

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

GIOVANNI MAMMONE	- Primo Presidente -
CAMILLA DI IASI	- Presidente Sezione -
ANTONIO MANNA	- Presidente Sezione -
RAFFAELE FRASCA	- Presidente Sezione -
MARIA GIOVANNA SAMBITO	- Consigliere -
FRANCO DE STEFANO	- Consigliere -
ADRIANA DORONZO	- Consigliere -
ANTONIO ORICCHIO	- Consigliere -
ANTONIO PIETRO LAMORGESE	- Rel. Consigliere -

Oggetto

Servizi pubblici -
Istruzione - Mensa
scolastica - Diritto
all'autorefezione -
accertamento

Ud. 02/07/2019 -
PU

R.G.N. 23725/2016
non 20504
Rep.

C-M

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 23725-2016 proposto da:

COMUNE DI X , in persona del Sindaco pro tempore,
elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE BRUNO BUOZZI 87, presso
lo studio dell'avvocato MASSIMO COLARIZI, che lo rappresenta e
difende unitamente all'avvocato MARIA LACOGNATA;

- **ricorrente** -

contro

OMISSIS

elettivamente domiciliati in ROMA, PIAZZALE DELLE
MEDAGLIE D'ORO 7, presso lo studio dell'avvocato ANTONELLA
FUMAI, rappresentati e difesi dagli avvocati GIORGIO FABRIZIO
ENRICO VECCHIONE e RICCARDO VECCHIONE;

- controricorrenti -

MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, UNIVERSITA' E RICERCA, in persona
del Ministro pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI
PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

OMISSIS

elettivamente domiciliati in ROMA, PIAZZALE DELLE
MEDAGLIE D'ORO 7, presso lo studio dell'avvocato ANTONELLA
FUMAI, rappresentati e difesi dagli avvocati GIORGIO FABRIZIO
ENRICO VECCHIONE e RICCARDO VECCHIONE;

- controricorrenti all'incidentale -
nonché contro

OMISSIS

- intimati -

avverso la sentenza n. 1049/2016 della CORTE D'APPELLO di
TORINO, depositata il 21/06/2016.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
02/07/2019 dal Consigliere ANTONIO PIETRO LAMORGESE;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore
Generale IMMACOLATA ZENO, che ha concluso per il rigetto del
ricorsi;

uditi gli avvocati Massimo Colarizi, Maria Lacognata, Riccardo Vecchione, Giorgio Vecchione ed Andrea Fedeli per l'Avvocatura Generale dello Stato.

FATTI DI CAUSA

1.- I genitori, indicati in epigrafe, di alunni delle scuole primarie e secondarie di primo grado nel Comune di X, nel novembre 2014, hanno convenuto in giudizio lo stesso Comune e il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca (MIUR) per fare accertare il loro diritto di scegliere per i propri figli tra la refezione scolastica e il pasto domestico (portato da casa o confezionato autonomamente) e, in particolare, di consumarlo all'interno dei locali destinati alla mensa e nell'orario della refezione; di ordinare al Ministero di impartire ai dirigenti scolastici le opportune disposizioni e al Comune di astenersi dal porre limiti e divieti ostativi all'esercizio del suddetto diritto di scelta.

2.- Nel contraddittorio con gli enti convenuti, il Tribunale di Torino ha rigettato le domande, rilevando l'insussistenza di un diritto soggettivo come quello azionato, non essendo configurabile né un diritto alla prestazione del servizio mensa con modalità diverse da quelle previste dalla normativa vigente ovvero di un servizio alternativo interno alle scuole per coloro che intendono consumare il pasto domestico, né un diritto alla stessa istituzione del servizio mensa, essendo le famiglie libere di optare per il «modulo» (cosiddetto «tempo breve») oppure per il «tempo pieno» e «prolungato» che prevedono il servizio mensa e, in tal caso, essendo libere di prelevare (o fare uscire) i figli da scuola durante l'orario della mensa scolastica e di riaccompagnarli (o farli rientrare) per le attività pomeridiane, senza che sia configurabile una disparità di trattamento o una discriminazione tra gli alunni che hanno optato per il «tempo pieno» e «prolungato» e gli altri; il tribunale ha anche escluso la violazione dei principi costituzionali di gratuità dell'istruzione inferiore

(art. 34, comma 2, Cost.), essendo previste tariffe ridotte e anche l'esonero dal pagamento del servizio mensa per le fasce reddituali più svantaggiate.

3.- Il gravame dei privati è stato parzialmente accolto dalla Corte d'appello di Torino, con sentenza del 21 giugno 2016, che ha accertato il diritto dei genitori di scegliere per i figli tra la refezione scolastica e il pasto domestico da consumare a scuola e nell'orario destinato alla refezione, ma si è astenuta dal dettare «le modalità pratiche per dare concreta attuazione alla sentenza», non ritenendo possibile «consentire indiscriminatamente agli alunni di consumare il pasto domestico presso la mensa scolastica», statuizione che – ad avviso della Corte – implicherebbe «l'adozione di una serie di misure organizzative, anche in funzione degli aspetti igienico/sanitari, in relazione alla specifica situazione logistica dei singoli istituti interessati», implicanti valutazioni discrezionali riservate all'amministrazione ed esulanti dalla cognizione del giudice ordinario.

