Sito Istituzionale della Giustizia amministrativa

Pubblicato il 03/09/2018

N. 05156/2018REG.PROV.COLL.

N. 02403/2018 REG.RIC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2403 del 2018, proposto dal Comune di Benevento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Abbamonte, Oreste Di Giacomo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Abbamonte in Roma, via degli Avignonesi, 5;

contro

D'Alessandro Francesca, Galliano Maria Pia, Viola Letizia, Del Grosso Angela, Iannelli Annarita, Canterino Marisa, Tinessa Nadia, Armenio Claudia, Iervoglini Tecla, Mercurio Maria, Renzulli Annamaria, Fragola Sara, Palumbo Antonella, Paradiso Alba, Cancellieri Barbara, Fanelli Giuseppe, Grimaldi Rodrigo, Revellino Paola, Iadarola Annarita, Fetto Paola, Nuzzolo Elvira, D'Alessandro Giuliano, Mignone Maria, De Stasio Brigida, Panella Fabio, Riportella Annalisa, Bosciano Armando, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Giorgio Vecchione, Raffaele Rauso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonella Fumai in Roma, Piazzale delle Medaglie D'Oro, 7;
Zollo Rosalinda, Guzzo Ivana, Sorrentino Vincenzo, Gilardi Valentina, Forgione Daniela, Esposito Anna Maria, Romano Annarita, Riportello Annalisa, Del Vecchio Gianluca, Polcari Ettore, Murolo Salvatore, Dell'Oste Cecilia, Cerbone Antonia, Francesca Barbara, Caruso Raffaele, Tisi Alberto, Pignone Sonia, Bovino Annarita, Boscaino Armando, Pedicini Ludovica non costituiti in giudizio;

nei confronti

Ristora Food & Service Capogruppo Mandataria ATI, ATI - Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro soc. coop. a r.l. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 01566/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di D'Alessandro Francesca, Galliano Maria Pia, Viola Letizia, Del Grosso Angela, Iannelli Annarita, Canterino Marisa, Tinessa Nadia, Armenio Claudia, Iervoglini Tecla, Mercurio Maria, Renzulli Annamaria, Fragola Sara, Palumbo Antonella, Paradiso Alba, Cancellieri Barbara, Fanelli Giuseppe, Grimaldi Rodrigo, Revellino Paola, Iadarola Annarita, Fetto Paola, Nuzzolo Elvira, D'Alessandro Giuliano, Mignone Maria, De Stasio Brigida, Panella Fabio, Riportella Annalisa, Bosciano Armando;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2018 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Andrea Abbamonte, Oreste Di Giacomo e Giorgio Vecchione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, un gruppo di genitori di alunni frequentanti le scuole materne ed elementari del Comune di Benevento ha impugnato le deliberazioni n. 21/2017 (del Consiglio Comunale) e n. 121/2017 (della Giunta Comunale) adottate dal Comune di Benevento e concernenti l'istituzione e il regolamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni delle scuole materne ed elementari a tempo pieno.

2. Con le citate delibere, in particolare, il Comune di Benevento ha previsto l'obbligatorietà, per tutti gli alunni delle scuole materne ed elementari, del servizio di ristorazione scolastica, stabilendo altresì che nei locali in cui si svolge la refezione scolastica non è consentito consumare cibi diversi da quelli forniti dall'impresa appaltatrice del servizio. Ciò sul presupposto che "*il consumo di parti confezionati a domicilio o comunque acquistati autonomamente potrebbe rappresentare un comportamento non corretto dal punto di vista nutrizionale, oltre che una possibile fonte di rischio igienico sanitario*".

3. Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, il Tribunale amministrativo ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha annullato le deliberazioni impugnate, nella parte in cui vietano, nei locali in cui si svolge il servizio di refezione scolastica, il consumo, da parte degli alunni, di cibi diversi da quelli forniti dalla dita appaltatrice del servizio.

4. Per ottenere la riforma della sentenza in esame ha proposto appello il Comune di Benevento, riproponendo anche le pregiudiziali eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado, per difetto di giurisdizione e per difetto di interesse degli originari ricorrenti.

5. Si sono costituiti in giudizio per resistere all'appello alcuni degli originari ricorrenti, specificati nominativamente in epigrafe.

6. Alla pubblica udienza del 5 luglio 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

7. In via pregiudiziale devono essere esaminate le eccezioni di difetto di giurisdizione e di interesse del ricorso di primo grado, riproposte dal Comune di Benevento con specifici motivi.

7.1. L'eccezione di difetto di giurisdizione è infondata: la controversia attiene al legittimo esercizio di un potere autoritativo, che si è tradotto, attraverso le norme regolamentari impugnate, nell'imposizione agli alunni a tempo pieno delle scuole materne ed elementari del divieto di consumare (nei locali in cui si svolge il servizio di refezione scolastica) i cibi portati da casa (o comunque acquistati autonomamente).

