizzazione e alle modalità di prestazione del servizio scolastico e in particolare il potere dell'Amministrazione di impartire lezioni di educazione sessuale (Cass. Civ., S.U. sent. 5 febbraio 2008, n. 2656). Nel caso in esame, si sarebbe pertanto potuto sostenere che la questione inerente la legittimità della scelta operata dall'autorità scolastica di erogare soltanto un servizio di refezione per i discenti del “tempo pieno”, senza autorizzare esplicitamente il consumo di altri cibi nelle strutture scolastiche durante il “tempo-mensa”, investisse in via diretta ed immediata l'esercizio del potere amministrativo in ordine all'organizzazione e alle modalità di prestazione del servizio scolastico e rientrasse quindi nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.³ Tuttavia, nel caso in esame non veniva in realtà

² Sulla sentenza pronunciata dal T.A.R. Piemonte si veda il commento a prima lettura di: M. BOTTIGLIERI, *Il Comune può escludere un diritto alla scelta tra mensa e panino. Nota alla sentenza del TAR Piemonte del 31.07.2014, n. 1365*, in: Polis Working Papers - Osservatorio OPAL n. 6/2015.

³ Di questo avviso è, d'altra parte, anche l'ordinanza n. 17037/2017 del Tribunale di Napoli, Sez. X, che ha accolto il reclamo contro l'ordinanza emessa dal Tribunale in composizione monocratica sulla base della questione di giurisdizione sollevata d'ufficio all'udienza del 20.7.2017.

dedotta da parte dei ricorrenti alcuna lesione di diritti fondamentali come effetto di comportamenti espressione di un potere autoritativo della p.a., bensì si agiva in giudizio, *inter alia*, per il mero accertamento di un diritto soggettivo, azione ad oggi non contemplata dal Codice del processo amministrativo.⁴

Tanto premesso, la difesa dei ricorrenti ha così preferito incardinare innanzi alla giurisdizione ordinaria un nuovo procedimento, forse anche nella convinzione che il giudice civile fosse più sensibile alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali rispetto a quello amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. Di seguito, oltre ad esaminare l'iter logico-argomentativo delle sentenze dei giudici torinesi (§ 2.1), se ne verificherà l'impatto con riguardo alla configurazione del diritto all'istruzione inferiore e, in particolar modo, ai rapporti tra genitori e Amministrazione (§ 2.2).

2.1. Il diritto al pasto domestico a scuola: una modalità di esercizio del diritto all'istruzione inferiore ex art. 34, co. 2 Cost.?

La questione ha trovato soluzione positiva, anche se per ora soltanto temporanea, presso la Corte d'appello di Torino, la quale, in riforma dell'ordinanza di primo grado, ha accertato il diritto soggettivo di alcuni genitori di alunni di scuole materne, elementari e medie torinesi a scegliere tra il servizio di refezione scolastica e il pasto preparato in famiglia.⁵

Il Collegio ha desunto il diritto *de quo* dal più ampio diritto soggettivo al “tempo-mensa”, a sua volta ritenuto corollario del diritto costituzionale alla gratuità dell'istruzione inferiore.⁶ Il concetto di “istruzione”, di cui all'art. 34, co. 2 Cost., non sarebbe, infatti, riducibile ad «attività del docente diretta ad impartire nozioni», ossia ad attività a carattere strettamente didattico, ma andrebbe qualificato come un più ampio processo che coinvolge una serie di attività anche socio-educative, nelle quali è possibile ricomprendere persino quelle relative al “tempo-mensa”, atteso che, durante la pausa-pranzo, il personale docente svolge non mera sorveglianza, bensì attività di educazione alimentare. Il “tempo-mensa” rappresenterebbe, peraltro, un momento significativo di condivisione e socializzazione, oltreché di confronto tra i discenti con i limiti imposti dal rispetto delle regole della civile convivenza.

L'inclusione del “tempo-mensa” nel Piano di offerta formativa (P.o.f.) per coloro i quali scelgono il “tempo pieno” è operata dai giudici torinesi non soltanto a partire dalle norme costituzionali, bensì anche interpretando le disposizioni vigenti della legislazione scolastica alla

⁴ Circa il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'ammissibilità di un'azione di accertamento autonomo si veda *inter alia*: M. MIGNONE – P. VIPIANA (A CURA DI), *Manuale di giustizia amministrativa*, Padova, 2012, 126 ss.

⁵ All'esito del giudizio di merito, l'Ufficio scolastico regionale e gli Assessorati regionale e comunale all'Istruzione, con una comunicazione inviata agli istituti scolastici piemontesi, precisavano che solo per i 58 alunni ricorrenti le scuole erano tenute a predisporre la fruizione del pasto domestico, atteso che l'accertamento del diritto contenuto nella sentenza non poteva certo automaticamente estendersi a terzi. Tale comunicazione provocava l'immediata proposizione di alcuni ricorsi d'urgenza ex art. 700 c.p.c. al Tribunale ordinario di Torino, cui facevano seguito analoghi ricorsi in altre Regioni italiane, tra cui la Liguria e la Lombardia, da parte di altri genitori di alunni di scuole primarie diverse per ottenere, a loro volta, l'accertamento e l'anticipazione degli effetti del loro diritto di scelta, atteso che l'amministrazione ne aveva negato la sussistenza per coloro che non avevano preso parte al giudizio.

⁶ Il Collegio non distingue tra “diritto allo studio” e “diritto all'istruzione”, questione dibattuta invece nella dottrina e risolta dalla giurisprudenza costituzionale nel senso di ricondurre il primo al comma 3 dell'art. 34, definibile come diritto volto a garantire l'assistenza scolastica ai discenti meritevoli privi di mezzi. Cfr. V. ATRIPALDI, *Il diritto allo studio*, Napoli, 1974, 13 ss.; F. BRUNO, *Prime considerazioni sui soggetti attivi del diritto allo studio*, in: AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 172 ss.

luce di un atto amministrativo interno, la circolare M.I.U.R. n. 29 del 5 marzo 2004, emanata a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 19 febbraio 2004, n. 59 (*Definizione delle norme generali relative alla scuola dell'infanzia e al primo ciclo dell'istruzione*). Tale circolare definisce il “tempo-mensa”, così come peraltro pure il “dopo-mensa”, quale segmento orario rientrante nel monte ore complessivo di erogazione del servizio scolastico. Così, del resto, parrebbe doversi opinare anche con riferimento all'art. 130, co. 2 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (*Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*), non menzionato nelle pronunce in esame, il quale stabilisce che l'orario settimanale complessivo, ivi compreso il tempo-mensa, non superi le quaranta ore. Per i giudici torinesi ne discenderebbe, allora, che «*il permanere presso la scuola nell'orario della mensa costituisce un diritto soggettivo perfetto proprio perché costituisce esercizio del diritto all'istruzione nel significato appena delineato*».

Allo stesso tempo, però, il riconoscimento del diritto al “tempo-mensa” non implicherebbe che il servizio di refezione scolastica diventi obbligatorio per ogni famiglia, ma anzi «*la facoltatività rappresenta una caratteristica intrinseca di tale servizio che non può mutare a seconda delle circostanze*». Ciò che costituisce un diritto soggettivo dei genitori sarebbe, invece, la permanenza a scuola degli alunni durante il tempo-mensa, in quanto momento rientrante nel progetto complessivo di istruzione ed educazione dei minori.⁷ Se ciascun genitore fosse obbligato a prelevare il figlio e riaccompagnarlo a scuola dopo il pranzo, come asserito dalla difesa erariale, o se fruisse della refezione scolastica per necessità e in assenza di alternativa, tale diritto al “tempo-mensa”, che allora sarebbe stato forse più appropriato qualificare come “tempo-pranzo”, verrebbe non soltanto limitato, ma anche leso, considerato che il diritto all'istruzione inferiore, la cui gratuità è sancita dall'art. 34, co. 2 Cost., risulterebbe condizionato all'adesione di un servizio a pagamento. Ne discenderebbe che il diritto al “tempo-mensa”, inteso come corollario del diritto costituzionale all'istruzione inferiore, può essere garantito non solo attraverso l'erogazione del servizio di refezione, ma anche attraverso il consumo di un pasto preparato a casa, dal momento che l'interesse giuridico tutelato è, in via generale, la predisposizione di tempi e luoghi idonei per rifocillarsi al fine di assicurare la “riproduzione” della forza di studio.