4.- Ad avviso della Corte, l'interesse all'accertamento richiesto era determinato dal fatto che le amministrazioni scolastiche negavano agli appellanti la possibilità, in termini generali, di consumare il cibo portato da casa all'interno delle scuole nelle quali è istituito il servizio di refezione scolastica; la nozione di istruzione, soprattutto nelle classi elementari e medie, non coincide con la sola attività di insegnamento, ma comprende anche il momento della formazione che si realizza mediante lo svolgimento di attività didattiche ed educative, tra le quali l'erogazione del pasto è un momento importante, rientrando nel cosiddetto «tempo scuola»; pertanto, il rimanere a scuola nell'orario del pasto (cosiddetto «tempo mensa») e condividerlo in comune tra gli alunni costituisce un diritto soggettivo perfetto perché inerente al diritto all'istruzione nel significato che si è detto, desumibile dall'ordinamento costituzionale (art. 34 Cost.) e di settore, pure in mancanza di un obbligo dell'ente scolastico di istituire

il servizio mensa; altrimenti detto servizio verrebbe a configurarsi come oneroso e obbligatorio per tutti gli alunni che optano per il «tempo pieno» e «prolungato», mentre esso è comunque a domanda individuale, facoltativo per gli utenti e comunque «necessario a garantire lo svolgimento delle attività educative e didattiche», essendo strumentale all'attuazione del diritto all'istruzione obbligatoria e gratuita per almeno otto anni.

5.- Avverso questa sentenza hanno proposto ricorso, in via principale, il Comune di X e, in via incidentale, il Ministero dell'istruzione, cui si sono opposti i privati con controricorso. Le parti hanno presentato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.- Il ricorso del Comune di X è articolato in cinque motivi.

1.1.- Il primo motivo, per violazione dell'art. 112 c.p.c., rimprovera alla sentenza impugnata di avere arbitrariamente modificato il contenuto della domanda proposta in una pretesa principale accolta, quella di consumare il pasto domestico nei locali scolastici, e in una pretesa ulteriore e accessoria rigettata, quella di consumarlo nei locali adibiti alla mensa, mentre si trattava di una domanda unica, volta ad affermare il diritto di fruire del pasto domestico nei locali scolastici adibiti alla mensa e nell'orario della refezione.

1.2.- Il secondo motivo, per violazione e falsa applicazione degli artt. 6 del d.l. 28 febbraio 1983, n. 55, conv. in legge 26 aprile 1983, n. 131, 4, 7 e 10 del d. lgs. 19 febbraio 2004, n. 59, nonché della legge reg. Piemonte 28 dicembre 2007, n. 28, e del d.m. 31 dicembre 1983, imputa alla Corte di merito di avere inteso la nozione di «mensa scolastica» (e quindi il «tempo mensa») come generico consumo in ambito scolastico di cibo preparato individualmente, anziché come servizio pubblico organizzato dall'amministrazione comunale, a domanda individuale, mediante l'erogazione di pasti

collettivi confezionati secondo regole predefinite, anche sotto il profilo della sicurezza e tracciabilità degli alimenti, in locali igienicamente idonei; di conseguenza, non potrebbe predicarsi l'esistenza di un obbligo dell'amministrazione di apprestare mezzi e risorse per consentire agli alunni che non si avvalgono del servizio mensa di consumare, nei locali della scuola, cibi non somministrati dal gestore del servizio di refezione scolastica.

1.3.- Il terzo motivo, per violazione e falsa applicazione degli artt. 6 del d.l. n. 55 del 1983 cit., 4, 7 e 10 del d. lgs. n. 59 del 2004 cit., 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e del dPR 8 marzo 1999, n. 275, critica la configurazione di un diritto soggettivo degli allievi di introdurre cibo preparato individualmente nei locali scolastici, da consumare nell'orario destinato alla mensa comune, senza considerare la normativa di settore, la quale distingue il «tempo scuola» (obbligatorio e facoltativo) dall'eventuale «tempo mensa» che è escluso dal primo, né considerare che l'offerta formativa comprensiva del servizio mensa è elaborata dalle scuole e condivisa dalle famiglie e la sua attuazione sarebbe pregiudicata se si ammettesse la possibilità di introdurre varianti individuali; inoltre, la funzione pedagogica del «tempo mensa» è predicabile solo in termini di ristorazione collettiva nel contesto di un'offerta formativa a tale scopo organizzata.

1.4.- Il quarto motivo, per violazione e falsa applicazione degli artt. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E), 21 della legge n. 59 del 1997 cit., nonché del d. lgs. n. 59 del 2004 cit. e del dPR n. 275 del 1999 cit., anche in relazione agli artt. 2, 33, 97 e 117 Cost., lamenta la mancata considerazione che l'esercizio del diritto di consumare il pasto domestico nelle singole scuole e nell'orario destinato alla refezione, in alternativa alla refezione scolastica, comporta specularmente l'obbligo di *facere* nei confronti della pubblica amministrazione e l'adozione di misure organizzative

specifiche, in violazione del divieto di cui all'art. 4 della legge n. 2248 del 1865, interferendo nella libertà di autodeterminazione delle istituzioni scolastiche.

1.5.- Il quinto motivo denuncia violazione e falsa applicazione del d. lgs. n. 59 del 2004 cit. e del dPR 20 marzo 2009, n. 89, per la omessa considerazione che l'introduzione di vari e differenziati pasti domestici nei locali scolastici inficia il diritto degli alunni e dei genitori alla piena attuazione egualitaria del progetto formativo comprensivo del servizio mensa, con possibile violazione dei principi di uguaglianza e di non discriminazione in base alle condizioni economiche, oltre che del diritto alla salute, tenuto conto dei rischi igienico-sanitari di una refezione individuale e non controllata.

2.- Il ricorso incidentale del MIUR è articolato in due complessi motivi.