Non basta per radicare la giurisdizione ordinaria la circostanza, valorizzata dal Comune di Benevento, che gli originari ricorrenti deducano la violazione di diritti soggettivi fondamentali costituzionalmente tutelati (*in primis*, il diritto all'istruzione).

Come ha evidenziato la giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr., in particolare, Cass., SS.UU., 25 novembre 2014, n. 25011), la natura fondamentale del diritto all'istruzione non è di

per sé sufficiente a ritenere devolute le controversie che ad esse si riferiscono alla giurisdizione del giudice ordinario. Sugli stessi temi, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ha ribadito che *"la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali [...], intendendosi per tali quelli costituzionalmente garantiti, non appare affatto estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali [...]. l'affermazione dell'estensione della giurisdizione esclusiva amministrativa anche alla cognizione dei diritti fondamentali [...] non vale in alcun modo a sminuire l'ampiezza della tutela giudiziaria agli stessi assicurata, nella misura in cui al giudice amministrativo è stata chiaramente riconosciuta la capacità di assicurare anche ai diritti costituzionalmente protetti una tutela piena e conforme ai precetti costituzionali di riferimento (Corte Cost., sentenza 27 aprile 2007, n.140), che nessuna regola o principio generale riserva in via esclusiva alla cognizione del giudice ordinario."* (Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7).

Per un verso, infatti, occorre considerare la presenza nell'ordinamento di una norma – l'art. 133 Cod. proc. amm., comma 1, lett. *c)*, - che, in continuità con l'abrogato d.lgs. n. 80 del 1998, art. 33 devolve alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie in materia di pubblici servizi relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo.

Per l'altro verso, e più in generale, la lata categoria dei c.d. *diritti fondamentali* – rinveniente e configurata in relazione ai diritti dell'uomo, vale a dire riguardante un contesto per sua natura estraneo al riparti interno di giurisdizione italiano e alla sua distinzione funzionale tra diritti soggettivi e interessi legittimi, non delimita un'area estranea all'intervento di pubblici poteri autoritativi. Tutt'altro che infrequente, anzi, è proprio l'intervento autoritativo finalizzato ad attuare siffatti *diritti*, per realizzarli nella prospettiva di una tutela sistemica, anche rispetto alle esigenze di funzionalità del servizio pubblico.

Sotto questo profilo, la sussistenza di poteri amministrativo conferiti dalla legge anche quando il bene della vita coinvolto è proiezione di un siffatto *diritto fondamentale*, con la conseguente possibilità di configurare la situazione, ai detti fini di riparto di giurisdizione, come un interesse legittimo, trova conferma sia nel riconoscimento costituzionale dell'idoneità del giudice amministrativo *"ad offrire piena tutela ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti, coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa"* (Corte cost., 27 aprile 2007, n. 140, a tenore della quale non vi è *"alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario - escludendone il giudice amministrativo - la tutela dei diritti costituzionalmente protetti"*); sia nelle previsioni legislative del Codice del processo amministrativo, che escludono che la concessione o il diniego della misura cautelare possa essere subordinata a cauzione quando la domanda cautelare attenga a diritti fondamentali della persona o ad altri beni di primario rilievo costituzionale (art. 55), o che, ad esempio, affidano alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione del ciclo dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti della pubblica amministrazione riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, quand'anche relative a diritti costituzionalmente tutelati (art. 133, comma 1, lett. *p)*). Ai fini del riparto di giurisdizione italiano, un "diritto fondamentale" può dunque atteggiarsi, a seconda dei casi rispetto all'esercizio della pubblica funzione, o come diritto soggettivo o come interesse legittimo.

7.2. Infondata è anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per carenza di interesse.

Il regolamento impugnato è, infatti, manifestamente autoapplicativo (c.d. regolamento *self-executing*) nel senso che non richiede, almeno per la parte contestata dai ricorrenti, un ulteriore provvedimento attuativo da parte dell'Amministrazione scolastica o del Comune.

Il divieto di consumare pasti diversi da quelli forniti dall'impresa appaltatrice del servizio di refezione scolastica, introdotto con tale regolamento, è immediatamente operativo: ed incide di

per sé, in senso manifestamente limitativo nella sfera giuridica dei ricorrenti, ed è, come tale, idoneo ad arrecare agli stessi una lesione attuale e diretta: vuoi nella qualità di legali rappresentanti (art. 320 Cod. civ.) dei minori immediatamente toccati, quali alunni, dalla disposizione; vuoi nella qualità propria di genitori, come tali titolari della primaria funzione educativa ed alimentare nei confronti dei figli e non solo dell'inerente formale obbligazione (art. 433, n. *3)*, Cod. civ.).

Proprio la natura auto-applicativa del regolamento impugnato rende non applicabile al caso di specie l'usuale orientamento giurisprudenziale (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 2 novembre 2017, n. 5071) che esclude l'impugnabilità del regolamento priva dell'adozione dell'atto attuativo, allorché questo è necessario per realizzarne la prescrizione.