Tale diritto non esprimerebbe, infine, soltanto una «*modalità di esercizio del diritto allo studio*», ma troverebbe il proprio fondamento anche nel principio costituzionale di uguaglianza e pari dignità dei cittadini (art. 3, co. 1 Cost.). Infatti, non sarebbe ragionevole subordinare il diritto all'istruzione inferiore al pagamento del servizio di refezione da parte di alcuni genitori soltanto e costringerne un'altra parte a rinunziarvi, al fine di evitare il pagamento di una retta. Dalla desunta irragionevolezza del trattamento differenziato deriverebbe quindi anche un *vulnus* all'uguaglianza sostanziale, così come tutelata dall'art. 3, co. 2 Cost. In tal modo, la Corte d'appello di Torino ha fatto prevalere il diritto soggettivo dei discenti alla gratuità dell'istruzione in una situazione slegata dall'obbligo di frequenza scolastica, ritenendo che il pieno sviluppo della persona umana cui il diritto all'istruzione è preordinato non potesse essere ostacolato da sperequazioni di ordine economico-sociale ancorché attinenti a un servizio, quale quello di refezione, che coopera soltanto *indirettamente* al raggiungimento dello scopo dell'attività di insegnamento e che, come tale, non sarebbe coperto dalla garanzia del diritto all'istruzione, almeno stando all'interpretazione più

⁷ Al contrario, la Corte dei Conti, Sez. Regionale di controllo per la Sardegna, nel suo parere 20 dicembre 2010, n. 112 aveva invece affermato che non fosse di per sé il tempo-mensa, bensì il servizio di mensa «*a favorire la frequenza degli alunni della scuola dell'infanzia e a garantire il diritto allo studio degli studenti della scuola del Primo Ciclo o scuola dell'obbligo, anche attraverso momenti di aggregazione costituiti per l'appunto dalla riunione nei refettori*».

restrittiva dell'art. 34, co. 2 Cost. sposata dalla Corte costituzionale (sent. n. 7/1967, § 3 del *Considerato in Diritto*).⁸

In particolar modo in sede cautelare, i giudici torinesi hanno infine verificato se esistessero altri diritti o interessi costituzionalmente protetti che giustificassero una compressione del diritto all'istruzione così come fino allora interpretato. A tal proposito, le eccezioni addotte dalla difesa erariale e da quella comunale in ordine alle ragioni organizzative e igienico-sanitarie che ne avrebbero impedito l'esercizio, sono state dichiarate infondate, atteso che, mentre le prime non sarebbero state comunque d'ostacolo al riconoscimento di tale diritto, le seconde avrebbero avuto natura del tutto generica, non essendo stata indicata la fonte normativa che vieta l'introduzione a scuola di cibi dall'esterno. Né il diritto soggettivo riconosciuto dalla Corte d'appello avrebbe potuto risultare inficiato dal Regolamento europeo in materia di "igiene dei prodotti alimentari" (CEE Reg. 29 aprile 2004, n. 852), stante la sua applicabilità alle sole imprese e non ai privati e considerata, comunque, la sua non applicabilità con riferimento "alla preparazione, alla manipolazione e alla conservazione domestica di alimenti destinati al consumo domestico privato" (art. 1.2).

A questo proposito, risulta a dir poco singolare che il Tribunale di Torino in sede cautelare abbia ricavato dall'assenza di un presidio normativo l'insussistenza di un rischio per la salute degli alunni, quando proprio dall'assenza di un riferimento normativo esplicito esso ha, invece, desunto un diritto soggettivo all'introduzione del pasto domestico a scuola. A maggior ragione in sede cautelare, le eventuali contaminazioni tra cibi o il loro deterioramento andrebbero valutate non tanto sulla base dell'esistenza di una norma che autorizzi o vieti l'introduzione di cibi nelle strutture scolastiche, quanto piuttosto sulla base dei rischi per la salute che dal riconoscimento di un tale diritto si possono produrre.

Di questi rischi ha tenuto conto finora soltanto il Tribunale di Napoli nella sua ordinanza cautelare del 25 maggio 2017, con la quale, anche sulla scorta di un parere dell'ASL 1 Napoli Centro, ha sottolineato la «*manca di strutture adeguate per la corretta conservazione dei cibi, rischi alla sicurezza dei minori per l'assenza di personale ad hoc, assicurato e adeguatamente formato, per la vigilanza degli alunni e l'assistenza al pasto e soprattutto rischi per la salute degli altri minori, fruitori del servizio di refezione scolastica, connessi al non improbabile scambio di alimenti e contaminazione alimentare*», operando così un diverso bilanciamento tra il diritto dei discenti alla fruizione del pasto domestico a scuola, da un lato e il diritto alla salute degli altri alunni, dall'altro.

2.2. Il riconoscimento del diritto al pasto domestico a scuola come limitazione della discrezionalità amministrativa

In via generale, è ben possibile sostenere che il "tempo-mensa" e persino il "dopo-mensa" siano momenti funzionali al concreto esercizio del diritto all'istruzione inferiore, ai sensi dell'art. 34, co. 2 Cost., atteso che il concetto di istruzione può includere anche uno specifico momento di educazione alimentare, oltreché di socializzazione finalizzata all'apprendimento e al rispetto delle regole della civile convivenza. Esso non contribuisce, tuttavia, a identificare il cd. nucleo indefettibile del diritto fondamentale di fronte al quale il potere discrezionale dell'Amministrazione si deve arrestare (cfr. *inter alia*: Corte costituzionale, sentt. nn. 8/2011, 80/2010, 251/2008), ma rappresenta piuttosto l'espressione di un momento educativo ulteriore, atteso che "tempo-mensa" e "dopo-mensa" sono

⁸

Così anche: V. ONIDA e M. PEDRAZZA GORLERO, *Compendio di diritto costituzionale*, II ed., 2009, 132.

sottratti *de lege lata* all'obbligo di frequenza scolastica e la scelta di usufruirne o meno costituisce una mera facoltà del genitore o dell'esercente la responsabilità genitoriale.

A fronte dell'esercizio di tale facoltà, l'ordinamento italiano ha apprestato l'erogazione di un servizio di refezione scolastica a livello comunale, in ordine al quale il genitore avrà, tutt'al più, un diritto di eguale e libero accesso. Il fatto che la normativa non preveda che tale facoltà possa essere esercitata secondo modalità diverse e altre rispetto al menzionato servizio di refezione o ristorazione - ad es. attraverso il pasto domestico - rientra nell'ampio margine di discrezionalità riservato alla p.a. per organizzare le modalità di fruizione del "tempo-mensa". Così, del resto, ha osservato anche il Tribunale di Torino, Sez. I, nell'ordinanza di primo grado (R.G. 31531/14, dott.ssa Orlando), poi ribaltata in appello: «*La sfera di discrezionalità che disciplina l'istituzione e l'organizzazione del servizio non consente di ravvisare un diritto soggettivo, sia questa diretta ad esigere il servizio mensa o la prestazione alternativa oggetto di causa*». Può rientrare, al massimo, nell'esercizio dell'autonomia organizzativa di ciascun istituto scolastico, secondo criteri di comune buon senso, prevedere l'esercizio di questa facoltà.