2.1.- Il primo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 45 del dPR 24 luglio 1977, n. 616, 4 dello Statuto regionale del Piemonte, 7, comma 3, del d. lgs. n. 59 del 2004, e 2, 33, 34, 97 e 111 Cost., nonché della circolare MIUR, 5 marzo 2004, n. 29, della legge reg. 29 aprile 1985, n. 45, e del d.m. 31 dicembre 1983, per avere omesso di considerare che il vigente ordinamento scolastico non prevede un diritto al «tempo pieno» e «prolungato» nelle scuole primaria e secondaria di primo grado, ma la facoltà delle istituzioni scolastiche di attuarlo, nella loro autonomia e compatibilmente con le disponibilità di organico e in presenza delle necessarie strutture, essendo il «tempo mensa», pur compreso nel «tempo scuola», distinto dall'attività didattica e non obbligatorio; che il suddetto ordinamento prevede una pluralità di modelli organizzativi, tutti ugualmente idonei a garantire il diritto all'istruzione e alla formazione obbligatoria, a norma dell'art. 34 Cost.; che il «tempo pieno» costituisce solo un'opzione discrezionale che le istituzioni scolastiche hanno la facoltà di attivare e le famiglie di scegliere ma, una volta

operata la scelta, le famiglie hanno l'obbligo di aderire al progetto formativo prescelto, così come proposto e organizzato dalla scuola, in tutti i suoi elementi, incluso il «tempo mensa» che ne costituisce parte integrante, previo pagamento di un contributo che si giustifica trattandosi di prestazione aggiuntiva e facoltativa; che infatti, ove si riconoscesse all'utenza la facoltà, in alternativa alla fruizione della mensa, di consumare a scuola il pasto domestico, ovvero il diritto ad una fruizione individualizzata della mensa, sarebbe messo a rischio il progetto formativo, comprensivo dell'educazione alimentare, predisposto dall'istituzione scolastica, il quale solo nella sua interezza e omogeneità potrebbe perseguire efficacemente gli obiettivi prefissati e garantire l'esercizio effettivo del diritto allo studio. In altri termini, se è vero che il «tempo mensa» è parte integrante del «tempo scuola», è anche vero che la relativa azione educativa può essere messa in atto dall'istituzione scolastica solo attraverso il servizio di refezione scolastica, in quanto sarebbe difficile coordinare le regole alimentari suggerite dal servizio di ristorazione collettiva con le diverse e non conosciute regole indotte dal pasto domestico fornito dalle diverse famiglie.

2.2.- Con il secondo motivo il MIUR denuncia violazione e falsa applicazione, oltre che del dPR n. 275 del 1999 cit. e del d. lgs. n. 59 del 2004 cit., degli artt. 4 della legge n. 2248 del 1865, All. E), e 21 della legge n. 59 del 1997 cit., nonché omesso esame di fatti decisivi per il giudizio, per non avere valutato le controindicazioni sanitarie all'attuazione dell'adottata *declaratoria juris*, né considerato che nel servizio di refezione scolastica l'aggiudicatario della gara di appalto si obbliga al rispetto dei capitolati tecnici definiti dal committente ed è responsabile dei prodotti somministrati agli alunni, oltre a gestire i locali destinati alla refezione; in tale contesto l'ipotesi del pasto portato da casa e consumato dagli alunni in locali pubblici pone il problema dell'individuazione del responsabile della sicurezza dei

prodotti ed espone il gestore del servizio a responsabilità per pericoli non direttamente gestiti; inoltre, il consumo del pasto individuale in appositi locali si risolve in una prestazione gratuita per i beneficiari ma onerosa per la collettività e, in particolare, per l'amministrazione che dovrebbe sostenere i relativi costi organizzativi e, in definitiva, per le famiglie che pagano il contributo per il servizio mensa di cui si avvalgono.

3.- La pretesa azionata dai genitori nel giudizio di merito si articola nei seguenti passaggi argomentativi.

Se l'istruzione pubblica inferiore è obbligatoria e gratuita e comprende il diritto di fruire delle attività scolastiche che si svolgono nel pomeriggio, nel caso in cui sia attivato il cosiddetto «tempo pieno» e «prolungato», e se il «tempo mensa» costituisce un momento importante di condivisione e socializzazione che rientra nell'orario scolastico annuale definito dalla legge (cd. «tempo scuola»), allora – secondo questa tesi – si deve riconoscere anche il diritto degli alunni di portare cibi da casa e consumarli a scuola, senza costringerli a usufruire del servizio mensa scolastica da essa erogato, il quale altrimenti da servizio facoltativo e attivabile a domanda individuale, quale è (cfr. d.lgs. 13 aprile 2017, n. 63, art. 6), diventerebbe obbligatorio, con l'effetto di costringere gli alunni a rinunciare ai contenuti educativi dell'offerta formativa scolastica o di condizionare la frequenza scolastica, con violazione anche del principio di gratuità dell'istruzione inferiore.

Il «tempo mensa» non coincide, in tesi, con il servizio di mensa scolastica, al quale non potrebbe attribuirsi alcuna funzione pedagogica, diversamente dal «tempo scuola» cui sarebbe inerente invece la libertà alimentare individuale, non attuabile efficacemente costringendo i genitori al «disagio logistico» di prelevare (o fare uscire) i figli da scuola durante l'orario della mensa scolastica e di

riaccompagnarli a scuola nel pomeriggio per partecipare alle attività pomeridiane.

