

Servizi pubblici a tassonomia diversificata: la ristorazione scolastica.

Di FRANCESCO TRAMONTANA

1. I termini della questione. 2. Le oscillanti configurazioni del servizio. 3. I risvolti economico-finanziari

1. I termini della questione.

Una recente pronuncia della Cassazione penale¹ permette di affrontare il tema della natura e delle caratteristiche peculiari della ristorazione scolastica erogata dagli enti locali. Una tipologia di servizio, in vero, recentemente più volte assurta agli onori della cronaca².

Muovendo dalla sentenza con cui, in ragione dell'asserito carattere privato delle attività svolte, la Corte di Appello di Cagliari aveva assolto dal reato di frode nelle pubbliche forniture il titolare dell'impresa appaltatrice di un servizio mensa reso a favore di una scuola privata, il giudice di legittimità ha rimarcato il carattere di servizio pubblico assunto dalle prestazioni scolastiche erogate da soggetti privati. La questione era sorta poiché i giudici di appello avevano fondato la propria pronuncia sull'assunto che la natura privata dell'ente erogatore del servizio privasse quest'ultimo della configurazione di servizio pubblico. Propendendo invece per un'accezione marcatamente oggettiva³ della categoria dei servizi di interesse generale, i giudici di piazza Cavour hanno assunto

¹ Sesta sezione, 20 dicembre 2018, n. 1575.

² Si fa riferimento al risalto dato dalla stampa all'ordinanza 12 dicembre 2018 n. 20954 con la quale il Tribunale civile di Milano ha ritenuto discriminatori alcuni dei contenuti del regolamento del Comune di Lodi per l'accesso alle prestazioni agevolate e ha ordinato la modifica dello stesso allo scopo di rimuovere la differenza di trattamento tra cittadini dell'Unione Europea e soggetti che non ne fanno parte. E alla sentenza 3 settembre 2018, n. 5156 con la quale il Consiglio di Stato ha censurato la norma regolamentare con cui il comune di Benevento ha interdetto la possibilità per gli studenti di consumare cibi portati da casa.

³ E' noto come, in tema di servizi pubblici, storicamente il dibattito si sia incentrato sulla riconduzione della categoria a due fondamentali teorie, quella soggettiva e quella oggettiva. La prima tesi è più risalente nel tempo ed è fondata sugli articoli 41, comma 3 e 43 della Costituzione che offrono la possibilità di riservare alla mano pubblica attività dirette alla produzione di beni e servizi. Essa assume a proprio fondamento l'infungibilità del soggetto pubblico nell'erogazione di utilità di rilevante interesse sociale quali sono i servizi pubblici. A tale teoria si contrappone quella oggettiva, ascritta principalmente all'elaborazione che ne diede Umberto Pototsching nella celebre monografia *I pubblici servizi* (Cedam, 1964), che fa leva sui principi costituzionali di solidarietà e di uguaglianza sostanziale codificati dagli articoli 2 e 3, secondo comma, della Costituzione, per superare proprio quella infungibilità e attribuire rilievo sostanziale non già alla natura giuridica del soggetto erogatore, ma all'elemento teleologico del soddisfacimento dell'interesse pubblico. Recentemente, questa teoria ha subito un'evoluzione improntata a un neosoggettivismo. Partendo dal presupposto che essa non permetta di distinguere fino in fondo il servizio pubblico da altre fattispecie di attività economiche che rientrerebbero nella nozione di servizio pubblico solo perché erogate da soggetti pubblici o da



ad argomento dirimente per tacciare di illegittimità le conclusioni della sentenza impugnata, la circostanza che il sistema delineato dalla legge 62 del 2000⁴ in tema di parità scolastica e diritto allo studio faccia leva su una nozione di servizio scolastico che prescinde dalla natura giuridica del soggetto che eroga le prestazioni. La formulazione dell'articolo 1 ne sarebbe la riprova: *“il sistema nazionale di istruzione è costituito dalle scuole statali, dalle scuole paritarie private e dagli enti locali”*. Ciò, secondo la suprema Corte, fa scemare la rilevanza assunta dalla natura giuridica di chi somministra la prestazione, il quale in ogni caso assume il ruolo di incaricato di pubblico servizio⁵. Se sotto il profilo penale ciò sembra condurre alla conclusione che l'erogazione di un'attività scolastica determini l'imputabilità per reati propri e non per reati comuni⁶, dal punto di vista più marcatamente amministrativo, la pronuncia induce a interrogarsi sulla natura del servizio di ristorazione scolastica.

