

N. 00245/2015 REG.PROV.COLL.
N. 00027/2015 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 27 del 2015, proposto da:

-OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Prisco, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Mauro De Pascalis, in Bolzano, piazza Mazzini, n. 49;

contro

Comune di Merano, in persona del Sindaco pt, rappresentato e difeso dall'avv. Jochen Pichler dell'Avvocatura comunale, con domicilio eletto presso il Consorzio dei Comuni, in Bolzano Via Canonico M. Gamper, n. 10;

per l'annullamento

1) della determinazione dirigenziale del 27.1.2015, prot. n. 4611, assunta dal Comune di Merano, in persona della Direttrice dell'Ufficio Istruzione e Scuola, con la quale è stato disposto "l'invito alla consegna di una attestazione del pediatra di libera scelta dalla quale risulti lo stato clinico del bambino e l'assenza di carenze nutrizionali", nonché, in mancanza di detta attestazione, che "il bambino non potrà più frequentare la struttura",
nonché per la condanna del Comune di Merano al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto il decreto presidenziale n. 33/2015;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Merano;

Vista l'ordinanza cautelare n. 43/2015;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 52 del D. Lgs. 30.6.2003, n. 196, commi 1 e 2;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 20 maggio 2015 la Consigliere Lorenza Pantozzi Lerjefors e uditi per le parti i difensori: avv. C. Prisco per la ricorrente e avv. J. Pichler per il Comune di Merano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente espone di esercitare, in via esclusiva, la potestà genitoriale sul figlio -OMISSIS-, nato il 14 dicembre 2013, e di avere iscritto il figlio, per l'anno educativo 2014/2015, all'asilo nido del Comune di Merano, situato in via Maia n. 1, producendo contestualmente il certificato medico di sana e robusta costituzione fisica (doc. 4 del Comune e doc. 2 della ricorrente).

Verso la fine di settembre del 2014 il figlio -OMISSIS-, ammesso all'asilo nido di via Maia, iniziava a frequentare l'asilo nido comunale.

La ricorrente espone inoltre di avere comunicato al Comune, fin dal momento dell'iscrizione, la volontà che il figlio seguisse una dieta vegana, in osservanza di suoi principi etici (la domanda di iscrizione non prevedeva la possibilità di indicare la scelta della dieta per la mensa).

In data 20 ottobre 2014 la ricorrente compilava un modulo prestampato del Comune per la scelta della dieta (vegana, vegetariana, senza carne di maiale o senza carne), in cui dichiarava "sotto la propria responsabilità" di desiderare per il figlio una dieta "vegana" (doc. 6 del Comune).

La Direttrice dell'Ufficio comunale Istruzione e Scuola inviava una mail alla ricorrente in data 28 novembre 2014 (che risulta essere stata trasmessa nuovamente in data 1 dicembre 2014), nella quale, dopo aver ammesso che “si tratta della prima richiesta indirizzata all'asilo nido” per una dieta di tipo vegano e che “per tale ragione non esiste attualmente una procedura definita”, informava la ricorrente di essersi “confrontata con esperti nutrizionali e pediatri” e di avere “ricercato in rete esperienze similari”, addivenendo al seguente protocollo: “Il menù senza proteine animali deve essere richiesto allegando certificazione del Pediatra di libera scelta che attesti lo stato clinico del bambino/bambina e l'assenza di carenze nutrizionali dell'utente. Va inoltre specificato che il bambino/bambina viene all'uopo sottoposto a controlli clinici: la certificazione dovrà essere presentata all'inizio di ogni anno pedagogico per il rinnovo della dieta speciale. Una volta consegnato...il certificato del Pediatra di libera scelta, Le verrà consegnato il menù attuale in vigore presso la struttura stessa. Le verrà richiesto di fornire alla cucina, a partire dal menù in uso, il menù alternativo stilato a cura di una professionista abilitata. Il menù alternativo dovrà contenere esclusivamente pietanze o varianti di esse già presenti nel menù; da evitare menù alternativi a base di materie prime che non siano già in uso presso la cucina. Le ricordo che il servizio dietologico e nutrizionale dell'azienda sanitaria collabora con il Comune di Merano esclusivamente per la formulazione di diete speciali a fronte di patologie o allergie alimentari. Sono esclusi interventi a fronte di scelte etiche - culturali...” (doc. 4 della ricorrente).