Le parti private hanno indicato come ricognitiva del diritto di cui si chiede l'accertamento nel presente giudizio una sentenza del Consiglio di Stato (sez. V, 3 settembre 2018, n. 5156) che ha annullato, ritenendola viziata per eccesso di potere, l'impugnata delibera del Comune di Benevento che vietava la permanenza nei locali scolastici, nel proprio territorio, agli alunni delle scuole materne ed elementari che intendevano consumare cibi portati da casa o acquistati autonomamente, non essendo loro consentito di consumare pasti diversi da quelli forniti dall'impresa appaltatrice del servizio.

In sostanza, secondo la prospettazione delle parti private, l'azionato diritto all'autorefezione nell'orario e nei locali scolastici costituisce espressione del diritto all'uguaglianza, intesa come offerta a tutti di «pari opportunità», altrimenti compromessa se fosse preclusa la facoltà di rinunciare ad un servizio facoltativo, qual è quello della mensa, per optare per un altro diritto (all'autorefezione), costituente una facoltà naturale dell'individuo, afferente alla sua «libertà personale» (artt. 2, 3 e 13 Cost.); esso, inoltre, costituisce espressione del diritto all'autodeterminazione, alla salute e alla dignità degli alunni e delle famiglie in campo alimentare (artt. 2, 30 e 32 Cost.); dei principi in tema di obbligatorietà e gratuità dell'istruzione inferiore, che verrebbero compromessi se un servizio facoltativo diventasse obbligatorio e condizionante la partecipazione degli alunni a segmenti educativi, non necessariamente di tipo didattico, predisposti nell'offerta formativa relativa al «tempo pieno» e «prolungato» (art. 34 Cost.) ed anche espressione dei diritti dei genitori-lavoratori, i quali sarebbe costretti ad accudire i figli durante e dopo la pausa pranzo, rendendo complessa l'organizzazione familiare (art. 35 Cost.).

3.1.- Alla tesi sopra illustrata si contrappone quella delle amministrazioni ricorrenti, illustrata nei motivi di ricorso, secondo la quale, alla luce dei principi costituzionali e della legislazione ordinaria vigente, non è configurabile un diritto soggettivo degli alunni che optano per il «tempo pieno» e «prolungato» di portare e di consumare a scuola cibi propri, sottraendosi al servizio mensa offerto dalla scuola, il cui eventuale accertamento non sarebbe neppure suscettibile di ottemperanza.

In tal senso il «tempo mensa» è ritenuto sottratto all'obbligo di frequenza scolastica e coincidente con il servizio di refezione scolastica, la cui fruizione è espressione di una facoltà delle famiglie, rientrando nell'ampio margine di discrezionalità riservato alle istituzioni scolastiche di determinare le modalità di fruizione dello stesso, nei limiti di compatibilità con le strutture e le risorse disponibili (cfr. art. 6, comma 2, d. lgs. 13 aprile 2017, n. 63), senza possibilità di prevedere modalità di fruizione individuali e diverse rispetto a quelle offerte.

Ad avviso delle amministrazioni ricorrenti, l'accertamento richiesto andrebbe ad incidere direttamente e impropriamente sulle modalità di organizzazione del servizio di refezione scolastica, riservate all'istituzione scolastica, potendo «comportare l'adozione di un sistema di refezione almeno in parte diverso» da quello in essere, come rilevato dalla stessa Corte torinese.

Si dovrebbe tenere conto che nel costo complessivo del servizio di refezione scolastica sono inclusi sia i costi diretti, come il corrispettivo pagato agli appaltatori del servizio, sia i costi indiretti rappresentati dagli oneri riflessi e aggiuntivi per l'organizzazione, la pulizia e la manutenzione dei locali, oltre a quelli per il personale adibito al servizio.

In questa prospettiva il diritto degli utenti è configurabile piuttosto in termini di eguale e libero accesso al servizio di refezione scolastica,

ovvero di diritto di partecipazione al procedimento amministrativo, al fine di influire sulle scelte organizzative rimesse alle istituzioni scolastiche nella loro autonomia, in attuazione dei principi di buon andamento dell'amministrazione pubblica, a norma dell'art. 97 Cost.

4.- Le Sezioni Unite sono state investite dal Primo Presidente, a seguito di ordinanza della Prima Sezione civile dell'11 marzo 2019, della soluzione della seguente questione di massima di particolare importanza: se sia configurabile un diritto soggettivo perfetto dei genitori degli alunni delle scuole elementari e medie, eventualmente quale espressione di una libertà personale inviolabile, il cui accertamento sia suscettibile di ottemperanza, di scegliere per i propri figli tra la refezione scolastica e il pasto portato da casa o confezionato autonomamente e di consumarlo nei locali della scuola e comunque nell'orario destinato alla refezione scolastica, alla luce della normativa di settore e dei principi costituzionali, in tema di diritto all'istruzione, all'educazione dei figli e all'autodeterminazione individuale, in relazione alle scelte alimentari (artt. 2, 3, 30, comma 1, 32, 34, commi 1 e 2, Cost.); se possa essere interpretata in senso ricognitivo di un simile diritto la sentenza del Consiglio di Stato n. 5156 del 2018, confermativa di sentenza che ha annullato per eccesso di potere una delibera di un Comune che vietava, nei locali in cui si svolge il servizio di refezione scolastica, il consumo, da parte degli alunni, di cibi diversi da quelli forniti dalla ditta appaltatrice del servizio.