Gli elementi di riflessione originano da quanto sembri essere sotteso dai motivi di erroneità contenuti nella sentenza annullata. I giudici della Cassazione sembrano conferire rilevanza a un'idea universale di servizio scolastico, in cui gli aspetti formativi siano altrettanto importanti rispetto a quelli correlati all'apprendimento: *“il servizio di istruzione scolastica ricomprende tutte le attività funzionali allo stesso, quindi non soltanto il momento della lezione ma anche quello della gestione logistica, compresa la fornitura dei servizi di assistenza alla persona quali la fornitura di*

soggetti privati all'interno di atti di pianificazione di origine pubblica, si è fatta strada una nuova concezione che fa propri alcuni degli elementi di ciascuna delle due teorizzazioni pregresse. In questo modo, un'attività potrebbe essere ascritta alla categoria dei servizi pubblici solo in quanto la sua titolarità sia riconducibile al soggetto pubblico il quale potrebbe demandarne a soggetti privati solo l'esercizio. Di contro, essa dovrebbe comunque mantenere inalterata la finalità sociale e l'orientamento al soddisfacimento della domanda, anche solo potenziale, degli utenti. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ha operato un capovolgimento di prospettiva. In nome della concorrenza, l'articolo 106, comma 2 (*“le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”*) parifica le attività ascrivibili al soggetto pubblico a quelle erogate dal privato, riservando l'intervento del primo solo ai casi in cui le dinamiche di mercato non risultino idonee a soddisfare adeguatamente l'interesse pubblico, per esempio perché esse escludono dalla fruizione delle utilità erogate alcune categorie di soggetti o perché non rendono imprenditorialmente sostenibile la produzione di alcuni beni o servizi.

⁴ Titolata *“Norme per la parità e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione”*.

⁵ La definizione è data dall'articolo 358 del codice penale: *“agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio. Per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale”*.

⁶ La differenza è nota: a differenza dei reati comuni, ascrivibili a chiunque adotti un comportamento sanzionato dalla legge penale, i reati propri sono quelli imputabili solo ad alcune categorie di soggetti, che incorrono nella sanzione penale soltanto in quanto essi rivestano una determinata qualifica o abbiano uno *status* particolare. I delitti contro la pubblica amministrazione, previsti dalle norme contenute nel Libro III, Titolo II, Capo I del codice penale costituiscono un esempio di reati propri.

pasti”. Pertanto – è la conclusione della Suprema Corte – *“il servizio di mensa fa indubbiamente parte della complessiva attività di assistenza del bambino”*.

Nonostante una conclusione così apparentemente definitiva, in realtà il tema della natura e del carattere obbligatorio del servizio di ristorazione scolastica è tra i più irrisolti e su di esso sono a più riprese intervenuti sia il legislatore che la giurisprudenza.

In un’interessante pubblicazione del 2018⁷, *Save the Children Italia*, onlus facente parte dell’omonima organizzazione non governativa, ha messo in evidenza la notevole frammentarietà ed eterogeneità delle modalità di erogazione del servizio mensa a favore della popolazione scolastica italiana, sia in termini di copertura territoriale che di sistemi, anche tariffari, di accesso al servizio. Fino a poco tempo fa ciò poteva essere fatto risalire all’assenza di un quadro normativo uniforme sul territorio nazionale. Tant’è che il IV Piano nazionale di azione e di interventi per la tutela dei diritti e lo sviluppo dei soggetti in età evolutiva, deliberato dal Consiglio di Ministri nel 2016⁸, aveva ribadito l’importanza di *“intraprendere un percorso che porti a considerare il servizio di mensa scolastica come livello essenziale delle prestazioni sociali, ai sensi dell’articolo 117, comma 2, lettera m) della Costituzione e in attuazione della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, garantendo elevati standard di qualità”*.

Per lungo tempo la materia del servizio di ristorazione scolastica non è stata, in effetti, regolata in maniera organica da parte del legislatore statale che, in occasione delle varie stagioni che hanno visto il trasferimento di funzioni scolastiche dal centro alla periferia, non si è preoccupato di annoverare queste prestazioni tra quelle assegnate agli enti territoriali. Non è avvenuto in occasione del trasferimento operato con il DPR 616 del 1977⁹, né in coincidenza con la redazione del Testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, che ha meglio definito quel conferimento¹⁰. E non è accaduto neanche in concomitanza con la seconda edizione del federalismo a Costituzione invariata, risalente al 1997¹¹. Né, infine, sembra che gli effetti attuativi della riforma costituzionale del 2001 abbiano prodotto

⁷ *(Non) tutti a mensa 2018*, rinvenibile su <https://www.savethechildren.it/cosa-facciamo/pubblicazioni/non-tutti-mensa-2018>.

⁸ Approvato con DPR 31 agosto 2016 e pubblicato sulla GURI, Serie generale, n. 267 del 15 novembre 2016, Supplemento ordinario n. 50.

⁹ Si tratta del primo massiccio trasferimento di funzioni dallo Stato alle Regioni, successivo all’istituzione di queste ultime nel 1970 e attuativo della legge 22 luglio 1975, n. 382.

¹⁰ Si tratta del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 che all’articolo 327, comma 2, si occupa del trasferimento di funzioni dalle regioni ai comuni.