A voler essere più precisi, ad oggi, il "tempo-mensa" coincide in realtà con la fruizione del servizio di refezione, nel senso che il primo è stato istituito in funzione dell'erogazione del secondo. Di talché, la pretesa dei genitori di far consumare ai figli un pasto confezionato a casa determinerebbe un mutamento della natura del tempo-mensa, visto che, da specifico momento di educazione inquadrato nel piano di offerta formativa e uguale per tutti, diventerebbe, a seconda dei casi, o un semplice momento di soddisfacimento dei bisogni nutrizionali inerente la tutela della salute di cui all'art. 32, co. 1 Cost. oppure un momento nel quale è più che altro la famiglia e non l'istituzione scolastica a impartire la propria educazione alimentare.⁹ Con ciò è possibile dunque affermare che il cd. diritto al panino trovi fondamento più nell'art. 30, co. 1 Cost., che protegge il diritto dei genitori ad educare i propri figli che nell'art. 34, co. 2 Cost., il quale garantisce, invece, il diritto dei discendenti "a ricevere un insegnamento".¹⁰

Non potrebbe, quindi, evocarsi alcuna violazione degli artt. 3 e 34 Cost. Infatti, atteso che non vige alcun obbligo per i genitori di avvalersi del "tempo-mensa", allo stesso modo non esiste nemmeno il corrispondente obbligo di fruire del servizio di ristorazione scolastica.¹¹ A siffatta situazione giuridica soggettiva, ascrivibile al novero delle "facoltà", non può allora far riscontro, in assenza di una norma positiva che stabilisca altrimenti, alcun "obbligo" giustiziabile nei confronti della pubblica amministrazione, volto a garantire ai discendenti modalità alternative di soddisfazione dell'interesse, o meglio dell'aspirazione, in esame. Diversamente, ad ogni facoltà dei privati di avvalersi di una certa prestazione inerente l'esercizio di un diritto fondamentale, sebbene non il suo

⁹ Altrettanto problematico sarebbe inquadrare il diritto soggettivo *de quo* tra i corollari del diritto costituzionale al cibo adeguato, dal momento che consumare il pasto confezionato a casa non equivale di per sé alla garanzia di accesso a un cibo qualitativamente adeguato ad assicurare una vita soddisfacente e degna. Per una prima sistemática inerente tale diritto in lingua italiana si veda: M. BOTTIGLIERI, *La protezione del diritto al cibo adeguato nella Costituzione italiana*, in: www.forumcostituzionale.it, 2 marzo 2016.

¹⁰ Seconda la categorizzazione proposta da U. POTOTSCHNIG, *Istruzione (diritto alla)*, in: Enc. Dir., Vol. XXIII, Milano, 1973, 98 ss.

¹¹ Il Giudice di prime cure aveva ripetuto che la normativa in vigore consente, infatti, ai genitori di evitare i costi della refezione scolastica prelevando i figli a scuola durante la pausa pranzo, in tal modo non potendosi ravvisare una violazione dell'art. 34, co. 2 Cost., quale garanzia posta a presidio della gratuità dell'istruzione scolastica. Parimenti, la tutela del lavoro ex art. 35 Cost. non implica il riconoscimento al lavoratore del diritto a un "tempo-scuola" per i figli di durata corrispondente all'orario lavorativo. Né, infine, potrebbe dirsi violato il principio di cui all'art. 3, co. 1 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza, dal momento che il trattamento differenziato tra alunni è basato su libere scelte dei rispettivi genitori e non è imposto dalla legge.

nucleo essenziale e intangibile, conseguirebbe automaticamente anche il corrispondente diritto soggettivo a conformare l'azione amministrativa alla scelta delle modalità con cui tale facoltà si vuole che sia esercitata.

Prima di oggi non risultano in Italia analoghe iniziative giudiziarie per mezzo delle quali sia stato riconosciuto in sede giurisdizionale il diritto dei genitori di pretendere dall'Amministrazione una determinata organizzazione del servizio scolastico. A questo proposito, la sussistenza di un tale diritto in altri ordinamenti è stata oggetto di alcuni giudizi anche dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), sulla base della cui consolidata giurisprudenza l'art. 2 del Protocollo I CEDU, che sancisce la libertà dei genitori di educare i propri figli, non può essere interpretato nel senso di permettere loro di esigere dallo Stato che esso organizzi, ad esempio, un dato insegnamento, dal momento che la sistemazione dell'ambiente scolastico e così anche la definizione e la pianificazione dei programmi di studio rientrano nel "margine di apprezzamento" di cui gode ciascuno Stato membro del Consiglio d'Europa.¹² Ciò non significa che uno Stato parte della Convenzione non possa liberamente decidere di strutturare il diritto dei genitori così da pretendere una particolare sistemazione dell'ambiente scolastico o una determinata offerta formativa, ma soltanto che, allo stato attuale, non esiste un "consenso europeo" che permetta un'interpretazione di questo tipo dell'art. 2 del Protocollo I CEDU. Né, d'altra parte, è possibile giungere a una simile conclusione a partire dall'interpretazione dell'art. 34, co. 1 e co. 2 Cost..¹³

Siffatto riconoscimento avrebbe, d'altronde, conseguenze significative in ordine alla definizione dell'anzidetto piano d'offerta formativa, che finirebbe per essere oggetto in ogni suo aspetto di molteplici pretese dei genitori, si pensi alla scelta dei libri di testo o alle modalità di svolgimento della ricreazione. Tale attitudine, volta a intaccare la sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione in senso, per così dire, partecipativo, emerge in maniera eclatante in questa vicenda. Il caso in esame mette in evidenza quelli che il Presidente onorario aggiunto del Consiglio di Stato, Salvatore Giacchetti, in passato definì gli "interessi legittimi del futuro",¹⁴ ossia quegli interessi partecipativi per i quali i cittadini non si limitano più, passivamente, a fruire dei servizi pubblici come erogati dalla pubblica amministrazione, ma contribuiscono anzi a influenzare le modalità di esecuzione della legge attraverso un loro inserimento, anche proattivo, in questo caso filtrato persino dall'autorità giudiziaria, nei circuiti decisionali della p.a. Anche in tal modo i connotati dell'amministrazione mutano: da attività volta alla mera e formale esecuzione della legge essa diventa un'attività volta a garantire innanzitutto l'effettività dei diritti fondamentali.¹⁵

In tal caso, tuttavia, l'inserimento degli utenti nei circuiti decisionali avviene non nell'ambito del procedimento amministrativo, secondo i canoni tradizionali della partecipazione consacrati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, bensì attraverso la limitazione della discrezionalità della pubblica

¹² Corte EDU, *Caso linguistico belga* (No. 2), 23 luglio 1968, App. No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64; *Bulski c. Polonia*, App. No. 46254/99 e 31888/02. E in precedenza, in punto di ammissibilità del ricorso, si veda anche l'ordinanza della Commissione europea dei diritti umani: *Family H c. Regno Unito*, App. No. 10233/83.

¹³ A. ROCCELLA, *Il diritto all'istruzione nell'ordinamento italiano*, in: Pace, *diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, Anno IV, N. 1, 1990, 20.

¹⁴ S. GIACCHETTI, *La giurisdizione esclusiva tra l'essere ed il divenire*, in: Studi per il centenario della IV Sezione, Vol. II, Roma, 1989, 658.