5.- Si premette che la questione di giurisdizione del giudice adito si è esaurita nei successivi gradi di giudizio, essendo stata introdotta dal MIUR nel giudizio di primo grado e implicitamente rigettata dal Tribunale che ha rigettato le domande attoree nel merito. Il MIUR ha riproposto l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario in sede di gravame, in via incidentale, e la Corte d'appello di Torino l'ha implicitamente rigettata con sentenza che ha deciso la causa nel

merito, impugnata in sede di legittimità soltanto sul merito. Pertanto, essendo sulla questione di giurisdizione calato il giudicato, non si pone il tema della proponibilità dinanzi al giudice ordinario, quale autonoma espressione del diritto di azione radicato nell'art. 24 Cost., dell'azione di mero accertamento della esistenza o inesistenza nel merito di un diritto che si assume fondamentale, seppure in relazione a materie di giurisdizione esclusiva.

6.- Entrambi i ricorsi, da esaminare congiuntamente perché intrinsecamente connessi tra loro, sono fondati, ad eccezione del primo motivo del Comune di X che risulterà assorbito.

7.- Preliminarmente, si osserva che il diritto azionato non ha ad oggetto profili direttamente inerenti (all'eliminazione di ostacoli) all'accesso al servizio mensa offerto dall'istituzione scolastica, ovvero alle modalità in cui detto servizio è offerto a coloro che se ne avvalgono, in termini di pretesa di assoluta gratuità del servizio stesso (sul punto vd. *infra*, sub 10) o di rivendicazione del diritto di scegliere l'impresa appaltatrice e i cibi offerti, ma ha ad oggetto la diversa pretesa di usufruire, anziché del servizio mensa, del pasto domestico, come espressione di una incompressibile volontà individuale o di un diritto incondizionato dell'alunno che intenda avvalersi delle attività formative pomeridiane previste per coloro che optano per il «tempo pieno» o «prolungato».

8.- Il diritto azionato in causa neppure ha ad oggetto plausibili profili discriminatori rispetto ad altre categorie di persone, non essendo neanche in astratto ipotizzabile una discriminazione tra coloro che partecipano alle attività formative pomeridiane, avendo aderito all'offerta formativa del «tempo pieno» e «prolungato», comprensivo del servizio mensa, e coloro che alla suddetta offerta formativa non hanno aderito per la loro libera scelta di rifiutare la mensa, preferendo il pasto domestico.

Il riferimento ai principi di uguaglianza e non discriminazione, sui quali si tornerà più avanti, non è utile alla tesi delle parti private, non foss'altro perché la deduzione in giudizio della violazione dei suddetti principi implica necessariamente una valutazione comparativa, rimandando ad un concetto di relazione; per discriminazione si intende, infatti, non una generica differenza di trattamento, bensì un trattamento diverso e deteriore, basato su un fattore di discriminazione, rispetto a quello riservato ad altri appartenenti alla stessa classe di persone (Cass. 19 febbraio 2018, n. 3968). Ma è evidente che la classe di persone cui appartengono gli alunni che rifiutano il servizio mensa offerto dalla scuola è diversa dalla classe di coloro che, avendo scelto il «tempo pieno» o «prolungato», hanno accettato il servizio mensa che di quella scelta è parte essenziale.

9.- Le parti private hanno insistito nel considerare il cosiddetto «tempo mensa» compreso nel «tempo scuola», al fine di giustificare la denunciata compromissione del diritto all'istruzione, nel caso in cui non si consentisse agli alunni di pranzare a scuola con il cibo portato da casa, con la conseguenza di impedire ingiustamente agli alunni di partecipare alle attività formative pomeridiane.

La premessa è corretta, ma la conclusione non è condivisibile.

Contrariamente a quanto sostenuto dal Comune di X, il «tempo mensa» è compreso nel «tempo scuola», come risulta da diversi indici normativi.

Nelle scuole (dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado) dove «sono erogati [...] servizi di mensa, attivabili a richiesta degli interessati» (d. lgs. 13 aprile 2017, n. 63, art. 6), «l'orario settimanale, ivi compreso il tempo-mensa, [è] stabilito in [...]» (art. 130, comma 2, d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, abrogato e poi richiamato in vigore dall'art. 1 d.l. 7 settembre 2007, n. 147, conv. in legge 25 ottobre 2007, n. 176); «nel tempo prolungato il monte ore è determinato mediamente in [...] ore settimanali [...] comprensive delle

ore destinate agli insegnamenti e alle attività e al tempo dedicato alla mensa» (dPR 20 marzo 2009, n. 89, art. 5, con riferimento alla scuola secondaria di primo grado); nella scuola primaria l'orario settimanale è «comprensivo del tempo dedicato alla mensa» (decreto interministeriale 6 luglio 2010, n. 55; d.m. 3 novembre 2011); «i servizi di mensa [sono] necessari per garantire lo svolgimento delle attività educative e didattiche» (circolare MIUR n. 29 del 2004).

E tuttavia, se il servizio mensa è compreso – come rilevato dalla Corte di merito e dalle parti private – nel «tempo scuola», è perché esso condivide le finalità educative proprie del progetto formativo scolastico di cui esso è parte, come evidenziato dalla ulteriore funzione cui detto servizio assolve, di educazione all'alimentazione sana, come previsto dal d.l. 12 settembre 2013, n. 104, conv. in legge 8 novembre 2013, n. 128 (l'art. 4, comma 5 e seguenti, contiene norme per la sensibilizzazione delle istituzioni scolastiche a «Tutela della salute nelle scuole», prevedenti l'elaborazione di programmi di educazione alimentare da parte del Ministero della salute, d'intesa con il MIUR).

