

La mensa scolastica tra pretese individuali ed esigenze collettive

*Note a margine della sentenza del TAR Liguria, 19 settembre 2019, n. 722**

di **Roberto Medda** – Dottorando di ricerca in Istituzioni pubbliche, sociali e culturali (curriculum: Autonomie, servizi, diritti) nell'Università degli Studi del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro"

ABSTRACT: This paper focuses on a recent judgment (no. 722/2019) of the regional administrative court of Liguria (Tribunale amministrativo regionale – TAR Liguria) which deals with the acknowledgment of parents' right to provide their children with a homemade lunch to eat at school. The TAR Liguria has not enforced such a right; rather, it has found legitimate a headmaster's decision which denied the plaintiffs' children the right to eat their homemade lunch in the school's cafeteria, based on public health grounds. The paper aims to critically analyse the legal reasoning on which the judgment no. 722/2019 of the TAR Liguria is based, particularly from the perspective of the proportionality principle. As both administrative courts case law and legal doctrine demonstrate, the TAR Liguria has wrongly applied the principle of proportionality to the headmaster's decision in this judgment. Furthermore, the paper underlines the fact that judgments such as the one discussed in this paper are possible because of the ambiguity of the case law of civil courts on this subject.

SOMMARIO: 1. La questione dell'autorefezione scolastica. – 2. L'evoluzione del quadro giurisprudenziale nelle recenti pronunce del Consiglio di Stato e delle sezioni unite della

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

Cassazione – 3. Una domanda rimasta insoluta: il pasto domestico è compatibile con le finalità educative del tempo mensa? – 4. Una riflessione conclusiva.

1. La questione dell'autorefezione scolastica

La recente sentenza del TAR Liguria, sez. I, 19 settembre 2019, n. 722, aggiunge un nuovo capitolo alla vicenda della c.d. autorefezione scolastica. Negli ultimi anni le famiglie e gli istituti scolastici si sono contrapposti riguardo all'ammissibilità, per gli alunni delle scuole materne ed elementari, di partecipare alla pausa pranzo scolastica senza al contempo avvalersi del servizio di ristorazione. Infatti, incentivato dall'incremento dei costi a fronte di un'asserita scarsa qualità del servizio, un rilevante numero di genitori richiede abitualmente alle scuole che sia garantita la possibilità di non aderire al servizio di ristorazione esterno senza che tale scelta impedisca ai propri figli di partecipare, muniti di cibo portato da casa, alla pausa pranzo assieme ai propri compagni di classe. Richieste di questo tipo hanno incontrato delle aperture soltanto parziali da parte delle scuole: a ipotesi in cui queste sono state accettate, si affiancano numerosi casi in cui si è arrivati a una contrapposizione tra l'amministrazione scolastica e i genitori. Talvolta, i dirigenti scolastici hanno permesso agli alunni di mangiare il pasto domestico a scuola, ma impedendo che ciò potesse avvenire nel refettorio assieme ai propri compagni; in altre ipotesi ancora, invece, gli istituti hanno introdotto un divieto generalizzato all'autorefezione. Le condizioni e i divieti posti alle richieste dei genitori trovano una giustificazione, secondo l'amministrazione scolastica, nella necessità di tutelare la salute dei bambini affetti da gravi allergie alimentari. L'introduzione nel refettorio di cibo portato dall'esterno rappresenterebbe di per sé un rischio sanitario, in quanto tale cibo non rispetterebbe i medesimi standard di sicurezza, con riguardo all'assenza di allergeni, dei pasti somministrati dalle imprese titolari del servizio di ristorazione. Di opinione opposta sono i genitori, i quali affermano che sia compito del personale scolastico sorvegliare affinché il cibo portato da casa non finisca inavvertitamente nel piatto degli alunni affetti da allergie, considerando i divieti una lesione del diritto dei propri figli a partecipare a un importante momento di socializzazione, qual è la mensa scolastica.

Questa contrapposizione non ha tardato a dar vita a un contenzioso giudiziario: la questione della consumazione del cibo domestico a scuola ha interessato, e continua ancora oggi a interessare, tanto

la giurisprudenza amministrativa quanto il giudice ordinario, fino ad arrivare recentemente all'attenzione delle sezioni unite della Corte di Cassazione.

La vicenda giudiziaria ha avuto origine nel 2014, quando alcune famiglie piemontesi si sono rivolte al giudice amministrativo. Investito della questione di accertare «“il diritto di scelta” spettante a ciascun genitore tra l'iscrizione alla mensa scolastica e il consumo, a scuola, durante l'orario deputato alla mensa, del pasto preparato a casa», il TAR Piemonte, sez. I, con la sentenza del 31 luglio 2014, n. 1365, ha dichiarato inammissibili le richieste dei genitori¹. In dettaglio, il Tribunale ha affermato, da un lato, che l'accertamento di un diritto soggettivo alla scelta alimentare non fosse ricompreso all'interno della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo mentre, dall'altro lato, ha sottolineato come non fosse possibile riconoscere a tale pretesa la forma di interesse legittimo. Infatti, in assenza di un provvedimento di diniego all'autorefezione adottato dall'amministrazione scolastica, il riconoscimento della sussistenza di un interesse legittimo avrebbe costituito una violazione dell'art. 34, co. 2, del codice del processo amministrativo, che vieta al giudice amministrativo di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.