¹⁵ Sul paradigma sostanzialista della cd. "amministrazione dei risultati" si vedano: A. POLICE e M. IMMORDINO (A CURA DI), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, in: Atti del Convegno – Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in: Dir. Proc. Amm., 1998, 299; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione di risultati"*, in: Scritti in onore di Elio Casetta, Napoli, 2001, 813 ss.

amministrazione da parte di pretese individuali o meglio di “interessi pretensivi”, riconosciuti in tale vicenda come diritti soggettivi dall'autorità giudiziaria ordinaria. Si tratta, cioè, di una peculiare forma di quell'ampio fenomeno di “democratizzazione” dell'azione amministrativa di cui si parla da tempo, che assume qui tratti di novità, in quanto mediata dal potere giurisdizionale. D'altra parte, non deve sorprendere più di tanto che tale istanza di democrazia amministrativa trovi compimento nel settore dei servizi pubblici, ambito nel quale l'amministrazione pubblica contemporanea è chiamata a operare un delicato bilanciamento tra interessi rilevanti tra loro contrapposti. E' in particolar modo in questo ambito, infatti, che la democrazia deliberativa e partecipativa possono offrire una garanzia di legittimazione aggiuntiva all'azione della p.a.¹⁶

Tuttavia, nel caso di specie sembra arduo poter qualificare il riconoscimento del diritto in esame come l'esito di una partecipazione procedimentale all'organizzazione del servizio scolastico, trattandosi piuttosto dell'accertamento di una posizione giuridica soggettiva che surroga la partecipazione, ma non serve a incanalarla o formalizzarla. Tale “surroga giudiziaria”, giustificata dalla garanzia sostanziale dei diritti fondamentali e quindi dalla tutela dello Stato di diritto, è la cartina di tornasole di una carenza di coinvolgimento procedimentale “a monte”, tale per cui se i genitori fossero adeguatamente coinvolti – ad es. attraverso le Commissioni Mensa – nel procedimento amministrativo attinente la stesura dei capitolati d'appalto o, ancora, nella programmazione delle modalità di fruizione del cd. “tempo-mensa” ed, eventualmente, anche nel procedimento legislativo inerente la disciplina del sistema di istruzione,¹⁷ la giurisdizionalizzazione del fenomeno non necessariamente arretrerebbe, ma avrebbe quantomeno ad oggetto il rispetto formale dei canoni procedimentali di partecipazione, anziché la sussistenza di pretese prive di alcun presidio normativo.¹⁸

3. Modalità e problemi di esercizio del diritto nella prassi amministrativa

Che gli interessi partecipativi filtrati dalla mano della giurisdizione ordinaria abbiano effettivamente conformato l'azione amministrativa diventa ancora più perspicuo, osservando i vincoli che i giudici torinesi hanno finito per porre all'organizzazione del servizio scolastico in funzione del concreto esercizio del diritto soggettivo accertato.

Per quanto l'autorità giudiziaria ordinaria non possa imporre alle amministrazioni statale e locale un *facere* specifico in ordine alla concreta attuazione del diritto accertato e quindi non si sia espressa con riguardo alla richiesta di parte ricorrente che il diritto di consumare il pasto domestico fosse esercitato nei locali adibiti al servizio di refezione, è di tutta evidenza che il diritto a consumare un pasto diverso da quello preparato dal servizio di refezione implichi una diversa organizzazione di quest'ultimo e, in ogni caso, del “tempo-mensa” da parte dell'Amministrazione.

¹⁶ R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa (voce)*, in: Enciclopedia del Diritto, Annali, Vol. IV, Milano, 2011, 289.

¹⁷ Che il diritto all'istruzione inferiore ex art. 34 Cost. non consista soltanto nel godimento di una prestazione amministrativa ma anche nella partecipazione alla programmazione e gestione del servizio è affermato già nella dottrina più risalente: A. MURA, *Artt. 33-34*, in: A. BRANCA, *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1976, 257.

¹⁸ Sulle potenzialità dei processi partecipativi inerenti il servizio di refezione scolastica in Italia si veda ad esempio lo studio di: E. SANTANERA - E. PAGLIARINO, *Exploring the Role of Parents in Sustainable School Food Procurement*, IFSA-Conference, Harper Adams University, 2016, reperibile al seguente indirizzo web: <http://archive.harper-adams.ac.uk/events/ifsa-conference/papers/5/5.9%20Santanera.pdf> (ultimo accesso 31 agosto 2017)

Dopo aver inizialmente negato che con l'azione di accertamento dinanzi al giudice ordinario i ricorrenti avessero formalmente chiesto di organizzare un nuovo e diverso servizio di refezione scolastica, è stata la stessa Corte d'appello di Torino ad ammettere che, in realtà, l'accertamento di tale diritto *«potrebbe comportare l'adozione di un sistema di refezione almeno in parte diverso»*.

A questo proposito, la Corte si premura, allora, di precisare che l'esercizio del diritto da parte degli appellanti *«non può risolversi nel consentire indiscriminatamente agli alunni di consumare il pasto domestico presso la mensa scolastica»*, ma richiede che il Ministero dell'Istruzione, di concerto con il Ministero della Sanità, adotti una serie di misure organizzative, anche aventi natura igienico-sanitaria, che tengano conto *«della specifica situazione logistica dei singoli istituti interessati»*. Tali valutazioni rientrano nell'attività discrezionale dell'Amministrazione ed esulano dalla cognizione del giudice ordinario, sicché ai ricorrenti sarà possibile pretendere un adempimento della p.a., anche per mezzo di un ricorso per ottemperanza innanzi al giudice amministrativo.

Pur tenendo fermo il principio per cui le scelte organizzative spettano all'Amministrazione, il Tribunale di Torino, in sede cautelare, ha, tuttavia, chiarito che quest'ultima dovrà adottare soluzioni tecnico-organizzative tali da non snaturare il diritto al "tempo-mensa" e al "dopo-mensa", il quale non può che sostanzarsi nell'educazione al rapporto con gli altri.¹⁹ Ciò significa che l'utilizzo per i discenti che consumano il pasto domestico di locali diversi da quelli in uso per la refezione scolastica costituirebbe un'impropria modalità di attuazione del diritto soggettivo in questione.²⁰ L'Amministrazione dovrebbe allora *«stabilire regole di coesistenza»* al fine di chiarire *«l'ambito entro cui la ditta appaltatrice del servizio può essere chiamata a rispondere per il cibo somministrato in mensa»*, qualora il cibo confezionato a casa sia consumato negli stessi locali. Tra tali regole il Tribunale individua, a mero titolo esemplificativo, la *«divisione in due ali del refettorio»* o un non meglio specificato *«avvicendamento di gruppi di utenti»*. Per ragioni organizzative proprie di ciascun istituto scolastico sembrerebbe, infine, tollerata *«l'indisponibilità di dispositivi scaldavivande o refrigeranti»*, essendo la soddisfazione del diritto *de quo* possibile anche in loro assenza. Tale ultima osservazione risulta, tuttavia, alquanto peregrina, se si considera che per la conservazione e somministrazione di talune vivande, pena il loro deterioramento, l'oggettiva mancanza di apparecchiature frigorifere o per il riscaldamento del cibo da parte dell'istituto scolastico rende di fatto di difficile esercizio il diritto in oggetto. A questo proposito, il Giudice napoletano ha, quindi, negato la sussistenza del diritto *de quo*, ritenendo che la propria decisione non potesse determinare un aggravio di oneri finanziari e di personale in capo all'Amministrazione, atteso che una siffatta scelta sarebbe semmai spettata al legislatore.

