

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
della CAMPANIA - Napoli
RICORSO

per l'annullamento, previa sospensione della deliberazione del Consiglio Comunale n. 21 del 10 luglio 2017, nonché degli artt. 1, 2, 3 e 4 dell'approvato "regolamento servizio di ristorazione scolastica", nonché per l'annullamento della deliberazione della Giunta comunale n. 121 del 16 giugno 2017, nonché di ogni altro atto presupposto, preparatorio, consequenziale e, comunque connesso, anche non noto, del procedimento.

MOTIVI di RICORSO

I

Violazione di legge con riferimento all'art. 6 comma D.L. n. 55/1983, convertito nella legge 26 aprile 1983, n. 131, nonché con riferimento al DM 31.12.1983; violazione di legge, con riferimento all'art. 6 D.Lgs n. 63/17; Violazione di legge con riferimento al D.Lgs 19 febbraio 2004 n. 59, ed alla circolare M.I.U.R. n. 29 del 5 marzo 2004; Violazione di Legge con riferimento agli artt. 3, 32, 34, 35 della Costituzione. Contraddittorietà manifesta.

Il servizio di refezione scolastica (D.M. 31 dicembre 1983 + art. 6 D.lgs n. 63/17) è un servizio locale a domanda individuale, oneroso, che l'Ente Locale non ha l'obbligo di istituire ed organizzare e, come tale, facoltativo per l'utente. La facoltatività rappresenta, dunque, una caratteristica intrinseca di tale servizio che non può mutare a seconda delle circostanze, così da farlo diventare obbligatorio. Evidente l'illegittimità della deliberazione del Consiglio comunale di Benevento n. 21 del 10 luglio 2017, al pari della precedente deliberazione di indirizzo della Giunta n.121 del 16 giugno 2017, e del conseguente regolamento comunale, nella parte in cui hanno ritenuto di rendere obbligatorio un servizio pubblico, non essenziale, che la legge vigente declina in termini di facoltativo ed a domanda individuale.

Alla luce di tali norme, pronunce e principi generali, quindi, sono senz'altro illegittimi, per violazione di legge, gli impugnati atti e provvedimenti nella parte in cui (1) stabiliscono ed impongono la fruizione obbligatoria del servizio di ristorazione collettiva erogato dall'Ente comunale (art. 1, comma 3 del regolamento), (2) non consentono l'introduzione e la consumazione di cibi diversi da quelli forniti dal servizio pubblico nei locali scolastici adibiti a refezione (art. 3, comma 3, reg.) ed (3) impongono alle famiglie di prelevare i minori per il tempo necessario alla refezione, salvo l'onere di riaccompagnare i medesimi a scuola in tempo utile per la ripresa delle attività didattiche pomeridiane (art. 3, c. 2 - reg.).

Nella predisposizione di un simile regolamento, infatti, il Comune di Benevento ha platealmente fatto scempio dei principi generali che disciplinano l'attività scolastica ed educativa, principi generali sanciti dal D.Lgs 19 febbraio 2004 n. 59, così come meglio precisati nella circolare del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca n. 29/04.

L'art. 34 della Costituzione prevede il diritto all'istruzione, obbligatoria Per almeno otto anni e gratuita, ma il contenuto di tale diritto si è modificato nel corso del tempo partendo da una originaria concezione di "istruzione" (v. ad es. Corte Cost. sent. 1.2.1967, n. 7 a proposito della sua gratuità) nel senso "dell'insegnamento inteso quale attività del docente diretta ad impartire cognizioni", che si è poi

evoluto al di là di tale ristretto ambito. Tale evoluzione che si coglie nella Circolare MIUR n. 29/04 nella parte in cui prevede (a) un monte ore obbligatorio (segmento educativo n. 1, composto da 891 ore di puro insegnamento nozionistico) (b) un monte ore facoltativo opzionale (segmento educativo n. 2, composto da 99 ore annue di attività facoltative ed opzionali ed (c) eventualmente l'orario riservato all'erogazione del servizio di mensa e di dopo mensa (segmento educativo n. 3 - pari a 330 ore annuali di tempo mensa e dopo mensa), tre segmenti orari che rappresentano il tempo complessivo di erogazione del servizio scolastico", il c.d. "tempo scuola" la cui frequenza rappresenta un diritto-dovere di ciascun alunno.