Alla suddetta finalità educativa concorre quella di socializzazione che è tipica della consumazione del pasto «insieme», cioè in comunità (a norma dell'art. 9 del d. lgs. n. 59 del 2004, «la scuola secondaria di primo grado è finalizzata [...] al rafforzamento delle attitudini all'interazione sociale»), condividendo i cibi forniti dalla scuola, pur nel rispetto (garantito dal servizio pubblico) delle esigenze individuali determinate da ragioni di salute o di religione.

Incoerente rispetto a queste finalità è l'invocazione di un diritto soggettivo perfetto o incondizionato all'autorefezione individuale, inteso come inerente al diritto costituzionale all'istruzione, che si assume – in tesi – compromesso se agli alunni che optano per il «tempo pieno» e «prolungato» fosse impedito di pranzare a scuola con cibi propri. Tuttavia, si può obiettare che il pasto non è un

momento di incontro occasionale di consumatori di cibo, ma di socializzazione e condivisione (anche del cibo), in condizioni di uguaglianza, nell'ambito di un progetto formativo comune. E' questa la ragione per la quale il tempo della mensa fa parte del «tempo scuola».

La tesi contraria è anche contraddittoria se si tiene conto che la Corte torinese ha accertato il diritto degli alunni di portare il cibo da casa e di consumarlo a scuola nell'orario della mensa ma non nei locali adibiti alla refezione scolastica (detta statuizione non è stata censurata dai privati controricorrenti, i quali vi hanno aderito, sebbene costoro avessero chiesto in causa di accertare, e nella memoria rivendichino ancora, il diritto di consumare cibi propri nei locali adibiti alla mensa scolastica). Ma non è agevole comprendere come il pasto solitario degli alunni con cibo proprio, in locali destinati nella scuola, possa realizzare gli obiettivi di socializzazione e condivisione che ineriscono all'invocato diritto di usufruire del cosiddetto «tempo scuola».

10.- L'affermazione generalizzata di un diritto soggettivo perfetto e incondizionato all'autorefezione, durante l'orario della mensa, non trova conferma sul piano normativo neppure sotto il profilo, indirettamente e genericamente evocato, della violazione del principio di gratuità dell'istruzione inferiore di cui all'art. 34 Cost., sul presupposto che gli alunni che intendono aderire alle attività formative pomeridiane sarebbero costretti a sostenere la contribuzione prevista per il servizio mensa.

Premesso che negli istituti scolastici dove è istituito, il servizio mensa è erogato «senza nuovi o maggiori oneri per gli enti pubblici interessati» e «in forma gratuita ovvero con contribuzione delle famiglie a copertura dei costi» (art. 3 e 6 d. lgs. n. 63 del 2017), previa individuazione delle fasce di reddito sino al limite della gratuità in taluni casi (art. 3 d. lgs. cit.), il principio di gratuità dell'istruzione

scolastica non implica che si debba necessariamente assicurare la completa gratuità di tutte le ipotizzabili prestazioni che possano essere connesse all'esercizio del diritto allo studio, pur se collaterali, accessorie, di supporto, facoltative o di complemento, quand'anche rese necessarie da peculiari situazioni personali (Cass. 17 settembre 2013, n. 21166, con riferimento ai soggetti disabili).

Nella giurisprudenza costituzionale si è precisato che «la connessione tra l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione va intesa con razionale valutazione dei due termini del binomio, che esclude ogni subordinazione del principio di obbligatorietà ad un concetto soverchiamente estensivo della gratuità» (Corte cost. n. 106 del 1968 ha ritenuto non inerente essenzialmente al concetto di gratuità della scuola la fornitura obbligatoria da parte dello Stato dei mezzi di trasporto ad uso degli scolari); che il diritto all'istruzione non è «svincolato dall'adempimento di corrispondenti doveri da parte dei genitori» (Corte cost. n. 7 del 1967) e che i «principi della scuola aperta a tutti e della gratuità dell'istruzione elementare e media [...] debbono essere adempiuti nel quadro degli obblighi dello Stato secondo una complessa disciplina legislativa e nell'osservanza dei limiti del bilancio» (Corte cost. n. 125 del 1975).

Si è anche rilevato che l'assistenza scolastica viene prestata nei limiti delle risorse disponibili e può, di conseguenza, essere legittimamente correlata alla disponibilità di mezzi finanziari degli studenti, quali risultano dagli importi da essi corrisposti per tasse di frequenza o per rette di fruizione dei servizi scolastici scelti (Corte cost. n. 36 del 1982); analogamente, l'intervento pubblico per il servizio mensa è previsto «nei limiti delle effettive disponibilità finanziarie, umane e strumentali disponibili a legislazione vigente», come altri interventi a sostegno del diritto allo studio (art. 2 d. lgs. n. 63 del 2017).

Si precisa che con i suddetti principi non è dissonante la sentenza che ha dichiarato incostituzionale la norma che escludeva dalla fornitura gratuita dei libri di testo gli alunni delle scuole elementari private, per il diverso profilo dell'ingiustificata disparità di trattamento rispetto agli alunni delle scuole statali o abilitate a rilasciare titoli di studio aventi valore legale (Corte cost. n. 454 del 1994).

11.- L'invocato diritto soggettivo perfetto o incondizionato all'autorefezione scolastica è stato rappresentato dai controricorrenti e in parte dalla sentenza impugnata anche quale espressione di una incompressibile libertà personale (inteso come diritto di libertà) o del diritto all'autodeterminazione individuale o del diritto dei genitori di educare i propri figli in campo alimentare, con riferimento agli artt. 2, 3, 13 e 30 Cost.; in via residuale è invocato il diritto dei genitori di non subire interferenze nell'adempimento dei loro doveri come lavoratori, a causa della necessità di accudire i figli durante l'orario della mensa (art. 35 Cost.).