Dopo l'iniziale insuccesso, i genitori si rivolgono alla giurisdizione ordinaria. Ed è proprio davanti alla prima sezione civile della Corte d'appello di Torino che questo filone giurisprudenziale ha visto il suo avvio. Con quella che è stata definita una «sentenza pilota»², sent. 21 giugno 2016, n. 1049, i giudici torinesi hanno riconosciuto il diritto dei genitori «di scegliere per i propri figli tra la refezione scolastica ed il pasto domestico da consumarsi nell'ambito delle singole scuole e nell'orario destinato alla refezione». La sentenza non si spinge a definire le modalità di esercizio di tale diritto, il cui accertamento avrebbe infatti ecceduto l'ambito della giurisdizione ordinaria, producendo un'indebita compressione della discrezionalità amministrativa. L'assunto alla base dell'argomentazione della Corte d'appello è che il “tempo mensa” sia di per sé una delle componenti del servizio di istruzione, al pari delle lezioni frontali o di altre attività didattiche. Porre i genitori di fronte alla scelta binaria tra l'adesione al servizio di ristorazione o la rinuncia alla

¹ Per un commento di tale pronuncia si veda: M. BOTTIGLIERI, *Il Comune può escludere un diritto alla scelta tra mensa e panino. Nota alla sentenza del TAR Piemonte del 31.07.2014, n. 1365*, in *Polis Working Papers – Osservatorio OPAL*, 6, 2015, pp. 12-19.

² Secondo la lettura di G. BOGGERO, «*There is no such thing as a free lunch*». *Il pasto domestico a scuola come diritto costituzionalmente garantito?*, in *Osservatorio costituzionale*, 3, 2017, pp. 7-23, al quale si rinvia per un'accurata analisi della genesi e dei primi sviluppi della questione dell'autorefezione scolastica.

partecipazione al tempo mensa, consisterebbe secondo la Corte in una lesione del diritto all'istruzione riconosciuto dall'art. 34 della Costituzione. Deve essere quindi riconosciuta agli alunni la possibilità di partecipare al tempo mensa, a prescindere dalla loro adesione al servizio di ristorazione.

La sentenza del TAR Liguria, sez. I, 19 settembre 2019, n. 722 si inserisce proprio in tale contesto che, a partire dalla sentenza della Corte d'appello di Torino, si è rapidamente evoluto. Le richieste di accertamento del diritto soggettivo a partecipare alla mensa scolastica muniti di cibo casalingo, presentate dai genitori degli alunni ai giudici ordinari, sono state affiancate dai ricorsi, questa volta depositati davanti ai TAR, avverso i provvedimenti di diniego delle richieste dei genitori all'autorefezione, adottati di norma dai dirigenti scolastici. Proprio a questa seconda categoria di controversia appartiene la sentenza del tribunale amministrativo della Liguria. Nel caso di specie, la richiesta dei genitori di alcune alunne di una scuola primaria ligure era stata accolta dall'amministrazione scolastica soltanto in maniera parziale: se la dirigente scolastica aveva consentito la consumazione del pasto domestico nei locali della scuola, allo stesso tempo negava che ciò potesse avvenire nel refettorio, in compagnia degli alunni utenti del servizio di ristorazione esterno. Anche in questo caso, le ragioni del diniego erano legate alla tutela della salute: secondo la dirigente sarebbe stato necessario tutelare alcuni alunni, affetti da gravi allergie, nel caso si fosse verificato uno scambio o una contaminazione tra il pasto preparato a casa e quello somministrato dal prestatore del servizio di ristorazione.

L'atto della dirigente scolastica viene impugnato dai genitori davanti al TAR Liguria, al quale viene chiesto sia di annullare l'atto in quanto viziato da eccesso di potere, sia di accertare il "diritto soggettivo perfetto" delle alunne di consumare il cibo portato da casa assieme ai propri compagni. All'esito del giudizio, il TAR dichiara il ricorso infondato con riguardo a entrambe le richieste. Il giudice amministrativo, infatti, non accoglie le argomentazioni delle parti ricorrenti che vedevano nel divieto espresso dalla dirigente scolastica una violazione del principio di autodeterminazione alimentare. Inoltre non riscontra nel provvedimento di diniego alcun vizio di eccesso di potere né per disparità di trattamento né per violazione del principio di proporzionalità, come prospettato invece dagli avvocati dei genitori.

La sentenza del TAR Liguria è strettamente legata all'evoluzione della cornice giurisprudenziale all'interno della quale si colloca. La questione della generale ammissibilità e delle concrete modalità di esercizio del diritto all'autorefezione scolastica è stata affrontata in numerose sedi

giurisdizionali, tanto ordinarie quanto amministrative, che pur da punti di osservazione diversi hanno offerto numerosi e, talvolta, non concordi contributi alla definizione della questione. In particolare nel corso dell'ultimo anno, due sentenze – una del Consiglio di Stato, l'altra delle sezioni unite della Cassazione – sembrano aver messo alcuni punti fermi alla questione.

Tuttavia, come si esporrà in seguito, la diatriba sull'autorefezione scolastica è lontana da una conclusione. A tal proposito, la vicenda processuale legata alla sentenza del TAR Liguria del 19 settembre 2019, n. 722 rappresenta un utile banco di prova per testare se il mutato quadro giurisprudenziale permetta di risolvere in maniera lineare la controversia sul pasto domestico a scuola.

2. L'evoluzione del quadro giurisprudenziale nelle recenti pronunce del Consiglio di Stato e delle sezioni unite della Cassazione

Come si è già accennato, nel corso degli ultimi mesi due sentenze hanno contribuito all'evoluzione della cornice giurisprudenziale all'interno della quale si colloca la sentenza del TAR Liguria.