In data 4 dicembre 2014 il Comitato di gestione degli asili nido approvava formalmente il protocollo sopra richiamato (doc. 8 del Comune).

La ricorrente, con nota del 17 dicembre 2014, rivendicava il diritto di fare seguire al figlio una dieta priva di qualsiasi alimento di origine animale, richiamandosi, principalmente, ai diritti costituzionali alla salute e alla non discriminazione (artt. 32 e 3 della Costituzione) e alla libertà religiosa, libertà di pensiero e di

manifestazione del pensiero (artt. 8, 19 e 21 della Costituzione), nonché alle Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione scolastica del Ministero della Salute (doc. 5 della ricorrente).

Con mail dell'8 gennaio 2015 la Direttrice dell'Ufficio comunale competente ribadiva la necessità di presentare l'attestazione del pediatra, come da protocollo approvato dal Comitato di gestione, affermando di avere interpellato il servizio dietologico dell'Azienda sanitaria dell'Alto Adige, il quale avrebbe sconsigliato "in maniera assoluta l'introduzione di dieta vegana soprattutto nei bambini che si trovano nella fascia 0 - 3 anni, per le carenze nutrizionali che essa può apportare" e che "il protocollo che Le ho proposto vuole da un lato tenere conto delle esigenze della madre e dall'altro tutelare l'amministrazione, che in un secondo momento potrebbe essere chiamata a rispondere di eventuali danni causati da una inadeguata alimentazione proposta", e invitando la ricorrente "a seguire il protocollo da me indicato in data 28 novembre", con l'ammonimento che "in assenza delle prescrizioni indicate, ci riserviamo di procedere con i successivi passi previsti dal Regolamento" (doc. 7 della ricorrente).

Con l'impugnata nota del 27 gennaio 2015 la Direttrice dell'Ufficio comunale competente insisteva nella richiesta della attestazione del pediatra di libera scelta, specificando che, in caso di omessa consegna dell'attestazione "entro venerdì 30 gennaio 2015, la signora Borgatello La inviterà a firmare, entro la medesima data, la richiesta per dieta normale uguale agli altri bambini e bambine frequentanti il nido; qualora non volesse firmare nemmeno questo documento saremo costretti alla dimissione d'ufficio a partire da lunedì 2 febbraio 2015 e, conseguentemente, il bambino non potrà più frequentare la struttura a partire da quella data" (doc. 1 della ricorrente).

A fondamento del ricorso la signora -OMISSIS- ha dedotto i seguenti motivi:

1. "Violazione artt. 2, 3, 21, 30 e 32 della Costituzione";
2. "Violazione delle Linee di Indirizzo per la ristorazione scolastica";

3. “Disapplicazione D.M. Salute del 25.7.2011”;
4. Infondatezza, abnormità ed eccesso di potere del provvedimento impugnato”;
5. “Violazione del principio di non discriminazione”.

La ricorrente ha chiesto anche la condanna del Comune di Merano al risarcimento dei danni non patrimoniali patiti, quantificati nella misura non inferiore a Euro 10.000,00, riservandosi di quantificare i danni patrimoniali dopo il ripristino dello status quo ante provvedimento impugnato.

Con decreto presidenziale n. 33/15, depositato il 17 febbraio 2015, il provvedimento impugnato, su richiesta della ricorrente, è stato sospeso, in via cautelare provvisoria.

Il Comune di Merano si è costituito in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso, siccome infondato, previa reiezione della domanda cautelare.

Con ordinanza collegiale n. 43/15, depositata l'11 marzo 2015, la domanda cautelare, presentata dalla ricorrente in via incidentale, è stata accolta parzialmente, nella parte in cui il provvedimento impugnato “dispone che il bambino non potrà più frequentare la struttura a partire da questa data”.