Anche il "tempo mensa", da tenere distinto dal "servizio facoltativo oneroso di mensa", rappresenta un'essenziale momento di condivisione, di socializzazione, di emersione e valorizzazione delle personalità individuali e di confronto degli studenti con i limiti e le regole che derivano dal rispetto degli altri e dalla civile convivenza.

Valendo queste premesse non v'è chi non veda che per effetto dei provvedimenti impugnati, l'art. 7 del D.Lgs n. 59/04 ne esce completamente stravolto; i tre segmenti educativi, infatti, devono essere progettati unitariamente, concorrendo a costituire un modello unitario che rappresenta un diritto di ciascuna famiglia e la cui fruizione deve essere necessariamente gratuita e non condizionata ad alcuna spesa accessoria. Gli atti impugnati, invece, recidono questa unitarietà ed illegittimamente monetizzano un segmento educativo fondamentale della scuola dell'obbligo.

I servizi di mensa, (non anche il servizio a pagamento) sono necessari a garantire lo svolgimento delle attività educative e didattiche e vengono erogati utilizzando l'assistenza "educativa" del personale docente che si intende riferita anche al tempo riservato al dopo mensa.

Questi sono i principi essenziali sui quali s'è fondata la sentenza della Corte di Appello di Torino n. 1049/16, la quale ha riconosciuto il diritto delle famiglie di sottrarsi dal servizio comunale di refezione collettiva. Proprio avendo riguardo alla funzione del c.d. "tempo mensa" devono, dunque, ritenersi illegittimi gli impugnati provvedimenti nella parte in cui, in spregio al diritto soggettivo di ciascuno studente di permanere presso la scuola anche durante il tempo mensa, condizionano l'esercizio di tale diritto alla fruizione obbligatoria di un servizio oneroso, che invece, per legge è definito facoltativo e mai obbligatorio.

Fruire della refezione scolastica per necessità ed in assenza di alternativa, lede il diritto di partecipare gratuitamente al "tempo mensa", quale segmento del complessivo progetto educativo; ciò trasformerebbe il servizio stesso, da facoltativo ad obbligatorio, in evidente violazione del principio costituzionale di gratuità dell'istruzione inferiore di cui all'art. 34 della Costituzione.

Allo stesso modo è assolutamente illegittima ed in violazione di legge la norma di cui all'art. 3 comma 2 del regolamento comunale che obbliga le famiglie a prelevare i figli da scuola durante il tempo della mensa per poi riaccompagnarli in tempo utile per la ripresa delle lezioni; opinabile opzione che si traduce in una conclamata lesione del diritto dello studente di partecipare al "tempo mensa", quale segmento del complessivo progetto educativo.

Allo stesso modo è inconcepibile pensare al fatto che una famiglia debba essere vincolata nella scelta dell'uno piuttosto che dell'altro modello scolastico (tempo pieno, modulo o tempo corto mattutino),

in dipendenza dell'adesione o meno ad un servizio pubblico, non essenziale, ma, per legge, facoltativo ed a domanda individuale.

Gli atti impugnati violano in maniera plateale anche i seguenti articoli della Carta costituzionale. Primi tra tutti gli artt. 2 e 32; il primo a salvaguardia del più generale diritto costituzionale di autodeterminazione oltre che quello alla libertà nelle scelte alimentari, diritto ricollegato anche all'art. 32 della Costituzione.

L'art. 35 ed il diritto al lavoro: le delibere impongono un servizio facoltativo oneroso ovvero costringono i minori all'uscita da scuola imponendo alle famiglie un'organizzazione inconciliabile con impegni lavorativi.