Nel caso oggetto del presente giudizio, è dirimente la considerazione che al regolamento non seguiranno attuativi in grado di attualizzare la lesione o differenziare ulteriormente la posizione degli attuali ricorrenti, i quali, al contrario, sono già titolari, rispetto alla prescrizione impugnata, di un interesse differenziato oggetto di lesione immediata. La pretesa all'uso legittimo del potere è dunque qui già concreta e attuale.

8. Nel merito l'appello è infondato.

Il regolamento impugnato presenta plurimi profili di illegittimità, già evidenziati dalla sentenza appellata, che merita di essere confermata.

8.1. Vi è, anzitutto, un'incompetenza assoluta del Comune, che - spingendosi *ultra vires* - con il regolamento impugnato impone prescrizioni ai dirigenti scolastici, limitando la loro autonomia con vincoli in ordine all'uso della struttura scolastica e alla gestione del servizio mensa.

Il regolamento, in particolare, interferisce con la circolare del Ministero dell'Istruzione, dell'università e della ricerca (di seguito anche solo MIUR) 348 del 3 marzo 2017, rivolta ai direttori degli Uffici scolastici regionali, che (muovendo dal "riconoscimento giurisprudenziale" del diritto degli alunni di consumare il cibo portato da casa, e in attesa della pronuncia della Corte di cassazione innanzi alla quale sono pendenti alcuni ricorsi proposti dallo stesso MIUR avverso le pronunce dei giudici di merito) ha, nelle more, confermato la possibilità di consumare cibi portati da casa, dettando alcune regole igieniche ed invitando i dirigenti scolastici ad adottare una serie di conseguenziali cautele e precauzioni.

8.2. In questo contesto, la scelta restrittiva radicale del Comune - di suo non supportata da concretamente dimostrate ragioni di pubblica salute o igiene né commisurata ad un ragionevole equilibrio - di interdire senz'altro il consumo di cibi portati da casa (attraverso lo strumentale e previsto divieto di permanenza nei locali scolastici degli alunni che intendono pranzare con alimenti diversi da quelli somministrati dalla refezione scolastica) limita una naturale facoltà dell'individuo - afferente alla sua libertà personale - e, se minore, della famiglia mediante i genitori, vale a dire la scelta alimentare: scelta che - salvo non ricorrano dimostrate e proporzionali ragioni particolari di varia sicurezza o decoro - è per sua natura e in principio libera, e si esplica vuoi all'interno delle mura domestiche vuoi al loro esterno: in luoghi altrui, in luoghi aperti al pubblico, in luoghi pubblici.

Occorre pertanto, per poter legittimamente restringere da parte della pubblica autorità una tale naturale facoltà dell'individuo o per esso della famiglia, che sussistano dimostrate e proporzionali ragioni inerenti quegli opposti interessi pubblici o generali. Queste ragioni, vertendosi di libertà individuali e nell'ambiente scolastico, non possono surrettiziamente consistere nelle mere esigenze di economicità di un servizio generale esternalizzato e del quale non si intende fruire perché non intrinseco, ma collaterale alla funzione educativa scolastica; e che invece, nella situazione restrittiva data, verrebbe senz'altro privilegiato a tutto scapito della libertà in questione.

Nella specie, la restrizione praticata con l'impugnato regolamento – che nemmeno si preoccupa di ricercare un bilanciamento degli interessi - manifestamente non corrisponde ai canoni di idoneità, coerenza, proporzionalità e necessarietà rispetto all'obiettivo - dichiaratamente perseguito - di prevenire il rischio igienico-sanitario. E l'assunto che *"il consumo di parti*

confezionati a domicilio o comunque acquistati autonomamente potrebbe rappresentare un comportamento non corretto dal punto di vista nutrizionale" si manifesta irrispettoso delle rammentate libertà e comunque è apodittico.

L'inidoneità e l'incoerenza della misura emerge in particolare dalla considerazione che non risulta, ad esempio, inibito agli alunni il consumo di merende portate da casa, durante l'orario scolastico: per analogia, si potrebbe addurre infatti anche per queste la sollevata problematica del rischio igienico-sanitario.

Da un altro lato, per ciò che concerne la proporzionalità e la necessità della misura, occorre rilevare che la sicurezza igienica degli alimenti portati da casa non può essere esclusa *a priori* attraverso una regolamento comunale: ma va rimessa al prudente apprezzamento e al controllo in concreto dei singoli direttori scolastici, mediante l'eventuale adozione di misure specifiche, da valutare caso per caso, necessarie ad assicurare, mediante accurato vaglio, la sicurezza generale degli alimenti.

La tassativa e rigorosa prescrizione regolamentare che ha introdotto il divieto di permanenza nei locali scolastici per gli alunni che intendono consumare cibi portati da casa (o acquistati autonomamente) si rivela, pertanto, affetta da eccesso di potere per irragionevolezza, in quanto misura inidonea e sproporzionata rispetto al fine perseguito.

9. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello va, quindi, respinto.

La peculiarità della controversia giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli	Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO