

Pubblicato il 02/12/2020

N. 07640/2020REG.PROV.COLL.
N. 01820/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1820 del 2020, proposto da
-OMISSIS- in proprio e in qualità di esercente la potestà genitoriale sul
figlio minore, -OMISSIS- in proprio e in qualità di esercente la potestà
genitoriale sul figlio minore, -OMISSIS- in proprio e in qualità di esercente
la potestà genitoriale sul figlio minore, -OMISSIS- in proprio e in qualità di
esercente la potestà genitoriale sul figlio minore, -OMISSIS- in proprio e in
qualità di esercente la potestà genitoriale sul figlio minore, -OMISSIS- in
proprio e in qualità di esercente la potestà genitoriale sul figlio minore, in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli
avvocati Giorgio Vecchione, Riccardo Vecchione, Laura Clementina
Rossoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Istituto Comprensivo -OMISSIS-, Ufficio Scolastico Regionale Lombardia,
Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, in persona del
legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura

Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

-OMISSIS- S.r.l. non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) n. -OMISSIS-/2020, resa tra le parti, concernente l'annullamento della deliberazione del Consiglio di Istituto n. 18 del 28 maggio 2019, della deliberazione del Consiglio di Istituto n. 28 del 29 giugno 2019, nonché di ogni altro atto preordinato, preparatorio, connesso e/o consequenziale, anche non noto; nonché per l'accertamento del diritto dei minori figli dei ricorrenti, ad essere ammessi a consumare alimenti di preparazione domestica nel locale adibito a refettorio, quale esso sia, unitamente e contemporaneamente ai compagni di classe, senza divisioni e discriminazioni, sotto la vigilanza e con l'assistenza educativa dei docenti, per condividere i contenuti educativi connessi al tempo mensa, e per la conseguente condanna dell'I.C. a provvedere in tal senso; nonché per l'accertamento del diritto dei minori figli dei ricorrenti, a poter beneficiare, durante il tempo mensa e dopo mensa, senza ulteriori oneri, della vigilanza e dell'assistenza educativa del personale docente all'interno del locale adibito a refettorio, quale esso sia, unitamente e contemporaneamente ai compagni di classe e per la conseguente condanna dell'I.C. convenuto ad organizzarsi in tal senso; e per la conseguente condanna dell'Istituto ad adottare e/o far adottare, nell'interesse generale dell'intera comunità scolastica, tutte le misure e gli accorgimenti di legge atti a disciplinare la coesistenza di pasti di preparazione domestica e di pasti forniti dalla ditta comunale di ristorazione collettiva nel medesimo locale adibito a refettorio, quale esso sia, garantendone vigilanza ed assistenza educativa senza oneri in capo alle famiglie;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni intimate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2020 il Cons. Sergio Santoro e uditi per le parti gli avvocati Giorgio Vecchione in collegamento da remoto, ai sensi dell'art. 4, comma 1, decreto-legge 28 del 30 aprile 2020 e dell'art.25 del decreto-legge 37 del 28 ottobre 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Gli appellanti sono genitori di minori iscritti presso l'Istituto resistente, scuola primaria avente un modello scolastico a tempo prolungato di 30 ore, cui si aggiungono quattro rientri pomeridiani obbligatori (lunedì, martedì, giovedì e venerdì) agevolati dall'istituzione di un servizio mensa e trasporto scuolabus offerti dai Comuni interessati, come indicato nel piano triennale dell'offerta formativa.

Gli stessi avevano impugnato in primo grado le deliberazioni del Consiglio di Istituto n. 18 del 28 maggio 2019 e n. 28 del 29 giugno 2019, con richiesta di accertamento del diritto dei figli dei ricorrenti a consumare alimenti di preparazione domestica nel locale adibito a refettorio, senza divisioni e discriminazioni, sotto la vigilanza e con l'assistenza educativa dei docenti, per condividere i contenuti educativi connessi al tempo mensa.

L'Istituto resistente, scuola primaria del Comune cit., aveva adottato un orario prolungato di 30 ore, con quattro rientri pomeridiani obbligatori e un servizio mensa e trasporto scuolabus.

Gli appellanti avevano però rifiutato di aderire al servizio di ristorazione collettiva fornito dal Comune presso l'edificio polifunzionale comunale di cui disponeva.

Con i provvedimenti impugnati tuttavia l'Istituto ha vietato l'esercizio dell'autorefezione nei confronti dei soli figli dei richiedenti della scuola

primaria.