La prima risale al settembre 2018, quando la sezione V del Consiglio di Stato³ ha confermato una sentenza del TAR Campania⁴ che aveva a sua volta annullato una delibera del Comune di Benevento, con la quale era stato introdotto un divieto generalizzato di autorefezione scolastica. Più precisamente, la delibera comunale aveva vietato agli alunni delle scuole materne ed elementari presenti sul territorio comunale di usufruire del refettorio per consumare, durante la pausa pranzo, del cibo diverso da quello fornito dal servizio esterno di ristorazione. In maniera simile ad altri casi, tale divieto trovava la sua ragion d'essere nella necessità di prevenire «una possibile fonte di rischio igienico-sanitario» nonché di disincentivare un possibile comportamento «non corretto dal punto di vista nutrizionale»⁵. Nel confermare l'annullamento della delibera comunale, ritenuta viziata da eccesso di potere, il Consiglio di Stato ricostruisce la richiesta dei genitori secondo il paradigma delle libertà negative: poiché le scelte inerenti all'alimentazione sono di per sé libere, tanto nel

³ CDS, sez. V, sent. 3 settembre 2018, n. 5156.

⁴ TAR Campania, sez. VI, sent. 13 marzo 2018, n. 1566.

⁵ *Ibidem*, § 6.

domicilio privato quanto negli spazi pubblici o in quelli aperti al pubblico, tale libertà può essere ristretta dal potere pubblico esclusivamente per tutelare, in maniera proporzionata, degli interessi contrapposti. Nel caso di specie, i giudici non riscontrano il rispetto del canone di proporzionalità: un divieto generalizzato introdotto da un atto generale qual è una delibera comunale, infatti, è incompatibile con la necessità di valutare in concreto eventuali limiti alla consumazione del pasto domestico, essendo ciò possibile soltanto a seguito di un bilanciamento tra opposti interessi da svolgersi caso per caso.

La sentenza della quinta sezione del Consiglio di Stato viene seguita, nove mesi più tardi, dall'intervento della Cassazione che, a sezioni unite, si è pronunciata in merito alla sussistenza di un "diritto soggettivo perfetto all'autorefezione scolastica". La vicenda processuale ha visto la Cassazione decidere sulla base dei ricorsi presentati dal Comune di Torino e dal MIUR avverso la già citata sentenza della Corte di appello di Torino del 21 giugno 2016 n. 1049 che aveva riconosciuto «il diritto degli appellanti di scegliere per i propri figli tra la refezione scolastica ed il pasto domestico da consumarsi nell'ambito delle singole scuole e nell'orario destinato alla refezione». Data la rilevanza giuridica della questione, l'ordinanza della I sez. civile dell'11 marzo 2019 ha investito le sezioni unite del compito di accertare la configurabilità di «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». Alle sezioni unite viene richiesto, inoltre, di stabilire «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».

In accoglimento dei ricorsi delle amministrazioni appellanti, le sezioni unite hanno riformato la pronuncia della Corte di appello di Torino, dichiarando l'insussistenza di un diritto soggettivo perfetto all'autorefezione scolastica⁶. Discostandosi dalla giurisprudenza precedente, la sentenza del

⁶ La sentenza è stata commentata da C. PONCIBÒ, *Il panino della disegualianza. Nota alla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Un. Civili, 30 Luglio 2019, n. 20504*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 3, 2019.

30 luglio 2019, n. 20504 interpreta la dialettica tra i genitori e le amministrazioni scolastiche non tanto «in termini di diritto di libertà, quasi ad evocare la nozione ottocentesca di libertà negativa (“libertà da”))» quanto piuttosto riconduce tali pretese allo schema del «diritto sociale (all’istruzione), evidentemente condizionato e dipendente dalle scelte organizzative rimesse alle singole istituzioni scolastiche». Di conseguenza, le sezioni unite enunciano il principio di diritto «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». La Cassazione chiude, nettamente, il percorso aperto dalla sentenza pilota della Corte di appello di Torino del giugno 2016.

Tuttavia, seppur non assumano la veste di diritto soggettivo, le richieste dei genitori trovano un riconoscimento da parte della Cassazione, la quale precisa che questi «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».

Alla ricerca di un compromesso tra le posizioni delle diverse parti in gioco, le sezioni unite designano il procedimento amministrativo come «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»⁷ e affidano al giudice amministrativo il compito di sorvegliare sulla effettiva legittimità di divieti o condizioni eventualmente opposti ai genitori da parte delle scuole⁸.

Nonostante le divergenze tra le sentenze del Consiglio di Stato e della Cassazione siano evidenti, soprattutto con riguardo alla qualificazione giuridica della pretesa dei genitori, ciò non produce un conflitto interpretativo insolubile. Infatti, sebbene la Cassazione non legga nella richiesta di autorefezione scolastica l’esercizio di un diritto di libertà – disconoscendo quindi il presupposto alla base della sentenza di annullamento del Consiglio di Stato – la pronuncia delle sezioni unite

⁷ CASS. CIV., ss.uu., sent. 30 luglio 2019, n. 20504, § 12.

⁸ Rimarca, infatti, la Cassazione che «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», *ibidem*.

garantisce in ogni caso una forma di tutela alle pretese delle famiglie: l'autorefezione scolastica può essere ammessa a esito di un confronto procedimentale tra i genitori e l'amministrazione. In questo modo viene recuperato uno spazio per il giudice amministrativo che, similmente a quanto fatto dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5156 del 2018, conserva il compito di tutelare, in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, l'interesse legittimo dei genitori a che i propri figli possano partecipare al tempo mensa secondo modalità differenti rispetto a quelle tradizionali.