A fronte del quadro qui descritto, in data 3 marzo 2017, il Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e formazione del Ministero dell'Istruzione ha diramato una circolare indirizzata ai

¹⁹ Non rientra evidentemente tra le modalità funzionali all'esercizio del diritto *de quo* il consumo del pasto domestico da parte del discente in un'aula diversa dal refettorio (ribattezzata dagli organi di stampa con il singolare epiteto di "stanza del panino") o comunque lontano dagli altri compagni di classe. Tale modalità, inizialmente adottata in alcuni istituti scolastici milanesi, è stata infine abbandonata. Si veda: *Milano, via libera alla schiscetta in mensa: abolita la 'stanza del panino'*, La Repubblica Milano, 20 dicembre 2016.

²⁰ Nel caso risolto con provvedimento ex art. 700 c.p.c. dal Tribunale di Genova in data 20 dicembre 2016, i ricorrenti chiedevano che la figlia potesse consumare il pasto domestico nell'ambito della struttura scolastica e nell'orario destinato alla refezione e non nel breve tempo successivo ad essa, utilizzato dagli alunni per il consumo della frutta. Il giudice stabiliva la carenza di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, atteso che le modalità organizzative di fruizione del pasto domestico spettano discrezionalmente alla dirigenza scolastica e possono essere sindacate soltanto dinanzi al giudice amministrativo. Peraltro, nella fattispecie, il giudice riteneva che le modalità adottate dall'istituto scolastico non potessero comunque considerarsi tali da svuotare di contenuto la scelta dei genitori.

Direttori degli Uffici Scolastici Regionali con la quale ha innanzitutto dato comunicazione dell'avvio di un «*confronto con tutti i soggetti istituzionali al fine di adottare possibili linee di condotta uniformi su tutto il territorio nazionale*» e ha poi informato dell'iniziativa del Ministero della Salute, presso il quale sarebbe in via di costituzione un tavolo tecnico che dovrà procedere alla revisione delle Linee Guida sulla ristorazione scolastica, ai sensi dell'art. 144, co. 2 d.lgs. 50/2006, al fine di assicurare le condizioni igienico-sanitarie e tutelare il diritto alla salute degli alunni. In altre parole, per via di alcuni pronunciamenti dell'autorità giudiziaria ordinaria, l'Amministrazione statale, centrale e decentrata, sta predisponendo interventi volti a modificare l'organizzazione del servizio di ristorazione scolastica.²¹

Complessivamente, occorre rilevare come fossero dunque pertinenti i rilievi della difesa erariale, secondo la quale il riconoscimento di tale diritto soggettivo avrebbe inevitabilmente comportato l'adozione di un sistema di refezione scolastica almeno in parte diverso da quello originariamente previsto. In altre parole, con tali decisioni, la giurisdizione ordinaria ha in tutta evidenza vincolato la p.a. ad adottare scelte organizzative di un certo tipo al fine del soddisfacimento di un "interesse pretensivo" che inerisce *ex se* all'organizzazione del servizio scolastico.

4. Quale adattamento per la legislazione in materia di ristorazione scolastica? Alcune proposte di legge giacenti in Parlamento

Parallelamente, anche il legislatore statale, nell'ambito della propria competenza esclusiva a fissare norme generali sull'istruzione (art. 117, co. 2, lett. n. Cost.), nonché in quella a determinare i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, co. 2, lett. m) Cost.), ha reagito ai pronunciamenti della giurisprudenza di merito, nonché alle sollecitazioni di taluni operatori del diritto che ne richiedevano un rapido intervento al fine di riformare la ristorazione collettiva, non soltanto in ambito scolastico.

In particolare, nella legislatura corrente, debbono segnalarsi due disegni di legge di analogo tenore giacenti nell'uno e nell'altro ramo del Parlamento. Il primo è il d.d.l. n. 2037, incardinato presso il Senato della Repubblica il 4 agosto 2015 su iniziativa dei senatori *Pignedoli ed altri* (Partito democratico), volto a una riforma complessiva dei servizi di ristorazione collettiva attraverso una puntuale definizione dei criteri e dei parametri per le procedure di selezione delle offerte. All'art. 5, il d.d.l. in oggetto recava inizialmente la seguente formulazione: «*I servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, in quanto contribuiscono a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza e all'istruzione, sono considerati servizi pubblici essenziali, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, della legge 12 giugno 1990, n. 146*». Un emendamento della relatrice durante il passaggio nella IX Commissione (*Agricoltura e produzione agroalimentare*) ha rimosso il riferimento alla natura di servizio essenziale, stabilendo un principio del tutto diverso, ad oggi ricavabile nell'ordinamento soltanto a partire da fonti secondarie e cioè tale per cui: «*I servizi di ristorazione scolastica sono parte integrante delle attività formative ed educative erogate dalle istituzioni scolastiche*».

Secondo i sostenitori del diritto al consumo del pasto domestico, una simile disposizione avrebbe

²¹ A questo riguardo, pare essersi affermata la prassi amministrativa, in base alla quale molti istituti scolastici, sulla base di proprie circolari interne, richiedono ai genitori la sottoscrizione di una liberatoria con la quale essi sono invitati a sollevare l'Amministrazione da ogni responsabilità in relazione a eventuali episodi di contaminazione alimentare che dovessero verificarsi in cagione dell'introduzione dei cibi preparati dalle famiglie. Resta ovviamente impregiudicata la questione, di natura squisitamente civilistica, se tali liberatorie abbiano un qualche valore giuridico.

lo scopo di impedire ai genitori che scelgono il “tempo pieno” di potersi avvalere dell'alternativa *inter partes* riconosciuta ai ricorrenti dai giudici torinesi. Se per alcuni la disposizione in esame potrebbe in realtà avere soltanto valore di principio, volto ad affermare la funzione educativa del “tempo-mensa” al pari delle altre ore curricolari, è altrettanto vero che la disposizione non si limita genericamente a parlare di “tempo-mensa”, bensì menziona proprio il “servizio di ristorazione scolastica”, con ciò quindi sovrapponendo del tutto il secondo al primo. Qualora la legge entrasse in vigore, resterebbe allora da chiarire se una tale disposizione possa essere interpretata nel senso di escludere, *rectius* vietare l'introduzione di cibi dall'esterno nell'orario del “tempo-mensa” o se, invece, in quanto ricavabile direttamente dalla Costituzione, il diritto in parola continui a trovare immediata applicazione al caso concreto a prescindere dalla lettera della legge. Se fino a quel momento l'impiego diretto delle norme costituzionali avverrebbe in carenza di una previsione legislativa, a partire dall'entrata in vigore di questo testo di legge tale impiego da parte dei giudici potrebbe continuare sulla base di un'“interpretazione adeguatrice” attraverso la quale la legge *de qua* sarà reinterpretata al di là del suo tenore letterale per consentire la piena estrinsecazione del diritto all'istruzione primaria così come interpretato dalla Corte d'appello di Torino.