Questa rappresentazione, per come variamente articolata, non è convincente perché trascura il contesto nel quale i suddetti diritti dovrebbero essere esercitati, che è quello delle istituzioni scolastiche, le quali, nell'ambito dell'autonomia organizzativa oltre che didattica che è loro conferita dalla legge (15 marzo 1997, n. 59), possono istituire il servizio mensa che è un servizio pubblico a domanda individuale (d.m. 31 dicembre 1983, p. 10), prestato in favore degli alunni che hanno optato per il «tempo pieno» e «prolungato» e, quindi, accettato l'offerta formativa comprendente la mensa.

Le famiglie in tal modo hanno esercitato una libertà di scelta educativa (art. 21 della legge n. 59 del 1997), dalla quale scaturisce il loro diritto di partecipazione al procedimento amministrativo per influire sulle modalità di gestione del servizio pubblico di mensa (ai fini dell'individuazione dell'impresa che lo gestisce e dei cibi offerti),

ma non il diritto sostanziale di performarlo secondo le proprie esigenze individuali.

Il diritto soggettivo perfetto che si chiede di accertare in via generalizzata e incondizionata, di consentire agli alunni che intendano partecipare alle attività formative pomeridiane di pranzare con cibo proprio nei locali scolastici (quelli adibiti a mensa o altri), implica l'esercizio di un potere delle famiglie che è privo di base normativa, il cui effetto sarebbe di imporre alle istituzioni scolastiche un obbligo conformativo del servizio pubblico di mensa di immediata attuazione.

L'obiettivo è di modulare detto servizio pubblico in modo oggettivamente, seppur parzialmente, diverso da come è stato organizzato dall'istituzione scolastica che lo rende, all'esito del procedimento amministrativo previsto dalla legge con la partecipazione di tutte le componenti dell'istituzione stessa.

E a dimostrarlo è la tesi dei controricorrenti secondo cui il cosiddetto «tempo mensa» non coinciderebbe con il «servizio mensa» erogato dalla scuola, quanto piuttosto con il tempo dedicato alla ristorazione individuale mediante autorefezione: in tal caso, tuttavia, non si comprende per quale ragione il suddetto tempo dovrebbe essere ricompreso nel «tempo scuola» che è una nozione indicativa di un servizio d'istruzione da considerare unitariamente.

Le parti private obiettano che gli alunni muniti del pasto domestico siedono nel refettorio nei posti loro assegnati e ivi consumano le pietanze portate da casa, vigilati dal personale docente che, in base al contratto nazionale di categoria, è tenuto a prestare l'assistenza educativa; analogamente, alla pulizia dei locali scolastici provvedono contrattualmente le imprese esterne che gestiscono il servizio ovvero il personale ATA, senza oneri per l'amministrazione scolastica.

Sono obiezioni che, tuttavia, non smentiscono e, anzi, dimostrano quella che sarebbe una impropria ingerenza dei privati nella gestione

di un servizio che, per come organizzato dall'amministrazione scolastica, non prevede da parte del personale docente la vigilanza degli alunni che pranzano con il pasto domestico: il livello di attenzione dovuto dagli insegnanti verso gli alunni che usufruiscono della mensa (ove il cibo è controllato e calibrato secondo le esigenze individuali di salute, religiose ecc.) è diverso da quello che sarebbe richiesto in presenza di alunni ammessi al pasto domestico, anche per la possibilità di scambio di alimenti tra gli alunni. Quando poi alcuni alunni siano ammessi a consumare il proprio cibo in locali destinati allo scopo, l'amministrazione dovrebbe prevedere per la vigilanza un docente diverso da quello che presta la vigilanza nei locali adibiti a mensa; inoltre, occorre una diversa modulazione delle condizioni contrattuali per imporre al gestore del servizio la pulizia dei locali utilizzati dagli alunni che utilizzano il cibo domestico.

Né si può trascurare l'esigenza che l'istituzione scolastica sia messa in condizione di controllare le fonti generatrici della responsabilità, contrattuale o da contatto sociale, cui è essa esposta per i danni subiti dagli alunni (Cass. 28 aprile 2017, n. 10516), provvedendo all'organizzazione del servizio pubblico di istruzione reso al pubblico.

12.- Nella vicenda in esame, la conformazione del diritto in questione in termini di diritto di libertà, quasi ad evocare la nozione ottocentesca di libertà negativa («libertà da»), postula in realtà non già l'astensione ma l'intervento del terzo (pubblico potere), in quanto indispensabile per il soddisfacimento dell'interesse azionato. Ed in effetti non di libertà (personale) si tratta, ma di un diritto sociale (all'istruzione), evidentemente condizionato e dipendente dalle scelte organizzative rimesse alle singole istituzioni scolastiche, sulle quali i beneficiari del servizio pubblico possono influire nell'ambito del procedimento amministrativo, in attuazione dei principi di buon andamento dell'amministrazione pubblica, di cui all'art. 97 Cost., e

con i consueti strumenti a tutela della legittimità dell'azione amministrativa.

Il detto procedimento è la sede nella quale effettuare le opportune valutazioni, anche di natura tecnica, nella ricerca del più corretto bilanciamento degli interessi individuali di coloro che chiedono di consumare il cibo portato da casa con gli interessi pubblici potenzialmente confliggenti, tenuto conto delle risorse a disposizione dell'amministrazione.

Non è pertinente il rilievo che agli alunni è invece consentito il consumo di merende portate da casa durante il tempo della ricreazione, il quale non interferisce con il servizio pubblico della refezione scolastica.