Di qui il ricorso al TAR Brescia, per accertare il diritto dei minori figli dei ricorrenti ad essere ammessi a consumare alimenti di preparazione domestica nel locale adibito a refettorio, unitamente e contemporaneamente ai compagni di classe, sotto la vigilanza e con l'assistenza educativa dei docenti, e per la conseguente condanna dell'Istituto scolastico.

A seguito della sentenza di rigetto del TAR, qui appellata, i ricorrenti hanno reiterato in questo grado le medesime doglianze, deducendo in sintesi che la posizione giuridica azionata avrebbe consistenza di diritto soggettivo e che, anche se tale situazione giuridica soggettiva dovesse ritenersi di interesse legittimo, l'Amministrazione potrebbe solo organizzare l'autorefezione ma non vietarla.

Con l'appello sono riproposti, in quattro gruppi di censure, tutti i motivi già svolti in primo grado. Le parti intime si sono costituite ed hanno controdedotto puntualmente al gravame chiedendone il rigetto.

2. L'appello merita accoglimento.

La posizione giuridica soggettiva azionata dagli odierni appellanti deve qualificarsi di interesse legittimo, secondo quanto ritenuto dalla Sezione nelle sentenze nn. 5792 e 5839 del 5 ottobre 2020, dovendosi conseguentemente riconoscere in capo a ciascun Istituto scolastico una vera e propria potestà organizzativa, nell'ambito delle disposizioni vigenti, in merito al servizio prestato nei confronti degli allievi e delle loro famiglie, implicante motivate valutazioni discrezionali in ordine, tra l'altro, alle modalità della relativa prestazione, che possano renderne sicuro ed efficiente lo svolgimento, nel bilanciamento dei contrapposti interessi ed all'esito di un'adeguata istruttoria.

Ed è appena il caso di rilevare che, nella specie, l'emergenza epidemiologica in atto ormai dall'inizio dell'anno, imporrà di adeguare attentamente, sotto

il profilo igienico-sanitario, e attrezzare l'organizzazione scolastica in relazione all'eccezionale situazione, anche e soprattutto con particolare attenzione al servizio di mensa per gli alunni, che in ipotesi potrebbe in questa contingenza risultare addirittura avvantaggiato dalla soluzione proposta dagli appellanti, dato che il pasto da casa passa evidentemente per le mani dei soli genitori.

3. Il Legislatore è intervenuto più volte, dal 1999, a disciplinare il servizio delle mense scolastiche (ad es. con la L. 23/12/1999, n. 488, che all'art. 59 raccomanda di utilizzare nelle mense scolastiche prodotti biologici, tipici e tradizionali e a denominazione protetta, tenendo conto delle linee guida e delle altre raccomandazioni dell'Istituto nazionale della nutrizione; oppure la L. 27/12/2002, n. 289, il cui art. 35 affida ai collaboratori scolastici l'accoglienza e la sorveglianza degli alunni e l'ordinaria vigilanza e assistenza agli alunni durante la consumazione del pasto nelle mense scolastiche; o la L. 18/08/2015, n. 141, il cui art. 6 impone alle istituzioni pubbliche che gestiscono mense scolastiche di procedere alla relativa gestione mediante "appalti verdi"; o l'art. 13 L. 1/12/2015, n. 194 e l'art. 10 L.19/08/2016, n. 166, che rispettivamente attribuiscono alle mense scolastiche un ruolo nella tutela della biodiversità di interesse agricolo e alimentare e nella lotta agli sprechi di cibo, o col promuovere, a decorrere dall'anno scolastico 2017/2018, il consumo di prodotti biologici e sostenibili per l'ambiente, nell'ambito dei servizi di refezione scolastica; o l'art.62, comma 5-bis del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, che impone ancora una volta il consumo di prodotti biologici e sostenibili per l'ambiente, nell'ambito dei servizi di refezione scolastica.