Il secondo d.d.l. è il n. 2308, incardinato presso la Camera dei Deputati il 16 aprile 2014, su iniziativa dei deputati *Scuvera e altri* (Partito democratico). A differenza di quello approvato dal Senato, il d.d.l. in questione non intende stabilire alcuna equazione tra “tempo-mensa” e “servizio di refezione scolastica”, tuttavia, definisce quest'ultimo all'art. 1 come un livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m) Cost., oltretutto un servizio da erogare in attuazione della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (art. 27, co. 3), premurandosi poi di fissarne le modalità di accesso. Mentre l'art. 2, co. 2 stabilisce che i «*regolamenti comunali prevedono fasce di esenzione per i meno abbienti nonché forme di rateizzazione delle rette relative al servizio*», il co. 3 reca il divieto di «*impedire l'accesso al servizio di mensa scolastica ai minorenni, fatti salvi documentati motivi di salute e riservatezza riguardanti il minorenne interessato*». Tale ultimo comma sembra pensato per porre rimedio a una prassi ormai endemica per cui la dirigenza scolastica, in caso di reiterata morosità da parte dei genitori, impedisce l'accesso alla mensa da parte del fanciullo. In tal modo, il legislatore vuole promuovere il servizio di refezione, allo stesso tempo rischiando, tuttavia, di comprometterne il regolare funzionamento. L'art. 3 stabilisce, infine, un regime di agevolazioni ai Comuni che, sulla base di pareri delle ASL su criteri definiti dai Ministeri del Lavoro e delle Salute, si distinguano «*per livello di accessibilità, fruibilità e qualità del servizio*», consentendo loro di finanziare anche in deroga ai vincoli di finanza pubblica il servizio in parola. Anche questa disposizione, studiata evidentemente al fine di ripristinare o attivare in talune aree del Paese l'erogazione gratuita del servizio di refezione, rischia di ingenerare in enti locali già strutturalmente deficitari comportamenti improntati a una sana gestione contabile non particolarmente sana.

5. Conclusioni: la Costituzione italiana non garantisce pasti gratis per tutti

Questo scritto ha cercato di indagare origine, natura e modalità di esercizio del diritto soggettivo di consumare un pasto domestico, anziché usufruire del servizio di refezione scolastica.

Tale diritto, accertato soltanto da una parte della giurisprudenza di merito, è stato riconosciuto all'esito di una peculiare operazione di bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti, ossia tra il diritto allo studio letto alla luce del principio di uguaglianza sostanziale, da un lato, e il diritto alla salute di tutti gli alunni, dall'altro. I giudici torinesi, a differenza di quelli napoletani, hanno

risolto il conflitto, statuendo che, laddove si neghi il diritto di introdurre il pasto domestico nelle strutture scolastiche, l'Amministrazione violerebbe il nucleo essenziale del diritto all'istruzione, che, quantomeno per gli alunni frequentanti il "tempo pieno", include anche il cd. tempo-mensa. Nessun pregiudizio è stato, invece, ravvisato con riferimento alla tutela della salute degli altri alunni, atteso che non esisterebbe alcuna norma igienico-sanitaria che vieti l'introduzione di cibi dall'esterno.

Al di là dell'esito dell'operazione di bilanciamento, meritano una riflessione conclusiva:

1. la qualificazione e la titolarità del diritto soggettivo riconosciuto;
2. l'iter giudiziario che ha condotto al suo accertamento da parte del giudice ordinario e le conseguenze per l'Amministrazione;
3. il regime e la natura del servizio di refezione scolastica.

1. Per quanto attiene al diritto accertato, si tratta di un diritto soggettivo a parziale copertura costituzionale, del quale sono titolari i fanciulli discenti e che deve essere fatto valere dai genitori in rappresentanza dei diretti beneficiari dell'attività di istruzione, cioè i figli minori, i quali sono privi di capacità di agire e, conseguentemente, di legittimazione attiva. L'ambiguità di fondo inerente la titolarità del diritto soggettivo rimane quindi ben presente. Benché esso sia stato formalmente ricavato dal diritto costituzionale alla gratuità dell'istruzione inferiore (art. 34, co. 2 Cost.) e sia qualificabile come diritto soggettivo dei discenti, la libertà di scegliere la refezione o il panino, in quanto motivata principalmente da ragioni socio-economiche, è innanzitutto un diritto dei genitori degli alunni e ha a che vedere, più che altro, con la loro libertà di educare la prole (art. 30, co. 1 Cost.) ed eventualmente anche con la salvaguardia del loro diritto al lavoro (art. 35 Cost.). In questo nodo non del tutto sciolto circa la reale titolarità del diritto soggettivo in questione si coglie quella tradizionale contrapposizione tra diritti del fanciullo e diritti dei genitori, che le Carte dei diritti (nazionali e internazionali) tendono, invece, a stemperare, quasi che gli interessi del fanciullo fossero sempre coincidenti con quelli dei genitori.²²

2. A destare un certo interesse è, poi, il fatto che il riconoscimento di un tale diritto sia avvenuto in sede di giudizio di accertamento di fronte all'autorità giudiziaria ordinaria e non di fronte al giudice amministrativo. Ancora oggi, la magistratura amministrativa che giudica in sede di giurisdizione generale di legittimità e non in sede di giurisdizione esclusiva ha una certa riluttanza a svincolarsi dal tradizionale paradigma autoritativo dell'Amministrazione, applicando direttamente norme della Costituzione. In passato, ciò è avvenuto proprio con riguardo ai diritti sociali, la cui piena tutela nei confronti dell'Amministrazione è stata a lungo negata dal giudice amministrativo e ha trovato un rimedio soltanto nella giurisdizione ordinaria, la quale, «*stante la forza del diretto aggancio con la Costituzione, ha assicurato ad essi un adeguato strumentario di garanzie attraverso l'ampio impiego della tutela cautelare e l'esercizio di poteri conformativi nei confronti delle amministrazioni coinvolte che sono state condannate a rimborsare, a rimuovere e a fare*».²³

²² Sui rischi derivanti da un'enfasi eccessiva circa la legittimazione dei fanciulli ad essere titolari di diritti si veda il ricco volume curato da J. FORTIN, *Children's Rights and the Developing Law*, 3rd ed., Oxford, 2009, 10, secondo la quale, in taluni casi, «*the language of rights becomes a form of political correctness used to mask claims made by adults on behalf of children*» e ancora 189, 411-412.

²³ A. PIOGGIA, *Giudice amministrativo e applicazione diretta della Costituzione: qualcosa sta cambiando?*, in: *Diritto Pubblico*, nr. 1, gennaio-aprile 2012, 66-67.

Anche nel caso di specie, che atteneva a un diritto sociale condizionato, è stata la magistratura ordinaria e non quella amministrativa a soddisfare le pretese di tutela di un diritto fondamentale, asseritamente posto a rischio dall'esercizio della discrezionalità amministrativa.

Una delle conseguenze principali delle decisioni dei giudici torinesi è, del resto, proprio la forte limitazione della discrezionalità amministrativa nell'organizzazione dei servizi scolastici di fronte a pretese dei genitori suscettibili di essere qualificate come diritti fondamentali, anziché come interessi legittimi. In luogo di un controllo di proporzionalità sulla correttezza del bilanciamento operato dall'Amministrazione, la magistratura ordinaria ha invece sostituito il proprio apprezzamento a quello dell'Amministrazione, la quale rischia così di divenire oggetto di un infinito numero di pretese soggettive. Meglio sarebbe se alcune decisioni attinenti l'organizzazione del servizio di ristorazione potessero essere sì condivise, cioè ispirate al principio della democrazia amministrativa, ma in base ad un *iter* procedimentale definito *a priori* e non mediato dall'intervento di una magistratura afflitta da "populismo giudiziario".²⁴