Ed allora, la tesi (espressa dal Consiglio di Stato nella sentenza della Sez. V, n. 5156 del 2018) secondo cui la «scelta alimentare» costituisce oggetto di «una naturale facoltà dell'individuo – afferente alla sua libertà personale – e, se minore, della famiglia mediante i genitori», «per sua natura e in principio libera, [che] si esplica vuoi all'interno delle mura domestiche vuoi al loro esterno: in luoghi altrui, in luoghi aperti al pubblico, in luoghi pubblici» ed anche nelle scuole e a prescindere dalle determinazioni delle autorità scolastiche, non può assurgere a fondamento di un diritto perfetto o incondizionato degli alunni all'autorefezione nei locali scolastici.

Deve darsi, quindi, risposta negativa al quesito posto dall'ordinanza di rimessione, se la citata sentenza del Consiglio di Stato – che ha annullato per eccesso di potere l'impugnata delibera del Comune di Benevento che vietava la permanenza nei locali scolastici agli alunni delle scuole materne ed elementari che intendevano consumare cibi portati da casa o acquistati autonomamente (cui ha fatto seguito l'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2019, n. 1623, che ha sospeso la determinazione di un dirigente scolastico che vietava agli alunni

autorizzati a fruire del pasto domestico di consumarlo nei locali adibiti a refettorio) – debba intendersi come ricognitiva di un diritto soggettivo perfetto o incondizionato, suscettibile in quanto tale di accertamento in giudizio e di ottemperanza ad istanza degli interessati.

13.- Questa Corte ha avuto occasione di rilevare che l'autonomia delle istituzioni scolastiche si manifesta analogamente rispetto alle scelte didattiche, inerendo alle funzione delle stesse istituzioni le «scelte di programmi e di metodi [...] potenzialmente idonei ad interferire ed anche eventualmente a contrastare con gli indirizzi educativi adottati dalla famiglia e con le impostazioni culturali e le visioni politiche esistenti nel suo ambito», ben potendo «verificarsi che sia legittimamente impartita nella scuola una istruzione non pienamente corrispondente alla mentalità ed alle convinzioni dei genitori, senza che alle opzioni didattiche così assunte sia opponibile un diritto di veto dei singoli genitori» (Cass. SU 5 febbraio 2008, n. 2656, ha escluso la configurabilità di un diritto delle famiglie, azionabile dinanzi al giudice ordinario, di vietare alla scuola di esercitare il potere di impartire lezioni di educazione sessuale agli alunni).

Ed in effetti, l'istituzione scolastica non è un luogo dove si esercitano liberamente i diritti individuali degli alunni, né il rapporto con l'utenza è connotato in termini meramente negoziali, ma piuttosto è un luogo dove lo sviluppo della personalità dei singoli alunni e la valorizzazione delle diversità individuali (cfr. l'art. 5 d. lgs. n. 59 del 2004) devono realizzarsi nei limiti di compatibilità con gli interessi degli altri alunni e della comunità, come interpretati dall'istituzione scolastica mediante regole di comportamento cogenti, tenendo conto dell'adempimento dei doveri cui gli alunni sono tenuti, di reciproco rispetto, di condivisione e tolleranza.

Per altro verso, i genitori sono tenuti anch'essi, nei confronti dei genitori degli alunni portatori di interessi contrapposti, all'adempimento dei doveri di solidarietà sociale, oltre che economica, richiesti per l'attuazione anche dei diritti inviolabili dell'uomo, a norma dell'art. 2 della Costituzione.

Non comparabile con la pretesa azionata nel presente giudizio è quella dell'alunno di non avvalersi dell'insegnamento di religione, la quale rappresenta una esigenza imperiosa, anche sul piano costituzionale, implicante il diritto di svolgere le attività alternative organizzate dall'istituzione scolastica, tanto più che detta esigenza è stata riconosciuta espressamente dalla legge (artt. 310 e 311 della legge 16 aprile 1994, n. 297).

14.- In conclusione, si deve enunciare il principio secondo cui un diritto soggettivo perfetto e incondizionato all'autorefezione individuale, nell'orario della mensa e nei locali scolastici, non è configurabile e, quindi, non può costituire oggetto di accertamento da parte del giudice ordinario, in favore degli alunni della scuola primaria e secondaria di primo grado, i quali possono esercitare diritti procedurali, al fine di influire sulle scelte riguardanti le modalità di gestione del servizio mensa, rimesse all'autonomia organizzativa delle istituzioni scolastiche, in attuazione dei principi di buon andamento dell'amministrazione pubblica.

15.- In conclusione, entrambi i ricorsi sono accolti, ad eccezione del primo motivo del ricorso del Comune di X che è assorbito; la sentenza impugnata è cassata e, non essendovi ulteriori accertamenti da svolgere, la causa può essere decisa nel merito, rigettando la domanda.

16. Sussistono i presupposti di legge per compensare tra le parti le spese dell'intero giudizio, in considerazione della novità e complessità della questione trattata.

P.Q.M.

La Corte accoglie entrambi i ricorsi, ad eccezione del primo motivo del ricorso del Comune di X che è assorbito; cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta la domanda proposta; compensa le spese dell'intero giudizio.

Roma, 2 luglio 2019

Il cons. rel.

Antonio Lomoro

Il Presidente

Giuseppe Mammola

DEPOSITATO IN CANCELLERIA

oggi, 30 LUG. 2019



Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Sabrina Pacitti

Sabrina Pacitti

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Sabrina PACITTI

Sabrina Pacitti