3. Una domanda rimasta insoluta: il pasto domestico è compatibile con le finalità educative del tempo mensa?

La questione dell'ammissibilità dell'autorefezione scolastica può dirsi, da un punto di vista giuridico, tutt'altro che chiusa, come dimostra la sentenza del TAR Liguria del 19 settembre 2019, n. 722. Nonostante l'intervento nomofilattico della Cassazione, il sindacato di legittimità sul diniego alle richieste di partecipazione autonoma alla mensa scolastica produce risultati disomogenei, pur a fronte di fattispecie concrete tendenzialmente omogenee. Come si è visto, al sindacato stretto sulla legittimità del diniego effettuato dalla quinta sezione del Consiglio di Stato nella sentenza n. 5156 del settembre 2018, con conseguente annullamento dell'atto per eccesso di potere, si contrappone lo scrutinio del TAR Liguria, che con la sentenza n. 722 del settembre 2019 si è dimostrato maggiormente deferente verso le ragioni dell'amministrazione scolastica.

L'intervento nomofilattico della Cassazione non pare aver sortito alcun effetto risolutore: successivamente alla pubblicazione nel luglio 2019 della sentenza delle sezioni unite, si assiste alla formazione di divergenti linee interpretative interne alla giurisprudenza amministrativa, chiamata a pronunciarsi su ricorsi analoghi a quello deciso dalla sentenza del TAR Liguria del 19 settembre 2019, n. 722. Seppur ancora allo stato embrionale, essendo rimasta quasi del tutto confinata alla fase cautelare, si va consolidando un'interpretazione fondata sull'applicazione rigorosa del canone di proporzionalità dell'azione amministrativa ai provvedimenti di diniego delle richieste di

autorefezione scolastica, in particolare grazie alle pronunce della sezione VI del Consiglio di Stato⁹. La sezione ha sposato una linea piuttosto netta, riconducendo l'autorefezione alla «esplicazione del diritto costituzionale alla scelta alimentare tutelato dagli articoli 2 e 32 Cost.»¹⁰, con la conseguenza che nelle more del giudizio debba essere garantita «la consumazione dei pasti degli studenti in un tempo condiviso che favorisca la loro socializzazione»¹¹.

La linea della sezione VI del Consiglio di Stato comincia a radicarsi nella giurisprudenza di primo grado, come dimostra la sentenza del TAR Lazio, sez. III-*bis*, 13 dicembre 2019, n. 14368. In tale occasione i giudici amministrativi hanno annullato una delibera di un consiglio di istituto, con la quale era stato introdotto l'obbligo, per gli alunni iscritti alle attività scolastiche pomeridiane, di usufruire del servizio di ristorazione, poiché «la restrizione praticata con gli impugnati provvedimenti non corrisponde ai canoni di idoneità, coerenza, proporzionalità e necessità rispetto all'obiettivo – dichiaratamente perseguito – di prevenire il rischio igienico-sanitario»¹².

Di tutt'altro avviso sono altri tribunali amministrativi regionali, in particolare in Lombardia e Liguria¹³, che si sono pronunciati su vicende del tutto analoghe a quella al centro della sentenza del Tar Liguria del 19 settembre 2019 n. 722. Seppur a livello cautelare, i giudici tendono a non riconoscere la sussistenza di un pregiudizio tale da motivare la sospensione dei provvedimenti di diniego all'autorefezione scolastica. Secondo la ricostruzione del TAR Liguria (ordinanza 23 novembre 2019, n. 272), dato che l'autorefezione individuale, come stabilito dalle sezioni unite, non costituisce di per sé un diritto incondizionato, se come nel caso di specie sono disponibili una pluralità di menù differenti messi a disposizione dal fornitore del servizio di ristorazione, «non è dato comprendere, a fronte di tale ampia possibilità di scelta, come la partecipazione alla mensa in condizioni di sostanziale uguaglianza con gli altri alunni possa tradursi a discapito della libertà personale della minore o delle prerogative educative dei suoi genitori».

Dall'analisi delle misure cautelari adottate dai giudici amministrativi successivamente alla sentenza delle sezioni unite del luglio 2019 emerge un dato rilevante: piuttosto che limitarsi a un

⁹ Cfr. CDS, sez. VI, decr. 26 novembre 2019, n. 5895; CDS, sez. VI, decr. 23 novembre 2019, n. 5857; CDS, sez. VI, decr. 11 novembre 2019, n. 5612; TAR Lazio, sez. III-*bis*, ord. 25 ottobre 2019, n. 6918; TAR Lazio, sez. III-*bis*, ord. 13 settembre 2019, n. 6011; TAR Lazio, sez. III-*bis*, ord. 6 marzo 2019, n. 1524.

¹⁰ CDS, sez. VI, decr. 26 novembre 2019, n. 5895.

¹¹ *Ibidem*.

¹² TAR Lazio, sez. III-*bis*, sent. 13 dicembre 2019, n. 14368.