Le deliberazioni impugate, in uno con il nuovo regolamento comunale sulla ristorazione collettiva, invece, con un solo colpo, calpestanto decenni di conquiste sociali, vanificano e colpiscono al cuore l'essenza stessa dell'emancipazione femminile ed il coinvolgimento della donna nel mondo del lavoro, reso possibile proprio grazie a modelli scolastici, quali il tempo pieno, garantiti dallo Stato e coniugati, per legge, in termini di gratuità, senza alcun legame con il servizio pubblico di ristorazione collettiva a pagamento.

Ma soprattutto, è il principio generale della gratuità dell'istruzione inferiore (art. 34 Costituzione), quello che subisce la maggiore lesione ed il principale pregiudizio; condizionare la frequenza di un segmento orario educativo fondamentale, qual è il tempo mensa, alla fruizione obbligatoria di un servizio oneroso, per legge, non essenziale ed a domanda individuale, integra la più eclatante delle violazioni di legge che rende illegittimi gli impugnati provvedimenti.

Ed infine, seppure di prim'ordine, l'art. 3 della Costituzione secondo cui ... "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge" e per il quale "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Gli atti comunali oggi impugnati creano una gravissima disparità di trattamento tra i cittadini, e non realizzano alcun diritto all'uguaglianza, piuttosto mirano ad una costrizione forzosa all'omologazione, qualcosa di molto lontano da quel che prevede la nostra Costituzione, per la quale uguaglianza significa assenza di discriminazione e pari opportunità.

II

Incompetenza; Violazione di legge con riferimento all'art. 21 della legge 59/97, nonché in riferimento alla legge n. 107/2015 ed al D.Lgs n. 165/01; violazione di legge con riferimento agli artt. 23 e 24 D.M. 1.2.2001, n. 44; violazione di legge con riferimento all'art. 139, lett. d) del D.Lgs 112/98.

L'art. 2, comma 3 del regolamento del servizio di ristorazione scolastica, dispone che "nei locali in cui si svolge il servizio di refezione scolastica non è consentito consumare cibi diversi da quelli forniti dalla ditta appaltatrice del servizio nell'ambito del contratto in vigore".

Il comma 4 del predetto art. 2, inoltre, prescrive che "è fatto obbligo ai dirigenti scolastici la vigilanza in merito al rispetto delle predette disposizioni"

Le norme sono manifestamente illegittime poiché determinano un'ingenerosa ingerenza dell'Amministrazione comunale nella sfera di autonomia e di indipendenza dei dirigenti scolastici, al massimo tenuti al rispetto di norme e prescrizioni provenienti dal proprio Ministero o dall'Ufficio Scolastico Regionale competente per territorio.

Il Comune di Benevento ha, invece, completamente travisato ed ignorato la netta ripartizione di ruoli e competenze tra Ente Locale e dirigenze scolastiche ed ha ritenuto di poter impartire ordini e prescrizioni ai dirigenti, quasi fossero dipendenti comunali.

Il Comune, infatti, denota chiaramente l'intenzione dell'Ente di comportarsi da "padrone di casa", titolato a dettare norme e prescrizioni che, in primo luogo, violano gli artt. 23 e 24 del D.M. [1 febbraio 2001](#), n. 44. Infatti, il refettorio scolastico non è di uso esclusivo del Comune, il quale non ne può liberamente disporre o condizionarne a piacimento l'utilizzo. Il refettorio, al pari di qualsiasi altro bene mobile e struttura scolastica, seppure costruito dal Comune, è, per legge, affidato in USO all'Istituzione scolastica e la fruizione gratuita di questo in orario curricolare, è un diritto soggettivo perfetto di qualsiasi studente che non può essere limitato o condizionato dal Comune.