¹¹ La materia è stata trattata dall’articolo 139 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 con cui il governo, esercitando la delega conferitagli con la legge 15 marzo 1997, n. 57 ha reso più organica la ripartizione di funzioni tra province e comuni in relazione ai diversi ordini e gradi di istruzione.

esiti univoci¹². Tant'è che nel corso della XVII Legislatura (quella conclusasi nel 2018) erano state presentate due proposte di legge: la AC 2308 *“Disposizioni per garantire l’eguaglianza nell’accesso dei minori ai servizi di mensa scolastica”* e la S 2037 *“Disposizioni in materia di servizi di ristorazione collettiva”*.

Si deve, invece, al decreto attuativo¹³ della delega conferita al governo con la legge 107 del 2015¹⁴ un tentativo di definizione delle modalità erogative delle *“prestazioni in materia di diritto allo studio, in relazione ai servizi erogati dallo Stato, dalle regioni e dagli enti locali nel rispetto delle competenze e dell’autonomia di programmazione”*. Tra di esse, l’articolo 2 annovera i *“servizi di mensa”*¹⁵ che, in forza di quanto disposto dall’articolo 6, sono erogati, in funzione dell’attuazione del tempo pieno e per garantire il diritto allo studio, *“a richiesta degli interessati”* e *“nei limiti dell’organico disponibile e senza nuovi o maggiori oneri per gli enti pubblici interessati”*.

La codificazione di tali caratteri distintivi non ha però risolto due temi di fondo che continuano a interessare il servizio: la presunta obbligatorietà della sua istituzione e le modalità di remunerazione della sua erogazione.

2. Le oscillanti configurazioni del servizio.

La circostanza che la norma del 2017 parli di servizio attivabile a richiesta degli interessati sembra confermare che esso non rientri tra quelli cui il Comune è obbligato a dar corso. Che fosse già così ancor prima del recente intervento del legislatore, è dimostrato da una fonte normativa molto più risalente nel tempo, ma ancora essenziale per la classificazione dei servizi pubblici locali. Si tratta del decreto con cui il 31 dicembre 1983 il Ministro dell’Interno ha individuato le categorie dei servizi pubblici a domanda individuale, quelli per il cui sostentamento gli enti locali sono tenuti a chiedere la contribuzione degli utenti. La norma ha carattere dichiaratamente finanziario. Essa, infatti, è stata emanata in attuazione del decreto-legge che ancora oggi impone agli enti locali di

¹² In attuazione dell’articolo 117, comma 1, lettera p) della Costituzione susseguente alla riforma del Titolo V, operata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, l’articolo 14, comma 27 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122, ha previsto tra le funzioni fondamentali dei comuni *“l’edilizia scolastica, per la parte non attribuita alla competenza delle province, l’organizzazione e la gestione dei servizi scolastici”*.

¹³ D.lgs. 13 aprile 2017, n. 63.

¹⁴ Titolata *“Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti”*, i cui commi 180 e 181 dell’articolo unico concernono il riordino, la semplificazione e la codificazione delle disposizioni legislative in materia di istruzione.

¹⁵ Gli altri servizi sono: *“trasporto e altre forme di agevolazione della mobilità”*, *“fornitura dei libri di testo e degli strumenti didattici indispensabili negli specifici corsi di studi”*, *“servizi per le alunne e gli alunni, le studentesse e gli studenti ricoverati in ospedale, in case di cura e riabilitazione, nonché per l’istruzione domiciliare”*.



definire, prima dell'approvazione del bilancio di previsione, la misura percentuale dei costi complessivi di tutti i servizi pubblici a domanda individuale¹⁶. La sua ampia formulazione è però servita, nel tempo, a far fronte alla rarefazione normativa cui la categoria dei servizi pubblici locali è viepiù andata incontro. Ciò è potuto tuttavia avvenire, entro il limite della definizione di servizio pubblico locale a domanda individuale scandita dallo stesso decreto¹⁷, attraverso la declinazione dei suoi cinque elementi costitutivi: (i) sua imputabilità all'ente, (ii) sua attivazione non per obbligo esogeno, ma a seguito di una valutazione ascrivibile alla volontà del soggetto pubblico, (iii) erogazione delle sue prestazioni a seguito di effettiva richiesta da parte dell'utente, (iv) assenza di obblighi normativi relativi all'erogazione in forma gratuita, (v) connotati salienti di carattere non prevalentemente produttivo.

Come si vede, quindi, una declinazione di servizio pubblico che, pur collocandosi entro l'ampio spettro dell'articolo 112 del Tuel (*“produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*) ne costituisce una specificazione in qualche modo limitativa. Di norma, i servizi pubblici a domanda individuale sono, infatti, attivabili non già in forza di una determinazione autoritativa che prescinde dalla domanda emergente dal mercato, come avviene per esempio per i servizi in regime di privativa, ma proprio in funzione del soddisfacimento di una domanda sia pur solo parzialmente espressa e che ha l'onere di contribuire al sostentamento dei loro costi di produzione.

E' questo il caso del servizio di ristorazione scolastica che tuttavia, nella lettura datane dalla giurisprudenza, si è spesso ammantato di caratteri cangianti, oscillando fra i tratti del servizio a domanda individuale e quelli che invece caratterizzano i servizi di interesse generale.