¹³ Cfr. TAR Liguria, sez. I, ord. 23 novembre 2019, n. 272; TAR Liguria, sez. I, ord. 23 novembre 2019, n. 273; TAR Lombardia, sez. III, ord. 7 novembre 2019, n. 1480; TAR Lombardia (Brescia), sez. II, ord. 10 settembre 2019, n. 310.

sindacato sull'azione amministrativa, in particolare quando l'interesse all'autorefezione scolastica viene sacrificato a tutela di opposti interessi come quello alla salute, seguendo quindi l'indicazione della Cassazione, i giudici amministrativi tendono a tornare sulla questione della meritevolezza intrinseca delle richieste dei genitori. In altri termini, nelle decisioni dei giudici amministrativi la questione più rilevante rimane quella centrata sulla qualificazione della autorefezione come interesse giuridicamente protetto: in caso di risposta positiva il giudice tende a sottoporre a un sindacato stretto gli atti dell'amministrazione scolastica, soprattutto sotto il profilo del canone di proporzionalità, mentre questo non si verifica nel caso opposto.

Ed è proprio l'analisi della pronuncia del TAR Liguria del 19 settembre n. 722 e delle ordinanze cautelari adottate dalla sesta sezione del Consiglio di Stato nella medesima vicenda processuale a permettere di saggiare la differenza di approccio che si riscontra, allo stato attuale, tra i giudici amministrativi. I giudici liguri, infatti, assumono una posizione molto netta: se il tempo dedicato all'alimentazione a scuola è parte del tempo educativo, allora i genitori sono chiamati a condividerne le finalità, educative e di socializzazione. Con la conseguenza, dice il TAR, che gli alunni devono condividere il cibo «in una situazione di sostanziale eguaglianza», che si traduce nella consumazione del medesimo cibo, quello fornito dal servizio di ristorazione, mentre le uniche possibili eccezioni devono essere motivate da esigenze sanitarie o religiose. In altri termini, nessuno spazio è riservato alla consumazione del pasto domestico a scuola durante il tempo mensa. Anzi, prosegue il giudice amministrativo, l'introduzione del cibo domestico all'interno degli spazi e dei tempi riservati alla fruizione del servizio di ristorazione rappresenta, di per sé, un problema di carattere sanitario. Non essendo sottoposto ai medesimi controlli del servizio di ristorazione, il cibo preparato in casa è una irragionevole fonte di rischio per gli alunni con problemi di salute tanto che, conclude enfaticamente il Tribunale, la consumazione del cibo casalingo nel refettorio scolastico «sostanzi[a] un comportamento non conforme ai doveri di solidarietà sociale sanciti dall'art. 2 Cost.»¹⁴.

L'interpretazione del TAR ligure è stata respinta dalla sesta sezione del Consiglio di Stato, chiamata per due volte a pronunciarsi in sede cautelare sulla stessa controversia. Con una prima

¹⁴ TAR Liguria, sez. I, sent. 19 settembre 2019, n. 722, § 3.

ordinanza¹⁵, il Consiglio di Stato accoglie l'appello avverso l'ordinanza del TAR Liguria che aveva inizialmente rigettato la domanda cautelare presentata dai genitori, sospendendo quindi il divieto di autorefezione. In tale occasione, il Consiglio di Stato lascia trasparire una lettura alternativa alle motivazioni dei giudici di primo grado. Afferma la sesta sezione che «avendo riguardo alla specificità del caso concreto, deve essere consentito che la consumazione del pasto da parte degli alunni appellanti avvenga insieme agli altri alunni al fine di assicurare la necessaria integrazione in un momento di particolare rilevanza per lo stesso sviluppo educativo»¹⁶. Il Consiglio di Stato, quindi, diversamente dai giudici liguri riconosce alla condivisione del cibo, anche se non si tratta del medesimo cibo, un valore in sé, tutelato dall'ordinamento. Più recentemente, la sesta sezione si è pronunciata un'altra volta sulla questione quando, a seguito dell'impugnazione della pronuncia di primo grado, ha ordinato la sospensione della sentenza del TAR Liguria del 19 settembre 2019 n. 722¹⁷. Anche in questa occasione, dall'argomentazione dei giudici della sesta sezione si può scorgere in controluce una sensibilità diversa nei confronti della consumazione del cibo domestico a scuola. Infatti, le esigenze sanitarie, che possono astrattamente imporre un limite all'introduzione di cibo diverso da quello somministrato dal servizio di ristorazione esterno, devono confrontarsi con la «naturale facoltà dei minori ricorrenti (rispettivamente delle relative famiglie) alla scelta alimentare e del relativo esercizio nel consueto contesto socio-educativo» in quanto l'amministrazione scolastica non può ignorare il compito di «assicurare la necessaria integrazione dei due alunni consumatori di pasti “domestici”, in un momento di particolare rilevanza socio-pedagogica»¹⁸.

L'analisi comparativa della sentenza del TAR Liguria e delle ordinanze del Consiglio di Stato permette di apprezzare la distanza intercorrente tra le due interpretazioni. Trova conferma la tesi iniziale che vede nella meritevolezza della pretesa dei genitori il punto dirimente della questione. Su questo aspetto le opinioni divergono in maniera evidente: se il TAR Liguria considera necessaria la condivisione del medesimo cibo per poter adempiere alla funzione educativa e di socializzazione del tempo mensa, il Consiglio di Stato riconosce uno spazio per la scelta alimentare delle famiglie, il cui esercizio può portare alla consumazione di cibo diverso da quello fornito dalla scuola senza che la finalità educativa della mensa scolastica venga vanificata. Questa divergenza si riflette sulla

¹⁵ CDS, sez. VI, ord. 27 marzo 2019, n. 1623. Tale ordinanza è stata adottata a esito dell'appello proposto dai ricorrenti avverso il rigetto, in primo grado, di un'analogha richiesta cautelare presentata al TAR Liguria.