4. Tutte queste disposizioni, soprattutto quelle di fonte primaria, dimostrano in modo univoco che l'interesse pubblico connesso all'esercizio delle mense scolastiche trascende quello dei singoli utenti, allievi delle varie istituzioni scolastiche che le ospitano, per interessare il più vasto ambito

della salute e dell'economia nazionali. In altri provvedimenti, del resto, gli affidamenti dell'esercizio delle mense scolastiche sono esattamente definiti concessioni di servizi pubblici locali di rilevanza economica, e i relativi capitolati contratti di servizio (così p.es. nella Conferenza unificata, Accordo 26/09/2013, n. 94/CU, pubblicato nella G.U. 29 ottobre 2013, n. 254, sulle *“Linee guida relative ai criteri da applicare per individuare i principi e gli elementi minimi da inserire nei contratti di servizio e nelle carte di qualità dei servizi pubblici locali ... ai sensi dell'art. 2, comma 461, della legge 24 dicembre 2007, n. 244”*).

Secondo le linee guida stabilite in tali provvedimenti, la ristorazione scolastica non è soltanto semplice soddisfacimento dei fabbisogni nutrizionali, ma anche educazione e promozione della salute dei bambini, coinvolgente anche i docenti e i genitori attraverso la promozione di abitudini alimentari corrette, mentre la relativa vigilanza compete alle ASL (Servizi Igiene Alimenti e Nutrizione), e agli enti locali e agli istituti scolastici spetta organizzare il servizio secondo le rispettive necessità. Al gestore invece è fatto carico di svolgere il servizio nel rispetto della normativa vigente e degli impegni contrattuali circa gli standard qualitativi previsti.

Inoltre, in varie circolari degli Uffici scolastici regionali, e segnatamente nella nota del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca in data 3 marzo 2017, prot.n. 348, si accenna alla possibilità di *“autorefezione”*, senza però chiarirne esattamente, entro un quadro compiuto ed esauriente, limiti e condizioni.

5. Con riferimento all'oggetto dell'impugnativa avanzata nel giudizio, si rileva che la deliberazione n. 18 del Consiglio di Istituto del 28 maggio 2019, pur accogliendo le richieste di pasto domestico presso la scuola secondaria di primo grado, ha respinto quelle degli appellanti, sui seguenti rilievi:

a) il modello scolastico "modulare", diverso dal tempo pieno, di 30 ore settimanali, escluderebbe il tempo mensa; b) non vi sarebbe personale A.T.A. per le mansioni di preparazione e pulizia del locale mensa; c) negli edifici dell'Istituto non vi sarebbero locali mensa/refettori, né luoghi diversi ed idonei da destinare all'autorefezione, privi di frigoriferi e forni; d) vi sarebbero quindi rischi igienico-sanitari, allergie, e/o di contaminazione alimentare, con possibili conseguenze sulla salute degli alunni in mancanza di linee guida ministeriali sulla consumazione del pasto domestico.

Con la successiva deliberazione 29 giugno 2019 n. 28, il Consiglio di Istituto aveva poi stabilito che, se il Comune avesse accolto le richieste di riunire in unico locale gli alunni aderenti alla mensa comunale e quelli con il pasto da casa, non sarebbe stata assicurata la vigilanza degli allievi non aderenti al servizio mensa.

6. Contro queste delibere sono state avanzate censure essenzialmente incentrate sulla ingiustificata limitazione delle libertà individuali, in assenza di dimostrate e proporzionate ragioni ostative, anche con riferimento alle caratteristiche del locale nella specie adibito alla refezione (spazio polifunzionale messo a disposizione dal Comune e destinato al "tempo mensa"), ritenuto dai genitori appellanti idoneo per tutte le tipologie di pasti, compresi quelli da casa.

E' stata inoltre vibratamente contestata la determinazione dell'Istituto resistente di non farsi carico della vigilanza degli allievi non aderenti al servizio mensa, deducendosi la violazione sia dell'art.7, quarto comma, del D. Lgs. 19 febbraio 2004 n. 59, secondo cui, "allo scopo di garantire le attività educative e didattiche, ... nonché l'assistenza educativa da parte del personale docente nel tempo eventualmente dedicato alla mensa e al dopo mensa (...) è costituito l'organico di istituto", sia della circolare n. 29/2004 che aggiunge all'orario riservato alla didattica vera e propria, quello dedicato al servizio mensa e dopo mensa; sia dell'art. 131, settimo comma,

del D. Lgs. 16/04/1994, n. 297 (T.U. dell'Istruzione), secondo cui *“nell'orario di insegnamento ... è compresa l'assistenza educativa svolta nel tempo dedicato alla mensa”*, oltre che dell'art. 26, comma 10, del CCNL, secondo il quale il servizio di mensa rientra a tutti gli effetti nell'orario di attività didattica.