Sebbene la legge 146 del 1990¹⁸ non lo annoveri tra i servizi essenziali in tema di istruzione¹⁹, il servizio ristorazione è stato ritenuto dalla Commissione di Garanzia sugli Scioperi come intimamente collegato, da un rapporto di carattere strumentale, all'attività didattica e educativa. Secondo la Commissione, gioca a favore di tale configurazione la circostanza che esso sia volto ad

¹⁶ Si tratta del d.l. 28 febbraio 1983, n. 55, convertito nella legge 26 aprile 1983, n. 131.

¹⁷ Sono il quinto e il sesto capoverso del preambolo a declinare la scansione: *“ritenuto altresì che per servizi pubblici a domanda individuale devono intendersi tutte quelle attività gestite direttamente dall'ente, che siano poste in essere non per obbligo istituzionale, che vengono utilizzate a richiesta dell'utente e che non siano state dichiarate gratuite per legge nazionale o regionale; ritenuto che non possono essere considerati servizi pubblici a domanda individuale quelli a carattere produttivo, per i quali il regime delle tariffe e dei prezzi esula dalla disciplina del menzionato articolo 6 del d.l. 28 febbraio 1983, n. 55”*.

¹⁸ Titolata *“norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge”*.

¹⁹ L'articolo 1, comma 2, lettera d) prevede, infatti, tra i servizi educativi da garantire in caso di sciopero *“l'istruzione pubblica, con particolare riferimento all'esigenza di assicurare la continuità dei servizi degli asili nido, delle scuole materne e delle scuole elementari, nonché lo svolgimento degli scrutini finali e degli esami, e l'istruzione universitaria, con particolare riferimento agli esami conclusivi dei cicli di istruzione”*.



assicurare all'attività didattica uno dei suoi caratteri fondanti, qual è la continuità²⁰. Non diversamente si è pronunciato il Consiglio di Stato²¹, affermando che *“la ristorazione scolastica assume le caratteristiche di servizio essenziale pur strumentale all'attività scolastica, in quanto funzionale a garantire l'attività didattica nelle forme di impegno temporale attualmente vigenti”*. Si tratta di pronunciamenti importanti, che tuttavia non permettono di conferire incondizionatamente all'attività di ristorazione scolastica le stimate del servizio di interesse generale, così come oggi definito dal Testo Unico sulle società partecipate²². O almeno non lo permettono, senza che operi la mediazione di una valutazione discrezionale con cui il Comune gli conferisca tale configurazione.

E' noto, infatti, che la voluta indeterminatezza con cui l'articolo 112 del Tuel definisce i servizi pubblici locali derivi dalla natura generale dei fini cui gli enti locali rivolgono la propria attività e dalla natura politica del loro sistema di governo. Ancora una volta, la giurisprudenza del Consiglio di Stato si è pronunciata chiaramente: *“la genericità della norma si spiega con la circostanza che gli enti locali, ed il comune in particolare, sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 Tuel), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni ed attività, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 Tuel), assumere come doverose. Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della collettività. (...) Dunque, muovendo dal dato di diritto positivo fornito dall'art. 112 Tuel, deve ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico, quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto*

²⁰ Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, deliberazione n. 946 del 2 maggio 2012. In termini, deliberazioni: n. 32516 del 2008, nn. 798, 2139 e 2376 del 2012, nn. 495 e 948 del 2014 e 661 del 2015.

²¹ Sezione V, 5 novembre 2012, n. 5589. In termini: Tar Friuli Venezia-Giulia 28 novembre 2017, n. 366 e Tribunale di Milano, sez. Lavoro, 1700/2015.

²² L'articolo 2, comma 1, lettera h) del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 definisce i servizi di interesse generale come quelle *“attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale”*.



di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico"²³.

Conclusioni compatibili con i presupposti ritenuti necessari affinché un'attività sia inquadrata nell'ambito del servizio pubblico: *“da un lato la stessa deve essere rivolta al soddisfacimento di bisogni di interesse generale e finalizzata all'accrescimento del benessere della collettività; dall'altro deve essere stata assunta come propria da un soggetto pubblico in quanto rientrante nelle sue finalità istituzionali e dal medesimo organizzata con norme di diritto pubblico. Il primo elemento consente di distinguere il servizio pubblico dalle attività che un ente pubblico pone in essere con la generale capacità di diritto civile, mentre il secondo serve a distinguere dal servizio pubblico le attività che, pur rivolte a fini di benessere collettivo, tuttavia vengono espletate da privati e sono sottoposte a controlli o programmazione per meglio centrare l'obiettivo*"²⁴.