¹⁶ CDS, sez. VI, ord. 27 marzo 2019, n. 1623.

¹⁷ Cfr. CDS, sez. VI, ord. 21 ottobre 2019, n. 5305.

¹⁸ *Ibidem*.

tutela in caso di divieto opposto dall'amministrazione: ritenendo l'interesse meritevole di tutela, il Consiglio di Stato esercita un controllo stringente sulle motivazioni, di ordine sanitario, poste alla base del divieto mentre il TAR Liguria, al contrario, si dimostra più deferente rispetto alle motivazioni adottate dall'amministrazione.

A questo punto, per ricercare una soluzione alla contrapposizione interna alla giustizia amministrativa è utile ritornare sulla sentenza delle sezioni unite della Cassazione del 30 luglio 2019, n. 20504 che, su tale questione, si era pronunciata. A uno sguardo superficiale, la Cassazione pare aver riconosciuto l'esistenza di un interesse legittimo all'autorefezione scolastica, con la conseguenza che la consumazione del pranzo portato da casa durante il tempo mensa dovrebbe essere, in linea di principio, legittima e meritevole di tutela. Tuttavia, in alcuni passaggi la Corte sembra dar adito alla tesi secondo cui è soltanto la condivisione del medesimo cibo a contribuire alle finalità del tempo mensa, tesi sposata dal TAR Liguria nella sentenza più volte citata.

Da una lettura più attenta emerge come la Cassazione non si spinge mai a sciogliere tale nodo interpretativo, finendo per fornire supporto a entrambe le tesi. Da un lato, la Corte accoglie le premesse della ricostruzione delle parti private: il tempo dedicato all'alimentazione costituisce, anch'esso, parte del processo educativo degli alunni, contrariamente a quanto affermato dalle amministrazioni. In altri termini, per le sezioni unite «il “tempo mensa” è compreso nel “tempo scuola”, come risulta da diversi indici normativi [...] perché esso condivide le finalità educative proprie del progetto formativo scolastico di cui esso è parte»¹⁹. Tuttavia, nota la Cassazione che la finalità «di socializzazione che è tipica della consumazione del pasto “insieme”, cioè in comunità» si realizza «condividendo i cibi forniti dalla scuola, pur nel rispetto (garantito dal servizio pubblico) delle esigenze individuali determinate da ragioni di salute o di religione»²⁰. Inoltre, la Corte sottolinea 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. È questa la ragione per la quale il tempo della mensa fa parte del “tempo scuola”»²¹. Ne consegue che il pasto portato da casa, ma consumato in locali e/o tempi diversi da quelli riservati alla consumazione del servizio di ristorazione, difficilmente «possa

¹⁹ CASS. CIV., ss.uu., sent. 30 luglio 2019, n. 20504, § 9.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

realizzare gli obiettivi di socializzazione e condivisione che ineriscono all'invocato diritto di usufruire del cosiddetto "tempo scuola"²².

Quello che la Corte non chiarisce, quantomeno in maniera esplicita, è se la consumazione del cibo portato da casa, ma in compagnia di chi usufruisce del servizio di ristorazione esterno, sia compatibile con le finalità educative e di socializzazione che, come è stato accertato, sono proprie del tempo mensa. Se i passi sopracitati indicano una risposta negativa, seppur espressa in maniera allusiva, in quanto tendono a far coincidere il tempo mensa con la fruizione del servizio di ristorazione, allo stesso tempo la parte finale del ragionamento non appare compatibile con tale assunto. Infatti, la Cassazione riconosce ai genitori una voce circa le scelte organizzative del servizio scolastico, voce che, non avendo una preminenza assoluta, ossia non configurandosi come diritto soggettivo, deve confrontarsi con i confliggenti interessi pubblici e privati, in un dialogo che si struttura secondo lo schema del procedimento amministrativo.

Rimane, quindi, un'ambiguità di fondo: se, come sembra suggerire la Corte, l'autorefezione scolastica non è strumentale alla realizzazione dei fini di educazione e di socializzazione, non si comprende per quale ragione venga comunque riconosciuta la possibilità per i genitori di ottenere tale risultato, seppur a valle di un dialogo procedimentale con l'amministrazione scolastica. Se le finalità educative dell'alimentazione in comunità presuppongono che si consumi il medesimo cibo, quello fornito dall'impresa alla quale viene appaltato il servizio di ristorazione, allora non dovrebbe essere riservato alcuno spazio per l'autorefezione scolastica, né configurata quale diritto soggettivo né tantomeno quale interesse legittimo. Se l'autorefezione scolastica, in qualsiasi forma si presenti, solitaria o comunitaria, non può integrarsi nel progetto educativo, i genitori non avrebbero di fronte che una scelta binaria: aderire al servizio di ristorazione e, assieme a questo, al tempo mensa, oppure non avvalersi del servizio, optando per un orario scolastico ridotto o facendosi carico dell'alimentazione dei propri figli all'esterno della scuola.