A ciò si aggiunga che l'art. 139, lett. d) del D.Lgs 112/98, prevede, in ogni caso che i piani di utilizzazione degli edifici e delle attrezzature scolastiche (prima previsti dall'art. 94 del d.lgs 297/94, abrogato dalla legge 23/96) debbano avvenire di concerto con le istituzioni scolastiche e non possono essere ad appannaggio esclusivo dell'Amministrazione comunale e della sua discrezionalità. Anzi, come si evince dalla L. 23/96 e dal d.lgs 112/98, ai Comuni spettano prevalentemente oneri di realizzazione, manutenzione e forniture, competenze che rilevano soprattutto sotto il profilo delle obbligazioni discendenti direttamente dalla legge.

Gli impugnati atti finiscono per privare i dirigenti scolastici della loro autonomia ed indipendenza, rendendoli illegittimamente assoggettati alle disposizioni impartite da un organo, quello locale, incompetente a dettare prescrizioni atte a limitare e vincolare l'uso di una struttura scolastica. L'Amministrazione comunale beneventana, attraverso gli impugnati provvedimenti, ha creato studenti di serie A e di serie B, imponendo in maniera illegittima ai dirigenti norme e prescrizioni comportamentali e finendo per cadere inevitabilmente nell'alveo dell'incompetenza.

III

Incompetenza; Violazione di legge con riferimento ai Reg. CE n. 852/04, Reg.C.E. n. 178/2004 e Reg.C.E. n. 882/2004; violazione ed omessa applicazione di legge con riferimento al D.Lgs n. 81/08; eccesso di potere sotto i profili dello sviamento, della assoluta carenza di istruttoria e di motivazione, anche in termini di violazione di legge con riferimenti agli artt. 3 e segg. della legge [7 agosto 1990](#), n. 241.

All'art. 2, comma 3, ultimo cpv dell'impugnato regolamento si legge che "... il consumo di pasti 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".

Tre righe in cui albergano tutti i possibili e tipici vizi di legittimità; l'incompetenza, la violazione di legge e l'eccesso di potere.

1. Esula completamente dalle competenze istituzionali dell'Ente locale quello dell'educazione alimentare degli studenti. L'educazione ad una sana e corretta alimentazione, quando e se un domani diventerà vera e propria materia di studio (poiché oggi non lo è), competerà unicamente al Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e non sarà certamente rimesso alla discrezionalità degli Enti locali ed alle loro diversità socio-politiche e culturali

Questi ultimi, nel rispetto delle linee guida di indirizzo nazionale per la ristorazione scolastica, predisposte dal Ministero della Salute e recepite nella Regione Campania con la D.G.R. 619/11, compatibilmente alle proprie risorse di bilancio, provvedono unicamente all'organizzazione ed alla gestione dei servizi di ristorazione collettiva nelle scuole dell'infanzia e primarie, di primo e di secondo grado, destinati a chi intende fruirne. Non è compito istituzionale dei Comuni educare gli studenti ad una sana alimentazione attraverso l'imposizione di un servizio facoltativo.

2. Si legge, nel regolamento, che un uso promiscuo del refettorio scolastico, comporterebbe rischi di natura igienico-sanitaria. La norma omette di considerare e viola svariate norme dell'Ordinamento nazionale e comunitario. In primo luogo gli atti impugnati non considerano il fatto, fondamentale, secondo cui i pasti di preparazione domestica costituiscono un'estensione dell'attività di preparazione alimentare familiare autogestita, senza intervento di terzi estranei al nucleo familiare; la preparazione di questi è un'attività non assoggettata alle imposizioni delle vigenti normative in materia di igiene dei prodotti alimentari e delle imprese alimentari e relativi controlli ufficiali (Reg.C.E. n. 178/2004, C.E. n. 852/2004 n. 882/2004), non è soggetta a forme di autorizzazione sanitaria, né a forme di controlli sanitari, e ricade completamente sotto la sfera di responsabilità dei genitori o degli esercenti la potestà genitoriale, sia per quanto concerne la preparazione, sia per ciò che attiene la conservazione ed il trasporto dei cibi in ambito scolastico.