Nei termini di rito le parti hanno depositato memorie, anche di replica, a sostegno delle rispettive difese, insistendo nelle proprie conclusioni.

All'udienza pubblica del 20 maggio il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene, anzitutto, di poter prescindere dall'esame dell'eccezione di tardività del deposito di documenti, sollevata dalla difesa comunale, ai sensi dell'art. 73 c.p.c., non essendo essi indispensabili ai fini della decisione.

2. La domanda di annullamento del provvedimento impugnato è fondata sotto gli assorbenti profili di censura contenuti nel quarto motivo, con il quale la ricorrente lamenta l'abnormità e la violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa, affermando che non sussisterebbe alcun nesso logico tra l'omessa produzione del certificato e la possibilità per il

bambino di essere iscritto all'asilo nido. Quand'anche dovesse ritenersi legittimo l'obbligo imposto dal Comune di Merano di produrre un'attestazione medica per poter esercitare la scelta del menù vegano, la conseguenza per l'omessa produzione dell'attestazione richiesta avrebbe dovuto essere, semmai, la somministrazione del pasto standard, non l'esclusione del bambino dalla frequenza dell'asilo nido.

Le censure hanno pregio.

Il Collegio, pur riconoscendo le difficoltà cui è andata incontro l'Amministrazione comunale nella gestione della vicenda in esame, a causa delle lacune normative (né il regolamento comunale sugli asili nido, né le disposizioni statali e provinciali, alle quali l'art. 20 dello stesso regolamento rimanda come norma di chiusura, né le linee guida ministeriali citate dalla ricorrente, riferite al solo ambito "scolastico", disciplinano la fattispecie di cui è causa - cfr. doc. 8 della ricorrente), deve nondimeno censurare la condotta tenuta dall'Amministrazione nell'occasione, sotto il profilo della proporzionalità delle misure adottate e del buon andamento dell'azione amministrativa.

Anzitutto va censurato il fatto che l'Amministrazione comunale abbia messo a disposizione degli utenti dell'asilo nido un modello prestampato per la scelta della dieta, comprendente anche la dieta vegana, senza, prima, aver disciplinato le modalità di gestione di una tale scelta, dovendo poi ricorrere alla stesura di un "protocollo", approvato dal Comitato di gestione degli asili nido per trovare una soluzione al caso specifico.

Qualsiasi criterio di ammissione all'asilo nido, ancorché riferito alla scelta della dieta per fruire del servizio pasti, va posto a conoscenza degli utenti prima dell'iscrizione e della frequenza all'asilo nido e non può legittimamente essere creato ad hoc successivamente (cfr., ad esempio, le direttive del Comune di Torino, Ufficio Gestione Ristorazione, in ordine alle modalità per l'attivazione delle diete alternative - doc. 17 del Comune).

Se l'Amministrazione consegna alle famiglie un modello prestampato contenente l'opzione per la dieta vegana senza aver previamente disciplinato in alcun modo le modalità applicative non può pretendere, del tutto incoerentemente, di subordinare l'esercizio concreto di tale scelta alla presentazione di certificati o attestazioni mediche, oltretutto sollevando - solo dopo - dubbi in ordine agli effetti sulla salute dei bambini compresi nell'età tra 0 e 3 anni di una tale scelta.

E' del tutto comprensibile che l'Amministrazione si interroghi riguardo alla sufficienza di apporto nutritivo di una dieta priva di proteine animali, applicata a bambini in età di asilo nido, specie se non controllata e ben calibrata da esperti; tuttavia, di fronte a tali incertezze, l'Amministrazione avrebbe dovuto cautelarsi, approfondendo il tema e disciplinando poi la materia, prima di predisporre il modello prestampato, contenente l'opzione della dieta "vegana".

Di fronte all'assenza di una disposizione che imponga l'obbligo di presentare un certificato medico in caso di opzione della scelta della dieta di tipo vegano, l'Amministrazione non può neppure legittimamente prevedere una "reazione" o sanzione in caso di sua inosservanza.