In assenza di una indicazione univoca, in caso di diniego della richiesta di autorefezione i genitori hanno ricevuto livelli di tutela tra loro disomogenei: a fronte di situazioni analoghe, il sindacato di legittimità dei TAR ha condotto a esiti opposti. Un diverso convincimento sulla meritevolezza intrinseca dell'interesse alla partecipazione alla mensa scolastica porta i giudici amministrativi a sindacare più o meno da vicino la legittimità della motivazione alla base dei

²² *Ibidem.*

provvedimenti di diniego. In particolare, è lo scrutinio del provvedimento attraverso il prisma del principio di proporzionalità a permettere di misurare con precisione la distanza tra i due filoni giurisprudenziali. Emerge, in questa ipotesi, una differenza metodologica nell'approccio al sindacato di proporzionalità²³: mentre il TAR Liguria si limita a un sindacato blando sulla proporzionalità del divieto, il Consiglio di Stato si dimostra più rigoroso. Fondandosi sulla relazione della dirigente scolastica, i giudici di primo grado non riscontrano nell'atto impugnato alcun vizio riconducibile a una violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa «in quanto, a fronte di rischi potenzialmente letali per la salute dei minori affidati all'Amministrazione scolastica, il principio di precauzione che presidia un ambito così delicato impone l'applicazione di tutti gli accorgimenti atti alla massima riduzione delle fonti di pericolo, anche a discapito della possibilità di consumare liberamente pasti portati da casa ovvero della partecipazione collettiva al "tempo mensa"»²⁴.

Di tutt'altro avviso è la sesta sezione del Consiglio di Stato che applica al medesimo provvedimento di diniego il ben più rigoroso test di proporzionalità. Se con riguardo al primo stadio, inteso a verificare l'idoneità della misura a raggiungere lo scopo prefissato, non si rinviene alcun vizio, il passaggio alla seconda fase del test di proporzionalità porta all'individuazione di un vizio di legittimità e, quindi, alla sospensione in via cautelare dell'atto. Infatti, con riguardo alla necessità della misura adottata rispetto all'obiettivo perseguito, che nel caso di specie è dato dalla tutela della salute degli alunni affetti da allergie gravi, il Consiglio di Stato stabilisce che «l'amministrazione non ha dimostrato che tale obiettivo non fosse conseguibile attraverso un mezzo non limitativo della naturale facoltà dei minori ricorrenti (rispettivamente delle relative famiglie) alla scelta alimentare e del relativo esercizio nel consueto contesto socio-educativo, in particolare attraverso l'attività di vigilanza da svolgere dall'istituzione scolastica»²⁵. Pertanto, il provvedimento viene sospeso in quanto «non può che ritenersi inficiato dalla dedotta violazione del principio di

²³ La dottrina ha messo in luce l'esistenza di una differenza metodologica, all'interno della giurisprudenza amministrativa italiana, che vede contrapporsi un'applicazione generica del principio di proporzionalità nel sindacato di legittimità sull'azione amministrativa a un più rigoroso ricorso al test di proporzionalità consolidatosi nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Su tale questione si rinvia ai recenti lavori di F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e «test» di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2016, pp. 361-400; e di A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2016, pp. 697-723.

²⁴ TAR Liguria, sez. I, sent. 19 settembre 2019, n. 722, § 5.

²⁵ CdS, sez. VI, ord. 21 ottobre 2019, n. 5305.

proporzionalità, attesa la palese eccedenza del mezzo adottato (divieto assoluto di consumare il pasto domestico assieme ai compagni di scuola, i quali abbiano optato per il servizio mensa, nei locali a ciò destinati) rispetto all’obiettivo perseguito (tutela dell’incolumità fisica degli alunni in “codice rosso”)²⁶.

4. Una riflessione conclusiva

La scelta alimentare all’interno delle scuole è al centro di un dibattito che, ancora oggi, non può dirsi sopito. Questa affermazione si riferisce tanto al dibattito pubblico, come dimostra il continuo interesse della stampa²⁷ e delle associazioni dei genitori²⁸ alla questione del “panino da casa”, quanto al confronto giurisprudenziale. Come si è cercato di illustrare, la sentenza delle sezioni unite della Cassazione del 30 luglio 2019, n. 20504 non ha sciolto tutte le questioni giuridiche presenti sul tavolo, soprattutto con riferimento alla qualificazione giuridica da attribuire alle richieste di autorefazione scolastica. La persistenza di elementi di incertezza si trasmette alla giurisprudenza amministrativa, all’interno della quale si iniziano a scorgere differenti orientamenti interpretativi, che producono una non auspicabile disomogeneità di tutela qualora le richieste delle famiglie non vengano immediatamente accolte dalle amministrazioni scolastiche.

È scontato sottolineare che, su questo aspetto, occorra fissare un punto fermo. Un intervento normativo da parte del legislatore potrebbe rappresentare lo strumento per chiarire, in maniera definitiva, se la partecipazione degli alunni al pasto collettivo muniti di cibo portato autonomamente dall’esterno sia compatibile con le finalità educative che, come riconosciuto dalla Cassazione, ispirano il tempo mensa. È infatti sulla risposta a tale questione che gli orientamenti dei giudici amministrativi divergono, piuttosto che su una differente interpretazione del principio di proporzionalità dell’azione amministrativa.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ La stampa ha concesso ampio spazio al tema, come dimostrano i numerosi articoli apparsi recentemente su alcuni quotidiani, a titolo di esempio si veda: *Torino, la Tommaseo vieta il panino a scuola. I genitori fanno ricorso*, in *Corriere della sera - edizione Torino*, 12 ottobre 2019; *Santa Rita e Mirafiori Nord quartieri “depaninizzati”. Solo mense fresche nelle scuole*, in *La Repubblica - edizione Torino*, 3 novembre 2019; *Panino vietato nelle scuole, i giudici riaprono le mense*, in *Il secolo XIX*, 28 novembre 2019.