Tuttavia, come si è accennato, la circostanza che la previsione normativa classifichi il servizio tra quelli a domanda individuale fa sì che lo stesso assuma le caratteristiche di servizio pubblico (ormai unanimemente riconosciute nell'universalità, non discriminazione e accessibilità) attraverso la declinazione puntuale che, anche in termini procedimentali, il Testo Unico degli enti locali conferisce al secondo dei due elementi tipici cui si è fatto cenno. E' noto, infatti, che nell'esercitare la competenza attribuitagli in materia di organizzazione dei servizi pubblici²⁵, il consiglio comunale sia chiamato a pronunciarsi entro due ambiti distinti, seppur reciprocamente correlati. Il primo ha carattere di eventualità e concerne tutte le attività la cui configurazione come servizio pubblico non derivi da una scelta legislativa preesistente, ma abbia origine proprio dalla volontà dell'ente. Quest'ultima acquista il carattere di una decisione essenzialmente politica che muove dalla valutazione di merito in ordine alla sottrazione di una specifica attività dal campo della libera regolazione mercatale. Ciò, in quanto si ritiene che il mercato, da sé solo, non ne permetterebbe la declinazione in termini di adeguato soddisfacimento dell'interesse pubblico. Per questo motivo, dando di fatto applicazione all'articolo 43 della Costituzione²⁶, il consiglio comunale, muovendosi

²³ Consiglio di Stato, V, 13 dicembre 2006, n. 7369.

²⁴ E' quanto può leggersi in Tar Toscana, I, 11 aprile 2013, n. 559 che, nel negare la natura di servizio sociale alla ristorazione scolastica (in quanto *“essa non è finalizzata al superamento di specifiche situazioni di bisogno o di difficoltà delle persone, ma è rivolta alla generalità dei minori frequentanti le scuole dell'infanzia ed elementari nel territorio comunale”*), conclude nel senso della sua riconduzione al novero dei servizi pubblici.

²⁵ L'articolo 42, comma 2, lettera e) del Tuel attribuisce al consiglio comunale la competenza in tema di *“organizzazione dei servizi pubblici”*. Si tratta di una formula piuttosto ellittica e probabilmente meno soddisfacente di quella utilizzata dal legislatore in occasione della legge 142 del 1990 (di riforma delle autonomie locali e assorbita nel 2000 dal testo unico) che all'articolo 32, comma 2, lettera f) parlava di *“assunzione diretta dei servizi pubblici”*.

²⁶ *“A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”*.



nell'ambito della "concorrenza nel mercato"²⁷ decide di assumere il servizio all'ente locale, qualificandolo di interesse generale e con ciò determinando di fatto la sottrazione delle modalità di erogazione delle sue prestazioni alla dinamica spontanea della concorrenza²⁸.

L'assenza di una norma che qualifichi, sia pur implicitamente, la ristorazione scolastica quale servizio di interesse generale e, per di più, la presenza di una serie di disposizioni (come si è visto l'articolo 6 del d.lgs. 13 aprile 2017, n. 63 e il decreto ministeriale del 1983) che ne condizionino l'erogazione alla richiesta dell'utente, costituiscono chiari indici dell'appartenenza dell'attività in questione alla dinamica propria di questo ambito di attribuzioni.

Il secondo contesto di competenza consiliare ha invece caratteristiche di necessarietà, in quanto abbraccia tutte le attività declinate come servizi di interesse generale. Esso riguarda i temi dell'organizzazione delle prestazioni e delle modalità di erogazione all'utenza ed è esercitato entro l'ambito di applicazione dettato da una norma introdotta nel 2012 a seguito delle vicende che a vario titolo in quella stagione hanno interessato i servizi pubblici²⁹.

Che il servizio di ristorazione scolastica mantenga dei caratteri avulsi dal sistema generale dei servizi pubblici di interesse generale è peraltro dimostrato dalla recente vicenda, riecheggiata sulla stampa, che ha portato il Consiglio di Stato³⁰ a stigmatizzare l'operato del Comune di Benevento che con norma regolamentare aveva stabilito l'obbligatorietà del servizio per l'intera popolazione scolastica frequentante la scuola elementare e media, sancendo il divieto, nei locali dedicati alla refezione, di consumare cibi diversi da quelli forniti dall'appaltatore del servizio. Oltre che sull'incompetenza assoluta del Comune a dettare prescrizioni ai dirigenti scolastici e sull'apoditticità delle ragioni di igiene e salute pubblica addotte a sostegno della normazione locale, i giudici di appello hanno basato la loro decisione sull'assenza del principio di proporzionalità tra la misura introdotta e il bene tutelato. Soltanto "dimostrate e proporzionali ragioni particolari di varia sicurezza e decoro" possono limitare quella che è definita "una naturale facoltà dell'individuo, afferente alla sua libertà personale (...), vale a dire la scelta alimentare (...) che è per sua natura e in principio libera, e si esplica vuoi all'interno delle mura domestiche vuoi al loro

²⁷ Secondo la Corte costituzionale (sentenza 22 maggio 2009, n. 160, nello stesso senso sentenza 14 dicembre 2007, n. 430) l'espressione costituisce una sintesi delle dinamiche concorrenziali esplicitata da misure che "mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese".