7. Tali censure sono fondate.

Da quanto riportato nelle citate disposizioni, si ricava che la vigilanza, durante il *tempo mensa*, deve essere affidata in ogni caso al personale insegnante, dato che nell'orario obbligatorio è compreso anche quello dedicato alla refezione.

Il servizio di mensa scolastica è definibile, in base alle disposizioni vigenti, non soltanto *“facoltativo a domanda individuale”* (così il D.M. 31 dicembre 1983 del Ministero dell'interno, recante *“Individuazione delle categorie dei servizi pubblici locali a domanda individuale”*, pubblicato nella G. U. 17 gennaio 1984, n. 16, che al n.10 definisce tali *le mense, comprese quelle ad uso scolastico*), ma anche come strumentale all'attività scolastica e tuttavia strettamente collegato al diritto all'istruzione (il D. Lgs. 13/04/2017, n. 63, all'art.6 dispone infatti per i servizi di mensa, che *“... laddove il tempo scuola lo renda necessario, alle alunne e agli alunni delle scuole pubbliche dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado sono erogati, nelle modalità di cui all'articolo 3, servizi di mensa, attivabili a richiesta degli interessati ... nei limiti dell'organico disponibile e senza nuovi o maggiori oneri per gli enti pubblici interessati?”*).

La richiesta di consumare individualmente il proprio pasto in linea di principio deve dunque ammettersi e può essere accolta, seppure secondo modalità che favoriscano la socializzazione degli alunni, ma soprattutto ne azzerino i rischi in materia di salute e sicurezza, in applicazione analogica dell'art. 26, quinto comma, del D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (su tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro), ed in ogni caso sotto la vigilanza del corpo docente.

8. I provvedimenti impugnati in primo grado debbono quindi essere annullati, poiché non colgono esattamente questa necessità motivazionale, muovendo da erronee premesse opposte ai richiedenti l'esonero come aprioristicamente preclusive, riassunte nei quattro gruppi di argomenti sopra ricordati (*il modello scolastico "modulare", diverso dal tempo pieno, di 30 ore settimanali, escluderebbe il tempo mensa; b) non vi sarebbe personale A.T.A. per le mansioni di preparazione e pulizia del locale mensa; c) negli edifici dell'Istituto non vi sarebbero locali mensa/refettori, né luoghi diversi ed idonei da destinare all'autorefezione, privi di frigoriferi e forni; d) vi sarebbero quindi rischi igienico-sanitari, allergie, e/o di contaminazione alimentare, con possibili conseguenze sulla salute*).

Nessuno di questi argomenti è fondato o rilevante.

Difatti, quanto al punto a), va ricordato che nella specie l'orario in questione prevedeva quattro rientri; quanto ai punti b) e c), è ovvio ritenere che il personale ATA e gli spazi per la mensa, se sono sufficienti per coloro che ne utilizzano i servizi, lo saranno anche per chi fa autorefezione; quanto al punto d), sui rischi igienico-sanitari, si è già detto che l'argomento non è decisivo.

Quanto all'altro provvedimento, la intimazione di escludere dalla vigilanza chi sceglie l'autorefezione è viziata per relationem ed oltretutto gravemente illogica.

La sentenza appellata deve pertanto essere integralmente riformata.

Le spese di giudizio debbono tuttavia essere compensate, in ragione sia delle oscillazioni della pur recente giurisprudenza in materia dei Giudici ordinari ed amministrativi (v. p.es. Corte di Appello di Torino, n. 1059 del 21 giugno 2016; Cass., sez. un., n. 20504 del 30 luglio 2019; Tar Lazio, n. 6918 del 25 ottobre 2019; Consiglio di Stato, Sez. V n. 5156 del 3 settembre 2018 e Sez. VI nn. 5792 e 5839 del 5 ottobre 2020), sia della rilevata lacuna normativa e regolatoria sull'argomento.

Tutte le censure e le contrapposte controdeduzioni non espressamente

esaminate sono state dal Collegio ritenute non rilevanti ai fini della decisione e sono comunque inidonee a supportare una conclusione di tipo diverso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati in primo grado.

Spese compensate di entrambi i gradi.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1, 2 e 5, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, manda alla Segreteria di procedere, in caso di riproduzione in qualsiasi forma, all'oscuramento delle generalità del minore, dei soggetti esercenti la potestà genitoriale o la tutela e di ogni altro dato idoneo ad identificare il medesimo interessato riportato nella sentenza o nel provvedimento.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

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