L'affermazione è, naturalmente sintomatica di un eccesso di potere sotto i profili dello sviamento, della carenza assoluta di istruttoria e di motivazione, da intendersi anche come violazioni manifeste di legge, con riferimento espresso all'art. 3 della legge [7 agosto 1990](#), n. 241.

Ma affermare l'esistenza di un rischio, comunque possibile, senza nemmeno porsi il problema di prevenirlo, risolverlo o circoscriverlo, significa ignorare completamente e disattendere le norme e le prescrizioni già vigenti in questo Paese; ci si riferisce, ovviamente, al D.Lgs n. 81/08. La situazione è quella tipica in cui si crea una compresenza tra un soggetto che elargisce un servizio pubblico su incarico del Comune ed alunni che consumano pasti di preparazione domestica, il tutto all'interno di locali appartenenti ad un soggetto terzo, ossia l'Istituto scolastico.

È il caso tipico della interferenza. Il Dirigente, in questo caso, essendo il datore di lavoro nei cui locali viene svolto il servizio, assume buona parte delle responsabilità in merito a quel che ivi avviene. Questa situazione trova la sua fonte di disciplina nel D.Lgs [9 aprile 2008](#), n. 81, ed in particolare nell'art. 26; il comma 3 di tale norma disciplina il c.d. documento di valutazione dei rischi (DUVRI), il quale

indica quali siano le misure adottate per eliminare o, ove non sia possibile, ridurre al minimo i rischi da interferenze. Il DUVRI, allegato al contratto di appalto, deve essere adeguato in funzione dell'evoluzione dei lavori, servizi e forniture. L'introduzione di un alimento esterno nel locale refettorio rappresenta il tipico caso di interferenza, ma la soluzione al problema non può certamente passare attraverso un indiscriminato e cieco divieto.

Viceversa, nel caso di specie trova applicazione l'art. 26, comma 3 ter del D.Lgs n. 81/08, il quale prevede che ... "... in tutti i casi in cui il datore di lavoro non coincide con il committente, il soggetto che affida il contratto redige il documento di valutazione dei rischi da interferenze recante una valutazione ricognitiva dei rischi standard relativi alla tipologia della prestazione che potrebbero potenzialmente derivare dall'esecuzione del contratto. Il soggetto presso il quale deve essere eseguito il contratto, prima dell'inizio dell'esecuzione, integra il predetto documento riferendolo ai rischi specifici da interferenza presenti nei luoghi in cui verrà espletato l'appalto; l'integrazione, sottoscritta per accettazione dall'esecutore, integra gli atti contrattuali".

La norma, oltre che di solare evidenza, è pienamente calzante ai REFETTORI SCOLASTICI nell'ambito dei quali il datore di lavoro (Dirigente scolastico) non coincide con il committente dell'appalto (Comune). Sarà, pertanto, specifico obbligo dell'Amministrazione committente elaborare ed adeguare il DUVRI, rendendo edotto l'appaltatore dei possibili rischi di interferenza; se non previsti ab origine questi rischi devono essere individuati e disciplinati anche nel corso dell'esecuzione dell'appalto, alla luce della chiara disposizione dell'art. 26, comma 3. Adeguamento del DUVRI che non è una mera facoltà dell'Amministrazione comunale, ma rappresenta un OBBLIGO di legge vero e proprio del Comune in mancanza del quale si verifica una considerevole violazione di legge e dei doveri d'ufficio del Comune in danno all'impresa appaltatrice, all'Istituto scolastico ed all'utenza stessa del servizio che comporta anche una penale responsabilità (art. 55 del D.Lgs n. 81/08 - arresto da due a quattro mesi o dell'ammenda da 1.500 a 6.000 euro).