²⁸ Il che, ovviamente, non esenta dall'aggiudicazione attraverso le procedure concorrenziali tipiche della concorrenza "per il mercato", definita dalla Corte costituzionale (sentenze 430 e 1160, citate) come quella propugnata da interventi che "perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da garantire la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici".

²⁹ Si tratta dell'articolo 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, convertito nella legge 17 dicembre 2012 n. 221.

³⁰ Sezione V, sentenza 3 settembre 2018, n. 5156.

esterno”. E’ intuibile che, al di là delle motivazioni specifiche contenute nella sentenza, essa faccia oscillare il pendolo nuovamente verso un’idea molto accentuata di servizio a domanda individuale. Se la cifra distintiva di tale tipologia di servizi risiede nella circostanza che né l’ente ha l’obbligo di istituirli né l’utente è tenuto a servirsene, la sentenza del Consiglio di Stato pone con forza l’accento sul fatto che, per quanto servizio di interesse generale assunto al soggetto pubblico con una precisa volontà dell’organo massimamente rappresentativo, la ristorazione scolastica permane confinata in quella zona grigia su cui si è efficacemente soffermato il rapporto di *Save the Children*. In realtà, le motivazioni del giudice amministrativo costituiscono uno sviluppo, forse più imperfetto, di quelle cui era già pervenuta la Corte di Appello di Torino³¹ che in un caso consimile aveva accertato il diritto di alcune famiglie di “*scegliere per i propri figli tra la refezione scolastica e il pasto domestico da consumarsi nell’ambito delle singole scuole e nell’orario destinato alla refezione*”. Anche in questo caso, la pronuncia assume a proprio fondamento la codificazione ormai condivisa della ristorazione scolastica quale servizio a domanda individuale, disattendendo però le conclusioni cui era giunto il giudice di prime cure che da tale qualificazione aveva fatto discendere l’assenza di alcun obbligo in capo alle famiglie di avvalersene. La Corte d’Appello però va oltre, introducendo un elemento che potrebbe risultare dirimente. L’evoluzione del diritto all’istruzione, sancito dall’articolo 34 della Costituzione, ha attratto nella propria orbita attività diverse da quelle strettamente didattiche. Tra queste, la ristorazione che, così come affermato dal Miur³² “*non deve essere vista come un semplice soddisfacimento dei bisogni nutrizionali, ma deve essere considerata un importante e continuo momento di educazione e di promozione della salute, che coinvolge sia gli alunni che i docenti*”. La sentenza pone il carattere di servizio a domanda individuale posseduto dalla ristorazione in rapporto di consonanza con la petizione di principio del Miur attraverso un esercizio di dialettica quasi hegeliana in cui la tesi (i) configura la permanenza nei locali scolastici durante il segmento orario dedicato alla consumazione del pasto, come diritto soggettivo derivante direttamente dalla norma costituzionale, l’antitesi (ii) prende atto della codificazione normativa secondo la quale la ristorazione scolastica non costituisce un servizio obbligatorio, ma è attivabile su richiesta e dalla sintesi (iii) discende che il consumo del pasto debba avvenire presso la scuola, ma al di fuori del servizio di ristorazione scolastica e che quindi sia fruibile autonomamente anche consumando beni commestibili propri.

³¹ Sentenza 21 giugno 2016, n. 1049

³² Circolare 348 del 3 marzo 2017.



Con un'efficace sintesi giornalistica può dunque dirsi che per i giudici torinesi, non ha valore educativo il mangiare le stesse pietanze ma solo lo star seduti allo stesso tavolo. Una posizione di sostanziale saldatura con la conclusione cui più recentemente è giunto il giudice amministrativo. L'ultima parola però non è ancora detta, perché avverso la sentenza della Corte d'Appello pende ricorso in Cassazione e sarà interessante vedere se lo *ius superveniens* costituito dalle norme contenute nel d.lgs. 63 del 2017 avrà influito sulla configurazione della fattispecie.

3. I risvolti economico-finanziari.

Qualunque sia la direzione verso cui tenderanno le conclusioni dei giudici della nomofilachia, l'operatore non potrà tuttavia non tenere conto dei risvolti economico-finanziari che l'attivazione del servizio comporta.

Sia la giurisprudenza amministrativa che quella contabile hanno evidenziato come essi costituiscano diretta conseguenza della ricomprensione della ristorazione scolastica tra i servizi a domanda individuale.