Attualmente, in pendenza del giudizio di Cassazione, innanzi alla quale hanno proposto ricorso il Comune di Torino e il Ministero dell'Istruzione, l'Amministrazione centrale e le Amministrazioni periferiche sono impegnate a garantire l'esercizio del diritto accertato secondo le diverse modalità operative cui si è fatto finora cenno. Allo stato, tuttavia, occorre domandarsi se, a fronte dell'eccessiva onerosità del servizio mensa in alcune aree territoriali del Paese, sia ipotizzabile che l'esercizio di un diritto con parziale copertura costituzionale da parte di alcuni determini un aggravio di spesa per l'intera collettività.²⁵ A questo proposito, per evitare che il consumo del pasto domestico diventi soltanto uno sgradevole esempio di "free lunch",²⁶ attraverso il quale i genitori, alleggeriti dal peso del servizio di refezione, pongono in capo alla collettività il pagamento delle spese di sorveglianza e di pulizia conseguenti all'esercizio del diritto accertato, si potrebbe ipotizzare la corresponsione in favore degli istituti scolastici di un contributo minimo applicabile a tutti i discenti che usufruiscano del "tempo-mensa" o, per meglio dire, del "tempo-pranzo". Viceversa, se ne dovrebbe dedurre una violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., atteso che il trattamento differenziato nell'usufruire del "tempo-mensa" non potrebbe essere giustificato in punto di scrutinio di ragionevolezza.²⁷

²⁴ Per la definizione di populismo giudiziario si veda: G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in: *Criminalia*, 2013, 105 ss., secondo il quale si tratta di un fenomeno che ricorre «tutte le volte in cui il magistrato pretende di assumere il ruolo di autentico rappresentante o interprete dei veri interessi e delle aspettative di giustizia del popolo. (...) Questa sorta di magistrato tribuno, che pretende di entrare in rapporto diretto con i cittadini, finisce col far derivare la principale fonte di legittimazione del proprio operato, piuttosto che dal vincolo alle leggi scritte così come prodotte dalla politica, dal consenso e dall'appoggio popolare».

²⁵ Sul necessario bilanciamento tra diritto all'istruzione ed esigenze di bilancio si vedano tra le altre: Corte costituzionale, sentt. nn. 151/1969, 125/1975 e 208/1996, citate anche in: A. POGGI, *Art. 34*, in: R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (A CURA DI), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 707.

²⁶ L'espressione secondo la quale "non esistono pasti gratuiti" si deve all'economista e Premio Nobel, Milton Friedman. Egli sosteneva che, anche laddove si fornisse un bene o si erogasse un servizio senza richiedere un prezzo, ciò non significava che esso non avesse un costo (detto costo-opportunità) per la società, la quale, in assenza di quelle risorse, avrebbe dovuto rinunciare a produrre altri beni o a erogare altri servizi. Cf. M. FRIEDMAN, *There's No Such Thing as a Free Lunch*, Illinois, Open Court, 1975, in italiano: *Nessun pasto è gratis*, Torino, Centro di ricerca e documentazione "Luigi Einaudi", 1978.

²⁷ Del tutto diversa è giustificata sulla base dell'art. 34, co. 4 Cost., oltreché dell'art. 38, co. 1 Cost. è, invece, l'ipotesi di esenzione dal pagamento di qualsivoglia contributo minimo o retta per tutti i bambini provenienti da famiglie sotto la soglia di povertà. Allo stato attuale, come risulta da una ricerca realizzata da *Save the Children*, un quarto dei Comuni capoluogo considerati dall'indagine non prevede l'esenzione totale dal pagamento della retta per reddito, né per

A questo riguardo, giova però ricordare che la sentenza 29 aprile 2008, n. 10828 pronunciata dalle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione (Pres. Carbone; Est. Amatucci)²⁸ ha statuito che l'applicazione da parte di un Comune di un “contributo spese pasto” generalizzato, tale da pretendere il pagamento a prescindere dal fatto che l'alunno fruisca o meno di quel servizio, sia in contrasto con l'art. 1 della legge 18 marzo 1968, n. 444, che prevede la gratuità per la frequenza delle scuole materne. Nel presente caso, tuttavia, la diversa situazione di fatto e di diritto, determinatasi sulla base dell'accertamento del diritto soggettivo al consumo del pasto domestico, non produrrebbe alcuna discriminazione tra discenti, dal momento che il “contributo spese” sarebbe effettivamente pagato da coloro i quali usufruiscono del “tempo-mensa”, o per meglio dire, del “tempo pranzo”, e quindi anche da chi, pur non godendo del servizio di ristorazione, si avvale pur sempre della sorveglianza, della pulizia e della predisposizione delle eventuali apparecchiature frigorifere o per il riscaldamento dei cibi da parte del personale dell'istituto scolastico. A tal proposito, non sembra si possa eccepire che le attività menzionate rientrino tra le mansioni per le quali il personale scolastico è stipendiato, trattandosi piuttosto di compiti i cui costi sono coperti in parte attraverso le tariffe di refezione scolastica, in parte attraverso contributi-extra.²⁹

3. Per il resto, la vicenda *de qua* è emblematica del conflitto che governa il rapporto tra il cittadino e l'Amministrazione: da un lato v'è la crescente pretesa di riconoscimento di (nuovi) diritti soggettivi a parziale copertura costituzionale, a fronte dell'esonero dall'obbligo di pagare per l'erogazione di un servizio pubblico locale, dall'altro lato, v'è il carattere ancora prevalentemente autoritativo dell'Amministrazione, orientata a salvaguardare la discrezionalità della propria azione, più che a rendere quest'ultima un modo di essere dello Stato democratico.

All'origine del conflitto in esame, si cela un problema inerente la natura di un servizio pubblico locale che svolge una eminente funzione socio-assistenziale e socio-educativa, ma che, ad oggi, non è annoverato tra i livelli essenziali delle prestazioni inerenti i diritti sociali da garantire su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. m) Cost. Al contrario, si tratta di un servizio pubblico a domanda individuale ai sensi del D.M. 31 dicembre 1983 (*Individuazione delle categorie dei servizi pubblici locali a domanda individuale*), emanato di concerto dal Ministero dell'Interno con i Ministeri del Tesoro e delle Finanze in attuazione dell'art. 6, co. 1 del decreto-legge 28 febbraio 1983, n. 55 (*Provvedimenti urgenti per il settore della finanza locale per l'anno 1983*), convertito, con modificazioni, nella legge 26 aprile 1983, n. 131. Per servizio pubblico a domanda individuale il decreto ministeriale intende tutte quelle attività gestite direttamente dall'ente locale, che siano intraprese non per obbligo istituzionale, che vengano svolte su richiesta dell'utenza e che non sono state dichiarate gratuite da una legge statale o regionale.

Così stando le cose, l'ente locale non soltanto non ha l'obbligo di erogare il servizio di mensa scolastica in regime di completa gratuità, *rectius* attingendo interamente alle risorse di cui al bilancio pubblico cittadino, ma, ai sensi dell'art. 6, co. 1 del menzionato decreto-legge e dell'art. 172, co. 1, lett. c) T.U.E.L., il Comune che decida comunque di istituirlo è anzi obbligato a coprirne il costo di gestione con proventi tariffari e con contributi a carico dell'utenza al fine di rispettare il principio del pareggio di bilancio. La legge non prevede una soglia minima di copertura del costo

composizione del nucleo familiare, né per motivi di carattere sociale. <https://www.savethechildren.it/cosa-facciamo/pubblicazioni/non-tutti-mensa-2017>

²⁸ E in precedenza si veda già: Cass. Civ., Sez. Un., 4 dicembre 1991, n. 13030.