In ogni caso, appare del tutto sproporzionata la decisione della stessa Amministrazione, di fronte all'omessa presentazione di quanto richiesto, di escludere del tutto il figlio della ricorrente dalla frequenza dell'asilo nido.

Invero, la sanzione applicata dal Comune di Merano non solo non è prevista dal vigente regolamento comunale sugli asili nido (essendo prevista solo per i casi di morosità nel pagamento della retta - cfr. art. 12, comma 5 - cfr. doc. 8 della ricorrente), ma risulta effettivamente abnorme, ben potendo l'Amministrazione percorrere vie meno drastiche, ad esempio invitare la ricorrente, in via eccezionale, a limitare la frequenza del figlio all'asilo alla sola mattina.

Oltretutto, in base al vigente regolamento comunale, spetta al Comitato di gestione degli asili nido decidere sulle domande di ammissione all'asilo e, quindi,

anche su quelle di dimissione (cfr. art. 15, lett. e, del Regolamento - doc. 8 della ricorrente).

Per tutte le ragioni esposte, assorbita ogni altra censura, il ricorso è fondato e, per l'effetto, va annullato il provvedimento impugnato.

3. La domanda di risarcimento del danno non patrimoniale va rigettata, in quanto del tutto generica.

Rileva il Collegio che la domanda di risarcimento dei danni, anche quando la posizione soggettiva vulnerata abbia natura di interesse legittimo, è regolata dal principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., in base al quale chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Grava, perciò, sul danneggiato l'onere di provare, ai sensi del citato articolo, tutti gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito, ossia l'evento dannoso, la condotta, la colpa, il nesso di causalità (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 settembre 2010, n. 6797). E nel caso di specie, la ricorrente non ha dimostrato la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del danno.

In particolare, il danno non patrimoniale non può essere riconosciuto allorché, come nel caso di specie, non sia stata fornita una prova "adeguata" della sussistenza di significative conseguenze dannose eziologicamente ricollegabili, sul piano personale e morale, alla lesione dei valori fondamentali della persona (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 28 maggio 2010, n. 3397).

Ad abundantiam va ricordato che, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a. "nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

Orbene, la ricorrente afferma che il figlio "è tornato al nido dopo tre settimane di allontanamento, grazie alla tempestività del provvedimento d'urgenza reso da

codesto Ill.mo T.A.R”, dimenticando di dire che il provvedimento impugnato è del 27 gennaio 2015 e che il ricorso, contenente anche la domanda di misure cautelari provvisorie ai sensi dell’art. 56 c.p.a., è stato notificato al Comune di Merano il 12 febbraio 2015 e depositato nella Segreteria di questo Tribunale solo il 16 febbraio 2015. La ricorrente, con la dovuta diligenza, avrebbe potuto evitare anche le tre settimane di allontanamento, chiedendo tempestivamente a questo Tribunale una misura cautelare provvisoria, eventualmente anche ante causam, come previsto dall’art. 61 c.p.a.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, - accoglie la domanda di annullamento e, per l’effetto, annulla il provvedimento della Direttrice dell’Ufficio Istruzione e scuola del Comune di Merano, prot. n. 4611 del 27 gennaio 2015;

- rigetta la domanda di risarcimento dei danni.

Condanna il Comune di Merano a rifondere alla ricorrente le spese di lite, che si liquidano in complessivi Euro 3.500,00 (tremilacinquecento/00), oltre IVA, CAP, contributo unificato e altri oneri di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all’art. 52, comma 1, del D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, per procedere all’oscuramento delle generalità degli altri dati identificativi di - OMISSIS-, manda alla Segreteria di procedere all’annotazione di cui ai commi 1 e 2 della medesima disposizione, nei termini indicati.

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2015 con l’intervento dei magistrati:

Terenzio Del Gaudio, Presidente

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Consigliere, Estensore

Peter Michaeler, Consigliere

Edith Engl, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/07/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)