In particolare, è stato affermato³³ che se da una parte l'ente locale non ha l'obbligo di istituire il servizio, dall'altra, nel caso in cui decida di avviarlo, esso è tenuto: *“a) in primo luogo, ad individuare il costo complessivo del servizio, includendo in tale computo sia i costi ‘diretti’ effettivamente pagati per l'erogazione del servizio (...), sia quelli ‘indiretti’ rappresentati dalle spese per il personale comunque adibito al servizio, anche ad orario parziale, compresi gli oneri riflessi, nonché dalle spese sostenute per l'acquisto di beni e servizi e per le manutenzioni ordinarie (art. 6, comma 4, d.l. 28 febbraio 1983 n. 55, convertito dalla l. 26 aprile 1983, n. 131); b) in secondo luogo, a stabilire la misura percentuale di tale costo finanziabile con risorse comunali, e quindi, correlativamente, a stabilire la residua misura percentuale finanziabile mediante tariffe e contribuzioni a carico diretto dell'utenza (art. 6 comma 1 d.l. citato; art. 172 comma 1 lett. e) Tuel); c) infine, a determinare le tariffe o i corrispettivi a carico degli utenti, anche in modo non generalizzato (art. 6, comma 2, d.l. n. 55/1983; art. 149, comma 8, Tuel)”*.

Ciò induce a collocare il servizio nell'ambito dell'ulteriore categoria, declinata dal Testo unico sulle società partecipate, costituita dai servizi di interesse economico generale, contraddistinti dalla suscettibilità di essere erogati su un mercato dietro corrispettivo economico³⁴. In via generale, gli

³³ Tar Piemonte, I, 31.7.2014, n. 1365.

³⁴ E' la definizione che ne dà l'articolo 2, comma 1, lettera i) del d.lgs. 175 del 2016.

arresti giurisprudenziali in tema di servizi a rilevanza economica sembrerebbero, di primo acchito, conferire rilievo più alla scelta gestionale operata dall'ente locale che alla natura intrinseca del servizio e alle utilità che esso può generare. E' noto come la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 113 bis del Tuel³⁵, abbia favorito la creazione di uno “spazio per una specifica e adeguata disciplina di fonte regionale e locale”³⁶ che, tenuto conto anche del principio eurounitario di indifferenza³⁷, delinea le caratteristiche del servizio mettendo in risalto la sua idoneità a generare redditività. Ed è proprio entro questo spazio che, secondo un indirizzo ormai prevalente, si colloca la scelta gestionale in grado di conferire al servizio rilevanza economica. Il Consiglio di Stato si è soffermato più di una volta su questo aspetto, affermando come “*per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno è ragionevole pensare che si debba prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (ad esempio servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi). Dunque, la distinzione di cui si sta parlando può anzitutto derivare da due presupposti, in quanto non solo vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato nel caso di specie, presenta o non presenta tale rilevanza economica. Saranno, quindi, privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo (invero, la dicotomia tra servizi a rilevanza economica e quelli privi di rilevanza economica può anche essere desunta dalle norme privatistiche, coincidendo sostanzialmente con i criteri che contraddistinguono l'attività di impresa nella previsione dell'art. 2082 Cod. civ. e, per*

³⁵ Disposta dalla Corte costituzionale con sentenza 27 luglio 2004, n. 272.

³⁶ E' un passo decisivo della pronuncia della Corte: “*la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura 'non economica'. Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta, infatti, al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di 'rilevanza economica', ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale*”.

³⁷ Oggi codificato dall'articolo 166 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: “*le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici*”.

quanto di ragione, dell'art. 2195 o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso). Per gli altri servizi, astrattamente di rilevanza economica, andrà valutato in concreto se le modalità di erogazione, ne consentano l'assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica".³⁸

La circostanza che al servizio sia attribuita rilevanza economica non è indifferente sotto il profilo della sua copertura finanziaria e dell'articolazione delle tariffe che ne finanziano i costi di produzione. Il riferimento normativo, com'è noto, è costituito dall'articolo 117 del Tuel ai sensi del quale *"gli enti interessati approvano le tariffe dei servizi pubblici in misura tale da assicurare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione"*. La norma fissa altresì i criteri per il calcolo della tariffa: *"a) la corrispondenza tra costi e ricavi in modo da assicurare la integrale copertura dei costi, ivi compresi gli oneri di ammortamento tecnico-finanziario; b) l'equilibrato rapporto tra i finanziamenti raccolti ed il capitale investito; c) l'entità dei costi di gestione delle opere, tenendo conto anche degli investimenti e della qualità del servizio; d) l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerente con le prevalenti condizioni di mercato"*.

Sulla base di tale disposizione, la Sezione di controllo per la Regione siciliana della Corte dei Conti ha recentemente ritenuto³⁹ che le valutazioni gestionali operate dal comune non possano spingersi sino a disporre l'erogazione del servizio di trasporto scolastico in regime di totale gratuità per gli utenti che, viceversa, sono chiamati, sia pur attraverso un regime graduato, a partecipare ai relativi costi. Dello stesso tenore era stata la pronuncia con cui, con riferimento allo stesso servizio, la Sezione campana della Corte aveva ritenuto come il complesso normativo delle disposizioni tariffarie in tema di servizi pubblici sia orientato verso la necessaria *"bilateralità del sacrificio economico"* che, in una logica di carattere commutativo, deve contraddistinguere il contratto con l'utenza⁴⁰.