²⁹ Al proposito si veda: *Torino, sovrattassa per gli alunni che pranzano con il panino della mamma*, La Repubblica Torino, 12 settembre 2017.

per la generalità degli enti locali. Soltanto l'art. 243, co. 2 lett. a) T.U.E.L. stabilisce la misura del 36 per cento per gli enti strutturalmente deficitari.³⁰

Non è chiaro, invece, se per gli enti dotati di capienza di bilancio sia ipotizzabile l'erogazione del servizio anche in regime di gratuità. A questo proposito, nella sua sentenza 31 luglio 2014, n. 1365, il T.A.R. Piemonte ha osservato come «*il Comune potrebbe certamente decidere di finanziare per intero il servizio di refezione scolastica con risorse proprie, garantendone la fruizione gratuita da parte della popolazione scolastica cittadina*». Diversamente, la Corte dei Conti – Sez. Regionale per la Campania, nella sua delibera n. 7/2010, aveva statuito come non fosse concesso agli enti locali «*procedere alla generalizzata erogazione gratuita, cui va assimilata l'ipotesi della previsione di tariffe o contribuzioni di importo talmente irrisorio da dover essere considerate nummo uno*»,³¹ facendo leva sulla lettera del D.M. che escluderebbe l'erogabilità gratuita per tutti quei servizi non esplicitamente definiti dalla legge come tali, oltretutto sull'art. 3 del decreto-legge 22 dicembre 1981, n. 786, in base al quale gli enti locali «*sono tenuti a richiedere la contribuzione degli utenti*» per servizi di questo tipo. Allo stesso modo si è espressa anche la Corte dei Conti – Sez. Regionale per il Molise nel suo parere 14 settembre 2011, n. 80, in base al quale l'ente locale deve pur sempre farsi carico dell'obbligo di una percentuale minima di copertura.³²

Diversa è, invece, la questione circa la rilevanza economica della refezione scolastica, inerendo essa alle modalità di affidamento del servizio e non alla sua onerosità o gratuità. Il servizio di refezione scolastica ha ad oggetto la preparazione e la fornitura (trasporto e distribuzione) dei pasti agli alunni e al personale delle scuole primarie, incluso il riassetto, la pulizia e la sanificazione dei refettori. La distinzione tra servizi a rilevanza economica e servizi che ne sono privi è stata introdotta dal decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326 al fine di applicare le norme UE sulla concorrenza ai servizi pubblici locali. La rilevanza economica va intesa come possibilità che dalla gestione del servizio si ricavi un profitto e come contendibilità sul mercato³³ e ad essa si ricollegano conseguenze precise in termini di modalità di affidamento del servizio.

In passato, si è ritenuto che il servizio di refezione scolastica, in quanto servizio socio-educativo, non avesse carattere industriale e fosse privo di rilevanza economica, dal momento che non recava vantaggi economici all'amministrazione e non era svolto in competizione con altri operatori sul mercato.³⁴ Tuttavia, la rilevanza economica di un servizio non può essere definita *a priori* una volta per tutte, ma abbisogna di una valutazione caso per caso.³⁵ In presenza di una limitata dimensione quantitativa del servizio e di una scarsa redditività, il servizio è in effetti ritenuto privo di rilevanza economica e viene tendenzialmente gestito mediante affidamento diretto

³⁰ Tale misura è stata interpretata come soglia minima applicabile agli enti locali in stato di dissesto e non come soglia massima dalla quale derivare un regime più favorevole automaticamente applicabile agli enti dotati di capienza di bilancio. Al contrario, gli enti locali sono ampiamente liberi, *rectius* autonomi nel modulare la misura della copertura, al limite facendo gravare interamente sull'utenza il costo del servizio. Nel caso di specie, ad esempio, il Comune di Torino pone a carico dell'utenza circa il 79 per cento del costo complessivo del servizio di refezione scolastica.

³¹ Corte dei Conti, Sez. Regionale di controllo per la Campania, parere n. 7 del 25 febbraio 2010.

³² Corte dei Conti, Sez. Regionale di controllo per il Molise, parere n. 80 del 14 settembre 2011.

³³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488.

³⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 3 febbraio 2005, n. 279 e ancora Consiglio di Stato, Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6529.

³⁵ Consiglio di Stato, Sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097; Corte dei Conti, Sez. Regionale di controllo per la Lombardia, parere 31 marzo 2011, n. 163.

*in house*³⁶ oppure in economia o per il tramite di aziende speciali o di società a capitale interamente pubblico. Laddove, tuttavia, sia redditizio e sia svolto in regime di concorrenza con altri operatori, anche un servizio come la refezione scolastica deve essere affidato tramite procedura ad evidenza pubblica.³⁷ A tal proposito, non è quindi affatto un caso se la refezione scolastica a Torino sia oggetto di affidamento secondo le modalità tipiche dei servizi a rilevanza economica e ciò vale, più in generale, quantomeno per lo specifico contesto territoriale di tutti i principali capoluoghi di Regione e delle Città metropolitane, dove la refezione ha assunto ormai una dimensione industriale e redditizia, stante anche il potenziale relativamente alto di ingresso di nuovi competitori sul mercato.³⁸

Nella misura in cui gli operatori che svolgono il servizio di refezione scolastica agiscono in regime oligopolistico, i prezzi rimarranno però inevitabilmente alti e la qualità mediocre. Proposte come quelle di *Cittadinanza Attiva* per una non meglio specificata “uniformazione delle tariffe per aree territoriali” dimostrano che il problema viene ancora affrontato in termini non economici, ma puramente politici. In assenza di studi approfonditi sul comparto industriale,³⁹ la ristorazione scolastica pare oggetto di una forte concentrazione che, in particolare nell'area vasta di Torino, ma anche in Emilia-Romagna, spinge molti genitori a scegliere il pasto domestico come primo e più immediato rimedio ai prezzi elevati. A ciò si deve aggiungere che le tariffe stabilite dai Comuni non includono solo il costo del servizio, ma assorbono talora anche altri costi indiretti, alcuni dei quali del tutto assimilabili a tasse comunali.⁴⁰ Compito della politica nazionale, come di quella locale, dovrebbe essere allora garantire un maggior grado di liberalizzazione del settore e, al tempo stesso, una definizione delle tariffe non politicamente dettata da mere esigenze di cassa.⁴¹

³⁶ Ad esempio, per il tramite di una gestione associata tra Comuni confinanti mediante il modello dell'istituzione: T.A.R. Bologna, Emilia-Romagna, Sez. I, sent. 23 settembre 2009, n. 1645.

³⁷ T.A.R. Sardegna, Sez. I, sent. 2 agosto 2005, n. 1729.

³⁸ Con la declaratoria di incostituzionalità che ha travolto l'art. 113-bis T.U.E.L. per violazione della competenza residuale delle Regioni in materia di servizi pubblici locali (Corte costituzionale, ord. n. 272/2004), l'affidamento dei servizi a rilevanza non economica avviene secondo un principio di libertà di forme, nel rispetto dell'autonomia regionale o locale. Si vedano le note di F. CASALOTTI, *Il riparto della potestà legislativa “alla prova” della disciplina dei servizi pubblici locali*, in: Le Regioni, 2005, n. 1, 262 ss. e di C. DEODATO, *Luci ed ombre sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di servizi pubblici locali*, in: www.federalismi.it, n. 21/2004.

³⁹ Allo stato, è possibile rinviare soltanto al [recente rapporto](#) di *Cittadinanza Attiva* (ottobre 2016) sulle tariffe della ristorazione scolastica Provincia per Provincia e Regione per Regione. A questo proposito, manca però uno studio che verifichi la correlazione esistente tra livello delle tariffe e concentrazione industriale Provincia per Provincia.

⁴⁰ *Torino, dodici milioni in più: è la “tassa” pagata dalle famiglie per le mense scolastiche*, La Repubblica Torino, 1 settembre 2016.

⁴¹ Sulla violazione dei principi di tutela della concorrenza per irragionevole restringimento della platea dei concorrenti nel settore della refezione scolastica si veda *inter alia*: T.A.R. Abruzzo – Pescara, Sez. I, sent. 22 luglio 2011, n. 476.