²⁸ Particolarmente attenta al tema del pasto domestico è la *Rete commissioni mensa nazionale* che riunisce numerose organizzazioni locali composte da genitori degli alunni che usufruiscono delle mense scolastiche.

Nell'ipotesi in cui l'autorefezione scolastica trovasse un definitivo riconoscimento, per via legislativa o giurisprudenziale, difficilmente vi è sarebbe spazio per un orientamento interpretativo, come quello del TAR Liguria, abbastanza generoso nei confronti delle ragioni dell'amministrazione scolastica. Una volta appurata la fondatezza della pretesa delle famiglie, pare difficile che eventuali divieti generalizzati opposti dai dirigenti scolastici possano sopravvivere a un rigoroso scrutinio di proporzionalità effettuato dal giudice amministrativo. L'esistenza di generici ed ipotetici rischi per la salute di un numero limitato di alunni difficilmente può giustificare l'imposizione di misure afflittive come un divieto generalizzato alla partecipazione al pranzo collettivo. L'inconsistenza di motivazioni di questo tipo viene messa in luce del fatto che, come opportunamente sottolineato dalla quinta sezione del Consiglio di Stato nella già citata sentenza sul caso del Comune di Benevento, «L'inidoneità e l'incoerenza [del divieto all'autorefezione scolastica] 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»²⁹. Come affermato, questa volta dalla sesta sezione del Consiglio di Stato, attraverso accorgimenti di carattere organizzativo è possibile pervenire a un più equilibrato bilanciamento tra i diversi interessi in gioco.

Un definitivo riconoscimento delle pretese delle famiglie all'autorefezione porterebbe con sé delle criticità organizzative che, comprensibilmente, le amministrazioni scolastiche sono restie ad affrontare. Inoltre, come opportunamente rimarcato dal TAR Liguria³⁰, l'introduzione di cibo non sottoposto ai medesimi controlli dei pasti forniti dal servizio di ristorazione rappresenta indubbiamente fonte di possibili responsabilità per il personale scolastico chiamato a vigilare sugli alunni durante il tempo mensa. Ciononostante, il giudice amministrativo dovrebbe favorire il dialogo procedimentale tra le famiglie e le scuole, non prestandosi ad assecondare delle condotte che presentano i sintomi della patologia dell'*amministrazione difensiva*³¹.

²⁹ CDS, sez. V, sent. 3 settembre 2018, n. 5156, § 8.2.

³⁰ TAR Liguria, sez. I, sent. 19 settembre 2019, n. 722, § 5.

³¹ Mutuata dal concetto di medicina difensiva, all'espressione *amministrazione difensiva* sarebbero riconducibili le ipotesi in cui un «funzionario amministrativo non assuma decisioni o condotte utili alla realizzazione dell'interesse pubblico, e ne assuma invece altre, o resti inerte, per timore che da quelle scelte possano derivare disutilità individuali e, in particolare, perdite a proprio carico, connesse proprio a quel collaudato sistema di controlli e sanzioni» posto a presidio della legalità dell'azione amministrativa. Per un approfondimento su tale concetto, con particolare riferimento al settore dei contratti pubblici, si rinvia al saggio di S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2019, pp. 293–319.

Da una prospettiva più generale, infine, si ritiene che vicende come quella al centro della controversia decisa dal TAR Liguria dovrebbero essere l'occasione per un ben più ampio dibattito sullo stato di salute della scuola italiana. Nonostante la partecipazione degli utenti trovi nelle istituzioni scolastiche uno dei suoi modelli maggiormente evoluti, un elemento che rende la scuola una delle amministrazioni pubbliche dai tratti più peculiari all'interno dell'ordinamento italiano³², lo stato di salute della democrazia scolastica³³ appare alla prova dei fatti piuttosto debole. In presenza di problemi di carattere generale, come quelli attinenti alla qualità e al costo delle mense scolastiche, gli strumenti di partecipazione si dimostrano del tutto insufficienti a incanalare le sollecitazioni degli utenti, i quali hanno ritenuto più utile rivolgersi alla giurisdizione per l'accertamento di una pretesa individuale. Così, piuttosto che mirare a un miglioramento del servizio a favore della totalità degli alunni, le associazioni dei genitori si sono impegnate nella costruzione all'interno dei refettori di vere e proprie *gated communities*³⁴, fondate sulla comune sfiducia nella qualità del servizio pubblico di ristorazione. Un risultato che appare difficilmente compatibile con l'afflato partecipativo che ispira l'ordinamento scolastico italiano.

³² A tal proposito, si veda l'analisi di A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, il Mulino, Bologna, 2003, in part. pp. 246-259.

³³ Su tale concetto si rinvia alle riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *Pubblicità e segretezza delle sedute dei consigli scolastici di circolo e di istituto: due modi alternativi di concepire la natura e la funzione dei nuovi organi scolastici collegiali*, in *Il foro italiano*, 10, 1975, pp. 228-236.

³⁴ Ossia una «Comunità residenziale chiusa rispetto all'esterno [...], che si configura spazialmente come enclave, area avente caratteristiche peculiari e differenti rispetto a quanto la circonda», e la cui finalità prevalente è data dalla «ricerca di protezione attraverso la separazione dal resto del tessuto urbano, che evidenzia una sfiducia verso il livello di sicurezza garantito dal sistema pubblico». Cfr. *Gated community*, in *Lessico del XXI secolo*, Enciclopedia Treccani, Roma, 2012, *ad vocem*.