³⁸ Consiglio di Stato, V, 23 ottobre 2012, n. 5409. Precedentemente (Sezione V, 10 settembre 2010, n. 6529) lo stesso giudice aveva affermato che la distinzione tra servizi a rilevanza economica e servizi privi di tale attribuzione abbia natura incerta e fondata su *"differenze di regime non ontologicamente necessarie, come dimostrato dall'esistenza, per un verso, di servizi corrispondenti alla prima definizione, erogati da pubbliche amministrazioni in forma non remunerativa (si pensi all'istruzione o alla sanità), e, per altro verso, di servizi analoghi a quelli del secondo gruppo, erogati da imprese (si pensi agli istituti di patronato o ai centri di assistenza fiscale). La scelta delle modalità di erogazione e del regime giuridico, al quale le varie attività sono sottoposte, dipende, in definitiva, più da valutazioni politiche che dai caratteri intrinseci dei servizi. A fronte della rilevata inidoneità di criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica a discernere la natura delle due categorie di servizi pubblici in esame, occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio"*.

³⁹ Deliberazione 27 settembre 2018, n. 178.

⁴⁰ Si tratta della deliberazione 21 giugno 2017, n. 222, nella quale la Corte, richiamando l'articolo 3 del regolamento sulla Contabilità di Stato, approvato con R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, afferma che per i *"servizi che non costituiscono un obbligo istituzionale (...) il contratto con l'utenza deve caratterizzarsi per la bilateralità del sacrificio economico: a*

E' pur vero che il trasporto, pur essendo espressamente citato tra i servizi indicati dall'articolo 6 del d.lgs. 63 del 2017, non rientra tra quelli elencati dal decreto ministeriale del 1983 e, quindi, facendo leva sulla tassatività di tale elenco, a rigore esso non può considerarsi "a domanda individuale". Tuttavia a conclusioni analoghe è giunto il Tar Piemonte che, a proposito del servizio di ristorazione, ha ritenuto che *"nella quantificazione del tasso di copertura tariffaria del costo di gestione del servizio, il Comune gode di ampissima discrezionalità, che non trova nella legge alcuna limitazione in ordine alla misura massima imputabile agli utenti"*, sicché detto ampio potere discrezionale può legittimamente collocarsi entro le due polarità estreme della copertura totale dei costi con risorse provenienti dalla fiscalità generale e del totale addossamento degli stessi agli utenti.

Come si vede, anche sotto il profilo tariffario la tassonomia continua a essere diversificata. E conferma la propensione del servizio ristorazione a fungere da laboratorio per scenari futuribili lungo cui potranno posizionarsi i servizi alla persona cui non a caso l'Allegato IX al Codice dei Contratti accomuna i servizi di ristorazione e mensa scolastica. Ne può costituire la riprova una curiosa vicenda che ha interessato il Comune di Chieri e che ha visto la Cassazione⁴¹ smentire le conclusioni cui erano giunti sia il Giudice di pace che il Tribunale di Torino. Entrambi avevano ritenuto fondata la pretesa di un utente di beneficiare della tariffa agevolata per il servizio mensa, nonostante il regolamento comunale prevedesse, tra le condizioni di esclusione dall'agevolazione tariffaria, oltre al raggiungimento di un valore Isee superiore a una certa soglia, anche *"il possesso o la proprietà di una autovettura di cilindrata superiore a 2500 cc"*. Situazione, quest'ultima, in cui rientrava l'utente interessato.

La pronuncia appare rilevante per due ordini di ragioni. Innanzitutto, essa acclara la giurisdizione del giudice ordinario in tema di pagamento del corrispettivo dovuto per la fruizione del servizio di mensa scolastica. E lo fa ponendo in essere una serie di interessanti considerazioni di carattere generale. In primo luogo, evidenziando la corretta configurazione della posizione del privato che se è di interesse legittimo rispetto al provvedimento generale di determinazione della tariffa, si espande verso il diritto soggettivo laddove intende contrastare la pretesa dell'ente di ottenere una prestazione pecuniaria. E inoltre, soffermandosi sui presupposti che devono ricorrere per la disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice ordinario.

Il secondo motivo di interesse trae origine dalla tesi addotta dall'interessato che sottolineava come la vettura di grossa cilindrata non fosse di suo uso e godimento individuale esclusivo, ma in

fronte di una prestazione resa o ricevuta, il contratto, secondo una nota bipartizione, può essere finanziariamente 'attivo' o 'passivo' e deve quindi inserirsi in una logica commutativa".

⁴¹ Sentenza 27 marzo 2018, n. 24165. Sul punto, cfr. anche, Cassazione, Sezioni Unite, 25 maggio 2018, n. 13193.



comproprietà e compossesso con altri membri della famiglia. A fronte di ciò, la suprema Corte ha ritenuto “*irrilevanti le modalità di fruizione, esclusiva o meno, in capo al singolo componente, di beni comunque ricadenti nel patrimonio della famiglia*”.

Anche in questo caso l’opificio della ristorazione scolastica si è orientato verso un *menu* di cucina *fusion*.