Il Comune di Benevento avrebbe dovuto meglio disciplinare, d'intesa con i dirigenti scolastici, il consumo di pasti domestici nelle scuole, e prevedere l'ipotesi in seno agli atti di gara del nuovo appalto di ristorazione scolastica, individuando i rischi e determinando gli strumenti e le misure idonee per eliminarli o, ove ciò non sia possibile, ridurli al minimo (art. 26, c. 3, D.Lgs 81/08). Proprio con riferimento a tale rischio è anche intervenuto il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, il quale, supportato dai pareri del Ministero della Salute, oramai consapevole della fondatezza in diritto delle richieste delle famiglie, ha suggerito con la nota prot.n. 348/17, di adottare, al fine di evitare scambi di cibi e prevenire eventuali rischi di contaminazione, misure analoghe a quelle adottate nei casi di consumo di pasti speciali.

IV

Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento oltre che per disparità di trattamento, contraddittorietà, carenza assoluta di istruttoria e di motivazione, illogicità; eccesso di potere sotto il profilo della perplessità.

Dalla disamina complessiva degli atti impugnati, appare, infine, evidente uno degli ultimi vizi di legittimità: l'eccesso di potere sotto il profilo dello SVIAMENTO.

Attraverso l'adozione del regolamento, il Comune non tenta di salvaguardare la salute dei minori; non cerca di prevenire potenziali rischi di contaminazione o intossicazioni, ma cerca unicamente di mantenere il sostanziale monopolio del servizio di ristorazione scolastica, seppure lo stesso venga reso a casa d'altri, ossia presso le scuole del Comune, affidate in uso agli Istituti scolastici.

Gli atti impugnati, sono illegittimi sotto i seguenti altri profili di eccesso di potere.

Ø Il regolamento è palesemente contraddittorio con se stesso; se da un lato, infatti, l'art. 1, comma 1, precisa la natura e l'essenza del servizio di ristorazione, quale servizio pubblico a domanda individuale, dall'altra lo declina in termini di obbligatorio, finendo per cadere nella figura dell'eccesso di potere per evidente contraddittorietà, anche rispetto alla recente deliberazione della Giunta comunale n. 108/16 (doc.n. 8) con la quale si determinavano i costi dei servizi a domanda individuale offerti dal Comune di Benevento. (contraddittorietà e palese carenza di istruttoria e di motivazione, in violazione dell'art. 3 della legge 241/90).

Ø Il regolamento è anche palesemente superficiale ed illogico oltre che inammissibilmente invasivo della sfera di autonomia ed indipendenza delle famiglie.

Stabilisce, infatti, il comma 5 dell'articolo 4 del regolamento, che il servizio è rinunciabile, per giustificati motivi, mediante comunicazione scritta all'ufficio istruzione del Comune; inoltre il comma 6 del medesimo articolo stabilisce che in caso di mancato pagamento, sarà precluso l'accesso al servizio di ristorazione scolastica.

Quanto alla rinunciabilità, trattandosi di un servizio per legge a domanda individuale, riteniamo che il Comune non possa in alcun modo essere legittimato a giudicare le insindacabili ragioni di una famiglia nell'aderire o nel rinunciare ad un servizio facoltativo; la totale mancanza di criteri, inoltre, rende il provvedimento assolutamente indeterminato e generico e finisce per estendere oltre misura la discrezionalità dell'Ente locale, che diventa, in realtà, vero e proprio arbitrio.

Quanto alla morosità, invece, ci chiediamo quali possono essere le ricadute sui minori e quali le iniziative dell'Ente locale a fronte di genitori morosi. In ogni caso, il Comune non ha minimamente disciplinato gli effetti e le conseguenze, tanto della rinuncia, quanto della morosità finendo nell'eccesso di potere per manifesta perplessità; forse l'Amministrazione già ipotizza il digiuno forzoso o l'obbligatoria uscita dalla scuola o forse imporrà alla famiglia di iscrivere il figlio ad una diversa classe a tempo corto, magari ad anno scolastico in corso. Appare evidente l'illogicità e la violenza di queste alternative che l'Amministrazione non s'è nemmeno sentita di disciplinare.